

# Pronunce del Giudice Amministrativo sull'aggiudicazione ed inefficacia del contratto

venerdì 21 ottobre 2011

Ultimo aggiornamento venerdì 21 ottobre 2011

SINTESI DEL SEMINARIO dell' 8 Ottobre 2011 di ROCCO GIACOBBE VACCARI Il rito amministrativo in materia di appalti ha subito nel corso dell'anno 2010 diversi interventi di riforma, culminati con l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo. Comunque già prima dell'emanazione del Codice l'Italia doveva dare attuazione alla direttiva 2007/66/CE dell'11.12.2007, c.d. « direttiva ricorsi », nella quale si prevedeva principalmente: a) di garantire in materia di appalti una tutela processuale effettiva e celere con la previsione di un termine sospensivo (c. d. stand &ndash; still) fra l'aggiudicazione della gara e la stipulazione del contratto, prorogato in caso di proposizione di ricorso; b) l'obbligatoria privazione di effetti del contratto in caso di violazioni gravi del diritto comunitario salvo casi tassativi di sanzioni alternative (c. d. inefficacia obbligatoria o facoltativa del contratto). Il nostro Stato ha attuato la direttiva con il D. Lgs n. 53/2010 (entrato in vigore il 27.04.2010), a cui è seguito l'inserimento nel Codice del processo amministrativo ex D.lgs n. 104/2010 (entrato in vigore il 16.09.2010) delle norme processuali in materia di appalti (artt. 120 &ndash; 125 cpa). \*\*\* Prima della presa di posizione del legislatore del 2010 - a favore dell'inefficacia del contratto di appalto in seguito all'annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione - si possono ricordare quattro orientamenti che avevano animato il dibattito sulla sorte del contratto di appalto prima della direttiva ricorsi. Tali tesi, che schematicamente si annunceranno, possono avere ancora una rilevanza pratica per risolvere quei casi nei quali il contratto stipulato dalla P. A - sebbene non rientri nel campo di applicazione degli artt 120 e ss del c.p.a. - deve, secondo la giurisprudenza, essere comunque preceduto da una procedura di gara pubblica se determina l'attribuzione di utilità economicamente rilevanti (ad es. contratti di concessione di beni demaniali, contratti di vendita, contratti di locazione, etc).

1) Tesi dell'annullabilità: secondo tale tesi l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione comporta la mera annullabilità del contratto su istanza della sola P.A. (in quanto esclusiva legittimata ad esperire innanzi al giudice ordinario l'azione di annullamento);

2) Tesi della nullità: secondo tale tesi l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione comporta la nullità del contratto successivamente stipulato, su istanza di chiunque vi abbia interesse &ndash; ciò in applicazione delle disposizioni contenute agli articoli 1418 o 1325, n. 1 del codice civile;

3) Tesi della caducazione automatica : secondo tale tesi l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione comporta la caducazione automatica del contratto senza necessità di una declaratoria. Tale tesi considera gli atti dell'attività contrattuale della P. A. inscindibilmente connessi, cosicché la caducazione di uno caduca tutti gli altri. I sostenitori di tale tesi rilevano che dall'art. 246 del codice dei contratti pubblici (oggi art 125 c.p.a.) si evince, argomentando a contrario, che in assenza di previsioni ad hoc specifiche la sanzione per il contratto stipulato all'esito di una aggiudicazione illegittima è la caducazione.

4) Tesi dell'inefficacia relativa : secondo tale tesi - analogamente a quanto disposto dagli artt. 23 e 25 cc per le persone giuridiche private - l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione travolge il contratto solo nel caso in cui possa essere esclusa la buona fede dell'impresa contraente. \*\*\* La tematica in discussione, fino al recepimento della Direttiva ricorsi, portava anche problemi di giurisdizione sulla cognizione in ordine alla sorte del contratto stipulato tra la Pubblica Amministrazione e l'impresa in seguito ad una aggiudicazione poi annullata. La Cassazione con la sentenza delle Sezioni Unite Civili n. 27169 del 28.12.2007 sanciva la giurisdizione del Giudice Amministrativo sull'annullamento dell'aggiudicazione e la giurisdizione ordinaria sulla sorte del contratto a seguito di tale annullamento. Gli effetti di tale pronuncia, che onerava il ricorrente ad adire due giurisdizioni per la stessa questione, veniva attenuata dalla sentenza n. 9 del 30.07.2008 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che prevedeva l'utilizzazione del giudizio di ottemperanza della decisione di annullamento dell'aggiudicazione nell'ambito della quale il G.A. poteva conoscere della sorte del contratto stipulato. Oggi il Codice del processo amministrativo disciplina la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto all'esito dell'annullamento dell'aggiudicazione, qualificando tale giurisdizione come esclusiva (art. 133, comma 1, lett. e), n. 1) c.p.a.). \*\*\* Il nostro legislatore, nel recepire la Direttiva ricorsi, ha previsto che gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione siano rimessi alla scelta del giudice, e che i presupposti di tale scelta varino in funzione della tipologia e della gravità del vizio dell'aggiudicazione. Nei casi di gravi violazioni (art. 121 cpa) il giudice pronuncerà l'inefficacia del contratto con decorrenza ex tunc salvo particolari casi di inefficacia ex nunc per ragioni di opportunità. Negli altri casi di violazioni non gravi (art. 122 cpa) il giudice che annulla l'aggiudicazione decide se dichiarare inefficace o meno il contratto. Tale scelta legislativa impone di interrogarsi sui rapporti tra il potere del giudice e le domande delle parti ossia: è necessaria la domanda di parte per pronunciare la declaratoria di inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione e per disporre il subentro nel contratto? Il problema va affrontato distinguendo le violazioni gravi (ex art. 121 c.p.a.) dalle altre violazioni (ex art.122 c.p.a.). I principali casi di violazione gravi concernono contratti direttamente stipulati senza gara e il vizio accolto dal Giudice amministrativo non potrà mai far conseguire l'aggiudicazione ma la rinnovazione della procedura di gara. In tali casi non è ipotizzabile esperire una domanda di subentro e l'istanza di annullamento dell'affidamento dovrebbe presupporre un accertamento dell'inefficacia del contratto al fine di ottenere l'obbligo conformativo di rinnovare la procedura. Il ricorrente potrebbe però solo chiedere il risarcimento del danno da perdita di chance rinunciando ad avvalersi all'obbligo conformativo. Negli altri casi di violazioni disciplinate dall'art. 122 cpa si dà invece maggior rilievo alla domanda di subentro che va ad incidere sulla pronuncia di efficacia. La mancata domanda di subentro o di conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto preclude la declaratoria di inefficacia e potrà essere valutata &ndash; ex art. 1227 c.c. &ndash; ai fine dell'esame della domanda risarcitoria. Invece, se viene chiesto solo il risarcimento per equivalente, non vi è luogo a pronuncia di inefficacia. \*\*\* In conclusione. La tematica dell'annullamento giudiziale dell'aggiudicazione e conseguentemente della sorte del contratto ha trovato disciplina con il recepimento nel nostro ordinamento giuridico della

direttiva ricorsi, che ha risolto i contrasti attinenti sia alla giurisdizione (attribuendola al g. a. ) sia al vizio che affligge il contratto (inefficacia). La normativa risulta comunque complessa e attribuisce al Giudice amministrativo rilevanti poteri, senza però chiarire espressamente se si tratta di poteri esercitabili d'ufficio o a domanda di parte.