amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)
Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 1/2026

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Valentina Maria Donini, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Esper Tedeschi, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Sorte del contratto pubblico stipulato a valle in caso di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione e del bando di gara: è davvero possibile la "correzione" del contratto ad opera delle parti?

di Gerardo Soricelli

(Professore a contratto presso l'Università Telematica Unicusano)

Sommario

1- L'approdo della Cassazione civile sez. I – 18 novembre 2024, n. 29573: Il punto centrale della sentenza concerne la sorte del contratto di appalto stipulato a valle dopo che gli atti di gara sono stati annullati; 2-Sorte del contratto pubblico e giustizia contrattuale: quale futuro?-3-Una conclusione.

Abstract

This essay addresses the issue of judicial annulment of a tender notice for the purpose of automatically terminating the subsequent contract. More specifically, the issue arises at the crossroads of the relationship between public administration and administrative judges regarding the declaration of invalidity of a contract, which does not automatically follow the annulment of the award. In a context characterized by the public/private partnership, the issue of the relationship between the annulment of the tender notice and the outcome of the resulting public contract arises from the perspective of verifying the concrete powers of the contracting authority in shaping the contract's content, in relation to the weight and relevance of the concrete public interest to be achieved.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

1. L'approdo della Cassazione civile sez. I – 18 novembre 2024, n. 29573: Il punto centrale della sentenza concerne la sorte del contratto di appalto stipulato a valle dopo che gli atti di gara sono stati annullati.

Uno dei possibili punti di partenza della riflessione su un tema intrigante, quanto complicato e denso di sfaccettature, può essere la nota pronuncia della Cassazione civile sez. I – 18/11/2024, n. 29573, la quale, in tema di appalti pubblici, ha stabilito che "l'annullamento in sede giurisdizionale del bando di gara non comporta la caducazione automatica del contratto conseguentemente stipulato, dovendo il giudice valutare, ai fini della relativa decisione, la tipologia e la gravità della violazione che ha dato luogo all'invalidità."[1] L'intervento recente della Cassazione, accolta con favore da parte della dottrina, [2] è — come si diceva — un punto di partenza, per certi versi imprescindibile, al fine di aggiornare il quadro attuale in tema di sorte dei contratti pubblici a seguito dell'annullamento degli atti di gara e di giustizia contrattuale, posto che essa si è incanalata in una direzione opposta rispetto ad una serie di decisioni intervenute negli ultimi lustri, di cui si darà conto nel prosieguo. In altre parole, occorre premettere, per meglio comprendere il panorama creatosi attorno al problema sopracitato, un breve excursus diacronico delle principali tesi dottrinali e giurisprudenziali (annullabilità, nullità, caducazione automatica e inefficacia sopravvenuta) come tappe di un percorso evolutivo disomogeneo.[3] L'orientamento che afferma l'annullabilità del contratto si presenta complesso e variamente articolato. Secondo alcune pronunce il contratto sarebbe annullabile per vizio del consenso nella formazione della volontà ex art. 1427 c.c.; secondo altre l'annullabilità deriverebbe dal difetto di capacità a contrarre ; secondo altre ancora, l'annullabilità deriverebbe da difetto di legittimazione negoziale. [4] Il primo orientamento ammetteva solo una possibilità di annullamento del contratto ex art. 1441 c.c. , subordinata all'iniziativa della sola amministrazione e, perciò, nei fatti del tutto improbabile.

Gli argomenti a sostegno dell'annullabilità del contratto seguivano sostanzialmente criteri civilistici fondati sulle patologie genetiche del contratto. In primis, si evocava il fatto che "in tema di vizi concernenti l'attività negoziale degli enti pubblici, sia che si riferiscano al processo di formazione della volontà dell'ente, sia che si riferiscano alla

[1] Cass.civ. Sez.1, 18 novembre 2024, n.29573 in *Giustizia Civile Massimario 2025*

[2] M.GENOVESE, *Cosa succede al contratto di appalto stipulato a valle se gli atti di gara vengono annullati?* Nota a: Cassazione civile , 18 novembre 2024, n.29573, sez. I in *Diritto & Giustizia,* 216, 2024, 2 e ss

[3] S.VACCARI, *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale satisfattoria* in *Dir. proc. amm.*,1/2015, 255 e ss

[4] S.S.SCOCA, *Aggiudicazione e contratto: la posizione dell'Adunanza plenaria,* in Nota a: Consiglio di Stato ad. plen. , 30 luglio 2008, n.9 in *Foro amm. CDS*, 12, 2008, 3286; ID., *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali,* Milano, 2008; M. RAMAJOLI, *Il processo in materia di appalti pubblici da rito speciale a giudizio speciale, in Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa,* a cura di G. Greco, Milano, 2010, 121 ss. e, della stessa Autrice, *Un diritto processuale europeo in materia di appalti pubblici?*, in *Giustamm.it*, 2011.

ISSN 2036-7821

fase preparatoria ad essa precedente, il negozio comunque stipulato è annullabile ad iniziativa esclusiva dell'ente pubblico, salvo che non sia ravvisabile un vizio di straripamento di potere, nel qual caso il contratto è nullo."[5] In altre pronunce emergeva l'incapacità legale a contrarre della pubblica amministrazione ex art. 1425 c.c.[6], mentre l'orientamento dottrinale di inizio secolo convergeva unanimemente sull'annullabilità del contratto come difetto di legittimazione negoziale. In particolare, "l'organo della pubblica amministrazione abilitato a manifestarne la volontà, che abbia concluso una controversia negoziale senza che sia stato, in tutto o in parte, esaurito il procedimento amministrativo diretto alla formazione della volontà dell'amministrazione, manca di legittimazione a contrarre e, quindi, del potere di assumere obbligazioni verso i terzi; il difetto di tale presupposto determina l'annullabilità del contratto, che può essere fatta valere dalla p.a., nel cui esclusivo interesse sono prescritte le formalità omesse."[7] Nonostante tali soluzioni dogmatiche, tuttavia, rimanevano problemi applicativi e teorici di non poco conto sull'ammissibilità delle teorie civilistiche sui vizi genetici del contratto, posto che tali interpretazioni miravano ad assolutizzare la tutela dell'interesse pubblico nelle procedure ad evidenza pubblica, nonché a riservare la legittimazione a richiedere l'annullamento del contratto alla stessa pubblica amministrazione. Ciò frustrava "ogni possibilità, per il concorrente illegittimamente pretermesso, di ottenere una pronuncia sul contratto anche qualora abbia già ottenuto giudizialmente l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, con la conseguenza che l'amministrazione diventa « arbitro della sorte del contratto »[8] Inoltre, l'Unione europea introduceva negli Stati membri i primi embrioni sulla procedura ad evidenza pubblica, funzionalizzata alla protezione di valori pro-concorrenziali e di buon andamento e di imparzialità."[9] Di conseguenza, la giurisprudenza amministrativa elaborò interpretazioni alternative del rapporto tra annullamento

[5] Cass.sez. II, 08 maggio 1996, n.4269 in *Giust. civ. Mass.* 1996, 689. In dottrina, è stata proposta un tesi innovativa sulla specialità della nullità in materia di contratti pubblici. Infatti, secondo F.G.SCOCA, *L'enigma della nullità del provvedimento amministrativo* in *https://www.nuoveautonomie.it/wp-content/uploads/2021/07/1-2021-8.-Scoca.pdf* , 154, "A me sembra, ma si tratta di una semplice intuizione, che la disciplina della nullità, di cui alla legge sul procedimento e al c.p.a., riguardi, come d'altronde è espressamente previsto, soltanto la invalidità del provvedimento, o, con più precisione, l'attività amministrativa di diritto pubblico; e non riguardi la invalidità dei contratti stipulati dall'amministrazione, e (forse) nemmeno l'invalidità degli accordi, ai quali «si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili»"

[6] Cass., sez. I, 28 marzo 1996 n. 2842, in *Foro it.*, I, 1996, 2054 ss

[7] Cass., sez. II, 21 febbraio 1995 n. 1885, in *Mass. Foro it.*, 1995

[8] S.VACCARI, *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale satisfattoria,* cit., 256

[9] F. CINTIOLI, *Annullamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2003, par. 2: « La disciplina sull'evidenza pubblica non è preordinata a tutelare solo l'interesse dell'amministrazione appaltante, ma è presidio di interessi collettivi e di un equilibrato assetto del mercato comunitario e nazionale ». S.VACCARI, *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale satisfattoria,* cit., 257 e ss

dell'aggiudicazione e sorte del contratto. Una delle prime tesi proposte è stata quella della nullità assoluta ex art. 1418 c.c.: la nullità del contratto conseguiva all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione. Tale forma di invalidità assumeva la qualifica di nullità strutturale e di nullità virtuale. Nella prima prevaleva la mancanza originaria del consenso dell'amministrazione al vincolo negoziale che è uno dei requisiti essenziali del contratto ex art. 1418 c.c.[10] Nella seconda prevaleva la "violazione di norme attinenti alla fase di scelta del contraente che nei procedimenti di formazione dei contratti ad evidenza pubblica è regolata da norme di diritto pubblico di tipo imperativo" [11]. Qui non è dunque richiesto che la sanzione di nullità sia testuale ma può essere anche soltanto virtualmente contenuta nel sistema, in questo caso nel sistema dei contratti pubblici. Il negozio nullo è come se non fosse mai esistito ed è un puro *quid facti* e le conseguenze giuridiche che ne possono derivare (es responsabilità) sono legate ad un puro fatto al quale l'ordinamento giuridico non riconosce le conseguenze normali della fattispecie negoziale. [12]Anche la tesi della nullità, contenendo conseguenze rilevanti come l'imprescrittibilità dell'azione, l'insanabilità d'ufficio, la natura dichiarativa giudiziale della nullità, fu ritenuta oltremodo favorevole per i privati lesi dall'esercizio illegittimo del potere, e, nel contempo, sfavorevole per l'amministrazione e per l'operatore economico aggiudicatario.[13] Si doveva trovare un meccanismo "dogmatico"di comunicazione tra annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto più snello e meno ancorato alle prescritte rigidità di sistema. [14]In funzione di superamento delle citate obiezioni e difficoltà, emerse successivamente, per merito della giurisprudenza amministrativa, la c.d. tesi della « caducazione automatica »(20), che affrancandosi dalla teorie tradizionali delle patologie dell'atto giuridico di origine civilistica, ricollegò all'annullamento dell'aggiudicazione l'inefficacia del contratto con effetti *ex nunc*, senza che fosse necessaria una decisione costituiva in tal senso, ma solo una pronuncia dichiarativa. In realtà, al pari della mancanza dell'intera fase dell'evidenza pubblica, l'annullamento in via retroattiva segnava la carenza di uno dei presupposti di efficacia del contratto che, di conseguenza, restava privo dei suoi effetti giuridici.[15] Così, la questione della sorte

[10] Cass., sez. III, 09 gennaio 2002, n.193 in *Dir. e prat. soc.* 2003, 4, 89

[11] Cons.st. sez. V, 05 marzo 2003, n.1218 in *Riv. amm. appalti* 2003, 78 (s.m)

[12] A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile. Cinquantesima prima edizione a cura di Stefano Delle Monache, Giuseppe Trabucchi, Stefano Troiano, Mauro Tescaro*, Milano, 2024, 258

[13] ID., *Op. cit.*, 257 e ss dove si afferma che "si consideri anche che la relativa azione dichiarativa, essendo imprescrittibile ex art. 1422 c.c., rischierebbe di frustrare fortemente il principio della certezza dei rapporti giuridici, ben potendo essere pronunciata anche a distanza di molto tempo con conseguente esposizione del contratto al pericolo di essere travolto con effetto retroattivo."

[14] Su tutti, per la dottrina, si veda, E. MORLINO, *I contratti pubblici* in Luisa Torchia (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito, seconda edizione*, Bologna, 2012, 254 e ss

[15] E. MORLINO, *I contratti pubblici* in Luisa Torchia (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*,cit., 254 e ss; Cons.st.sez. VI, 05 maggio 2003, n.2332 in *Dir. proc. amm.* 2004, 177 (nota di: GOISIS)

del contratto derivante dall'annullamento dell'aggiudicazione fu inquadrata non più nell'area dell'invalidità, bensì solamente in quella dell'inefficacia. Su questa linea venne inaugurata la tesi dell'inefficacia sopravvenuta relativa con salvezza dei diritti dei terzi in buona fede," la quale si basa sull'assunto che il venir meno di uno degli atti di gara produca quale effetto il privare la stazione appaltante, con effetto retroattivo, della legittimazione a negoziare. In sostanza, l'organo amministrativo che ha stipulato il contratto, una volta che viene a cadere uno degli atti del procedimento costitutivo della volontà dell'amministrazione, come la deliberazione a contrattare, il bando o l'aggiudicazione, si trova nella condizione di aver stipulato injure, privo della legittimazione che gli è stata conferita dai precedenti atti amministrativi".[16] Prima dell'adozione della direttiva 07/66/CE, quindi, le differenti interpretazioni e l'assenza di una posizione univoca da parte degli organi giurisdizionali portavano a un panorama giuridico difficile da comprendere .Con l'arrivo di questa normativa europea, si cercò di introdurre maggiore ragionevolezza e chiarezza, attribuendo *ex novo* alla giurisdizione del giudice amministrativo la competenza sui contratti di appalto. Questo intervento legislativo contribuì a definire meglio i limiti e le responsabilità del potere giudiziario nell'ambito degli appalti pubblici. Il nuovo potere che il giudice amministrativo ha acquisito, in virtù delle novità normative introdotte e del codice del processo amministrativo, è quello di poter dichiarare l'inefficacia del contratto in una serie di ipotesi previste agli artt. 121 e 122 del citato codice. La questione dell'«inefficacia» del contratto nel contesto del diritto amministrativo, in particolare quello italiano, è complessa e richiede un'attenta analisi delle norme vigenti e delle loro implicazioni pratiche. La «direttiva ricorsi» 07/66/CE, sottolinea il concetto di «privazione di effetti». Questa espressione delinea un linguaggio più descrittivo e processuale. Per tale direttiva " un contratto risultante da un'aggiudicazione mediante affidamenti diretti illegittimi dovrebbe essere considerata in linea di principio, priva di effetto, tuttavia la carenza di effetti non dovrebbe essere automatica ma dovrebbe essere accertata da un organo di ricorso indipendente o dovrebbe essere il risultato di una decisione di quest'ultimo". L'adozione di terminologie generiche come «privazione di effetti» indica che tali norme non intendono esprimere un giudizio definitivo sulla natura e la sostanza dell'inefficacia, ma piuttosto si concentrano sulle conseguenze relative al processo. Questo approccio lascia spazio a diverse interpretazioni, potenzialmente incasellabili in categorie civilistiche o considerate come situazioni «sui generis», ma mantenendo un focus su come le decisioni giuridiche influenzano gli effetti del contratto."[17]

[16] Cfr. S.VACCARI, *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale satisfattoria,* cit., 258 e ss; Cons.st. sez. IV, 27 ottobre 2003, n.6666 in *Dir. proc. amm.* 2004, 178 (nota di: GOISIS)

[17] Cfr. ID. , *Op. ult cit*., 259 e ss; Cons.st. sez. IV, 27 ottobre 2003, n.6666, cit.

ISSN 2036-7821

La difficoltà di inquadramento dell'intero rapporto tra annullamento dell'aggiudicazione illegittima e sorte del contratto prende le mosse da alcune sentenze della Cassazione che riconducevano il tutto all'esecuzione del contratto e, quindi, ad una disciplina civilistica vera e propria, attribuita alla competenza del giudice ordinario. Infatti, la Cassazione ha affermato che " Spetta al giudice ordinario la giurisdizione sulla domanda volta a conseguire tanto la dichiarazione di nullità quanto quella di inefficacia, ovvero l'annullamento, del contratto di appalto pubblico di servizi a seguito dell'annullamento della delibera di scelta del contraente privato, adottata all'esito di una procedura ad evidenza pubblica, giacché in ciascuno dei casi anzidetti la controversia non ha ad oggetto i provvedimenti riguardanti la scelta del contraente, ma il successivo rapporto di esecuzione del contratto derivante dalla sua stipulazione e rispetto al quale gli interessati invocano l'accertamento di un aspetto patologico al fine di impedirne l'adempimento. Ne consegue, per un verso, che i predetti interessati esibiscono, al riguardo, situazioni giuridiche soggettive aventi consistenza di diritti soggettivi e che, per altro verso, si postula una verifica, da parte del giudice, di conformità alla normativa positiva delle regole in base alle quali l'atto negoziale è sorto ovvero è destinato a produrre i suoi effetti tipici."[18]

In sintesi, il passaggio della competenza dal giudice ordinario al giudice amministrativo fu l'effetto della possibile inclusione dell'intera fattispecie nella procedura ad evidenza pubblica. Ciò significa che l'effetto del potere conferito al giudice amministrativo attraverso il Codice del processo amministrativo si traduce in una gestione più flessibile e pragmatica delle controversie relative ai contratti pubblici, permettendo una revisione delle assegnazioni, senza dover necessariamente ricorrere a classificazioni rigide. La sfida, pertanto, è quella di interpretare e applicare queste norme in modo da garantire il rispetto della legalità e dell'efficienza, evitando, nel contempo, ambiguità interpretative che potrebbero pregiudicare la certezza del diritto. Pertanto, l'incasellamento della proposizione annullamento aggiudicazione- inefficacia del contratto sfuggiva sicuramente ad un inquadramento genetico all'interno delle categorie impostate sulle patologie civilistiche del contratto, per orientarsi ad un inserimento sostanzial-processuale, di origine dinamico rispondente alla pienezza ed effettività degli istituti del codice del processo amministrativo. La dottrina, infatti, ben consapevole di tali difficoltà ermeneutiche, ha affermato che" Una riflessione dogmatica su questa categoria d'inefficacia contrattuale contenuta nelle nuove disposizioni sul rito appalti non è una mera speculazione teorica sterile. Visto lo stretto intreccio esistente tra le questioni processuali dei poteri del giudice in *subiecta materia* e il problema della natura giuridica sostanziale di detta inefficacia, è consigliato indagare ogni possibile percorso ricostruttivo per comprendere se, dietro all'apparente timidezza della scelta

[18] Cass. civ. Sez. Un., 18 luglio 2008, n.19805 in *Foro amm. CDS* 2008, 10, 2657

del legislatore si nasconda una particolare ipotesi ricostruttiva anche in senso civilistico, oppure se quest'inefficacia ex artt. 121 e 122 c.p.a. sia un'ipotesi totalmente a sé stante, sui generis e volutamente elastica e generica."[19] Sta di fatto che tali articoli stabiliscono il potere del giudice amministrativo di annullare l'aggiudicazione o gli affidamenti senza bando di cui al comma 2 dell'articolo 120 e dichiarare l'inefficacia del contratto nei casi tassativamente indicati nell'art. 121 c.p.a. e negli casi nei quali il giudice decida discrezionalmente sulla dichiarazione di inefficacia del contratto "tenendo conto in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto….". In base a tali osservazioni si puo' ritenere che la sorte del contratto costituisca una vicenda separata dalla procedura ad evidenza pubblica, e che nell'esame della vicenda entrino molteplici situazioni di fatto alla vicenda dell'annullamento, e sono determinati "dal modo e dal tempo in cui l'annullamento viene pronunciato." La vicenda di diritto sostanziale si incentra sulla eventuale mancata produzione di effetti giuridici del contratto e non sulla genesi del contratto e sulle sue patologie, la cui vigenza e la determinazione del suo contenuto è comunque rimessa alla volontà delle parti, amministrazione aggiudicatrice e operatore economico aggiudicatario. Si è scelta la generica sanzione dell' "inefficacia" del contratto stipulato in esito ad una aggiudicazione invalida, da dichiararsi ad opera del giudice amministrativo "pur sempre lasciando ampi spazi all'efficacia e non retroattività di quegli effetti" .[20]Gli artt. 121 e 122 c.p.a. lasciano libertà negoziale alle parti, definendo implicitamente il modo in cui si affrontano le questioni legate ai contratti, tenendo sempre presente gli interessi reali delle parti coinvolte. In pratica, quando si deve decidere sul destino di un contratto, bisogna considerare quali sono gli interessi effettivi di ciascuno in quel momento specifico. Anche se, in teoria, si può pensare che gli interessi siano sempre gli stessi, in realtà, nella pratica, possono cambiare e presentarsi in modo diverso a seconda delle circostanze. È un approccio che consente quell'equilibrio contrattuale tra interessi delle parti che deve sempre esistere nelle situazioni concrete. Si tratta di una vicenda che va risolta tenendo conto degli interessi effettivi delle parti coinvolte, quali essi si presentano al momento in cui diventa attuale la decisione sulla sorte del contratto; interessi che, se possono ipotizzarsi costanti in

[19] ID, *Op. ult. cit.*, 268

[20] Cass., S.U., 28 ottobre 2021, n. 30580 in *Guida al dir*. 2022, 3; al riguardo, più in generale, Cons. st., sez. IV, ord. 21 maggio 2004, n. 3355, in *Foro it*., 2005, III, 549, nella quale si stabilisce che"

il problema "rivela profili di estrema complessità per l'evidente commistione di aspetti pubblicistici e privatistici ravvisabili nella sequenza che connette la fase procedimentale di scelta del contraente a quella, propriamente negoziale, della conclusione dell'accordo"; il problema "ha impegnato per anni dottrina e giurisprudenza che hanno immaginato e sostenuto soluzioni estremamente diverse tra loro e tentato itinerari ricostruttivi dagli esiti molto distanti".

astratto, nel senso che a ciascuno dei protagonisti si può attribuire sempre l'interesse ad una determinata soluzione, in concreto possono presentarsi in modo diverso.[21]

Come giustamente affermato in dottrina " In teoria, l'amministrazione potrebbe voler che il contratto venga portato a termine, così da soddisfare l'interesse pubblico che sta alla base di quel contratto. Tuttavia, in alcune situazioni concrete, potrebbe anche essere nel suo interesse annullare il contratto esistente e stiparne uno nuovo con un altro aggiudicatario. Quindi, anche se in astratto potrebbe sembrare che l'amministrazione preferisca proseguire con il contratto originale, nella realtà le sue decisioni possono variare a seconda delle circostanze specifiche."[22] La sorte del contratto deve rispondere alle norme specifiche che lo riguardano e in assenza di esse, a quella generale fissata dal codice civile. Tenuto conto che l'annullamento dell'aggiudicazione è mutevole in concreto e assai complessa, la dichiarazione di inefficacia del contratto va comunque inquadrata ed interpretata alla luce dei diversi interessi che in concreto esprimono le parti del contratto pubblico. L'annullamento dell'aggiudicazione dovrebbe essere visto come un evento esterno al contratto, qualcosa che succede dopo e che non fa parte direttamente dell'accordo stesso. Questo evento, una volta avvenuto, dà alle parti contrattuali la possibilità di riconsiderare e, se necessario, modificare i propri interessi e le proprie posizioni. In altre parole, l'annullamento non è solo una decisione interna alla procedura ad evidenza pubblica ma un fatto esterno al contratto e sopravvenuto ad esso che permette di rivedere e ridefinire gli interessi delle parti coinvolte, creando così la possibilità di un nuovo equilibrio.[23] Ciò è testimoniato dalla giurisprudenza, secondo la quale "l'annullamento in sede giurisdizionale del bando di gara non comporta la caducazione automatica del contratto conseguentemente stipulato, dovendo il giudice valutare, ai fini della relativa decisione, la tipologia e la gravità della violazione che ha dato luogo all'invalidità."[24] Ne deriva che per la giurisprudenza

[21] F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto* in *www. giustamm.it.*, 1/2007, 9

[22] ID., *Op. ult. cit.*,10

[23] ID., *Op. ult. cit*, 11

[24] Cass.civ. Sez.1, 18 novembre 2024, n.29573, cit.,. Sullo stesso tenore, Cass. civ. sez. un., 28 ottobre 2021, n.30580 cit., , secondo la quale, in massima, sia pure sotto un profilo strettamente processualistico "E' competente il giudice ordinario relativamente al pagamento delle prestazioni rese in esecuzione di un contratto di appalto annullato d'ufficio". Di rilevante interesse è Tar Firenze, (Toscana) sez. II, 22 marzo 2004, n.796 in *Foro amm. TAR 2004, 672* secondo la quale, "spetta al giudice amministrativo la cognizione non solo delle controversie relative alla fase di scelta dell'aggiudicatario dell'appalto, ma anche in ordine alle conseguenze che strettamente discendano dalle decisioni giurisdizionali assunte in merito alle controversie involgenti la fase - connotata dall'esercizio di potestà autoritativa da parte dell'amministrazione procedente - della selezione pubblica, in prima battuta sulla validità del contratto nel frattempo stipulato dall'amministrazione medesima sulla scorta degli atti della procedura di gara poi annullati in sede giudiziale. Tale scrutinio del giudice amministrativo non coinvolge atti relativi alla fase di esecuzione dell'appalto, scrutinio che resta affidato al giudice ordinario ma la esclusiva validità di un atto (il contratto) che, seppure riferibile a posizioni delle parti estranee al binomio potere-interesse legittimo, per essere al contrario collegate a posizioni di diritto soggettivo tra contraenti vede detta validità (intesa in senso ampio e non con riferimento alle singole clausole) direttamente dipendere dal legittimo svolgimento della prodromica fase di scelta, che connota indefettibilmente il momento di formazione dell'accordo negoziale."

amministrativa la decisione sulla sorte del contratto spetta, ai sensi degli articoli 121 e 122 c.p.a., al giudice che abbia annullato l'aggiudicazione; in mancanza della statuizione del giudice sulla sorte del contratto, malgrado l'annullamento giudiziale degli atti di gara e dell'aggiudicazione, il contratto rimane efficace, salve le determinazioni assunte dall'amministrazione successivamente ed in conseguenza di tale annullamento. [25]Anche nei casi di "gravi violazioni" la dichiarazione di inefficacia del contratto non consegue automaticamente all'annullamento dell'aggiudicazione, in quanto quest'ultima determina solo la costituzione del potere del giudice di valutare se il contratto, in base ai criteri posti dal legislatore, debba o meno continuare a produrre effetti.[26].,. Infatti, la Direttiva 2007/66/CEE si riferisce, in modo generico, agli Stati membri, affinché prevedano che l'organo di ricorso indipendente dall'ente aggiudicatore abbia la facoltà di non considerare un contratto privo di effetti, sebbene lo stesso sia stata giudicato illegittimamente.

Ciò significa che gli Stati membri devono applicare il principio stabilito dalla Direttiva n. 66 del 2007, a prescindere dall'organo giurisdizionale nazionale che funge da "organo di ricorso indipendente".

È del tutto indifferente, allora, ai fini della applicazione della direttiva quale sia il plesso giurisdizionale che provvede all'annullamento della gara; ciò che conta è che gli effetti della gara - e segnatamente i contratti stipulati a valle - non siano caducati automaticamente.[27]

Sotto questo profilo, l'inefficacia del contratto pronunciata dal giudice, secondo me, non impedisce alle parti di trovare soluzioni negoziali tese alla rimodulazione delle prestazioni contrattuali, posto che non si deve finire "per assegnare alla giustizia il primato assoluto sull'amministrazione, se si riassorbe l'azione amministrativa in quella giurisdizionale, permettendo al giudice amministrativo di svolgere un ruolo organico che non gli compete e di sviluppare, con forme giuridiche più o meno artificiose, un modello adulterato di giustizia amministrativa, in grado di servire soluzioni amministrative incontestabili"[28]. La legislazione attuale sulla disciplina dei contratti pubblici (D.lgs n. 36/2023) si è sviluppata proprio sul medesimo percorso, eliminando ogni automatismo tra annullamento dell'aggiudicazione e contratto successivo, e concedendo al giudice amministrativo il potere di modulare le sorti del contratto a valle. Questo non impedisce alle parti, stante la valenza "costituzionale"

[25] Cons. st., sez. V, 15 settembre 2022, n. 8011 in *Redazione Giuffrè 2023;* Cons. st., Sez. IV, ord. 21 maggio 2004, n. 3355, cit.

[26] . Cass.civ. Sez.1, 18 novembre 2024, n.29573, cit

[27] Cass.civ. Sez.1, 18 novembre 2024, n.29573, cit.,.

[28] Sull'argomento della sorte del contratto successivamente all'annullamento dell'aggiudicazione illegittima, e, più in generale, dell'annullamento di ogni altro atto delle procedura ad evidenza pubblica, la letteratura scientifica è sterminata. Ci si riferisce ai saggi più importanti come G.ROMEO, *Aggiudicazione e contratto: un tentativo fallito di pubblicizzare il contratto* in *Dir.proc. amm.*, 4/2008, 1033; M. SILVESTRI, *Le condizioni dell'azione nel rito in materia di contratti pubblici*, in *Dir.proc.amm.*, 2017, 927 ss

dell'autonomia negoziale, di "perfezionare" il contratto stesso per renderlo più aderente alla sua causa concreta. Come è stato giustamente affermato, infatti, il fenomeno del contratto pubblico è complesso e ricco di sfumature in quanto combina elementi sia pubblicistici che privatistici, rendendo difficile una definizione univoca. Inoltre, il contratto non è l'atto conclusivo di tutta la procedura di evidenza pubblica, che comprende vari passaggi e controlli prima di arrivare alla firma. Tuttavia, la situazione è chiaramente diversa quando si parla dell'articolo 11 della legge n. 241/1990, che disciplina aspetti specifici relativi alla conclusione di determinati procedimenti amministrativi con strumenti negoziali alternativi al potere autoritativo dell'amministrazione. Quindi, in generale, il contratto pubblico non conclude automaticamente il procedimento di evidenza pubblica, ma si inserisce in un contesto più ampio e articolato e assume un suo valore autonomo, dove l'interesse pubblico e quello privato individuale non possono non essere presenti in una sorta di sintesi funzionale a conclusione della procedura pubblicistica di che trattasi.[29]

2. Sorte del contratto pubblico e giustizia contrattuale: quale futuro?

Ritornando alla sentenza nella cui massima si evince la violazione delle norme ad evidenza pubblica del bando di gara non insanabili e non incidenti sul contratto finale, è da rilevare come la diffusione dello strumento contrattuale imponga una rilettura del diritto dei contratti pubblici. Del resto, non si è in presenza di una nullità

[29] ID., *Op. ult. cit*., 1039**;** A**.** DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv*., 1995, p. 5 ss. Si legga la critica di G.D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Eur. e dir. priv*., 2019, p. 1 ss. Cons. st., Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666,,cit.. Sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento di un atto della procedura ad evidenza pubblica, si veda, , F. CINTIOLI, Annullamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico, consultabile in www.giustizia-amministrativa.it; S. VARONE, L'invalidità contrattuale nella dialettica fra atto e negozio nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, in Foro amm., C.d.S., 2003, 1648 ss; S. VALAGUZZA, Illegittimità della procedura pubblicistica e sue interferenze sulla validità del contratto, in Dir. proc. amm., 2004, 309; V. LOPILATO, Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali, in Foro amm.-TAR, 2006, 1519 ss., spec. 1536 ss; F. GOISIS, In tema di conseguenze sul contratto dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione conclusivo di procedimento ad evidenza pubblica e di giudice competente a conoscerne, in Dir. proc. amm., 2004, 261; V.CERULLI IRELLI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto*, in *Giorn. dir. amm*.,2002, 1197; F. SATTA, L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto, in Dir. amm., 2003, 645 ss; M. MONTEDURO, Illegittimità del procedimento ad evidenza pubblica e nullità del contratto di appalto ex art. 1418, comma 1, c.c.: una radicale della giurisprudenza tra luci ed ombre, in Foro amm., TAR, 2002, 2601; G. CORAGGIO, Effettività del giudicato e invalidità del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima, in Dir. proc. amm., 2003, 777 ss; P.CARPENTIERI, *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto,* in *Giorn. dir. amm*., 2004, 22; G.GRECO, *Poteri amministrativi ed esecuzione del contratto (tra diritto nazionale e diritto dell'unione europea)* in *Riv. Ital. di dir. pubbl. comun. Comunitario,* n.1/2022, 1; S.S. SCOCA, *L'effettività della tutela nell'azione di annullamento* in *Dir.proc.amm*., 4/2012, 1397; E. STICCHI DAMIANI, *Brevi note in tema di annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto: i poteri del giudice alla luce del codice del processo amministrativo*, in *www.ius-publicum.com*, 2012, 18; ID., *La « caducazione » del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del Codice degli appalti,* in *Foro amm.-Tar,* 2006, 3725; A. SCACCHI, *Profili civilistici dell'incidenza dell'annullamento dell'aggiudicazione sul susseguente contratto*, in *Riv. it. dir. pubbl. com*., 2009, 1514; S.S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008; M. RAMAJOLI, *Il processo in materia di appalti pubblici da rito speciale a giudizio speciale, in Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa,* cit., 121 ss

ISSN 2036-7821

del contratto a valle, in quanto, anche per la dottrina, oltre che per la lettera della norma, trattasi di modulazione della "efficacia" del contratto successivo alla aggiudicazione annullata che spetta, in ultima analisi, alle parti, proprio ai fini manutentivi del contratto e per la salvaguardia della volontà delle parti stesse. il principio cardine della libertà negoziale, infatti, non può essere disconosciuto e gli interventi del giudice sull'atto si devono intendere eccezionali (« in conclusione, il giudizio di "immeritevolezza" di cui è menzione nell'art. 1322 c.c. non può mai trasformarsi in una magica porta di Ishtar attraverso la quale veicolare un inammissibile intervento del giudice sulla convenienza dell'affare ») [30]

Sembra che le sezioni unite[31] abbiano voluto riaffermare il valore dell'autonomia negoziale, contrastando approcci precedenti che ponevano un forte accento sul controllo di meritevolezza dei contratti. Questo cambio di direzione potrebbe rappresentare un significativo passo avanti per garantire maggiore libertà alle parti nella stipulazione dei loro accordi, promuovendo così una cultura contrattuale più flessibile e adattabile alle esigenze delle parti stesse.

Tuttavia, è fondamentale considerare se questo spostamento possa comportare il rischio di una minore tutela per le parti più deboli, soprattutto in quei contesti in cui l'equilibrio contrattuale è già di per sé compromesso. Pertanto, ci si potrebbe interrogare su come bilanciare l'autonomia negoziale con la necessità di garantire equità e protezione nel contratto.[32] In sintesi, l'annullamento della procedura ad evidenza pubblica, pur costituendo il necessario presupposto per le sorti del contratto, deve necessariamente coordinarsi con il rilievo costituzionale, diretto o anche solo indiretto, dell'autonomia contrattuale che si potrebbe ravvisare invece nell'art. 41 Cost., laddove se ne faccia una interpretazione ampia volta a racchiudere nella "libertà d'iniziativa economica" qualsiasi operazione di natura economica

[30] F. ESPOSITO, *Il sindacato giudiziario sull'equilibrio contrattuale: è davvero possibile la correzione del contratto?* in *Riv. trim. dir. e proc . civ.*, 4/2024, 1313, dove si afferma che "È bene ricordare che la libertà negoziale è principio cardine del nostro ordinamento e del diritto dei contratti. L'ordinamento garantisce in egual misura tanto la protezione contro gli abusi di posizioni dominanti, quanto il diritto di iniziativa economica... Non è dunque lo iato tra prestazione e controprestazione che può rendere un contratto "immeritevole" di tutela ex art. 1322 c.c., se quella differenza sia stata in piena libertà ed autonomia compresa ed accettata. La seconda ragione è che lo squilibrio delle prestazioni non può farsi coincidere la convenienza del contratto. Chi ha fatto un cattivo affare non può pretendere di sciogliersi dal contratto invocando « lo squilibrio delle prestazioni ». L'intervento del giudice sul contratto non può che essere limitato a casi eccezionali, pena la violazione del fondamentale principio di libertà negoziale... L'esistenza di tali rimedi esclude dunque la necessità stessa di ricorrere a fantasiose invenzioni circa la "immeritevolezza" d'un contratto che preveda "prestazioni squilibrate"(...) ».

[31] Cass. civ. Sez.un. 22 febbraio 2023, n. 5657 in *IUS Contratti 12 MAGGIO 2023* (nota di: Mastrangelo Domenico); Cass. civ., Sez. I, 30 luglio 2002, n. 11247, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1402; Cass. civ., Sez. II, 8 maggio 1996, n. 4269, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 690.

[32] S.PATTI, *Sui problemi relativi alla tutela dei contraenti più deboli ed obblighi di rinegoziazione dei contratti, si veda Il contraente "fragile"* in *Riv. trim. dir.e proc. civ.* , 2/2025, . 229; M.RAMAJOLI, *Un diritto processuale europeo in materia di appalti pubblici?*, in www.giustamm.it, 2011, 20; G.SERRA, *Il difficile bilanciamento tra tutela della concorrenza e semplificazione delle procedure ad evidenza pubblica, nel dialogo tra legislatore e giurisprudenza* in *Il diritto dell'economia*» n.1/2021), 201-232

(tenuto conto della natura patrimoniale del contratto).[33] Non solo, ma, per stare alla fattispecie di cui alla giurisprudenza della cassazione "nomofilattica"[34] e cioè dell'annullamento del bando di gara illegittimo che non inficia minimamente il contratto finale tale interpretazione giurisprudenziale sottende al fatto che, per superare le inadeguatezze funzionali attinenti al rapporto procedimento ad evidenza pubblica e sorte del contratto conseguenziale, occorrono alcuni e sostanziali interventi correttivi del contratto, diretti alla tutela degli specifici interessi riconducibili ad una determinata qualità dei contraenti che tenga conto delle peculiarità del caso, coordinando gli artt. 121 e 122 c.p.a. con la disciplina generale del contratto e con i principi costituzionali. Ciò posto, risulta chiaro che la sola disciplina del contratti di diritto comune non possa essere meccanicamente applicata ai contratti nei quali una delle parti è la pubblica amministrazione. Le parti stesse, più del giudice, sono spesso in grado di valutare meglio le proprie esigenze e di trovare soluzioni che soddisfino i loro obiettivi specifici, nell'ottica di raggiungere un equilibrio ottimale tra gli interessi in gioco. Dall'altro lato, esistono questioni di legittimità (ad es. si pensi al bando di gara illegittimo) legate alle possibili interferenze del diritto nella libertà contrattuale. Limitare le scelte contrattuali delle persone può apparire come una violazione di principi fondamentali di autonomia e libertà personale. È fondamentale trovare un punto di equilibrio tra la protezione dell'individuo e il riconoscimento della sua libertà di intraprendere transazioni contrattuali, anche quando queste potrebbero comportare dei rischi. Non si può, a riguardo, non essere d'accordo con attenta dottrina che rivaluta l'aspetto centrale del contratto, come momento di salvaguardia, protezione e sviluppo della persona umana e dei suoi diritti fondamentali. Infatti "In uno scenario composito del genere descritto, sono entrate, per così dire, a gamba tesa le sezioni unite nel 2023, riportando, attraverso un ridimensionamento dell'esterno vaglio di meritevolezza, la materia della contrattazione in una logica più prettamente marcata dall'autonomia negoziale. Il valore aggiunto della pronuncia sta infatti nell'aver riesumato il ruolo della volontà delle parti, della loro libertà contrattuale, la quale non può essere ostacolata da indebite ingerenze, all'insegna di pur sempre meritevoli istanze di giustizia, dell'autorità giudiziaria, le quali finiscono per compromettere irragionevolmente prerogative di rilievo apicale. Come ricordato nella decisione, la

[33] **F**.ESPOSITO, *Il sindacato giudiziario sull'equilibrio contrattuale: è davvero possibile la correzione del contratto?* in *Riv. trim. dir. e proc . civ.*, 4/2024, 1313. Sulla rinegoziazione come attuazione del principio di conservazione dei valori giuridici, si veda l'ottimo lavoro di G.BRIGANTI-C.TESTA, *La rinegoziazione del contratto e le sopravvenienze nel nuovo Codice dei contratti pubblici: tra diritto amministrativo e diritto civile* in *Rivista di diritto amministrativo – www.amministrativamente.com* n.2/2025, 705 ss; Gli atti della serie pubblicistica sono indipendenti da quelli privatistici quanto alla validità ma condizionanti quest'ultimi sotto il profilo dell'efficacia. Cfr. Cass. civ., Sez. III, 5 aprile 1976, n. 1197, in *Foro it.*, 1976, voce *Contratti della p.a.*, n. 11; Cass. civ., Sez. III, 9 gennaio 2002, n. 193, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 35; Cons. st., Sez. V, ord. 28 marzo 2008, n. 1328, in *Giurisdiz. amm.*, 2008, I, 362; TAR Napoli, Sez. I, 31 gennaio 2008, n. 448, in *Foro amm.-Tar*, 2008, 191

[34] Cass.civ. Sez.1, 18 novembre 2024, n.29573, cit.

ISSN 2036-7821

libertà contrattuale vanta un rango costituzionale, trovando fondamento (indiretto) in diverse disposizioni della Carta (artt. 2 e 41); pertanto una sua compressione deve procedere in ossequio al criterio del ragionevole bilanciamento tra interessi confliggenti."[35]
È fondamentale che il giudice si astenga da interventi che possano stravolgere l'equilibrio originario voluto dalle parti, a meno che non vi siano circostanze eccezionali che giustifichino un simile intervento.

Pertanto, il rispetto del contratto e dei suoi contenuti stipulato da entrambe le parti diventa un principio cardine, evidenziando la necessità di una giustizia che non solo interpreti ma anche salvaguardi le volontà contrattuali. In tal modo, si cerca di promuovere una maggiore stabilità e certezza nel panorama delle relazioni commerciali e civili. Comunque, sta di fatto, che il sindacato giudiziario sull'equilibrio contrattuale non può impedire la correzione del contratto ad opera delle parti, posto che l'accertamento delle norme violate dal bando di gara e non inficianti il contratto finale impongono, comunque, un potere correttivo delle parti sul contratto stesso, anche con l'eventuale utilizzo dei canoni generali di buona fede e di equità.

La buona fede c.d. contrattuale (in senso oggettivo o correttezza) ha conosciuto una vis espansiva grazie alla rilettura del principio costituzionale di solidarietà (15) ed è un metro di comportamento per le parti contrattuali, il cui contenuto l'egoismo fisiologico legato al compimento dell'operazione economica non può tramutarsi nella spregiudicata obliterazione degli interessi della controparte.[36] L'annullamento del bando per violazione delle norme poste a tutela dell'evidenza pubblica impone un'opera di concretizzazione valutativa del contratto in merito agli interessi in gioco e alle caratteristiche del caso specifico, alla stregua dei costumi dei valori obiettivi riconosciuti nel sistema costituzionale. Il principio di correttezza e di buona fede in senso oggettivo deve essere inteso quale specificazione degli inderogabili doversi di

[35] F.ESPOSITO, *Il sindacato giudiziario sull'equilibrio contrattuale: è davvero possibile la correzione del contratto?*, cit., 1311. Sulla opportuna delimitazione del sindacato del giudice sui contenuti dell'accordo contrattuale, si veda il saggio E. SCODITTI, *Il sindacato del giudice sul contratto attraverso i princìpi costituzionali,* in *Giust. civ.*, 2018, p. 211; A.A. CARRABBA, G. SALITO, *Adeguamento del contratto tra principi del pacta sunt servanda e clausola rebus sic stantibus,* in *Contratto impresa Europa*, 2021, cit.. 375 ss; E. NAVARRETTA, Riflessioni giuridiche sugli effetti della pandemia Covid-19, Pisa, 2021, p. 145 ss; S. VINTI, Conservazione dell'equilibrio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva, in Federalismi.it, 24/ 2023, 240 ss; F. ASTONE, *Interesse pubblico, contratti delle pubbliche amministrazioni e tutela giurisdizionale: la prospettiva comunitaria (e quella interna, dopo il recepimento della direttiva ricorsi ed il Codice del processo amministrativo),* in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, III, 1765 ss.G. GRECO, *Il contenzioso degli appalti pubblici tra deflazione e complicazione,* in *Riv. it., diri.pubbl.coun.*, 2016, 971 ss, P.CERBO, *Le "sanzioni alternative" nell'attuazione della direttiva ricorsi e nel codice del processo amministrativo,* in *Urb. e appalti*, 2010, 881 e ss

[36] F. ESPOSITO, *Il sindacato giudiziario sull'equilibrio contrattuale: è davvero possibile la correzione del contratto?*, cit., 1313

solidarietà sociale, imposti dall'art. 2 Cost. e volti alla salvaguardia dell'utilità altrui, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio. Ciò significa, nel caso dell'annullamento del bando illegittimo per violazione delle norme di evidenza pubblica, che la pubblica amministrazione ha il dovere di preservare gli interessi dell'aggiudicatario e tutelarlo con l' adempimento anche degli obblighi di protezione, di cooperazione e di informazione, anche a costo di modificare, correggere il contratto finale e preservare gli interessi in gioco. Infatti, " La portata dirompente di una siffatta impostazione, criticata da parte della dottrina, consiste nel permettere al dovere costituzionale di entrare direttamente ("a gamba tesa") nelle dinamiche contrattuali, legittimando la conseguenza invalidante ogniqualvolta le parti non fossero caute nel divisare il rapporto di corrispettività tra le prestazioni ovvero nell'attribuire alla singola prestazione una valore prossimo a quello che ne darebbe il "mercato" (secondo un approccio prettamente oggettivo)."[37] La cassazione civile sez. I – 18 novembre 2024, n. 29573 ha comunque potenziato il principio di conservazione del contratto, e, quindi, un'interpretazione dello stesso che prescinde dalla legittimità o meno del bando, incentrando sulla volontà delle parti il considerare le clausole del bando come non invalidanti perché non ritenute parti essenziali dell'economia del contratto.[38] Non da meno nella fattispecie di cui alla citata sentenza può farsi riferimento anche alla integrazione secondo equità, la quale va condotta conformemente agli scopi obiettivi del regolamento di interessi che le parti hanno voluto, quale sia possibile individuare tenendo conto delle circostanze concrete su cui il regolamento medesimo è destinato ad incidere. [39]Le parti contrattuali hanno perciò superato le incongruenze, le confusioni, le irregolarità e le illegittimità contenute nel bando, modificando i contenuti dell'accordo che si palesavano come iniqui alla stregua delle illegittimità del bando di gara. Di qui il completamento o correzione della volontà contrattuale alla stregua dei valori dell'evidenza pubblica, tra cui prevale il principio del risultato, di cui al recente D.lgs n. 36 del 2023 e succ. mod. e integr.

3. Una conclusione.

[37] ID., *Op. ult.loc.cit*

[38] Cons.st., sez. III, 04 settembre 2020, n.5358 in *Redazione Giuffrè amm. 2020* la cui massima *espressamente afferma* "l principio di conservazione degli atti giuridici, previsto quale criterio di interpretazione dei contratti dall'art. 1367 c.c. è pacificamente applicabile anche agli atti e provvedimenti amministrativi, inclusi gli atti delle gare pubbliche: ed invero, il principio di conservazione, sancito anche a livello di normazione amministrativa dall'art. 21-nonies, comma 2, della l. n. 241/1990, costituisce espressione del principio di economicità ed efficacia dell'attività amministrativa di cui all'art. 1, comma 1, della stessa l. n. 241. Detto canone ermeneutico impone, nell'ambito di una gara pubblica, di interpretare le singole clausole della lex specialis nel senso in cui esse possano avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno "

[39] Sui rapporti tra equità e contratto di veda, F.GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Key editore Milano, 2019

All'esito di questa breve analisi, alla luce di un quadro mutevole e incerto, sui rapporti tra gli artt. 121 e 122 del Codice del processo amministrativo e l'autonomia contrattuale, si ha l'impressione che il percorso intrapreso non sia stato sempre lineare, ma decisamente inadeguato, fonte di gravi incertezze ermeneutiche e nemmeno concluso del tutto. Per quel che riguarda la disciplina legislativa del codice del processo amministrativo, è da dire che lo stesso giudice amministrativo, nel dichiarare l'inefficacia del contratto come conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione, lascia trapelare forme "blande" di controllo giudiziale del contratto in un'ottìca correttiva. Una complessità questa, che si coglie nella stessa esperienza applicativa dell'annullamento del bando di gara che, però, diversamente dall'annullamento dell'aggiudicazione, non si riversa sui contenuti del contratto ma, come si è visto, nello stesso tempo, sembra imporre alle parti un potere "correttivo" idoneo a rafforzare il raggiungimento dei plurimi bisogni ed interessi di cui sono portatrici, tra pubblico potere e libertà individuali Il sistema giuridico riafferma, infatti, il principio costituzionale di autonomia negoziale dei contraenti nel gioco del contemperamento dei diversi interessi contrattuali. La mia convinzione è che le disposizioni civilistiche citate sulla buona fede e sull'equità possano già da sole risolvere integralmente il problema della sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione e del bando. Il contratto resterà vigente ed efficace se il contraente privato venga riconosciuto essere in (o, meglio, non ne venga disconosciuta la) buona fede; sarà, anzi potrà essere posto nel nulla nel caso contrario.[40] Dalla complessiva lettura del sistema normativo, allora, risulta confermato che il potere "correttivo" delle parti è soltanto uno dei possibili strumenti, affidati alle modulazioni del potere di autonomia privata ed alla sua capacità di incentivare soluzioni virtuose. Ciò per realizzare il recupero dell'originaria economia di un rapporto contrattuale, specialmente quando si tratta di contemperare interessi pubblici e privati, tesi alla protezione e alla realizzazione dei valori essenziali di convivenza e di solidarietà di una comunità sociale.[41]

[40] F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto,* cit., 11

[41] Cfr. S.P. PIERRINO, *La rinegoziazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Luiss Law Review*, 2024 E.GABRIELLI, *Sopravvenienza e rinegoziazione* in Riv. trim.dir e proc. civ., 1/2024, 11 e ss; N. ZORZI GALGANO, Impatto del Covid-19 sul sistema del codice: impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità?, in Contratto e impresa Europa, 2021, p. 53 ss.;.; G.SPARANO, Effetti della pandemia sui contratti. Tesi dell'unitarietà, in Giustiziacivile.com, 3, 2020; A. SEMPRINI, Inadempimenti "emergenziali": colpa del debitore, inesigibilità della prestazione, e nuovo art. 3, comma 6-bis, d.l. n. 6/2020, in Studi urbinati, 2020, 769 ss; ; A. M. BENEDETTI, Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia", in Contratti, 2020, p. 213 ss; R.FRANCO, Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità, ivi, in Giustiziacivile.com, 2, 2020; F. MACARIO, Covid-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale?, in Nuova giurisprudenza civile e commerciale, 3, 2020, 81.