

Mercoledì, 18 maggio 2005

Avv. Damiano Pallottino

L'annullamento della procedura ad evidenza pubblica e la caducazione del contratto.

Com'è noto, il procedimento ad evidenza pubblica, volto all'individuazione del futuro contraente della P.A., è interamente retto dalla disciplina pubblicista, poiché espressione delle potestà autoritative ad essa attribuite dalla legge, e come tale incidente in posizioni di interesse legittimo dei concorrenti privati, tutelabili solamente avanti il Giudice amministrativo.

Viceversa, una volta individuato il contraente e stipulato il contratto, il rapporto viene interamente retto dalla normativa privatistica (civilistica e speciale), in quanto la P.A. non esercita qui potestà pubblicistiche, ma si presenta alla stregua di un qualunque soggetto di diritto privato, tenuto al pari dell'appaltatore a rispettare il preciso contenuto del contratto e le norme di diritto comune, con la relativa conseguenza che la sua attività incide in posizioni di diritto soggettivo del privato, la cui tutela è riservata al Giudice ordinario.

La tematica di cui parleremo oggi va al confine tra queste due fasi, ossia la conclusione del procedimento di scelta del contraente e la successiva stipula del contratto, ed attiene in particolare alle sorti del rapporto contrattuale una volta intervenuto l'annullamento da parte del Giudice amministrativo di un atto del procedimento ad evidenza pubblica (in particolare, il provvedimento di aggiudicazione): si pensi all'ipotesi di un ricorso promosso da una ditta avverso il provvedimento con cui è stata disposta la sua esclusione dalla gara per mancanza dei requisiti previsti nella *lex specialis*, nonché avverso tutti i successivi atti della procedura concorsuale (ivi compreso il provvedimento di aggiudicazione), annullati dal Giudice amministrativo una volta intervenuta la stipula del contratto con l'aggiudicatario e dato parzialmente corso all'esecuzione del rapporto contrattuale.

Negli ultimi anni la Giurisprudenza e la Dottrina hanno ampiamente dibattuto su tale questione, ed ancora oggi non è emersa una soluzione chiara ed univoca.

Questo è il tema di oggi.

A rigor di logica si dovrebbe ritenere che, una volta venuto meno un atto del procedimento ad evidenza pubblica, viene conseguentemente travolto l'intero contratto che su di esso si poggia.

Nel diritto civile, i vizi inerenti alle trattative negoziali (genetici o funzionali) comportano com'è noto la nullità, la rescissione, la risoluzione o l'annullamento del contratto.

Occorre pertanto verificare cosa avviene nel caso dei contratti ove una delle due parti sia un soggetto pubblico.

Sul punto, si sono formate varie tesi.

I. - In un primo momento si sviluppò la tesi prospettata dalla Cassazione dell'annullabilità del contratto stipulato: veniva qui in evidenza un mero vizio del consenso nel processo di formazione della volontà contrattuale della P.A., insito nel procedimento ad evidenza pubblica, ove alla proposta della ditta partecipante contenuta nell'offerta segue l'accettazione della P.A. contenuta nel provvedimento di aggiudicazione.

La Cassazione individuava pertanto la soluzione di tale questione nelle trattative contrattuali, secondo l'artificio che venuto meno tale provvedimento, il consenso della P.A. deve ritenersi conseguentemente viziato, con conseguente invalidità del contratto sotto il profilo della annullabilità, la quale com'è noto può essere fatta valere esclusivamente dalle parti contraenti (nella pratica dalla sola P.A., atteso l'indiscutibile interesse dell'appaltatore a proseguire il rapporto venutosi ad instaurare), e non dunque da terzi (come, ad esempio, la ditta illegittimamente esclusa dalla gara e vittoriosa in sede giurisdizionale).

E' a tutti ben noto che tale orientamento della Cassazione si era venuto a formare in un particolare momento storico della nostra esperienza giuridica, in cui veniva fermamente disconosciuta la risarcibilità dei danni arrecati dalla P.A. ai titolari di posizioni giuridiche di interesse legittimo, la

cui tutela risultava conseguentemente del tutto nulla, tanto “in forma specifica” (mediante l’attribuzione del contratto), quanto “per equivalente” (attraverso il risarcimento del danno pecuniario).

Anche se inerente al tema della risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi, per dovere di completezza va osservato come tale orientamento sia stato definitivamente (e finalmente) abbandonato dalla Cassazione con la nota sentenza n. 500/99 delle Sezioni Unite civili, intervenuta sotto la spinta del d.lgs. n. 80/98 (successivamente confermato dalla l. n. 205/00) circa l’attribuzione al Giudice amministrativo del potere di disporre la reintegrazione in forma specifica e il risarcimento per equivalente in favore dei privati venuti in contatto con la P.A. e dalla stessa ingiustamente danneggiati.

Sul punto, si ritiene opportuno ripercorre (seppur brevemente) l’evoluzione normativa che ha portato a tale riforma, prima legislativa e poi giurisprudenziale.

Fu a seguito dell’entrata in vigore della Dir. CEE n. 665 del 1989 - recepita con la legge n. 142 del 1992, all’art. 13 - che venne per la prima volta riconosciuta nel nostro diritto positivo la tutela risarcitoria (avanti l’A.G.O.) ai soggetti partecipanti alle gare d’appalto di lavori e forniture, previo annullamento del provvedimento illegittimo da parte del Giudice amministrativo.

La complessità di tale sistema processuale, con ben 5 gradi potenziali di giudizio (2 avanti il Giudice amministrativo e 3 avanti l’A.G.O.), venne definitivamente superata con il già menzionato d.lgs. n. 80/98, con cui (si è detto) venne attribuito al Giudice amministrativo il potere di conoscere anche delle pretese risarcitorie dei privati, che andava conseguentemente ad aggiungersi al tradizionale giudizio d’annullamento dell’atto amministrativo.

Tale potere, precedentemente circoscritto alle sole materie dei servizi pubblici, dell’urbanistica e dell’edilizia, è stato successivamente esteso dalla l. n. 205/00 ad ogni materia attribuita alla giurisdizione amministrativa.

II. - Va osservato come la Sez. IV del Consiglio di Stato, con l'ordinanza n. 3355 del 21 maggio 2004, abbia ricostruito tutte le tesi prospettate in Dottrina e in Giurisprudenza circa le conseguenze sul contratto stipulato a seguito dell'annullamento di un atto del procedimento ad evidenza pubblica, rimettendo la decisione della questione all'Adunanza Plenaria dello stesso consesso di Giustizia amministrativa anche sotto lo specifico profilo concernente il sistema del riparto delle giurisdizioni.

Nel rinviare a tale ordinanza l'esame della specifica controversia sottoposta al sindacato di legittimità del Consiglio di Stato, ai fini che qui rilevano occorre esaminare le diverse teorie oggi esistenti ed ivi riportate.

La prima tesi è quella dell'annullabilità del contratto, di cui si è già detto, oggi ritenuta assolutamente non condivisibile dalla Giurisprudenza e dalla Dottrina prevalenti.

La seconda è quella della nullità, basata sulla natura imperativa delle norme che regolano lo svolgimento del procedimento ad evidenza pubblica, con la relativa conseguenza che la violazione delle stesse non può che comportare la nullità del contratto (art. 1418 c.c.).

La terza teoria riguarda la caducazione automatica del contratto, sostenuta in alcune pronunce del Consiglio di Stato e basata principalmente sulla trasposizione in questo campo dei principi generali relativi alla mancata approvazione dell'aggiudicazione, che comporta l'automatica caducazione del contratto eventualmente stipulato.

La quarta tesi è quella relativa all'inefficacia sopravvenuta del contratto, sostenuta in alcune circostanze dal Consiglio di Stato sulla base di una disposizione contenuta nel d.lgs. del 2002 sulle grandi infrastrutture, ed in forza della quale è stato osservato che la cessazione degli effetti del contratto stipulato non avviene qui in via automatica (come invece sostenuto dalla terza teoria suesposta), ma a seguito della necessaria iniziativa del contraente pretermesso, l'unico legittimato a farla valere, cui la P.A. potrebbe esclusivamente eccepire l'eventuale eccessiva onerosità della sostituzione del contraente ai sensi dell'art. 2058 c.c., residuando in capo al ricorrente vittorioso il solo diritto ad ottenere un risarcimento del danno per

equivalente: si pensi all'ipotesi in cui la dichiarazione di inefficacia sopravvenuta intervenga quando il contratto è stato eseguito in larga parte.

Pur rimanendo nell'attesa di conoscere sul punto il pensiero dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ed indipendentemente dalla questione relativa al sistema di riparto delle giurisdizioni, va subito precisato come allo stato attuale il contratto (inefficace, nullo o caducato che sia) non possa essere in ogni caso portato ad esecuzione, salvo che, ove venisse accolta la teoria dell'inefficacia sopravvenuta del contratto, la P.A. non eccipisca l'eccessiva onerosità *ex art. 2058 c.c.* e la stessa venga ritenuta fondata dal Giudice amministrativo.