

## Omessa pronuncia sull'inefficacia del contratto e poteri della stazione appaltante: esiste una inefficacia implicita?

di Nicola Durante

Data di pubblicazione: 13-12-2016

1. Il principio-cardine dell'intero sistema normativo successivo alla direttiva 2007/66/CE, è quello secondo il quale l'inefficacia del contratto d'appalto, in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione, deve essere sempre dichiarata da "un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice" (art. 1, par. 3).(1)

2. Deve essere escluso che l'inefficacia del contratto possa risultare per implicito, dovendo questa scaturire sempre da un'espressa pronuncia del giudice ed avendo il legislatore comunitario escluso ogni ipotesi di caducazione automatica.(2)

3. I criteri che indirizzano le scelte in ordine alla sorte del contratto sono improntati a logiche che prescindono dalla mera considerazione degli effetti sul piano amministrativo dei vizi inficianti la procedura di gara: in tale caso, ciò che rileva è non tanto la maggiore o minore gravità del vizio ravvisato, ma piuttosto il risultato di un bilanciamento di interessi anche economici, in cui giocano da un lato l'interesse pubblico alla sollecita esecuzione dell'appalto e dall'altro la possibilità di effettivo conseguimento dell'interesse sostanziale azionato dal ricorrente vincitore. Di modo che è ben possibile, e anzi appartiene alla fisiologia del sistema, che, pur in presenza di vizi estremamente gravi (e, in ipotesi, tali da comportare l'integrale caducazione della procedura di scelta del contraente), il contratto di appalto non sia travolto nella sua efficacia dal decisum giudiziale, perché non vi è alcuna concreta possibilità di immediato soddisfacimento dell'interesse del ricorrente attraverso il subentro nel rapporto contrattuale con la stazione appaltante (come è, di regola, quando l'annullamento comporta la necessità di rinnovazione della gara).(1)

4. I costi medi della manodopera, indicati nelle tabelle ministeriali, non costituiscono parametro assoluto ed inderogabile, ma svolgono una funzione indicativa, suscettibile di scostamento in relazione a valutazioni statistiche ed analisi aziendali evidenziando una particolare organizzazione in grado di giustificare la sostenibilità di costi inferiori. La previsione di inderogabilità riguarda il trattamento normativo e retributivo del lavoratore in base ai minimi previsti dalla contrattazione collettiva e non il costo globale sostenuto dall'impresa. (4)

(1) *Conforme: Cons. Stato, Sez. V, 20 gennaio 2015, n. 140;*

(2) *Conforme: Cons. Stato, sez. III, 25 giugno 2013, n. 3437.*

## Guida alla lettura

Con la pronuncia che si annota, il T.A.R. Calabria (Catanzaro) affronta la problematica inerente l'**omessa pronuncia** del g.a., nell'ambito del rito appalti, circa l'**inefficacia** del contratto *medio tempore* stipulato ed i susseguenti poteri della stazione appaltante.

La vicenda contenziosa alla base della sentenza è riassumibile nei seguenti termini: il T.A.R., con una prima pronuncia, annulla un articolo del disciplinare di una gara per la progettazione definitiva e la realizzazione di un intervento di consolidamento di una zona soggetta a frane. La stazione appaltante, in espressa esecuzione di detta sentenza, revocava il contratto nel frattempo stipulato e rimetteva gli atti della procedura alla commissione giudicatrice per gli adempimenti di competenza. Ricorreva, quindi, l'impresa affidataria dell'appalto, al fine di ottenere l'annullamento dei provvedimenti emessi dalla p.a.

Il Collegio calabrese, nell'accogliere il ricorso, ha ritenuto fondato, ed assorbente rispetto agli altri, il primo motivo di gravame, avente ad oggetto la violazione degli artt. 121 e 122 c.p.a.: a detta della ricorrente, infatti, solo il Tribunale avrebbe potuto dichiarare l'inefficacia del contratto, ma tale pronuncia non era contenuta nella sentenza; dunque, non avrebbe potuto l'amministrazione revocare il contratto.

La sentenza in esame aderisce, sul punto, a quanto affermato in una vicenda analoga da Consiglio di Stato, Sez. V, del 20 gennaio 2015, n. 140. I Giudici di Palazzo Spada, in particolare, ponendosi nel solco di una giurisprudenza che è sempre più consolidata (T.A.R. Campania - Napoli, sez. V, sent. 26 gennaio 2016 n. 392; Cons. di St., sez. VI, 12.12.2012, n. 6374; id., sez. III, 10.04.2015, n. 1839 e sez. V, 1.10.2015, n. 4585, T.A.R. Lazio - Latina, sez. I, 7 novembre 2011 n. 886, hanno affermato che costituisce "**principio-cardine dell'intero sistema normativo successivo alla direttiva 2007/66/CE**", quello "*secondo cui l'inefficacia del contratto d'appalto, in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione, deve essere sempre dichiarata da un **organo di ricorso indipendente** dall'amministrazione aggiudicatrice (art. 1, par. 3)*". Ne deriva, quale corollario applicativo, che deve essere **escluso** che "*l'inefficacia del contratto possa risultare per **implicito**, dovendo questa scaturire sempre da un'espressa pronuncia del giudice ed avendo il legislatore comunitario escluso ogni ipotesi di caducazione automatica*". Si tratta, continua il Supremo organo di giustizia amministrativa, di un principio che trova piena conferma nel **sistema** delineato dagli artt. 121 e 122 c.p.a., a mente dei quali l'inefficacia del contratto può essere pronunciata dal g.a., rispettivamente, per gravi violazioni (art. 121), ovvero in altre ipotesi (art. 122).

Non **spetta**, pertanto, alla p.a. appaltante di dichiarare l'inefficacia del contratto: piuttosto, quello che le spetta, in ottemperanza all'eventuale pronuncia del g.a. che annulli una gara per vizi attinenti alla sequenza procedimentale che conduce all'aggiudicazione (es., illegittimità del bando), è il potere-dovere di **rinnovare** la gara, mantenendo, però, **fermo** il contratto nel

frattempo stipulato. Ciò risponde all'esigenza di operare un **"bilanciamento di interessi anche economici, in cui giocano da un lato l'interesse pubblico alla sollecita esecuzione dell'appalto e dall'altro la possibilità di effettivo conseguimento dell'interesse sostanziale azionato dal ricorrente vincitore. Di modo che è ben possibile, e anzi appartiene alla fisiologia del sistema, che, pur in presenza di vizi estremamente gravi (e, in ipotesi, tali da comportare l'integrale caducazione della procedura di scelta del contraente), il contratto di appalto non sia travolto nella sua efficacia dal decisum giudiziale, perché non vi è alcuna concreta possibilità di immediato soddisfacimento dell'interesse del ricorrente attraverso il subentro nel rapporto contrattuale con la stazione appaltante"**.

Sulla base del condiviso percorso argomentativo del Consiglio di Stato, il T.A.R. Calabria ha ribadito che il silenzio serbato dal Collegio sulla efficacia del contratto, non comporta una implicita dichiarazione di inefficacia del medesimo (ricavabile dalla gravità dei vizi che hanno condotto all'annullamento della gara d'appalto); né, tantomeno, può dirsi sussistente, nell'attuale sistema ordinamentale, il **potere** di dichiarare l'inefficacia del contratto in capo alla stazione appaltante.

## Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

### (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

### SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1108 del 2016, proposto da:

Falvo Ing. Ermanno E.R. S.u.r.l., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria della costituenda A.T.I. con Bers S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Francesca Terzi, domiciliata ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria di questo Tribunale Amministrativo Regionale, in Catanzaro, alla via De Gasperi, n. 76/B;

*contro*

Commissario straordinario delegato per il sollecito espletamento delle procedure relative alla realizzazione degli interventi di mitigazione del rischio idrogeologico da effettuare nel territorio della Regione Calabria, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catanzaro, domiciliato presso gli Uffici di questa, in Catanzaro, alla via G. da Fiore, n. 34;

*nei confronti di*

Concolino Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Achille Morcavallo e Oreste Morcavallo, domiciliata ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria di questo Tribunale Amministrativo Regionale, in Catanzaro, alla via De Gasperi, n. 76/B;

*per l'annullamento*

- del decreto dell'Ufficio del Commissario Straordinario Delegato per il sollecito espletamento delle procedure relative alla realizzazione degli interventi di mitigazione del rischio idrogeologico da effettuare nel territorio della Regione Calabria dell'11 agosto 2016, n. 700;
- delle comunicazioni dell'Ufficio del Commissario Straordinario Delegato per il sollecito espletamento delle procedure relative alla realizzazione degli interventi di mitigazione del rischio idrogeologico da effettuare nel territorio della Regione Calabria dell'11 agosto 2016, n. 3736, e del 26 agosto 2016, n. 3777;
- di tutti gli atti presupposti, connessi, consequenziali, esecutivi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Commissario straordinario delegato per il sollecito espletamento delle procedure relative alla realizzazione degli interventi di mitigazione del rischio idrogeologico da effettuare nel territorio della Regione Calabria e della Concolino Costruzioni S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2016 il dott. Francesco Tallaro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Rilevato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. – Con sentenza del 20 luglio 2016, n. 760, questo Tribunale Amministrativo Regionale ha annullato l'art. 4.1.1. del disciplinare di gara per l'offerta tecnica sulla progettazione definitiva e la realizzazione dell'intervento CS 0034/10 – Cosenza – *“Interventi di consolidamento franoso in loc. Fuochi di Balzata nel Comune di Rogliano”*, indetta dall' Ufficio del

Commissario Straordinario Delegato per il sollecito espletamento delle procedure relative alla realizzazione degli interventi di mitigazione del rischio idrogeologico da effettuare nel territorio della Regione Calabria, nonché tutti i provvedimenti ad esso conseguenti.

Con decreto dell'Ufficio commissariale dell'11 agosto 2016, n. 700, in espressa esecuzione della sentenza citata, è stato revocato il contratto d'appalto stipulato in data 13 maggio 2016, rep. n. 96, con l'aggiudicataria A.T.I. tra Falvo Ing. Ermanno E.R. S.u.r.l. e Bers S.r.l., e gli atti sono stati rimessi alla commissione giudicatrice.

2. – L'A.T.I. in origine aggiudicataria ha impugnato tale ultimo provvedimento e le comunicazioni che ne sono conseguite, chiedendone l'annullamento.

A sostegno del ricorso ha dedotto:

a) violazione degli artt. 121 e 122 c.p.a.: solo il Tribunale avrebbe potuto dichiarare l'inefficiacia del contratto, ma tale pronuncia non era contenuta nella sentenza; dunque, non avrebbe potuto essere l'amministrazione a revocare il contratto;

b) violazione dell'art. 21-*senxies* l. 7 agosto 1990, n. 241, e del d.lgs. 1 aprile 2006, n. 163: il provvedimento di revoca non avrebbe potuto riguardare il contratto, il cui regime giuridico è integralmente privatistico;

c) violazione dell'art. 83 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e dell'art. 120 d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207: la gara, che prevede l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non può essere espletata in assenza dei criteri di valutazione, già contenuti nel disciplinare di gara annullato dal Tribunale Amministrativo Regionale.

3. – Hanno resistito l'Ufficio commissariale e Concolino Costruzioni S.r.l.

E' rimasto inerte Tommaso De Nisi, cui pure il ricorso è stato notificato.

4. – Il ricorso è stato discusso nel merito e spedito in decisione all'udienza pubblica del 26 ottobre 2016.

5. – L'A.T.I. ricorrente ha, nonostante le avverse deduzioni della parte controinteressata, interesse al ricorso.

Secondo la propria prospettazione, la sentenza n. 760 del 2016 non ha avuto effetto caducante sul contratto nelle more stipulato; essa, pertanto, ha interesse ad avversare il provvedimento di revoca dello stesso.

Peraltro, il ricorso è procedibile: per quanto sia stato dedotto che l'amministrazione abbia nuovamente espletato la gara, aggiudicandola provvisoriamente a Concolino Costruzioni S.r.l., nondimeno non risulta che sia stato emesso il provvedimento di aggiudicazione definitivo, sicché la vicenda contenziosa non ha ancora avuto un nuovo e definitivo assetto di interessi e, di conseguenza, non si può predicare l'improcedibilità dell'odierno ricorso per sopravvenuta

carezza di interesse.

6. – Il primo, assorbente motivo di ricorso è fondato.

6.1. – Le ragioni della fondatezza si rinvergono nella pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V, del 20 gennaio 2015, n. 140, resa su una vicenda analoga alla presente e citata da parte ricorrente, di cui si trascrive di seguito lo stralcio motivazionale rilevante, ai sensi dell'art. 74 c.p.a.

*“Infine, va esaminato l'ultimo motivo dell'appello incidentale (...)col quale si torna sulla questione (...)dell'omessa pronuncia da parte del primo giudice sulla domanda di declaratoria di inefficacia della convenzione-quadro medio tempore stipulata (...).*

*In questa sede, è sufficiente sviluppare gli argomenti già esposti in sede cautelare in ordine all'inconsistenza della censura.*

*In particolare, è stato sottolineato che la suddetta omessa pronuncia del T.A.R. non può essere in alcun modo intesa – come avrebbe voluto l'appellante incidentale – nel senso dell'inutilità di ogni statuizione in proposito, in quanto la convenzione doveva intendersi travolta già per effetto dell'integrale annullamento della procedura selettiva a monte; tale impostazione, infatti, contrasta frontalmente col principio-cardine dell'intero sistema normativo successivo alla direttiva 2007/66/CE, secondo cui l'inefficacia del contratto d'appalto, in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione, deve essere sempre dichiarata da “un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice” (art. 1, par. 3), di modo che in giurisprudenza si esclude pacificamente che l'inefficacia del contratto possa risultare per implicito, dovendo questa scaturire sempre da un'espressa pronuncia del giudice ed avendo il legislatore comunitario escluso ogni ipotesi di caducazione automatica (cfr. Cons. Stato, sez. III, 25 giugno 2013, nr. 3437).*

*Quanto sopra esposto trova conferma, nell'odierno assetto processuale interno, nell'ovvio rilievo che i casi possibili di declaratoria di inefficacia del contratto di appalto sono oggi tassativi, essendo esclusivamente quelli disciplinati dagli artt. 121 e 122 cod. proc. amm., con riferimento rispettivamente all'inefficacia sempre discendente da gravi violazioni e ad altri casi accertabili dal giudice, e al di fuori di tali ipotesi non potendosi dare ulteriori declaratorie di inefficacia.*

*Né può in contrario argomentarsi dal dato letterale che le norme testé citate facciano riferimento all'inefficacia derivante dall'annullamento “dell'aggiudicazione”, per tentare di sostenere che resterebbero fuori dalla previsione, e quindi sfuggirebbero alla richiamata tassatività, le ipotesi in cui il vizio investa gli atti a monte dell'aggiudicazione (p.es. il bando di gara) e sia suscettibile di travolgere l'intera procedura: infatti, è evidente che i vizi verificatisi nella sequenza procedimentale anteriore all'aggiudicazione in tanto rilevano, in quanto si riverberino su quest'ultima, determinandone l'illegittimità in via derivata, col che si torna alla proposizione di partenza per cui l'inefficacia del contratto può discendere solo e unicamente dall'annullamento “dell'aggiudicazione”.*

Venendo dunque al caso che qui occupa, è da un lato pacifico che la fattispecie esaminata dal T.A.R. non rientrava in alcuna delle ipotesi contemplate dall'art. 121 cod. proc. amm.; per vero, essa non ricadeva neanche nella previsione dell'articolo successivo, dalla cui lettura è dato evincere che l'opzione del legislatore è stata nel senso di rimettere al giudice il potere discrezionale di dichiarare l'inefficacia del contratto di appalto, in caso di vizi diversi da quelli specificamente indicati dall'art. 121, solo laddove ciò possa comportare per il ricorrente l'utilità costituita dal "subentro" nella posizione di affidatario (e, quindi, la possibile stipula di un nuovo contratto che lo veda interlocutore dell'Amministrazione); ciò è confermato dal fatto che la norma ha, al contrario, espressamente escluso la possibilità di dichiarare l'inefficacia del contratto laddove l'annullamento comporti la necessità di ripetizione della gara.

Tale essendo la ratio legis, risultano ultronei e fuorvianti gli argomenti che si vorrebbe trarre dalla natura e gravità dei vizi ravvisati nei singoli casi, come quando (...) si assume che sarebbe "paradossale" la sopravvivenza del contratto nel caso di vizio più radicale, comportante la necessità di ripetere ab initio l'intera procedura selettiva, e non in caso di vizi meno gravi, relativi alla sola individuazione dell'aggiudicatario; è evidente infatti che i criteri che indirizzano le scelte in ordine alla sorte del contratto sono improntati a logiche che prescindono dalla mera considerazione degli effetti sul piano amministrativo dei vizi inficianti la procedura di gara: in tale caso, ciò che rileva è non tanto la maggiore o minore gravità del vizio ravvisato, ma piuttosto il risultato di un bilanciamento di interessi anche economici, in cui giocano da un lato l'interesse pubblico alla sollecita esecuzione dell'appalto e dall'altro la possibilità di effettivo conseguimento dell'interesse sostanziale azionato dal ricorrente vincitore.

Di modo che è ben possibile, e anzi appartiene alla fisiologia del sistema, che, pur in presenza di vizi estremamente gravi (e, in ipotesi, tali da comportare l'integrale caducazione della procedura di scelta del contraente), il contratto di appalto non sia travolto nella sua efficacia dal decisum giudiziale, perché non vi è alcuna concreta possibilità di immediato soddisfacimento dell'interesse del ricorrente attraverso il subentro nel rapporto contrattuale con la stazione appaltante (come è, di regola, quando l'annullamento comporta la necessità di rinnovazione della gara).

Pertanto, deve concludersi che il "silenzio" serbato dal primo giudice sulla domanda di inefficacia del contratto andasse inteso quale riconoscimento dell'assenza di ogni spazio per una tale pronuncia, non ricadendosi in alcuna delle ipotesi tassative in cui questa sarebbe stata possibile (e, ça va sans dire, rientrando nell'esclusiva autonomia e responsabilità della stazione appaltante le scelte in ordine alla sorte della convenzione-quadro nel frattempo stipulata); se nella sentenza impugnata questo concetto fosse stato maggiormente esplicitato, forse si sarebbe potuto evitare, almeno in parte, il defatigante contenzioso sul punto che ha "animato" la fase cautelare del presente grado di giudizio".

6.2. – Nel caso di specie, la sentenza n. 760 del 2016 non ha riscontrato alcuna delle ipotesi contemplate dall'art. 121.

Né l'inefficacia del contratto poteva essere pronunciata ai sensi dell'art. 122 c.p.a., giacché il vizio riscontrato comportava la ripetizione della gara.

Dunque, dal silenzio della sentenza circa la sorte del contratto non poteva inferirsi l'implicita dichiarazione di inefficacia dello stesso; né l'amministrazione poteva sostituirsi al giudice amministrativo, disponendone la revoca in affermata esecuzione della sentenza.

7. – I provvedimenti impugnati vanno dunque annullati.

La particolarità della vicenda giustifica l'integrale compensazione delle spese e competenze di lite tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Francesco Tallaro, Referendario, Estensore

Raffaele Tuccillo, Referendario