

La salvaguardia dei valori della concorrenza deve essere garantita in tutte le procedure ad evidenza pubblica attraverso l'osservanza delle norme sul Trattato relative alla libera circolazione delle merci (articoli 28 - ex 30 - e seguenti), alla libertà d

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Una cospicua

fetta di prescrizioni in tema di procedure di evidenza, specie di derivazione comunitaria, esprimono, nell'ottica della tutela dell'interesse generale e della sfera giuridica dei soggetti partecipanti alla procedura, i principi fondamentali della concorrenza e del mercato e danno sfogo ai valori dell'imparzialità e del buon andamento enunciati dalla Costituzione in stretto collegamento con canoni fondamentali di ordine pubblico: tale prospettiva è decisamente irrobustita dalle regole comunitarie, per tali intendendo sia le disposizioni specifiche che reggono le procedure soprasoglia che i principi del Trattato in materia di concorrenza estesi anche alle fattispecie sottosoglia (Corte Giustizia, Ordinanza 3 dicembre 2001, in C-59/00; Circolare Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le Politiche Comunitarie 6 giugno 2002, in GU 31 luglio 2002, n. 178), finalizzate non certo alla tutela dell'interesse egoistico del paciscente pubblico ma alla salvaguardia dei valori della concorrenza e, quindi, della libertà competitiva delle singole imprese di giocare le proprie chances in seno ad una procedura all'uopo calibrata..

E' importante segnalare alcuni passaggi tratti dalla decisione numero 2332 del 5 maggio 2003 emessa dal Consiglio di Stato

< Nella sostanza i precetti comunitari danno vita ad una gara europea in attuazione di inderogabili principi del Trattato, tra i quali vengono in particolare in rilievo, senza pretesa di esaustività, le norme di stampo

imperativo, anche alla luce della primauté del diritto comunitario ora costituzionalizzata nel nuovo testo dell'articolo 117, comma 1, della Costituzione,

che vietano qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità (articolo 12, paragrafo 1, ex articolo 6,

paragrafo 1); nonché

le norme relative alla libera circolazione delle merci (articoli 28 - ex 30 - e seguenti), alla libertà di stabilimento (articoli 43 - ex 52 - e seguenti), ed alla libera prestazione di servizi (articoli 49 - ex 59 - e seguenti).

Le norme sull'evidenza pubblica, interna e comunitaria, plasmano allora un complesso rapporto amministrativo in seno al quale l'amministrazione aggiudicatrice è soggetto in certa misura passivo, obbligato all'osservanza di norme poste a tutela di un interesse anche trascendente quello specifico del singolo contraente pubblico in quanto collegato al valore imperativo della concorrenza e, quindi, anche all'interesse particolare delle imprese che sono tutelate dalle prescrizioni volte alla tutela ed alla stimolazione della dinamica competitiva.>

In buona sostanza quindi:

< Non è allora corretto, nella sua perentorietà, l'assunto secondo il quale il procedimento amministrativo di evidenza pubblica andrebbe qualificato, sul piano civilistico, come manifestazione complessa della volontà negoziale della parte pubblica sì da dare luogo ad un contratto annullabile su iniziativa del solo contraente pubblico.>

la domanda a cui il Supremo Giudice amministrativo deve rispondere è la seguente:

che fine fa un contratto di appalto la cui aggiudicazione è risultata illegittima?

< La caratterizzazione imperativa delle prescrizioni violate e la funzionalizzazione di queste alla tutela dell'interesse delle imprese rende invece più plausibile, salve le precisazioni che verranno in seguito svolte,

la ricostruzione che configura una causa di nullità virtuale del contratto per violazione di norme imperative ai sensi dell'articolo 1418, primo comma c.c., con conseguente legittimazione aperta ai sensi dell'articolo 1421 c.c. (Conf Consiglio di Stato, sezione

V 5 marzo 2003, n. 1218); ovvero, quella, parimenti capace di soddisfare le esigenze sopra prospettate, che, prendendo spunto dal rilievo che

l'aggiudicazione costituisce il presupposto determinante della stipulazione, conclude, secondo la logica dell'effetto caducante automatico, nel senso che l'inefficacia dell'atto amministrativo ex tunc travolto dall'annullamento giurisdizionale comporta anche la caducazione immediata, non necessitante di pronunce costitutive, degli effetti del negozio.>

quindi l'adito giudice non si trova d'accordo con la tesi che solo la pa può annullare il contratto:

< Sul piano dell'equità sostanziale e, soprattutto, dell'effettività della tutela giurisdizionale appare addirittura originale che l'amministrazione sia l'unico soggetto legittimato a lamentare la violazione delle norme di evidenza pubblica per ottenere la caducazione del contratto quando

le illegittimità accertate nel procedimento di evidenza pubblica, ben diversamente da quanto accade nella logica civilistica dei vizi della volontà causativi dell'annullabilità del negozio, di regola non sono subite dall'amministrazione, ma sono da questa provocate. Non meno illogica

appare una soluzione per effetto della

quale spetterebbe al soggetto soccombente nel giudizio di annullamento dell'aggiudicazione (la pubblica amministrazione) decidere se promuovere

l'annullamento del contratto ovvero vanificare con l'inerzia l'effetto utile sul piano specifico della pronuncia giudiziaria.>

Si deve ancora

sciogliere l'alternativa se la violazione della normativa di gara configuri una causa di nullità del contratto ovvero ponga un problema non di patologia propria ma di caducazione automatica degli effetti della stipulazione.

< Il previo esperimento delle fasi di evidenza pubblica, laddove mira a tutelare interessi obiettivi dell'ordinamento anche nella ricordata prospettiva comunitaria, assume la fisionomia propria di un presupposto o di una condizione legale di efficacia del contratto, qualificazione pacificamente riconosciuta all'approvazione.

Ne deriva che, così come è pacifico che l'approvazione del contratto mira ad operare un accurato controllo sul procedimento di evidenza pubblica con l'effetto che il relativo annullamento travolge gli effetti della stipulazione, non si vede perché lo stesso effetto condizionante non debba essere riconosciuto anche alla fase sostanziale di aggiudicazione; di qui il corollario che anche l'annullamento dell'aggiudicazione fa venir meno retroattivamente detto presupposto condizionante del contratto e ne determina, con effetto caducante, la perdita di efficacia.

La mancanza del procedimento di evidenza pubblica deve in ultima analisi essere equiparata all'ipotesi di mancanza legale del procedimento, derivante dall'annullamento del provvedimento di aggiudicazione.

Al pari della radicale mancanza dell'intera fase di evidenza pubblica, o di una sua parte essenziale (quale la procedura di gara), l'annullamento segna infatti, in via retroattiva, la carenza di uno dei presupposti di efficacia del contratto, che, pertanto, resta definitivamente privato dei suoi effetti giuridici.>

In conclusione quindi

< Si può allora convenire che il meccanismo dell'effetto caducante costituisce espressione di un principio generale che coglie il nesso di connessione inscindibile tra una pluralità di atti iscritti nell'ambito di una vicenda sostanzialmente unitaria.>

Di *****

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 2332 del 5 maggio 2003 emessa dal Consiglio di Stato

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.

Reg.Dec.

N.

8873 Reg.Ric.

ANNO

2002

Disp.vo n. 71/2003

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 8873/2002 proposto da ALFA SCARL rappresentata e difesa dall'Avv. *****
con domicilio eletto in Roma

Lungotevere ***** 46-Pal.IV, presso *****;

contro

l'UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI LECCE rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato con
domicilio in Roma Via dei Portoghesi n. 12;

il BETA SCARL rappresentato e difeso dall'Avv. ***** con domicilio eletto in Roma via L. ***** n. 24, presso *****;

per la riforma

della sentenza del TAR Puglia - Lecce Sezione I n.4021/2002;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi di Lecce e del BETA Scarl;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 18 Febbraio 2003 , relatore il Consigliere ***** ed uditi, altresì, gli avvocati Quinto, ***** e l'avv. dello Stato *****;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1.

La controversia riguarda la procedura indetta con bando del 23 novembre 2001 dall'Università degli Studi di Lecce per l'affidamento, all'esito di trattativa privata preceduta da selezione competitiva sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, della gestione dei servizi di vigilanza e controllo, pulizia e gestione foresteria di Ekotekne, parcheggi e gestione di un polo telematico.

Detta procedura è stata avviata a seguito dell'annullamento giurisdizionale (decisione di questa Sezione del Consiglio di Stato 3 aprile 2001 n. 177) di una precedente procedura competitiva avente il medesimo oggetto, esperita in attuazione di un piano di impresa finalizzato alla stabilizzazione di 42 lavoratori

socialmente utili, culminata

nell'aggiudicazione in favore della società ricorrente e nella conseguente stipula del contratto per l'affidamento della gestione dei servizi sopra descritti.

Con la sentenza in questa sede appellata i primi Giudici hanno respinto il ricorso proposto dalla ALFA Scarl. avverso la delibera del consiglio di amministrazione n. 202 del 31.7.2001, con la quale era stato stabilito di attivare le procedure per il nuovo espletamento della gara a seguito dell'annullamento della precedente procedura e nell'assunto dell'avvenuta caducazione degli effetti del contratto stipulato con la società stessa; nonché all'indirizzo del bando di gara e della contestuale delibera del Consiglio di Amministrazione n. 5 del 23.11.2001.

La ALFA sca r.l. propone appello contestando le argomentazioni poste a sostegno del decisum di prime cure.

Resistono l'Università degli Studi di Lecce ed il consorzio risultato aggiudicatario all'esito della rinnovata procedura di affidamento.

Si deve infine ricordare che con successivo ricorso la società qui appellante ha impugnato anche l'aggiudicazione intervenuta nella more in favore del consorzio anche in questa sede resistente.

Le parti hanno affidato al deposito di memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

All'udienza del 18 febbraio 2003 la causa è stata trattenuta per la decisione.

2.

Chiari motivi di pregiudizialità impongono il preventivo esame della censura con la quale la parte appellata contesta in radice la sussistenza, in capo alla p.a., del potere di rinnovare la procedura di gara nonostante

la persistente efficacia del contratto stipulato, per l'espletamento del medesimo servizio, all'esito della pregressa procedura competitiva coronata dall'aggiudicazione in favore della società ALFA. Sostiene in particolare parte ricorrente che la premessa dalla quale ha preso le mosse l'amministrazione, ossia l'assunto dello spirare automatico degli effetti del contratto siglato a valle a seguito dell'azzeramento

dell'aggiudicazione a monte, sarebbe contraddetto dall'orientamento pretorio a tenore del quale la vita della stipulazione contrattuale non sarebbe illecita e immediata recisa dalla demolizione della procedura di affidamento funzionalizzata alla selezione del contraente. A sostegno di detto approccio, propenso a valorizzare la relativa autonomia della fattispecie privatistica rispetto all'iter pubblicistico che la prepara e la giustifica si porrebbe, infatti, la decisiva considerazione che la stipulazione del contratto dà la stura ad una fattispecie di diritto privato (generatrice di posizioni di diritto soggettivo perfetto) le cui vicende, sul duplice profilo della validità e dell'efficacia, devono essere rette dalle disposizioni del diritto comune.

Di qui il duplice corollario, tratto dalla riqualificazione in termini privatistici del vizio della procedura di evidenza pubblica colto nella sentenza del giudice amministrativo, dell'emersione di un vizio procedurale della volontà della p.a. per la violazione di norme di evidenza poste nell'interesse del pubblico contraente, che dà luogo ad una causa di annullamento della pattuizione; e dell'ascrizione, in capo al GO, della giurisdizione sulla controversia relativa alla validità del contratto, esulante dal perimetro della giurisdizione esclusiva del GA ex lege limitata alla sola fase della procedura di affidamento (vedi da ultimo *****), sezione

IV,

decisione

25 marzo 2003 n. 1544; Sez. V, 6 febbraio 2003 n. 628, ove si chiarisce che, anche alla luce degli articoli 4 e 6

della legge 21 luglio 2000, n. 205, la giurisdizione esclusiva del GA è limitata alla sola fase della procedura di affidamento e non tocca le vicende relative all'esecuzione del contratto, soggette al criterio ordinario di riparto imperniato sulla consistenza della posizione soggettiva).

Si soggiunge infine che, in conformità a quieti principi normativi e giurisprudenziali, l'azione di annullamento- al pari della formulazione della relativa eccezione - salva diversa disposizione derogatoria nella specie non ravvisabile, è esperibile esclusivamente dal contraente la cui volontà o capacità è stata deformata dal vizio genetico (Cass., sez. II, 8 maggio 1996, n. 4269), ossia la pubblica amministrazione; e che il contratto annullabile

spiega medio tempore piena efficacia fino all'intervento della pronuncia costitutiva del GO. E' allora precluso

alla p.a. il potere, sulla scorta di una forma di autotutela privata sconosciuta all'ordinamento, di avviare una nuova procedura sulla base dell'unilaterale considerazione dell'improduttività di effetti della pattuizione pregressa.

3.

La costruzione svolta dall'appellante, non risulta persuasiva.

Alla tesi esposta, che finisce per rimettere all'iniziativa dell'amministrazione risultata soccombente nel giudizio amministrativo di annullamento la decisione sulle sorti del contratto, devono infatti essere mosse le seguenti obiezioni.

3.1.

In prima battuta non risulta convincente l'assunto che relega la rilevanza delle norme di evidenza pubblica al piano della tutela dell'interesse particolare del contraente pubblico.

Al contrario una cospicua fetta di prescrizioni in tema di procedure di evidenza, specie di derivazione comunitaria, esprimono, nell'ottica della tutela dell'interesse generale e della sfera giuridica dei soggetti partecipanti alla procedura, i principi fondamentali della concorrenza e del mercato e danno sfogo ai valori dell'imparzialità e del buon andamento enunciati dalla Costituzione in stretto collegamento con canoni fondamentali di ordine pubblico. Tale prospettiva è decisamente irrobustita dalle regole comunitarie, per tali intendendo sia le disposizioni specifiche che reggono le procedure soprasoglia che i principi del Trattato in materia di concorrenza estesi anche alle fattispecie sottosoglia (Corte Giustizia, Ordinanza 3 dicembre 2001, in C-59/00; Circolare Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le Politiche Comunitarie 6 giugno 2002, in GU 31 luglio 2002, n. 178), finalizzate non certo alla tutela dell'interesse egoistico del paciscente pubblico ma alla salvaguardia dei valori della concorrenza e, quindi, della libertà competitiva delle singole imprese di giocare le proprie chances in seno ad una procedura all'uopo calibrata.

Nella sostanza i precetti comunitari danno vita ad una gara europea in attuazione di inderogabili principi del Trattato, tra i quali vengono in particolare in rilievo, senza pretesa di esaustività, le norme di stampo imperativo, anche alla luce della primauté del diritto comunitario ora costituzionalizzata nel nuovo testo dell'articolo 117, comma 1, della Costituzione, che vietano qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità (articolo 12, paragrafo 1, ex articolo 6, paragrafo 1); nonché le norme relative alla libera circolazione delle merci (articoli 28 - ex 30 - e seguenti), alla libertà di stabilimento (articoli 43 - ex 52 - e seguenti), ed alla libera prestazione di servizi (articoli 49 - ex 59 - e seguenti).

Le norme sull'evidenza pubblica, interna e comunitaria, plasmano allora un complesso rapporto

amministrativo in seno al quale
l'amministrazione aggiudicatrice è soggetto in certa misura passivo, obbligato all'osservanza di norme poste a tutela di un interesse anche trascendente quello specifico del singolo contraente pubblico in quanto collegato al valore imperativo della concorrenza
e, quindi, anche all'interesse particolare
delle imprese che sono tutelate dalle prescrizioni volte alla tutela ed alla stimolazione della dinamica competitiva.

Non è allora
corretto, nella sua perentorietà,
l'assunto secondo il quale il procedimento amministrativo di evidenza pubblica andrebbe qualificato, sul piano civilistico, come manifestazione complessa della volontà negoziale della parte pubblica sì da dare luogo ad un contratto annullabile su iniziativa del solo contraente pubblico.

La caratterizzazione imperativa delle prescrizioni violate e la funzionalizzazione di queste alla tutela dell'interesse delle imprese
rende invece più plausibile, salve le precisazioni che verranno in seguito svolte,
la ricostruzione che configura una causa di nullità virtuale del contratto per violazione di norme imperative ai sensi dell'articolo 1418, primo comma c.c., con conseguente legittimazione aperta ai sensi dell'articolo 1421 c.c. (Conf Consiglio di Stato, sezione
V 5 marzo 2003, n. 1218); ovvero, quella, parimenti capace di soddisfare le esigenze sopra prospettate, che, prendendo spunto dal rilievo che
l'aggiudicazione costituisce il presupposto determinante della stipulazione, conclude, secondo la logica dell'effetto caducante automatico, nel senso che l'inefficacia dell'atto amministrativo ex tunc travolto dall'annullamento giurisdizionale
comporta anche la caducazione immediata, non necessitante di pronunce costitutive, degli effetti del negozio.

3.2. La costruzione basata sulla logica dell'annullamento conduce vieppiù ad una chiara elusione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, resa evidente dall'ascrizione in testa alla p.a. del potere di dare luogo, anche in pendenza di giudizio e nonostante la caratterizzazione cogente delle norme violate, ad un fatto compiuto (i.e.: la stipulazione del contratto) che strangola
l'aspirazione del ricorrente ad una tutela sostanziale.

Infatti,
nella prospettiva qui non condivisa,
il contratto (impugnabile innanzi al giudice ordinario su iniziativa della sola amministrazione soccombente nel giudizio amministrativo) avrebbe una sua vita autonoma, preclusiva di ogni utilità dell'annullamento della procedura di gara in sede giurisdizionale amministrativa, che non sia quella legata alla possibilità di richiedere un risarcimento per equivalente (cfr., *****, Adunanza Plenaria, decisione n. 4/2003).

Sul piano dell'equità sostanziale e, soprattutto, dell'effettività della tutela giurisdizionale appare

addirittura originale che l'amministrazione sia l'unico soggetto legittimato a lamentare la violazione delle norme di evidenza pubblica per ottenere la caducazione del contratto quando le illegittimità accertate nel procedimento di evidenza pubblica, ben diversamente da quanto accade nella logica civilistica dei vizi della volontà causativi dell'annullabilità del negozio, di regola non sono subite dall'amministrazione, ma sono da questa provocate. Non meno illogica

appare una soluzione per effetto della quale spetterebbe al soggetto soccombente nel giudizio di annullamento dell'aggiudicazione (la pubblica amministrazione) decidere se promuovere l'annullamento del contratto ovvero vanificare con l'inerzia l'effetto utile sul piano specifico della pronuncia giudiziaria.

3.3.

Inoltre, sempre sul versante della tutela giurisdizionale, l'interpretazione offerta dalla parte ricorrente, si risolve

nella vanificazione della possibilità, invece riconosciuta al g.a.

in termini generali dall'articolo 7, comma 3, della legge n. 1034/1971, come modificato dall'articolo 7 della legge n. 205/2000,

di condannare l'amministrazione al risarcimento del danno, anche mediante la reintegrazione in forma specifica. Risulta in sostanza

frustrata la ratio di un'innovazione

rivelatrice della volontà legislativa di affiancare alla tradizionale tutela annullatoria una protezione più intensa e finale della situazione giuridica fatta valere, realizzata attraverso il ripristino della situazione giuridica e materiale turbata dall'attività illegittima dell'amministrazione. La tesi qui contrastata scorge infatti nel fatto storico della stipulazione un fattore preclusivo della tutela specifica e limitativo della stessa portata della sentenza di annullamento, che relega la tutela perseguibile dal privato al solo piano, non semplice sul piano probatorio, della tutela risarcitoria

per equivalente. Donde una surrettizia generalizzazione dei limiti posti alla tutela a seguito della stipulazione del contratto

ai sensi dell'articolo 14 del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, in tema di infrastrutture strategiche, in

attuazione della delega conferita dalla legge 21 dicembre 2001, n. 4443, senza peraltro il correttivo di cui all'ultimo comma dell'articolo 14 medesimo, sub specie di necessaria interposizione di uno spazio temporale minimo di trenta giorni che deve separare la comunicazione dell'esito della gara e la stipula del contratto.

Il depotenziamento dell'effettività della tutela è ancora più

drastico se si considera che la previsione di tecniche puramente patrimoniali di ristoro fa sì che la stipula del contratto precluda anche la strada della tutela cautelare.

3.4.

Infine, la prospettiva qui non condivisa contrasta con il principio di concentrazione della tutela, evidentemente sotteso all'opzione legislativa in favore della giurisdizione esclusiva in capo al GA per le procedure di affidamento (articolo 6, comma 1, legge 205/2000 cit.), nella misura in cui postula che la caducazione del contratto debba passare attraverso le forche caudine del preventivo giudizio amministrativo di annullamento dell'aggiudicazione e del successivo giudizio civile di annullamento del contratto. Di qui l'emersione di una doppia tutela in perfetta antitesi con la semplificazione delle tecniche di tutela giurisdizionale condensate nella creazione di un modello di giurisdizione amministrativa piena ai sensi del già citato articolo 7 della legge n. 205/2000, nella parte modificativa dell'art. 7, comma 3, prima parte, della legge n. 1034/1971.

4.

Venendo alla pars costruens del discorso, si deve ancora sciogliere l'alternativa se la violazione della normativa di gara configuri una causa di nullità del contratto ovvero ponga un problema non di patologia propria ma di caducazione automatica degli effetti della stipulazione. E' d'uopo peraltro puntualizzare che entrambe le soluzioni dimostrerebbero la legittimità dei provvedimenti qui impugnati, posto 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.

4.1.

La Sezione ritiene che a sostegno della tesi dell'efficacia caducante, nel caso di annullamento

giurisdizionale, come in quello dell' eliminazione a seguito di autotutela o di ricorso giustiziale, degli atti della procedura amministrativa, deponga la valorizzazione del rapporto di consequenzialità necessaria tra la procedura di evidenza pubblica ed il contratto successivamente stipulato.

Il previo esperimento delle fasi di evidenza pubblica, laddove mira a tutelare interessi obiettivi dell'ordinamento anche nella ricordata prospettiva comunitaria, assume la fisionomia propria di un presupposto o di una condizione legale di efficacia del contratto, qualificazione pacificamente riconosciuta all'approvazione. Ne deriva che, così come è pacifico che l'approvazione del contratto mira ad operare un accurato controllo sul procedimento di evidenza pubblica con l'effetto che il relativo annullamento travolge gli effetti della stipulazione, non si vede perché lo stesso effetto condizionante non debba essere riconosciuto anche alla fase sostanziale di aggiudicazione; di qui il corollario che anche l'annullamento dell'aggiudicazione fa venir meno retroattivamente detto presupposto condizionante del contratto e ne determina, con effetto caducante, la perdita di efficacia. La mancanza del procedimento di evidenza pubblica deve in ultima analisi essere equiparata all'ipotesi di mancanza legale del procedimento, derivante dall'annullamento del provvedimento di aggiudicazione. Al pari della radicale mancanza dell'intera fase di evidenza pubblica, o di una sua parte essenziale (quale la procedura di gara), l'annullamento segna infatti, in via retroattiva, la carenza di uno dei presupposti di efficacia del contratto, che, pertanto, resta definitivamente privato dei suoi effetti giuridici

L'assunto è corroborato dalla considerazione che mentre la nullità civilistica configura una patologia propria del contratto, in relazione ad un vizio genetico che lo inficia ab origine, nella specie il contratto subisce gli effetti del vizio che affligge la procedura amministrativa a monte. Ne deriva che il vizio della procedura di evidenza pubblica non rappresenta, di per sé, causa di invalidità del contratto eventualmente stipulato, come dimostrato dalla non contestabile considerazione che, vita la ratio del termine di decadenza nel giudizio amministrativo, non sarebbe possibile la proposizione di azione dichiarativa della nullità del contratto, ai sensi degli artt. 1418 c.c., se non previa rituale e tempestiva impugnativa dell'atto amministrativo viziato. E' allora concettualmente chiara l'atecnicità del richiamo della categoria della nullità del contratto, che di per sé evocerebbe una sua inefficacia originaria stigmatizzabile da subito con un'azione dichiarativa, mentre nella specie è pacifico che l'inefficacia del contratto è una vicenda sopravvenuta al necessario annullamento giurisdizionale della procedura amministrativa.

Non osta, poi, 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.

Si deve osservare infatti che anche nel diritto civile, in virtù del nesso inscindibile di connessione che avvince contratti (e, più in generale, negozi) collegati in via necessaria, 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 (o dell'altro contratto) ma innesca un fenomeno di perdita di efficacia di una fattispecie pattizia che non può sopravvivere orfana delle altre tessere del mosaico negoziale; fenomeno scolpito dal brocardo *simul stabunt simul cadent*.

Si può allora convenire che il meccanismo dell'effetto caducante costituisce espressione di un principio generale che coglie il nesso di connessione inscindibile tra una pluralità di atti iscritti nell'ambito di una vicenda sostanzialmente unitaria.

4.2.

Un argomento sistematico favorevole alla tesi proposta può essere da ultimo tratto dalla legge

21 dicembre 2001, n. 443 (Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive), la quale ha conferito, all'articolo 1, comma 2, una delega

ad emanare, nel rispetto delle attribuzioni costituzionali delle regioni, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della

legge, uno o più decreti legislativi volti a definire un quadro normativo finalizzato alla celere realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti individuati ai sensi del comma 1. Fra i criteri previsti dalla disposizione, si segnala quello contenuto nella lettera n): "previsione, dopo la stipula dei contratti di progettazione, appalto, concessione o affidamento a contraente generale, di forme di tutela risarcitoria per equivalente, con esclusione della reintegrazione in forma specifica; restrizione, per tutti gli interessi patrimoniali, della tutela cautelare al pagamento di una provvisoria".

La delega è stata quindi attuata con il decreto legislativo n. 190/2002 prima citato.

Ebbene, la tesi dell'efficacia caducante è avvalorata dalla circostanza che l'articolo 14 del decreto delegato, 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 (così Cons. Stato, sezione VI, decisione n. 1518/2003).

5.

Sul piano della giurisdizione la soluzione esposta, che annette carattere automaticamente caducante all'annullamento dell'aggiudicazione da parte del giudice amministrativo, non consente di dubitare che relativa controversia debba essere devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. E' infatti evidente che non si dibatte di una vicenda propria del contratto, ossia di una sua patologia, ma degli effetti automaticamente prodottisi sulla fattispecie pattizia per effetto dell'azzeramento della procedura amministrativa. Di qui il corollario, coerente con le esigenze di concentrazione e pienezza della tutela prima rammentate, che il giudice amministrativo, dotato di giurisdizione esclusiva sulla procedura di affidamento, indaghi anche sugli effetti prodotti dall'annullamento della procedura, ossia signoreggi la fase dell'esecuzione del suo decesum

6.

Tanto
detto circa

l'infondatezza del primo motivo di appello, reputa il Collegio che, pur se in relazione a motivi in parte diversi da quelli spesi dal primo Giudice, non meritino positiva valutazione neanche gli ulteriori motivi di gravame.

E' sufficiente al riguardo osservare che:

a)

la caducazione con effetto retroattivo dell'affidamento originario in favore della società qui appellante comporta, come poi accaduto anche nella realtà storica, la rescissione dell'assunzione dei lavoratori socialmente utili impiegati ai fini dell'esecuzione dell'appalto e, quindi, la nuova configurazione del presupposto, richiesto per l'espletamento della procedura ai sensi dell'articolo 10 del decreto legislativo 1° dicembre 1997, n. 468, dell'esigenza di assicurare la stabilizzazione dei lavoratori socialmente utili;

b)

lo stesso rilievo vale a dimostrare la ricorrenza dell'ulteriore presupposto che debba trattarsi di servizi in precedenza non affidati in appalto, posto che la caducazione retroattiva della procedura produce una situazione identica a quella della non indizione della stessa;

c)

l'annullamento giurisdizionale della procedura, determinando l'azzeramento della posizione di vantaggio da essa derivata, esclude in radice la configurazione, in capo alla società appellante, di una situazione giuridicamente differenziata apprezzabile ai fini della comunicazione dell'avvio del procedimento ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241;

d)

quanto alle ulteriori censure (venir meno dell'esigenza di stabilizzare uno dei 42 lavoratori socialmente utili;

imprecisioni del piano d'impresa; criteri di computo dei ricavi della gestione delle foresteria; violazione delle norme in materia di gara, con particolare riferimento all'esclusione delle offerte anomale; illegittimità del criterio di valutazione delle offerte; previsioni del bando relative ai requisiti della mandataria nei raggruppamenti di impresa), è sufficiente rilevare, sulla scorta dell'insegnamento reso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (con decisione 29 gennaio 2003, n. 1), che le contestate prescrizioni della *lex specialis* non sono immediatamente lesive in quanto non preclusive della partecipazione alla procedura e non incidenti negativamente in modo certo sulle chances di successo. Donde la

conseguenza

dell'inammissibilità dei motivi originari di ricorso, suffragata *ex post*

dalla circostanza che dette censure non sono state proposte in sede di separata impugnazione dell'esito della procedura di che trattasi.

7.

Le considerazioni che precedono dimostrano in definitiva l'infondatezza dell'appello e ne impongono la reiezione.

Sussistono giusti motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge l'appello e conferma con diversa motivazione la sentenza gravata.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 18 febbraio 2003, dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez.VI - nella Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Presidente

Consigliere

Consigliere

Consigliere

Consigliere Est.

Presidente

Consigliere

Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Direttore della Sezione

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria

<https://www.diritto.it/la-salvaguardia-dei-valori-della-concorrenza-deve-essere-garantita-in-tutte-le-procedure-ad-evidenza-pubblica-attraverso-l-osservanza-delle-norme-sul-trattato-relative-alla-libera-circolazione-delle-3/>