

# Diritto processuale amministrativo

---

## RIVISTA TRIMESTRALE

---

**Giuffrè editore · Milano**

**4/2005**

---

ANNO XXIII - FASCICOLO IV - DICEMBRE 2005

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p.  
D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46)  
art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

*Di particolare interesse in questo numero:*

Occupazioni espropriative e  
giurisdizione amministrativa

Tecniche di tutela del  
Giudice amministrativo

Contiene indice annata

Cons. Giust. amm., reg. Sic., 8 marzo 2005, n. 104 - Pres. Virgilio - Est. Giaccardi - A. (Avv.ti Calderera e Calandra) c. C. (Avv.ti Tigano e Allotta) e nei confronti del Comune di S. Angelo di Brolo (Avv.ti Pizzuto e Allotta).

**Contratti della pubblica amministrazione - Annullamento dell'aggiudicazione con valenza di atto negoziale - Conseguente nullità del contratto - Annullamento dell'aggiudicazione con valenza di mero atto provvedimentale - Conseguente inefficacia del contratto.**

**Contratti della pubblica amministrazione - Nullità - Azione di accertamento - Legittimazione della sola parte che ha tempestivamente impugnato il presupposto atto provvedimentale.**

*Nelle procedure di evidenza pubblica, l'aggiudicazione del contratto presenta di solito una duplice natura, amministrativa e negoziale, perché si pone, al contempo, come provvedimento conclusivo della procedura di selezione del contraente privato e altresì come atto giuridico con il quale l'amministrazione formalizza la propria volontà di contrarre con l'impresa scelta e alle condizioni dalla stessa offerte. In questi casi, l'annullamento dell'aggiudicazione elimina, perciò, in radice l'atto con cui è stata manifestata la volontà della pubblica amministrazione, con la conseguenza che il contratto diviene nullo per difetto dell'elemento essenziale dell'accordo tra le parti. Il bando di gara può però prevedere che l'aggiudicazione non impegni l'amministrazione alla stipula del contratto, con ciò escludendo la sua valenza negoziale, e, in questo caso, l'annullamento dell'aggiudicazione determina la sopravvenuta inefficacia del contratto, per l'intervenuto difetto della condizione di diritto, la cui persistenza condiziona l'idoneità del negozio a produrre i suoi effetti tipici (1).*

*L'aggiudicazione del contratto deve essere impugnata nel prescritto termine di decadenza e, in difetto di tale tempestiva iniziativa giurisdizionale, resta preclusa la proponibilità dell'azione di nullità, con la conseguenza che il giudice non può accertare d'ufficio la nullità del contratto costituita dall'illegittimità del provvedimento finale della procedura di selezione del contraente, perché la legittimazione a far valere la nullità va riconosciuta alle sole parti che hanno impugnato l'aggiudicazione (2).*

(Omissis)

DIRITTO. — 4.1.1. Secondo l'impostazione tradizionale e più risalente della giurisprudenza civile (Cass. civ., 17 novembre 2000, n. 14901; 8 maggio 1996, n. 4269; 28 marzo 1996, n. 2842; 26 luglio 1993, n. 8346), il contratto stipulato sulla base di un'aggiudicazione illegittima è annullabile ai sensi dell'art. 1425 o dell'art. 1427 c.c. (a seconda della catalogazione dogmatica del vizio alla quale si accede); tale conclusione viene raggiunta sulla base del rilievo che le norme che regolano le procedure ad evidenza pubblica servono a consentire la corretta formazione della volontà

del contraente pubblico, sicché la loro violazione implica un vizio del consenso manifestato dalla pubblica amministrazione o, secondo un'altra ricostruzione, ne rivela l'incapacità a contrarre.

Il corollario più evidente e problematico di tale impostazione è costituito dall'imputazione alla sola pubblica amministrazione della legittimazione alla proposizione della domanda di annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1441 c.c. (cfr. *ex multis* Cass. civ., 21 febbraio 1995, n. 1885).

4.1.2. Secondo una diversa ricostruzione, il contratto concluso in esito ad un'aggiudicazione illegittima è affetto da nullità assoluta ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c. per violazione di norme imperative (Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218; Tar Campania, sez. Napoli, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177), attesa la natura inderogabile delle disposizioni che regolano la selezione del contraente privato ai fini dell'affidamento di un appalto pubblico.

4.1.3. La prevalente giurisprudenza amministrativa, già prima delle recenti riforme introdotte con il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e con la l. 21 luglio 2000, n. 205 (che hanno esteso l'ambito della giurisdizione esclusiva amministrativa alle controversie aventi ad oggetto le procedure di affidamento degli appalti pubblici ed il novero dei pertinenti poteri di cognizione e di condanna) ha preferito ricostruire la fattispecie in termini di caducazione del contratto per effetto dell'annullamento della presupposta aggiudicazione (Cons. Stato, Sez. V, 25 maggio 1998, n. 677; Sez. V, 30 marzo 1993, n. 435), negando così ogni ipotesi di invalidità del negozio giuridico, connettendo la sola conseguenza dell'inefficacia all'eliminazione del provvedimento conclusivo della sequenza procedimentale pubblicistica che ha preceduto la sua conclusione e, soprattutto, escludendo che la stipula del contratto determinasse la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione del ricorso contro l'aggiudicazione (Cons. Stato, Sez. VI, 21 ottobre 1996, n. 1373).

Tale impostazione teoretica è stata confermata anche dopo le recenti riforme del processo amministrativo, con le precisazioni e le integrazioni di seguito illustrate.

La Sez. VI (Cons. Stato, Sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332; Sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2992) ha, in particolare, ascritto la fattispecie allo schema della caducazione automatica, che comporta la necessaria ed immediata cessazione dell'efficacia del contratto per il solo effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione (senza bisogno, cioè, di pronunce costitutive), sulla base del rilievo della sussistenza di una connessione funzionale tra la sequenza procedimentale pubblicistica e la conseguente stipula del contratto che implica, in analogia alle fattispecie privatistiche del collegamento negoziale, la caducazione del negozio dipendente, nel caso di annullamento di quello presupposto.

La Sez. IV (Cons. Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666) ha, invece, optato per la diversa catalogazione della fattispecie in termini di inefficacia sopravvenuta relativa, che comporta la cessazione degli effetti del contratto non in via automatica, ma per effetto della necessaria iniziativa giurisdizionale del contraente pretermesso (unico legittimato ad invocarla in suo favore) e con il duplice limite della buona fede dei terzi, in applicazione analogica degli artt. 23, comma 2, e 25, comma 2, c.c. (nel medesimo senso anche Cons. Stato, Sez. VI, n. 2992 del 2003, cit.), e dell'eccessiva onerosità della sostituzione del contraente per la pubblica amministrazione, debitrice nella relativa domanda di reintegrazione in forma specifica, ai sensi dell'art. 2058 c.c.

Le recenti ricostruzioni giurisprudenziali che annettono (su questo punto, concordemente tra loro) la sola conseguenza dell'inefficacia del contratto all'annullamento dell'aggiudicazione argomentano, inoltre, *a contrario* tale conclusione dal rilievo che se l'art. 14, comma 2, d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190 ha espressamente escluso la risoluzione del contratto quale conseguenza dell'annullamento e della sospensione dell'aggiudicazione per i soli appalti relativi alle infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale (alle quali si applicano la l. 21 dicembre 2002, n. 443 ed il d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190), per i contratti aventi ad oggetto appalti diversi da questi ultimi la conseguenza dell'annullamento degli atti della procedura ad evidenza pubblica è proprio quella che la suddetta disposizione ha inteso scongiurare per gli appalti compresi nel suo ambito applicativo, e cioè la risoluzione (da intendersi, tuttavia, come espressione tecnicamente usata dal legislatore per indicare la perdita di efficacia del negozio giuridico).

4.2. Proseguendo nell'illustrazione del dibattito giurisprudenziale passato in rassegna, occorre dar conto, in estrema sintesi, delle critiche indirizzate a ciascuna delle soluzioni riferite e delle lacune riscontrabili a carico di ciascuna di esse, onde raccogliere tutte le relative indicazioni utili ad una diversa ricostruzione della fattispecie in termini maggiormente coerenti con l'ordinamento e, al contempo, soddisfattivi di tutti gli interessi coinvolti nelle relative controversie.

4.2.1. All'indirizzo della teoria dell'annullabilità sono state rivolte le seguenti, principali obiezioni: *a*) le norme sull'evidenza pubblica non sono poste solo nell'interesse della parte pubblica, ma anche, se non soprattutto, in quello delle imprese ad un accesso libero, competitivo e concorrenziale alla contrattazione con le amministrazioni; *b*) la riserva alla sola pubblica amministrazione della legittimazione a domandare l'annullamento del contratto impedisce una tutela soddisfattiva e piena dell'impresa ricorrente che ha ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione; *c*) l'iscrizione dell'annullamento dell'aggiudicazione alle categorie dell'incapacità di contrattare (art. 1425) o dei vizi del consenso (art. 1427 c.c.) risulta sprovvista di sufficienti riscontri positivi e di sicure indicazioni argomentative: non si chia-

riscono i caratteri costitutivi della presunta incapacità legale dell'amministrazione e non si precisa il tipo di vizio della volontà nella specie riscontrato.

4.2.2. La tesi della nullità è stata criticata (soprattutto) in quanto assegna ad un fatto sopravvenuto (l'annullamento dell'aggiudicazione) la valenza propria di un difetto genetico (che caratterizza lo schema dell'invalidità radicale) ed in quanto espone il contratto alle inaccettabili conseguenze dell'accertamento della sua nullità, senza limiti di prescrizione (art. 1422 c.c.), su iniziativa di chiunque vi abbia interesse ed alla sua rilevabilità d'ufficio (art. 1421 c.c.), con conseguente pregiudizio delle pregnanti esigenze di certezza dei rapporti giuridici imputabili alla pubblica amministrazione e di stabilità dei relativi negozi giuridici.

4.2.3. Le recenti ricostruzioni offerte dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, riassumibili, seppure logicamente giustificate da argomenti e presupposti (parzialmente) diversi, nella medesima enunciazione dell'inefficacia del contratto, trascurano, ad avviso del Collegio, la pur necessaria analisi della natura giuridica e della valenza sostanziale dell'aggiudicazione ed omettono l'indispensabile ascrizione della fattispecie ad una delle categorie civilistiche che autorizzano la classificazione della situazione in termini di inefficacia.

Quanto al primo aspetto, si osserva che la disamina delle conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione non può prescindere dalla necessaria qualificazione di quest'ultima, dalla verifica della portata dei suoi effetti e dalla conseguente ricostruzione del vincolo che la lega al contratto: in mancanza di tale, presupposta ricostruzione dogmatica risulta, infatti, arduo, se non impossibile, pervenire ad una soluzione della questione in esame, coerente con il sistema.

In ordine al secondo profilo, deve rilevarsi che l'affermazione dell'inefficacia va sostenuta dall'individuazione della situazione giuridica che la presuppone e la costituisce: nell'ordinamento civile l'inefficacia non è, infatti, una categoria dogmatica ma fattuale, nel senso che indica la sola conseguenza della perdita degli effetti di un negozio giuridico in alcune fattispecie tipicamente previste (nullità, annullabilità o simulazione del negozio giuridico; risoluzione o rescissione del contratto; verifica della condizione risolutiva od omessa verifica di quella sospensiva, scadenza del termine) e non anche la causa dell'originaria o sopravvenuta inidoneità del negozio a produrre i suoi effetti (legali e negoziali).

4.3. Occorre, quindi, ascrivere la fattispecie considerata ad uno dei predetti schemi, al fine di giustificare l'affermazione dell'inefficacia del contratto, principiando la ricostruzione qui prospettata dalla Sezione con l'esame (logicamente antecedente) della valenza dell'aggiudicazione.

4.3.1. La natura giuridica dell'aggiudicazione si presta ad essere decifrata secondo un duplice schema: *a*) l'atto ha solo valenza provvedimento (come ritenuto da Cons. Giust. Amm., 20 luglio 1999, n. 365; Cons. Stato, Sez. V, 25 maggio 1998, n. 677; Tar Sicilia, sez. Catania, 10 settembre 1996, n. 1603); *b*) l'atto ha anche valore negoziale (come ritenuto da Cons. Stato, Sez. IV, 7 settembre 2000, n. 4722; VI, 14 gennaio 2000, n. 244; Sez. V, 19 maggio 1998, n. 633).

4.3.2. Secondo la prima impostazione, l'aggiudicazione è il provvedimento conclusivo della procedura ad evidenza pubblica, con il quale l'amministrazione aggiudicatrice si limita a selezionare l'impresa con la quale stipulerà, in seguito, il contratto d'appalto, senza manifestare, con quello, alcuna volontà negoziale.

4.3.3. La seconda qualificazione dell'aggiudicazione va precisata e chiarita nei termini di seguito esposti.

La procedura ad evidenza pubblica serve a regolare la formazione del consenso della pubblica amministrazione (che, a differenza dei soggetti privati, non è libera di negoziare gli appalti pubblici con chi vuole ed alle condizioni che vuole) sia con riguardo al contenuto dell'accordo, sia con riguardo all'identità del contraente.

Le varie fasi della sequenza procedimentale vanno, allora, classificate, oltre che in termini pubblicistici, secondo lo schema privatistico della formazione del consenso contrattuale.

In coerenza con tali coordinate, il bando dev'essere, quindi, qualificato come invito ad offrire (e, in particolare, come atto prenegoziale che stimola l'iniziativa delle imprese interessate a contrattare e che contiene alcuni elementi del futuro contratto), l'offerta come proposta contrattuale (e, in particolare, come manifestazione della volontà dell'impresa di contrarre alle condizioni offerte) e, infine, l'aggiudicazione come accettazione della proposta (e, in particolare, come manifestazione della volontà dell'amministrazione di affidare l'appalto all'impresa selezionata e di vincolarsi al rispetto delle condizioni dalla stessa proposte, come integrate da quelle contenute nel bando o nel capitolato).

4.3.4. Secondo questa ricostruzione, l'aggiudicazione presenta una duplice natura, amministrativa e negoziale, nel senso che si pone, al contempo, come provvedimento conclusivo della procedura di selezione del contraente privato e di atto giuridico con il quale l'amministrazione formalizza la propria volontà di contrarre con l'impresa scelta ed alle condizioni dalla stessa offerte.

La duplice natura dell'atto implica anche la coesistenza in esso degli effetti dispositivi propri degli atti pubblici e di quelli negoziali tipici degli atti privati.

La diversità della valenza sostanziale ascrivibile a ciascuna delle na-

ture riscontrate non impedisce, tuttavia, di riconoscere un legame indissolubile tra gli effetti relativamente prodotti, sicché la regola *simul stabunt simul cadent* va applicata, prima che al rapporto tra aggiudicazione e contratto, agli effetti pubblicistici e privatistici rintracciabili nel medesimo atto di aggiudicazione.

4.3.5. A tale impostazione consegue, inoltre, che l'accordo contrattuale si forma al momento dell'adozione dell'aggiudicazione e che l'eventuale stipula, separata e successiva, del contratto acquista valenza meramente riproduttiva del consenso già manifestato dalle parti e cristallizzato, in tutti i suoi elementi, nell'atto conclusivo della procedura ad evidenza pubblica.

4.3.6. La qualificazione dell'aggiudicazione come atto (anche) negoziale si fonda, peraltro, oltre che sul rilievo della concentrazione in quel provvedimento di tutti gli elementi dell'accordo (sicché non pare ammissibile una successiva, diversa regolamentazione del rapporto che, quand'anche convenuta dalle parti, risulterebbe affetta da invalidità radicale), anche sul dato positivo offerto dall'art. 16, comma 4, del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 (ancora in vigore per le parti non tacitamente abrogate da disposizioni successive incompatibili) che, là dove sancisce l'equivalenza dell'aggiudicazione « per ogni effetto legale » al contratto, indica chiaramente la valenza negoziale della prima e la sua idoneità a costituire, da sola, il vincolo contrattuale con l'appaltatore selezionato (di talché l'eventuale sottoscrizione del documento negoziale, quand'anche prescritta dalla legge, varrebbe come mera conferma di obbligazioni già sorte per effetto diretto dell'aggiudicazione).

4.4. In esito a tale catalogazione dogmatica dell'aggiudicazione, occorre verificarne le conseguenze di diritto in ordine al tema della decisione.

4.4.1. Per il rilevato vincolo logico ed ontologico che lega inscindibilmente la valenza pubblicistica e quella privatistica ascrivibili all'aggiudicazione, l'annullamento giurisdizionale di quest'ultima, che opera, com'è noto, *ex tunc*, ne elimina gli effetti fin dalla sua adozione, non solo con riferimento al suo contenuto propriamente provvedimentale, ma anche con riguardo a quello tipicamente negoziale.

Ne consegue, ancora, che la demolizione dell'atto con cui l'amministrazione ha espresso la sua volontà negoziale, priva il relativo negozio giuridico dell'elemento essenziale costituito dall'accordo, che deve, quindi, ritenersi insussistente, per effetto dell'elisione dell'atto generativo del consenso di una delle parti.

Tale conclusione vale anche per i casi nei quali una disposizione positiva impone la stipula del contratto, quale documento separato dall'aggiudicazione, posto che, in questi casi, la sottoscrizione dell'atto negoziale

vale come riproduzione dell'accordo già formatosi per effetto dell'incontro delle volontà delle parti nella riferita sequenza bando — offerta — aggiudicazione.

4.4.2. La conseguenza di tale impostazione è che il contratto è nullo per mancanza dell'accordo ai sensi del combinato disposto degli artt. 1428, comma 2, e 1325, comma 1, n. 1) c.c., come, peraltro, recentemente ritenuto dalla Corte di cassazione (Cass. civ., 9 gennaio 2002, n. 193).

A ben vedere, infatti, l'annullamento dell'aggiudicazione non incide sul consenso, nel senso che ne rivela un vizio, ma elimina radicalmente l'atto con il quale è stata manifestata la volontà, sicché la sua conseguenza più immediata ed evidente va ravvisata proprio nella demolizione, con efficacia retroattiva, di una parte essenziale dell'accordo e, quindi, nell'accertamento (anche se non diretto) della mancanza di quest'ultimo.

4.5. Non pare, peraltro, che le obiezioni comunemente formulate all'indirizzo della tesi della nullità valgano a smentire o confutare la correttezza della relativa impostazione teorica fin qui sostenuta.

4.5.1. La critica che si fonda sulla natura sopravvenuta e non genetica del vizio si basa, infatti, sull'erroneo presupposto che l'annullamento dell'aggiudicazione incida sul rapporto e non sul suo atto giuridico costitutivo.

Senonché ogni vizio relativo alla corretta formazione della volontà negoziale o addirittura alla sua esistenza (ivi compresi quelli, di minore gravità, che determinano l'annullabilità del contratto) va riferito al momento genetico del rapporto e non alla sua fase esecutiva e funzionale.

Possono qualificarsi sopravvenute, in particolare, solo quelle vicende che non riguardano direttamente la validità del negozio giuridico ma la sua attuazione (inadempimento, eccessiva onerosità, impossibilità, verifica della condizione risolutiva), ma non anche quelle che, ancorché accertate successivamente, attengono proprio al rispetto delle regole che presidono alla valida conclusione del contratto (come quelle relative all'esistenza dell'accordo).

Non solo, ma l'efficacia retroattiva dell'annullamento giurisdizionale dell'atto impugnato impone di riferire l'efficacia della statuizione demolitoria al momento genetico del rapporto, e cioè alla conclusione del negozio, e non alla sua fase esecutiva, e cioè alla corretta attuazione delle obbligazioni od al funzionamento della causa (del tutto estranee agli effetti della caducazione dell'aggiudicazione).

4.5.2. Quanto alla critica che individua nelle caratteristiche tipiche dell'azione di nullità (legittimazione estesa a tutti i soggetti che hanno interesse, imprescrittibilità, rilevabilità d'ufficio del vizio, natura dichiarativa della relativa pronuncia) la ragione principalmente ostativa all'accogli-

mento della relativa tesi, si deve osservare che, anche prescindendo dal rilievo che le conseguenze di fatto di una teoria (quand'anche gravi) non valgono ad inficiarne la correttezza, i riferiti caratteri dell'azione in questione vanno coordinati con le regole che presidiano il giudizio amministrativo.

Quando, infatti, una delle parti contrattuali manifesta e cristallizza il proprio consenso in un atto che riveste anche natura provvedimentoale (come nella fattispecie in esame), l'accertamento della sua illegalità ed il suo conseguente annullamento soggiacciono alle regole tipiche del processo impugnatorio.

Ne consegue che l'aggiudicazione deve essere impugnata nel prescritto termine di decadenza e che, in difetto di tale tempestiva iniziativa giurisdizionale, resta preclusa la proponibilità dell'azione di nullità.

La natura provvedimentoale dell'aggiudicazione impedisce, peraltro, al giudice di accertare d'ufficio la nullità del contratto costituita dall'illegittimità del provvedimento finale della procedura di selezione del contraente (risolvendosi l'esercizio di quel potere nell'inammissibile sindacato ufficio della legittimità di un atto amministrativo).

La legittimazione a far valere la nullità va, inoltre, riconosciuta alle sole parti che hanno impugnato l'aggiudicazione, quali unici soggetti che hanno manifestato, in concreto, interesse, invocando la rimozione dell'atto invalidante, alla declaratoria della relativa invalidità.

Né varrebbe obiettare che le limitazioni appena segnalate finiscono per snaturare l'azione di nullità e configgono con gli interessi ad essa sottesi, atteso che le pertinenti esigenze di tutela di interessi indisponibili vanno coordinate con quelle, altrettanto rilevanti, di stabilità degli atti amministrativi e di certezza dei relativi rapporti giuridici.

Ne consegue che la riferita, necessaria pregiudizialità dell'annullamento dell'aggiudicazione, ai fini della dichiarazione della nullità del contratto su domanda della sola parte che ha proposto il ricorso, risulta imposta dalle esigenze di rispetto delle regole del giudizio amministrativo impugnatorio e che, di contro, l'applicazione alla fattispecie in esame dell'intera disciplina civilistica dell'azione di nullità si risolverebbe nella inammissibile disapplicazione delle regole che presidono, a tutela dei pertinenti interessi pubblici, alla tutela giurisdizionale degli interessi lesi da provvedimenti amministrativi (tale essendo, oltre che un atto negoziale, l'aggiudicazione).

4.6. Resta da chiarire che, se è vero che il contratto nullo è radicalmente inidoneo a produrre effetti giuridici (*quod nullum est nullum producit effectum*), è anche vero che la (voluta) inerzia delle parti nell'invocare l'accertamento della relativa invalidità del negozio e la sua spontanea attuazione non impediscono, pur in assenza delle condizioni della conferma, la regolare esecuzione delle pattuizioni ivi contenute, con conseguente sal-

vezza dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'appalto, nei casi in cui non sia ammessa la sostituzione dell'appaltatore.

4.7. Ovviamente l'ipotesi ricostruttiva sopra delineata postula la qualificazione dell'aggiudicazione come atto (anche) negoziale; ove, di contro, dovesse negarsi tale natura e riconoscersi la sua sola valenza provvedimentoale, si dovrebbe ricostruire la fattispecie in termini diversi.

4.7.1. Deve, al riguardo, avvertirsi che la prospettata classificazione dell'aggiudicazione come atto negoziale è stata compiuta secondo parametri di valutazione generali e che, invece, l'indagine in concreto della natura dell'atto potrebbe condurre a conclusioni diverse: il regolamento di gara (bando o capitolato) potrebbe precisare che l'aggiudicazione non impegna l'amministrazione alla stipula del contratto (con ciò escludendo la sua valenza negoziale) o una disposizione normativa potrebbe regolare il rapporto tra aggiudicazione e contratto nel senso di negare chiaramente l'equivalenza tra i due atti.

4.7.2. In questi ultimi casi, l'aggiudicazione riveste solo natura provvedimentoale, mentre il contratto contiene e riceve le uniche dichiarazioni negoziali delle parti.

4.7.3. Resta, tuttavia, anche in tale situazione, quel vincolo inscindibile tra fase pubblicistica (nella quale si seleziona il contraente) e fase privatistica (nella quale si forma l'accordo e si costituisce il vincolo negoziale) che potrebbe autorizzare le medesime conclusioni sulla nullità del contratto (anche se qui manca quell'effetto diretto di eliminazione dell'atto negoziale).

4.7.4. Si potrebbe, altrimenti, configurare l'aggiudicazione come una condizione di diritto del contratto di appalto, con la conseguenza che la sua eliminazione (e, quindi, il suo venir meno) determina la sopravvenuta inefficacia del negozio per l'intervenuto difetto di una situazione giuridica (la validità e l'efficacia dell'aggiudicazione), la cui persistenza ne condiziona (con valenza risolutiva) l'idoneità a produrre i suoi effetti tipici. (*Omissis*)

## **(1-2) L'effetto invalidante del vizio del procedimento di evidenza pubblica sull'attività di diritto privato della pubblica amministrazione.**

SOMMARIO: 1. L'oggetto dell'indagine. — 2. Brevi note sulla capacità di diritto privato della pubblica amministrazione. — 3. La *pars destruens* della disamina: l'annullabilità per difetto di legittimazione a contrarre della pubblica amministrazione. — 4. (*Segue*):

la nullità per violazione di norme imperative. — 5. (*Segue*): l'effetto caducante del vizio del procedimento sul contratto. — 6. (*Segue*): la risoluzione. — 7. *La pars costruens*: suggestioni interpretative. — 8. Considerazioni conclusive.

1. L'ordinanza in commento affronta uno dei temi forse più controversi (1), sul quale si confrontano tre teoriche contrastanti, che spaccano, tra l'altro, il fronte dell'interpretazione giurisprudenziale, rendendo, perciò, oltremodo opportuno l'intervento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

La Suprema Corte di cassazione si è, infatti, consolidata nell'affermazione del principio che tali vizi inciderebbero sulla capacità di agire della pubblica amministrazione, di guisa che il contratto sarebbe annullabile (2). Di contro, la giurisprudenza amministrativa prevalente è, invece, nel senso che l'annullamento del provvedimento di evidenza pubblica determinerebbe l'automatica caducazione del contratto (3). Vi è, poi, un emergente orienta-

(1) Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, 1993, II, 415, ove si legge che « la materia dei contratti ad evidenza pubblica è oggi una delle più discusse e tormentate, ma anche afflitta da singolari confusioni di idee ».

(2) Cfr., tra le innumerevoli, Cass., 8 maggio 1996, n. 4296, ove si afferma che « gli atti amministrativi i quali devono precedere la stipulazione dei contratti *jure privatorum* della pubblica amministrazione non sono altro che mezzi di integrazione della capacità e della volontà dell'ente pubblico, sicché i loro vizi, traducendosi in vizi attinenti a tale capacità e a tale volontà, non possono che comportare l'annullabilità del contratto, deducibile, in via di azione o di eccezione, soltanto da detto ente ». Si veda, pure, Cass., 28 marzo 1996, n. 2842, ove si afferma che « è orientamento costante e pacifico di questa Corte che i vizi del procedimento amministrativo che precede, accompagna e segue il compimento dell'attività negoziale della pubblica amministrazione o incidono semplicemente sull'efficacia del negozio (come avviene per quanto riguarda approvazioni e controlli) ovvero al massimo ne provocano la semplice annullabilità relativa, e cioè rilevabile esclusivamente ad iniziativa della stessa pubblica amministrazione, analogamente a quanto previsto dall'art. 1441 Codice Civile ». E, in senso analogo: Cfr. Cass., n. 1885 del 1995; n. 1682 del 1989; n. 5290 del 1987; n. 5712 del 1985; n. 1578 del 1984; n. 671 del 1982; n. 2996 del 1979; n. 937 del 1979; n. 1668 del 1978. In senso contrario, però, da ultimo, si veda Cass., sent. 9 gennaio 2002, n. 193, ove si legge che « il venire meno della deliberazione attraverso cui si è espressa la volontà dell'ente... rende nullo il contratto... per assenza del requisito dell'accordo delle parti ».

(3) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332, in *Cons. St.*, 2003, I, 1067; ove a sostegno della tesi dell'efficacia caducante si afferma che « 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

mento giurisprudenziale che propende per la nullità del contratto, rinvenendone la giustificazione nella violazione di norme imperative (4). Da ultimo, la situazione si è, poi, fatta ancora più con-

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, vista 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 codice civile, se non previa rituale e tempestiva impugnativa dell'atto amministrativo viziato. È 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 avvinca 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) Questo è l'orientamento dei giudici amministrativi di primo grado, secondo

fusa, in conseguenza della novella legislativa recata dall'art. 14 del d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190, ove, scompaginando, in effetti, il già complesso quadro ricostruttivo, si afferma che « *l'annullamento giurisdizionale della aggiudicazione... non determina la risoluzione del contratto già stipulato* », inducendo, con ciò, parte della dottrina a sostenere la tesi della risoluzione per impossibilità sopravvenuta determinata dalla caducazione dell'aggiudicazione (5).

Prima di affrontare la disamina delle teoriche che si confrontano sul tema degli effetti invalidanti del vizio del procedimento di evidenza pubblica sull'attività di diritto privato della pubblica amministrazione, è, però, forse, utile, premettere alcune considerazioni di sintesi sulla latitudine dell'autonomia privata degli enti pubblici.

2. La dottrina maggioritaria, pur divisa sul tema degli effetti dell'invalidità della procedura di evidenza pubblica sul contratto, è, per vero, accomunata dal rilievo che la procedura di evidenza pubblica non contamina l'intima essenza del contratto, che rimane, pur sempre, un negozio di diritto privato, retto dalla comune disciplina del codice civile (6).

cui, nella fattispecie, si sarebbe in presenza di un'ipotesi di nullità per violazione di norme imperative ex artt. 1418, comma 1, c.c. Sulla così detta nullità virtuale o extratestuale: Cfr. Tar Campania, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177, ove si legge che « le norme di azione, nel contesto dei principi comunitari di tutela della concorrenza, e in relazione alla prognostica valutazione di spettanza dell'aggiudicazione al soggetto che sarebbe dovuto riuscire vincitore della gara, vengono doppiate da altrettante norme di relazione, ovvero si traducono (anche) in norme di relazione attributive di posizioni sostanziali di vantaggio a soggetti determinati con i quali la pubblica amministrazione venga in relazione. L'invalidità di cui è affetto il contratto stipulato dalla pubblica amministrazione con chi è illegittimamente aggiudicatario assume la connotazione della nullità per contrasto con le norme di disciplina del procedimento di evidenza pubblica, e non della sola annullabilità su azione giurisdizionale della parte nel cui interesse è stabilito dalla legge (e cioè della pubblica amministrazione appaltante) ».

(5) Cfr. F. CARINGELLA, *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano, 2003, II, 2039.

(6) Cfr. G. GRECO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, 413, ove si afferma che « il contratto ad evidenza pubblica è pur sempre un contratto di diritto privato dell'Amministrazione, nel senso che è espressione di autoregolamentazione della propria sfera giuridica, attraverso l'esercizio di un'autonomia (e, dunque, di disponibilità di posizioni

L'apparente sintonia d'interpretazione è, però, scalfita da teoriche che, invero, contraddicono l'insegnamento dominante, e che, perciò, non consentono di trascurare nemmeno quest'aspetto della complessa problematica, anche perché introducono obiezioni al comune sentire di non scarso rilievo. Vi è, infatti, chi sostiene che il contratto di evidenza pubblica sia pervaso dall'interesse pubblico nella sua intima essenza, di guisa che lo stesso sinallagma negoziale si strutturerebbe in modo originale come rapporto tra il fine pubblico — espresso dall'impiego per un determinato scopo di individuate risorse finanziarie — e la prestazione ti-

sogettive) che l'Amministrazione detiene, al pari di qualunque altro soggetto dell'ordinamento e, dunque, al pari di qualunque cittadino. Sicché, ad esempio, una compravendita è giuridicamente sempre lo stesso contratto, sia esso stipulato tra privati, ovvero tra un privato e un ente pubblico economico, ovvero ancora tra un privato e un ente pubblico autarchico (anche se in quest'ultimo caso, a differenza dei primi due, è presente la procedura di evidenza pubblica). Dunque, è la procedura di evidenza pubblica che (per ragioni di funzionalizzazione) si innesta in una fattispecie nel complesso di autonomia privata e in un istituto essenzialmente privatistico. E, per quanto si voglia enfatizzare la rilevanza della procedura pubblicistica, occorre sempre tener presente che la stessa è circoscritta alla fase di formazione della volontà contrattuale dell'Amministrazione (un tempo si diceva, alla scelta dell'altro contraente) e che per tutto ciò che non risulta "coperto" da tale sovrapposizione pubblicistica il contratto è assoggettato integralmente alla disciplina codicistica, di principio e di dettaglio, relativa non solo ai contratti in genere, ma anche al singolo tipo di contratto». Allo stesso modo, O. SEPE, pur aderendo alla teorica dei procedimenti paralleli, alla voce *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, vol. IX, afferma che «mentre per la disciplina delle varie fasi del rapporto negoziale cui interviene una amministrazione pubblica occorre fare riferimento alle norme di diritto pubblico stabilite dalle leggi speciali, la sostanza giuridica del negozio trova invece rispondenza nella regolamentazione del diritto civile». A. BUSCEMA-S. BUSCEMA, in *I contratti della pubblica amministrazione*, Padova, 1987, 13, affermano che «I contratti di diritto privato stipulati dagli enti pubblici sono soggetti al regime di diritto privato per quel che attiene al contenuto negoziale e alla stipulazione e alle modalità accessorie, mentre restano regolati dalle norme di diritto pubblico gli atti amministrativi che ne costituiscono i presupposti e ne accompagnano la formazione». A. BARETONI, alla voce *Obbligazioni pubbliche*, in *Enc. dir.*, Milano, 1979, vol. XXIX, afferma che «la presenza di siffatto procedimento amministrativo non intacca o altera, comunque, l'autonomia privata dell'amministrazione, della quale costituisce manifestazione proprio il relativo contratto». A. BARDUSCO, in *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni, atti amministrativi e negozio di diritto privato*, Milano, 1974, 36, sostiene che «la figura del contratto è, nell'ordinamento italiano, una figura sostanzialmente unitaria; perciò le linee essenziali della disciplina dei contratti della pubblica amministrazione vanno individuate negli articoli 1321 e segg. del codice civile».

pica: in modo tale che la causa del contatto di diritto pubblico sarebbe non già lo scambio di prestazioni economicamente equivalenti, quanto piuttosto l'esecuzione del provvedimento amministrativo di destinazione di determinati fondi a una determinata spesa (7). Vi è, poi, chi afferma che, mentre la capacità negoziale del privato è espressione di autonomia, e, dunque, sinonimo di libertà, di contro, il necessario collegamento tra i provvedimenti amministrativi della procedura di evidenza pubblica e il contratto di diritto privato connoterebbe la capacità di diritto privato della pubblica amministrazione quale esercizio di discrezionalità: l'ente pubblico, nell'esercizio della sua capacità di diritto privato, sarebbe, dunque, obbligato all'adempimento di doveri e non al solo rispetto di divieti, come, invece, accade, appunto, nell'esercizio dell'autonomia negoziale da parte del privato (8).

Non costituisce, dunque, un postulato, ma dovrà essere, in concreto, dimostrata l'esistenza di una capacità giuridica di diritto privato della pubblica amministrazione, che sia espressione di autonomia negoziale, per poi giungere ad affermare, eventualmente, che l'accostamento del contratto all'esercizio della procedura di

(7) L.V. MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988, 210 e 211. L'Autore sostiene, infatti, che la funzione del contratto di evidenza pubblica, definito come contratto di diritto pubblico, va « ravvisata non già in un semplice momento di scambio tra prestazione caratterizzante e corrispettivo in denaro, bensì in un profilo pur sempre di corrispettività i cui due termini si colorano però entrambi dell'inerenza al pubblico interesse: il sinallagma... si pone cioè tra la prestazione caratterizzante modellata e strutturata in vista del soddisfacimento dell'interesse pubblico specifico proprio dell'amministrazione stipulante, e a fronte di essa non si prospetta una semplice obbligazione di pagamento, di carattere giusprivatistico, bensì il momento giuspubblicistica dell'impiego, per quel determinato scopo, di determinate risorse finanziarie pubbliche all'uopo stanziare e destinate », e giunge, quindi, a sostenere che in ogni ipotesi di vizio della fase procedimentale ne deriverà « un'invalidità intrinseca del contratto, riconducibile alla categoria della nullità, per mancanza, o, se si vuole, impossibilità di realizzazione, della causa, e non già di semplice inefficacia per difetto di potere rappresentativo ovvero di annullabilità per difetto di legittimazione ». Anche C. MARZUOLI, in *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 143 ss., configura l'interesse pubblico che la pubblica amministrazione deve perseguire come un vincolo interno al negozio giuridico, la cui violazione determina la nullità del contratto.

(8) Cfr. A. BARDUSCO, in *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni, atti amministrativi e negozio di diritto privato*, cit., 79.

evidenza pubblica non contamina la sua intima essenza: che risiede sempre nel sinallagma negoziale, inteso quale confronto paritario tra soggetti titolari di autonome sfere giuridiche.

In effetti, le teoriche che rinvergono elementi di peculiarità nel contratto concluso dalla pubblica amministrazione nell'esercizio della sua attività di diritto privato colgono un reale momento di discontinuità nell'anello di congiunzione del contratto di diritto privato alla procedura di evidenza pubblica, là dove fanno emergere la circostanza che, anche qualora per il perseguimento dei propri obiettivi si avvalga degli istituti del diritto civile, ponendo in essere negozi di diritto privato, nondimeno, anche in simili circostanze, la pubblica amministrazione — diversamente dal privato — non può liberamente operare nel rispetto dei soli limiti che attengono sostanzialmente alla liceità della condotta. Difatti, l'ente pubblico non può atteggiarsi come un privato, e porsi nell'ampio spazio della liceità per il perseguimento dei più diversi obiettivi, essendo l'amministrazione pubblica sempre costretta al rispetto del principio di legalità, che si manifesta — nella particolare vicenda — quale vincolo di scopo: dovendo, appunto, la pubblica amministrazione perseguire — attraverso l'esercizio di un particolare potere — solo la finalità che ha individuato la legge attributiva di quella pubblica potestà (si vedrà, in seguito, che, proprio su questo aspetto peculiare dell'autonomia privata della pubblica amministrazione è stato elaborato il concetto di legittimazione a contrarre dell'ente pubblico).

Non si può, in altre parole, confondere l'autonomia negoziale del privato con la discrezionalità della pubblica amministrazione. L'autonomia negoziale del privato è, infatti, la libera ricerca del bisogno da soddisfare con l'impiego delle risorse limitate che egli ha a sua disposizione, nel solo rispetto del principio del *neminem laedere*; mentre la discrezionalità della pubblica amministrazione è la ricerca del più efficiente modo per soddisfare il particolare bisogno collettivo individuato dal legislatore, con le risorse che, solo a tal fine, le sono state assegnate.

Vi è, dunque, in effetti, un momento di discontinuità tra le due fasi della procedura di negoziazione del contratto: quella di

diritto pubblico, retta, appunto, dai limiti interni che conformano l'esercizio della discrezionalità amministrativa e che si esprimono attraverso precetti positivi, e quella di diritto privato, condizionata, all'esterno, dai soli limiti che si traducono in meri divieti e che individuano la sfera del lecito (9).

A nostro avviso, però, tale esatta intuizione non può essere portata all'estrema conseguenza di esporre il sinallagma del contratto di diritto privato alla (diretta) contaminazione degli atti della procedura di evidenza pubblica, così determinando una sorta di mutamento genetico della causa, che si trasformerebbe — in simile prospettiva — in elemento catalizzatore della discrezionalità amministrativa, abbandonando, in tal modo, la sua originaria vocazione a essere mera sintesi del confronto tra antagoniste autonomie private. Difatti, gli atti della procedura di evidenza pubblica non penetrano all'interno della struttura del contratto stipulato dalla pubblica amministrazione, facendone un mutante, negletto tanto alla dinamica del diritto privato quanto a quella del diritto amministrativo. E, in effetti, se è vero che autorevole dottrina ha obiettato che la pubblica amministrazione, nell'esecuzione del contratto, si riserva decisioni unilaterali che sarebbero incompatibili con l'autonomia negoziale e la parità di condizioni che caratterizzano il negozio di diritto privato (10); in realtà, però, l'apparente contraddizione svela il suo inganno se solo si pone

(9) M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Roma, 1962, 26, afferma che « Il negozio non può mai essere espressione di discrezionalità amministrativa e questa non potrà esprimersi che in ordine a un provvedimento amministrativo. Si può quindi dire che gli accadimenti di cui si parla, all'analisi, devono sempre rivelarsi come composti di due atti, un provvedimento amministrativo ed un negozio privato ». Si veda, pure, A. BARDUSCO, in *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni, atti amministrativi e negozio di diritto privato*, cit., 12, il quale afferma che: « La peculiarità del fenomeno è... che la volontà dichiarata in sede di conclusione del contratto ha natura privata (e non può che essere tale se si suppone privato il contratto), ma le diverse fasi attraverso cui si svolge l'iter di formazione di tale volontà all'interno dell'ente — o, meglio, attraverso cui i diversi organi intervengono nel processo di formazione della volontà — concretano altrettanti provvedimenti », e aggiunge, poi, *op. cit.*, 32, che, perciò, « si verifica quasi una dialettica tra la posizione dell'ente pubblico rispetto al negozio, che è di autonomia privata, quindi di libertà, e la posizione dell'autorità amministrativa rispetto al provvedimento, che concorre a formare la volontà negoziale, che è di discrezionalità ».

(10) G. PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in L.

mente al fatto che l'autonomia negoziale non è affatto incompatibile con l'esercizio di diritti potestativi (11), essendo la nota caratteristica del contratto non già la parità di condizioni dei contraenti, quanto, piuttosto, l'equilibrio tra le contrapposte prestazioni: inteso quale utile risultato del confronto paritario tra due antagoniste autonomie private.

La sintesi dell'esercizio di due concorrenti autonomie private, che si coagula attorno al sinallagma negoziale, consente, certo, di attribuire a uno dei patiscienti la facoltà di disporre del rapporto in via unilaterale ponendo l'altro in una situazione di soggezione, se la situazione di vantaggio che il diritto potestativo attribuisce a uno dei due contraenti trova giusta remunerazione in un'equivalente potestà di plasmare in via unilaterale il rapporto o in una maggiore attribuzione di carattere economico. Si pensi, a tal proposito, al contratto d'opzione disciplinato dall'art. 1331 c.c., che riproduce nella sua intima essenza proprio lo schema dello scam-

MAZZAROLLI-G. PERCIU-A. ROMANO-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA (a cura di), *Dir. amm.*, 2001, 1669, sostiene che « l'amministrazione pubblica... ha la possibilità giuridica di intervenire sul rapporto originato dal contratto di appalto condizionandone in vari modi, con decisioni unilaterali, lo svolgimento », e, a tal proposito, afferma che « è questa una situazione del tutto anomala e in netta contraddizione con i principi di paritarietà, che caratterizzano il contratto tra i soggetti privati », giungendo, infine, ad affermare che « l'affermazione consueta, secondo cui l'amministrazione pubblica gode di una capacità giuridica generale di diritto privato e può operare come un soggetto privato in una posizione di autonomia nell'ambito del codice civile, è quantomeno superficiale, se non errata (perché) in realtà, quando l'amministrazione pubblica giunge alla definizione di un rapporto contrattuale con i privati, vi perviene nell'ambito di decisioni assunte con procedimenti pubblicistici e sottoposte a tutte le limitazioni di contenuto proprio degli atti amministrativi (e) inoltre, nella gestione del rapporto contrattuale, all'Amministrazione vengono riconosciuti poteri che nulla hanno a che fare con posizioni di autonomia privata ».

(11) Cfr., in questo senso, M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1993, II, 368, ove si legge che, « negli sviluppi più recenti, la dottrina francese ritiene il *contrat administratif* un contratto di diritto privato, in cui l'amministrazione ha delle « prerogative », che consistono in poteri di direzione, di controllo, di infliggere sanzioni pecuniarie, di modificare il rapporto, di non adempiere, e di porre delle *clauses exorbitantes* rispetto a quello che sarebbe lo schema di contratto tra privati... è difficile poter dire sino a che punto questa teoria risponda effettivamente al diritto positivo francese, e quindi sia vero che il *contrat administratif* si collochi nella situazione anomala che la teoria prospetta. Certo nel diritto positivo italiano le c.d. prerogative dell'amministrazione non hanno nulla di inesplicabile in base alle comuni norme di diritto privato ».

bio tra la volontaria sottoposizione all'esercizio di un'altrui potestà in cambio di una prestazione di danaro o di equivalente vantaggio economico.

Il contratto stipulato dalla pubblica amministrazione all'esito della procedura di evidenza pubblica, se pure assistito nella fase esecutiva dalla presenza di un particolare *ius poenitendi* dell'amministrazione pubblica, non è, dunque, il singolare risultato di una mutazione genetica prodotta della contaminazione della causa del contratto di diritto privato, essendo, anzi, il risultato del normale confronto tra due autonomie private, che liberamente si confrontano su un piano paritario.

Così non sarebbe, solo se la pubblica amministrazione potesse unilateralmente disporre della sfera giuridica del privato contraente, costringendolo a disporre dei propri beni a condizioni da essa autoritativamente imposte. Ma, in questo caso, saremmo, certo, al di fuori dell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione, e ci muoveremmo, piuttosto, nell'ambito dell'attività amministrativa di diritto pubblico. In questo senso, ad esempio, è lecito dubitare della riconducibilità del bonario accordo *ex art. 45 t.u.* delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità nell'alveo dell'attività amministrativa di diritto privato, assumendo, in effetti, tale negozio caratteristiche difficilmente compatibili con la rappresentazione del contratto quale coagulo tra due autonomie private che si confrontano liberamente su un piano paritario. Di guisa che è, certo, più coerente chi intende tale accordo quale espressione dell'attività amministrativa di diritto pubblico (12), di determinazione convenzionale del contenuto del provvedimento amministrativo, perché, in effetti, se così non fosse, dovendo, diversamente, assoggettare simili accordi alla disciplina di diritto comune dei contratti, ben difficilmente si potrebbe difendere tale atto da una eventuale domanda di rescissione per lesione *ultra dimidium*. In ogni altro caso, là dove la pubblica amministrazione, di contro,

(12) Cfr. Cass., 5 luglio 2000, n. 8869, ove si legge che « la causa propria del contratto... va ricondotta a una forma alternativa di realizzazione del procedimento espropriativo, mediante l'utilizzo di uno strumento privatistico soggetto sotto taluni aspetti (n particolare per la determinazione del prezzo) a norme imperative ».

si confronta con il privato su un piano paritario, il risultato della libera negoziazione trova la sua sintesi in un comune contratto, assoggettato alla disciplina di diritto comune degli atti di diritto privato. E, in questa logica, il fine che la pubblica amministrazione si è imposta di perseguire con la stipulazione del contratto, e che trova la sua espressione nel provvedimento amministrativo dell'evidenza pubblica, può, semmai, rilevare nell'ambito dei motivi che hanno indotto una delle parti a concludere il contratto, senza, però, incidere sull'assetto degli interessi che trova la sua fonte esclusiva nel testo del contratto.

3. La giurisprudenza di legittimità è consolidata nell'affermazione che l'annullamento del provvedimento conclusivo di una procedura di evidenza pubblica non travolgerebbe il contratto stipulato su tale presupposto, ma — incidendo sulla legittimazione negoziale dell'ente pubblico — ne determinerebbe la mera annullabilità, per vizio di formazione del consenso della persona giuridica pubblica (13). In simile prospettiva, gli atti amministrativi che precedono la stipulazione dei contratti *jure privatorum* della pubblica amministrazione non sarebbero altro che mezzi d'integrazione della capacità di agire dell'ente pubblico, con la conseguenza che — in difetto di tale valido presupposto — il contratto, nondimeno, concluso sarebbe, appunto, annullabile, su iniziativa della sola amministrazione pubblica (14), la quale avrebbe, dunque, la facoltà di scegliere le sorti del contratto, in guisa tale da potersi, eventualmente, emancipare dai vincoli dell'evidenza pubblica, ai quali, invece, dovrebbe essere asservita.

Invero, il risultato concreto cui giunge la dottrina dell'annullabilità del contratto contraddice il fatto che la normativa sull'evidenza pubblica, attraverso la salvaguardia della *par condicio* tra i

(13) Cfr., tra le prime, in questo senso, Cass., 10 marzo 1958, n. 796, che aveva, appunto, affermato che il vizio del procedimento amministrativo, alla stregua di un vizio attinente alla capacità di agire, determinava l'annullabilità del contratto.

(14) Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, cit., 415, ove si legge che « se manca la deliberazione di contrattare o se essa è annullata perché viziata... si ha una dichiarazione negoziale emessa da soggetto carente di legittimazione; il contratto è viziato di annullabilità, relativa in quanto il diritto potestativo a chiederla spetta solo all'amministrazione, e non invece alla controparte privata ».

concorrenti, è diretta ad assicurare principi che trascendono i particolari interessi dell'ente pubblico, dovendo l'attività di diritto privato della pubblica amministrazione essere ispirata ai fondamentali valori di imparzialità, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, di cui all'art. 97 Cost., nonché di tutela della effettività della concorrenza, come, appunto, sancito dagli artt. 2, 3 e 4 del Trattato CE (15).

A ogni buon conto, la teorica dell'annullamento presta il fianco a talune osservazioni critiche di carattere dogmatico, anche a prescindere dalle accennate obiezioni di carattere empirico, e trascurando, perciò, le obiettive considerazioni sull'incongruenza del concreto risultato e le condivisibili preoccupazioni rispetto al *vulnus* di tutela dei principi fondamentali dell'ordinamento che, per tale via, si realizzerebbe.

Vi è, anzitutto, da obiettare che la giurisprudenza di legittimità è giunta al criticato risultato ermeneutico, forzando il risalente insegnamento di autorevole dottrina, che, in effetti, aveva assegnato al provvedimento amministrativo conclusivo della procedura di evidenza pubblica il ruolo di presupposto di legittimazione dell'attività negoziale di diritto privato della pubblica amministrazione (16), giungendo alla conclusione che il contratto concluso in difetto di un valido provvedimento amministrativo, capace di legittimare l'attività negoziale di diritto privato (dell'organo) della pubblica amministrazione, fosse inefficace, al pari del contratto concluso dal *falsus procurator* (17).

Vi è, poi, da considerare che le cause di annullabilità dei

(15) Cfr. Tar Campania, 29 maggio 2002, n. 3177.

(16) A.M. SANDULLI, *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 1.

(17) L'insegnamento originario era di assoluta coerenza, là dove — individuata la fonte del potere rappresentativo dell'organo che stipula il contratto di diritto privato della pubblica amministrazione nel provvedimento conclusivo del procedimento di evidenza pubblica — giungeva, infine, ad affermare l'inefficacia del contratto nei confronti della pubblica amministrazione, nel senso, cioè, che il contratto concluso dall'organo in difetto di valido potere rappresentativo — secondo i noti principi in tema di attività negoziale del *falsus procurator* — non poteva produrre i suoi effetti nei confronti dell'ente pubblico. Una volta superata la perplessità che induce nell'interprete la considerazione della diversità del rapporto d'immedesimazione organica rispetto alla legittimazione rappresentativa di origine negoziale, e, dunque, della sostanziale estraneità della rela-

contratti sono tassative (18), in guisa tale che, per giungere alla qualificazione in termini di annullabilità del contratto concluso per l'effetto della violazione delle norme di evidenza pubblica, non vi è alternativa alla sussunzione della fattispecie in una delle ipotesi tipiche di vizio del consenso che, nella sistematica del codice civile, conducono all'annullabilità del contratto, essendo, certo, interdetta all'interprete la possibilità di qualificare *tout court* in termini di annullabilità il vizio derivante dalla violazione del principio di evidenza pubblica (19) E, in effetti, coloro che rinvencono nel procedimento di evidenza pubblica la fonte della legittimazione negoziale dell'organo dell'ente pubblico, in realtà, innestano un giudizio di annullabilità del contratto, all'esito di un'interpretazione sostanzialmente analogica dell'art. 1425 c.c., che non è (quantomeno direttamente) riferibile alle persone giuridiche, relativamente alle quali è sicuramente improprio parlare di una capacità di agire dell'ente collettivo, essendo, piuttosto, rile-

zione organica alle regole che disciplinano la rappresentanza volontaria (ciò che costituisce il ventre molle dell'originario modello teorico), la piana applicazione degli istituti del diritto civile conduce inesorabilmente ad affermare l'inefficacia del contratto concluso dall'organo della pubblica amministrazione, all'esito di una procedura di evidenza pubblica, che sia stata, poi, annullata dal giudice amministrativo con effetto retroattivo.

(18) F. GALGANO, *Dell'annullabilità del contratto*, in *Commentario Scialoja-Branca*, 251, ove si legge che « il contratto è annullabile... solo nei casi in cui la legge espressamente ricollega alla violazione di norme imperative, anziché la generale conseguenza della nullità, la speciale conseguenza dell'annullabilità. La prima forma di invalidità generale è residuale, che ricorre ogni qualvolta una norma imperativa, dotata del grado di imperatività necessario a questi effetti, risulti essere stata violata, e senza che l'ordinamento giuridico non abbia ricollegato alla violazione di norme imperative una sanzione diversa dalla nullità, come l'inefficacia del contratto o la sua annullabilità, oppure sanzioni di natura affatto differente, come sanzioni amministrative o come l'obbligo di alienare il diritto acquistato in violazione di una norma imperativa. La seconda è forma di invalidità speciale, che ricorre solo nei casi in cui una espressa norma di legge ricollega alla violazione di norme imperative la specifica conseguenza della annullabilità del contratto ».

(19) Cfr. Cass., 20 novembre 1985, n. 5712, ove si afferma che il vizio della procedura di evidenza pubblica « si traduce, da piano amministrativo a quello civilistico, in una causa di annullabilità del contratto sotto il profilo del difetto di legittimazione dell'organo di amministrazione attiva, che può essere fatto valere solo dalla pubblica amministrazione, nel cui interesse sono poste le norme che disciplinano il procedimento che precede i negozi da essa compiuti ».

vante la capacità di intendere e di volere della persona fisica che agisce nella qualità di organo (20). Senonché, un sistema che codifica ipotesi tipiche di annullabilità non può, certo, esser aggirato da un'interpretazione analogica (21) — che equipari l'incapa-

(20) Cfr. A. FALZEA, voce *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, vol. VI, ove si legge: « Posto che il momento dinamico della personalità degli enti collettivi si realizza mediante la imputazione giuridica, si potrebbe parlare di una capacità delle persone giuridiche solo a condizione che esista una assoluta identità tra imputazione giuridica e capacità di agire. Mancando questa identità la imputazione verrebbe non già a costituire, sibbene a sostituire la capacità di agire delle persone giuridiche: dimostrando così la falsità della prima ipotesi. Che imputazione giuridica e capacità di agire siano, rispetto agli enti collettivi, concetti non solo non identici, ma addirittura incompatibili, è un rilievo di agevole constatazione. La imputazione giuridica attiene alla produzione di fattispecie. La imputazione diretta dell'atto al suo autore è certamente legata alla capacità di agire — che ne costituisce il presupposto e con la quale pertanto non si identifica —; ma la imputazione indiretta dell'atto ad un soggetto diverso dal suo autore, dipende necessariamente dalla naturale inidoneità in cui il soggetto della imputazione si trova, di produrre fattispecie giuridiche. Quando si dice che la persona giuridica agisce attraverso i suoi organi, si impiega null'altro che una rapida espressione figurata per descrivere il più complesso fenomeno dell'attribuzione all'ente degli atti compiuti dai suoi organi: atti che nessun artificio può impedire di considerare prodotti dagli organi, nella loro accezione soggettiva (imputazione psicologica) e successivamente imputati, vale a dire attribuiti, all'ente (imputazione giuridica). Una riprova si ha nel fatto che anche nel rapporto organico viene in rilievo un fenomeno di capacità di agire: ma non dell'ente, bensì dell'organo-soggetto, che perciò il diritto considera, sotto il profilo psicologico, come l'unico autore dell'atto. Questa considerazione, i cui riflessi si manifestano in tema di responsabilità, sia civile che penale, offre lo spunto per passare all'analisi della seconda ipotesi. Se la legge considera rilevante anche nel rapporto organico la capacità di agire, ma con riguardo all'autore dell'atto e non all'ente, ciò dipende dal significato che il fenomeno della capacità di agire, e quello correlativo della incapacità di agire, rivestono nel diritto. Questo significato, come abbiamo già visto, è strettamente connesso alla capacità di intendere e di volere del soggetto che pone in essere il comportamento. Si capisce allora che sia importante stabilire se il soggetto legato dal rapporto organico sia in condizione di intendere e di volere quando opera nella sua veste di organo; e si capisce egualmente come questo problema non si pone neppure per gli enti collettivi, rispetto ai quali non ha senso parlare di una capacità di agire generale e di una incapacità di agire generale, e prospettarsi l'impiego dei rimedi predisposti per la incapacità. La imputazione giuridica ha tutt'altro significato per il diritto e non ha alcun nesso con la capacità di intendere e di volere. È collegata invece ad un altro fenomeno, che a sua volta non rileva nella capacità di agire, e cioè alla competenza, che designa l'ambito, e nello stesso tempo anche il limite, entro il quale l'attività dell'organo può essere imputata all'ente. Le persone giuridiche, dunque, non hanno capacità di agire, ma posseggono capacità di imputazione giuridica di fattispecie ».

(21) Cfr. F. GALGANO, *Dell'annullabilità del contratto*, cit., 257, ove si legge che « la specialità del rimedio dell'annullabilità ne impedisce l'applicazione analogica ad

capacità legale della parte *ex art.* 1425 c.c. con il difetto di legittimazione dell'organo che rappresenta la parte —, che, di fatto, apre la stura a un alternativo sistema di annullabilità virtuali.

A ogni buon conto, vi è una superiore considerazione sistematica che impedisce di giungere al risultato ermeneutico di considerare annullabile per difetto di legittimazione dell'organo il contratto concluso dalla pubblica amministrazione in violazione delle regole dell'evidenza pubblica, tracciando un'equivalenza semantica tra la capacità di agire e la legittimazione a contrarre.

Il concetto di legittimazione a contrarre è, infatti, stato immaginato proprio per consentire ambiti di indagine sull'esercizio dell'autonomia privata che non potevano essere ricondotti alle categorie generali della capacità giuridica e della capacità di agire (22), di guisa che la distinzione tra i concetti di capacità e legittimazione e la concezione della legittimazione come relazione concreta tra il soggetto e l'oggetto dell'atto giuridico sono, invero, il punto di partenza dell'autonoma considerazione della legittimazione a livello dogmatico (23). Il concetto di legittimazione indaga, infatti, sul concreto rapporto intercorrente tra il soggetto e un determinato atto che egli si appresta a concludere; di contro, il riferimento alla capacità di giuridica e di agire esprime l'idoneità astratta del soggetto a essere titolare di situazioni giuridiche soggettive e a esercitare le relative facoltà (24). In altre parole, la legittimazione sostituisce un giudizio prognostico sull'astratta capacità di un soggetto di compiere un atto di autonomia privata (ciò che è sotteso al concetto di capacità di agire) con una valutazione

altri casi (art. 14 prel.), non l'applicazione estensiva, che è pur sempre applicazione diretta della norma, anche se estensivamente interpretata ».

(22) Cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 238.

(23) Cfr. G. TOMEI, voce *Legittimazione ad agire*, in *Enc. dir.*, Milano, 1974, vol. XXIV.

(24) A. DI MAJO, *Legittimazione negli atti giuridici*, in *Enc. dir.*, sostiene che « il concetto di legittimazione in tanto può acquistare un suo spazio sul piano concettuale ed una effettiva rilevanza su quello normativo in quanto, contrapponendosi allo schema della titolarità di diritti o poteri (o potestà) e, in misura ancora più netta, all'astratta e generale "capacità" del soggetto, sia espressione di una concreta idoneità del soggetto a svolgere atti o attività o comunque a fare valere interessi o diritti (di altri), idoneità che però non si trovi già espressa a priori nella titolarità di un diritto o potere ».

finale sulle forme concrete colle quali il medesimo soggetto ha, poi, di fatto, esercitato la sua autonomia negoziale, inserendo, in tal guisa, nell'ambito del diritto privato, valutazioni che, normalmente, appartengono alla dinamica dei rapporti tra lo Stato e i cittadini, ove, appunto, si sostituiscono giudizi aprioristici sull'astratta idoneità di un soggetto a esercitare poteri con valutazioni finali sulle concrete modalità di esercizio di tali poteri.

Delineato il concetto di legittimazione, appunto, quale giudizio sul concreto esercizio dell'autonomia privata, emerge con chiarezza che sanzionare con l'annullamento del contratto il difetto di legittimazione della pubblica amministrazione equivale, in realtà, a qualificare *tout court* in termini di annullabilità il vizio derivante dalla violazione del principio di evidenza pubblica (25). Ciò che, però, è precluso dal principio di tassatività del vizio di annullabilità. È, infatti, evidente che il concetto di legittimazione, così inteso, altro non è che un'ipotesi: valere a dire la rappresentazione concreta del concetto astratto di corretto esercizio della discrezionalità amministrativa nello svolgimento della procedura di evidenza pubblica (26). Diviene, in tal modo, evidente che l'improprio riferimento al concetto (astratto) di capacità di agire dell'ente pubblico, essendo, invero, riferito al vaglio delle (concrete) modalità di esercizio della pubblica potestà (*recte*: auto-

(25) Cfr. G. GRECO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, cit., 413, afferma, appunto, che l'adesione a talune teorie sull'efficacia invalidante dell'annullamento della procedura di evidenza pubblica riflessa sul contratto porterebbe a « concepire una nuova ipotesi di annullamento del contratto, da giustapporre a quelle ben note del codice civile. Si tratterebbe di annullamento del contratto per vizi della evidenza pubblica ».

(26) Significativamente, a tal proposito, il Cons. Stato, sent. 13 novembre 2002, n. 6281 ha, di recente, affermato che « nel nostro ordinamento giuridico la capacità giuridica e di agire degli enti pubblici è disciplinata dalle disposizioni di diritto positivo relative alle persone giuridiche, ma, in relazione al principio della necessaria evidenza pubblica delle scelte effettuate da detti enti, le persone giuridiche pubbliche possono assumere impegni solo nei limiti e nei modi stabiliti dalla legislazione che regola la loro attività per il perseguimento dei fini che sono loro assegnati... al di fuori dei limiti segnati dalle norme dell'ordinamento di settore che fissano le regole cui le amministrazioni devono seguire nel contrattare non vi è, pertanto, capacità di agire di diritto privato, che possa essere utilmente esercitata dalla pubblica amministrazione... siamo, perciò, in presenza dell'illegittimo esercizio della funzione amministrativa, in palese contrasto con le norme sull'evidenza pubblica ».

mia privata), debba piuttosto intendersi quale legittimazione contrattuale dell'ente pubblico, e, soprattutto, emerge con chiarezza che, in simile contesto, il concetto di legittimazione altro non è, appunto, che l'ipotesi dell'idea astratta del legittimo esercizio della funzione amministrativa, nel rispetto delle norme sull'evidenza pubblica. Se ne deve, perciò, concludere che il concetto di legittimazione (quale equivalente semantico del vizio della procedura di evidenza pubblica) non contribuisce a schiarire il rapporto tra la procedura di evidenza pubblica e il contratto, e, soprattutto, non corrobora la capacità di resistenza di chi ancora si oppone alla teoria della nullità del contratto.

4. Coloro che propugnano la teorica della nullità, invero, sono mossi, più che da reali ragioni dommatiche, dalla dichiarata insoddisfazione rispetto ai risultati iniqui cui conduce l'avversata tesi dell'annullamento (27). A ogni buon conto, sul piano della ri-

(27) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332, ove si afferma che « 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 pubblica amministrazione del potere di dare luogo, anche in pendenza di giudizio e nonostante la caratterizzazione cogente delle norme violate, ad un fatto compiuto (*id est*: 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. 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. Inoltre, sempre sul versante della tutela giurisdizionale, l'interpretazione offerta dalla parte ricorrente, si risolve nella vanificazione della possibilità, invece riconosciuta al giudice amministrativo in termini generali dall'articolo 7, comma 3, della l. n. 1034 del 1971, come modificato dall'articolo 7 della l. n. 205 del 2000, di condannare l'am-

costruzione teorica, si afferma, a tal proposito, che il contratto stipulato dalla pubblica amministrazione, all'esito di una procedura di evidenza pubblica viziata, sarebbe nullo e non semplicemente annullabile: e ciò in ragione del rilievo che sarebbe evidente, infatti, in tal caso, il contrasto della fattispecie con norme imperative di diritto pubblico (28).

L'impostazione è, però, errata, perché si fonda sull'affermazione dell'equivalenza tra la violazione di norma imperativa e la nullità del contratto. Di contro, l'art. 1418 c.c. statuisce che « il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente ». Di guisa che, anzitutto, non ogni contrasto tra l'attività negoziale e il precetto inderogabile della legge si riverbera sull'invalidità del contratto, e, secondariamente, non ogni patologia del contratto si traduce nella nullità, potendo, semmai, il negozio invalido essere afflitto da mera annullabilità.

Invero, bisogna fare una chiara distinzione. Vi è, da un lato, l'ipotesi in cui il divieto cade direttamente sul contenuto del contratto, nel qual caso non si può, certo, sfuggire all'equivalenza tra la trasgressione della norma imperativa, l'illiceità della condotta eversiva dell'ordinamento positivo, e l'invalidità del negozio giuridico attraverso il quale la contravvenzione alla norma imperativa si esprime. Vi è, all'opposto, il caso in cui il contenuto del con-

ministrazione al risarcimento del danno, anche mediante la reintegrazione in forma specifica ».

(28) V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2003, 262. Allo stesso modo, F. CARINGELLA, *Corso di Diritto Amministrativo*, cit., 2033, sostiene che « laddove si presupponga che la normativa sull'evidenza pubblica ha natura tout court imperativa, viene meno qualsiasi spazio per operare un'eventuale graduazione degli effetti del vizio procedimentale sul contratto, irrimediabilmente afflitto da nullità ». Si veda pure Tar Campania, 29 maggio 2002, n. 3177, ove si afferma che « l'invalidità di cui è affetto il contratto stipulato dalla pubblica amministrazione con chi è illegittimamente aggiudicatario assume la connotazione della nullità per contrasto con le norme di disciplina del procedimento di evidenza pubblica, e non della sola annullabilità su azione giurisdizionale della parte nel cui interesse è stabilito dalla legge ». Vi si obietta, giustamente, da G. GRECO, in *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, cit., 413, che « non è consentito confondere le norme sulla legittimità dell'azione amministrativa, con norme imperative dei contratti di diritto comune, né operare una indebita trasposizione delle prime nelle seconde ».

tratto non si pone, di per se stesso, in contrasto con il precetto normativo, e, in questa diversa ipotesi, l'illiceità della condotta e l'invalidità del contratto costituiscono due concetti autonomi, tra loro collegati solo nel senso che l'illiceità è la condizione necessaria, ma non già sufficiente, della sanzione dell'invalidità del contratto (29).

In questo senso, sarebbe, certo, vano sottoporre, da un lato, a sanzione — ad esempio nell'ambito della responsabilità penale — una condotta, che l'ordinamento ha manifestato di ripudiare, consentendo, al contempo, dall'altro, al suo autore di conservare gli effetti degli atti compiuti attraverso il suo comportamento antigiusuridico, e, perciò, di trarre profitto dal suo atto illecito. Di guisa che l'ordinamento non può, sicuramente, tutelare l'autonomia privata nel momento in cui, attraverso il contratto, persegue interessi che contrastano con valori socialmente rilevanti e per i quali il legislatore ha posto il divieto di operare. Ma ciò s'impone quale imperativo categorico, solo allorché sia il contenuto stesso del contratto a porsi in immediato e diretto contrasto con la norma posta a protezione del superiore interesse collettivo. Nel senso, cioè, che non potrebbe, infatti, sopravvivere a una censura d'incorreggenza quel sistema normativo che sanzionasse la condotta di chi si fosse, ad esempio, reso responsabile del reato di usura e, al contempo, tutelasse l'autore di quel reato di fronte all'inadempimento della sua vittima al contratto di mutuo, che trae, appunto, origine dalla condotta illecita e che, per di più — ed è questo l'elemento centrale dell'equazione violazione norma imperativa =

(29) A tal proposito, R. SACCO, *Obbligazioni e contratti*, in *Tratt. dir. priv.*, Torino, 1986, 10, 270, afferma che « La contrarietà a norma imperativa è di due specie. Essa può dipendere da una regola giuridica che disapprova in modo immediato il contenuto di un contratto... La imperatività della norma assume un significato diverso, quando sta a chiarire che è predisposto un apparato giuridico per reprimere la conclusione dell'accordo: cadono in questo quadro la sanzione penale, amministrativa, fiscale, la perdita di diritti civili, ecc., comminate a chi conclude un certo accordo. Qui, la forma invalidante della norma sanzionatoria non risponde a una necessità logica; quando anche essa operi, la illiceità e la nullità del contratto costituiscono due concetti indipendenti; la illiceità è all'origine della nullità, ma non si confonde con essa... Di fronte a una qualsiasi norma, ci possiamo domandare se sia imperativa o dispositiva; di fronte a qualsiasi divieto, ci possiamo domandare se sia invalidante ».

nullità del contratto — realizza una funzione (la prevaricazione a danno di chi si trova in situazione di difficoltà economica) che si pone direttamente in contrasto con la finalità sociale (la protezione della vittima dell'usura) che il divieto è volto a perseguire.

All'evidenza, ci muoviamo, invece, in un ambito affatto differente, là dove l'antigiuridicità della condotta arresti i suoi effetti sulla soglia del contratto, nel senso che il comportamento di uno dei patiscenti si ponga, in effetti, in contrasto con una norma imperativa, ma senza con ciò affliggere il contenuto del contratto, che, nondimeno, realizza la funzione economica e sociale — magari tipica — che l'ordinamento gli assegna. Si pensi, ad esempio, alla ricorrente ipotesi della violazione di norme fiscali, che, per costante giurisprudenza (30), non può affliggere la validità del contratto che si è, appunto, venuto a formare attraverso l'elusione della normativa fiscale.

Si può, dunque, certo, tracciare l'equivalenza tra la condotta antigiuridica del patiscente e la nullità del contratto, ogniqualvolta sia lo stesso contenuto del contratto a porsi in antinomia con il precetto normativo. In tutte le altre ipotesi, allorquando l'illiceità della condotta cada, invece, su elementi della genesi negoziale che non incidono sulla funzione economica e sociale del contratto, allora, in queste diverse ipotesi, il negozio giuridico contrastante con la norma imperativa è nullo, solo qualora la norma imperativa non preveda altre possibilità di reazione alla sua violazione (31).

È, perciò, indubbiamente, errato tracciare un'equivalenza tra violazione di norma imperativa e nullità del contratto, perché la

(30) Cass., 19 giugno 1981, n. 4024, ove si legge che « la frode fiscale costituisce un illecito che trova solo nel sistema tributario le sue sanzioni e non importa nullità del negozio con cui viene commessa ». In questo stesso senso, più di recente, si veda, pure, Cass., 5 novembre 1999, n. 12327.

(31) Cfr. Cass., 12 ottobre 1982, n. 5270, ove si legge che « La violazione di una norma imperativa non dà luogo necessariamente alla nullità del contratto, giacché l'art. 1418, comma 1 c.c., con l'inciso salvo che la legge disponga diversamente, impone all'interprete di accertare se il legislatore, anche nel caso di inosservanza del precetto, abbia del pari consentito la validità del negozio, predisponendo un meccanismo idoneo a realizzare gli effetti voluti dalla norma ». E, in questo stesso senso, da ultimo, Cass., 24 maggio 2003, n. 8236.

conseguenza della trasgressione del divieto legislativo, se, chiaramente, si riverbera, ogniqualvolta, sull'illiceità della condotta, nondimeno, non sempre equivale all'invalidità del negozio giuridico che trae origine della condotta *contra ius* (32). Il carattere imperativo della norma acquista, dunque, significato solo con riferimento al suo opposto dell'essere la norma dispositiva. La sussunzione di una norma nel novero di quelle imperative è, perciò, utile al solo fine di discernere le condotte lecite da quelle illecite. Una volta, però, che si sia acquisita la consapevolezza della doverosità della condotta alternativa e si sia, perciò, maturata la coscienza dell'imperatività della norma che tale diversa condotta imponeva, con la conseguenza della declaratoria dell'illiceità del rifiuto di conformarsi al precetto di legge, più di nessuna utilità è la distinzione tra norma imperativa e norma dispositiva al fine di individuare la sanzione della trasgressione al divieto legislativo. La corretta impostazione del problema non è, dunque, quella di verificare se la norma del procedimento amministrativo di evidenza pubblica sia norma imperativa o no, perché la violazione (*recte*: lecita disapplicazione) delle norme dispositive esula dalla problematica dell'invalidità del contratto. La violazione della norma imperativa è il necessario presupposto della nullità del contratto, della quale costituisce, però, condizione necessaria e non sufficiente. Nessun valore aggiunto, dunque, rispetto al problema dell'individuazione della sanzione alla sua violazione ha, perciò, l'indagine volta a ricondurre la norma sul procedimento di

(32) Estremamente significativo è, a tal proposito, il risalente *arret* giurisprudenziale, dell'App. Firenze del 1950, pubblicata in *Giur. Tosc.*, 1950, 327, che ha poi influenzato la successiva giurisprudenza di legittimità, ove, appunto, si legge: « Non ogni negozio contrario a norme proibitive è di per sé nullo: per aversi nullità occorre infatti che il divieto promani da una norma cogente proibitiva perfetta, munita cioè della sanzione civilistica della invalidità, mentre il divieto per la cui violazione è erogata una sanzione penale o disciplinare non inficia la validità del negozio ». Allo stesso modo, si veda Cass., 5 aprile 2003, n. 5372, ove si legge: « Posto che lo stesso art. 1418 Codice Civile, nel prevedere la nullità per contrasto a norme imperative, fa tuttavia salvo il caso in cui "la legge disponga diversamente", la nullità va esclusa sia quando il legislatore prevede espressamente una forma di invalidità diversa dalla nullità (ad es. l'annullabilità), sia quando la legge assicura l'effettività della norma imperativa con la previsione di rimedi diversi dall'invalidità del contratto ».

evidenza pubblica alle norme imperative (33). La soluzione del problema deve essere, invece, ricercata nella possibilità di ricondurre la violazione delle norme (imperative?) sul procedimento amministrativo tra quelle che sono sanzionate con la nullità del contratto.

Così impostati i termini della problematica della (eventuale) nullità del contratto per violazione di norme imperative, la constatazione che l'ordinamento già appresta strumenti di tutela alternativi a chi sia stato ingiustamente leso dalla violazione delle norme dell'evidenza pubblica (34) — e, tra essi, principalmente, il risarcimento del danno subito — conduce inevitabilmente ad affermare che la violazione delle norme sull'evidenza pubblica — non riflettendosi sulla causa del contratto ed essendo comunque diversamente sanzionata — non può, di per se stessa, determinare la nullità del contratto.

5. La giurisprudenza amministrativa prevalente è consolidata nell'affermazione del principio che il contratto di diritto privato della pubblica amministrazione subisce gli effetti del vizio che affligge la presupposta procedura amministrativa di evidenza pubblica, di guisa che l'annullamento dell'aggiudicazione si riverbererebbe direttamente sul contratto, privandolo dei suoi effetti giuridici (35).

(33) Ciò che, peraltro, è quantomeno dubitabile. Cfr. G. GRECO, *Effettività del diritto amministrativo nel sistema comunitario (e recessività nell'ordinamento nazionale?)*, in *Dir. amm.*, 2003, 286, ove si evidenziano « le difficoltà di trasformazione delle norme sull'esercizio del potere amministrativo in norme imperative », e, soprattutto, si afferma « l'impossibilità di traduzione dell'eccesso di potere in vizio di nullità ».

(34) Cfr. G. PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, cit., 1620, ove si legge che « l'esistenza di un comportamento in concreto incongruo rispetto al pubblico interesse, al cui rispetto soggiace pur sempre nella sua azione la pubblica amministrazione anche quando opera con gli strumenti del diritto privato, attiva altri e diversi meccanismi sanzionatori, in prevalenza relativi alla responsabilità del soggetto fisico che agisce, ovvero indirizzati su atti giuridici di diritto pubblico che... si accompagnano in vario modo al negozio di diritto privato, rendendo del tutto originale — da questo angolo visuale — l'agire della pubblica amministrazione ».

(35) Cfr., tra le tante, Cons. Stato, 5 maggio 2003, n. 2332, ove si legge che « a sostegno della tesi dell'efficacia caducante, nel caso di annullamento giurisdizionale,

In realtà, se — come si è dinanzi scritto — è vero che la procedura di evidenza pubblica consuma la sua influenza nella fase genetica del contratto, nel senso, cioè, che gli atti amministrativi esauriscono la loro efficacia nel momento della formazione della volontà negoziale della pubblica amministrazione, essendo, per il resto, il contratto di diritto privato della pubblica amministrazione assoggettato integralmente alla disciplina del codice civile (36), costituisce, per così dire, un'eresia rispetto a tale condiviso principio, l'estensione al contratto di evidenza pubblica dell'istituto dell'efficacia caducante degli atti presupposti (37), col risultato di affermare che l'annullamento degli atti del procedimento ad evidenza pubblica travolgerebbe il vincolo negoziale illegittima-

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 ».

(36) Si veda, al proposito, la dottrina, cit., alla nota 7, e, in particolare, l'opera di G. GRECO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, cit., 413, ove si legge che « per quanto si voglia enfatizzare la rilevanza della procedura pubblicistica, occorre sempre tener presente che la stessa è circoscritta alla fase di formazione della volontà contrattuale dell'Amministrazione (un tempo si diceva, alla scelta dell'altro contraente) e che per tutto ciò che non risulta "coperto" da tale sovrapposizione pubblicistica il contratto è assoggettato integralmente alla disciplina codicistica, di principio e di dettaglio, relativa non solo ai contratti in genere, ma anche al singolo tipo di contratto ».

(37) Per alcune notazioni sul principio, si veda S. GATTAMELATA, *Effetti dell'annullamento sugli atti consequenziali*, in questa *Rivista*, 1991.

mente sorto sulla base di essi, secondo il meccanismo scolpito dal brocardo *simul stabunt simul cadent*.

A ben vedere, la tesi dell'efficacia caducante del vizio della procedura di evidenza pubblica sul contratto di diritto privato della pubblica amministrazione elaborata dal Consiglio di Stato è, invero, una mera variante della teoria del vizio di annullabilità del contratto per difetto di legittimazione a contrarre della pubblica amministrazione, elaborato dalla Corte di cassazione. Difatti, in ambedue gli orientamenti ermeneutici, se solo si sostituisce al concetto di legittimazione a contrarre il (retrostante) vaglio del corretto esercizio della discrezionalità amministrativa, di cui, appunto, il primo è una mera ipostatizzazione, si giunge, in realtà, in entrambe le ipotesi, ad affermare che il contratto è viziato per l'effetto della violazione delle regole dell'evidenza pubblica.

La differenza tra i due orientamenti sta, allora, più semplicemente, nel fatto che la Corte di cassazione, facendo leva su una (inammissibile) interpretazione analogica dell'art. 1425 c.c., forgia il vizio della procedura di evidenza pubblica quale annullabilità di diritto comune, invocabile solo dalla pubblica amministrazione, nel cui interesse sarebbero, in simile tesi, poste le norme che disciplinano il procedimento che precede i negozi da essa compiuti (38); di contro, il Consiglio di Stato, trasformando il contratto di diritto privato della pubblica amministrazione nell'atto terminale della procedura amministrativa e traghettando, in tal modo, il giudizio sulla validità del contratto nell'ambito del sindacato giurisdizionale amministrativo, trasforma quel medesimo vizio di annullabilità del contratto in un'ipotesi di invalidità assoluta, invocabile da chiunque ne abbia interesse.

La teorica elaborata dai giudici amministrativi presta, però, il fianco a una critica difficilmente superabile. Difatti, per giungere, sostanzialmente, al risultato di codificare una nuova ipotesi di annullamento del contratto per violazione delle regole di evidenza pubblica, la giurisprudenza amministrativa è costretta a rinnegare la reale natura del contratto di diritto privato della pubblica amministrazione, equiparandolo, sostanzialmente, a un atto ammini-

(38) Cfr. Cass., 20 novembre 1985, n. 5712.

strativo (39). Ma, a tal proposito, due sono le obiezioni che ci sovengono: anzitutto — come già si è scritto — le ipotesi di annullabilità del contratto sono tipiche, di guisa che è, certo interdotta all'interprete la possibilità di qualificare *tout court* in termini di annullabilità il vizio derivante dalla violazione del principio di evidenza pubblica; in secondo luogo, equiparando il contratto al provvedimento amministrativo si contraddice, in tal modo, il postulato che la procedura di evidenza pubblica non contamina l'intima essenza del contratto, che rimane, pur sempre, un negozio di diritto privato, retto dalla comune disciplina del codice civile.

6. Quella della risoluzione è, per vero, una tesi minoritaria, fondata esclusivamente sul tenore di quanto disposto dall'art. 14 del d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190, a mente del quale « l'annullamento giurisdizionale della aggiudicazione... non determina la risoluzione del contratto già stipulato ». Ciò che è bastato a taluni per sostenere la tesi della risoluzione per impossibilità sopravvenuta determinata dalla caducazione dell'aggiudicazione (40).

Si tratta, però, di una disposizione particolare (41), alla quale non può, certo, essere assegnato valore sistematico, anche perché non è capace di superare l'elementare obiezione dell'essere la risoluzione del contratto il risultato di un difetto funzionale della causa, consistente nella sopravvenuta impossibilità di realizzare lo scambio di prestazioni economicamente equivalenti sintetizzato nel sinallagma genetico del contratto (42), in conseguenza di

(39) Cfr. G. GRECO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, cit., 413, ove si legge che « a meno di non trascurare del tutto la natura del contratto (equiparandolo sostanzialmente ad un atto amministrativo conclusivo o esecutivo di un procedimento, che cade con il cadere del procedimento stesso), si deve ritenere che detta costruzione finisca per concepire una nuova ipotesi di annullamento del contratto, da giustapporre a quelle ben note del codice civile. Si tratterebbe di annullamento del contratto per vizi della evidenza pubblica (come tali rientranti nella giurisdizione amministrativa), ovvero, forse più esattamente, di caducazione del contratto, quale effetto consequenziale dell'annullamento dell'aggiudicazione e degli altri atti dell'evidenza pubblica ».

(40) Cfr. F. CARINGELLA, *Corso di Diritto Amministrativo*, cit., 2039.

(41) Il d.lgs. n. 190 del 2002 concerne, infatti, « la realizzazione delle infrastrutture e gli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale ».

(42) F. GALGANO, *Diritto Civile e Commerciale*, 2000, II, 1, 490.

eventi o comportamenti che alternano l'assetto di interessi diviso dalle parti all'atto della costituzione del contratto stesso (43), in guisa tale da costituire una vicenda del rapporto obbligatorio, e che, perciò, solo impropriamente (nel significato, cioè, di scioglimento del contratto) può essere evocata per descrivere le conseguenze di un vizio genetico del contratto (44).

A prescindere, poi, dalle obiezioni di carattere dogmatico, ve n'è una di carattere empirico difficilmente superabile: la risoluzione, infatti, può essere chiesta solo su iniziativa della parte interessata (45), e, dunque, nel caso concreto, dalla pubblica amministrazione, con la riproposizione del *vulnus* di tutela del principio di salvaguardia della *par condicio* tra i concorrenti tutelato dalla procedura di evidenza pubblica, di cui si è discusso al proposito della tesi dell'annullabilità.

## 7. Superati i pregiudizi e i preconcetti su cui si fondano le

(43) P. CERAMI, *Risoluzione del contratto (Diritto Romano)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, vol. XL.

(44) Cfr. Tar Sicilia, 23 giugno 2003, n. 1050, ove si legge che, « al di là dell'eccessivo rilievo ermeneutico, tale da rivoluzionare la lettura del sistema, attribuito ad una disposizione derogatoria, nel cui ambito il riferimento all'istituto della risoluzione è stato fin da subito individuato dalla dottrina come espressione atecnica, ciò che impedisce di accedere alla pur suggestiva soluzione prospettata è la difficoltà di inquadrare l'effetto caducatorio sul contratto, conseguente ad annullamento in autotutela del provvedimento amministrativo presupposto, in una delle fattispecie di risoluzione contemplate dal codice civile. Intanto, è da dire che la risoluzione è istituto preordinato a regolare i vizi funzionali della causa, e non già quelli genetici, ai quali sembra doversi correttamente ascrivere il difetto di un presupposto legale, che anzi incide su una precondizione del regolamento contrattuale. Esclusa comunque la riconducibilità dell'annullamento del provvedimento alle ipotesi di inadempimento e di eccessiva onerosità sopravvenuta, rimane l'impossibilità sopravvenuta. Questa, che deve riguardare la prestazione dedotta in contratto, non dev'essere imputabile alle parti: laddove appare arduo non imputare all'amministrazione un'impossibilità derivante dalla (acclarata) illegittimità del provvedimento da essa emesso. A voler correttamente inquadrare il fenomeno sul piano eziologico, non è l'annullamento (giurisdizionale o in autotutela) a rendere impossibile la prestazione contrattuale, ma — prima ancora — l'illegittimità del provvedimento che regge il contratto: l'annullamento prende atto di un vizio esistente ab origine, e lo sanziona ».

(45) Cfr. B. GRASSO, *Eccezione di inadempimento e risoluzione del contratto*, 1973, 25, ove si legge che « il funzionamento della risoluzione è sempre rimesso alla scelta di una delle parti del rapporto e, quindi, essa agisce soltanto se il privato intende profittarne ».

teoriche che hanno, sin qui, influenzato la formazione della giurisprudenza, diviene, in effetti, agevole affrontare la parte costruttiva della corrente disamina.

Com'è noto, vi sono, sostanzialmente, due ipotesi ricostruttive del fenomeno dei contratti a evidenza pubblica. Secondo taluni, infatti, il contratto concluso dalla pubblica amministrazione si forma attraverso due procedimenti paralleli, tra loro collegati attraverso la « *cerniera dell'efficacia degli atti della serie negoziale* », ma, nondimeno, indipendenti quanto alla validità (46). Secondo, altri, invece, la procedura di evidenza pubblica è « *intrinsecamente collegata alla formazione del contratto perché è in essa... che si forma il progetto di contratto, l'invito ad offrire, l'offerta dei concorrenti, l'accettazione* » (47). In altre parole,

(46) M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, cit., 366. Si veda, al proposito, anche la voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, vol. III, ove l'Autore afferma che « ogni azione negoziale dell'amministrazione è doppiata da un'azione amministrativa, parte interna parte esterna, che precede e chiude il complesso di attività. Onde si richiede una formale deliberazione di negoziare, sovente accompagnata da un atto di controllo; a quest'atto amministrativo segue la negoziazione interprivata, il procedimento di scelta della controparte — che ha di nuovo carattere amministrativo —, la stipulazione del negozio; indi il negozio è sottoposto ad approvazione d'altro organo (altro atto amministrativo); l'esecuzione del negozio è accompagnata da atti (amministrativi di controllo, e così la cessazione del rapporto ». In questa logica, il provvedimento amministrativo di aggiudicazione fungerebbe da semplice *condicio iuris* dell'efficacia del contratto, senza incidere sulla perfezione e sulla validità dell'atto negoziale. In questo stesso senso, O. SEPE, alla voce *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, afferma che « tutta l'attività di diritto privato equivalente — ed il correlativo procedimento — si svolge parallelamente all'attività amministrativa ». A. BUSCEMA-S. BUSCEMA, in *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., 15, affermano che « in tema di contratti ad evidenza pubblica... vige il principio dell'assoluta indipendenza, dal punto di vista della validità, degli atti riguardanti la formazione della volontà negoziale da quelli del correlativo procedimento amministrativo... tale indipendenza, invece, non sussiste per quanto attiene all'efficacia, dal momento che gli atti del procedimento amministrativo, in quanto si presentano come fatti di legittimazione o come fatti permissivi o impeditivi, si atteggiavano come presupposti del contratto e, quindi, ne condizionano l'efficacia ». A. BARETTONI, voce *Obbligazioni pubbliche*, cit., sostiene che « la serie procedimentale di atti negoziali si presenta doppiata da una serie di provvedimenti amministrativi aventi lo scopo di evidenziare i motivi di pubblico interesse che presiedono alla loro formazione ».

(47) Cfr. G. GRECO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, cit., 413; e dello stesso Autore, *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e privato (I contratti ad evidenza pubblica)*,

nella prima delle due ipotesi ricostruttive, il contratto concluso all'esito di una procedura di evidenza pubblica viziata sarebbe dunque valido, ma inefficace (48); mentre nell'altra, viceversa, « *l'annullamento della procedura di evidenza pubblica provoca anche ripercussioni... sulla formazione del consenso e, così, sul contratto* » (49). In entrambi i casi, però, il provvedimento amministrativo non è un elemento del contratto, essendo il condizionamento sempre di carattere esterno (a seconda delle opposte teorie, al livello dell'efficacia o della validità) sul contratto di diritto privato. E questo comune pensiero costituirà, dunque, l'elemento su cui fondare la parte ricostruttiva della corrente disamina, volta a individuare il collegamento tra la fase procedimentale e la fase negoziale del contratto di evidenza pubblica.

Il discorso non è, invero, unitario, perché diverse sono le modalità attraverso le quali le due fasi (quella procedimentale e quella negoziale) si collegano tra loro, in relazione al differente metodo di scelta del contraente adottato dalla pubblica amministrazione. Bisogna, infatti, distinguere, da un lato, l'ipotesi in cui la pubblica amministrazione scelga il contraente mediante asta pubblica e licitazione privata — là dove la stipulazione del contratto è, normalmente, la mera reiterazione formale di un vincolo negoziale già sorto con l'aggiudicazione —, e, dall'altro, le vicende in cui la scelta del contraente avviene attraverso trattativa

Milano, 1986, 132 ss. A tal proposito, A. BARDUSCO, in *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni, atti amministrativi e negozio di diritto privato*, cit., 29, afferma che « il momento della decisione reale, cioè il momento della scelta del concreto contratto da farsi, è stato attorniato da adempimenti e presupposti amministrativi di tal portata, da lasciare in subbuglio se esso cada ancora nella sfera dell'autonomia privata dell'ente, o non abbia sede piuttosto in mezzo agli atti che sono espressione di discrezionalità amministrativa », e giunge, infine, cit., 51, ad affermare che « la volontà manifestata dal funzionario in sede di stipulazione del contratto in tanto è riferibile alla persona giuridica in quanto sia non espressione di spontaneità, ma corrisponda alla volontà già costituitasi mediante provvedimento amministrativo ».

(48) Gli atti di natura negoziale, in simile prospettiva, ancorché perfetti e sostanzialmente validi, sarebbero inefficaci ogni qual volta sia viziato uno degli atti della serie procedimentale, che fungerebbero da presupposti o, se si vuole, da *condiciones iuris* della loro efficacia.

(49) G. GRECO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, cit., 413.

privata e appalto concorso, perché, in queste diverse ipotesi, il contratto si forgia attraverso l'incontro di volontà espresse in sede di stipulazione del contratto.

A tale ultimo proposito, mentre l'affermazione è d'intuitiva evidenza con riferimento alla trattativa privata, nella quale difetta una fase procedurale di scelta del contraente privato, deve, invece, probabilmente, essere meglio spiegata l'estensione del principio all'appalto concorso, dove, in effetti, vi è una complessa fase procedurale di scelta del contraente privato, ma, nondimeno, la stessa si arresta sulla soglia del rapporto negoziale.

Nell'appalto concorso, la commissione aggiudicatrice, cui è demandato il compito di scegliere la migliore offerta, non è, infatti, nelle condizioni di impegnare l'amministrazione contraente, e il suo giudizio non è, dunque, per essa vincolante, sul piano negoziale: nel senso, cioè, che l'ente pubblico bene può rifiutarsi di concludere il contratto, pure a fronte del giudizio di convenienza economica espresso dalla commissione aggiudicatrice.

In effetti, alla stessa conclusione si dovrebbe giungere nell'ipotesi in cui la stipulazione del contratto sia l'adempimento di una previa deliberazione amministrativa di aggiudicazione di un'asta pubblica o di una licitazione privata, proveniente da un organo dell'amministrazione privo della legittimazione a rappresentare l'ente. In quest'ipotesi, infatti, non essendo, nella gran parte dei casi, l'organo dell'amministrazione che delibera il provvedimento di aggiudicazione capace di impegnare l'ente nei rapporti con i terzi, e volendo intendere il contratto quale incontro della volontà dell'amministrazione con quella del privato contraente, si dovrebbe giungere alla conclusione che il vincolo negoziale sorge, anche in questa diversa eventualità, solo per l'effetto della stipulazione (50). Si dovrebbe, allora, affermare che,

(50) A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni, atti amministrativi e negozio di diritto privato*, cit., 30, afferma che vi sono diversi « enti pubblici (comuni, province, regioni, enti assistenziali, consorzi, ecc.) nei quali il potere rappresentativo è conferito a un organo individuale, mentre le attribuzioni decisionali sono di competenza d'organi collegiali di vario tipo (consigli, giunte, comitati di gestione, ecc.) », e, cit., 173, trae da ciò la conclusione che, in questi casi, « l'incontro delle volontà non potrà dirsi realizzato senza la partecipazione dell'organo esterno (per-

anche nell'asta pubblica e nella licitazione privata, le due fasi della contrattazione — quella procedimentale e quella propriamente negoziale — siano, tra loro, collegate, ma, nondimeno, autonome, e che il vincolo contrattuale sorga solo per l'effetto dello scambio di volontà espressa dalla pubblica amministrazione e dal privato in sede di stipulazione. In realtà, però, così non è, perché, a tal proposito, la legge di contabilità dello Stato espressamente afferma, all'art. 16, che « *i processi verbali di aggiudicazione definitiva, in seguito ad incanti pubblici o a private licitazioni, equivalgono per ogni legale effetto al contratto* ». Allora, se non si vuole rinnegare la natura contrattuale del rapporto obbligatorio che, per tale via, si viene a creare tra l'amministrazione e il privato contraente, si deve, per forza di cose, ricercare la fonte dell'impegno negoziale della pubblica amministrazione, a monte della complessa fase procedimentale, in un provvedimento amministrativo che provenga dall'organo che sia in grado di validamente impegnare la pubblica amministrazione. E, in effetti, si può, certo, attribuire al bando di gara il significato di un'offerta (proveniente, appunto, dall'organo che validamente rappresenta l'ente nei rapporti esterni) al pubblico, di un contratto il cui contenuto è rimesso all'esperimento di una complessa procedura (l'evidenza pubblica, esattamente) che individua il contraente privato e il sinallagma negoziale (51).

La delineata ricostruzione del contratto di evidenza pubblica, quale convergenza tra un'originaria offerta al pubblico e la successiva accettazione del privato che ha proposto le migliori condizioni di contratto, si pone in assoluta coerenza con quanto si afferma al proposito della procedura d'incanto impiegata nella definizione dei contratti tra privati, ove è pacifico che occorra distin-

ché) a quest'ultimo l'ordinamento affida un ruolo che è pur sempre determinante, in quanto spetta ad esso portare ad esecuzione i deliberati degli organi decisionali della persona giuridica pubblica, e quindi solo nel momento in cui la manifestazione della volontà negoziale passi attraverso la sua dichiarazione la stipulazione potrà dirsi realizzata ».

(51) Cfr. A.M. SANDULLI, *Gara ufficiosa, aggiudicazione, stipulazione, perfezionamento del rapporto contrattuale*, in *Riv. dir. fin.*, 1964, II, 352; M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Roma, 1962, 69. O. SEPE, *Contratto (diritto amministrativo)*, cit.

guere l'ipotesi in cui il contraente determini solo il così detto contenuto-base del contratto, e i partecipanti alla licitazione siano chiamati a specificare gli ulteriori elementi, nel qual caso si ha certamente un invito a proporre che provoca una serie di offerte che debbono essere accettate da colui che ha indetto la gara, dall'ipotesi in cui, invece, l'offerta sia già sufficientemente specificata, e, in questo caso essendo la scelta legata a criteri oggettivi, il contratto si stipula con la dichiarazione del concorrente alla gara, che in base agli elementi prefissati debba essere preferito, a meno che l'offerente si riservi espressamente un potere discrezionale di scelta, nel qual caso il contratto si conclude solo con la sua accettazione (52).

Seguendo l'opzione ermeneutica ora suggerita, tutte le procedure di evidenza pubblica (asta pubblica, licitazione privata e appalto concorso) possono essere ricondotte a un unico schema: la pubblica amministrazione offre, dapprima, la conclusione di un contratto al pubblico delle imprese interessate, segue, poi, una complessa fase amministrativa di filtro di quell'unica offerta che, infine, potrà congiungersi con quella originariamente formulata dalla pubblica amministrazione, in tal modo sorgendo, appunto, all'esito della procedura di evidenza pubblica, il vincolo contrattuale (53). In simile prospettiva, la stipulazione del contratto è, in effetti, una fase meramente eventuale e, sovente, riprodottriva di un negozio giuridico già perfetto ed efficace, come, appunto, sostiene la consolidata giurisprudenza di legittimità e il costante orientamento dei giudici amministrativi (54). Difatti, la pubblica

(52) R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Commentario Scialoja-Branca*, 1970, 199.

(53) A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni, atti amministrativi e negozio di diritto privato*, cit., 186, critica tale impostazione, affermando che « se anche si accetta di individuare nel bando o nell'invito il momento dell'autonomia privata, bando e invito non contengono peraltro una completa proposta contrattuale (perché) il fatto saliente è costruito qui dall'impossibilità per gli organi dell'ente pubblico di assumere determinazioni autonome rispetto ad almeno due tra gli elementi più importanti del contratto: cioè la controparte e l'entità del corrispettivo ».

(54) Cfr., tra le tante, Cass., 8 giugno 1990, n. 5771, ove si legge: « Con riguardo ai contratti delle pubbliche amministrazioni, il momento in cui sorge il vincolo costitutivo del rapporto si individua nella aggiudicazione, laddove la stipulazione, ossia la re-

amministrazione, al pari d'ogni soggetto che eserciti la sua autonomia privata, è libera di forgiare la propria originaria offerta quale mero invito a proporre. Ciò che si verifica, sia nell'ipotesi che il contenuto del contratto sia destinato a emergere solo alla conclusione della procedura di evidenza pubblica, come, appunto, accade nell'ipotesi dell'appalto concorso, sia nella diversa ipotesi in cui il contenuto del contratto sia, in effetti, già originariamente stabilito dall'amministrazione pubblica, che si sia riservata espressamente un potere discrezionale di scelta, da esercitare nel momento della stipulazione del contratto, come, esattamente, accade ogni qual volta l'ente aggiudicatario dell'appalto abbia derogato al precetto espresso dalla legge di contabilità dello Stato.

In questa logica interpretativa, si può, dunque, ricondurre a unità, sia l'ipotesi in cui la pubblica amministrazione proceda alla conclusione del contratto nel solco di quanto prescritto dall'art. 16, r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, e, perciò, attribuisca all'aggiudicazione il valore di momento genetico del vincolo negoziale, sia la diversa evenienza in cui la medesima amministrazione pubblica voglia invece — come le è consentito — derogare alla prescrizione di legge, e rinviare, perciò, la conclusione del contratto al successivo momento dell'incontro delle volontà in sede di stipulazione del contratto. In ambedue le ipotesi, infatti, è pur sempre l'incontro delle volontà, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 1326 c.c., a forgiare il contenuto del contratto.

Diversamente, si dovrebbe, invece, sostenere la riconducibilità del contratto di evidenza pubblica al consueto schema dell'incontro di volontà negoziali, nella sola ipotesi in cui la pubblica amministrazione si sia avvalsa della facoltà di derogare alla legge di contabilità dello Stato, e, invece, sostenere che, in tutti gli altri casi, il rapporto obbligatorio è forgiato dal provvedimento amministrativo (55). Di guisa che, con l'esercizio dell'opzione che le

dazione e sottoscrizione del documento, ha valore meramente riproduttivo e perciò non innovativo con lo scopo di racchiudere in un solo atto tutti gli elementi del contratto, a meno che non risulti espressamente la volontà delle parti di rinviare la costituzione del rapporto al compimento di tale formalità ».

(55) A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni, atti amministrativi e negozio di diritto privato*, cit., 188, giunge, difatti, a tal proposito, ad

è riconosciuta dall'art. 16, r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, la pubblica amministrazione andrebbe a incidere sulla stessa natura del rapporto che intende instaurare con il privato contraente. E, in simile evenienza, l'amministrazione pubblica avrebbe, dunque, il dominio, non solo, del contenuto del contratto ma, pure, del regime giuridico al quale assoggettarlo. Ciò che, all'evidenza, non può essere ammesso.

Inteso, dunque, il bando di gara quale offerta negoziale (ri-conducibile, in taluni casi, allo schema dell'offerta al pubblico, e, in altri — qualora l'amministrazione pubblica si sia avvalsa della facoltà di deroga alla legge di contabilità dello Stato o, diversamente, abbia scelto il contraente con la procedura dell'appalto concorso — all'istituto dell'invito a proporre), suscettibile di essere determinata nel suo contenuto attraverso una complessa procedura amministrativa, e una volta individuata la fase genetica del rapporto obbligatorio nell'incontro della volontà della pubblica amministrazione con quella del privato contraente, risulta agevole, pure, attribuire un univoco significato alla fase (eventuale) dell'approvazione del contratto già concluso, quale condizione sospensiva del negozio già perfetto (56).

Ciò affermato, si può ora passare alle ipotesi ricostruttive del complesso fenomeno.

Autorevole dottrina ha immaginato che gli atti del procedimento di evidenza pubblica doppiassero quelli della fase genetica del contratto (57), così che i due aspetti della vicenda, in realtà, unica, si accostassero come due rette parallele destinate a mai in-

affermare che in simili ipotesi « la legge preferisce che gli effetti negoziali si producano al di fuori, o meglio senza una manifestazione negoziale del soggetto pubblico (e) il contratto diventa così il risultato dell'impiego di un congegno amministrativo automatico ».

(56) Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, cit., 400, ove si legge che « si deve, dunque, ritenere che, giusta le norme privatistiche comuni, il contratto sia perfetto tra l'amministrazione e il privato con l'incontro delle volontà, ma che, essendo in una situazione di pendenza, non sia efficace sia per l'una che per l'altra parte. Avverandosi il fatto della *condicio juris*, esso acquista invece efficacia sino dall'origine — e difatti abbastanza giustamente si dice che vi è retroattività dell'approvazione ».

(57) M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, cit., 366; Id., *Attività amministrativa*, cit.

contrarsi. È, però, forse più corretto affermare che il medesimo comportamento della pubblica amministrazione rileva in due ambiti diversi: nel senso che taluni degli atti volitivi espressi dall'ente nella procedura di evidenza pubblica si traducono, per un verso, sul fronte interno del rapporto, in atti amministrativi, e, nell'altro, sul fronte esterno, in atti negoziali di diritto privato (58). In questo senso, ad esempio, il bando di gara è l'atto d'impulso del procedimento di evidenza pubblica, ma costituisce, pure un'offerta al pubblico, o, in alternativa, un invito a proporre. Così pure l'atto di aggiudicazione è la fase conclusiva di quel medesimo procedimento di evidenza pubblica, ma ha, altresì, talvolta, il significato dell'accettazione della proposta del contraente privato.

Se immaginiamo, perciò, il bando di gara (nell'ipotesi che l'aggiudicazione equivalga a stipulazione del contratto) quale offerta al pubblico (59), che rimetta a un successivo procedimento amministrativo la scelta del contraente, diviene, invero, agevole rispondere al quesito espresso nella premessa della corrente disamina, e individuare, cioè, quali siano le conseguenze dell'invalidità degli atti amministrativi delle procedure di evidenza pubblica sul contratto di diritto privato.

Ipotizziamo, invero, che il contratto di evidenza pubblica sia un complesso iter procedurale attraverso il quale la pubblica amministrazione offre, dapprima, la conclusione di un contratto alle imprese interessate, e, poi, individua il contraente attraverso una procedura amministrativa di filtro di quell'unica offerta che, infine, potrà congiungersi con quella originariamente formulata dalla pubblica amministrazione, in tal modo sorgendo, appunto, direttamente, all'esito della procedura di evidenza pubblica, il vincolo contrattuale. Orbene, in simile prospettiva, l'annullamento

(58) F. CARINGELLA, *Corso di Diritto Amministrativo*, 2003, II, 2012, sostiene, di contro, che « la stipulazione rappresenta il primo atto della fase negoziale che interessa i contratti pubblici ».

(59) Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, cit., 385, ove si legge che « Nei rapporti intersoggettivi... il bando di gara è una proposta al pubblico (art. 1336 Codice Civile). Il bando di gara, da tale punto di vista, non appartiene più alla serie procedimentale della procedura di evidenza pubblica, ma alla serie negoziale ».

giurisdizionale di uno degli atti della procedura amministrativa, determinerà la caducazione della scelta del contraente (60), e, perciò, eliminerà uno degli elementi essenziali del contratto — l'accordo tra le parti —, con la conseguenza della sua inevitabile nullità, a norma del combinato disposto degli artt. 1418 e 1325 c.c. (61).

Il contratto concluso in violazione delle procedure di evidenza pubblica non sarà, però, di per se stesso nullo e, dunque, improduttivo di effetti *ab origine*, divenendolo solo nell'ipotesi in cui il contraente ingiustamente leso dalla scelta erronea della pubblica amministrazione si attivi tempestivamente in sede giurisdizionale per ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione (62), diversamente consolidandosi il contratto sull'ossatura di un provve-

(60) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332, ove si legge che « 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 ».

(61) Cfr. Cass., 9 gennaio 2002, ove si legge che « Il venire meno della deliberazione attraverso cui si è espressa la volontà dell'ente conduttore rende nullo il contratto... per assenza del requisito dell'accordo delle parti... l'annullamento della delibera di giunta di stipulare il contratto..., avendo effetto *ex tunc*, ha reso inesistente l'atto deliberativo dell'ente e quindi assente, e non solo viziata, la volontà contrattuale della parte ». Si veda, inoltre, F. CARINGELLA, *Corso di Diritto Amministrativo*, cit., 2029, ove, appunto, si legge che « l'aggiudicazione... rappresenta sicuramente requisito di esistenza del contratto nella misura in cui in mancanza della stessa, ovvero in caso di travolgimento per mezzo di una sentenza, essa deve considerarsi *tanquam non esset*, con inevitabile effetto caducante sul successivo contratto ». Si veda, infine, Tar Puglia, Sez. I, 28 gennaio 2003, n. 394, ove si afferma che « 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; ne consegue che l'invalidità di atti della serie procedimentale che incidano sulla legittimità dell'aggiudicazione non consentono alla suddetta fattispecie di conseguire il proprio perfezionamento giuridico, ed in primo luogo di determinare l'*idem consensus* (ovvero l'accordo) che costituisce elemento essenziale di ogni contratto ».

(62) Cfr. G. GRECO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, cit., 413, il quale, appunto, sostiene « facendo seguire all'annullamento dell'aggiudicazione la nullità del contratto, (si) presuppone la traslazione di un vizio dell'evidenza pubblica (che è per essa causa di annulla-

dimento amministrativo illegittimo ma, oramai, inoppugnabile (63).

Di contro, nell'ipotesi in cui la pubblica amministrazione si riserva di concludere il contratto in un momento successivo alla definizione del procedimento amministrativo, e, perciò, strutturi il suo bando di gara come un mero invito a proporre, allora, in questo differente caso, l'annullamento d'uno degli atti del procedimento amministrativo non potrà riverberare direttamente i suoi effetti sul contratto, al primo collegato, ma, nondimeno, rispetto a quello, autonomo, potendo, semmai, rilevare solo al livello dei

mento) in patologia del contratto (in quanto la violazione della medesima norma ne provocherebbe la nullità). Ma se ciò davvero potesse verificarsi (si pensi a qualunque vizio, anche procedurale, dell'evidenza pubblica) le parti, ma anche i terzi, potrebbero "tout court" far valere la nullità del contratto (davanti al Giudice ordinario), senza passare per l'annullamento dell'aggiudicazione (davanti al Giudice amministrativo). Il che non può certo verificarsi nel nostro ordinamento, ove non è consentito confondere le norme sulla legittimità dell'azione amministrativa, con norme imperative dei contratti di diritto comune, né operare una indebita trasposizione delle prime nelle seconde » e giunge, poi, alla conclusione che « nel nostro sistema dell'evidenza pubblica il contratto vien meno (se vien meno) non già per la mera violazione di una regola dell'evidenza pubblica, ma per l'annullamento della relativa procedura (operato in sede giurisdizionale o in via di autotutela). Ma se così è, non è il caso di individuare una doppia patologia (uccidendo due volte lo stesso contratto), ma è necessario individuare la disciplina civilistica pertinente al fenomeno come sopra descritto ».

(63) Cfr. in questo senso M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, cit., 413, ove si legge che « il vizio di uno di tali atti, che ne abbia provocato l'annullamento (la sola presenza del vizio dell'atto non è sufficiente), equivale a mancanza dell'atto ». Al proposito di simile prospettazione il Cons. Stato, Sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332, obietta che « mentre la nullità civilistica configura una patologia propria del contratto, in relazione ad un vizio genetico che lo inficia ab origine, nella specie... non sarebbe possibile la proposizione di azione dichiarativa della nullità del contratto, ai sensi degli artt. 1418 Codice Civile, se non previa rituale e tempestiva impugnativa dell'atto amministrativo viziato (così che) è allora concettualmente chiara l'atecnicità del richiamo della categoria della nullità del contratto, che di per sé evocherebbe 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 ». Ma, in realtà, l'obiezione non coglie nel segno, perché trascura di considerare che vi sono, per vero, ipotesi di nullità sopravvenute, in tal modo qualificate, proprio perché il contratto, originariamente conforme allo schema normativo, per una circostanza sopravvenuta, perde in seguito un suo requisito essenziale. Si veda al proposito R. TOMMASINI, *Nullità (Diritto Privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1978, vol. XXVIII, e riferimenti bibliografici quivi contenuti.

motivi che hanno indotto i patiscienti alla stipulazione del contratto.

Bisogna, dunque, in questo caso, indagare su come l'invalidità del procedimento amministrativo possa contaminare l'attività negoziale, passando attraverso la cerniera che congiunge il momento del provvedimento a quello del contratto. Anche in questo caso, infatti, è evidente — e costituisce, invero, un postulato — che vi deve essere una tale influenza. Il problema è, perciò, stabilire come si realizzi tale inevitabile contaminazione.

Là dove la pubblica amministrazione esprima la propria volontà negoziale in un momento successivo alla conclusione del procedimento amministrativo di evidenza pubblica, e, perciò, il contratto si perfezioni solo con la stipulazione, gli eventuali vizi del provvedimento amministrativo di aggiudicazione si pongono necessariamente al di fuori degli elementi costitutivi del contratto e interessano, dunque, inevitabilmente, la sola fase delle trattative. Vero è, però, che, sin dal momento dell'aggiudicazione, il contraente privato è vincolato alla propria offerta. Di guisa che il contratto di evidenza pubblica si struttura, in simile evenienza, quale contratto a formazione progressiva. In un primo momento, infatti, l'atto di aggiudicazione fa sorgere l'impegno unilaterale e irrevocabile del contraente privato a tenere ferma la propria proposta, e, poi, in un secondo tempo, con la stipulazione, sopravviene l'accettazione di quella proposta da parte dell'amministrazione pubblica, e sorge definitivamente il vincolo contrattuale.

In simile prospettiva, il provvedimento di aggiudicazione consacra, dunque, un patto di opzione, che giusta quanto previsto dall'art. 1331 c.c., costituisce un contratto preparatorio autonomo inerente alla formazione del contratto finale, inteso ad attribuire alla pubblica amministrazione un potere di decisione sulla stipula del contratto finale, e che, in quanto contratto unilaterale *ex art.* 1333 c.c. (64), contenente obbligazioni del solo proponente, si sottrae allo schema generale di formazione del contratto, quale incontro di due volontà, e, perciò, può bene essere deliberato, da

(64) R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., 146, afferma, infatti, che l'opzione è un contratto, per lo più, unilaterale.

un organo privo della legittimazione a impegnare la pubblica amministrazione nei rapporti obbligatori con i terzi, essendo, a tal fine, sufficiente il valido impegno espresso dal privato contraente, e fungendo, in tale prospettiva, la deliberazione di aggiudicazione solo quale formalizzazione di una volontà negoziale da altri validamente espressa (65).

In questa logica, l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione travolge, dunque, quell'atto negoziale che, nel procedimento di formazione progressiva del contratto di evidenza pubblica, funziona da catalizzatore della proposta del privato contraente, che, volontariamente, si è assoggettato all'esercizio del diritto potestativo della pubblica amministrazione di accettare la sua offerta, e, perciò, la sua caducazione si riverbera, anche, in questo caso, su uno degli elementi essenziali del contratto, determinandone la nullità, a norma del combinato disposto degli artt. 1418 e 1325 c.c.: solo che, contrariamente a quanto è d'uso immaginare, a venire meno è, in questo caso, la volontà del privato contraente, consacrata in un contratto preparatorio invalidato, e non già quella della pubblica amministrazione, che, invece, è stata espressa con la stipulazione del contratto finale, in un momento successivo alla conclusione del procedimento amministrativo, i cui eventuali vizi, dunque, potrebbero, semmai, rilevare solo quali motivi di errore della pubblica amministrazione e, dunque, ricorrendone gli altri presupposti, di eventuale annullabilità del contratto.

8. Alla luce degli spunti di riflessione suggeriti nella *pars costruens* della corrente disamina, è senz'altro da condividere la teorica espressa nell'ordinanza in commento.

Vero è, infatti, che l'aggiudicazione ha una duplice natura, amministrativa e negoziale, valendo, al contempo, da un lato, come provvedimento conclusivo della procedura di selezione del contraente privato, e, dall'altro, come atto giuridico con il quale

(65) Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, cit., 387, ove si legge che « l'aggiudicazione è una dichiarazione di scienza creativa di una certezza legale circa il presentatore dell'offerta idonea alla conclusione del contratto ».

l'amministrazione formalizza la propria volontà di contrarre con l'impresa scelta attraverso la gara.

Certo è che l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione determina la caducazione con effetto retroattivo dell'atto con cui l'amministrazione ha espresso la propria volontà negoziale, con conseguente nullità del contratto per mancanza dell'accordo delle parti.

Senz'altro corretta è, infine, la conclusione che da ciò si trae, in merito al fatto che l'aggiudicazione del contratto deve essere impugnata nel prescritto termine di decadenza, in guisa tale che, in difetto di tale tempestiva iniziativa giurisdizionale, resta preclusa la proponibilità dell'azione di nullità, così da congegnare una sorta di nullità relativa.

Di contro, lascia perplessi la conclusione cui l'autorevole consesso giunge per l'ipotesi che l'aggiudicazione non valga quale espressione del consenso della pubblica amministrazione (avendo il regolamento di gara previsto che tale atto provvedimento non impegni la pubblica amministrazione), perché in tale ambito parrebbe volersi recuperare l'avversata teorica dell'efficacia caducante del vizio della fase procedimentale sul vincolo negoziale, con la riedizione, in questo diverso contesto, della clausola *simul stabunt simul cadent*. Ciò che indurrebbe a pensare il richiamo al « *vincolo inscindibile tra fase pubblicistica... e fase privatistica* », che, nell'ambito del diritto comune, non trova adeguata giustificazione dogmatica se non al livello (irrilevante) dei motivi.

Ci pare, infatti, che tale condiviso effetto condizionante dell'annullamento dell'aggiudicazione (priva di efficacia vincolante per la pubblica amministrazione) sulla validità del contratto possa meglio spiegarsi con il suggerito modello interpretativo del contratto a formazione progressiva, la cui genesi passa attraverso lo snodo di un patto di opzione consacrato dal provvedimento di aggiudicazione, in guisa tale che la caducazione di questa elide il consenso del privato, con conseguente riverbero sulla validità del contratto.