

Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto d'appalto stipulato: i problemi ancora aperti in punto di riparto di giurisdizione e la soluzione del Tar Lombardia (sent. 8 maggio 2008 n. 1370).

Autore:

In: Diritto amministrativo

1. Cenni introduttivi e quadro normativo di riferimento. - **2.** Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto. Tesi a confronto. - **3.** L'intervento di Cass. S.U. n. 27169/2007. - **4.** Rilievi critici e primi correttivi del Tar Lombardia (sent. 1370/2008).

1. Cenni introduttivi e quadro normativo di riferimento.

Il presente lavoro si pone l'obiettivo di delineare, senza alcuna pretesa di esaustività, gli aspetti principali della tematica afferente l'incidenza dell'annullamento dell'aggiudicazione sulla sorte del contratto stipulato. Questa tematica, al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale degli ultimi anni, è di particolare interesse per le diverse problematiche ad essa sottese, soprattutto in punto di riparto di giurisdizione e di tutela del concorrente illegittimamente pretermesso dalla gara.

In punto di riparto di giurisdizione, prima dell'intervento legislativo, la giurisprudenza seguiva il criterio della natura della posizione giuridica dedotta in giudizio.

Alla giurisdizione di legittimità venivano così attribuite le questioni afferenti la fase ad evidenza pubblica di scelta del contraente, poiché, in tale fase, retta da norme pubblicistiche, l'amministrato era portatore di interessi legittimi. Alla giurisdizione ordinaria venivano, invece, devolute le controversie insorgenti nella fase successiva alla stipulazione del contratto, in cui la posizione delle parti, in condizione di assoluta parità, assumeva la consistenza di diritti soggettivi.

Questo impianto è stato poi rivisto dal legislatore, dapprima con l'art. 33 del D.Lvo 80/1998 il quale, innovativamente, ha attribuito alla giurisdizione esclusiva del G.A. le controversie relative alla fase pubblicistica e, successivamente, con l'art. 6 della L. n. 205/2000, il quale ha esteso detta giurisdizione a tutte le controversie in tema di procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti, comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale.

Da ultimo, questa disposizione è stata ripresa dall'art. 244 del D.Lvo n.163/2006. Allo stato, dunque, tutte le controversie inerenti alla fase pubblicistica, cioè dalla determinazione a contrarre sino all'aggiudicazione definitiva, risultano devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Rientrano, in questa giurisdizione, anche le conseguenze dell'esercizio dell'autotutela pubblicistica, pur se esercitata in carenza di potere (es. revoca successiva all'affidamento).

L'affermazione della giurisdizione esclusiva consente al giudice di disporre di maggiori poteri, soprattutto sotto il profilo istruttorio, e costituisce, altresì, garanzia del principio di non concorrenza tra le giurisdizioni[1].

Le vicende inerenti all'esecuzione del contratto rimangono, invece, soggette alla giurisdizione del giudice ordinario. Conclusione questa confermata dal terzo comma del medesimo art. 244, il quale, nel devolvere espressamente alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo determinate controversie, specificamente individuate, presuppone che, tutte le altre inerenti all'esecuzione del contratto, rientrino nella cognizione del G.O.. La giurisdizione ordinaria sussiste, dunque, sia nel caso di vizi genetici che di vizi funzionali del contratto; in particolare, nel caso di impugnativa del recesso o della risoluzione unilaterale del contratto, di controversie sul quantum dell'importo revisionale del prezzo stabilito, di controversie patrimoniali tra appaltatore e stazione appaltante e, a maggior ragione, tra appaltatore e subappaltatore (Cass. S.U. 5992/2003; 10260/2003).

2. Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto. Tesi a confronto.

L'annullamento giurisdizionale, o in sede di autotutela, del provvedimento di aggiudicazione solleva il problema della sorte del contratto stipulato con l'amministrazione.

La Corte di Cassazione aveva, per lungo tempo, sostenuto la tesi

dell'annullabilità del contratto ex art. 1441 c.c., sul presupposto che i vizi del procedimento rilevavano esclusivamente quali vizi della capacità e della volontà dell'amministrazione, del chè solo quest'ultima era legittimata a farli valere secondo le regole proprie dell'annullabilità degli atti negoziali (Cass. 8.05.1996 n. 4269).

Il negozio stipulato era, dunque, annullabile ad iniziativa esclusiva dell'ente pubblico; unica eccezione sussisteva in caso di vizio di straripamento di potere per incompetenza assoluta dell'organo stipulante, situazione in cui il contratto doveva ritenersi nullo.

I corollari di questa impostazione paiono evidenti. Innanzitutto, essa rimette alla disponibilità della P.A. e, cioè, del soggetto autore del vizio, l'esercizio dell'azione di annullamento, privando così il privato della possibilità di una effettiva tutela giurisdizionale, inoltre, essa comporta il rischio che uno stesso vizio sia ritenuto dal G.A. idoneo a caducare l'aggiudicazione, e dal G.O. inidoneo ad inficiare il contratto (e viceversa). Ma questa impostazione è stata soprattutto criticata in quanto non tutte le norme sull'evidenza pubblica possono ritenersi collegate all'interesse particolare della P.A., risultando, molte di esse, espressione di principi fondamentali della concorrenza e del mercato e di valori quali l'imparzialità ed il buon andamento enunciati dalla Costituzione, e, dunque, di norme imperative.

Sulla scorta di queste obiezioni, parte della giurisprudenza amministrativa ha sostenuto la tesi della nullità virtuale del contratto per violazione di norme imperative ed inderogabili, ai sensi dell'art. 1418 c.c. primo comma. Altra giurisprudenza ha, invece, ricondotto la nullità del contratto al combinato disposto degli articoli 1418 comma secondo e 1325 n. 1 c.c. sul presupposto secondo il quale, il venir meno del consenso della P.A., a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, priva il contratto del requisito essenziale dell'accordo delle parti[2].

Anche questa impostazione non è esente da critiche. Invero, come è noto, la nullità attiene, propriamente, ad un vizio genetico del contratto e non già ad un vizio successivo alla stipulazione del medesimo, inoltre, dal punto di vista pratico, questa tesi mina la certezza dei rapporti giuridici (stante l'imprescrittibilità dell'azione di nullità) e consente di aggirare il termine decadenziale di 60 giorni per impugnare i provvedimenti amministrativi. Inoltre, stando alla tesi della nullità per mancanza del consenso, l'azione può essere proposta solo dalla parte interessata e cioè da quella che ha ottenuto l'annullamento dell'atto amministrativo, in contrasto con i principi di matrice civilistica, nel senso dell'assolutezza dell'azione di nullità.

Nella giurisprudenza amministrativa si è allora diffusa la tesi dell'inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione; tesi unitaria nella sua formulazione di fondo, poi sviluppata secondo diverse angolature.

In alcune pronunce[3] della buona fede dei terzi, in applicazione analogica degli artt. 23 comma 2 e 25 comma 2 c.c. in quanto l'amministrazione pubblica è una persona giuridica; e della eccessiva onerosità della sostituzione del contraente nella domanda di reintegrazione in forma specifica. , valorizzando il rapporto di consequenzialità necessaria tra la procedura di evidenza pubblica

ed il contratto successivamente stipulato, si è sostenuto che l'annullamento dell'aggiudicazione, in sede giudiziale o amministrativa, determina la caducazione automatica ex tunc del contratto, per il venir meno di un suo presupposto, con conseguente aggiudicazione automatica in favore del secondo classificato. In altre pronunce[4], si è invece optato per la tesi della inefficacia relativa sopravvenuta, in forza della quale gli effetti del contratto cessano solo a seguito dell'iniziativa giurisdizionale spettante in via esclusiva al contraente pretermesso, con il duplice limite

Ad ogni buon conto, si è sostenuto che la tesi dell'inefficacia trae valido argomento dall'art. 264 comma 4 del D.Lvo 163/2006 il quale, escludendo espressamente la caducazione del contratto quale conseguenza dell'annullamento e della sospensione dell'aggiudicazione per i soli appalti relativi a infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale, conferma che, la regola generale, è nel senso della risoluzione automatica del contratto quale conseguenza dell'annullamento degli atti della procedura ad evidenza pubblica.

3. L'intervento di Cass. S.U. n. 27169/2007.

In questo contesto sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 27169/2007 che ha attribuito al giudice ordinario la domanda volta ad ottenere tanto la dichiarazione di nullità quanto quella di inefficacia o di annullamento del contratto di appalto, a seguito dell'annullamento della delibera di scelta del contraente, posto che, in ciascuno di questi casi, "la controversia non ha ad oggetto i provvedimenti riguardanti la predetta scelta, bensì il successivo rapporto di esecuzione che si concreta nella stipulazione del contratto di appalto, del quale i soggetti interessati chiedono di accertare un aspetto patologico, al fine di impedirne l'adempimento".

Secondo la Corte tra aggiudicazione e stipulazione non sussiste alcun legame trattandosi di due momenti distinti espressione di poteri contrapposti: il provvedimento di aggiudicazione integra l'ultimo atto della fase pubblicistica e dunque il limite entro il quale sussiste la giurisdizione del G.A., la stipulazione del contratto attiene, invece, alla fase privatistica, nella quale la P.A. opera in posizione di parità con il contraente privato. L'indipendenza tra questi due momenti fa sì che l'annullamento dell'aggiudicazione non privi automaticamente l'affidatario del titolo per concludere il contratto, potendo solo l'intervento di una pronuncia costitutiva del giudice civile determinare la caducazione del rapporto in essere.

Il Consiglio di Stato^[5] si è mostrato di diverso avviso, condividendo l'orientamento, secondo il quale "la caducazione in sede giurisdizionale o amministrativa di atti della fase della formazione della volontà della P.A. priva la stessa amministrazione, con efficacia ex tunc, della legittimazione a negoziare conferitagli dai precedenti atti amministrativi: in conformità del resto al principio che gli atti della serie pubblicistica e quelli della serie privatistica sono indipendenti, ma i primi condizionano l'efficacia dei secondi: e tale inefficacia può essere fatta valere solo dalla parte che abbia ottenuto l'annullamento della deliberazione costitutiva della volontà della P.A. senza pregiudizio per i diritti acquistati dai terzi di buona fede in esecuzione della deliberazione medesima".

Al G.A. è dato dunque conoscere e statuire sulla legittimità dei procedimenti amministrativi di gara, ma non anche sulle vicende inerenti al contratto, attribuite alla cognizione dell'autorità giudiziaria ordinaria.

4. Rilievi critici e primi correttivi del Tar Lombardia (sent. 1370/2008).

La pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, optando per la giurisdizione del G.O. sulla sorte del contratto, lungi dal risolvere in maniera definitiva la questione, ha ulteriormente acuito il dibattito giurisprudenziale e dottrinale sul punto.

Innanzitutto, essa si presenta in forte distonia con i principi della concentrazione e della pienezza della

giurisdizione, affermati dalla giurisprudenza alla luce del potere riconosciuto dalla legge al G.A. di disporre il risarcimento del danno, anche in forma specifica, quale strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo) da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della P.A.. La riproposizione del doppio binario risulta altresì inconciliabile con i principi dell'effettività e della celerità della tutela giurisdizionale, quali corollari del principio del giusto processo ai sensi dell'art. 111 comma 1 Cost..

Questa tesi, subordinando la caducazione del contratto all'esito di un giudizio civile, con tutti i suoi gradi ed i suoi tempi, rende estremamente difficoltoso il risarcimento in forma specifica spettante al ricorrente vittorioso in sede di impugnazione della gara, e cioè il conseguimento del bene della vita dallo stesso anelato, rappresentato dall'aggiudicazione in suo favore dell'appalto.

Invero, è ragionevole ritenere che la pronuncia definitiva del G.O. possa intervenire allorché l'appalto sia già stato portato a completa esecuzione dal precedente aggiudicatario, con la conseguenza di vanificare lo stesso principio affermato dalla Cassazione secondo il quale, la tutela in forma specifica deve essere sempre privilegiata, fatta eccezione per i casi in cui essa non risulti materialmente possibile o appaia obiettivamente non soddisfattiva per la parte ricorrente (C.d.S. sent. n. 409/2008).

Proprio in ragione di queste criticità, la tesi accolta dalle Sezioni Unite della Cassazione non è stata uniformemente seguita; lo confermano Cass. n. 9906/2008 che accoglie la tesi della caducazione automatica del contratto senza necessità di pronunce costitutive, e l'ordinanza del Consiglio di Stato n. 1328/2008 che ha rimesso la questione all'Adunanza Plenaria.

Una soluzione di compromesso è quella adottata del Tar Lombardia nella pronuncia n. 1370/2008, ove, nonostante le perplessità sollevate, si ritiene di non discostarsi dalla soluzione della Corte di Cassazione, escludendo il potere di cognizione diretta del giudice amministrativo in ordine all'invalidità o all'inefficacia del contratto, con attitudine di giudicato.

Tuttavia, secondo il giudice meneghino, ciò non esclude la possibilità di una cognizione diretta, ovvero incidentale della relativa questione, in quanto l'art. 8 della L. Tar autorizza il G.A. nelle materie in cui 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, la questione principale è data dalla pretesa del ricorrente al "bene della vita", consistente nell'aggiudicazione dell'appalto e, dunque, il soddisfacimento di questa pretesa può ben passare attraverso una pronuncia incidenter tantum sul contratto del G.A., insuscettibile di passare in giudicato.

Il Tar Lombardo si interroga poi sulla corretta qualificazione civilistica della condizione del contratto conseguente alla aggiudicazione annullata. Riaffermata la tradizionale distinzione, ribadita dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, tra norme di comportamento e norme di validità, il Tar muove dalla previsione

di cui all'art. 264 co. 4 del D.Lgs 163/2006 introduttiva, a suo dire, di un nuovo istituto, la caducazione, quale categoria autonoma dall'inefficacia. Secondo il Tar si è, infatti, al cospetto di un'inefficacia successiva, inerente ad un fatto sopravvenuto alla stipula del contratto, l'annullamento dell'aggiudicazione, e non già ad un modo di essere del contratto.

Nella fattispecie esaminata dunque il Tar, pur ritenendo di non poter accogliere la domanda di risarcimento in forma specifica o, in subordine, per equivalente pecuniario, ritenendo insussistenti gli elementi per affermare che la ricorrente si sarebbe aggiudicata il servizio, annulla gli atti di gara e accerta incidenter tantum la caducazione del contratto stipulato, con obbligo dell'amministrazione di tenere conto di tale statuizione.

Il Tar Lombardo opta così per una soluzione di compromesso, aderente al dettato normativo, ma che consente di aggirare le problematiche sottese alla pronuncia delle Sezioni Unite, senza stravolgerne i principi in essa affermati in punto di riparto di giurisdizione. Certo è che questa soluzione conduce ad una pronuncia incidentale, insuscettibile di passare in giudicato, con tutti i risvolti ad essa conseguenti, soprattutto in punto di effettività della tutela giurisdizionale.

A seguito dell'intervento delle Sezioni Unite pare, dunque, che tutte le problematiche sottese alla sorte del contratto stipulato a valle, in punto di riparto di giurisdizione e di effettività di tutela del terzo illegittimamente pretermesso, siano tutt'altro che risolte.

Avv. Lucia Riotto

[1] Dalla Relazione di sintesi dei lavori della Commissione di studio istituita dai presidenti della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato per l'approfondimento dei problemi di maggiore rilievo in tema di riparto di giurisdizione.

[2] Consiglio di Stato 3355/2004, Cons. Giustizia Amministrativa n. 104/2005

[3] C.d.S VI Sezione, n. 2331/2003; n. 2992/2003

[4]C.d.S. IV Sezione n. 6666/2003

[5] Consiglio di Stato, sent. 28 settembre 2005 n. 5196

<https://www.diritto.it/annullamento-dell-aggiudicazione-e-sorta-del-contratto-d-appalto-stipulato-i-problemi-ancora-aperti-in-punto-di-riparto-di-giurisdizione-e-la-soluzione-del-tar-lombardia-sent-8-maggio-2008-n-1370/>