



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

Dottorato di ricerca

“La programmazione negoziale per lo sviluppo e la
tutela del territorio”

Ciclo XXIV - Settore disciplinare Ius/10

La sorte del contratto nel nuovo Codice del
Processo Amministrativo. Spunti critici.

Coordinatore del Dottorato
Ch.mo Prof. Fiorenzo Liguori

Tutor
Dott.sa Silvia Tuccillo

Dottorando
Dott. Giuseppe Valerio Pugliese

PREMESSA

.....6

CAPITOLO I

L'EVOLUZIONE NORMATIVA. GIURISDIZIONE, SORTE SOSTANZIALE DEL CONTRATTO.

1. Il primo intervento del legislatore comunitario: Le direttive 665/89 13/92.....	14
2. La direttiva 2007/66.....	21
3. Il sistema normativo precedente alla riforma del 2010.....	37
4. Il decreto 53/2010, di recepimento della direttiva, e gli art. 121 e ss. del nuovo codice amministrativo.....	43

CAPITOLO II

IL REGIME DELLE COMUNICAZIONI. NEL VECCHIO
SISTEMA. NELLE NUOVE NORME DEL CODICE
APPALTI

1. Obbligo e modalità di comunicazione prima delle direttive 17 e 18 del 2004 e del d. lgs. n. 162 del 2006.....	64
2. L'importanza della comunicazione nella vecchia formulazione dell'art.79.....	70
3. La delega di cui all'art. 44 l. 88/09; la bozza di decreto legislativo e le osservazioni del Consiglio di Stato.....	76
4. Il nuovo sistema. Il recepimento della direttiva e le modifiche all'art. 79 del codice appalti.....	81
5. Considerazioni critiche.....	90

CAPITOLO III

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI NEL
VECCHIO SISTEMA.

1. La giurisprudenza del giudice amministrativo, nel vecchio sistema.....	101
2. La sentenza del CdS 2332/2003.....	111
3. E la sentenza del Consiglio n. 6666 del 2003.....	119

4. Le 3 ordinanze di rimessione all'Adunanza.....	121
5. L'Adunanza Plenaria del 2008 n. 9.....	137
6. La giurisprudenza del giudice ordinario sulla sorte del contratto e la questione di giurisdizione.....	144
7. Le ultime pronunce del giudice ordinario.....	148

CAPITOLO IV

IL NUOVO SISTEMA. PASSI IN AVANTI ED APORIE

ANCORA IRRISOLTE.

1. I limiti intrinseci dell'approccio alle vecchie norme.....	167
---	-----

BIBLIOGRAFIA.....	193
--------------------------	------------

UNA PREMESSA. La giurisprudenza e la dottrina amministrativistica indagano da tempo¹ il tema degli effetti

¹ La letteratura giuridica italiana sul tema è particolarmente abbondante e testimonia la varietà delle concezioni formulate dalla dottrina e dalla giurisprudenza con riguardo al problema degli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto *medio tempore* stipulato. In relazione alle pubblicazioni precedenti la riforma legislativa di cui questa tesi tenta un'analisi, vanno ricordati, in primo luogo, gli scritti di V. GHERGHI, *Effetti della invalidità del procedimento ad evidenza pubblica sui contratti nelle pubbliche amministrazioni*, in *Nuova rass.*, 1995, p. 1334 ss.; U. SALANITRO, *Violazione delle norme imperative nei contratti della pubblica amministrazione e legittimazione ad agire del terzo pretermesso* (nota a Cass. Civ., Sez. II, 8 maggio 1996, n. 4269), in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 518 ss.; E.M. BARBIERI, *Annullamento della gara pubblica ed annullamento del contratto: un problema di giurisdizione*, in *Riv. Trim. App.*, 2001, n. 4, p. 721 ss.; O.M. CAPUTO, *Nullità del contratto d'appalto, risarcimento in forma specifica e pregiudiziale amministrativa. Un'impossibile conciliazione* (commento a T.A.R. Campania, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177), in *Urb. e app.*, 2002, p. 1218 ss.; V. CERULLI IRELLI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto*, (commento a T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177), in *Giorn. Dir. Amm.*, 2002, p. 1195 ss.; M. MONTEDURO, *Illegittimità del procedimento ad evidenza pubblica e nullità del contratto d'appalto ex art. 1418, comma 1, c.c.: una radicale "svolta" della giurisprudenza tra luci ed ombre* (nota a T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177), in *Foro amm., T.A.R.*, 2002, p. 2591 ss.; AA.VV., *Gare: l'annullamento dell'aggiudicazione rende non valido il contratto già stipulato- L'esistenza della nullità del negozio giuridico può essere rilevata d'ufficio dal giudice*, in *Guida al dir.*, 2003, n. 3, p. 99 ss.; AA.VV., *Le cause sulla sorte del contratto d'appalto rientrano nella giurisdizione amministrativa - L'annullamento di aggiudicazione della gara rende inefficace l'atto stipulato in origine* (commento a Consiglio di Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666), in *Guida al dir.*, 2003, n. 37, p. 74 ss.; G. CORAGGIO, *Effettività del giudicato e invalidità del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, p. 776 ss.; F. DE NARDI, *Effetti dell'annullamento degli atti di gara sul contratto d'appalto*, in *Riv. Trim. App.*, 2003, p. 890 ss.; S. FANTINI, *Gli effetti sul contratto dell'annullamento dell'aggiudicazione: profili di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Urb. e app.*, 2003, p. 751 ss.; L. IEVA, *Annullamento degli atti dell'evidenza pubblica e nullità del contratto di appalto* (nota a

Consiglio di Stato, Sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218), in *Foro amm.*, C.d.S., 2003, p. 964 ss.; M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto tra nullità, annullabilità e inefficacia: la reintegrazione in forma specifica*, in *Dir. e formazione*, 2003, p. 245 ss. e, dello stesso Autore, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in *Foro amm.*, T.A.R., 2008, XLV; G. MANFREDI, *Aggiudicazione e stipulazione dei contratti dell'amministrazione*, in *Serv. Pubbl. App.*, 2003, p. 92 ss.; G. MONTEDORO, *I rapporti tra l'evidenza pubblica e contratto di appalto*, in *Urb. e app.*, 2003, p. 918 ss.; F. SATTA, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 645 ss.; M. STECCANELLA, *La "caducazione automatica" e la consequenziale inefficacia del contratto concluso con l'aggiudicatario illegittimamente dichiarato tale: si definisce la "nuova" giurisdizione "di rapporto"*, in *Contr. St.*, 2003, p. 666 ss.; M. VOLPATO, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto. Rapido excursus degli orientamenti prevalenti*, in *Contr. St.*, 2004, p. 116 ss.; F. ANCORA, *Annullamento dell'aggiudicazione, nuovi tipi di invalidità e sorte del contratto*, in *Giur. Merito*, 2004, n. 7, p. 1482 ss.; F. CARINGELLA, *Annullamento della procedura di evidenza a monte e sorte del contratto a valle: patologia o inefficacia ? (nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666)*, in *Corr. Giur.*, 2004, p. 669 ss.; e dello stesso Autore, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2005, p. 2321 e ss.; P. CARPENTIERI, *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto (commento a Consiglio di Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666)*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, p. 1 ss., e dello stesso Autore, *Aggiudicazione e contratto*, reperibile presso il sito internet www.giustizia-amministrativa.it; 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 (nota a Consiglio di Stato, Sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218; Sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332; Sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2992; Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, p. 177 ss.; A. MARCELLO, *Caducazione automatica del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione*, in *Cons. Stato*, 2004, I, p. 1160 ss.; F. MERUSI, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro amm.*, T.A.R., 2004, p. 569 ss.; MOSCARINI L.V., *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, p. 597 ss.; G. SCIARROTTA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorti del contratto*, in *Cons. Stato*, 2004, I, p. 1164 ss.; S. VALAGUZZA, *Illegittimità della procedura pubblicistica e sue interferenze sulla validità del contratto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, I, p. 284 ss.; L. VALLA *Annullamento degli atti della procedura di evidenza pubblica e contratto: due decisioni a confronto (commento a Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 novembre 2003, n. 7470; Consiglio di Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666)*, in *Urb. e app.*, 2004, p. 192 ss.; S. VARONE, *L'invalidità contrattuale nella dialettica fra atto e negozio nell'ambito delle procedure ad evidenza*

pubblica (nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 5 maggio 2003, n. 2332), in *Foro amm.*, C.d.S., 2003, p. 1648 ss.; M. BARBERO, *Annullamento dell'aggiudicazione e dell'aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico*, cit., reperibile presso il sito internet www.giustiziaamministrativa.it; V. FOX, *Annullamento degli atti di gara ed invalidità del contratto d'appalto* (note a margine di T.A.R. Puglia-Bari, Sez. I – sentenza 28 gennaio 2003 n. 394), reperibile presso il sito internet www.lexitalia.it; V. LOPILATO, *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali*, in *Foro amm.*, T.A.R., 2006, p. 1519 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *La "caducazione" del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del Codice degli appalti*, in *Foro amm.*, T.A.R., 2006, p. 3719 ss.; C. VARRONE, *L'invalidità del provvedimento amministrativo e i suoi riflessi, nelle procedure ad evidenza pubblica, sul contratto concluso dalla p.a. con l'aggiudicatario*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 299 ss.; F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm.*, T.A.R., 2007, p. 797 ss. (e in www.giustamm.it n. 1/2007); DE NICTOLIS R., *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, Milano, 2007, p. 161 ss.; GAROFALO L., *Annullamento dell'aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, volume IV, Padova, 2007, p. 189 ss. nonché in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, p. 139 ss. e, dello stesso Autore, *Sulla figura legislativa della caducazione del contratto*, in *Urb. e app.*, 2008, p. 1026 ss.; G. GRECO, *La direttiva 2007/66/ce: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in www.giustamm.it; B. MARCHETTI, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, p. 93 ss.; L. PATTONELLI, *Annullamento degli atti di gara e sorte del contratto*, in *Urb. e app.*, 2008, p. 320 ss.; M.A. SANDULLI, *Il T.A.R. Lombardia bypassa il problema della giurisdizione e decide incidenter tantum sulle sorti del contratto (a margine della sentenza Sez. I, 8 maggio 2008, n. 1380)*, consultabile in www.federalismi.it; T. RUIU, *Ancora sulla sorte del contratto di appalto per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione: la tesi dell'inefficacia sopravvenuta, i risvolti sulla giurisdizione, la tutela riparatoria*, in *Riv. Trim. App.*, 2008, p. 237 ss.. Per un inquadramento della problematica nell'ambito più generale dell'attività di diritto privato della p.A. si vedano, inoltre, A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 220 ss.; F. CARNELUTTI, *Contratto e diritto pubblico*, in *Studi in onore di A. Ascoli*, Messina, 1931, p. 246 ss.; A.M. SANDULLI, *Spunti sul regime dei contratti di diritto privato dell'amministrazione*, in *Foro It.*, 1953, p. 149 ss.; e dello stesso Autore, *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della p.a.*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1965, p. 1 ss.; O. SEPE, voce *Contratto (dir. amm.): b) Contratti della pubblica Amministrazione*, in *Enc. Dir.*, vol. IX, Milano, 1961, p. 986 ss.; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Rilevanza di elementi extratestuali ai fini della interpretazione e della validità dei contratti privati della p.a.*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1961, p. 534 ss.; M. NIGRO, voce *Deliberazione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 1009 ss.; F. FRANCHINI, *Pubblico e privato nei contratti della p.a.*, in *Riv. Trim.*

dell'annullamento degli atti di gara sul contratto, di diritto privato, intervenuto *medio tempore*. Come noto, con il d.lgs. n. 53 del 2010, prima, e il nuovo Codice del processo amministrativo, dello stesso anno, poi, il legislatore è intervenuto nuovamente sul tema, recependo le indicazioni che gli venivano dal livello comunitario - direttiva n. 66/2007. La nuova disciplina è profondamente innovativa. Non solo essa interviene sulla

Dir. Pubbl., 1962, p. 35 ss.; C. ANELLI, *Pubblico e privato in materia di contratti dello Stato e degli enti pubblici*, in *Cons. Stato*, 1966, p. 333 ss.; A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1974, p. 282 ss.; S.A. ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, 1979, p. 167 ss.; F.G. SCOCA, *Novità normative interne e comunitarie sulla disciplina contrattuale*, in *Avv. Enti pubbl.*, 1980, p. 77 ss.; F. GARRI, *Contratto di diritto privato degli enti pubblici*, in *Nss. D.I., Appendice, II*, Torino, 1981, p. 682 ss.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della p.a.*, Milano, 1982, p. 186 ss.; G. GRECO, *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986, p. 132 ss.; S. BUSCEMA- A. BUSCEMA, *I contratti della p.a.*, nel *Trattato di diritto amministrativo* (diretto da G. SANTANIELLO), vol. VII, Padova, 1987, p. 22 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1988, in particolare p. 847 ss.; L.V. MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988, p. 211 ss.; B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 483 ss.; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, p. 75 ss.; G. PERICU, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F. Scoca, vol. II, Bologna, 2001, p. 1626 ss.; V. POLI, *Principi generali e regime giuridico dei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2002; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 545 ss..

giurisdizione - assegnandola al giudice amministrativo -; essa si spinge a positivizzare la regola a mente della quale, in alcuni casi, l'annullamento degli atti di gara può/deve produrre l'inefficacia del contratto stipulato con la parte privata.

La presente tesi prova a fornire un contributo allo studio delle nuove norme. In particolare, il lavoro muove dall'evoluzione del quadro normativo - che, dagli anni 90 in poi, è stato in più occasioni ritoccato -, per dare poi conto delle interpretazioni che ad esso giudici e studiosi hanno, di volta in volta, ritenuto di ricondurre.

È noto che, sul tema, si è acceso un ampio dibattito e che, in seno ad esso, sono maturate posizioni tra loro diversissime, sia in punto di giurisdizione (ricondotta, a seconda dei casi, al giudice ordinario o a quello amministrativo) che in relazione alla sorte del contratto in senso sostanziale.

Su quest'ultimo punto, più che sul primo, il confronto si è fatto particolarmente serrato, emergendo tanto ricostruzioni tese a predicare la sostanziale *nullità* del contratto a seguito dell'annullamento quanto dogmatiche volte a ritenerlo,

viceversa, totalmente immune, sotto il profilo della *validità* sostanziale, dalle vicende del procedimento pubblico, e più inclini a confinare le conseguenze di tali vicende al piano della mera *efficacia*.

Posta la soluzione di continuità che il nuovo assetto normativo indubbiamente comporta, la tesi prova ad indagare se, alla luce degli effetti che, nelle nuove norme, l'annullamento ha sul contratto – come detto, esse parlano espressamente di “*inefficacia*” –, alcuna tra le interpretazioni maturate in seno al precedente sistema risulti ancora valida. E, in ipotesi, quali correttivi sia opportuno apportare, *de iure condendo*, per superare, sotto il profilo sistematico, nodi che nemmeno nel nuovo sistema possono dirsi compiutamente sciolti.

Chiunque abbia il coraggio di avviare una ricerca sul tema della sorte del contratto a seguito di annullamento di procedure ad evidenza pubblica non può che fondarla su un unico presupposto. E cioè che pubblico e privato concorrono a fondare, insieme, l'ordinamento giuridico. Non esiste, perciò, in partenza, ragione per escludere che nella lettura congiunta dei due sistemi

possa nascondersi una soluzione positiva - anche se implicita, tacita. Né, e ciò in seconda battuta, esiste ragione per indicare la automatica applicazione di uno anziché dell'altro sistema come soluzione di eventuali (e nel nostro caso effettive, come è chiaro in dottrina e in giurisprudenza) distonie tra gli stessi. Il contratto di diritto privato è invalido, o inefficace in una serie pressoché infinita di ipotesi. Eppure tra esse non figurava, stando al dato positivo, l'ipotesi dell'amministrazione contraente in base a procedura di evidenza pubblica viziata. Non in base al diritto sostanziale. Non in base a quello processuale.

L'art. 121 del c.p.a. è, perciò, un elemento da un lato, di fortissima innovazione. Non solo esso chiarisce che il contratto, pur stipulato, può poi cadere. Ma, con il cambio di giurisdizione, rende effettiva tale possibilità. Ciò che è, però e al tempo stesso, un aspetto procedurale - e di ciò, come direbbe un mio Maestro, *non si può seriamente discutere*. Esso, quindi, non autorizza ad assumere che il contratto pubblico sia ontologicamente terzo rispetto alla categoria dei contratti di diritto privato. Ciò che si deve perciò indagare è il possibile effetto dogmatico

dell'inserimento di questa norma e di quelle che l'accompagnano (e, prima di esse, delle norme di cui al D. lgs. 53/2010, che, per prime, hanno previsto la giurisdizione del giudice amministrativo e l'annullabilità del contratto) sull'intero sistema. Può, dirsi, alla luce del passaggio di consegne, che la vicenda contrattuale debba ricevere un trattamento differente da quello sinora riservatole dal giudice ordinario? È possibile sostenere che il contratto d'appalto pubblico ed il contratto del codice civile siano, per la prima volta, istituti giuridici eterogenei? Che averlo trasferito ad altro giudice ne implichi, in qualche modo, una trasformazione sotto il profilo sostanziale? Questo lavoro prova a dare risposta a tali quesiti. E, con Karl Popper, a rispondere negativamente.

CAPITOLO I

L'EVOLUZIONE NORMATIVA. GIURISDIZIONE, SORTE SOSTANZIALE DEL CONTRATTO.

1.1. Il primo intervento del legislatore comunitario: Le direttive 665/89 e 13/92. L'esame delle norme che, in tempi recenti, hanno regolato la vicenda dei ricorsi giurisdizionali avverso le procedure ad evidenza pubblica può prendere l'abbrivio dalle direttive - la n. 665 dell'89', la n. 13 del 92' - con cui il legislatore comunitario ha operato il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione, nel primo caso, *"delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori"*; nel secondo, delle *"procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni"*².

² Sulle direttive in commento si veda innanzitutto, Greco G., *"La direttiva 21.12.1989 n. 665, in materia di tutela giudiziale"*, in *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto*, Milano 1990.

La necessità di tali interventi si legava al vuoto normativo che, fino a quel momento, poteva registrarsi nella legislazione comunitaria³, e, in alcuni casi, di quelle nazionali. In mancanza di norme che garantissero l'applicazione effettiva delle direttive già intervenute negli anni precedenti⁴, queste ultime rimanevano infatti il più delle volte sostanzialmente inapplicate⁵, senza che, complice il monopolio⁶ delle imprese di volta in volta lese da tali

³ Cfr. il considerando n. 1 della direttiva 665: *“considerando che le direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, in particolare la direttiva 71/305/CEE del Consiglio, del 26 luglio 1971, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, modificata da ultimo dalla direttiva 89/440/CEE, e la direttiva 77/62/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1976, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, modificata da ultimo dalla direttiva 88/295/CEE, non contengono disposizioni specifiche che permettano di garantirne l'effettiva applicazione”*

⁴ Cfr. il considerando della dir. n. 13 ed, ancora, il n. 1 della dir. 665.

⁵ Cfr. il considerando nn. 2 e 3 della dir. 665: n.2 *“considerando che i meccanismi attualmente esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano comunitario, per garantire tale applicazione non sempre permettono di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette”*; n. 3 *“considerando che l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria rende necessario un aumento notevole delle garanzie di trasparenza e di non discriminazione e che occorre, affinché essa sia seguita da effetti concreti, che esistano mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscano tale diritto”*.

⁶ Cfr, ancora, i considerando nn. 7 e 8 della dir. 665: n. 7: *“considerando che, se le imprese non avviano la procedura di ricorso, ne deriva l'impossibilità di ovviare a determinate infrazioni a meno di istituire un meccanismo specifico”*; n.

violazioni su *an* e *quomodo* della *reazione*, si potesse fare ragionevole affidamento su interventi tempestivi ed efficaci.

Da tali necessità, la scelta di inserire nel quadro normativo alcune regole di carattere eminentemente processuale. Va però subito aggiunto che, soprattutto se comparate a quelle poste, vent'anni dopo, dalla direttiva 2007/66, queste regole erano senz'altro assai blande. Certo, in caso di (denunciata) violazione, ad opera delle amministrazioni aggiudicatrici, del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle relative norme nazionali di recepimento, agli Stati membri si chiedevano provvedimenti atti a garantire ricorsi *efficaci e quanto più rapidi possibile* (art. 1).

Le conseguenze connesse a tali ricorsi erano però, nell'anzidetta ottica di comparazione, sensibilmente più modeste di quelle che il sistema oggi attribuisce loro. Tanto in relazione all'effettivo

8 “considerando che è pertanto necessario che la Commissione, qualora ritenga che sia stata commessa una violazione chiara ed evidente nel corso di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, intervenga presso le autorità competenti dello Stato membro e delle autorità aggiudicatrici interessate perché siano presi gli opportuni provvedimenti per ottenere la rapida correzione di qualsiasi violazione denunciata”. Cfr. pure i considerando nn. 17 e 18 della direttiva 13.

impatto della contestazione giudiziale sul procedimento, latamente inteso⁷. Quanto in relazione alla qualità del risarcimento eventualmente riconosciuto al ricorrente a seguito della fase giurisdizionale⁸, o, il che è dire quasi lo stesso, alla cosiddetta sorte del contratto. Al soggetto danneggiato da una decisione illegittima veniva riconosciuto il mero diritto alla monetizzazione di tale danno e, nemmeno in sede cautelare, il suo interesse alla preservazione delle *chances* di conseguimento del concreto *bene della vita* bastava, di per sé solo (e posta comunque la sussistenza del *fumus*), a garantirgli un provvedimento interinale favorevole: ben lungi dal *mittite ambo*

⁷ Si veda l'art.2, comma 3: "Le procedure di ricorso non devono necessariamente esercitare, di per sé stesse, effetti sospensivi automatici sulle procedure di aggiudicazione cui si riferiscono".

⁸ Si veda, ancora, l. art. 2, comma 6: "Gli effetti dell'esercizio dei poteri di cui al paragrafo 1 sul contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione dell'appalto sono determinati dal diritto nazionale. Inoltre, salvo nel caso in cui una decisione debba essere annullata prima della concessione di un risarcimento danni, uno Stato membro può prevedere che, dopo la stipulazione di un contratto in seguito all'aggiudicazione dell'appalto, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso si limitino alla concessione di un risarcimento danni a qualsiasi persona lesa da una violazione"

rem, il giudice avrebbe dovuto guardare, con particolare attenzione, anche altrove⁹.

Ciò non deve meravigliare. Il diritto amministrativo (anche quello processuale) degli ultimi anni 80 era, in molti Paesi e innanzitutto in Italia, profondamente diverso da quello attuale: è quasi inutile chiarire che tale diversità consistesse, principalmente, in un livello di tutela dei soggetti privati coinvolti in procedimenti pubblici nettamente inferiore a quello

⁹ Cfr. art. 2, comma 4: *“Gli Stati membri possono prevedere che l'organo responsabile, quando esamina l'opportunità di prendere provvedimenti provvisori, possa tener conto delle probabili conseguenze dei provvedimenti stessi per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché dell'interesse pubblico e decidere di non accordare tali provvedimenti qualora le conseguenze negative possano superare quelle positive. La decisione di non accordare provvedimenti provvisori non reca pregiudizio agli altri diritti rivendicati dalla persona che chiede tali provvedimenti.”* Si perdoni il riferimento a F. PUGLIESE, *“Appalti di lavori, forniture e servizi: nel processo cautelare e nelle recenti disposizioni sul contenzioso”*, 1995, in *Sull'amministrazione consensuale: nuove regole, nuove responsabilità*, dove l'Autore, dopo un cenno ai poteri cautelari previsti dall'art. 2 della direttiva in commento, aggiunge: *“Accanto a questa previsione ampliativa della tutela del ricorrente e dei poteri del giudice, vi è, subito, per contrappunto, il suo rovescio. L'esplicita previsione della possibilità di non accordare provvedimenti cautelari qualora le conseguenze negative possano superare quelle positive sminuisce l'attitudine del processo cautelare a far giungere alla sentenza re adhuc integra. Ciò consente al giudice di usare con più disinvolture la bilancia degli interessi che si confrontano, giungendo a negare la sospensiva, pure quando (addirittura talvolta esplicitamente) egli stesso dia atto della fondatezza del ricorso”*. E ancora: *“L'importanza ed il rilievo dell'interesse pubblico, tolgono frecce alla vis interdictiva dell'interesse legittimo, che però riemerge dopo il processo di merito come diritto al risarcimento”*.

accordato oggi, tanto sotto il profilo quantitativo, quanto in relazione alla qualità dei meccanismi di tutela effettivamente attivabili.

In una situazione simile, è chiaro che lo sforzo espresso con l'intervento del Consiglio dovesse giocoforza concentrarsi su livelli minimi di tutela: assicurando l'immediata ricorribilità, la possibilità di ottenere provvedimenti interinali, infine la ragionevole certezza, in caso di spettanza, di essere ristorato almeno sotto il profilo patrimoniale. Leggendo tra le righe della direttiva - ove si rimanda, tra l'altro, alla necessità di assicurare ricorsi *efficaci*, di cui all'art. 1.1; alla necessità di ricorsi accessibili (tra gli altri) a chi "*rischi di essere lesa*", di cui all' art. 1.2; alle perplessità suscitate dall'incapacità dei "*meccanismi attualmente esistenti*", di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie, "*in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette*" - si potrebbe forse dire che del problema della fuga nel contratto si aveva già coscienza. O, almeno, che si avvertiva la presenza del suo spettro. Tuttavia, i vuoti di tutela presenti nei vari ordinamenti nazionali presentavano al legislatore

comunitario problemi ben più urgenti di quello rappresentato dalla sorte del contratto: in molti casi doveva ancora affermarsi, a valle, il principio della risarcibilità dell'interesse legittimo sostanziale^{10 11}, così come, a monte, quello di una soddisfacente

¹⁰ Come noto, nell'ordinamento italiano tale principio verrà affermato definitivamente, ed in via generale (cioè per tutti gli interessi legittimi a carattere sostanziale, solo con la sentenza a Sezioni Unite della Cassazione Civile, n. 500 del 1999). Altrettanto noto che a tale arresto si sia giunti proprio sotto la pressante spinta della legislazione comunitaria: si veda l'art. 13 della legge n. 142 del 1992, di diretta derivazione comunitaria cfr. G. GRECO, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2000, 1130); negli stessi termini, P. DE LISE, *Effettività della tutela e processo sui contratti pubblici*, Testo della relazione tenuta il 4 dicembre 2008 in occasione degli "Incontri sul processo amministrativo" promossi dalla Libera Università San Pio V, consultabile in www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹ Alla violazione degli interessi legittimi che, viceversa, non hanno carattere sostanziale, ancora oggi l'ordinamento non riconosce risarcibilità. Si veda la decisione n. 7/2005 dell'Adunanza Plenaria del CdS, in www.giustamm.it : "Può ammettersi, su di un piano di astratta logica, che in un ordinamento preoccupato di conseguire un'azione amministrativa particolarmente sollecita, possano riconnettersi alla violazione dei termini procedurali conseguenze negative. Su di un piano di astratta logica, può ammettersi che, in un ordinamento preoccupato di conseguire un'azione amministrativa particolarmente sollecita, alla violazione dei termini di adempimento procedurali possano riconnettersi conseguenze negative per l'amministrazione, anche di ordine patrimoniale (ad es. con misure di carattere punitivo a favore dell'erario; con sanzioni disciplinari, etc.). In un quadro non dissimile si muoveva, d'altra parte - secondo talune linee interpretative - l'art. 17, comma 1, lettera f), della legge n. 59 del 1997, che ipotizzava «forme di indennizzo automatico e forfettario», pur se a favore del richiedente, qualora l'amministrazione non avesse adottato tempestivamente il provvedimento, anche se negativo. Non vale, però, soffermarsi oltre sulla disciplina ora ricordata, in quanto non è stata attuata la delega conferita dalla citata legge, né sono state

ampiezza dei poteri interinali del giudice (o, in una parola, dell'*atipicità* di tali poteri)¹².

2.La direttiva 2007/66. L'indifferenza dei legislatori nazionali (incluso quello italiano) rispetto all'interesse al "*conseguimento del bene della vita*" dei soggetti illegittimamente esclusi dalla procedura di gara e dalla conseguente fase negoziale ha indotto il livello comunitario ad un nuovo intervento, operato con la

assunte, dopo la scadenza dei termini assegnati al legislatore delegato, iniziative per la emanazione di una nuova legge di delega con lo stesso contenuto o per la proroga del termine. Stando così le cose, può affermarsi che il sistema di tutela degli interessi pretensivi – nelle ipotesi in cui si fa affidamento (come nella specie) sulle statuizioni del giudice per la loro realizzazione – consente il passaggio a riparazioni per equivalente solo quando l'interesse pretensivo, incapace di trovare realizzazione con l'atto, in congiunzione con l'interesse pubblico, assuma a suo oggetto la tutela di interessi sostanziali e, perciò, la mancata emanazione o il ritardo nella emanazione di un provvedimento vantaggioso per l'interessato (susceptibile di appagare un "bene della vita"). Tale situazione non è assolutamente configurabile nella specie, posto che - a prescindere da qualunque ulteriore profilo in ordine ai requisiti richiesti per potersi considerare realizzata l'inadempienza - risulta incontrovertito che i provvedimenti adottati in ritardo risultano di carattere negativo".

¹² Cfr. G. GRECO, op. ult. cit, ove amaramente si osservava. : "*è singolare e certamente non commendevole per il legislatore italiano che il potere cautelare, non limitato alla mera inibizione, ma esteso a misure di tipo ordinatorio e positivo, riceva riconoscimento normativo ad opera della disciplina comunitaria e non nazionale*". Si permetta, di nuovo, il rinvio a Pugliese F., op. ult. cit., ove si analizza l'impatto della disciplina comunitaria sul/i modello/i di processo cautelare amministrativo.

direttiva n. 66 del 2007¹³. Si dirà subito che le correzioni apportate alla disciplina comunitaria vigente (*id est*, le correzioni

¹³ In argomento, si vedano A. BARTOLINI – S. FANTINI, *La nuova direttiva ricorsi*, in *Urbanistica e Appalti*, 2008, 1093 e ss.; C. CONTALDI LA GROTTERIA, *La direttiva ricorsi tutela il ricorrente con il decreto cautelare* in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2008, nn. 7-8; G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in www.giustamm.it; M. LIPARI, *Annulamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, *ivi*; F. SAITTA, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, *Relazione all'incontro di studi su: "Il sistema delle tutele in materia di aggiudicazione di appalti pubblici dopo il decreto 53/2010 di recepimento della direttiva ricorsi"*, tenutosi a Roma il 28 aprile 2010, in particolare al primo paragrafo, dedicato a "La giurisdizione del giudice amministrativo sull'inefficacia del contratto: scelta imposta dal diritto comunitario?". Si veda pure P. DE LISE, *Effettività della tutela e processo sui contratti pubblici*, *Testo della relazione tenuta il 4 dicembre 2008 in occasione degli "Incontri sul processo amministrativo"* promossi dalla Libera Università San Pio V, consultabile in www.giustizia-amministrativa.it, ove l'allora Presidente aggiunto del Consiglio di Stato esprimeva la sostanziale certezza che il recepimento della direttiva imponesse l'assegnazione della giurisdizione sulla sorte del contratto al giudice amministrativo: "Orbene, se il giudice che annulla deve anche poter valutare, ai fini dell'ottemperanza, se il contratto stipulato sia nondimeno inefficace per tabulas nei tre casi di violazioni gravi, se deve effettuare una valutazione di interesse pubblico generale in proposito, mescolando pronuncia di annullamento ed accertamento sulla efficacia del contratto, se deve tener conto dell'eccezionale possibilità della pubblica amministrazione di riaffidare l'appalto al medesimo contraente in via di urgenza; se tutto questo è voluto dal legislatore comunitario, sembra improbabile, sul piano pragmatico e del buon senso prima ancora che sul piano della ragionevole durata e del bisogno di concentrazione processuale ex artt. 111, 113 e 24 Cost., che queste valutazioni possano essere scisse tra giudice amministrativo e giudice ordinario. Non si vede come possa funzionare un sistema che affidi al giudice amministrativo queste nuove valutazioni di interesse pubblico previste nella direttiva e che, però, nello stesso tempo, assegni al giudice ordinario tutte le possibili valutazioni sulla inefficacia. E dunque sembra che debba riprendere vigore e sia vincente la tesi che la giurisdizione esclusiva in tema di contratti pubblici possa, entro limiti ben

suggerite ai legislatori nazionali) non sono tali da snaturare l'impostazione delle precedenti direttive. Con esse, al contrario, la direttiva 66 condivide la filosofia di fondo (in primis, sulla libertà degli Stati membri nell'individuazione delle conseguenze sul contratto in caso di annullamento dell'aggiudicazione), limitandosi ad operare alcune *precisazioni* ritenute *indispensabili* al raggiungimento degli (immutati) obiettivi individuati 30 anni prima con il primo intervento comunitario in materia¹⁴. La continuità sta nella sorte riservata al contratto, di cui - fatte, come detto, alcune importanti precisazioni - continua a predicarsi la tendenziale autonomia rispetto alla procedura di

precisi, assorbire anche quella pronuncia di accertamento sulla inefficacia e/o invalidità del contratto strettamente necessaria a configurare un modello unitario ed efficiente di tutela della pretesa del partecipante al procedimento ad evidenza pubblica".

¹⁴ Cfr. Considerando n. 3 della direttiva in commento. Nel giudicare l'innovatività delle nuove norme, la dottrina ha espresso valutazioni differenti. Alcuni, riferendosi evidentemente anche all'aspetto strutturale, parlano di un "*nuovo corpo normativo*" (così R. DE NICTOLIS, Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo, luglio 2010, in www.giustamm.it); altri, discutendo delle nuove fattispecie introdotte dalla dir. 66, le definiscono "*poche e limitate*" (così G. GRECO, op. ult. cit., par. 5), pur riferendo l'opinione di altra dottrina, a mente della quale tali fattispecie sarebbero "*non marginali per rilevanza e per numero*" (si tratta di CORAGGIO, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in www.giustizia-amministrativa.it).

evidenza pubblica. L'elemento di rottura sta, invece, nel riconoscere la necessità di un meccanismo dilatorio che, scattando automaticamente al momento dell'aggiudicazione (salvi i casi in cui ciò sia obiettivamente inutile¹⁵), differisca la stipula del contratto, consentendo così ai soggetti potenzialmente lesi dalla prima di produrre ricorsi efficaci, *a bocce ferme* (il meccanismo è noto come *stand-still*¹⁶). E nel collegare alla concreta produzione di tali ricorsi un ulteriore effetto dilatorio legale, così da permettere al giudice di pronunciarsi, almeno in via cautelare, prima che alla fase pubblicistica oggetto di contestazione faccia seguito quella di

¹⁶ De Nictolis R., op. ult. cit., par. 5.2, ricorda che “Un meccanismo di *standstill*, nell'ordinamento nazionale, già esisteva prima del recepimento della direttiva. Era stato infatti introdotto per la prima volta dall'art. 14, d.lgs. n. 190/2002, limitatamente alle infrastrutture strategiche, per le quali, in concomitanza con la regola della tutela risarcitoria solo per equivalente in caso di contratto già stipulato, era stato previsto un termine dilatorio di trenta giorni prima del quale il contratto non poteva essere stipulato. Tale regola era stata in prosieguo generalizzata dal codice dei contratti pubblici, all'art. 11, co. 10. Lo *standstill* è stato invece eliminato per una particolare tipologia di lavori pubblici dall'art. 20, co. 8-bis, d.l. n. 185/2008. All'epoca del varo della norma nazionale codicistica, non vi era ancora un obbligo comunitario di prevedere lo *standstill*, ma erano già noti i progetti di modifica delle all'epoca vigenti direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE. Peraltro, il legislatore nazionale, pur avendo previsto lo *standstill*, non ha indicato quali sono le conseguenze in caso di inosservanza del termine dilatorio di stipula del contratto.

diritto privato (al riguardo si parla di *effetto sospensivo automatico*¹⁷).

È vero che tra i considerando può leggersi “*La privazione di effetti è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati delle possibilità di competere*”¹⁸. Tale affermazione, però, si riferisce con ogni evidenza al caso di affidamenti diretti, che il Consiglio considera le ipotesi in assoluto più gravi di violazione del diritto comunitario¹⁹. Ma,

¹⁷ Come osserva ancora De Nictolis R., cit., par. 5.4.d), *la tutela cautelare ex lege* accordata dalle nuove norme (questa la definizione che l’Autrice dà dell’effetto sospensivo automatico) ripropone un meccanismo già noto all’ordinamento nazionale. Il comma 2 septies dell’art. 10 del Decreto legge n. 8 del 1991 e l’ar. 22 del Decreto legislativo n. 30 del 2007, infatti, già riconoscevano un effetto sospensivo all’impugnazione, rispettivamente, dei provvedimenti di modifica o revoca delle misure di protezione a favore dei collaboratori e testimoni di giustizia e dei provvedimenti di allontanamento di cittadini comunitari dal territorio nazionale (fatte salve, in questa seconda fattispecie, le ipotesi in cui il provvedimento si fondi su *motivi di sicurezza dello Stato* o *imperativi di pubblica sicurezza*, o si fondi a sua volta su una pronuncia giudiziale).

¹⁸ Cfr. Considerando n. 14, primo periodo.

¹⁹ Si veda il considerando n. 13: “*Per contrastare l’aggiudicazione di appalti mediante affidamenti diretti illegittimi, che secondo la Corte di giustizia rappresenta la violazione più grave del diritto comunitario degli appalti pubblici da parte di un’amministrazione aggiudicatrice o di un ente aggiudicatore, è opportuno prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive. Pertanto, un contratto risultante da un’aggiudicazione mediante affidamenti diretti illegittimi dovrebbe essere considerato in linea di principio privo di effetto*”. Si veda pure il

precisato che a conclusioni immediatamente analoghe deve giungersi anche in caso di mancato rispetto dei termini sospensivi automatici²⁰, al considerando 19 il Consiglio riafferma che, negli altri casi – *“in caso di altre violazioni di diritto formale”* –, i singoli Stati membri “ potrebbero considerare inadeguato il principio della privazione di effetti. In questi casi gli Stati membri dovrebbero avere la possibilità di prevedere sanzioni alternative. Queste ultime dovrebbero consistere soltanto nell’irrogazione di sanzioni pecuniarie da pagare ad un organismo indipendente dall’amministrazione aggiudicatrice o dall’ente aggiudicatore o nella riduzione della durata del contratto. Spetta agli Stati membri definire le disposizioni

secondo periodo del considerando n. 14: *“Le aggiudicazioni mediante affidamenti diretti illegittimi ai sensi della presente direttiva dovrebbero includere tutte le aggiudicazioni di appalti avvenute senza pubblicazione preliminare di un bando di gara nella Gazzetta ufficiale dell’Unione europea ai sensi della direttiva 2004/18/CE. Ciò corrisponde a una procedura senza previa indizione di una gara ai sensi della direttiva 2004/17/CE”*.

²⁰Cfr. il Considerando n. 18, ove, ripetendo le affermazioni già avanzate per le ipotesi di affidamento diretto, si chiarisce che, in caso di mancato rispetto dei termini sospensivi, all’annullamento dell’aggiudicazione può giungersi solo se le violazioni della normativa sostanziale abbiano effettivamente influito sulle *chances* di aggiudicazione del ricorrente: *“Per impedire violazioni gravi del termine sospensivo obbligatorio e della sospensione automatica, che sono presupposti essenziali per ricorsi efficaci, si dovrebbero applicare sanzioni effettive. Gli appalti conclusi in violazione del termine sospensivo e della sospensione automatica dovrebbero pertanto essere considerati in linea di principio privi di effetti se in presenza di violazioni della direttiva 2004/18/CE o della direttiva 2004/17/CE nella misura in cui tali violazioni abbiano influito sulle opportunità dell’offerente che presenta ricorso di ottenere l’appalto”*.

particolari concernenti le sanzioni alternative e le relative modalità di applicazione"²¹.

Sul tema della congruenza tra il meccanismo sanzionatorio indicato dalla direttiva – nella sua veste pecuniaria o “specificata” – ed i principi tradizionali del nostro diritto civile in materia di vizio del contratto e possibili contenuti delle pronunce del giudice chiamato ad accertarlo, nonostante il suo indubbio interesse, anche per la presente ricerca, non è possibile qui indugiare – e, per le pur brevi osservazioni che si produrranno sul punto, si deve perciò rimandare ai capitoli successivi.

Quel che va, invece, subito ribadito, è che, nello scegliere di lasciare ai singoli ordinamenti nazionali la disciplina delle conseguenze sul contratto nelle ipotesi *normali*, il legislatore comunitario ha mostrato, innanzitutto – e sul piano, si vorrebbe dire, economico-fattuale della vicenda – seria attenzione verso le istanze di certezza dei rapporti giuridici e, dunque, verso le

²¹ Si veda pure il punto 7 dell'art. 2: “*Eccetto nei casi di cui agli articoli da 2 quinques a 2 septies, gli effetti dell'esercizio dei poteri di cui al paragrafo 1 del presente articolo sul contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione di un appalto sono determinati dal diritto nazionale*”.

esigenze pratiche dell'effettivo contraente privato (oltre che, naturalmente, verso quelle dell'amministrazione e delle comunità di volta in volta destinatarie del servizio o dell'opera pubblica). Istanze ed esigenze alle quali, sembrerebbe si possa dire, viene riconosciuta la stessa dignità (anche giuridica) tradizionalmente accordata alla legalità dell'azione amministrativa e alla posizione del ricorrente pretermesso.

In secondo luogo - e sul piano, stavolta, più propriamente giuridico -, il legislatore comunitario ha, in qualche modo rafforzato tutte quelle teorie che, facendo leva sulla concezione dualistica del fenomeno evidenza pubblica (nella sua doppia componente, procedimentale e negoziale), hanno (più o meno radicalmente, qui non importa) sostenuto la tendenziale autonomia del negozio di diritto privato (*rectius*, della sua validità) rispetto alla validità o meno della procedura pubblica, giungendo così a negare l'automatica trasmissione al primo dei vizi dell'ultima.

Questa chiave di lettura, che, *prima facie* - e posto l'effetto dirompente che, secondo gran parte della dottrina, la direttiva

avrebbe sulla disciplina precedente -, può sembrare forzata, ad una più attenta analisi sembra, però, la più corretta. Sia per una appropriata lettura del sistema precedente. Sia per l'analisi delle nuove norme nazionali, del loro rapporto con quelle comunitarie e, su un piano maggiormente dogmatico, del loro rapporto con i principi e le regole positive che, nel nostro ordinamento, regolano l'invalidità-inefficacia del contratto di diritto privato. Ai capitoli successivi, quindi, si affida il compito di chiarire tale affermazione, mentre nelle seguenti pagine ci si limiterà a riassumere la concreta disciplina dettata dalla direttiva in commento.

Innanzitutto, riformulando l'art. 1, la dir. 66 fa espressamente salva la possibilità che le legislazioni nazionali prevedano l'obbligo del previo esperimento di un *ricorso amministrativo*²², e chiarisce che, per le ipotesi in cui sia previsto il mero obbligo di comunicare l'intenzione di adire le vie giurisdizionali (obbligo

²² Cfr. Art. 1.4: "Gli Stati membri possono esigere che il soggetto che desidera avvalersi di una procedura di ricorso abbia informato l'amministrazione aggiudicatrice della presunta violazione e della propria intenzione di proporre un ricorso, a condizione che ciò non influisca sul termine sospensivo a norma dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, o su qualsiasi altro termine per la proposizione di un ricorso a norma dell'articolo 2 quater".

già previsto dall'art. 1 della dir. n. 665), ciò non incide sul meccanismo dei termini sospensivi, con cui le norme sulla fase della contestazione amministrativa vanno, dunque, opportunamente coordinate²³.

Dello stesso articolo, poi, si sceglie di conservare la disposizione recante, in relazione all'eventuale fase cautelare del giudizio impugnatorio, il criterio della "*bilateralità del periculum*", già largamente diffuso nella giurisprudenza cautelare, ma sinora codificato solo nel circoscritto settore delle infrastrutture strategiche²⁴. Si interviene, invece, sulla disposizione già recata dal paragrafo 3 - che, come ricordato in precedenza, sanciva la neutralità dell'ordinamento comunitario rispetto al tema degli effetti della proposizione di un ricorso giurisdizionale²⁵ -, scegliendo di adottare un meccanismo di sospensione automatica, all'evidenza imprescindibile per assicurare

²³ Cfr. Art. 1.5: "*Gli Stati membri possono esigere che il soggetto interessato proponga in primo luogo un ricorso presso l'amministrazione aggiudicatrice. In questo caso gli Stati membri provvedono affinché la proposizione del suddetto ricorso comporti la sospensione immediata della possibilità di concludere il contratto*".

²⁵ Cfr. la nota n. 6.

l'effettività della tutela del ricorrente²⁶, almeno per le ipotesi di ricorso ad un *“organo di prima istanza (...) indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice”* e di ricorsi a carattere amministrativo²⁷.

Nell'impianto delle precedenti direttive, poi - e siamo così al cuore della riforma -, vengono inseriti gli artt. 2 *bis, ter, quater, quinquies, sexies e septies*.

L'art. 2 *bis*, al par. 2, introduce, a carico dell'amministrazione appaltante, un espresso divieto di stipula del contratto a ridosso dell'atto di aggiudicazione. Così, l'amministrazione non può contrarre se non decorsi: a) dieci giorni dalla data di spedizione

²⁶L'art. 3.2, come riformulato dalla dir. n. 66, recita: *“Qualora un organo di prima istanza, che è indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice, riceva un ricorso relativo ad una decisione di aggiudicazione di un appalto, gli Stati membri assicurano che l'amministrazione aggiudicatrice non possa stipulare il contratto prima che l'organo di ricorso abbia preso una decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso. La sospensione cessa non prima dello scadere del termine sospensivo di cui all'articolo 2 bis, paragrafo 2, e all'articolo 2 quinquies, paragrafi 4 e 5”*.

²⁷ Sulla scelta di limitare l'effetto sospensivo automatico alla fase precedente l'emissione di un provvedimento cautelare, lasciando fuori lo spazio di tempo intercorrente tra tale provvedimento e la sentenza di primo grado si ritornerà nei capitoli successivi. Cfr., per il momento, De Nictolis R., op. ult. cit., par. 5.3, che osserva *“La scelta di far durare l'effetto sospensivo solo fino al provvedimento cautelare può, in astratto, meglio assicurare la celere esecuzione dei contratti, ma non scongiura il rischio di annullamenti di aggiudicazioni e dei connessi obblighi risarcitori. La diversa scelta di far durare l'effetto sospensivo fino alla sentenza di merito avrebbe potuto garantire l'effettività di tutela e certezza (processuale) che l'affidamento dell'appalto è legittimo, ma rischiava di differire eccessivamente l'avvio dell'esecuzione dei contratti”*.

della comunicazione di tale atto a tutti i controinteressati, se avvenuta per fax o con mezzi elettronici equipollenti; b) quindici giorni, se la medesima spedizione sia avvenuta con altri mezzi²⁸. Con l'art. 2 *ter*, invece, si individuano tassativamente le ipotesi di deroga al termine dilatorio²⁹ così fissato: quando la pubblicazione in GUUE non sia, a norma della direttiva 2004/17, obbligatoria; quando non vi siano controinteressati; in caso di accordo-quadro o di appalti specifici basati su sistemi dinamici di acquisizione³⁰.

Risolto poi, con l'art. 2 *quater*, il problema del coordinamento tra il termine dilatorio decorrente dall'aggiudicazione in relazione alla stipula del contratto e i termini specificamente individuati

²⁸ La norma, alternativamente, indica un termine di dieci giorni decorrenti dalla ricezione della comunicazione.

²⁹ Il decreto legislativo di recepimento nazionale farà, poi, scelte diverse, sulle quali vedi *ultra*. In dottrina si è osservato che il regime derogatorio nazionale, nella sua versione definitiva, presenta profili di incostituzionalità (per eccesso di delega) e di illegittimità comunitaria (per violazione della dir. 66): cfr. De Nictolis R., op. ult. cit., 5.4.c).

³⁰ Anche in questi casi, però, il contratto eventualmente stipulato è destinato a non produrre i suoi effetti, nelle ipotesi in cui si accerti la violazione dell'art. l'articolo 32, paragrafo 4, secondo comma, secondo trattino, o l'articolo 33, paragrafi 5 o 6, della direttiva 2004/18/CE, ovvero si accerti un valore stimato dell'appalto era, in realtà, sopra la soglia di rilevanza comunitaria di cui all'art. 7 della medesima direttiva.

dai singoli ordinamenti nazionali per la presentazione dei ricorsi avverso l'aggiudicazione stessa³¹, l'art. 2 *quinquies* introduce l'elemento di maggiore discontinuità della nuova disciplina rispetto al vecchio quadro normativo: vengono cioè individuate 4 ipotesi (che, in prospettiva comunitaria, conducono alla categoria delle "violazioni gravi") di *privazione degli effetti* del contratto eventualmente stipulato. La prima consiste nel c.d. affidamento diretto, ossia nell'affidamento senza previa pubblicazione del bando in GUUE, quando essa prevista come obbligatoria dalla direttiva n. 18. La seconda, nella violazione

³¹L'art. 2 *quater* recita: "**Termini per la proposizione del ricorso.** Quando uno Stato membro stabilisce che qualsiasi ricorso avverso una decisione presa da un'amministrazione aggiudicatrice nel quadro di o in relazione ad una procedura di aggiudicazione di un appalto disciplinata dalla direttiva 2004/18/CE debba essere presentato prima dello scadere di un determinato termine, quest'ultimo è di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice è stata inviata all'offerente o al candidato, se la spedizione è avvenuta per fax o per via elettronica, oppure, se la spedizione è avvenuta con altri mezzi di comunicazione, di almeno quindici giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice è stata inviata all'offerente o al candidato o di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di ricezione della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice. La comunicazione della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice ad ogni offerente o candidato è accompagnata da una relazione sintetica dei motivi pertinenti. In caso di presentazione di un ricorso relativo alle decisioni di cui all'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), della presente direttiva che non sono soggette ad una notifica specifica, il termine è di almeno dieci giorni civili dalla data della pubblicazione della decisione di cui trattasi".

combinata delle norme di evidenza pubblica e di uno dei termini sospensivi introdotti dalla direttiva (dalla comunicazione dell'aggiudicazione e dalla proposizione di un ricorso), quando, in assenza della prima violazione, il ricorrente avrebbe conseguito l'aggiudicazione. La terza e quarta ipotesi consistono, infine, nella violazione delle regole della concorrenza (art. 32, par. 4, secondo comma, art. 33 par. 5 e 6 della Dir. 2004/18 e analogo disciplina della Dir. 2004/17), nell'ambito di appalti basati su un accordo quadro o su un sistema dinamico di acquisizione, ove il singolo Stato si sia avvalso della facoltà di escludere l'applicazione del primo termine sospensivo, di cui si è già riferito nel paragrafo precedente.

Nell'ottica *denunciata* aprendo questo paragrafo, è bene sottolineare subito che, come evidente, quella dettata dall'art. 2 *quinquies* è una norma dal carattere eccezionale, dettata per disciplinare ipotesi in cui le amministrazioni aggiudicatrici, violando alcuni principi fondamentali del diritto della concorrenza (si pensi alla mancanza della pubblicazione del bando) o del diritto amministrativo sostanziale e processuale

(mancato rispetto dei termini a tutela degli offerenti non aggiudicatari), abbiano avuto una condotta che non è eccessivo definire *proditoria*. Tale condotta, ovviamente, se da un lato non può essere tollerata - e ciò ha spinto il legislatore comunitario ad occuparsi di tale ipotesi -, dall'altro, e proprio per questo, presenta caratteri totalmente disomogenei rispetto a quelli della normale ipotesi di "*procedura viziata per mancato rispetto di norme formali*". Essa non può, quindi, essere assunta come paradigma normativo dettato, una volta per tutte, a risolvere il problema della sorte del contratto a seguito di annullamento degli atti di gara. Da essa non può inferirsi che il contratto, a seguito di tale annullamento, sarebbe a sua volta automaticamente travolto, perché in qualche modo viziato.

Ciò chiarito, e tornando ora all'analisi degli articoli inseriti *ex novo* nel corpo delle direttive 665/89 e 13/92, l'art. 2 *quinquies* rimette agli Stati membri la scelta del se privare di effetti il contratto illegittimamente stipulato con efficacia *ex tunc* o *ex nunc* (si veda il punto 2, comma 2, dell'art. in commento), imponendo, però, per la seconda ipotesi, la previsione di

adeguate *sanzioni alternative*. Inoltre, la disposizione (al punto 3) ammette la possibilità che le legislazioni nazionali attribuiscono al giudice il potere di *salvare* il contratto (*rectius*, i suoi effetti), quando ciò sia necessario a garantire il “rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale”³². Anche in questo caso, però, vige l’obbligo di applicare le medesime sanzioni alternative.

Per le ulteriori ipotesi – per i casi di violazioni delle norme sul procedimento di evidenza pubblica, che, nel sistema disegnato dalla nuova direttiva, esulano dalla categoria *violazioni gravi* -, invece, l’art. 2 sexies, punto 1, rimette direttamente ai singoli ordinamenti nazionali la scelta del se reagire a tali violazioni privando il contratto dei suoi effetti o infliggendo le sole sanzioni, ed autorizza tali ordinamenti a lasciare, a loro volta,

³² A tal proposito, però, la norma chiarisce che, seppure tra tali interessi vanno ascritti, in particolari circostanze, anche quelli di natura economica – l’art. 2 quinquies, al punto 3, comma 2, recita : “Per quanto concerne la produzione di effetti del contratto, gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative soltanto se in circostanze eccezionali la privazione di effetti conduce a conseguenze sproporzionate” -, ciò non vale per gli “interessi economici legati al contratto” (cfr. del medesimo articolo, il punto 3, comma 3, che, a titolo esemplificativo, indica: “...i costi derivanti dal ritardo nell’esecuzione del contratto, i costi derivanti dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, i costi derivanti dal cambio dell’operatore economico che esegue il contratto e i costi degli obblighi di legge risultanti dalla privazione di effetti”).

tale scelta agli organi di ricorso. Tali organi dovrebbero, in tal caso, tener conto di “tutti gli aspetti pertinenti” e, per le ipotesi di applicazione delle sanzioni alternative (come visto: sanzione pecuniaria o riduzione della durata del contratto), ad essi gli Stati possono lasciare “un’ampia discrezionalità al fine di tenere conto di tutti i fattori rilevanti, compresi la gravità della violazione, il comportamento dell’amministrazione aggiudicatrice e, nei casi di cui all’articolo 2 quinquies, paragrafo 2, la misura in cui il contratto resta in vigore” (punto 2, comma 2). Viene però escluso che l’eventuale risarcimento danni accordato con la sentenza di annullamento possa assolvere l’obbligo sanzionatorio – *“la concessione del risarcimento danni non rappresenta una sanzione adeguata ai fini del presente paragrafo”* (punto 2, comma 3).

3. Il sistema normativo precedente alla riforma del 2010. Fino al decreto di recepimento della direttiva n. 66/CE, il sistema normativo di riferimento si esauriva, fondamentalmente, nei seguenti termini.

Il codice appalti, varato nel 2006 (d.lgs. n. 163), all'art. 244, sulla giurisdizione, statuiva: *“Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale”*.

A sua volta, l'art. 7 della legge TAR, così come riformulato dalla legge n. 205/2000, recitava: *“Il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali”*.

Le norme, insomma, omettendo di chiarire espressamente se, nell'ambito delle *controversie relative a procedure di affidamento*, rientrassero pure quelle aventi ad oggetto la sorte del contratto, non consentivano di ascrivere con sicurezza tale giurisdizione al giudice amministrativo. A chi, poi, sosteneva che una prova in

tal senso stesse nell'art. 7 della legge Tar, si obiettava il più delle volte che tale articolo fosse mera norma *di disciplina della giurisdizione* (e non norma costitutiva della stessa)³³.

³³ In particolare, alcuni affermavano la giurisdizione del ga sul contratto sostenendo che, se esso fosse rimasto fuori, la norma sarebbe stata svuotata di ogni portata applicativa (essendo questo, nei procedimenti di gara, l'unica ipotesi di presenza, al fianco degli interessi legittimi, di un diritto soggettivo). A tale ricostruzione si poteva però obiettare innanzitutto sotto il profilo logico. Per chi assumesse un'antinomia tra la parte del precetto che copriva con la giurisdizione del giudice amministrativo solo "le procedure" e quella che riconosceva a tale giurisdizione carattere esclusivo, non era affatto scontato concludere che la soluzione corretta risiedesse nel lasciar cadere la prima piuttosto che la seconda. Esisteva, poi, un'obiezione sostanziale, più difficilmente superabile: esistono altre ipotesi di coesistenza di diritti e interessi: è il caso del diritto alla stipula in capo all'aggiudicatario dal momento dell'aggiudicazione; qui, se l'amministrazione non si rende disponibile a stipulare, incorre, di regola, in responsabilità, sotto la giurisdizione del giudice amministrativo. Restava così chiaro che il carattere esclusivo della giurisdizione in materia di procedure pubbliche di appalto, più che implicare necessariamente la giurisdizione sul contratto, lasciasse al g. a. *"il governo dell'intercapedine temporale compresa tra*

L'art. 11 del codice appalti, poi, affermando che *“l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta”*, concorrevano a rendere claudicante qualsiasi ricostruzione tesa a accertare una volta e per tutte la giurisdizione del giudice amministrativo estesa al contratto³⁴.

aggiudicazione e pattuizione, (...) confortata in modo decisivo dal tenore dell'art. 11, comma 7, del codice, che, superando in tromba la diversa impostazione della legge di contabilità del 1923 (...), chiarisce apertis verbis che l'aggiudicazione definitiva non equivale a contratto; risulta quindi confermato che il frangente tra aggiudicazione e sigla del contratto non attiene all'esecuzione di un vincolo pattizio ormai sostanzialmente perfetto ma rientra nell'alveo della procedura di affidamento non ancora suicidatasi nello sbocco paritetico finale”.

³⁴ Su tale questione si confronti Cassazione civile, sez. un, sentenza del 18 luglio 2008, n. 19805. Con questa pronuncia, il giudice di legittimità, nel confermare una sentenza del CdS - la n. 7578 del 18 dicembre 2006, con cui (seppure attraverso un singolare ragionamento fondato sulla circostanza che la stipula era intervenuta successivamente all'aggiudicazione si negava la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alla sorte del contratto) - ventilava una altrettanto singolare soluzione del conflitto di giurisdizione in essere: *“D'altra parte, nulla potrebbe impedire alla P.A. in tali categorie di appalti di definire la procedura concorsuale obbligatoria di scelta del contraente privato mediante un provvedimento autoritativo di aggiudicazione che costituisca, in pari tempo, atto conclusivo del procedimento di gara ed estrinsecazione dell'accordo delle parti contraenti (senza perciò rinviare l'instaurazione del vincolo negoziale alla successiva conclusione del contratto). Ed in tal caso l'annullamento dell'aggiudicazione rientrante per il disposto della L. n. 205 del 2000, art. 6, senza*

Dei termini dilatori successivi all'aggiudicazione e delle comunicazioni ai concorrenti pretermessi - istituti pure già previsti dal codice - si dirà più diffusamente nel capitolo successivo. Qui basti dire che essi erano recati da norme imperfette, senza sanzione, per cui la prassi li aveva relegati progressivamente nel mondo delle aspirazioni.

limitazione alcuna nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, comporterebbe necessariamente la contestuale caducazione delle pattuazioni negoziali in esso contenute. Ma ove la stessa stazione appaltante manifesti la volontà di vincolarsi esclusivamente al momento della formale stipulazione del contratto e solo tramite questo strumento negoziale che perciò rappresenta la vera ed unica fonte dei diritti e degli obblighi di entrambe le parti, il rapporto che ne deriva necessariamente soggiace alle regole comuni di riparto dettate dalla L. n. 205, art. 7, con l'autoassoggettamento dell'ente pubblico al regime giuridico della sequenza costituita dalla fase preliminare, disciplinata dalle regole dell'evidenza pubblica di pertinenza della giurisdizione amministrativa e dalla fase contrattuale e paritetica successiva svincolata da un qualsiasi schema procedimentale, perciò devoluta alla giurisdizione ordinaria. Ed in tale ipotesi è la libera scelta dell'amministrazione, da un lato, e l'adesione dei partecipanti alle regole della gara, dall'altro, di privilegiare detta sequenza ed il mezzo giuridico privatistico che ne consegue (in luogo della loro concentrazione nello strumento provvedimentale considerato dalla legge speciale), a determinare la ripartizione della giurisdizione per essa prescelta dal legislatore". Immediatamente Critico rispetto a tale impostazione, proprio in nome dell'art. 11, comma 7, del Codice appalti, P. DE LISE, *Effettività della tutela e processo sui contratti pubblici*, Testo della relazione tenuta il 4 dicembre 2008 in occasione degli "Incontri sul processo amministrativo" promossi dalla Libera Università San Pio V, consultabile in www.giustizia-amministrativa.it, ove si ricorda non solo l'impossibilità di una tale soluzione alla luce del citato art. 11, ma anche il palese contrasto in cui essa incorrerebbe nei confronti del diritto comunitario, "che impone, a tutela di terzi, il decorso di un lasso di tempo tra l'aggiudicazione ed il contratto".

Resta da dire di un'altra norma che, nel dibattito giurisprudenziale e dottrinario, concorreva ad alimentare il contrasto: il comma 4 dell'art. 246 del medesimo codice appalti. Tale comma affermava che, nelle ipotesi di contratti relativi ad infrastrutture ed insediamenti produttivi *"la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente"*.

Come ognuno sa, nel dibattito sulle ipotesi *normali*, la norma in parola veniva richiamata con altrettanta forza tanto da chi sosteneva l'automatico travolgimento del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione, quanto da chi ne predicava, viceversa, la più o meno indiscussa salvezza.

Un'autorevole dottrina³⁵ segnala che, al contrario, pochi conoscevano (e prendevano in debita considerazione) una norma contenuta nell'art. 1, comma 136 della legge 30 dicembre 2004 n.

³⁵G. Greco, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, Relazione presentata al Convegno su *"Gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sui contratti della pubblica amministrazione"* tenutosi a Parma il 23-24 maggio 2008.

131 (finanziaria per il 2005), a mente della quale: “Al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l’annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l’esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L’annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall’eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall’acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante.”

4. Il decreto 53/2010, di recepimento della direttiva, e gli art. 121 e ss. del nuovo codice amministrativo. Il decreto n. 53 ha innovato fortemente il sistema. Come osservava il Prof. Liguori proprio a ridosso della sua entrata in vigore³⁶, il legislatore, “in

³⁶ Si fa riferimento a *“Appunti sulla tutela processuale e sui poteri del giudice nel decreto legislativo n. 53 del 2010”*, intervento alla Tavola rotonda su *“Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici alla luce del d. lgs. 20 marzo 2010, n. 53”*, tenutasi a San Lucio il 24 maggio 2010, nella Seconda Università degli studi di Napoli. L’intervento è reperibile su www.giustamm.it.

un colpo solo, ha superato i problemi di giurisdizione, ha ammesso la possibilità di ordinare la riaggiudicazione e con essa quella di travolgere il contratto, affidando al giudice penetranti poteri nel valutare gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione su un vincolo contrattuale già instaurato".

In effetti, il corpo della parte quarta del codice appalti, dedicata al contenzioso, è stato profondamente modificato. In disparte gli interventi sull'accordo bonario (art. 240), sull'arbitrato (artt. 241 e 243), oltrechè sul preavviso di ricorso (art. 243 bis), il legislatore è intervenuto decisamente sull'art. 244 - che, come noto, regola la giurisdizione del giudice amministrativo in tema di procedure di affidamento - e sul 245 - che reca la disciplina degli *strumenti di tutela* -, ed ha poi inserito i nuovi artt. 245 bis, ter, quater e quinquies, che si occupano, rispettivamente, dell'*inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni*, dell'*inefficacia negli altri casi*, delle *sanzioni alternative* e della *tutela in forma specifica e per equivalente*.

In particolare, il comma 1 dell'art. 240, in tema di giurisdizione, recita: *"Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice*

amministrativo tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale. La giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative".

L'art. 245, poi, al secondo comma fissa in trenta giorni dalla pubblicazione dell'aggiudicazione il termine per la proposizione di qualsiasi ricorso, anche qualora la procedura non sia stata proceduta da pubblicazione del bando, ed interviene, tra l'altro, sulle regole di notifica (comma 2 ter), sulla competenza territoriale dei TAR (comma 2 quater, che statuisce l'inderogabilità rilevabile d'ufficio), sui termini impugnatori e processuali (commi 2 quinquies e 2 duodecies).

Gli articoli 245 bis e seguenti, poi, recano il cuore dell'intervento.

Il primo (245 bis) interviene sulla sorte del contratto nei casi delle violazioni più gravi delle norme di evidenza pubblica, ed

afferma, innanzitutto, che *“il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto”*, con o senza efficacia retroattiva (comma 1). Ciò avviene se è mancata la pubblicazione del bando o dell'avviso *“con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal presente codice”* (comma 1, lett. a); se *“l'aggiudicazione definitiva è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal presente codice”* (comma 1, lett. b); se il contratto è stato stipulato senza rispettare, alternativamente, *“il termine dilatorio stabilito dall'articolo 11, comma 10”* (comma 2, lett. c) o *“la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'articolo 11, comma 10-ter”* (comma 2, lett. d), qualora tali violazioni abbiano *“privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che*

tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva", ed abbiano perciò "influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento". A tale regola fa eccezione solo l'ipotesi (comma 2) in cui ciò sia necessario ad assicurare il "rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale" , tra cui "quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale" e gli interessi economici in circostanze eccezionali (quali le conseguenze sproporzionate di una nuova stipula) escluso quelli "legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia"³⁷.

³⁷ Un ulteriore caso di salvezza del contratto lo prevede l'ultimo comma dell'articolo: *"La inefficacia del contratto prevista dal comma 1, lettere a) e b), non trova applicazione quando la stazione appaltante abbia posto in essere la seguente procedura: a) abbia con atto motivato anteriore all'avvio della procedura di affidamento dichiarato di ritenere che la procedura senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione*

L'articolo in parola, poi, prevede che, nei casi in cui, *“nonostante le violazioni, il contratto sia considerato efficace o l'inefficacia sia temporalmente limitata si applicano le sanzioni alternative di cui all'articolo 245-quater”* (comma 4).

L'art. 245 ter , invece, investe la sorte del contratto nelle ulteriori ipotesi: *“Fuori dei casi indicati dagli articoli 245-bis e 245-quater, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, 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, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non*

europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana sia consentita dal presente codice; b) abbia pubblicato, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia, nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana un avviso volontario per la trasparenza preventiva ai sensi dell'articolo 79-bis, in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto; c) il contratto non sia stato concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di cui alla lettera b)”.

comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la relativa domanda sia stata proposta.” Come si vedrà, il giudice ha fatto subito ampio ricorso al potere di dichiarare l’inefficacia del contratto pur in assenza di violazioni *gravi*³⁸.

La giurisprudenza, in sede scientifica, ha scelto di sottolineare subito la portata solo processuale - “*panprocessuale*” - della riforma operata con le norme appena citate³⁹ (art. 240 sulla giurisdizione, artt. 245 *bis* e *ter*, sulla sorte). Esercitando la giurisdizione, però, essa ha altrettanto tempestivamente mostrato di poter giungere tanto alle conclusioni appena richiamate quanto a conclusioni ad esse diametralmente opposte.

³⁸ Per un’ipotesi in cui, in considerazione dell’avanzato stato di esecuzione del contratto, il giudice non ha ritenuto di dichiarare l’inefficacia pur annullando l’aggiudicazione sulla base della mancanza di requisiti generali di partecipazione in capo all’aggiudicatario, si veda CdS, VI, sentenza del 15 giugno 2010, n. 3759.

³⁹ Così, M. LIPARI, *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l’inefficacia “flessibile” del contratto*, in Foro amm. T.A.R., 2010. L’Autore giunge a parlare di riforma *giudice-centrica*. L’espressione sarà ripresa più volte dalla dottrina; si confronti F. SAITTA, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, cit., ove, “quanto alle conseguenze giuridiche, per così dire, sostanziali, della dichiarazione di inefficacia del contratto”, si osserva che tale profilo, “pur essendo strettamente connesso a quello processuale, sembra restare in ombra vista l’impostazione decisamente “*pan-processuale*” del problema”.

In effetti, a ridosso dell'entrata in vigore del Decreto n. 53, sono intervenute sia sentenze⁴⁰⁴¹ che, sulla spinta del *revirement* della

⁴⁰ Cfr. Tar Lazio, Roma, III, 16 giugno 2010 n. 18131, in www.giustamm.it : *“Tutti gli assunti argomentativi della Corte procedono dal dato, evidenziato nell'ordinanza medesima, che la direttiva n. 66/2007 dia rilievo con chiarezza ai principi tutelati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla Costituzione, cui essa si ispira, in rapporto alla effettività della tutela del bene della vita a base e oggetto delle posizioni soggettive azionate nel caso concreto e al fine di garantire la ragionevole durata del processo, ciò conducendo all'estensione dei poteri cognitivi dei giudici amministrativi in ordine alla caducazione del contratto concluso per effetto di una procedura illegittima di affidamento dell'appalto. Ciò consente - riandando all'esame delle argomentazioni svolte dalla stazione appaltante - di rigettarle non potendosi denegare, alla luce delle considerazioni che precedono, che il giudice amministrativo, disponendo di giurisdizione esclusiva e quindi di cognizione piena, può annullare gli atti di gara e dichiarare privo di effetti il contratto stipulato. Non è poi predicabile l'inapplicabilità del direttiva 2077/66 alla fattispecie all'esame, asserita con rilievo al fatto che la decisione dell'amministrazione è intervenuta prima della scadenza del termine per la trasposizione della direttiva, perché - in disparte la considerazione che gli atti impugnati sono stati adottati oltre il termine (20 dicembre 2009) fissato per il suo recepimento negli Stati membri (l'aggiudicazione della gara è intervenuta il 28 dicembre 2009, la conclusione del contratto il successivo giorno 29) - la Cassazione ha stabilito che la cognizione piena del giudice amministrativo, in relazione alla direttiva 2077/66, inerisce a tutte le procedure concorsuali intervenute dopo l'entrata in vigore della direttiva (dicembre 2007), e quindi anche prima del summenzionato termine di recepimento”*.

⁴¹ Fa immediata applicazione delle nuove norme (in particolare, dell'art. 245 *ter*) ad un caso in cui l'aggiudicazione era intervenuta prima della loro entrata in vigore, anche Tar Lazio, Roma, sez. III quater, sentenza del 9 settembre 2010, n. 32198, in *Foro amm. TAR 2010, 09, 2861*. Sempre in applicazione dell'art. 245 *ter*, in termini, Tar Campania, sentenza del 19 luglio 2010, n. 16834, in *Foro amm. TAR 2010, 7, 253*, ove il giudice richiama quanto affermato in CdS, 15 giugno 2010 n. 3759; e Tar Lombardia, Milano, I, sentenza del 17 maggio 2010, n. 1524, ove il giudice afferma: *“L'art. 245 ter d.lg. n. 163/2006, come introdotto dall'art. 10, comma 1, d.lg. 20 marzo 2010 n. 53, in virtù della propria natura processuale, può ricevere applicazione anche in giudizi instaurati in data antecedente all'entrata in vigore della stessa, in difetto di diversa*

Suprema Corte di Cassazione (ord. Sez. un. n. 2906/2010, su cui si tornerà diffusamente nel terzo capitolo) e valorizzando l'aspetto comunitario del problema, hanno fatto immediata applicazione delle nuove norme anche ai casi in cui il procedimento di gara era precedente alla loro entrata in vigore, sia sentenze⁴² che, affermandone in modo netto la natura

disposizione transitoria. In ogni caso, va affermata la giurisdizione del g.a. adito per l'annullamento degli atti di gara, e che abbia deciso su tale prima domanda, anche in relazione alla domanda del contraente pretermesso illecitamente dal contratto di essere reintegrato nella sua posizione, con la privazione di effetti del contratto eventualmente stipulato dalla stazione appaltante con il concorrente alla gara scelto in modo illegittimo".

⁴² Cfr. Tar Liguria, Genova, II, 23 giugno 2010 n. 5252, in www.giustizia-amministrativa.it. Ma si veda pure Tar Sicilia, Palermo, III, sentenza del 6 maggio 2010, n. 6406, ove, pur facendo salvo, in concreto, il contratto affidato senza esperimento della procedura di gara (perché rientrante nella disciplina di cui all'allegato 2 B), i giudici, sotto il profilo teorico, mostrano di non ritenere dirimente la circostanza che la delibera di aggiudicazione (del 12 novembre 2009) fosse precedente all'entrata in vigore dell'art. 245 bis - al quale, dunque, indirettamente attribuiscono rilevanza solo processuale). Ed ancora, si confronti CdS, VI, sentenza del 9 novembre 2010 n. 7980, ove può leggersi: "Ritiene il Ministero che la novella non sia applicabile nella controversia in quanto entrata in vigore il 28 aprile 2010, quindi dopo la notifica del ricorso di primo grado. Neanche questa argomentazione è condivisibile. Occorre premettere come sia ben dubbio se la novella appena richiamata introduca una novità nell'ordinamento vigente, ovvero chiarisca un punto di applicazione controversa, relativo all'individuazione del giudice competente a pronunciarsi sulla sorte del contratto stipulato dalla stazione appaltante dopo l'annullamento dell'aggiudicazione. Prima dell'entrata in vigore del d. lgs. 20 marzo 2010, n. 53, la Corte di Cassazione con sentenza delle Sezioni unite civili 5 marzo 2010, n. 5291, aveva affermato che nelle controversie riguardanti le gare bandite dopo l'entrata in vigore della direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007, in tema di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, il giudice amministrativo è competente anche sulla invalidità

sostanziale, ne hanno escluso perciò l'applicazione alle vicende che, *ratione temporis*, non vi ricadevano integralmente⁴³, o hanno

dell'aggiudicazione e sulla privazione degli effetti del contratto concluso con l'aggiudicatario. Comunque, nella specie appare applicabile il principio dettato dalla Corte di Cassazione, Sezione II civile, con sentenza 9 giugno 2010, n. 13882, secondo il quale le norme sopravvenute in corso di giudizio che modificano la giurisdizione e la competenza trovano applicazione anche nei giudizi pendenti se tale giurisdizione o competenza venga, per l'effetto, attribuita ai giudici dinanzi ai quali la causa pende, ovvero dinanzi ai quali la causa stessa dovrebbe essere ripresa o riassunta se fosse dichiarato che, al momento della domanda, essi mancavano della giurisdizione o della competenza che hanno esercitato (in termini Cons. Stato, V, 1 luglio 2005, n. 3672). Applicando il principio appena richiamato la doglianza deve essere respinta."

⁴³ Nella sentenza citata alla nota precedente può leggersi: *"Si tratta di un rimedio sostanziale che incide sul diritto materiale, vale a dire sull'efficacia del contratto in corso d'esecuzione, mediato dal procedimento d'evidenza pubblica, qui censurato, che ha avuto inizio in epoca anteriore all'entrata in vigore dell'art. 245 bis introdotto con la novella di cui al d.lgs. 20 marzo 2010 n. 53. Sicché va dato seguito a Corte di giustizia sez. IV, 15 ottobre 2009, causa C-138/08 che, confermando il proprio indirizzo, ha riaffermato l'inefficacia delle norme sopravvenute durante il corso di svolgimento del procedimento di gara ed ha precisato che la normativa (sostanziale) applicabile è quella vigente al momento della pubblicazione del bando di gara"*. Si noti che la sentenza, oltre che per il profilo appena richiamato, si segnala: (i) nella parte in cui rigetta la domanda di subentro perché proposta solo con memoria di merito - *"L'istanza di parte, espressamente formulata solo nella memoria depositata in vista dell'udienza pubblica, integra una vera e propria domanda avente ad oggetto la (richiesta di) tutela reintegratoria (cfr., testualmente: Cass., sez. un., 10 febbraio 2010 n. 2906; Cons. st., ad plen, n. 9 del 2008) Pertanto, estendendosi il petitum d'annullamento alla reintegrazione in forma specifica, al fine di assicurare la corretta instaurazione del contraddittorio, la domanda avrebbe dovuto essere formalmente notificata alle parti in causa"* -; e (ii) nella parte in cui ritiene che, seguendo le spese la soccombenza, la società aggiudicataria - e parte del contratto non travolto dal giudizio pur a seguito di annullamento dell'aggiudicazione - meriti la condanna alle spese in solido con la stazione appaltante (in termini contrari si è espresso invece Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 10 giugno 2010 n. 2297: *"le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo nei confronti dell'Azienda; possono essere compensate nei confronti della controinteressata, che non ha in alcun modo dato causa alla*

comunque negato che le norme fossero immediatamente applicabili nella loro totalità⁴⁴.

Come subito avvertito dalla dottrina più attenta⁴⁵, la norma non chiude la questione circa la natura sostanziale dell'ipotetico vizio

illegittimità della procedura”). Come si vedrà nel prosieguo, un tale regolamento degli interessi in gioco confonde ingiustamente la posizione dell'amministrazione con quella del privato contraente, ed appare perciò in contrasto con i principi che, in via generale, regolano la responsabilità nel nostro ordinamento (in primis, quello della personalità, del rapporto di causalità, della proporzionalità). Nel caso di specie, infatti, l'annullamento dell'aggiudicazione si deve al mancato rispetto delle regole di verbalizzazione e di trasparenza cui l'amministrazione è legata dalle norme sul procedimento di evidenza pubblica, rimanendo così impossibile addossare tale responsabilità al terzo contraente.

⁴⁴ Quanto, ad esempio, ai termini di impugnazione, Tar Lazio, sez. III quater, sentenza del 9 settembre 2010, n. 32198, precisa: *“Per quanto concerne l'eccezione di tardività rivolta avverso i motivi aggiunti, questa Sezione ha già avuto modo di rilevare che l'entrata in vigore del d.lgs. n. 53 del 2010, che ha ridotto il termine di proposizione del gravame, incidendo sul termine di decadenza previsto dall'art. 245, comma 2 quinquies, d.lgs. n. 163 del 2006 non può che comportare una lettura da parte dell'interprete coerente con i principi costituzionali posti a tutela del diritto di difesa. Sicché, essendo il d.lgs. n. 53 entrato in vigore il 27 aprile 2010 é da tal data che possono farsi decorrere i termini di 30 giorni per la proposizione del ricorso, non potendo la nuova disciplina processuale, seppur immediatamente applicabile, andare ad incidere su situazioni già consumate. Nella fattispecie in esame, l'aggiudicazione definitiva era conosciuta il 31 marzo, mentre l'accesso avveniva solo in data 18 maggio (cfr. documentazione di parte resistente doc. 20 e 21), con la conseguenza che alla data di proposizione dei motivi aggiunti, non si poteva considerare spirato il termine di decadenza previsto dalla nuova disciplina”*

⁴⁵ Cfr., ex multis, ancora M. LIPARI, , *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, intervento al convegno “Il Codice del Processo Amministrativo”, tenutosi a Lecce il 12 novembre 2010. L'autore

del contratto, ma reca in sé alcune antinomie. Come emerge da una recente sentenza del Tar Lazio del 2010⁴⁶, infatti, da un lato, nel formulare la domanda *contro il contratto*, anche i *principi del foro* mostrano di ritenere che gli spazi di manovra del giudice siano rimasti sostanzialmente impregiudicati - “*per la declaratoria di inefficacia e/o annullamento e/o nullità e/o caducazione*” del contratto. Dall’altro, la puntuale applicazione dell’ultimo inciso della norma (sulla possibilità di subentro e la non necessità di retrocedere alla fase di gara) fa salvo il contratto sol perché la posizione del ricorrente nella graduatoria di gara non è tale da garantirgli il subentro⁴⁷.

coglie l’aspetto, per certi versi, paradossale della vicenda, sottolineando che “*le opzioni legislative prefigurano una sorta di “inversione logica” della questione, perché la disciplina processuale dovrebbe conformarsi al disegno sostanziale e non viceversa*”.

⁴⁶ Il riferimento è a Tar Lazio, Roma, I, 22 settembre n. 32375/2010, reperibile in www.giustamm.it.

⁴⁷ Così, nella sentenza del Tar Roma n. 32375, di cui alla precedente nota: “*In sostanza, al di fuori dei casi di inefficacia del contratto in ipotesi di violazioni gravi (ambito nel quale non rientra il caso oggetto di giudizio, ma le fattispecie di cui al citato art. 245-bis, d.lgs. n. 163/2006), il codice dei contratti pubblici, a seguito delle modifiche ed integrazioni intervenute a cura del d.lgs. n. 53/2010, lascia al giudice che annulla l’aggiudicazione definitiva la scelta di dichiarare o meno inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto dei seguenti elementi: 1) gli interessi delle parti; 2) l’effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l’aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati; 3) lo stato di esecuzione*”.

E va pure subito osservato che il combinato disposto che l'art. 245 *ter* forma con il successivo 245 *quinquies* può essere davvero fatale al ricorrente. Proprio il Tar romano, con una sentenza coeva a quella appena citata (la n. 32377, sez. I, dello stesso 22 settembre 2010), sulla base di una domanda di risarcimento in forma specifica non espressamente comprensiva della domanda di eventuale subentro e di una domanda di risarcimento per equivalente non sorretta da adeguate prove, ha finito per decidere con una pronuncia che, contestualmente, annulla l'atto di aggiudicazione ma nega sia il subentro che la sua monetizzazione⁴⁸.

del contratto; 4) la possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la relativa domanda sia stata proposta. Nella fattispecie, va considerato che la ricorrente si è classificata nella graduatoria avente ad oggetto il Lotto 19 al sesto posto e nella graduatoria avente ad oggetto il Lotto 20 al settimo posto, e che i vizi dell'aggiudicazione sopra evidenziati comportano l'obbligo per la Stazione appaltante di rinnovare la gara. Pertanto, il Collegio ritiene che tali elementi di valutazione inducono a rigettare la domanda proposta dalla ricorrente al fine di dichiarare l'inefficacia del citato contratto.

⁴⁸ Nella sentenza in commento, il Collegio, sul rilievo che il ricorrente, "pur avendo proposto domanda di risarcimento danni in forma specifica (oltre che per equivalente) non ha avanzato domanda di subentro nel rapporto contrattuale", ritiene di "non poter pronunciarsi nel senso dell'inefficacia del contratto considerato, da una parte, che la normativa richiamata richiede la domanda di parte ai fini del subentro in corso di rapporto, correttamente, considerando il subentro cosa diversa dall'instaurazione del rapporto contrattuale *ab initio*, e, dall'altra, che

la ricorrente non ha manifestato un tale interesse al subentro neanche in corso di causa (a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 53/2010) impedendo, così, di interpretare la domanda di risarcimento in forma specifica quale manifestazione di interesse al subentro. Ne consegue che il Collegio ritiene di non poter far conseguire l'inefficacia del contratto dall'annullamento dell'aggiudicazione". Cassata così la possibilità di attribuire un subentro non espressamente richiesto - cassata, in altre parole, la possibilità di risarcimento in forma specifica -, il giudice, dapprima, evidenzia gli elementi della fattispecie atti a dimostrare la mancanza di colpa nella "condotta provvedimento dell'Amministrazione", poi, prende in considerazione la domanda di risarcimento per equivalente, affermando: "In ogni caso, e passando all'esame del secondo degli aspetti evidenziati, va rilevato che il giudice può condannare l'Amministrazione a risarcire il danno patito dalla mancata aggiudicataria in presenza di una domanda di parte e della concreta dimostrazione del danno subito dall'operatore economico, come stabilito dall'art. 245-quinquies, co. 1, del codice dei contratti pubblici. La disposizione da ultimo citata, introdotta dal d.lgs. n. 53/2010, impone di ritenere che il risarcimento presuppone non solo una domanda di parte, ma anche la prova piena del danno, con specifico onere a carico del danneggiato. Ciò preclude al giudice di quantificare il danno in modo forfetario o in via equitativa, prendendo in considerazione, in particolare, il mancato utile 'presunto' della mancata aggiudicataria, potendo essere risarcito solo il danno concretamente provato in relazione all'offerta presentata in gara dalla danneggiata. Nella fattispecie, come detto, la D. Service S.r.l. non ha fornito elementi di valutazione al riguardo e, quindi, anche per tale ragione, la domanda di risarcimento per equivalente va respinta. 7. Alla luce delle considerazioni che precedono il Collegio ritiene che il ricorso sia fondato e debba essere accolto, nei sensi indicati in motivazione, con conseguente annullamento degli atti impugnati. 8. Sussistono giustificati motivi - legati all'applicazione della nuova disciplina sopra richiamata e alla complessità delle questioni trattate - per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite". Sulla distinzione tra interesse al subentro e interesse all'aggiudicazione ab origine del contratto, prima della riforma, si era già soffermato CdS, VI, sentenza del 25 gennaio 2008, n. 213, ove si osservava: "mentre l'interesse originario della impresa è indirizzato all'esecuzione dell'appalto per il suo complessivo valore, quale identificato dal bando di gara, la prestazione del servizio per un periodo di limitata durata introduce, invece, condizioni nuove negli aspetti economici ed organizzativi, che l'impresa può valutare con la più ampia sfera di autonomia con riguardo sia al diverso impegno di mezzi ed attrezzature, sia al mutato livello di remunerazione che ne può conseguire in relazione all'offerta presentata in sede di gara. Del resto, la possibilità di optare per il risarcimento per equivalente e di rifiutare l'esecuzione, ormai solo parziale, del giudicato deriva

Altro caso interessante è quello deciso, ancora a pochi mesi dall'entrata in vigore degli artt. 245 *bis* e *ter* del Codice, con sentenza n. 1107 del 10 giugno 2010, dalla seconda sezione del Tar Calabria. Qui il giudice, sulla base del contestuale accoglimento dei ricorsi principale ed incidentale in relazione ad una gara senza ulteriori concorrenti⁴⁹, ha deciso per

anche dall'applicazione del principio di carattere generale, desumibile dall'art. 1181 c.c., secondo cui il creditore può sempre rifiutare l'offerta di un adempimento parziale rispetto all'originaria configurazione del rapporto obbligatorio (ad un adempimento parziale è equiparabile la possibilità di consentire l'esecuzione solo parziale del contratto)".

⁴⁹ In termini analoghi, si veda pure CdS, sentenza del 26 febbraio 2010, n. 1135, ove i giudici di Palazzo Spada affermano: *"L'accoglimento del ricorso incidentale proposto in primo grado non avrebbe dovuto, tuttavia, indurre il giudice di prima istanza a dichiarare l'improcedibilità del ricorso principale. Come, invero, di recente sostenuto dall'Adunanza plenaria, nel caso (quale quello in esame) caratterizzato da un ricorso principale e da uno incidentale proposti dalle due uniche imprese ammesse alla gara, ciascuno dei quali è volto a far accertare che la controparte è stata illegittimamente ammessa alla gara, il giudice deve dare rilievo all'interesse alla ripetizione della gara, sicché non può essere applicato il principio della improcedibilità del ricorso principale, in caso di accoglimento del ricorso incidentale (operante con riguardo al caso di gara con più di due offerte ammesse): in tal caso vale la precisazione cui è giunta da tempo la giurisprudenza amministrativa e, cioè, che un'impresa è titolare di un interesse a ricorrere non solo quando mira ad ottenere l'aggiudicazione della gara cui abbia partecipato, ma anche quando, quale titolare di un interesse "strumentale", mira ad ottenere l'annullamento di tutti gli atti, affinché la gara sia ripetuta con l'indizione di un ulteriore bando. In tal caso non si può dunque affermare che sussisterebbe un interesse di mero fatto della ricorrente principale, quando l'accoglimento del ricorso incidentale evidenzia l'illegittimità dell'atto che l'abbia ammessa alla gara: infatti, la stessa ricorrente principale - pur non potendo ottenere l'aggiudicazione della gara - in base al principio "il più contiene il*

l'annullamento dell'aggiudicazione, la reiezione della richiesta di subentro e la riedizione della gara con conseguente riduzione temporale del contratto già stipulato con l'originario aggiudicatario⁵⁰.

meno", conserva l'interesse "minore" e "strumentale" a vedere esaminate le sue censure rivolte avverso l'atto di ammissione della aggiudicataria, e in via consequenziale avverso l'aggiudicazione, affinché anche questi siano annullati, per ottenere l'indizione di una gara ulteriore (Cons. Stato, Ad. Plen., 10 novembre 2008, n. 11)".

⁵⁰ Nel giudizio si discuteva dell'assegnazione di un appalto triennale di servizi di mensa a favore di un istituto scolastico. Il Tar calabrese, nell'accogliere sia il ricorso avverso l'atto di aggiudicazione che quello avverso la mancata esclusione del concorrente secondo in graduatoria – nell'appurare, cioè, che né l'uno né l'altro concorrente possedevano i requisiti de minimis per la partecipazione alla procedura di gara in contesa, ha affermato: "Se così è, deve ritenersi che nel caso che si decide, non ravvisandosi le violazioni più gravi e pur dovendo essere dichiarata l'inefficacia del contratto, stante l'obbligo di ripetizione della gara, sia consentito al Giudice di indicare una decorrenza dell'inefficacia conforme all'interesse pubblico che esige, nel caso concreto, la preservazione della continuità del servizio fino al termine dell'anno scolastico, valutato anche lo stato di esecuzione del contratto e ribadito che la ricorrente principale non avrebbe alcuna possibilità di subentrare immediatamente nel contratto, dovendo essere esclusa dalla gara alla pari dell'aggiudicataria. Pertanto, valutati gli interessi delle parti e bilanciati gli stessi con l'interesse pubblico, si ritiene giusto dichiarare l'inefficacia del contratto di appalto a decorrere dalla conclusione dell'anno scolastico in corso, fermo restando che la stazione appaltante, per l'effetto conformativo della presente sentenza, dovrà immediatamente avviare una nuova procedura per l'affidamento del servizio a decorrere dall'anno scolastico 2010-2011. Deve essere, infine, rigettata la domanda risarcitoria della ricorrente principale, perché genericamente formulata. In conclusione, il ricorso principale deve essere accolto e, per l'effetto, deve essere annullato il provvedimento impugnato con cui il Comune di Scalea ha disposto l'aggiudicazione definitiva alla ditta La Cascina global service s.r.l. del servizio di refezione per scuole materne, elementari e medie statali site nel

Poste le norme nel loro significato sistematico - e prendendo in considerazione pure l'inciso di cui al successivo art. 245 *quater* (l'articolo, come detto, disciplina *le sanzioni alternative*), con cui si è scelto di sanzionare, appunto, con dette sanzioni l'ipotesi in cui il contratto sia stato stipulato *“senza rispettare il termine dilatorio stabilito per la stipulazione del contratto, ovvero è stato stipulato senza rispettare la sospensione della stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, quando la violazione non abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e non abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento”*, sembra corretto sostenere che la norma trovi applicazione (esclusivamente) ai casi di *mera* violazione delle regole di gara. Lascia, perciò, perplessi la lettura di quella dottrina⁵¹ che, poco

Comune di Scalea per gli anni scolastici dal 2008-2009 al 2010-2011. Il ricorso incidentale deve essere accolto e, per l'effetto, deve essere annullato il provvedimento impugnato nella parte in cui non esclude dalla gara la ditta "Ristor". Il contratto di appalto deve essere dichiarato inefficace, per le prestazioni ancora da eseguire, a decorrere dalla conclusione dell'anno scolastico in corso. Le domande della ricorrente principale per la stipulazione del contratto e il risarcimento del danno devono essere rigettate".

⁵¹ V. Lopilato, *“Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi”*, che

dopo l'entrata in vigore delle norme in parola, osservava: *“Per individuare, pertanto, le ipotesi in cui il legislatore può scegliere il rimedio da applicare occorre avere riguardo alla seconda evenienza in cui concorrono più elementi a definirla (violazione del termine, “vizio proprio dell’aggiudicazione”, giudizio prognostico favorevole al ricorrente). Orbene, fermo restando ovviamente che deve sussistere un “vizio proprio dell’aggiudicazione”, le variabili sono rappresentate dalla violazione del termine e dal giudizio prognostico. Si può, pertanto, ipotizzare che: i) non è stato osservato il termine di sospensione, ma nondimeno manca il requisito della incidenza del vizio della procedura amministrativa sulle possibilità del ricorrente di ottenere l’affidamento; ii) è stato osservato il termine, il contratto viene stipulato dopo il periodo di sospensione (non avendo, ad esempio, il g.a. ritenuto di accogliere la domanda cautelare di sospensione), ma nella definizione della controversia, nel merito, si riscontra la sussistenza di un vizio*

riprende la relazione tenuta dall'autore all'incontro di studi su: *“Il sistema delle tutele in materia di aggiudicazione di appalti pubblici dopo il decreto 53/2010 di recepimento della direttiva ricorsi”*, organizzato dall'Università degli studi di Roma Tre il giorno 28 aprile 2010 (l'intervento è consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it).

dell'aggiudicazione che ha inciso ovvero (più realisticamente) non ha inciso sulle possibilità di affidamento. In altri termini, mi sembra che l'alternativa che deve sussistere per l'applicazione dell'art. 10 sia la seguente: violazione procedimentale ma non sostanziale "grave"; violazione sostanziale ("grave" e) non "grave", ma non procedimentale. In tutti questi casi, che non rientrano nell'ambito applicativo della norma di stretta imposizione comunitaria, il giudice potrebbe decidere di dichiarare ugualmente l'inefficacia del contratto all'esito di un bilanciamento degli interessi effettuato alla luce dei criteri indicati dalla norma stessa".

Tornando all'analisi delle norme, l'art. 245 *quater*, come detto, reca un complesso sistema sanzionatorio, che, pur sfuggendo al fuoco della presente ricerca, vale la pena di richiamare sinteticamente. In breve, la norma in parola, oltre all'inciso di cui all'ultimo comma poco sopra richiamato, statuisce che, per tutti i casi di salvezza del contratto nonostante la ricorrenza delle violazioni c.d. gravi, il giudice individua, alternativamente o cumulativamente (i) una sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante, (*"di importo dallo 0,5 per cento al 5 per cento del valore del contratto, inteso come prezzo di aggiudicazione"*) e (ii) la

riduzione della durata del contratto (*“ove possibile, da un minimo del dieci per cento ad un massimo del cinquanta per cento della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo”*). Col secondo comma dell’articolo, si chiarisce che le sanzioni, discusse in contraddittorio, devono essere *“effettive, dissuasive, proporzionate al valore del contratto, alla gravità della condotta della stazione appaltante e all'opera svolta dalla stazione appaltante per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione”* e che non possono ritenersi esaurite nell’ eventuale condanna al risarcimento dei danni (nei confronti del ricorrente pretermesso).

Infine, l’art. 245 *quinquies* chiarisce che (i) senza dichiarazione di inefficacia del contratto non v’è spazio per la riaggiudicazione, che, (ii) in caso negativo, spetta il risarcimento per equivalente alla parte che ne abbia fatto richiesta documentata, e che (iii) la mancata richiesta vale comportamento processuale *“valutabile ai sensi dell’art. 1227 c.c”*.

Dal canto suo, l’art. 246, nel richiamare gli articoli applicabili ai contratti relativi alle cosiddette opere strategiche di interesse nazionale, salta a piè pari l’art 245 ter, trova il modo di sottrarre

ancora una volta al giudice amministrativo (ed alla giurisdizione tutta) il vaglio su tale genere di contratti. Questi ultimi, sostanzialmente vengono fatti salvi per tutte le ipotesi ordinarie. E va considerato che, se pur essi sottostanno alla disciplina di cui all'art. 245 bis (violazioni gravi), resta a portata di mano la valvola di sicurezza delle esigenze imperative di cui al suo comma 2. Data l'oggetto dei contratti in parola, non è, in altre parole possibile escludere che un orientamento del giudice amministrativo quanto mai attento alle prerogative dell'amministrazione attiva non finisca per depotenziare totalmente la portata innovativa delle nuove norme in questa specifica ipotesi.

La scelta, in ogni caso, è stata oggetto di integrale conferma allorquando il legislatore delegato (dall'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69) ha varato, con d. lgs. n. 104 del 2 luglio 2010, il nuovo codice del processo amministrativo. All'interno di tale nuovo strumento, infatti, con gli articoli 120, 121, 122, 123, 124 e 125, ha assorbito, come riformate dal precedente decreto 53, le norme del codice appalti che si sono appena richiamate.

CAPITOLO II

IL REGIME DELLE COMUNICAZIONI. NEL VECCHIO SISTEMA. NELLE NUOVE NORME DEL CODICE APPALTI.

1. Obbligo e modalità di comunicazione prima delle direttive 17 e 18 del 2004 e del d. lgs. n. 162 del 2006. Come detto, uno dei punti qualificanti della riforma intervenuta sotto l'impulso della direttiva del 2006 è proprio quello riguardante il regime delle comunicazioni che alla stazione appaltante spetta effettuare nei confronti dei soggetti *latu sensu* coinvolti nella procedura di gara. È bene perciò ricordare brevemente l'evoluzione delle norme regolanti questo specifico aspetto.

1.1 Lavori La legge Merloni (Legge Quadro in materia di lavori pubblici) non prevedeva alcun obbligo di comunicare ai partecipanti alla procedura di gara l'avvenuta aggiudicazione. Il D.P.R. n. 554 del 1999 (Regolamento di attuazione della legge

quadro in materia di lavori pubblici 11.02.1994/109 e s.m.i.), all'art. 76 *"procedure di scelta del contraente"* stabiliva al comma 3 che *"le stazioni appaltanti comunicano ai candidati od offerenti che lo richiedano le decisioni assunte riguardo all'aggiudicazione o alla mancata aggiudicazione dell'appalto, o l'eventuale decisione di avviare nuova procedura di affidamento [...] Le stazioni appaltanti comunicano altresì ad ogni candidato o offerente non ammesso alla gara o non selezionato che lo richieda, nei quindici giorni successivi al ricevimento della domanda, i motivi della mancata ammissione o del rigetto della sua offerta, e della scelta dell'offerta vincente, ove non ostino motivi di pubblico interesse"* Dunque a richiesta risposta, nessun automatismo nella comunicazione.

L'art. 20 della legge n. 55 del 1990, prevedeva, però, (proprio in adempimento ai primi obblighi comunitari di pubblicità e trasparenza) - per gli appalti di lavori - l'obbligo di pubblicare (per le gare al di sopra di un certo importo) il nominativo dell'*"impresa vincitrice o prescelta indicando il sistema di aggiudicazione adottato"*. Dunque un obbligo di pubblicazione ma non di comunicazione diretta ai destinatari.

1.2 Servizi e forniture. Stessa logica - ma senza obbligo di pubblicazione - nei settori dei servizi e delle forniture, dove gli artt. 27 dei d. lgs. 157 e 158 del 1995 (recanti, rispettivamente, attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi e attuazione delle direttive 90/531/CEE e 93/38/CEE relative alle procedure di appalti nei settori esclusi) e l'art. 21 del D. Lgs n. 358 del 24 luglio 1992 (Testo Unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture, in attuazione delle direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE) prevedevano la comunicazione ai soggetti che lo richiedevano tramite istanze scritte delle ragioni di rigetto della loro domanda, delle caratteristiche dell'offerta selezionata e del nome del concorrente aggiudicatario.

Tali previsioni della normativa nazionale rispecchiavano le prescrizioni dettate in ambito comunitario dove era stabilita la regola del rilascio delle informazioni ai soli soggetti che ne facessero richiesta (cfr. art. 12 Direttiva 92/50/CEE per i servizi; art. 7 direttiva 93/36/CEE per le forniture ecc).

Quanto alle modalità di comunicazione, non vi erano previsioni di dettaglio, ma solo l'indicazione che le comunicazioni da parte della stazione appaltante dovessero essere fatte per iscritto.

1.3. Obbligo e modalità di comunicazione nelle direttive 17 e 18 del 2004/CE e del d. lgs. n. 162 del 2006. Con le Direttive 2004/17/CEE e 2004/18/CEE (relative, rispettivamente, al coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali e al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi) diviene automatico l'obbligo di comunicare subito alcune informazioni. Gli artt. 49 e 41 delle direttive 17 e 18, prevedono, infatti che *“Le amministrazioni aggiudicatrici informano quanto prima possibile i candidati e gli offerenti delle decisioni prese riguardo alla conclusione di un accordo quadro, all'aggiudicazione di un appalto o all'ammissione in un sistema dinamico di acquisizione, ivi compresi i motivi per i quali hanno rinunciato a concludere un accordo quadro, ad aggiudicare un appalto per il quale è stata indetta una gara e*

di riavviare la procedura o ad attuare di un sistema dinamico di acquisizione; tale informazione è fornita per iscritto se ne è fatta richiesta alle amministrazioni aggiudicatrici". Su richiesta della parte interessata vengono invece rilasciate le notizie relative ai motivi di esclusione, alle ragioni di aggiudicazione ecc.

Dopo le direttive e prima dell'emanazione del D. Lgs. n. 163/2006, già l'art. 24 della legge n. 62 del 18 aprile 2005 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee. Legge Comunitaria 2004 - recante all'art. 25 la Delega al Governo per l'attuazione delle direttive 17 e 18/2004/CE) ha previsto (al comma 10) che *"l'amministrazione aggiudicatrice ovvero il soggetto aggiudicatore di un appalto pubblico, all'atto di una aggiudicazione definitiva, ne invia comunicazione ai concorrenti non aggiudicatari, provvedendo allo svincolo delle garanzie provvisorie eventualmente prestate da questi soggetti per la partecipazione alla gara"*. Fa ingresso dunque nell'ordinamento nazionale l'obbligo di comunicazione a prescindere dalla richiesta del candidato.

La prima formulazione dell'art. 79 del d. lgs. n. 163/2006 (cod. contr.), recante *"informazioni circa i mancati inviti, le esclusioni e le*

aggiudicazioni”, in attuazione alle direttive comunitarie (artt. 41 e 49 delle direttive 17 e 18 del 2001), ha previsto al comma 5 la comunicazione automatica e immediata a tutti i partecipanti alla gara e ai soggetti esclusi di alcune informazioni: l’avvenuta aggiudicazione e l’esclusione disposta nei confronti di alcuno dei candidati.

A seguito della lettera di messa in mora del gennaio 2008, il terzo decreto correttivo d. lgs. n. 152 del 2008, ha altresì previsto la comunicazione automatica anche della decisione di non procedere all’aggiudicazione di un appalto o alla conclusione di un accordo quadro (introducendo la lettera b-bis) al comma 5).

Resta, invece, ad impulso di parte, il rilascio di informazioni relative ai motivi di rigetto di una candidatura, ai motivi di esclusione di una offerta e ai motivi di scelta dell’aggiudicatario.

I destinatari delle comunicazioni automatiche sono individuati dal comma 5 e sono: (quanto all’aggiudicazione) tutti i candidati che hanno presentato un’offerta ammessa alla gara e coloro che sono stati esclusi purché abbiano proposto ricorso o siano ancora in termine per presentarlo; (quanto all’esclusione) i candidati o

gli offerenti esclusi; (quanto alla decisione di non procedere all'aggiudicazione) tutti i candidati.

Le comunicazioni d'ufficio avvengono in forma scritta nel termine di cinque giorni dall'avvenuta aggiudicazione, esclusione o decisione di non procedere all'aggiudicazione dell'appalto. Mentre, nel caso di comunicazioni ad istanza di parte, avvengono sempre per iscritto, ma non oltre quindici giorni dalla richiesta (redatta sempre in forma scritta). Si tratta comunque di termini ordinatori, al cui mancato rispetto non è ancorata alcuna sanzione, ma solo la decorrenza del termine per proporre impugnazione avverso il provvedimento adottato dalla stazione appaltante (in quanto funzionale alla effettiva conoscenza dei provvedimenti lesivi).

2. L'importanza della comunicazione nella vecchia formulazione dell'art. 79. Dalla comunicazione dell'aggiudicazione (e dell'esclusione) decorrono alcuni termini importanti: quello per la proposizione del ricorso e - nel caso dell'aggiudicazione - quello per la stipula del contratto.

La comunicazione dell'aggiudicazione consente poi di avere contezza del momento in cui è possibile accedere alla documentazione la cui visione è differita ex art. 13, comma 2.

Sebbene le direttive comunitarie del 2004 e la direttiva ricorsi 89/665/CE, non avessero previsto nulla circa la necessità di stabilire un termine minimo di *"rispetto"* tra l'aggiudicazione dell'appalto, l'art. 11 del cod. contr. ha già previsto che *"il contratto non può essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, ai sensi dell'art. 79..."*.

Il mancato rispetto del termine però non comporta alcuna conseguenza in ordine alla sorte del contratto.

Il panorama cambia a seguito dell'emanazione della Direttiva ricorsi e del d. lgs. di attuazione.

2.1. Obbligo e modalità di comunicazione nella direttiva ricorsi 2007/66/CE e nel decreto attuativo della direttiva emanato ex art. 44 legge n. 88/2009.

La Direttiva ricorsi ha mostrato particolare attenzione per la tematica della comunicazione e del contenuto dei provvedimenti adottati dalla stazione appaltante nel corso di una procedura di gara. La conoscenza da parte dei candidati e/o offerenti dei provvedimenti che li riguardano deve essere tempestiva e il più completa possibile, facendo derivare dal mancato adempimento di tali obblighi conseguenze molto gravi, fino a giungere alla caducazione dello stesso contratto.

Il considerando n. 6 prevede che *“il termine sospensivo dovrebbe consentire agli offerenti interessati sufficiente tempo per esaminare la decisione d’aggiudicazione dell’appalto e valutare se sia opportuno avviare una procedura di ricorso. Quando la decisione di aggiudicazione è loro notificata, gli offerenti interessati dovrebbero ricevere le informazioni pertinenti, che sono loro indispensabili per presentare un ricorso efficace. Lo stesso vale di conseguenza per i candidati se l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore non hanno messo tempestivamente a disposizione informazioni circa il rigetto della loro domanda”*.

Il considerando n. 7, poi, chiarisce cosa debba intendersi per *“informazioni pertinenti”* e cioè *“una relazione sintetica dei motivi*

pertinenti, come disposto dall'art. 41 della direttiva 2004/18/CE e dall'art. 49 della direttiva 2004/17/CE [...]Dato che il termine sospensivo varia da uno Stato membro all'altro, è inoltre importante che gli offerenti e i candidati interessati siano informati del termine effettivo a loro disposizione per esperire la procedura di ricorso”.

Andando alle norme, l'art. 2 bis., Par. 2, (termine sospensivo) prevede che: “ (...) La conclusione di un contratto in seguito alla decisione di aggiudicazione di un appalto disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE non può avvenire prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione di aggiudicazione dell'appalto è stata inviata agli offerenti e ai candidati interessati, se la spedizione è avvenuta per fax o per via elettronica, oppure se la spedizione è avvenuta con altri mezzi di comunicazione prima dello scadere di un termine di almeno quindici giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui è stata inviata la decisione di aggiudicazione dell'appalto agli offerenti e ai candidati interessati, o di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di ricezione della decisione di aggiudicazione dell'appalto. Gli offerenti sono considerati interessati se non sono già stati definitivamente esclusi. L'esclusione è definitiva se è stata

comunicata agli offerenti interessati e se è stata ritenuta legittima da un organo di ricorso indipendente o se non può più essere oggetto di una procedura di ricorso. I candidati sono considerati interessati se l'amministrazione aggiudicatrice non ha messo a disposizione informazioni circa il rigetto della loro domanda prima della notifica della decisione di aggiudicazione dell'appalto agli offerenti interessati.

La comunicazione della decisione di aggiudicazione ad ogni offerente e candidato interessato è accompagnata da: - una relazione sintetica dei motivi pertinenti di cui all'articolo 41, paragrafo 2, della direttiva 2004/18/CE, fatte salve le disposizioni dell'articolo 41, paragrafo 3, della medesima, e - una precisa indicazione del termine sospensivo esatto applicabile conformemente alle disposizioni della legislazione nazionale di trasposizione del presente paragrafo".

L'art. 2 quater, prevede poi che: "Quando uno Stato membro stabilisce che qualsiasi ricorso avverso una decisione presa da un'amministrazione aggiudicatrice nel quadro di o in relazione ad una procedura di aggiudicazione di un appalto disciplinata dalla direttiva 2004/18/CE debba essere presentato prima dello scadere di un determinato termine, quest'ultimo è di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione

dell'amministrazione aggiudicatrice è stata inviata all'offerente o al candidato, se la spedizione è avvenuta per fax o per via elettronica, oppure, se la spedizione è avvenuta con altri mezzi di comunicazione, di almeno quindici giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice è stata inviata all'offerente o al candidato o di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di ricezione della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice. La comunicazione della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice ad ogni offerente o candidato è accompagnata da una relazione sintetica dei motivi pertinenti. In caso di presentazione di un ricorso relativo alle decisioni di cui all'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), della presente direttiva che non sono soggette ad una notifica specifica, il termine è di almeno dieci giorni civili dalla data della pubblicazione della decisione di cui trattasi".

E' previsto un periodo di *stand-still*⁵² che decorre dalla comunicazione dell'aggiudicazione. Il mancato rispetto di detto termine comporta, ai sensi dell'art. 2 *quinquies*, par. 1, la perdita degli effetti del contratto sottoscritto. La Direttiva ricorsi 2007/66/CEE dunque ha reso doveroso il rispetto dello *stand still*

già previsto nella normativa nazionale (art. 11), pena la caducazione del contratto.

3. La delega di cui all'art. 44 l. 88/09; la bozza di decreto legislativo e le osservazioni del Consiglio di Stato. Con la c.d. legge comunitaria del 2008 (la legge n. 88 del 2009), il parlamento italiano ha conferito al Governo una delega per l'emanazione di un decreto legislativo che recepisce le indicazioni contenute nella dir. 66. La delega era contenuta nell'art. 44⁵³, e chiamava il

⁵³ Art. 44. (Delega al Governo per l'attuazione della direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici) 1. *Il Governo è delegato ad adottare, entro il termine e con le modalità di cui all'articolo 1, uno o più decreti legislativi volti a recepire la direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici. Sugli schemi dei decreti legislativi è acquisito il parere del Consiglio di Stato. Decorsi quarantacinque giorni dalla data di trasmissione, i decreti sono emanati anche in mancanza del parere.* 2. *Entro due anni dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi previsti dal comma 1, possono essere emanate disposizioni correttive e integrative nel rispetto delle medesime procedure di cui al citato comma 1.* 3. *Ai fini della delega di cui al presente articolo, per stazione appaltante si intendono i soggetti di cui agli articoli 32 e 207 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, e ogni altro soggetto tenuto, secondo il diritto comunitario o nazionale, al rispetto di procedure o principi di evidenza pubblica nell'affidamento di contratti relativi a lavori, servizi o forniture. I decreti*

legislativi di cui al comma 1 sono adottati nel rispetto dei principi e criteri direttivi generali di cui all'articolo 2, nonché dei seguenti principi e criteri direttivi specifici: a) circoscrivere il recepimento alle disposizioni elencate nel presente articolo e comunque a quanto necessario per rendere il quadro normativo vigente in tema di tutela giurisdizionale conforme alle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, come modificate dalla direttiva 2007/66/CE, previa verifica della coerenza con tali direttive degli istituti processuali già vigenti e già adeguati, anche alla luce della giurisprudenza comunitaria e nazionale, e inserendo coerentemente i nuovi istituti nel vigente sistema processuale, nel rispetto del diritto di difesa e dei principi di effettività della tutela giurisdizionale e di ragionevole durata del processo; b) assicurare un quadro processuale omogeneo per tutti i contratti contemplati dal citato codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ancorché non rientranti nell'ambito di applicazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, e operare un recepimento unitario delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, come modificate dalla direttiva 2007/66/CE; c) assicurare il coordinamento con il vigente sistema processuale, prevedendo le abrogazioni necessarie; d) recepire integralmente l'articolo 1, paragrafo 4, della direttiva 89/665/CEE e l'articolo 1, paragrafo 4, della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, prevedendo, inoltre, che la stazione appaltante, tempestivamente informata dell'imminente proposizione di un ricorso giurisdizionale, con una indicazione sommaria dei relativi motivi, si pronunci valutando se intervenire o meno in autotutela; e) recepire gli articoli 2-bis e 2-ter, lettera b), della direttiva 89/665/CEE e gli articoli 2-bis e 2-ter, lettera b), della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, fissando un termine dilatorio per la stipula del contratto e prevedendo termini e mezzi certi per la comunicazione a tutti gli interessati del provvedimento di aggiudicazione e degli altri provvedimenti adottati in corso di procedura; f) recepire l'articolo 2, paragrafo 6, e l'articolo 2-quater della direttiva 89/665/CEE, nonché l'articolo 2, paragrafo 1, ultimo capoverso, e l'articolo 2-quater della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, prevedendo 1) che i provvedimenti delle procedure di affidamento sono impugnati entro un termine non superiore a trenta giorni dalla ricezione e i bandi entro un termine non superiore a trenta giorni dalla pubblicazione; Inoltre, dopo un chiarimento su oggetto e tempi delle impugnazioni (si veda il n. 2 della lett. f. del comma 3) e sulla velocità dei ricorsi (si vedano i nn. 3, 4 e 5, ancora alla lett. f del comma 3), al governo, quanto al recepimento delle norme comunitarie in materia di sospensione della facoltà di stipula a seguito di impugnazione di un atto della procedura di gara, veniva chiesto di prevedere l'inderogabilità della competenza dei tribunali amministrativi regionali, sia per materia per connessione, con rilevabilità d'ufficio (n. 1 della lett. g del comma 3) e 2) che i bandi, ove immediatamente lesivi, e le esclusioni sono

impugnati autonomamente e non possono essere contestati con l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, mentre tutti gli altri atti delle procedure di affidamento sono impugnati con l'aggiudicazione definitiva, fatta comunque salva l'eventuale riunione dei procedimenti; 3) che il rito processuale davanti al giudice amministrativo si svolge con la massima celerità e immediatezza nel rispetto del contraddittorio e della prova, con razionalizzazione e abbreviazione dei vigenti termini di deposito del ricorso, costituzione delle altre parti, motivi aggiunti, ricorsi incidentali; 4) che tutti i ricorsi e scritti di parte e provvedimenti del giudice hanno forma sintetica; 5) che tutti i ricorsi relativi alla medesima procedura di affidamento sono concentrati nel medesimo giudizio ovvero riuniti, se ciò non ostacoli le esigenze di celere definizione; g) recepire l'articolo 2, paragrafi 3 e 4, della direttiva 89/665/CEE e l'articolo 2, paragrafi 3 e 3-bis, della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, prevedendo la sospensione della stipulazione del contratto in caso di proposizione di ricorso giurisdizionale avverso un provvedimento di aggiudicazione definitiva, accompagnato da contestuale domanda cautelare, e rivolto al giudice competente, con i seguenti criteri 1) la competenza, sia territoriale che per materia, è inderogabile e rilevabile d'ufficio prima di ogni altra questione 2) la preclusione alla stipulazione del contratto opera fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare definitivo, ovvero fino alla pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado, in udienza o entro i successivi sette giorni, se la causa può essere decisa nel merito nella camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare; 3) il termine per l'impugnazione del provvedimento cautelare è di quindici giorni dalla sua comunicazione o dall'eventuale notifica, se anteriore; h) recepire gli articoli 2, paragrafo 7, 2-quinquies, 2-sexies e 3-bis della direttiva 89/665/CEE e gli articoli 2, paragrafo 6, 2-quinquies, 2-sexies e 3-bis della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, nell'ambito di una giurisdizione esclusiva e di merito, con i seguenti criteri: 1) prevedere la privazione di effetti del contratto nei casi di cui all'articolo 2-quinquies, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 89/665/CEE e all'articolo 2-quinquies, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 92/13/CEE, con le deroghe e i temperamenti ivi previsti, lasciando al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti retroattiva o limitata alle prestazioni da eseguire; 2) nel caso di cui all'articolo 2-sexies, paragrafo 1, della direttiva 89/665/CEE e all'articolo 2-sexies, paragrafo 1, della direttiva 92/13/CEE, lasciare al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, e sanzioni alternative; 3) fuori dei casi di cui ai numeri 1) e 2), lasciare al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti

governo innanzitutto a verificare “la coerenza” delle nuove disposizioni con “gli istituti processuali già vigenti e già adeguati”, anche alla luce della giurisprudenza comunitaria e nazionale (comma 3, lett. a). Al governo, poi, si chiedeva di dettare per i contratti regolati dal c.d. Codice Appalti una disciplina processuale omogenea, che regolasse in maniera unitaria tanto le procedure disciplinate dalle direttive 2004/17 e 18, quanto quelle non ricadenti nel loro ambito di applicazione (comma 3, lett. b).

nei casi concreti, tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, ovvero risarcimento per equivalente del danno subito e comprovato; 4) disciplinare le sanzioni alternative fissando i limiti minimi e massimi delle stesse; i) recepire l'articolo 2-septies della direttiva 89/665/CEE e l'articolo 2-septies della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, prevedendo i termini minimi di ricorso di cui al paragrafo 1, lettere a) e b), dei citati articoli 2-septies, e il termine di trenta giorni nel caso di cui al paragrafo 2 dei citati articoli 2-septies; l) recepire gli articoli 3 e 4 della direttiva 89/665/CEE e gli articoli 8 e 12 della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, individuando il Ministero competente e il procedimento; m) dettare disposizioni razionalizzatrici dell'arbitrato, secondo i seguenti criteri: 1) incentivare l'accordo bonario; 2) prevedere l'arbitrato come ordinario rimedio alternativo al giudizio civile; 3) prevedere che le stazioni appaltanti indichino fin dal bando o avviso di indizione della gara se il contratto conterrà o meno la clausola arbitrale, proibendo contestualmente il ricorso al negozio compromissorio successivamente alla stipula del contratto; 4) contenere i costi del giudizio arbitrale; 5) prevedere misure acceleratorie del giudizio di impugnazione del lodo arbitrale. 4. Resta ferma la disciplina di cui all'articolo 20, comma 8, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, nei limiti temporali ivi previsti. 5. Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. 6. Le amministrazioni provvedono agli adempimenti previsti dall'attuazione del presente articolo con le risorse umane, strumentali e finanziarie previste a legislazione vigente.

Quanto ai contenuti sostanziali della direttiva (e del decreto di recepimento), la delega imponeva al governo l'esercizio della facoltà ad esso riservata (si veda la nuova formulazione dell'art. 1.5 delle direttive nn. 665 e 13) in ordine alla possibilità di prevedere in capo ai potenziali ricorrenti l'obbligo di una previa comunicazione all'amministrazione appaltante (comma 3, lett. d). Inoltre, in relazione a tale obbligo di avviso preventivo, la stessa delega richiedeva al governo di prevedere in capo alla medesima amministrazione l'obbligo (?) di pronunciarsi espressamente sulle contestazioni avanzate con l'avviso in parola, esercitando o meno l'autotutela.

Inoltre, quanto ai termini impugnatori, di cui le nuove norme comunitarie indicavano solo la durata minima (10 gg), la delega ne indicava direttamente uno, di 30 giorni, valido sia per gli atti della procedura (e, in questo caso, decorrente dalla data di ricezione dell'atto), sia per i bandi (stavolta con decorrenza dalla data di pubblicazione)⁵⁴

⁵⁴ Cfr. il comma 3, lett. f, n. 1, dell'art. 44 della legge delega.

4. Il nuovo sistema. Il recepimento della direttiva e le modifiche all'art. 79 del codice appalti. Si passa subito a dare atto delle modifiche che il legislatore delegato, nell'assolvimento dell'obbligo di recepimento delle prescrizioni comunitarie, ha apportato all'art. 79.

Va, però, premesso che, in realtà, l'articolo in parola ha subito - specie se si scelga di tralasciare l'intervento sul diritto di accesso, che potrebbe ancora trovare una diversa collocazione - modifiche tutto sommato modeste. Esso, infatti - e nelle relazioni di accompagnamento allo schema di decreto il legislatore lo ripete più volte -, già nell'originaria formulazione presentava rilevanti punti di contatto con le prescrizioni che sarebbero maturate, in sede comunitaria, con la direttiva 66.

Ovviamente non può parlarsi di continuità, perché le novità non mancano. Ciò che, però, sembra davvero cambiato è il peso specifico che le comunicazioni disciplinate dall'art. 79 acquisiscono nel nuovo sistema. Il tema esula dall'oggetto dell'intervento, e qui si può solo ricordare che, mentre, secondo le vecchie norme, la mancata comunicazione rilevava solo in

termini di mancata conoscenza dell'atto lesivo e, conseguentemente, in ordine alla tardività di eventuali impugnazioni, oggi essa - con il concorso di ulteriori violazioni alle direttive 17 e 18 del 2004 - può portare alla "*privazione degli effetti del contratto*" medio tempore stipulato (cfr. l' art. 9 dello schema di decreto, che introduce nel Codice degli appalti, l'art. 245 bis, rubricato: "*inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni*")

Ora, tornando al tema che ci occupa, ecco le principali modifiche:

i) Innanzitutto, nella rubrica dell'art. 79 hanno trovato posto nuovi riferimenti normativi. Sono stati aggiunti quelli:

- all'art. 44, co. 3, lett. b) ed e), della l. 88/2009 (l'articolo recante la delega legislativa);

-agli artt. 2-bis, quater, e septies, par. 1, lett. a), secondo trattino, direttive 89/665 e 92/13, come modificati dalla direttiva 66 (gli articoli che recano le principali modifiche da introdurre nelle pertinenti discipline nazionali).

ii) Ha trovato, poi, nuova formulazione la lettera a) del comma 5
- comma che impone all'amministrazione di procedere d'ufficio
ad una serie di comunicazioni. In particolare:

-è stato specificato che l'aggiudicazione da comunicare entro 5
giorni è quella definitiva;

-è stato riformulato il periodo relativo alla comunicazione nei
confronti dei soggetti esclusi; nel nuovo testo, infatti, è fatto
espreso riferimento alle "*candidature*" colpite da esclusione - "*a
coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse, se hanno proposto
impugnazione avverso l'esclusione o sono in termini per presentare
dette impugnazioni*". Nella vecchia versione, dopo il riferimento ai
candidati la cui offerta fosse stata ammessa, si indicavano,
genericamente, "*coloro la cui offerta sia stata esclusa*".

-il diritto alla comunicazione è stato esteso a coloro che abbiano
impugnato il bando (sempre che l'impugnazione non sia già
stata respinta con pronuncia giurisdizionale definitiva);

Sono poi stati aggiunti i commi 5 bis, 5 ter, 5 quater, 5 quinquies⁵⁵.

iv) Con il comma 5 bis, si è scelto di dettare una disciplina analitica delle forme delle comunicazioni e dei relativi contenuti *de minimis*. La norma prevede in via generale la forma scritta e richiede, alternativamente: la raccomandata con avviso di ricevimento, la notificazione, la posta elettronica certificata ed il fax. Il candidato o offerente è quindi tenuto a dare le necessarie indicazioni, in sede di presentazione della propria candidatura o offerta. Perché la comunicazione possa essere effettuata ricorrendo al fax occorre la loro specifica autorizzazione. L'invio tramite posta o notificazione sono di regola raddoppiati da contestuale comunicazione mediante fax o posta elettronica.

Quanto ai contenuti minimi, è prevista la comunicazione del provvedimento e della relativa motivazione (per l'assolvimento

⁵⁵ Si noti che, nelle prime stesure dello schema di decreto legislativo, tali commi avevano assunto la numerazione ordinaria (6,7,8). Nella stesura successiva al parere del Consiglio di Stato, invece, si è scelto di fare riferimento alla sottonumerazione in numeri romani, probabilmente per consentire agli addetti ai lavori di tenere più agevolmente conto delle progressive modifiche subite dall'art. 79, dal 2006 ad oggi.

di tale ultimo obbligo l'art. 5 bis rimanda al comma 2, lett. c, del medesimo art. 79, a norma del quale vanno comunicate "le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata, il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto o delle parti dell'accordo quadro"). È fatto espressamente salvo il comma 4, sull'omissione di talune informazioni nell'ambito delle comunicazioni della P.A.⁵⁶. Inoltre, si riconosce la possibilità che l'onere di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, dell'esclusione e della decisione di non procedere all'aggiudicazione (o di non stipulare l'accordo quadro) venga assolto mediante invio dei verbali di gara, e che quello relativo alla stipula del contratto (introdotto, come detto, dalla lettera b-ter del comma 5) consista nel mero richiamo della motivazione del provvedimento di aggiudicazione, se già inviato. Al chiaro fine di evitare termini sospensivi *sfalsati* per ciascuno degli aventi diritto alle comunicazioni, è poi previsto che, salvi i casi di

⁵⁶ In particolare, il comma 4 dell'art. 79 disciplina le ipotesi in cui la diffusione di talune informazioni relative all'aggiudicazione dei contratti o alla conclusione degli accordi-quadro, essendo di ostacolo all'applicazione della legge, o contraria all'interesse pubblico, o pregiudizievole agli interessi commerciali dei soggetti aggiudicatari, o alla leale concorrenza tra tutti i competitori, può essere omessa dalla stazione appaltante con atto motivato.

oggettiva impossibilità, le comunicazioni concernenti, rispettivamente, aggiudicazione e stipula (nonché i relativi avvisi di spedizione) siano inviate nella stessa data.

Come è evidente, a fronte di prescrizioni alquanto *leggere* quanto ai contenuti delle comunicazioni (leggere e, tutto sommato, assai vicine alla previgente disciplina), alle forme è dedicata una disciplina estremamente analitica. In sede consultiva, perciò, il Consiglio di Stato aveva utilizzato, evidentemente in chiave critica, la formula *“minuziose regole, le quali potrebbero essere opportunamente ridimensionate”*, ed aveva pure suggerito una collocazione alternativa, o nell’ambito delle regole generali del codice, o, addirittura, in sede di regolamento attuativo. Il legislatore, però, con l’ultima versione dello schema di decreto, non ha ritenuto di recepire tali suggerimenti – se non nei limiti di una formulazione maggiormente semplice ed organica delle medesime prescrizioni- , e, nella relazione di accompagnamento, ha precisato come *“il livello di dettaglio raggiunto”* mirasse a dare *“puntuale attuazione al criterio di delega che prevede termini e mezzi certi di comunicazione”*.

v) Dell'art. 5-ter va detto che ha previsto, come contenuto obbligatorio delle comunicazioni relative ad aggiudicazione ed esclusione (*id est*, alle comunicazioni di cui alla lett. a) e b) del comma 5), l'indicazione della "*data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto*". Ora, nell'ipotesi di comunicazione dell'aggiudicazione, *nulla quaestio*. Cosa dire, però, dell'obbligo di comunicare precisamente il *dies a quo* dello *standstill* già al momento delle eventuali esclusioni (in un momento, cioè, in cui, verosimilmente, non è intervenuta alcuna aggiudicazione né se ne possono prevedere infallibilmente i tempi concreti)?

Si noti che, nella bozza di schema su cui il Consiglio di Stato ha espresso il proprio parere, si era scelta una formula molto più generica - "*le comunicazioni di cui al comma 5, lett. a) e b) indicano la durata e la decorrenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto (...)*". Sembra, per vero, che tale formula consentisse di dare assetti diversi all' onere che la norma in parola imputa all'amministrazione nelle diverse ipotesi, di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva e dell'esclusione. La nuova

formulazione è stata (letteralmente) dettata dal Consiglio di Stato, rincorrendo espressamente l'obiettivo di una "*maggior semplificazione*"⁵⁷. Sembrerebbe, però, che i problemi creati siano maggiori di quelli che si intendeva risolvere.

vi) Il comma 5-quater ha poi introdotto una disciplina dell'accesso agli atti del procedimento di gara che opera significative deroghe alle norme che, in via generale, regolerebbero l'istituto. Tale disciplina è evidentemente modellata su quella già prevista dall'art. 20 del D.L. 185 del 2008⁵⁸, che, per le c.d.d. *opere strategiche*, già prevedeva significativi scollamenti con la normativa *ordinaria*.

In particolare, fermi i divieti e i differimenti già previsti dall'art. 13 del Codice appalti (che regola in via generale il diritto

⁵⁷ Il Consiglio di Stato (cfr. il parere della Commissione speciale del 25 gennaio 2010), con singolare scetticismo sulle capacità di calcolo matematico elementare dei vari soggetti coinvolti nella procedura di gara, aveva addirittura suggerito che la norma indicasse "*con chiarezza la data a partire dalla quale il contratto potrà essere stipulato, in modo da evitare che i destinatari delle comunicazioni debbano esercitarsi nel computo dei termini*" (sic!).

⁵⁸ L'art. 20 del Decreto legge 185/2008 recava "*norme straordinarie per la velocizzazione delle procedure esecutive di progetti facenti parte del quadro strategico nazionale e simmetrica modifica del relativo regime di contenzioso amministrativo*"

d'accesso nell'ambito delle procedure di gara), si è scelto di liberare l'esercizio di tale diritto da ogni adempimento formale - salvi, come detto, i casi di differimento o divieto ai sensi dell'art. 13, dei quali si deve fare puntuale menzione già nelle comunicazioni di cui al comma 5, "*non occorre istanza scritta*" - e di negare espressamente un qualche potere in capo all'amministrazione - "*non occorre (...) provvedimento di ammissione*". Il termine, sensibilmente inferiore a quello ordinario, è di dieci giorni a partire dalla comunicazione. Infine, è espressamente stabilito che il diritto di accesso si eserciti mediante "*visione ed estrazione di copia*".

vii) Infine, per rendere effettivo il rispetto delle forme e modalità di comunicazione individuate dal comma 5-bis, è stato introdotto il comma 5-quinquies, a norma del quale il bando o l'avviso di gara (e, nelle procedure senza bando, l'invito) obbligano esplicitamente il candidato o concorrente di indicare, in sede di presentazione dell'offerta o della candidatura, il domicilio eletto per le comunicazioni. L'inserimento di clausole che impongano l'indicazione di un indirizzo di posta elettronica o di un numero di fax resta, invece, facoltativa.

5. Considerazioni critiche. La comunicazione dell'aggiudicazione sembra un momento formale del procedimento di gara, ed in linea teorica un segmento procedurale esterno, in quanto successivo, al provvedimento che ne costituisce l'oggetto. E, fino a ieri, come tale è stata trattata, dalle amministrazioni e dal giudice. È noto che le stazioni appaltanti, finora, non hanno sempre rispettato le prescrizioni dell'art. 79 (mancanza, tardività, incompletezza). Altrettanto noto che il giudice amministrativo si sia progressivamente convinto del carattere meramente ordinatorio dei termini dettati dalla norma in parola ed abbia circoscritto la rilevanza di eventuali irregolarità - nel rispetto dei termini stessi - al mero problema della tardività nella presentazione di eventuali ricorsi .

Nel sistema normativo che il legislatore ha varato, però, il significato della comunicazione - il riferimento è innanzitutto a quella definitiva - cambia radicalmente. C'è da interrogarsi sulla

possibilità che la natura stessa della comunicazione abbia subito un mutamento, in senso sostanziale.

Se il diritto c'è nel momento in cui può esser fatto valere in giudizio, oggi non può dirsi, tout court, che il candidato ha diritto alla comunicazione: il vizio della comunicazione, da solo - id est, senza il concorso di una grave violazione alle direttive 2004/17 e 18 -, non basta ad inficiare il contratto. E, probabilmente, questo è un bene.

A mente delle nuove norme, però, i termini della questione cambiano sensibilmente: l'amministrazione che, a seguito di una procedura di gara comunque viziata, stipulasse il contratto con Tizio - che però meritava al massimo il secondo posto, o peggior fortuna -, invece che con Caio - che manco a dirlo doveva arrivare primo - senza neppure comunicarglielo, non potrebbe poi, per questo motivo, sottrarsi all'obbligo di risarcimento in forma specifica. Caio, che non si aggiudica il contratto perché questo, con il concorso di una procedura viziata e senza che gliene sia data comunicazione, viene stipulato con Tizio, ha diritto al risarcimento in forma specifica. Ha diritto

all'annullamento, salvo rarissime eccezioni, del contratto medio tempore stipulato con Tizio. Ha diritto al contratto. Basti dire che fino ad oggi non è stato così.

Qui non si può approfondire il tema delle sanzioni, cui quello della comunicazione è legato a doppio filo (in termini di causa-effetto), ma è chiaro che si può guardare con lucidità al momento delle comunicazioni - e, naturalmente, alle norme che tale momento disciplinano - solo se si tiene in assoluta considerazione quanto lo stesso sia connesso all'oggetto che, letteralmente, incorpora - niente meno che il provvedimento - ed al severo meccanismo sanzionatorio oggi previsto per le ipotesi patologiche - che, come detto, il vizio della comunicazione, insieme a violazioni delle direttive 2004, concorre a innescare.

La comunicazione, quindi, per il concorrente non è un diritto. Nemmeno è un dovere, per l'amministrazione.

Concorre, però, a creare diritti - si pensi solo all'ipotesi (ancora a decreto varato) in cui l'amministrazione aggiudichi male, ma ottemperi tempestivamente ed in modo regolare alla

comunicazione nei confronti del secondo classificato/ricorrente. Il giudizio che, decorso l'effetto comunque sospensivo della comunicazione, dell'impugnazione, della misura cautelare, accertasse l'illegittimità dell'aggiudicazione, non potrebbe concludersi con la caducazione del contratto già stipulato. Caio, ancora ricorrente, si vedrebbe riconosciuto il solo diritto all'equivalente. Tizio, aggiudicatario di una gara viziata, proseguirebbe nel rapporto contrattuale. La comunicazione regolarmente avvenuta nei confronti di Caio, dell'aggiudicazione a Tizio, concorrerebbe al diritto di quest'ultimo alla conservazione del contratto.

Specularmente, è possibile dire che il vizio della comunicazione concorre a estinguere diritti - quello dell'amministrazione e dell'impresa originariamente aggiudicataria alla "conservazione degli effetti del contratto".

In questo senso, non è azzardato ipotizzare un profilo sostanziale, sinora assente, nel diritto alla (e nell'obbligo della) comunicazione. La valutazione di legalità cui è sottoposta l'azione amministrativa ai fini della sorte del contratto (che è il

bene della vita immanente ad ogni gara) oggi transita, con sguardo attento, anche sulla comunicazione.

L'intervento operato sul contenuto specifico dell'art. 79 del Codice appalti (D.lgs. 163/2006) è, tutto sommato, modesto (e secondo il Consiglio di Stato, contemporaneamente, esorbitante) ma un giudizio sulla sua efficacia - dire se sia o meno calibrato, e quanto - non sembra poter prescindere dalla prospettiva sistematica cui si è accennato. Il nuovo art. 79 è un buon articolo solo se detta una disciplina delle comunicazioni (forme, contenuto, modalità, termini) armonica agli effetti che esse determinano (annullamento/sanzioni) ed al contenuto che sono destinate a veicolare (il provvedimento). La risposta, a prima vista, è positiva. In estrema sintesi - ed anticipando -: il nuovo art. 79

-pondera con equilibrio il diritto ad una comunicazione in senso sostanziale e la natura peculiare del provvedimento di aggiudicazione;

-individua con sufficiente dettaglio i concreti meccanismi cui accedere per le comunicazioni (posta tradizionale, notificazione, posta elettronica, fax);

-lancia un modello fortemente innovativo - e perciò stesso, certo, perfettibile - ma potenzialmente assai efficace (anche come elemento defatigante), di accesso agli atti.

Questi i tre profili che paiono di maggior rilievo (ed interesse).

Un'analisi esaustiva del primo profilo - quello relativo alle novità in tema di contenuto della comunicazione - richiederebbe di interrogarsi a fondo sulle peculiarità del provvedimento di aggiudicazione, rispetto al modello di provvedimento tipico. Se è vero, infatti, che il procedimento, come sequenza logicamente ordinata di atti al fine dell'emissione di un provvedimento, è regola generale, è altrettanto vero che le procedure di gara sono procedimenti caratterizzati da sequenze particolarmente complesse. Un elemento di forte complessità è costituito dall'imponenza dei dati che, in tale procedimento, transitano e che, all'interno di esso, devono trovare elaborazione. La delicatezza degli interessi in gioco fa il resto.

Qui non è possibile andare oltre una riflessione generalissima: più il procedimento è complesso, meno è possibile renderne analiticamente conto nella stesura del provvedimento finale... Un'interpretazione eccessivamente severa dell'obbligo di motivazione può condurre al c.d. regresso all'infinito. Una petizione di principio, o, ancora con Munchausen, un arresto arbitrario è dietro l'angolo ogni volta che tale obbligo venga interpretato in modo eccessivamente disinvolto.

Insomma, motivare congruamente il provvedimento di aggiudicazione di una gara non è operazione semplice, né si può dimenticare che, in fondo, sotto un profilo meramente sostanziale la motivazione di un atto di aggiudicazione è sempre la stessa: si aggiudica a Tizio perché di Tizio è l'offerta migliore...

Questo, però, non significa che dall'atto di aggiudicazione debbano emergere, sempre, tutte le circostanze che hanno portato a reputare quella di Tizio l'offerta migliore. Né che con la comunicazione possono (o devono) operarsi le integrazioni eventualmente necessarie alla parte motiva dell'atto di

aggiudicazione stessa tali da informare compiutamente il destinatario della comunicazione. Comunicazione dell'aggiudicazione che, quindi, spesso non è (né può essere) sufficiente a rendere il concorrente edotto di tutte le informazioni di volta in volta rilevanti (e vedi, infra, l'accesso).

Posta questa premessa, le soluzioni che il legislatore ha escogitato (nuovo riferimento al comma 2, lett. C, dell'art. 79, che è formula felice; riferimento alla possibilità di richiamare i verbali; limiti del diritto a conoscere del contratto; conservazione delle ipotesi di limiti o divieti) sembrano tener presente le aporie segnalate, dando un contenuto sostanziale all'obbligo di comunicazione, entro i limiti della ragionevolezza. Il concorrente che desideri informazioni di dettaglio inidonee a trovare spazio nella comunicazione, farà accesso. E, del resto, ha partecipato a molte fasi della gara: sa dove guardare.

Forse, un cenno critico può farsi in relazione ad una "occasione mancata" da parte del legislatore: si poteva, infatti, scegliere di chiarire se la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva possa ritenersi regolarmente assolta quando l'amministrazione depositi

il provvedimento in giudizio. Sul punto, infatti, il giudice amministrativo si è dovuto pronunciare più volte, non sempre allo stesso modo..

Quanto alle disposizioni relative alle concrete modalità cui accedere nell'effettuare tali comunicazioni, non sembrano cogliere nel segno le perplessità manifestate dal Consiglio di Stato. Nel parere reso dal Consiglio in sede consultiva, infatti, si suggeriva di alleggerire il comma de quo, lasciando al regolamento attuativo il compito di dettare norme considerate troppo dettagliate per il livello primario. Se però il peso della comunicazione ha subito un tale incremento, è chiaro come non siano più sufficienti norme che, genericamente, imputino alle amministrazioni un preciso dovere (cui corrisponde una altrettanto chiara posizione di vantaggio delle imprese, quanto all'ubi consistam) senza precisare come lo stesso vada assolto. Il grado di dettaglio scelto dal legislatore delegato è, insomma, proporzionato all'obiettivo che il sistema complessivo sembrerebbe inseguire. Fosse caduto nella tentazione di seguire il suggerimento del Consiglio di Stato, avrebbe probabilmente indebolito in modo sensibile le chances di

effettività dell'entrata a regime del nuovo sistema. Che presuppone regole (diritti e doveri) chiare.

All'innovativo sistema di accesso delineato dal comma 5 quinquies, per tutto quanto detto, può guardarsi con ottimismo. In relazione ad un termine per impugnare l'aggiudicazione che è di soli 30 giorni, la funzionalità di un termine breve, di 10 giorni (a fronte di un termine ordinario di 30), entro cui si è certi di poter effettuare l'accesso (e, sembra di capire, si è tenuti ad esercitare tale diritto), è di tutta evidenza. Il contenuto del diritto di accesso non si amplia: restano fermi i divieti ed i limiti del 13, in combinazione con il comma 4 del 79). Cambiano nettamente, ed in meglio, le modalità. Senz'altro positivo il richiamo espresso al diritto di estrarre copia. La scelta di eliminare istanza e determinazione, congiunta a quella di lasciare aperta, in pendenza del termine di 10 giorni, la possibilità di accedere in qualunque momento alla totalità degli atti (non soggetti a divieti o restrizioni) ha il profumo di una casa di vetro. Siamo tutti avidi di un tale profumo.

Dio sa quanto è spiacevole prendere le parti del più forte, ma resta da capire a quali regole, in materia di accesso, sottosta il soggetto aggiudicatario. Che al concorrente insoddisfatto si riservi un accesso tempestivo mentre l'aggiudicatario rimane inchiodato ai tempi dell'accesso "ordinario" non si può ragionevolmente pensare. Resta il fatto che, dell'accesso del soggetto vincitore, le norme tacciono.

CAPITOLO III

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI NEL VECCHIO SISTEMA.

1.La giurisprudenza del giudice amministrativo, nel vecchio sistema. Sembra ora opportuno passare a descrivere la posizione del giudice amministrativo nel vigore delle vecchie norme. La giurisprudenza amministrativa, infatti, pur partendo dai medesimi presupposti (e, in specie, dal rifiuto della tesi tradizionale che qualifica il contratto stipulato sulla base di un'aggiudicazione annullata come "*annullabile*"), ha poi finito per esprimere molteplici orientamenti.

In un primo momento, infatti, l'orientamento del giudice amministrativo ha preso spinta dall'entrata in vigore della legge 205/2000. Successivamente, anche in forza delle disposizioni recate dal nuovo Codice degli appalti pubblici (già analizzate nei capitoli precedenti), si è proceduto a perfezionare gli orientamenti già maturati, con pronunce assai significative.

Nel primo periodo, antecedente all'entrata in vigore della legge n. 205/2000, la giurisprudenza amministrativa appare caratterizzata dalla mancanza di una vera e propria riflessione e da un approccio meno tecnico al problema (rispetto a quello adottato dal giudice ordinario). In molte pronunce i giudici amministrativi non sentono il dovere di qualificare il vizio in ipotesi inficiante il contratto e ricorrono a formule *atecniche*, in assenza di richiami espliciti, senza esprimere valutazioni più puntuali circa la patologia inficiante il contratto - ed, in particolare, sulla riconducibilità di tale patologia a quella inficiante i contratti di diritto privato *puri, tout court*.

Quanto alla scelta di evitare una qualificazione estrema del vizio del contratto in termini civilistici, essa, è stata il più delle volte ricondotta all'indubbia debolezza sistematica di una tale ipotesi, alla luce degli stesse regole espresse dal codice civile⁵⁹:
“la nozione di nullità ...mal si addice ad un effetto caducatorio

⁵⁹ Nel medesimo senso cfr. S. VALAGUZZA, op. cit., p. 289.

sopravvenuto quale è quello derivante dall'annullamento dell'aggiudicazione"⁶⁰.

Si ritiene perciò preferibile fare generico riferimento, di volta in volta, alla *conseguente caducazione del contratto*⁶¹, alla *"caducazione degli effetti del contratto"*⁶², all' *"impossibilità di esplicazione di effetti giuridici"*⁶³, al *"travolgimento del contratto"*⁶⁴, all' *"automatica rimozione dell'atto consequenziale"*⁶⁵.

Sembrerebbe, tuttavia, che i giudici amministrativi abbiano inteso inquadrare la problematica dei rapporti tra illegittimità della procedura ad evidenza pubblica e contratto nella teorica

⁶⁰ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 24 ottobre 2000, n. 5710, in *Foro amm.*, C.d.S., 2000, p. 3191

⁶¹ Così Consiglio di Stato, Sez. IV, 8 ottobre 1985, n. 430, in *Foro amm.*, 1985, p. 1841

⁶² Cfr., in questo senso, ad es., Consiglio di Stato, Sez. V, 25 maggio 1998, n. 677, in *Foro amm.*, C.d.S., 1998, p. 1442, secondo cui *"l'annullamento dell'aggiudicazione di un appalto pubblico implica la caducazione degli effetti del contratto già eventualmente concluso con detta impresa la quale è titolare di un interesse legittimo al riguardo"*.

⁶³ Così Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 gennaio 2000, n. 244, in *Cons. Stato*, 2000, I, p. 65.

⁶⁴ Cfr., ad es., Consiglio di Stato, Sez. V, 30 maggio 1993, n. 435, in *Giur. It.*, 1994, III, p. 18, ove si afferma che *"l'annullamento giurisdizionale dell'originaria aggiudicazione della gara travolge il conseguente contratto successivamente stipulato nonché l'approvazione di questo"*.

⁶⁵ Così la stessa pronuncia del Consiglio di Stato citata nella nota precedente.

pubblicistica dell'invalidità derivata⁶⁶; ma, come si è anticipato più sopra, nella maggior parte dei casi è mancata una giustificazione delle scelte operate in relazione alla sorte del contratto. In una delle decisioni appena citate, l'argomento viene esaurito, ad esempio, in questo brevissimo passaggio: *“l'annullamento (giurisdizionale o in via di autotutela) dell'aggiudicazione fa in ogni caso venir meno il vincolo negoziale determinatosi con l'adozione del provvedimento rimosso”*; altre pronunce hanno fatto riferimento al *“travolgimento”* o alla *“caducazione”* del contratto senza spiegare o spiegando in modo assai generico tale effetto, limitandosi, in quest'ultimo caso, ad affermare che *“l'annullamento dell'atto presupposto – nella specie l'aggiudicazione – determina ex se l'automatica rimozione dell'atto consequenziale, senza bisogno che quest'ultima formi oggetto di autonoma o separata impugnativa”*⁶⁷.

⁶⁶ In questo senso possono ricordarsi, oltre alle pronunce citate nelle note precedenti, alcune più risalenti decisioni: Consiglio di Stato, Sez. V, 12 dicembre 1972, n. 1047, in *Cons. Stato*, 1972, I, p. 2181; Id., Sez. V, 25 ottobre 1974, n. 430, *ivi*, 1974, I, p. 1233; Id., Sez. V, 18 ottobre 1984, n. 761, in *Foro amm.*, 1984, p. 1759..

⁶⁷ Così, ad es., Consiglio di Stato, Sez. V, 30 maggio 1993, n. 435, citata nella nota 232.

D'altro canto, una quota minoritaria della giurisprudenza amministrativa si era spinta a parlare, *tout court*, di annullabilità - sebbene nella sua versione *relativa*, ex art. 1441 c.c. -, negando al giudice la possibilità di condannare l'Amministrazione appaltante al risarcimento in forma specifica in favore della ditta non aggiudicataria, qualora il contratto di appalto fosse già stato stipulato; e ciò in quanto il contratto avrebbe dovuto, appunto, considerarsi annullabile e non automaticamente caducato⁶⁸. Va, tuttavia, precisato che tale tendenza è rimasta espressione di un orientamento isolato e non è riuscita ad affermarsi come indirizzo dominante.

All'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 205, il giudice amministrativo ha approfondito il rapporto tra tutela demolitorio-conformativa, derivante dall'annullamento dell'atto illegittimo, e tutela risarcitoria. E questo maggior sforzo di esegesi giuridica è stato probabilmente determinato, da un lato, dall'ampliamento dell'ambito di giurisdizione del g.a. ad opera

⁶⁸ Si veda, quale espressione più significativa dell'orientamento citato, la pronuncia del T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 23 dicembre 1999, n. 5049, in *T.A.R.*, 1999, I, p. 629.

della stessa legge n. 205, dall'altro, dall'assenza di soddisfacente elaborazione dottrinale in materia: una dottrina che, come si è già osservato in precedenza⁶⁹, si limitava, il più delle volte, a registrare passivamente gli orientamenti giurisprudenziali, senza fornire degli apporti originali al dibattito.

Le pronunce di questo secondo periodo danno vita a due distinti filoni interpretativi: l'uno in favore della nullità, l'altro a sostegno della "caducazione" o "inefficacia" del contratto.

Il primo dei due orientamenti appena ricordati⁷⁰, pur prendendone le distanze, ha riletto la tesi della caducazione

⁶⁹ Si veda, in particolare, quanto osservato nella nota 224.

⁷⁰ Quale espressione più significativa dell'orientamento della giurisprudenza amministrativa che afferma la nullità del contratto viene spesso indicata la pronuncia del T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177, in *Foro amm., T.A.R.*, 2002, p. 2580 ss., con nota di M. MONTEDURO e in *Urb. e app.*, 2002, p. 1212 ss., con nota di O.M. CAPUTO. In favore di tale ricostruzione - prevalente nell'ambito della magistratura amministrativa di primo grado - si sono pronunciate anche: Consiglio di Stato, Sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281, in *Foro amm., C.d.S.*, 2003, p. 145; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. II, 7 maggio 2002, n. 802, in *Foro*

automatica – che, come si è visto, sia pure con molte incertezze, si era affermata nell’ambito della precedente giurisprudenza amministrativa – in chiave civilistica. Sembra, quasi, che il nuovo ruolo di “*giudice dei diritti*” rivestito nell’ambito delle procedure ad evidenza pubblica abbia, in prima battuta, condizionato il giudice amministrativo, inducendolo ad affrontare il problema con un atteggiamento simile a quello del g.o.. L’interessante connubio tra un’impostazione di tipo civilistico e la cultura e sensibilità prettamente pubblicistica dei giudici amministrativi

amm., T.A.R., 2002, p. 1792; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 18 novembre 2002, n. 6303, *ivi*, 2002, p. 3774; T.R.G.A. Bolzano, 12 febbraio 2003, n. 48, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Veneto, Sez. I, 20 novembre 2003, n. 5800, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 28 gennaio 2003, n. 394, in *Studium Juris*, 2003, p. 1262; T.A.R. Basilicata, 13 maggio 2003, n. 440, in *T.A.R.*, I, 2003, p. 2838; T.A.R. Toscana, 21 luglio 2003, n. 913, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Veneto, Sez. I, 3 novembre 2003, n. 5462, in www.giustiziainministrativa.it; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 2 febbraio 2004, n. 833, in *Ragiusan*, 2004, p. 174.

ha così portato all'elaborazione della tesi della nullità del contratto.

Tuttavia, l'orientamento ora considerato, pur condividendone le ipotesi ricostruttive (nullità per mancanza del consenso *ex art. 1418*, secondo comma, c.c. e nullità per violazione di norme imperative *ex art. 1418*, primo comma, c.c.), muove da presupposti del tutto diversi da quelli da cui muove la giurisprudenza civile per giustificare la nullità del contratto *medio tempore* stipulato.

Invero, la giurisprudenza amministrativa, prendendo le mosse da una vivace critica nei confronti del tradizionale "*arresto giurisprudenziale della Cassazione affermativo della mera annullabilità relativa*" - ritiene che tale indirizzo vada rivisitato soprattutto perché mal si coniuga con il nuovo assetto del riparto di giurisdizione, seguente all'introduzione (ad opera del D.Lgs. n. 80/1998 e della legge n. 205/2000) della giurisdizione esclusiva del g.a. sulle controversie aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici e della giurisdizione piena del medesimo giudice estesa a conoscere, nell'ambito di tutta la sua

giurisdizione – esclusiva e di sola legittimità – di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica⁷¹.

Non sono poi mancate sentenze che, discostandosi dagli orientamenti più consolidati, hanno *tentato altre vie*. Si confronti, ad esempio, la sentenza del Consiglio di Stato, VI, n. 7578 del 18 dicembre 2006, ove i giudici di Palazzo Spada, pur mostrando di aderire agli arresti della Cassazione che negavano in ogni caso la giurisdizione del giudice amministrativo, provano a eroderne una quota sulla base del rapporto cronologico stipula-impugnazione (ove se la prima precede la seconda, si avrebbe giurisdizione del g.o, mentre, in caso contrario, sussisterebbe quella del g.a.)⁷²; o, ancora, la sentenza

⁷¹ In questo senso espressamente T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177,

⁷² Si confronti la parte finale della sentenza, ove può leggersi: *“per il caso in cui il contratto venga stipulato successivamente alla proposizione del ricorso avverso l'aggiudicazione. In tale ipotesi, infatti, la cognizione sulla controversia del giudice amministrativo legittimamente adito, essendo piena ed esclusiva, investe il rapporto tra le parti nel suo aspetto dinamico oltre che statico e non può essere svuotata di contenuto dal comportamento elusivo dell'amministrazione che, malgrado la pendenza del ricorso, procede ugualmente alla stipulazione del contratto. Di modo che, la pienezza della giurisdizione e l'esigenza di effettività*

del medesimo Consiglio, 25 settembre 2007, n. 4956, ove pure, il rigetto della domanda *contro* il contratto – formalmente adesivo all’orientamento della Cassazione –, viene motivato in ragione della natura *attiva* (nella specie, una compravendita) del contratto, cui corrisponde una (nemmeno troppo) indiretta rivendicazione di giurisdizione sui contratti di opposta natura⁷³.

della relativa tutela impongono che all'annullamento dell'affidamento debba conseguire l'ulteriore effetto della caducazione o inefficacia del contratto stipulato. Diversa, invece, è l'ipotesi, come quella di specie, in cui la stipulazione del contratto precede l'instaurazione del giudizio innanzi al giudice amministrativo, dato che, in tal caso, la richiesta della relativa invalidazione esorbita ab origine dai limiti della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo - che è limitata, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, della legge n. 205/2000 e dell'articolo 244 del nuovo codice dei contratti pubblici, alle sole controversie concernenti le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture - senza, tuttavia, costituire - come nel caso che precede- necessaria statuizione consequenziale alla pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione". La sentenza verrà immancabilmente cassata da Corte di Cassazione, sez. un., 18 luglio 2008, n. 19805, proprio per aver introdotto un *discrimen* che non ha riscontro nella legge né nell’interpretazione sistematica ad essa fornita dalla giurisprudenza; su tale sentenza si veda pure la precedente nota n. 34.

⁷³ La sentenza si chiude infatti nei seguenti termini: *“La Sezione osserva infatti che, in disparte le tematiche sostanziali relative alla sorte del contratto stipulato a valle di una procedura di evidenza retroattivamente travolta dal giudicato amministrativo, le questioni privatistiche relative alla validità od efficacia del contratto stipulato a seguito di una procedura comparativa pubblicistica toccano rapporti paritetici e coinvolgono questioni di diritto soggettivo che sfuggono, in sede di cognizione, alla giurisdizione amministrativa al di fuori delle ipotesi di giurisdizione esclusiva. Di qui la correttezza della declinatoria di giurisdizione intervenuta in primo grado, venendo nella specie in*

2. La sentenza del CdS 2332/2003. Volendo ripercorrere l'evoluzione del pensiero del giudice amministrativo attraverso l'analisi delle sentenze maggiormente significative, va innanzitutto segnalata la sentenza n. 2332 del 2002.

In quel giudizio, l'appellante contestava - *“l'assunto dello spirare automatico degli effetti del contratto siglato a valle a seguito dell'azzeramento dell'aggiudicazione a monte, sarebbe contraddetto dall'orientamento pretorio a tenore del quale la vita della stipulazione contrattuale non sarebbe illico et imediata recisa dalla demolizione della procedura di affidamento funzionalizzata alla selezione del contraente”* - che l'amministrazione - *rectius*, la stazione appaltante - potesse, a seguito di annullamento degli atti di gara, disporre la riedizione della gara considerando senz'altro risolto il contratto medio tempore stipulato con l'appellante stesso. La ricostruzione prospettata dalla parte, tutta tesa a rimarcare l'esclusiva rilevanza del contratto sotto il profilo privatistico, la mera annullabilità del contratto per vizio nella formazione del

rilievo una fattispecie di vendita non sussumibile nel novero dei contratti passivi della P.A. di cui al combinato disposto degli artt. 1 e 244 del codice di contratti pubblici di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163”.

consenso dal lato dell'amministrazione, la conseguente giurisdizione del giudice ordinario, la legittimazione esclusiva dell'amministrazione a far valere il vizio e la natura costitutiva dell'eventuale conseguente pronuncia, non convinceva i giudici amministrativi. Essi, richiamando le norme comunitarie, *"finalizzate non certo alla tutela dell'interesse egoistico del paciscente pubblico ma alla salvaguardia dei valori della concorrenza e, quindi, della libertà competitiva delle singole imprese di giocare le proprie chances in seno ad una procedura all'uopo calibrata"*, giungevano a riconoscere, nella parte pubblica, un *"soggetto in certa misura passivo, obbligato all'osservanza di norme poste a tutela di un interesse anche trascendente quello specifico del singolo contraente pubblico in quanto collegato al valore imperativo della concorrenza"*. Stando così le cose, *"la caratterizzazione imperativa delle prescrizioni violate"*, unita alla *"funzionalizzazione di queste alla tutela dell'interesse delle imprese"* impedirebbero di qualificare il procedimento amministrativo di evidenza pubblica su un piano meramente civilistico *"come (mera, ndr) manifestazione complessa della volontà negoziale della parte pubblica sì da dare luogo ad un contratto annullabile su iniziativa del solo contraente pubblico"*. Sicchè,

secondo la sezione, sarebbe più corretto, in un'interpretazione rispettosa delle regole calate dal livello comunitario, considerare, alternativamente, il contratto come nullo o come caducato/inefficace. Più plausibile sarebbe, cioè, una "ricostruzione che configura una causa di nullità virtuale del contratto per violazione di norme imperative ai sensi dell'articolo 1418, primo comma c.c., con conseguente legittimazione aperta ai sensi dell'articolo 1421 c.c. (Conf Consiglio di Stato, sezione V 5 marzo 2003, n. 1218); ovvero, quella, parimenti capace di soddisfare le esigenze sopra prospettate, che, prendendo spunto dal rilievo che l'aggiudicazione costituisce il presupposto determinante della stipulazione, conclude, secondo la logica dell'effetto caducante automatico, nel senso che l'inefficacia dell'atto amministrativo ex tunc travolto dall'annullamento giurisdizionale comporta anche la caducazione immediata, non necessitante di pronunce costitutive, degli effetti del negozio.

Il ragionamento del giudice amministrativo prosegue "sul piano dell'equità sostanziale e dell'effettività della tutela giurisdizionale appare", riscontrando (i) lo stridore tra la ricostruzione che vorrebbe l'amministrazione quale unico soggetto legittimato a

lamentare la violazione delle norme di evidenza pubblica per ottenere la caducazione del contratto e la circostanza che, nel caso in oggetto - e in modo simmetricamente opposto a quanto accade nelle ipotesi di vizio della volontà ortodosse: *“ben diversamente da quanto accade nella logica civilistica dei vizi della volontà causativi dell’annullabilità del negozio”* -, il vizio sia imputabile proprio all’amministrazione ; e (ii) l’illogicità di tale ricostruzione, nella parte in cui, conseguentemente al primo paradosso, affida all’amministrazione responsabile del vizio la scelta sul se promuovere l’annullamento del contratto ovvero vanificare con l’inerzia l’effetto utile sul piano specifico della pronuncia giudiziaria. Tutto ciò, senza considerare la compatibilità di una tale ricostruzione - la sentenza n. 2332 la nega in radice - con le norme recate dall’art 7, comma 3, della legge n. 1034/1971, come modificato dall’articolo 7 della legge n. 205/2000 (possibilità di condannare l’amministrazione al risarcimento del danno, anche mediante la reintegrazione in forma specifica). Norme che, ragionando nel senso preteso dall’appellante, rimarrebbero frustrate nella loro portata sostanziale, posto che verrebbe neutralizzato il potere del

giudice amministrativo di *“affiancare alla tradizionale tutela annullatoria una protezione più intensa e finale della situazione giuridica fatta valere, realizzata attraverso il ripristino della situazione giuridica e materiale turbata dall’attività illegittima dell’amministrazione”*. Oltretutto, generalizzando in modo del tutto surrettizio la norma di carattere eccezionale posta dall’allora vigente art. 14 del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, in tema di infrastrutture strategiche, *“senza peraltro il correttivo di cui all’ultimo comma dell’articolo 14 medesimo, sub specie di necessaria interposizione di uno spazio temporale minimo di trenta giorni che deve separare la comunicazione dell’esito della gara e la stipula del contratto.”*

Fuori gioco l’annullabilità, poi, ciò che fa propendere il Consiglio per la caducazione del contratto, più che per la sua radicale nullità, è *“la valorizzazione del rapporto di consequenzialità necessaria tra la procedura di evidenza pubblica ed il contratto successivamente stipulato”*. Se, infatti, all’atto di approvazione del contratto è da sempre riconosciuta la natura di *presupposto o di una condizione legale di efficacia del contratto*, ciò deve valere a maggior ragione per gli atti precedenti (*in primis,*

l'aggiudicazione). La sentenza non ritiene di dover dare ulteriori spiegazioni sull'assimilazione appena riferita, ma si limita ad affermare che, così come l'annullamento dell'approvazione toglie efficacia al negozio approvato, del tutto identicamente l'annullamento dell'atto di aggiudicazione incide sul contratto, rendendolo automaticamente inefficace. E tutto ciò, senza operare distinzioni tra l'ipotesi di vizio della procedura e sua totale mancanza : *“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”*.

Infatti, posta la differenza tra le ipotesi di nullità di diritto privato *pure*, dove il vizio afferisce al contratto in sé considerato, ad origine, nel caso di specie, più semplicemente, le sorti del contratto sono legate a quelle degli atti di gara a monte, per cui nulla impedisce in astratto che, intervenuta la decadenza

rispetto al termine per l'impugnazione in sede amministrativa, ogni azione diretta ad accertare, con portata costitutiva o dichiarativa non importa, il vizio del contratto sarebbe preclusa, rimanendo così dimostrata la *“concettualmente chiara 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”*

Nella sentenza, infine, si affrontano pure i nodi, in certa misura pregiudiziali alle affermazioni già riferite, (i) della natura di atti presupposti che gli atti di gara assumerebbero nei confronti del contratto e (ii) del tema, più generale, della giurisdizione, contesa con il giudice ordinario. Quanto al primo profilo, la sentenza sceglie di dimostrare la natura di atto presupposto degli atti di gara sul presupposto che il fenomeno è conosciuto anche in diritto privato. Se l'annullamento di un negozio può avere conseguenze sull'efficacia di un negozio ulteriore; se l'annullamento di un atto amministrativo può avere

conseguenze sull'annullamento di un ulteriore atto dello stesso genere; ciò è sufficiente, secondo la sentenza n. 2332, a dimostrare che il venir meno di un atto amministrativo può rendere inefficace un negozio di diritto privato. Quanto alla seconda questione - la giurisdizione -, i giudici rimarcano la diversità tra la questione della sorte del contratto a seguito di annullamento degli atti di gara - che è, ancora, in qualche modo, questione riguardante la fase di affidamento - e le normali ipotesi di discussione sulla validità, in sé, del contratto - da sempre ascritte pacificamente alla giurisdizione del giudice ordinario. Sostengono, perciò, la giurisdizione del giudice amministrativo riconoscendo in essa il naturale corollario di quanto affermato sotto il profilo sostanziale: *“sul piano della giurisdizione la soluzione esposta, che annette carattere automaticamente caducante all'annullamento dell'aggiudicazione da parte del giudice amministrativo, non consente di dubitare che relativa controversia debba essere devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. E' infatti evidente che non si dibatte di una vicenda propria del contratto, ossia di una sua patologia, ma degli effetti automaticamente prodottisi sulla fattispecie pattizia per effetto*

dell'azzeramento della procedura amministrativa. Di qui il corollario, coerente con le esigenze di concentrazione e pienezza della tutela prima rammentate, che il giudice amministrativo, dotato di giurisdizione esclusiva sulla procedura di affidamento, indagli anche sugli effetti prodotti dall'annullamento della procedura, ossia signoreggi la fase dell'esecuzione del suo decisum".

3. E la sentenza del Consiglio n. 6666 del 2003. Nel giudizio in parola, a causa della precedente dinamica processuale, l'oggetto del contendere era limitato all'esame della domanda risarcitoria proposta nell'atto di appello quale seconda classificata nell'ambito della procedura di gara in controversia, da soddisfarsi in forma specifica o per equivalente.

In questo caso i giudici, dopo una breve sintesi delle posizioni espresse in seno alla magistratura ordinaria e speciale, e dopo un richiamo tanto all'arresto di cui alla sentenza n. 2332 dello stesso anno (su cui si veda, *infra*) ed al temperamento alla stessa apportato dalla sezione VI del Consiglio attraverso l'inserimento, tra le variabili da tenere in considerazione, dei principi espressi agli artt. 23 e 25 del Codice civile, "*applicabili alla Pubblica*

amministrazione in quanto persona giuridica ex art. 11 dello stesso codice (cfr. Cons. St., Sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2992)”, muovono di nuovo le proprie considerazioni in modo speculativo. La possibilità che il contratto venga qualificato in termini di annullabilità, insomma, viene nuovamente negata sulla base di una valutazione di opportunità – come tale, del tutto atecnica: il danno che ne subirebbe il controinteressato. Recita la sentenza: “la tesi tradizionale dell’annullabilità relativa del contratto, a ben vedere, finisce col vanificare la tutela del soggetto controinteressato, il quale, pur avendo ottenuto ragione davanti al giudice amministrativo, ove il contratto sia stato già concluso, resta privo di alcun risultato praticamente utile, non essendo in grado di soddisfare la propria aspirazione finale ad essere il contraente; il contratto, infatti, sarebbe impugnabile dinanzi al giudice ordinario su iniziativa della sola Amministrazione soccombente nel giudizio amministrativo ed avrebbe una sua vita autonoma, preclusiva di ogni utilità dell’annullamento dell’aggiudicazione in sede giurisdizionale amministrativa, che non sia quella legata alla possibilità di richiedere il risarcimento del danno per equivalente.

Sul piano del buon senso, poi, appare iniquo che l'Amministrazione sia l'unico soggetto legittimato a lamentare la violazione delle norme ad evidenza pubblica per ottenere l'annullamento del contratto quando le illegittimità accertate in tale procedimento di regola non sono subite da essa Amministrazione, ma sono da questa provocate.

Senza dire che tale opzione ermeneutica potrebbe finire per risolversi in una facile elusione del principio di effettività della tutela giurisdizionale da parte dell'Amministrazione, mediante l'immediata stipula del contratto pur in presenza di violazioni della par condicio e di illegittimità degli atti di gara, se si considera che il più delle volte ben difficilmente l'annullamento dell'aggiudicazione può essere pronunciato prima della stipulazione del contratto.

La tesi della nullità del contratto, del pari, non convince, in quanto la nullità configura una patologia del contratto consistente in un vizio genetico che lo inficia ab origine, mentre nella specie trattasi di una vicenda sopravvenuta all'annullamento giurisdizionale dell'atto conclusivo della procedura di gara".

4. Le 3 ordinanze di rimessione all'Adunanza. Il contrasto frontale con l'orientamento del giudice ordinario ha spinto, nel

primo decennio del 2000, il giudice amministrativo a rimettere più volte la questione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Ciò è avvenuto, una prima volta, nel 2004, con ordinanza n. 3355 del 21 maggio⁷⁴, ad opera della quarta sezione dello stesso Consiglio. In quell'occasione, però, la rinuncia al ricorso intervenuta nel giudizio principale aveva reso inutile l'esame della questione ad opera dell'Adunanza. Lo stesso dicasi per l'ordinanza n. 104/2005 del Consiglio di Giustizia Siciliana, finita in un nulla di fatto a causa del rigetto del ricorso di primo grado avverso gli atti di aggiudicazione⁷⁵.

Nel 2008, poi, la questione è stata rimessa per la terza volta alla Plenaria, con ordinanza del 28 marzo, n. 1328, ad opera della quinta sezione del Consiglio⁷⁶. La sezione, mettendo sul tappeto tutte le ricostruzioni fino a quel momento operate da giudici, pratici e studiosi, ha impostato il problema nei seguenti termini:

“Si deve, allora, distinguere: a) se la soluzione preferita postula la

⁷⁴ L'ordinanza è reperibile in Cons. Stato, 2004, I, 1117; oltre che in Urb. e app., 2004, pg, 1062, con annotazioni di C. Mucio; ed in Foro it., 2005, 549, III, con annotazioni di A. Lamorgese.

⁷⁵ Cons. Stato, Ad. Plen., 28 luglio 2005, n. 3, in Cons. Stato, 2005, I, 1187.

⁷⁶ Cfr. Urb. e appalti, 2008, pp 781 e ss.

pronuncia di decisioni costitutive (annullamento, risoluzione del contratto e, forse, inefficacia sopravvenuta), si rivela necessaria la proposizione di domande intese a conseguire una statuizione che elimini gli effetti del contratto e risulta, al contempo, precluso ogni apprezzamento incidentale della sua inefficacia; b) se si ritiene, viceversa, che l'inefficacia del contratto si produca automaticamente (come nei casi della nullità o della caducazione automatica), deve concludersi che tale conseguenza va accertata con pronunce dichiarative e che può anche essere accertata in via incidentale. Ne consegue che, nell'ipotesi sub a), occorre verificare se l'ambito di giurisdizione esclusiva disegnato dall'art. 6 L. n. 205/2000, letteralmente circoscritto alle controversie aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici, possa estendersi, in via interpretativa, fino a comprendere anche il sindacato diretto dell'invalidità e dell'inefficacia del contratto e, soprattutto, la potestà di adottare pronunce costitutive (quali l'annullamento o la risoluzione)".

Prosegue il ragionamento della sezione constatando che le pronunce del giudice amministrativo fino a quel momento intervenute si sono concentrate esclusivamente sul problema della giurisdizione, si vorrebbe dire, *in astratto*, ma "ma ha omesso

un esame diretto e puntuale della sussistenza della competenza giurisdizionale nell'esercizio di un sindacato diretto (e non incidentale) della validità e dell'efficacia del contratto e nella conseguente adozione di pronunce costitutive". E che, volendo affrontare invece anche questo profilo, con un approccio sistematico delle norme, "l'attribuzione delle controversie relative alle procedure di affidamento degli appalti pubblici alla giurisdizione esclusiva amministrativa risulterebbe del tutto inutile se non si intendesse tale ambito di competenza come comprensivo anche delle questioni relative alla validità ed all'efficacia del contratto (che, sole, paiono concernere diritti soggettivi), che l'esclusione di queste ultime dal novero di quelle conoscibili dal giudice amministrativo sulla base dell'art. 6 legge n. 205 del 2000 determinerebbe l'inaccettabile conseguenza di costringere il ricorrente ad un faticoso, farraginoso e dispendioso itinerario giurisdizionale, dal giudice amministrativo (per l'annullamento dell'aggiudicazione), a quello ordinario (per l'annullamento o la risoluzione del contratto) e, forse, di nuovo a quello amministrativo (per il risarcimento dei danni), per ottenere giustizia di un'unica vicenda sostanziale, con evidente vulnus delle esigenze di economicità, effettività e semplificazione e della tutela giurisdizionale, e, da ultimo,

che l'inscindibilità del vincolo che collega gli aspetti pubblicistici e quelli privatistici della contrattazione avente ad oggetto gli appalti pubblici impedisce di giudicare il sindacato diretto della validità e dell'efficacia del contratto estraneo ai confini della giurisdizione esclusiva attinente alla presupposta procedura di affidamento".

E ciò, pure a costo di relegare in secondo piano la "formulazione letterale" dell'art. 6 l. 205/2000 - "là dove limita l'ambito di giurisdizione esclusiva ai soli provvedimenti della procedura di affidamento degli appalti (con conseguente, implicita, esclusione della cognizione di tutti gli atti successivi alla sua conclusione - ivi compreso il contratto)". Infatti, pur costituendo tale formulazione un "ostacolo rilevante" all'interpretazione auspicata (siccome includente nella giurisdizione amministrativa anche la sorte del contratto), "un'esegesi logico-sistematica del suo ambito applicativo (condotta in ossequio ai canoni ermeneutici sopra indicati), assegna al giudice amministrativo la potestà di conoscere in via diretta le questioni relative alla validità ed all'efficacia del contratto d'appalto, siccome direttamente riferibili all'illegittimità della presupposta aggiudicazione,

e di pronunciare le relative statuizioni costitutive (come l'annullamento)"⁷⁷.

Quanto all'ipotesi sub b) – come ricordato, secondo tale ipotesi l'inefficacia del contratto conseguirebbe in modo automatico dall'annullamento dell'aggiudicazione, rendendo vane pronunce costitutive -, “occorre ulteriormente distinguere due diverse situazioni processuali: 1) è stata presentata una domanda diretta ad ottenere una pronuncia dichiarativa; 2) non è stata presentata, ma è stata formulata una domanda di reintegrazione in forma specifica che postula l'accertamento incidentale dell'inefficacia del vincolo contrattuale (che costituisce il presupposto indefettibile dell'invocata sostituzione del contraente). Nel caso sub 1) valgono le stesse considerazioni svolte a proposito delle pronunce costitutive - non ravvisandosi, al riguardo, differenze significative, quanto alla giurisdizione, tra le ipotesi di pronunce dichiarative e quelle di pronunce costitutive. Nella situazione

⁷⁷ Quanto all'ipotesi di risoluzione del contratto, essa, nel ragionamento della sezione, resta esclusa “anche accedendo all'interpretazione estensiva appena esposta, la possibilità di pronunciare la risoluzione del contratto (od altre statuizioni costitutive prive di una connessione diretta con la validità dell'aggiudicazione) che, postulando l'accertamento di vicende relative all'attuazione del rapporto e non immediatamente ascrivibili alla legittimità della procedura di affidamento, risultano senz'altro riservate alla giurisdizione ordinaria”.

descritta sub 2) non pare, invece, dubbio, ad avviso del Collegio, che il giudice amministrativo sia dotato della relativa competenza giurisdizionale, anche se, occorre precisare, non ai sensi dell'art. 6, ma dell'art. 7 della legge n. 205 del 2000. A ben vedere, infatti, a fronte di una domanda di reintegrazione in forma specifica ed in assenza di una domanda intesa ad ottenere la declaratoria della nullità o, comunque, dell'inefficacia del contratto, è proprio (e solo) la norma che attribuisce al giudice amministrativo una potestà cognitiva piena in materia di risarcimento del danno, comprensiva, come tale, di ogni questione incidentale che rileva ai fini dello scrutinio della fondatezza della pretesa risarcitoria, a giustificare l'affermazione della giurisdizione amministrativa in ordine all'accertamento di tutte le situazioni di diritto (ivi compresa l'inefficacia del contratto d'appalto) implicate dalla domanda di risarcimento del danno”.

Così impostata la questione, i giudici di Palazzo Spada ritengono necessario sollecitare l'Adunanza Plenaria su tre ulteriori temi:

1) quello concernente l'eventuale salvezza, ai sensi degli artt. 23 e 25 cod. civ., dei diritti dell'impresa che, in base al provvedimento annullato e in situazione di buona fede, sia risultata

aggiudicataria della gara ed abbia poi stipulato il relativo contratto, a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale della determinazione di aggiudicazione della gara;

2) quello riguardante il dubbio se la devoluzione al giudice amministrativo di tutte le questioni relative al risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica - prevista dall'art. 7, comma 3, primo periodo della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 come modificato dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205 - comporti anche la possibilità di una condanna dell'Amministrazione ad un *facere* specifico e, quindi, all'aggiudicazione dell'appalto all'impresa illegittimamente pretermessa;

3) quello, infine, che si riferisce all'individuazione del criterio del limite dell'eccessiva onerosità (art. 2058 cod. civ.), al fine della reintegrazione in forma specifica del danno ingiusto causato dalla Pubblica Amministrazione mediante l'illegittima aggiudicazione dell'appalto.

Sul primo profilo - che, nella prospettiva assunta con questo lavoro, pare in molte ipotesi dirimente - la sezione assume una

posizione quantomai condivisibile. Essa, pur segnalando che l'astratta applicabilità degli artt. 23 e 25 del c.c. andrà dall'Adunanza verificata risolvendo la questione in certo senso pregiudiziale del se tali articoli possano ritenersi espressivi di un principio generale - dunque applicabili, almeno, in via analogica -, oltretutto le questioni relative alla configurabilità, come *terzo*, del privato contraente, ed al rilievo da dare alla differenza tra i soggetti menzionati nelle norme (che sono collegiali) e quelli concretamente coinvolti nell'attività di aggiudicazione (spesso privi del requisito di collegialità), si mostra comunque sicura del fatto che *l'applicazione alla fattispecie in esame delle disposizioni menzionate consente di distinguere le conseguenze dell'invalidità dell'aggiudicazione nella sfera giuridica del contraente, con riferimento alla natura del vizio riscontrato ed alla partecipazione alla violazione del concorrente selezionato.* Tale possibilità di discernimento degli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione nella sfera giuridica dei terzi soddisfa, a ben vedere, pregnanti esigenze di equità sostanziale. Basti, al riguardo, pensare alla differenza che corre tra l'ipotesi in cui l'aggiudicazione venga annullata in quanto l'impresa selezionata avrebbe dovuto essere esclusa (in quanto priva dei requisiti di

partecipazione o di qualificazione) e quella in cui l'illegittimità accertata consiste nell'omessa sottoscrizione del verbale delle operazioni della commissione da parte di uno dei componenti: mentre, nel primo caso, risulta agevolmente individuabile un concorso consapevole e colposo dell'impresa concorrente alla violazione, nel secondo, di contro, quest'ultima risulta del tutto estranea ed incolpevole nella determinazione del vizio (ad essa neanche indirettamente ascrivibile).

Ne consegue che l'affermazione dell'inopponibilità al contraente in buona fede delle conseguenze sostanziali di un vizio dell'aggiudicazione estraneo alla sua sfera di controllo e di conoscenza permette di tutelare adeguatamente la posizione soggettiva dell'impresa illegittimamente selezionata che risulterebbe, diversamente opinando, esposta essa stessa al pregiudizio patrimoniale derivato dall'annullamento degli atti di gara e, quindi, danneggiata (al pari dell'impresa ricorrente) dall'attività illegale posta in essere dall'amministrazione aggiudicatrice".

Quanto alla seconda delle questioni menzionate – l'ammissibilità di pronunce del giudice amministrativo che impongano all'amministrazione un obbligo di *facere* -, la sezione muove un

lungo ed articolato ragionamento⁷⁸. Innanzitutto, essa osserva che l'orientamento negativo maturato sul punto non può dirsi

⁷⁸ Recita il punto 6.2. dell'ordinanza :*"È opportuno, quindi, esaminare la questione di cui sub 2), dell'ammissibilità nel giudizio amministrativo ordinario di una condanna ad un facere e, in particolare, all'eventuale aggiudicazione dell'appalto all'impresa ricorrente. Il problema, tradizionalmente risolto in senso negativo (cfr. ex multis Cons. St., sez. V, 18 maggio 1998, n. 612) sulla base del rilievo ostativo della riserva di amministrazione che impedisce la sostituzione del giudice in valutazioni di esclusiva spettanza dei pubblici poteri, presenta profili inediti in seguito alla recente attribuzione al giudice amministrativo, da parte dell'art. 7 della legge n. 205 del 2000 (che ha modificato l'art. 7 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034), del potere di condannare l'amministrazione al risarcimento del danno, non solo per equivalente ma anche mediante reintegrazione in forma specifica. Tale ultima tecnica di riparazione del danno pare, infatti, presupporre la possibilità che il danno patito in conseguenza di un'attività amministrativa illegittima venga risarcito con l'assegnazione al ricorrente, che postula spesso un'ulteriore intermediazione provvedimentale, del medesimo bene della vita sacrificato o danneggiato dall'attività illegale. Si deve premettere, in via generale, che la tutela risarcitoria, nei cui confini si iscrive la reintegrazione in forma specifica, serve ad assicurare al danneggiato la restitutio in integrum del suo patrimonio e, quindi, a garantire l'eliminazione delle conseguenze pregiudizievoli dell'attività illecita ascritta al soggetto responsabile. La riparazione delle conseguenze dannose viene garantita dall'ordinamento mediante due modelli di tutela, tra loro alternativi: quello del risarcimento per equivalente, che riconosce al danneggiato il diritto ad una somma di denaro equivalente al valore della lesione patrimoniale patita e quello della reintegrazione in forma specifica, che attribuisce al soggetto passivo la medesima utilità, giuridica od economica, sacrificata o danneggiata dalla condotta illecita. Occorre, al riguardo, precisare che quest'ultima modalità ripristinatoria postula, evidentemente, la preesistenza nel patrimonio del danneggiato della situazione soggettiva della quale si chiede la restituzione in forma specifica, sicché l'ammissibilità di tale tecnica di risarcimento va coordinata con la tradizionale distinzione degli interessi legittimi nella duplice categoria di interessi oppositivi e pretensivi. Ora, mentre per i primi (così come per i diritti soggettivi, nelle fattispecie di giurisdizione esclusiva), che postulano la titolarità in capo all'interessato del bene della vita al quale è collegato l'interesse legittimo leso, risulta configurabile la reintegrazione in forma specifica, trattandosi di restituire al danneggiato la medesima utilità pregiudicata dall'attività amministrativa*

*illegittima, per i secondi, che presuppongono, invece, la mancanza del bene della vita al conseguimento del quale l'interesse legittimo si pone come strumentale, appare più dubbia l'ammissibilità dell'assegnazione di una posizione di vantaggio che l'interessato non aveva ancora acquisito nella sua sfera patrimoniale e che, quindi, non poteva essere sacrificata dall'azione amministrativa. In particolare, all'indirizzo del quesito dell'ammissibilità della tecnica riparatoria in esame per la lesione di interessi pretensivi possono ipotizzarsi tre risposte: 1) non è mai possibile accordare tale tipo di tutela - che si risolverebbe in un'inammissibile sostituzione del giudice alla pubblica amministrazione; 2) è sempre possibile - in quanto strumento di tutela ammesso dal legislatore in via generale per la lesione degli interessi legittimi; 3) è possibile solo nei riguardi di attività amministrativa vincolata, quando l'esito, cioè, dell'ulteriore azione provvedimento risulta pronosticabile sulla base di parametri certi e di criteri matematici (come, ad esempio, l'aggiudicazione alla seconda classificata di una procedura di gara indetta con il criterio del massimo ribasso, quando l'impresa vincitrice avrebbe dovuto essere esclusa). Le prime due soluzioni vanno rifiutate in quanto, per il carattere assoluto delle rispettive conclusioni, impediscono di discernere, in concreto, i presupposti e gli esiti dell'attività amministrativa incisa dalla condanna reintegratoria. Anche la terza, tuttavia, nonostante lo sforzo di conformare le relative conclusioni alla duplice esigenza di rispetto della sfera di competenze riservata all'amministrazione e di garanzia dell'utilità e dell'efficacia della tecnica risarcitoria in esame, si presta a rilievi critici. A ben vedere, innanzitutto, l'estensione della forma di risarcimento in esame anche agli interessi legittimi pretensivi si risolve nella surrettizia introduzione nel nostro sistema della c.d. azione di adempimento (la *vertgleichungsklage* dell'ordinamento giuridico tedesco), allo stato sconosciuta al nostro sistema positivo di tutela delle posizioni soggettive connesse all'esercizio delle funzioni amministrative. La condanna dell'amministrazione all'adozione di un provvedimento favorevole al ricorrente postula, infatti, logicamente la configurabilità in capo al privato di un vero e proprio diritto a quell'atto ed in capo all'amministrazione un vero e proprio obbligo alla soddisfazione di quella pretesa. Senonché la ricostruzione dei rapporti tra cittadino ed amministrazione in termini di rapporto obbligatorio, anche con riguardo alle tecniche di tutela giurisdizionale, esigerebbe una precisa ed univoca innovazione normativa, che la mera previsione della possibilità di risarcire il danno nelle forme della reintegrazione in forma specifica non risulta idonea ad introdurre, e non si presta ad essere validamente sostenuta senza un adeguato e puntuale riscontro positivo. La modalità risarcitoria della reintegrazione in forma specifica, a ben vedere, non introduce una forma generalizzata di azione di adempimento (che avrebbe richiesto una coerente qualificazione positiva del relativo strumento di tutela ed una maggiore chiarezza nei suoi contenuti), ma si*

limita a consentire una forma ripristinatoria della posizione soggettiva tutelata, quando questa risulti compatibile con la natura di quest'ultima, come nei casi di lesione di interessi oppositivi o di diritti soggettivi (nelle controversie di giurisdizione esclusiva). Se si ammettesse, in definitiva, la tecnica riparatoria in esame per la lesione degli interessi pretensivi si finirebbe per accordare al ricorrente un beneficio superiore a quello che egli avrebbe avuto se non si fosse svolta l'attività lesiva; e ciò in contrasto con tutti i principi che presiedono al risarcimento del danno. Quanto alle forme di risarcimento dei danni cagionati dall'attività amministrativa lesiva di interessi pretensivi, occorre, allora, svolgere le seguenti considerazioni. La forma più immediata e, probabilmente, soddisfattiva degli interessi pretensivi è data dal giudicato demolitorio-conformativo che, rimuovendo l'attività amministrativa illegittima ed imponendo la sua rinnovazione nel rispetto della legalità, assicura all'interessato la soddisfazione più pregnante della sua posizione soggettiva, così come ritenuto da quell'indirizzo giurisprudenziale (Cons. St., sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 6281) che reputa implicita nella domanda di annullamento dell'atto impugnato quella di reintegrazione in forma specifica, per mezzo della riedizione dell'attività amministrativa giudicata illegittima. L'effetto conformativo insito nella statuizione di annullamento offre, infatti, al ricorrente l'occasione di tutela maggiormente efficace ed utile del suo interesse legittimo, potendo servire, con la semplice rinnovazione dell'attività giudicata illegittima, ad assicurargli in via sostanziale quel bene della vita al quale egli aspira. Se, tuttavia, l'interessato resta privo di soddisfazione anche in esito alla ripetizione del procedimento, potrà attivare lo strumento di tutela costituito dal ricorso per esecuzione del giudicato che, assegnando al giudice potestà valutative di merito e poteri di sostituzione dell'amministrazione inadempiente, si rivela la fase processuale più idonea a garantire quella reintegrazione in forma specifica, anche degli interessi pretensivi, che, nella sede ordinaria di cognizione, resta preclusa dai rilievi sopra formulati. Lo strumento di tutela in questione va ricondotto, in definitiva, nell'ambito dell'attuazione del giudicato, se inteso come finalizzato a garantire il rilascio del provvedimento favorevole (nel caso di specie: l'aggiudicazione dell'appalto), ed in quello della cognizione ordinaria, se inteso come funzionale a garantire l'utilità (minore) dell'effetto conformativo nell'attività rinnovatoria riservata all'amministrazione. Secondo la ricostruzione prospettata, il risarcimento per equivalente, che, per la lesione degli interessi legittimi pretensivi, si rivela sussidiario e residuale rispetto alla reintegrazione in forma specifica, risulta, invece, configurabile solo nei casi in cui il conseguimento del bene della vita non è più possibile mediante la riedizione dell'attività provvedimentale lesiva (ad esempio, perché l'appalto è stato integralmente eseguito) o nelle ipotesi in cui il mero ritardo nel rilascio del provvedimento favorevole (per esempio, di una

risolutivo della questione, essendo nel frattempo intervenuta, con l'art. 7 della l. 205/2000, la possibilità per il giudice amministrativo di condannare al risarcimento in forma specifica. D'altro canto, la possibilità di una tale pronuncia, in astratto, rimane comunque condizionata alla preesistenza nel patrimonio del danneggiato della situazione soggettiva della quale si chiede la restituzione in forma specifica, sicché l'ammissibilità di tale tecnica di risarcimento va coordinata con la tradizionale distinzione degli interessi legittimi nella duplice categoria di interessi oppositivi e pretensivi - per questi ultimi essendo più "dubbia l'ammissibilità dell'assegnazione di una posizione di vantaggio che l'interessato non aveva ancora acquisito nella sua sfera patrimoniale e che, quindi, non poteva essere sacrificata dall'azione amministrativa".

concessione edilizia o di un'autorizzazione commerciale) ha prodotto, di per sé, un pregiudizio patrimoniale (non eliminabile dalla sola, successiva adozione dell'atto ampliativo). Ciò che la Sezione reputa di escludere, in sintesi, è l'ammissibilità, ad ordinamento vigente, di una condanna dell'amministrazione ad un facere, da ritenersi circoscritta alle limitate ipotesi del rito speciale sull'accesso ai documenti amministrativi (art. 25, comma 6, legge 7 agosto 1990, n. 241) e sul silenzio (art. 21-bis, comma 2, legge n. 1034/1971). Chiarirà, in definitiva, l'Adunanza Plenaria se sia ammissibile la condanna della pubblica amministrazione all'adozione di un determinato provvedimento e, in caso di risposta affermativa a tale quesito, a quali condizioni possa pronunciarsi un ordine siffatto".

In questa prospettiva, tanto le soluzioni estreme tese ad ammettere o a negare il potere del giudice amministrativo sempre e comunque, tanto quella orientata a dare diversa soluzione in considerazione del carattere vincolato o meno dell'attività amministrativa, non possono dirsi esenti da critiche sotto il profilo sistematico. In particolare, la terza consisterebbe comunque nella surrettizia introduzione, nel nostro sistema, dell'azione di adempimento - la *vertglichtungsklage* dell'ordinamento giuridico tedesco -, che il nostro ordinamento non disciplina positivamente, e, in sostanza, la ricostruzione dei rapporti tra cittadino ed amministrazione in termini di *rapporto obbligatorio*. Ciò che è assai dubbio possa sostenersi in assenza di una chiara indicazione di diritto positivo. In concreto, se si ammettesse la reintegrazione in forma specifica attraverso l'aggiudicazione del contratto (*rectius*, attraverso l'ordine all'amministrazione di provvedere in tal senso), "*si finirebbe per accordare al ricorrente un beneficio superiore a quello che egli avrebbe avuto se non si fosse svolta l'attività lesiva; e ciò in contrasto con tutti i principi che presiedono al risarcimento del danno*".

Così stando le cose, pare alla sezione che la soluzione più corretta passi per la valorizzazione del “*giudicato demolitorio-conformativo che, rimuovendo l'attività amministrativa illegittima ed imponendo la sua rinnovazione nel rispetto della legalità, assicura all'interessato la soddisfazione più pregnante della sua posizione soggettiva, così come ritenuto da quell'indirizzo giurisprudenziale (Cons. St., sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 6281) che reputa implicita nella domanda di annullamento dell'atto impugnato quella di reintegrazione in forma specifica*”.

La sezione, quindi, prospetta la soluzione, più prudente, secondo la quale al giudice amministrativo, in sede di cognizione, resta preclusa la pronuncia di condanna dell'amministrazione ad un facere, ma suggerisce che il potere così limitato nel giudizio di merito, potrebbe riespandersi in sede di ottemperanza, laddove, posta la mancata conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato a quanto in esso statuito, il giudice amministrativo, forte dei poteri sostitutivi e di merito che il sistema gli riconosce in questa fase, ben potrebbe, sostituendosi, appunto all'amministrazione, procedere alla stipula del nuovo contratto

con il ricorrente risultato vincitore del giudizio, ponendo nel nulla quello già in essere con il resistente che il giudizio stesso ha visto soccombere⁷⁹.

5. L'Adunanza Plenaria del 2008 n. 9. La decisione dell'Adunanza interviene a ridosso dell'ordinanza 27169 a Sezioni Unite della Cassazione Civile con cui la Suprema Corte aveva riaffermato con forza la giurisdizione del giudice ordinario sul rapporto contrattuale susseguente al procedimento pubblico di gara ed all'atto conclusivo dello stesso consistente nell'aggiudicazione⁸⁰. Per vero, successivamente alla pubblicazione della sentenza n. 21769, il

⁷⁹ L'ordinanza si conclude nei seguenti termini: *“Ciò che la Sezione reputa di escludere, in sintesi, è l'ammissibilità, ad ordinamento vigente, di una condanna dell'amministrazione ad un facere, da ritenersi circoscritta alle limitate ipotesi del rito speciale sull'accesso ai documenti amministrativi (art. 25, comma 6, legge 7 agosto 1990, n. 241) e sul silenzio (art. 21-bis, comma 2, legge n. 1034/1971)”*.

⁸⁰ Di poco precedenti sono pure le pronunce con cui si afferma la giurisdizione del g.o. nelle controversie sui corrispettivi per l'affidamento di pubblici servizi, ritenute proprie della fase di esecuzione del rapporto e quindi estranee all'art. 33, del D.Lgs. n. 80 del 1998 da Cass. Sez. Un. ord. 22 agosto 2007, n. 17829; ord. 22 agosto 2007, n. 17830); quelle riguardanti la domanda di risoluzione dell'appalto di servizi con incameramento della garanzia fideiussoria, stante l'attinenza del recesso dal contratto a posizioni di diritto soggettivo, da Cass. Sez. Un. ord. 27 febbraio 2007, n. 4427; e quelle riguardanti questioni di annullamento dei contratti di manutenzione e ripristino di opere pubbliche, sottratti all'incidenza dei poteri discrezionali ed autoritativi della pubblica amministrazione (così, Cass. SS.UU. ord. 27 febbraio 2007, n. 4116”).

giudice amministrativo, se pure in modo non diretto, aveva già provato ad eluderne le conclusioni⁸¹, facendo leva sull'art. 8 della legge Tar e ritenendosi perciò, pur sprovvisto di giurisdizione (ed anzi, proprio per questo), legittimato a decidere "con efficacia limitata" sul contratto, quale *questione pregiudiziale/incidentale* alla ri-assegnazione del contratto stesso (evidentemente ritenuta *questione principale*).

Il massimo consesso di Palazzo Spada⁸², se ritiene, al pari del Tar lombardo, di non attaccare - almeno non frontalmente - l'impianto sistematico appena ribadito dalle sezioni unite della Cassazione⁸³, sceglie poi di tentarne un aggiramento seguendo

⁸¹ Ci si riferisce a Tar Lombardia, Milano, I, sentenza dell'8 maggio 2008, n. 1380, con nota di M. A. SANDULLI, "Il Tar Lombardia bypassa il problema della giurisdizione e decide incidenter tantum sulla sorte del contratto", in www.federalismi.it, 9/2008; l'autrice definisce senz'altro brillante la soluzione escogitata dal Tar milanese, osservando che "attraverso una impostazione rispettosa delle linee fissate dalla Corte regolatrice e dei tradizionali canoni di lettura del sistema e al tempo stesso modernamente aperta alle spinte del diritto comunitario e della massima effettività della tutela sostanziale, pone una nuova importante pietra in favore della piena tutela della concorrenza".

⁸² Sulla pronuncia in esame si veda, *ex multis*, A. AULETTA F. LIGUORI: *La Plenaria, il "dialogo" tra le giurisdizioni e la motivazione che non c'è* (annotazioni a margine dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2008), in www.giustamm.it; F. SATTA, *Annullamento dell'aggiudicazione, la fine di un problema, ivi*, P. DE LISE, *Effettività della tutela e processo sui contratti pubblici*, cit..

⁸³ Nella pronuncia si sceglie di aderire subito all'ultimo arresto del supremo consesso del giudice di legittimità - "l'Adunanza Plenaria ritiene di

un percorso diverso da quello individuato dai giudici di primo grado. L'adunanza - ed in ciò, come appena visto, i giudici accolgono il suggerimento contenuto nella parte finale dell'ordinanza di rimessione - ritiene che l'affermazione della giurisdizione del g.o. non importi, di per sé, una riduzione della tutela accordata al soggetto ricorrente e che, al contrario, ferma tale giurisdizione, vada considerato l'obbligo di conformativo scaturente dalla sentenza (del g.a.) di annullamento degli atti di gara. Sentenza che, per l'amministrazione, è *"costitutiva di un vincolo permanente e puntuale sulla successiva attività dell'amministrazione"* (Cons. Stato, Ad. Plen. 19 marzo 1984, n. 6), ed *"il cui contenuto non può prescindere dall'effetto caducatorio del contratto stipulato"*. Sicchè, se il giudice non può spingersi ad

non doversi discostare dal delineato orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, secondo cui sussistente la giurisdizione civile sulla domanda volta ad ottenere, con efficacia di giudicato, l'accertamento dell'inefficacia del contratto, la cui aggiudicazione sia stata annullata dal giudice amministrativo. Nel vigente sistema, infatti, non sussiste una espressa previsione normativa di carattere generale sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine alle controversie riguardanti la fase dell'esecuzione del contratto d'appalto: pertanto, nel caso di una specifica domanda intentata da chi abbia chiesto ed ottenuto dal giudice amministrativo l'annullamento della aggiudicazione, ovvero in presenza di una domanda di una delle parti del contratto pubblico d'appalto stipulato medio tempore, sussiste la giurisdizione civile quando si intendano far accertare - con efficacia di giudicato - le conseguenze che la medesima sentenza ha prodotto sul contratto. Resta in tal modo estranea alla cognizione del giudice amministrativo la domanda di reintegrazione in forma specifica".

accertare gli effetti sul contratto (con pronuncia dichiarativa o costitutiva qui non importa), l'amministrazione, dal canto suo, *“non può non rilevare la sopravvenuta caducazione del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione (secondo quanto, del resto, ribadito dalla Corte di Cassazione, sez. I, 15 aprile 2008, n. 9906), similmente a quanto avviene nel caso di annullamento di una graduatoria di un pubblico concorso che comporta la caducazione degli effetti del contratto di lavoro su di essa fondato, ovvero di annullamento di una concessione di un bene o di un servizio pubblico che comporta la caducazione degli effetti dell'accordo accessivo”*. Rispetto all'attività amministrativa susseguente alla sentenza di annullamento, poi, il sindacato del giudice amministrativo è pieno e completo, *“investendo situazioni che restano esclusivamente nel campo del diritto pubblico e che non si intersecano mai con il piano dei diritti soggettivi sorti dal vincolo contrattuale”*.

Ciò porta a concludere che il potere negato in sede di cognizione rivive nel giudizio di ottemperanza⁸⁴, ove il giudice può

⁸⁴ Come accennato in precedenza, la conclusione cui giunge l'Adunanza Plenaria del Consiglio era già stata suggerita in dottrina da F. CINTIOLI, *Le Sezioni unite rivendicano a sé il contratto, ma non bloccano il giudizio di ottemperanza*, consultabile in www.giustamm.it, ove l'illustre Autore (già

nel gennaio 2008) vaticinava: *“I primissimi commenti hanno già notato che, frammentando una controversia tra due giudici appartenenti ad ordini diversi, a soffrirne potrebbe essere il principio costituzionale di concentrazione e di ragionevole durata del processo. Ma, al di là di questi aspetti di sistema, vorrei qui notare che, forse, la sentenza della Cassazione non elimina una strada possibile perché la giurisdizione amministrativa finisca per assorbire anche la “tenuta” del contratto. Mi riferisco al giudizio di ottemperanza”*; ed ancora: *“Nel giudizio di ottemperanza il g.a. non si ferma affatto per “timore” di scuotere il contratto. In primo luogo, siamo nel campo di una giurisdizione di merito, sicché il g.a. assume decisioni che incidono sulle valutazioni di merito della P.A. e può ad essa finanche sostituirsi. In questo tipo di giurisdizione non si tratta di accertare, con efficacia di giudicato, l’invalidità del contratto, bensì solo di munire di tutela esecutiva l’interesse legittimo di B e di adottare tutte le opportune misure, anche di carattere sostitutivo, visto che l’ordinamento italiano ha accolto il modello dell’esecuzione con surrogazione reale alla P.A. In secondo luogo, è principio generale quello per cui il g.a., “nelle materie in cui non ha competenza esclusiva, decide con efficacia limitata di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale” (art. 8, comma 1, l. TAR). Il g.a. ha il potere di pronunciarsi, incidenter tantum e senza efficacia di giudicato, anche sui diritti, fatta eccezione solo per la querela di falso e per le questioni di stato e di capacità degli individui (art. 8, comma 2). Non è precluso, dunque, al g.a. di conoscere in via pregiudiziale della validità del contratto e dei relativi diritti e di ritenere, ad esempio, che il contratto stipulato tra l’amministrazione ed A sia nullo o inefficace (e ciò in coerenza con quanto la stessa Corte di cassazione ha sostenuto nei suoi precedenti più vicini nel tempo). Del resto, l’affermazione che nel giudizio di ottemperanza vi sia una componente di cognizione che si somma alla fase propriamente esecutiva può dirsi ormai patrimonio comune di dottrina e giurisprudenza. Il g.a. potrà così adottare le misure esecutive (e tempestive) che ritenesse opportune, ivi compresa la nomina di un commissario. Tra di esse, potrebbe anche esservi l’ordine per la stazione appaltante di sospendere l’esecuzione del contratto con A e di concludere un nuovo contratto con B (eventualmente munendolo di una condizione sospensiva sino all’eventuale contraria pronuncia giudiziale in sede civile, se ritenuto opportuno). L’impossibilità di accertare con effetto di giudicato la condizione di invalidità del contratto non impedisce al g.a. di procedere in sede di ottemperanza e non preclude misure esecutive che, nei fatti, incidano sul contratto come realtà materiale. Va da sé che, mancando ancora un accertamento sull’invalidità del contratto, chi vi fosse interessato potrebbe anche rivolgersi al g.o. per far valere le sue ragioni”*.

adottare tutte le misure (direttamente o per il tramite di un commissario) necessarie ed opportune per dare esatta ed integrale esecuzione alla sentenza e per consentire una corretta riedizione del potere amministrativo⁸⁵.

Riformata così la decisione sullo specifico aspetto della pretesa caducazione del contratto - che, come visto, l'Adunanza nega sotto un profilo strettamente formale, ma, nei fatti, non supera, limitandosi a cedere all'amministrazione soccombente l'obbligo di dichiararla/accertarla e riappropriandosi della relativa potestà nel caso di giudizio di ottemperanza -, i giudici di Palazzo Spada ritengono ormai inconferente la questione dell'applicabilità degli artt. 23 e 25 c.c., su cui l'ordinanza di rimessione aveva così fortemente insistito, e non prende sul punto alcuna posizione di merito.

Il percorso argomentativo che l'Adunanza sceglie di seguire, come visto, pur non alimentando in maniera palese il *conflitto*

⁸⁵ Ciò, secondo quanto si legge nella Plenaria, "perché la funzione del giudice dell'ottemperanza è proprio quella di adeguare la situazione di fatto a quella di diritto nascente dal giudicato, nell'esercizio della potestà di riformare l'atto illegittimo o sostituirlo, espressamente conferitagli dall'art. 26 della legge n. 1034 del 1971".

*carsico*⁸⁶ con il giudice ordinario, in nome della *pienezza di tutela*, di fatto lo svuota di qualsiasi portata applicativa. E facendo ciò, incontra senz'altro il favore di quella (consistente) dottrina tesa a riconoscere al giudice amministrativo potere sul contratto⁸⁷. Essa, però, sotto il profilo squisitamente teorico non sembra sufficiente a chiudere la questione, sia avendo riguardo ad alcuni temi di fondo, di carattere generale⁸⁸, sia in relazione alla sua congruenza con la concreta conformazione dei poteri cognitori del giudice amministrativo nel giudizio di legittimità⁸⁹.

⁸⁶ Rubo l'espressione a F. CINTIOLI, *Le Sezioni unite rivendicano a sé il contratto, ma non bloccano il giudizio di ottemperanza*, cit.

⁸⁷ Si veda, ad esempio, F. SATTA, *Annullamento dell'aggiudicazione: la fine di un problema*, cit. : "Non vi è dubbio alcuno che la soluzione del problema adottata dall'Adunanza Plenaria superi, finalmente, il problema di giurisdizione sul quale si è concentrata l'attenzione negli ultimi anni: lascia all'amministrazione il compito di decidere la sorte del contratto e quindi riserva al giudice amministrativo in sede di giudizio di ottemperanza il sindacato sulle sue determinazioni. Di questo non ci si può che compiacere".

⁸⁸ Lo stesso Professor Satta, alle parole citate nella nota precedente, aggiunge subito queste: "Restano però irrisolti due problemi di merito: a quale titolo l'amministrazione può sciogliersi - e quindi eventualmente anche decidere di non sciogliersi - da un contratto che aveva comunque stipulato? E quali sono, in termini generali, le condizioni sostanziali da cui dipende la decisione nell'uno o nell'altro senso? Ovvero, quale è il principio di diritto che l'amministrazione deve seguire nella sua decisione?"

⁸⁹ Si vedano, in proposito, le convincenti riflessioni di F. LIGUORI, *Appunti sulla tutela processuale e sui poteri del giudice nel decreto legislativo n. 53 del 2010*, ove, in relazione al rapporto tra giudizio amministrativo

6. La giurisprudenza del giudice ordinario sulla sorte del contratto e la questione di giurisdizione. La ricostruzione in

cognitorio (di primo e secondo grado) e giudizio esecutivo (di ottemperanza), si afferma: *“Curiosa, d'altronde, la soluzione elaborata della Plenaria, essendo di fatto basata sull'idea che in sede di ottemperanza possano travalicarsi i limiti del giudizio di cognizione; laddove, se è vero che è suscettibile di esecuzione solo ciò che è oggetto di giudicato, nella fase dell'esecuzione non dovrebbe rientrare più di quanto sia stato oggetto della fase di cognizione”*. Sembravano, poi, già cogliere nel segno, pure le riflessioni con cui AULETTA, LIGUORI, *La Plenaria, il “dialogo” tra le giurisdizioni e la motivazione che non c'è* (annotazioni a margine dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2008), cit., tendevano a ridurre la concreta incidenza nel caso *de qua* del principio, pure richiamato dall'Adunanza, dell'inammissibilità di pronunce del giudice amministrativo comportanti un ordine di *facere* in capo all'amministrazione: *“La giurisprudenza amministrativa si è mostrata consapevole della sostanziale differenza tra azione di adempimento e r.f.s., che merita tuttavia di essere rimeditata in termini problematici anche alla luce dei più recenti indirizzi emersi in sede comunitaria, e dai quali si evince la necessità di stabilire in tempi giudiziari rapidissimi con chi l'amministrazione debba stipulare il contratto. Non è detto comunque che per sostenere l'ammissibilità dell'ordine diretto alla p.a. debba di necessità considerarsi introdotta nel nostro ordinamento un'azione di adempimento sul modello di quella vigente nel processo amministrativo tedesco, né che l'inquadramento “civilistico” della r.f.s. comporti (nei rapporti con l'amministrazione.) l'inammissibilità della declaratoria del comportamento da tenere. La r.f.s., anche se ricondotta nell'ambito dei rimedi risarcitori, si realizza infatti pur sempre con una tecnica che mira all'ottenimento di un bene determinato. Il proprium della decisione sulla domanda di r.f.s. è appunto la condanna ad un *facere* specifico che, peraltro, non sempre consiste in una prestazione diversa e succedanea, ben potendo coincidere - specie in vicende contrattuali, alle quali pure il rimedio si applica - in tutto o in parte con la prestazione originariamente dovuta. Al di là di questa problematica equivalenza, anche nella logica riparatoria propria dell'accezione “pura” di reintegrazione in forma specifica, non sembrano esservi insuperabili ragioni di principio, almeno nei casi di attività vincolata, perché non si possa dichiarare l'obbligo ed anche condannare al compimento dell'attività che lo integri”*.

termini di nullità del contratto è stata per la prima volta compiuta da alcune risalenti pronunce della Cassazione, ritenute “storiche” per il progressivo affermarsi di un determinato assetto del riparto tra le giurisdizioni⁹⁰.

Tra queste può ricordarsi la nota sentenza Cass., Sez. Un., 24 giugno 1897 (caso “Trezza”), in Foro It., 1897, p. 1363 ss., ove la Corte, nel cassare una pronuncia del Consiglio di Stato che, su ricorso di due aspiranti contraenti pretermessi, si era ritenuto competente a sindacare la legittimità di tutti gli atti amministrativi di un procedimento diretto alla conclusione di un contratto comunale, aveva espresso l’idea che alla illegittimità degli atti amministrativi conseguisse una invalidità assoluta del contratto, affermando così la giurisdizione ordinaria, anche ove oggetto della cognizione fossero le fasi del procedimento

⁹⁰ Si consideri che la tesi della nullità è stata fatta propria anche da una parte della giurisprudenza e della dottrina amministrativa, come sarà ricordato proprio nella terza ordinanza di rimessione della questione all’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: *“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, cod. civ., per violazione di norme imperative (Cons. St., sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218; T.A.R. Campania, 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”*.

amministrativo per la scelta del contraente. Allo stesso modo, in una meno nota pronuncia del 1898, lo stesso giudice (Cass., Sez. Un., 21 luglio 1898, in Foro It., 1898, I, p. 1379 ss.) aveva affermato la giurisdizione del g.o. a conoscere della legittimità di un decreto di annullamento governativo degli atti amministrativi diretti alla conclusione di un contratto di appalto comunale, sulla base della ritenuta natura sostanzialmente civile della controversia.

Successivamente, le Sezioni Unite della Cassazione (con la sentenza 11 maggio 1918, in Foro It., 1918, I, p. 673 ss.) avevano riaffermato – seppur più a livello di obiter dictum che di effettiva regola di decisione – la tesi della nullità-inesistenza del contratto, ritenendola applicabile laddove non fossero state rispettate le forme di contrattazione di tipo pubblicistico imposte alle Amministrazioni (nella specie una I.P.A.B.); e, nel 1931, ancora le Sezioni Unite della Cassazione, nella nota pronuncia Società Anonima Terme Stabbiane c. Ministero dell'Interno (Cass., Sez. Un., 25 novembre 1931, in Foro It., 1932, I, p. 13 ss.) avevano ribadito la tesi della nullità, affermando la giurisdizione

ordinaria sulla controversia relativa alla validità di un decreto reale di annullamento governativo di deliberazioni comunali dirette alla formazione di un contratto (tra le quali lo stesso atto conclusivo della procedura pubblicistica).

E, anche in seguito all'ingresso in Cassazione dell'opposta tesi dell'annullabilità, il Supremo Collegio non smetterà mai di parlare di nullità anche, se, indubbiamente, si tratterà di pronunce minoritarie.

Possono ricordarsi, tra le altre, Cass., Sez. Un., 18 luglio 1953, n. 2390, in Foro It., 1953, I, p. 1585 ss. (ove la Corte ha affermato la nullità di un contratto concluso a trattativa privata in mancanza della necessaria autorizzazione prefettizia); Cass., Sez. Un., 13 maggio 1954, n. 1511, in Giur. It., I, p. 1954, p. 58 ss. (ove la nullità del contratto è stata affermata quale conseguenza di un provvedimento governativo di annullamento della delibera del consiglio comunale con cui era stata disposta la conclusione di contratti di compravendita); Cass., Sez. Un., 5 giugno 1956, n. 1907, in Giust. Civ., I, 1956, p. 1029 ss. (in tema di conseguenze sul contratto di un provvedimento di annullamento in sede di

riesame); Cass., Sez. Un., 11 luglio 1957, n. 2780, in Giur. It., I, 1957, p. 572 ss. (ove si riaffermava la nullità del contratto in mancanza di autorizzazione prefettizia alla trattativa privata); Cass., Sez. Un., 16 luglio 1969, n. 2611, in Rass. Avv. Stato, I, 1969, p. 758 ss. (ove la Corte aveva affermato la nullità del contratto - introducendo, per la prima volta, accanto alla tesi della nullità-inesistenza per carenza di consenso, l'ipotesi ricostruttiva della nullità per violazione di norme imperative come ragione di nullità del contratto - il cui atto amministrativo presupposto di selezione del contraente era stato annullato, in sede di ricorso straordinario, per illegittimità procedurali)⁹¹.

7. Le ultime pronunce del giudice ordinario. Si è giunti così agli anni immediatamente precedenti la riforma oggetto della presente tesi.

Rispetto ad essi, le pronunce del giudice ordinario che merita ricordare possono ridursi, essenzialmente, a:

⁹¹ In tempi più recenti, cfr. Cass. Civ., Sez. I, 17 giugno 1985, n. 3642, in Nuova Giur. Civ. Comm., 1986, I, p. 283 ss., con commento di G. MINEO; Cass. Civ., Sez. I, 3 settembre 1999, n. 9283, in Mass. Giur. It., 1999; Cass. Civ., Sez. II, 21 aprile 2000, n. 5234, in Mass. Giur. It., 2000.

-la sentenza delle sezioni unite n. 21769 del 28 dicembre 2007;

- l'ordinanza S.U. 10 febbraio 2010, n. 2906.

(A) La sentenza 21769. Nel 2005, con sentenza n. 5196 del 28 settembre, il Consiglio di Stato aveva ribadito che *“doveva prestarsi adesione all'orientamento secondo cui la caducazione in sede giurisdizionale o amministrativa di atti della fase della formazione della volontà della P.A. (deliberazione a contrarre, bando di gara, aggiudicazione) priva la stessa amministrazione, con efficacia ex tunc, della legittimazione a negoziare conferitagli dai precedenti atti amministrativi: in conformità del resto al principio che gli atti della serie pubblicistica e quelli della serie privatistica sono indipendenti, ma i primi condizionano l'efficacia dei secondi; e tale inefficacia può essere fatta valere soltanto dalla parte che abbia ottenuto l'annullamento della deliberazione costitutiva della volontà della p.a. senza pregiudizio per i diritti acquistati dai terzi di buona fede in esecuzione della deliberazione medesima”*⁹².

⁹² L'applicabilità di tale principio al fine della riconduzione del contratto all'interno della giurisdizione del giudice amministrativo verrà contestata dalle sezioni unite qui in commento e da tutte le successive sentenze del giudice di legittimità. Si veda, ad esempio, Cass. civ., sez. un., sentenza del 18 luglio 2008, n. 19805, ove, pur non contestandosi il principio in sé, anche in nome delle indicazioni di diritto positivo relative alla

Pertanto, secondo i giudici di Palazzo Spada, “non poteva essere recepito nè l'indirizzo propugnante la caducazione automatica del contratto in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione, peraltro comportante l'aggiudicazione automatica in favore del secondo classificato; nè quello che mediando tra le due tesi, riteneva comunque di far salvi i diritti dei terzi richiamando le disposizioni degli artt. 23 e 25 c.c..”

Impugnata tale decisione per Cassazione - la parte sosteneva che (i) “con la sottoscrizione del contratto si instaura tra le parti un vincolo negoziale "iure privatorum" comportante che tutte le controversie attinenti alla sua esecuzione devono ascrivarsi alla giurisdizione ordinaria: a maggior ragione configurabile quando si discuta della esistenza giuridica del contratto”, e che (ii) “non ne è sostenibile una

giurisdizione, si scinde il profilo sostanziale da quello processuale: “Non è conclusivamente consentito determinare la giurisdizione proiettando in un'ottica processuale il principio da decenni enunciato da dottrina e giurisprudenza, che seppure gli atti della serie pubblicistica e quelli della serie privatistica sono indipendenti quanto alla validità, i primi condizionano l'efficacia dei secondi: in quanto lo stesso è invocabile soltanto per definire sotto il profilo sostanziale l'esatta patologia, e la sorte del contratto, nonchè dei diritti ed obblighi dallo stesso derivanti, in seguito all'annullamento del provvedimento che ne costituisce il presupposto. Nel criterio di riparto prescelto dal legislatore, provvedimento di aggiudicazione e contratto restano, invece, due realtà autonome e le vicende dell'uno non valgono ad ampliare o restringere l'ambito della giurisdizione stabilita sull'altro: non soltanto sotto il profilo logico-giuridico,, valorizzando in termini di connessione il rapporto di consequenzialità necessaria tra la procedura di gara ed il contratto successivamente stipulato”.

sorta di attrazione nell'ambito della giurisdizione amministrativa per l'automatico collegamento tra la procedura autoritativa di evidenza pubblica e la validità-efficacia del vincolo contrattuale perchè le relative questioni con riferimento sia alla patologia del negozio per cui optare (con le relative conseguenze) tra le categorie tipizzate dal codice civile, sia alla sorte delle prestazioni nel frattempo eseguite dalle parti, sia alla qualificazione della buona fede del contraente privato, sia al trattamento giuridico dei terzi che abbiano acquisito diritti in forza del contratto, trascendono la mera cognizione del profilo della legittimità dell'azione autoritativa espletata dalla p.a. come autorità ed implicano valutazioni meramente civilistiche, ascrivibili al giudice naturale dei rapporti negoziali paritetici” - , la nostra suprema Corte dichiarava il ricorso manifestamente fondato.

Le sezioni unite ricordavano che esse, già in passato, “*fra le diverse e pur possibili opzioni ermeneutiche, hanno privilegiato quella cd. privatistica, per la quale la L. n. 205 del 2000, artt. 6 e 7, nel devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative alle procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, hanno riguardo alla sola fase pubblicistica dell'appalto (in essa compresi i provvedimenti di non ammissione alla*

gara o di esclusione dalla stessa); e non si riferiscono alla successiva fase dell'esecuzione del rapporto, concernente i diritti e gli obblighi derivanti, per ciascuna delle parti, dal contratto stipulato successivamente agli atti di evidenza pubblica. In questa seconda fase resta operante la giurisdizione del giudice ordinario quale giudice dei diritti, cui spetta verificare la conformità alle norme positive delle regole attraverso le quali i contraenti hanno disciplinato i loro contrapposti interessi, e delle relative condotte attuative: a nulla rilevando che specifiche disposizioni legislative attribuiscono all'amministrazione committente la facoltà di incidere autoritativamente sul rapporto (e perfino di risolverlo), posto che detti atti amministrativi, non hanno natura provvedimentale e non cessano di operare nell'ambito delle paritetiche posizioni contrattuali (Da ult., Cass. sez. un. 17829 e 17830/2007; 4427/2007; 4116/2007)".

Il ragionamento della Corte proseguiva richiamando l'ultimo arresto della Corte Costituzionale (sentenza n. 204/2004), con cui *"la Consulta ha rilevato, infatti, che il riferimento della disposizione ad una materia - quella dei pubblici servizi - dai confini non compiutamente delimitati, e soprattutto il richiamo a tutte le controversie ricadenti in tale settore rende evidente che la materia così*

individuata prescinde totalmente dalla natura delle situazioni soggettive coinvolte, radicando la giurisdizione esclusiva sul dato puramente oggettivo del normale coinvolgimento in tali controversie del generico pubblico interesse che è naturalmente presente nel settore dei pubblici servizi: e così travolgendo il necessario rapporto di specie a genere che l'art. 103 Cost. postula come ordinario discrimine tra le giurisdizioni, allorchè contempla le materie devolvibili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo come particolari rispetto a quelle nelle quali la pubblica amministrazione agisce quale autorità. Ha quindi precisato che il necessario collegamento delle materie assoggettabili a giurisdizione esclusiva con la natura delle situazioni soggettive, espresso, nell'art. 103 Cost., dalla loro qualificazione di particolari rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità, comporta che le materie affidate alla giurisdizione suddetta devono necessariamente partecipare della medesima natura - segnata dall'agire della P.A. come autorità, nei confronti della quale è accordata tutela alle posizioni di diritto soggettivo del cittadino dinanzi al giudice amministrativo - di quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità".

Ciò posto, perciò, con l'atto di aggiudicazione, che è l'ultimo della serie pubblicistica, ha inizio una differente fase, che parte *“con l'incontro delle volontà delle parti per la stipulazione del contratto, e prosegue con tutte le vicende in cui si articola la sua esecuzione; infatti, i contraenti - p.a. e privato - si trovano in una posizione paritetica e le rispettive situazioni soggettive si connotano del carattere, rispettivamente, di diritti soggettivi ed obblighi giuridici a seconda delle posizioni assunte in concreto. Sicchè è proprio la costituzione di detto rapporto giuridico di diritto comune a divenire l'altro spartiacque fra le due giurisdizioni, quale primo atto appartenente a quella ordinaria, nel cui ambito rientra con la disciplina posta dall'art. 1321 c.c. e segg.; e che perciò, comprende non soltanto quella positiva sui requisiti (art. 1325 c.c. e segg.) e gli effetti (art. 1372 c.c. e segg.), ma anche l'intero spettro delle patologie ed inefficacie negoziali, siano esse inerenti alla struttura del contratto, siano esse estranee e/o alla stessa sopravvenute: come si verifica appunto nelle fattispecie prospettate dalla sentenza impugnata in cui viene a mancare uno degli atti del procedimento costitutivo della volontà dell'amministrazione (deliberazione di contrarre, bando, aggiudicazione). E trova giustificazione il principio da decenni*

enunciato da dottrina e giurisprudenza, che seppure gli atti della serie pubblicistica e quelli della serie privatistica sono indipendenti quanto alla validità, primi condizionano l'efficacia dei secondi, di modo che il contratto diviene inefficace se uno degli atti del procedimento viene meno per una qualsiasi causa (Cass. 5 aprile 1976 n. 1197 e succ.)”.

Inoltre, secondo le sezioni Unite, nemmeno il richiamo al “rapporto di consequenzialità necessaria tra la procedura di gara ed il contratto successivamente stipulato” – così, la sentenza del CdS impugnata per cassazione -, è sufficiente a legittimare una pronuncia, sia pur incidentale, del giudice amministrativo sulla fase successiva all’atto di aggiudicazione – in una parola, sul contratto -, posta la vigenza, nel nostro ordinamento, del “principio generale dell'inderogabilità della giurisdizione per ragioni di connessione, salve deroghe normative espresse non rinvenibili nella normativa in esame (Cass. sez. un. 7859/2001; 1760/2002). E, quindi, perchè valutare l'incidenza dell'annullamento dell'atto amministrativo di aggiudicazione rispetto al rapporto privatistico che ad esso consegue costituisce una questione di merito relativa alla verifica della validità e della perdurante efficacia del contratto di appalto; e significa pronunciare intorno alla ricorrenza o meno delle *condiciones juris*,

incidenti sulla sua giuridica esistenza e validità iniziale, nonché, sul perdurare degli effetti legati al sinallagma funzionale (Cass. sez. un. 6743/2005; 5179/2004;931/1999, nonché 5941/2004; 12629/2006): e non già decidere circa il corretto esercizio del potere di annullamento di ufficio che deve necessariamente arrestarsi all'adozione del relativo provvedimento (nonché alla eventuale pronuncia sul risarcimento del danno conseguente D.Lgs. n. 80 del 1998, ex art. 35)''.

Non si può però tacere la circostanza che i primi ad escludere che la sentenza in parola raggiungesse un *punto di non ritorno* sono stati proprio i giudici della Corte di Cassazione - più precisamente, quelli della prima sezione. Già nel 2008, infatti (con sentenza del 15 aprile, n. 9906), tale sezione ha confermato una decisione della Corte di appello con cui, a seguito della nuova indizione di un procedimento di gara e di riaffidamento del contratto, era stata rigettata la richiesta dell'originario contraente di risoluzione del contratto per inadempimento da parte del Comune e di risarcimento danni, entrambe rese

impossibili proprio dall'automatica caducazione del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione⁹³.

⁹³ Nella sentenza in commento, il giudice muove le proprie considerazioni proprio dall'asserita identità tra il caso di annullamento dell'approvazione - *"nella giurisprudenza di questa Corte è consolidato il principio secondo cui, il sopravvenuto annullamento giurisdizionale del verbale di aggiudicazione comporta che nessun effetto può essere riconosciuto al provvedimento invalido (ed agli atti presupposti ad evidenza pubblica su cui era fondato) fin dal momento del suo venire in essere e ai diritti soggettivi dallo stesso attribuiti in quanto sorti da un atto non conforme alle condizioni prescritte dalla legge per la sua operatività. L'annullamento del verbale di aggiudicazione, infatti, pone nel nulla l'intero effetto - vicenda derivato dall'aggiudicazione, a cominciare quindi dal contratto di appalto che vi è insito o che, ove stipulato in successivo momento, non ha alcuna autonomia propria e non costituisce la fonte dei diritti ed obblighi tra le parti, ma, assumendo il menzionato valore di mero atto formale e riproduttivo, è destinato a subire gli effetti del vizio che affligge il provvedimento cui è inscindibilmente collegato e a restare automaticamente e immediatamente caducato, senza necessità di pronunce costitutive del suo cessato effetto o di atti di ritiro dell'amministrazione, in conseguenza della pronunciata inefficacia del provvedimento amministrativo ex tunc, travolto dall'annullamento giurisdizionale (ex plurimis, Cass., n. 7481 del 2007; Cass., n. 12629 del 2006; Cass., n. 17673 del 2004)".* In forza di tale analogia (e, si badi, il giudice la ritiene tanto ovvia che non si preoccupa di operarla espressamente), il giudice ritiene di concludere che *"L'automatica invalidità degli atti del procedimento incisi dalla pronuncia giurisdizionale è idonea a mutare i termini dell'ipotesi contrattuale intorno alla quale si è determinata la volontà dei partecipanti e la formazione delle singole offerte, e ciò anche nel caso in cui l'aggiudicatario abbia posto in essere, nelle more del giudizio, un'attività riconducibile alla prestazione dovuta in forza della relazione contrattuale instaurata per effetto dell'aggiudicazione. Tale attività - a parte il fatto di costituire evento temporalmente successivo ed esterno allo svolgimento della procedura (che ne ha costituito il presupposto) - una volta annullata l'aggiudicazione, è, infatti, destinata ad assumere le connotazioni di un'attività di fatto, in forza della proiezione ex tunc degli effetti dell'annullamento. Quanto dovuto all'aggiudicatario per i lavori posti in essere risponde a logiche totalmente diverse da quelle che presiedono alla controprestazione, così da non potersi definire "prezzo" o comunque corrispettivo della prestazione resa, bensì, esclusivamente indennità, cui l'escluso ha titolo secondo le regole del diritto comune, derivanti dall'art. 2041 c.c., (così, Cass., n. 7481 del 2007). Correttamente, dunque, la Corte d'appello ha rigettato la domanda di risoluzione del contratto di appalto, giacché l'annullamento dell'aggiudicazione ha*

Parimenti contraddittoria la sentenza n. 21769 risulta pure in relazione a pronunce rese dalla stessa Cassazione, e ad essa immediatamente precedenti: è sufficiente richiamare le sezioni unite del 28 novembre 2007, n. 24658, ove *“il sopravvenuto annullamento giurisdizionale dell’aggiudicazione comporta che esso pone nel nulla l’intero effetto-vicenda derivata dall’aggiudicazione a cominciare quindi dal contratto di appalto, che non ha alcuna autonomia propria e non costituisce la fonte dei diritti ed obblighi tra le parti, ma, assumendo il valore di mero atto formale e riproduttivo dell’accordo già concluso, è destinato a subire gli effetti del vizio che inficia il provvedimento cui è inscindibilmente collegato ed a restare automaticamente ed immediatamente caducato, senza necessità di pronunce costitutive del suo cessato effetto o di atti di ritiro dell’amministrazione, in conseguenza della pronunciata inefficacia del provvedimento amministrativo ex tunc travolto dall’atto giurisdizionale”*⁹⁴.

comportato il venir meno, senza necessità di alcuna pronuncia costitutiva, quale quella richiesta dal ricorrente”.

⁹⁴ Nello stesso senso v. Corte Cass., sez. I, 26 maggio 2006, n. 12629, in Riv. trim. app., n. 1/2007, 214 ss.

Infine, sembra in qualche modo significativo che, a fronte di conclusioni tanto nette quanto alla giurisdizione sul contratto, non si sia sentita la necessità di revocare in dubbio⁹⁵ quegli arresti, dello stesso giudice ordinario, con cui – incontestata la possibilità per l'amministrazione di intervenire sul contratto, a seguito di annullamento dell'aggiudicazione, esercitando i propri poteri di *annullamento in autotutela*⁹⁶ -, rispetto agli atti

⁹⁵ La contraddittorietà delle posizioni è ben colta da Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, Cedam, 2008: "Invero la giurisprudenza non ha mai ritenuto che l'impiego degli strumenti di riesame fosse ostacolato dalla sopravvenuta stipula del contratto ed è riuscita ad aggirare l'interrogativo concernente la compatibilità dell'esercizio di questi poteri con la natura paritetica del rapporto, assumendo che l'amministrazione si limiterebbe a disporre l'annullamento dell'aggiudicazione, mentre la caducazione del contratto sarebbe un effetto indiretto ed automatico; secondo uno schema, quindi, che ricalca perfettamente la dinamica dell'annullamento in sede giurisdizionale degli atti di gara. Se, da un lato, il meccanismo di operatività del trasferimento delle patologie dal provvedimento al contratto è sempre lo stesso, dall'altro, le conclusioni della Corte Suprema in merito alla definizione del riparto di giurisdizione, inspiegabilmente, divergono. La Cassazione, infatti, riconosce la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sui provvedimenti con i quali l'amministrazione, nell'esercizio dei propri poteri di autotutela, dispone unilateralmente la sospensione degli effetti di un contratto in corso di esecuzione a causa di un'illegitimità riscontrata nella procedura di scelta del contraente".

⁹⁶ Cfr., ex multis, Cfr. CdS, IV, sentenza del 17 luglio 2002, n. 3997, in Foro amm. - C.d.S., 2002, 1657: "È ben configurabile il potere di annullamento d'ufficio in autotutela dell'aggiudicazione, anche in epoca successiva alla stipulazione del contratto di appalto con l'aggiudicatario e quando sono in corso i lavori da parte di quest'ultimo, ma il suo esercizio deve rendere conto sia della sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale sia della sua prevalenza

frutto di tale esercizio si riconosceva serenamente la giurisdizione del giudice amministrativo⁹⁷.

(B) L'ordinanza S.U. 10 febbraio 2010, n. 2906. Con l'ordinanza del 10 febbraio 2010, le Sezioni Unite hanno operato un radicale

sul consolidato affidamento dell'aggiudicatario alla conservazione degli effetti del provvedimento di aggiudicazione"; in termini, c CdS, IV, sentenza del 31 ottobre 2006, n. 6456, in App. & contr., 2006, 7, 72: "Benché nei contratti della p.a. l'aggiudicazione, in quanto atto conclusivo del procedimento di scelta del contraente, segna di norma il momento dell'incontro della volontà della p.a. di concludere il contratto e della volontà del privato manifestata con l'offerta ritenuta migliore (con la conseguenza che da tale momento sorge il diritto soggettivo dell'aggiudicatario nei confronti della stessa p.a.) non è precluso all'amministrazione stessa di procedere, con atto successivo, purché adeguatamente motivato con richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico, alla revoca d'ufficio ovvero all'annullamento dell'aggiudicazione; detta potestà di annullamento in autotutela si fonda sul principio costituzionale di buon andamento che, com'è noto, impegna la p.a. ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire".

⁹⁷ Cfr. Cfr. ex multis, Corte Cass., Sez. un., sentenza del 1 marzo 2006, n. 4508, in Giust. amm., 2006, 303 : "di fronte all'iniziativa della P.A. la quale - in via di autotutela ed esercitando i suoi poteri autoritativi - ha sospeso gli effetti del contratto già concluso e disposto una nuova gara, la contestazione del precedente aggiudicatario ha per oggetto la fase di affidamento dell'appalto, sicché essa, in base ai suddetti principî, rientra nella cognizione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo"; in termini, ancora Cass., sez. un., sentenza del 21 giugno 2005, n. 13296, in Rep Foro it., 2005, "Contratti della p.a.", 664: "L'autotutela dell'amministrazione appaltante, che - riscontrando a carico dell'aggiudicatario una causa di esclusione - annulli l'aggiudicazione e assegni l'appalto ad un altro concorrente, non incide sul contratto di diritto privato stipulato successivamente agli atti di evidenza pubblica, ma riguarda solo tali atti prodromici, di modo che riguardo all'esercizio dell'autotutela è configurabile la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in base all'art. 6 l. 205 del 2000".

revirement dell'ormai consolidato orientamento teso a negare ogni possibile interferenza della giurisdizione amministrativa con la fase contrattuale conseguente ai procedimenti pubblici di gara.

La corte, pur ricordando espressamente le sentenze della Cassazione che, in passato, avevano affermato la giurisdizione del giudice ordinario (cfr. punto 2 della parte in diritto), ed, in particolare l'insufficienza della connessione tra questioni afferenti posizioni di interesse legittimo e questioni afferenti diritti soggettivi tout court ai fini del riconoscimento di poteri di intervento in capo al giudice amministrativo - *“La descritta connessione se rileva ai fini della competenza, potendola modificare, come risulta dalla disciplina dell'istituto di cui al codice di rito (artt. 34 e 36 c.p.c.), non incide invece sulla giurisdizione, come chiariscono le norme che seguono dello stesso codice (artt. 37 - 40).”* -, ma ritiene di sottolineare che già in passato alcune sentenze del giudice ordinario si erano discostate da tale orientamento⁹⁸.

⁹⁸La Corte richiama: (I) S.U. ord. 19 agosto 2008 n. 18735, e (II) 31 ottobre 2008 n. 26302 e la sentenza del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria n. 9/2008, *“che sposta in sede di ottemperanza l'esame delle istanze risarcitorie per*

La stessa Corte, poi, mostra di ritenere che, a seguito della Direttiva c.d. ricorsi, l'interpretazione ormai consolidata del giudice ordinario sul tema in oggetto vada rivisitata: *“deve però considerarsi che, per la sopravvenuta Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007 n. 66, relativa al "miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici", i cui principi dovevano essere trasposti nel nostro ordinamento interno entro il 20 dicembre 2009, sin dalla data di entrata in vigore di essa, una interpretazione orientata costituzionalmente e quindi comunitariamente (art. 117 Cost.) delle norme che precedono, per le gare bandite dopo tale data, rende necessario l'esame congiunto della domanda di invalidità*

equivalente o in forma specifica del concorrente pretermesso”. La Corte, inoltre, richiama pure alcuni casi in cui, posta la dubbia satisfattività, per il ricorrente pretermesso, della soluzione da sempre sposata dal giudice ordinario – *“che in fatto può rendere il processo amministrativo non sempre utile e contrasta con l'effettività della tutela di chi agisce e con la concentrazione del processo”* -, lo stesso giudice ha espresso convinzioni differenti – la dubbia satisfattività, infatti, *“ha fatto affermare in più occasioni, in difformità dall'orientamento prevalente, che ogni domanda risarcitoria conseguente all'annullamento di atti illegittimi della P.A., può proporsi, nelle materie di giurisdizione esclusiva, come reintegrazione in forma specifica della posizione del ricorrente, al solo giudice amministrativo (sul tema, cfr. S.U. 30 giugno 2009 n. 15325 e ord. 12 marzo 2009 n. 5973) e ciò anche quando la reintegrazione in forma specifica sia chiesta e debba essere attuata, attraverso la dichiarazione di invalidità di clausole contrattuali dopo una gara di cui il giudice amministrativo abbia rilevato l'illegittimità e l'invalidità (S.U. ord. 7 novembre 2008 n. 26790, 5 febbraio 2008 n. 2656, 20 marzo 2008 n. 7447).*

dell'aggiudicazione e di privazione degli effetti del contratto concluso, nonostante l'annullamento della gara, prima o dopo la decisione del giudice adito, in ragione dei principi che la norma comunitaria impone agli Stati membri di attuare che corrispondono a quelli di concentrazione, effettività e ragionevole durata del giusto processo disegnato nella carta costituzionale."

Ragion per cui, *"anche prima del termine indicato per la trasposizione di essa nel diritto interno"*, la Stazione appaltante coinvolta in quel giudizio, avrebbe avuto non solo il potere di porre nel nulla il contratto, ma quasi un obbligo in tal senso - *"era infatti onerata a dichiarare privo di effetti il contratto, se concluso con aggiudicatario diverso da quello dovuto"* -; obbligo cui, simmetricamente, corrispondeva già, in capo al giudice ordinario, il potere-dovere di pronunciarsi sulla sorte del contratto - *"lo stesso potere-dovere dell'amministrazione imponeva di attribuire al giudice amministrativo, nelle materie di giurisdizione esclusiva, la cognizione delle controversie esteso anche ai contratti, essendo tale giudice l'organo indipendente dalla amministrazione della direttiva, che ha, nell'ordinamento interno, il potere di pronunciare l'annullamento della aggiudicazione"* .

La Corte di Cassazione, insomma, depone le armi. E ciò fa, si vorrebbe dire, senza condizioni. Le affermazioni contenute in ordinanza non potrebbero essere più chiare: *“La necessità di concentrare su un solo giudice la cognizione di diritti e interessi quando sia domandata la caducazione degli effetti del contratto di appalto come reintegratola del diritto sorto dall'annullamento della gara chiesto con il medesimo del termine per la trasposizione di essa nell'ordinamento interno incide sull'interpretazione delle norme in materia (su tale valenza ermeneutica delle Direttive, cfr. S.U. 16 marzo 2009 n. 6316), e impone di riconoscere il rilievo per il diritto comunitario della connessione tra le domande in precedenza ritenuta irrilevante a favore di una giurisdizione unica del giudice amministrativo, estesa anche agli effetti del contratto concluso a seguito di illegittima aggiudicazione, che appare certa nelle materie di giurisdizione esclusiva. Tale conclusione è pienamente conforme alle norme costituzionali che impongono la effettività della tutela (artt. 24 e 111 Cost.) perchè la rilevanza della connessione denegata in passato per la cognizione congiunta della lesione degli interessi legittimi e dei diritti conseguenti, non è oggi contestabile, derivando da norma comunitaria incidente sulla ermeneutica delle norme interne (art. 117),*

che è vincolante in tale senso per l'interprete. Se le due controversie per l'annullamento della gara e la caducazione del contratto sono in materia di giurisdizione esclusiva deve quindi ritenersi che, ai sensi dell'art. 103 Cost., le richieste di tutela dei diritti inerenti ai rapporti contrattuali non sono scindibili da quelle sugli interessi legittimi violati dall'abuso dei poteri della P.A., su cui ha di certo cognizione il giudice amministrativo, che può quindi decidere "anche" su tali diritti, dopo essersi pronunciato sugli interessi al corretto svolgimento della gara (C. Cost. 6 luglio 2004 n. 204 e 11 maggio 2006 n. 196)."

Come ognuno vede, la sentenza è tutta incentrata sulla questione della giurisdizione. Il giudice ordinario, in continuità con il passato, stenta ad entrare nel merito della questione - forse perché, ormai, del tutto esautorato -, circa il vizio sostanziale che, annullato un atto di gara, inficerebbe il contratto stipulato a valle. Anzi, tale questione rimane del tutto obliterata (e, come vedremo, le stesse norme in nome delle quali il giudice ordinario fa un passo indietro quanto alla giurisdizione, si limitano sul punto ad un'indicazione concretissima - l'inefficacia del contratto -, senza offrire significativi spunti per la definizione della questione di diritto sostanziale sottostante). La

discontinuità, però, è netta quanto al *Chi* deve pronunciarsi: secondo la Corte, pur in assenza di una puntuale disciplina attuativa nazionale della direttiva varata a livello comunitario, c'è già spazio sufficiente per predicare la giurisdizione del giudice amministrativo.

CAPITOLO IV

IL NUOVO SISTEMA. PASSI IN AVANTI ED APORIE ANCORA IRRISOLTE.

1.I limiti intrinseci dell'approccio alle vecchie norme. Nei capitoli precedenti si è tentato di restituire la complessità di un percorso normativo, giurisprudenziale e dottrinario, come si è visto, affatto lineare. Le norme sono state scritte e riscritte più volte, e ad esse sono state via via fornite le più diverse interpretazioni. Il *disordine* è (è stato, ed in certa misura, continua ad essere) tale che uno dei maggiori studiosi del nostro diritto amministrativo, intervenendo ad un convegno organizzato proprio intorno al tema qui in oggetto, nel 2008 osservava: *“l'attuale sistemazione della tematica appare sempre più somigliante ad un puzzle impazzito, in cui le singole tessere non combaciano pressochè mai e non sono in grado non solo di completare il quadro, ma neppure di far emergere qualche profilo intellegibile della figura”*.

Per vero, sembra che tanta incertezza, prima della riforma del 2010, si sia legata a (sia, cioè, da spiegare con) due ragioni fondamentali: (i) un approccio interpretativo troppo spesso eccessivamente orientato ai fini di volta in volta perseguiti; (ii) la mancanza di un esame analitico della questione, che spiegasse in modo diverso situazioni diverse, senza pretendere di attingere, una volta e per tutte, ad una verità valida per tutte le ipotesi.

Sotto il primo profilo, ci si riferisce, evidentemente, a quelle pronunce giurisdizionali - e ai contributi della dottrina che le hanno sostenute o sollecitate - in cui una certa ipotesi interpretativa è stata rigettata non per la sua distanza dalle norme (singolarmente o sistematicamente considerate), ma, piuttosto, per gli (indesiderati) effetti che l'ipotesi stessa avrebbe comportato. E così, come visto, l'annullabilità del contratto, molto spesso, è stata negata (non perché il contratto non sembrasse effettivamente viziato in tal senso, ma) perché non piaceva la conseguente legittimazione esclusiva ad agire in capo all'amministrazione. La nullità, a sua volta, è stata negata in varie occasioni (di nuovo, non perché il contratto non sembrasse

effettivamente viziato in tal senso, ma) perché non piaceva l'idea che il contratto potesse essere attaccato da un *quisque de populo*, sostanzialmente senza limiti di tempo ulteriori a quelli legati direttamente al contratto. Ancora - e ciò, *ca va sans dire*, in massimo grado nelle sentenze dei giudici amministrativi -, la giurisdizione del giudice ordinario è stata negata (non in seguito ad un'interpretazione rigorosa delle norme sulla giurisdizione, ma, ed in modo a volte persino sciatto) in nome della concentrazione dei giudizi, dell'effettività della tutela, del diritto di difesa, quali principi di diretta derivazione costituzionale⁹⁹. Principi che ognuno di noi deve ovviamente tenere in massima considerazione. E che però, per chi ne assumesse una violazione ad opera delle norme di grado inferiore, sarebbe stato più corretto porre a fondamento di questione di legittimità costituzionale delle norme stesse. Cosa non avvenuta. Inoltre, non può nascondersi che, leggendo le pronunce ed i contributi

⁹⁹ A chi scrive sembra in qualche modo significativo che addirittura l'attuale Presidente del Consiglio di Stato, Pasquale de Lise, in un suo intervento accademico di fine 2008 (cfr. nota n. 10), sentisse il dovere di chiarire che *"L'inefficacia-nullità del contratto come dichiarazione del giudice amministrativo non è stata dunque motivata dal desiderio di ingerirsi in uno spazio di tutela che prima spettava al giudice ordinario, bensì dall'esigenza di conquistare spazi sul piano della reale soddisfattività della pretesa"*.

scientifici caratterizzati nel senso anzidetto, è forte la sensazione che la vera preoccupazione dalla quale si muoveva stesse nei tempi peculiarissimi del giudizio ordinario italiano. È innegabile che tali tempi non siano congrui, né, in realtà, al giudizio in materia di contratti con la pubblica amministrazione; né ad alcun tipo di giudizio. Non sembra, però, che questa sia ragione sufficiente (e valida sotto il profilo giuridico) a spostare pezzi di giurisdizione.

Detto del primo errore, il secondo (la mancanza di approccio analitico) è stato forse anche più grave. Si fa qui riferimento, come detto, alla pretesa di individuare un'unica *sorte del contratto*, valida in tutti i casi. Casi che, però, sembrano a chi scrive (ed, evidentemente, l'impressione è condivisa dal legislatore comunitario della direttiva n. 66), grimaldelli troppo diversi perché se ne potesse pretendere l'apertura con un'unica chiave¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Ancora DE LISE, (si fa riferimento al medesimo intervento cui si è fatto cenno alla precedente nota n. 87), nel concedere alla giurisdizione del g.o. i contratti non travolti da annullamento dell'aggiudicazione, in quanto *validi* - "fermo restando, ovviamente, che tutte le controversie attinenti all'interpretazione e all'esecuzione del contratto (quello valido), concernendo, esse

Delle norme inserite con il decreto di recepimento prima, e con il codice del processo amministrativo poi, in quest'ottica, ciò che maggiormente risponde alle aporie che il vecchio sistema generava, è proprio l'approccio analitico. Le nuove norme prendono in considerazione alcuni casi *puntuali (in primis, i gravi casi di violazione)*, tentando di dare ad essi una disciplina inequivoca. Tracciando per tali casi un cammino sicuro.

Facciamone alcuni anche qui.

Ipotesi (a): l'amministrazione stipula un contratto di servizi, opere o forniture con un'impresa privata senza procedere a gara.

Ipotesi (b): l'amministrazione segue il procedimento di gara e, nelle more del termine per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione, stipula il contratto con l'impresa aggiudicataria.

si, veri e propri diritti soggettivi, non possono che rientrare nella giurisdizione del giudice ordinario (o, eventualmente, nella competenza degli arbitri)" - mostra di considerare automaticamente invalido il contratto che abbia fatto seguito ad un'aggiudicazione poi annullata (e di non avvertire alcuna necessità di indugiare sul punto).

Ipotesi (c): l'amministrazione segue il procedimento di gara e, ottenuto il rigetto dell'istanza cautelare innanzi al giudice amministrativo, stipula il contratto con l'aggiudicataria prima che, in sede di merito, il giudice muti avviso ed annulli con sentenza l'aggiudicazione.

Ipotesi (d): l'amministrazione segue il procedimento di gara , esclude ingiustamente un'impresa altrimenti destinata all'aggiudicazione e stipula con un'impresa che andava, invece, esclusa.

Ipotesi (e): vicenda identica a quella della lettera d, ma in questo caso l'impresa aggiudicataria non andava esclusa.

Come dovrebbe apparire evidente, le ipotesi appena illustrate sono tra loro diversissime, e avrebbero meritato un approccio atomistico che, in nome delle differenze dette, apprestasse soluzioni differenti. Il punto più critico dell'impostazione che giurisprudenza ordinaria, giurisprudenza amministrativa e dottrina, senza distinzioni degne di rilievo, hanno dato al problema prima della riforma sta, come si è visto, proprio nella

pretesa di individuare una soluzione unica che risolvesse ognuna delle ipotesi anzidette.

E, per vero, la dottrina più accorta aveva a suo tempo segnalato come le maggiori *chances* di successo di ogni possibile studio o contributo sul tema passassero irrimediabilmente per l'analisi puntuale delle varie ipotesi: *“Peraltro è soprattutto l'idea che l'annullamento dell'aggiudicazione abbia sempre la stessa conseguenza sul contratto, sia essa la caducazione sia essa l'inefficacia, e che tale conseguenza si produca automaticamente, a non apparire condivisibile, perché non tiene conto delle profonde differenze che in concreto caratterizzano la situazione che si viene a creare a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione; differenze derivanti dal contenuto ripristinatorio e conformativo della sentenza di annullamento (o dalla motivazione del provvedimento amministrativo di annullamento), ma anche dallo stato di esecuzione del contratto. E ancora non tiene conto degli interessi effettivi di ognuna delle parti coinvolte; interessi anch'essi decisamente influenzati dallo stato di fatto e di diritto che si viene a determinare in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione. In definitiva, secondo il mio punto di vista, nessuna delle tesi elaborate finora, e soprattutto*

*negli ultimi tempi, sembra adeguata alla esigenza di risolvere in modo teoricamente corretto e praticamente equilibrato il problema delle conseguenze che l'annullamento dell'aggiudicazione provoca sul contratto*¹⁰¹. E ancora: *“L'annullamento dell'aggiudicazione non ha un impatto costante ed imm modificabile sulla situazione di fatto che si viene a determinare e sui rapporti giuridici ad essa riferibili. Da un lato la situazione di fatto si evolve necessariamente dal tempo dell'aggiudicazione a quello dell'annullamento; dall'altro l'annullamento incide diversamente sui rapporti giuridici (o, se si preferisce sugli interessi sostanziali) dei protagonisti della vicenda (amministrazione, primo aggiudicatario e contraente, offerente che ha ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione, eventuali altri partecipanti al procedimento di evidenza pubblica), a seconda delle ragioni per le quali venga pronunciato (in sede giurisdizionale o in sede amministrativa)”*¹⁰². Infine: *“In base alle osservazioni svolte nei*

¹⁰¹ Così F. G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, 2007, www.giustamm.it.

¹⁰² Ancora Scoca, op. ult. cit. Insiste, in particolare, sull'attenzione che meriterebbero le posizioni delle parti ulteriori al ricorrente (*in primis*, la posizione della parte privata del contratto, ma poi anche

l'amministrazione), anche Greco, La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti, Relazione presentata al Convegno su "Gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sui contratti della pubblica amministrazione" tenutosi a Parma il 23-24 maggio 2008, ove può leggersi: "Tali soggetti, in caso di caducazione e inefficacia sopravvenuta del contratto, subiscono conseguenze nefaste, che sovente danno luogo - per le implicazioni risarcitorie - ad un duro contenzioso, non sempre preso in considerazione da parte del Giudice Amministrativo (che comunque rimane estraneo a tali vicende). E si tratta di pregiudizio ingente. L'appaltatore sin dalla sottoscrizione del contratto - che, in quanto aggiudicatario, ha l'obbligo (e non la facoltà) di stipulare - opera un formidabile sforzo economicoorganizzativo, per il pagamento della cauzione definitiva, per l'installazione del cantiere, per l'approvvigionamento dei materiali, ecc.. E' noto, infatti, che nella fase di preparazione e di inizio della esecuzione delle prestazioni l'appaltatore sopporta oneri più che proporzionali rispetto alle fasi successive, come è dimostrato dall'istituto dell'"anticipazione", diretto appunto a consentire di affrontare più agevolmente tali vicende. Se poi l'appaltatore riesce a "ribaltare" tali danni sull'Amministrazione (vuoi per responsabilità precontrattuale, vuoi per arricchimento senza causa o per altro titolo), quest'ultima finisce per pagare l'appalto due volte e per importi sovente superiori a quel 10%, che è il risarcimento massimo cui può aspirare il concorrente pretermesso. Se poi a tutto ciò si aggiungono i ritardi gravissimi, che possono derivare nella realizzazione di opere pubbliche e, comunque, i disservizi che possono scaturire da una

paragrafi precedenti si può serenamente ritenere che la sorte del contratto costituisca una vicenda separata dall'annullamento dell'aggiudicazione; e che nell'esame della vicenda entrino molteplici elementi che sono estranei alla vicenda dell'annullamento, e sono anzi determinati anche dal modo e dal tempo in cui l'annullamento viene pronunciato"¹⁰³. Insomma, secondo Scoca la sorte del contratto non può essere trattata alla stregua di *un'appendice inautonoma* dell'annullamento dell'aggiudicazione, essendo viceversa la situazione che tale annullamento determina *mutevole in concreto* e, in definitiva, *assai complessa*, meritando ogni necessario approfondimento *alla luce degli interessi che in concreto esprimono i vari protagonisti della vicenda* : "l'annullamento dell'aggiudicazione deve essere, a mio avviso, valutato come un fatto, esterno al contratto e sopravvenuto ad esso, al quale consegue la facoltà attribuita a tutti gli interessati, di determinare un eventuale nuovo assetto di interessi".

sostituzione dell'appaltatore nel corso dell'esecuzione delle proprie prestazioni, si dovrà convenire che la soluzione della caducazione automatica e senza limiti può costituire un risultato talvolta sproporzionato (12) ed iniquo, oltre che privo di specifico fondamento di diritto positivo".

Chi scrive, se stenta a condividere totalmente quest'ultima considerazione (almeno nel suo significato estremo), fa invece del tutto propria l'istanza, contenuta nel medesimo scritto appena citato, volta a guardare il contratto (e ad indagarne i presunti vizi) alla stregua del solo diritto privato, dunque del codice civile¹⁰⁴. E, in particolare (ciò che, come visto, era stato osservato in prima battuta dal Professor Greco), a ritenere che il criterio della *buona fede* sia, seppure in modo forse parzialmente diverso (come si dirà meglio di qui a poco), uno degli elementi cardine del problema¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Cfr. op. ult. cit., punto 10: *“La sorte del contratto, peraltro, deve rispondere alla sola disciplina che lo concerne; ossia, in assenza di norme specifiche, a quella generale fissata dal codice civile”*.

¹⁰⁵ Secondo F. G. SCOCA, nel codice civile sono presenti: *“disposizioni, in base alle quali il problema può essere agevolmente risolto: il riferimento è agli artt. 23 e 25, nonché agli artt. 2377 e 2388 cod. civile, applicabili i primi due alle persone giuridiche, e quindi anche agli enti pubblici⁶⁷, e i secondi due alle società per azioni⁶⁸. Ne deriva che, ove l'amministrazione aggiudicatrice sia in realtà una società di capitali, per gli artt. 2377 e 2388, direttamente applicabili, l'annullamento della deliberazione di aggiudicazione, in quanto adottata in*

difformità della legge, lascia "salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione". In termini chiari, il contratto è salvo se il terzo (inteso per tale colui che non è responsabile del vizio di legittimità dell'aggiudicazione, e quindi in ipotesi anche il contraente) lo ha in buona fede stipulato; il contratto cade se l'originario aggiudicatario (e primo contraente) non era in buona fede⁶⁹. Altrettanto più dirsi a proposito delle aggiudicazioni deliberate dagli enti pubblici, richiamando gli artt. 23 e 25 cod. civile. La mia convinzione è che le disposizioni civilistiche citate possano da sole risolvere integralmente il problema della sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione. 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. In ordine alla sorte del contratto tutto ciò che deve essere ritenuto rilevante (e, in caso di controversia, deve essere accertato dal giudice) è semplicemente se l'annullamento dell'aggiudicazione sia opponibile al contraente privato. Soltanto dopo che sia stata esclusa la buona fede si potrà verificare se sussistano i presupposti per la reintegrazione in forma specifica a vantaggio del nuovo aggiudicatario⁷¹, anche nel rispetto dell'art. 2058 cod. civile. In base all'istituto della (in) opponibilità ai terzi di buona fede, ove ritenuto applicabile al problema in esame, non sembra necessario stabilire se il contratto, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, debba considerarsi invalido o meramente inefficace: va tuttavia escluso che esso possa essere considerato nullo e che subisca la vicenda della caducazione automatica. Esso sopravvive all'annullamento

Torniamo all'epicentro della questione. Guardiamo ad esempio, per un attimo, al filone giurisprudenziale volto a ricondurre il vizio del contratto nei termini di una sua radicale nullità. A tale proposito, sembra opportuno muovere due considerazioni: una generale (assumendo un punto di vista sintetico); l'altra più puntuale (assumendo, stavolta, una prospettiva analitica).

Sotto il profilo generale, pur sapendo di sfidare, con ciò, veri *giganti del diritto*¹⁰⁶, sembra cogliere nel segno quella dottrina¹⁰⁷ che, del tutto scevra dalla *“dalla volontà di rinvenire ad ogni costo lo strumento che giustificasse la diretta incidenza del vizio*

dell'aggiudicazione e cesserà di produrre effetti solo se l'annullamento sarà opponibile al contraente privato e se saranno riconosciute sussistenti le condizioni necessarie perchè colui che ha ottenuto l'annullamento consegua la reintegrazione in forma specifica”.

¹⁰⁶ Come visto, la teoria della nullità del contratto stipulato in base ad aggiudicazione annullata è figlia, niente di meno che, della Cassazione! Ma poi essa è stata sposata da autori di primissimo piano, tra cui è impossibile non ricordare innanzitutto il Professor Filippo Satta.

¹⁰⁷ S. Rostagno, *Patologie del procedimento e sorte del contratto*, reperibile in www.giustamm.it.

procedimentale sull'accordo contrattuale raggiunto" – ciò che invece ha inficiato una parte consistente degli studi sul tema – ha ritenuto che "siccome il contratto costituisce autonomo atto di regolamento di interessi cui partecipano entrambi i contraenti e al tempo stesso momento genetico dei diritti e delle obbligazioni delle parti, l'illegittimità di uno degli atti dell'iter amministrativo sottostante di per sé non determina l'invalidità derivata dell'atto conclusivo della serie, in quanto l'interesse pubblico è estraneo alla causa negoziale degli atti di diritto privato della pubblica amministrazione e pertanto risulta di per sé privo di qualsiasi rilevanza come criterio determinante della loro disciplina".

Secondo questa dottrina, in disparte le differenti opzioni circa il tipo di nullità cui ricondurre il contratto – se per carenza di un requisito essenziale, o per contrasto con norme imperative –, tutte le teorie che attingono alla categoria generale della nullità cadono in un "un manifesto equivoco" tra "vizio del comportamento del soggetto, parte del negozio giuridico, e vizio della regola di comportamento che del negozio giuridico costituisce il contenuto".

Dette teorie, infatti ometterebbero di considerare che, essendo protagonista attiva del procedimento pubblico solo la parte, per

l'appunto, pubblica, la patologia del procedimento stesso non è
"di per sé, condivisa dal contraente privato".

Frutto dell'equivoco denunciato, risulta poi un ulteriore vizio delle teorie della nullità: "l'equivoco di cui sopra non consente di ricordare che nel sistema del vigente codice civile (nel contesto del quale pure i fautori della teoria della nullità rinvennero la disciplina del contratto stipulato dal committente pubblico), la nullità riguarda sempre il negozio inteso come regola di interessi mentre le patologie che attengono alla condizione del soggetto si risolvono sempre sotto il profilo dell'annullabilità". Dunque, se "l'art. 1418, 1° comma, disciplina il caso della contrarietà a norma imperativa di un regolamento di interessi e non già di un comportamento"; se la contrarietà a norme imperative, prevista dal 1° co. dell'art. 1418 c.c. va ravvisata in relazione alla "causa del negozio giuridico" e cioè alla "funzione della regola che esso esprime- e non al comportamento di uno soltanto dei contraenti, che, di per sé considerato, non è ancora in grado di esprimere alcuna regolamentazione di interessi" – il contratto stipulato in base ad aggiudicazione annullata non può dirsi nullo.

Il ragionamento della Rostagno qui ripreso tenderà, con quanto detto, ad argomentare poi in favore dell'annullabilità - e su ciò non è per il momento opportuno prendere posizione. Se ne devono, però, recepire subito, ed incondizionatamente, le premesse teoriche: (i) perché si possa colpire il contratto (pronuncia di annullamento) o ritenere colpito (pronunce di accertamento della nullità) le parti contrattuali devono, in qualche misura, condividere il vizio; (ii) la nullità colpisce *il negozio* come *regola di interessi*, per cui il negozio è nullo in quanto (e solo se) la regola di interessi da esso posta contrasti con norme imperative.

Inutile aggiungere che, per quanto finora detto, risulta singolare che, per un periodo relativamente lungo di tempo, i tentativi della dottrina e della giurisprudenza abbiano tentato di negare o sostenere la nullità del contratto *di gara* in relazione a tutte le ipotesi astrattamente ipotizzabili.

È evidente, infatti, che (i) del contratto stipulato in assenza di gara e (ii) del contratto stipulato, magari pure nel rispetto del termine dilatorio allora fissato dall'art. 79 del codice appalti (tra

comunicazione dell'aggiudicazione e stipula), a seguito di gara regolarmente tenutasi e poi annullata, non può predicarsi lo stesso vizio. E che, rispetto ad esso, la parte privata gioca, nella prima ipotesi, un ruolo rilevante, mentre nella seconda, non calca forse nemmeno il campo.

E quasi lo stesso dicasi delle ipotesi (i) di contratto stipulato a seguito di esclusione illegittima di un concorrente con conseguente annullamento dell'aggiudicazione, e (ii) di contratto stipulato con aggiudicatario consapevole delle ragioni per cui l'amministrazione avrebbe dovuto escluderlo dalla fase competitiva, poi regolarmente annullata proprio sulla base di tali ragioni con ricorso di altro concorrente pretermesso. Che l'ordinamento tenda a reagire in egual modo in vicende così lontane tra loro è convinzione che lascia perplessi anche solo a prima lettura.

In effetti, si ritiene che, se il contratto *ha forza di legge tra le parti*, ed è nullo solo per contrarietà a norme imperative. Se la contrarietà deve essere riscontrata nel regolamento di interessi ed il vizio deve essere comune alle parti. Se la nullità è un modo

genetico del contratto, essa non può che rimanere esclusa quando, ad esempio, l'annullamento dell'aggiudicazione sia dovuto all'illegittima esclusione del ricorrente - circostanza rispetto alla quale l'aggiudicatario-contraente non ha influenza alcuna. E qui la buona fede, a ben vedere, non sembra poter influire esattamente nei termini che la stessa dottrina legata a tale principio ha a suo tempo suggerito. Si vuole cioè dire che, mentre nei casi in cui il contraente sappia di aver usurpato l'aggiudicazione perché in realtà andava escluso, egli è ben consapevole *dell'errore* in cui è caduta l'amministrazione giungendo a stipulare con lui - e dunque, che ciò poi incida o meno sul contratto, ad esempio come errore sulla persona e sulle sue qualità, e qualunque sia il vizio, resta il fatto che egli ne condivide, con l'amministrazione, il momento genetico -, nei casi in cui egli, a concorrente illegittimamente escluso, magari con illegittimità evidente, e a ciò richiesto dall'amministrazione, si limiti a stipulare il contratto prima del termine dilatorio o nelle more dell'impugnazione dell'esclusione, non può ascriversi la mancanza di buona fede. Tantomeno, può essergli *sottratto* il contratto. In realtà, in questo caso, il richiamo alla

buona fede sembra addirittura superfluo, posto che, in realtà, il contratto non può dirsi viziato in sé.

Vi è di più. Come visto nel primo capitolo, dal maggio del 2011 la parte quinta del Codice appalti si è arricchita di un' ulteriore norma, l'art. 246 bis, - "Responsabilità per lite temeraria". Oggi, nei giudizi in materia di contratti pubblici, il giudice *"condanna d'ufficio la parte soccombente al pagamento di una sanzione pecuniaria in misura non inferiore al doppio e non superiore al quintuplo del contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo del giudizio quando la decisione è fondata su ragioni manifeste od orientamenti giurisprudenziali consolidati"*.

Ora, si faccia mente all'ipotesi pressochè opposta, in cui a contratto stipulato con l'aggiudicatario - con regolare pubblicazione del bando e svolgimento della procedura, rispetto dei due termini, rigetto, in punto di *fumus*, della richiesta di sospensiva dell' esclusione in base a consolidato orientamento giurisprudenziale - la sentenza di primo grado, andando in contrario avviso all'orientamento ipotizzato, decide

di annullare l'esclusione. In questo caso, quale norma sanziona la nullità del contratto stipulato con l'originario aggiudicatario?

Domande analoghe a quella appena posta - e a molte delle precedenti - dovrebbero ripetersi, poi, quanto alla annullabilità.

Comunque, Una prima conclusione che può trarsi da queste prime riflessioni sta in ciò: le nuove norme del c.p.a. sembrano del tutto appropriate nella parte in cui colpiscono con l'inefficacia i contratti per le ipotesi di mancanza radicale di gara o per ipotesi di mancato rispetto del termine dilatorio tra la comunicazione dell'aggiudicazione e la stipula e di quello derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale.

E si spiegano, oggi, nello stesso modo: una legge lo prevede.

Nel vecchio sistema, viceversa, posto l'indiscutibile carattere di norma imperativa della regola che inibisce all'amministrazione di scegliere liberamente la controparte privata e, viceversa, la natura solamente "*canzonatoria*"¹⁰⁸ del termine dall'aggiudicazione e l'assenza di una norma che attribuisse

¹⁰⁸ Come ricorda il mio collega Alessandro Auletta in un suo contributo sul tema, così Salvatore Satta definiva i termini senza sanzione.

alla proposizione del ricorso alcun effetto inibitorio, solo nel primo caso le norme imponevano/consentivano al giudice, quale esso fosse, di pronunciare sul contratto. Negli altri, viceversa, l'accordo avrebbe dovuto rimanere in vita. Semplicemente perché, del contratto, non avrebbe potuto predicarsi la violazione di alcuna norma imperativa, né in genere, la violazione di norme.

Così come risulta convincente la limitazione del termine per proporre ricorso, fissato in sei mesi, per l'ipotesi in cui sia mancato sia il bando che gli avvisi. Si ritiene, infatti, che il termine, lungi dal poter essere letto come una implicita negazione della nullità del contratto, nella sua distanza da quello ordinario di 30 giorni rivela proprio la differente considerazione che il legislatore (sulla spinta del dettato comunitario) ha dato a questa ipotesi rispetto a quelle residue. Che un termine, persino in caso di nullità, qui debba esserci, è esigenza dettata da evidenti ragioni di pubblico interesse, di continuità dell'azione amministrativa, di certezza dei suoi rapporti giuridici. Senza che ciò comporti la possibilità di

considerare valido il contratto sotto il profilo sostanziale. Il contratto rimane in vita a dispetto della parte che non vi avrebbe diritto, semplicemente, perché la vita è più complessa di un giudizio.

Ciò porta però ad un'ulteriore conclusione. Le nuove norme sembrano meno felici nella parte in cui (art. 122, *inefficacia del contratto negli altri casi*), per le ipotesi di semplice annullamento dell'aggiudicazione (ma con bando regolarmente pubblicato e con rispetto di tutti i termini previsti dalla legge), attribuisce al giudice il potere di stabilire *“se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, 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, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta”*.

La norma non convince, per ciò che dice. E per ciò che omette di dire. Essa non distingue tra ipotesi di esclusione illegittima ed ipotesi di aggiudicazione illegittima (in sé), nemmeno

attraverso il richiamo alla buona fede (richiamo la cui mancanza, in una norma tanto strutturata, ha destato nella dottrina più di una perplessità). Viceversa, menziona l'effettiva possibilità del ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, con il che, posto il combinato disposto che essa forma con quella, di chiusura, a mente della quale il vizio non deve comportare l'obbligo di rinnovare la gara, si rende possibile leggere la norma come orientata, nella ricorrenza di tutti i requisiti posti all'attenzione del giudice, a consentire sempre l'aggiudicazione al terzo ricorrente e la dichiarazione di inefficacia del contratto. Anche quando l'aggiudicatario-contraente non ha condiviso alcuno degli atti cui poi il giudice ha attribuito il vizio della procedura. Anche quando sia stato rispettato: (i) il termine dall'aggiudicazione; (ii) il termine dall'impugnazione; (iii) il giudicato cautelare di rigetto. Sembra, insomma, che i timori espressi in dottrina - *“che senso ha, infatti, imporre non uno, ma ben due (o addirittura tre) periodi di sospensione ope legis della stipulazione del contratto, se questo, una volta stipulato, possa essere sempre e comunque travolto?”* Tanto varrebbe in tal caso consentire la stipulazione immediata, sia

pure esposta al rischio della caducazione. Viceversa l'aver previsto efficaci strumenti di tutela per il ricorrente, prima della stipulazione del contratto, giustifica ampiamente che tale stipulazione possa poi escludere l'azione di adempimento o il risarcimento in forma specifica, residuando solo il risarcimento per equivalente"¹⁰⁹ -, fossero fondati.

E che la scelta di guardare al fatto - possibilità di subentro, stato di esecuzione dei lavori, interesse manifestato in giudizio dalle parti -, più che al suo valore giuridico, spinga il sistema verso un'instabilità del contratto che non risponde a logiche di responsabilità delle parti in gioco ma piuttosto al preteso legame (di validità/efficacia) tra fase pubblicistica e privatistica che le nostre categorie giuridiche, nonostante l'intervento positivo, stentano a supportare.

Il collegamento tra atto pubblico e negozio privato alla base di tutte le vecchie teorie che predicano un'unica sanzione (nullità, annullabilità, inefficacia, qui non importa), la quale tenga insieme l'affidamento diretto, l'affidamento a soggetto inidoneo e l'affidamento a soggetto idoneo ma non ottimale - in altre

¹⁰⁹ Ancora G. GRECO, *La direttiva 2007/66/Ce*, cit.

parole, la convinzione che, viziato o assente il *procedimento*, ciò abbia in ogni caso effetti sul *negozio* -, continua a porsi come un dogma assai dubbio sotto il profilo costituzionale (chè la Costituzione, quando regola l'autonomia privata, non attribuisce alle parti eventualmente pubbliche alcuna prerogativa).

E, certamente, esso fa a cazzotti con il sistema giuridico che i nostri codici e le nostre leggi concorrono a formare, laddove pretende, alternativamente, di estendere al rapporto *atto-negozio* i meccanismi di trasmissione dell'antigiuridicità propri degli uni con gli uni e degli altri con gli altri (atto-atto, negozio-negozio), o di *appioppare* all'atto di aggiudicazione - che è atto interno al procedimento di formazione della volontà della parte pubblica - la natura di condizione di efficacia del negozio di diritto privato che tale volontà consacra. L'erroneità della prima è autoevidente. Quanto alla seconda, per dirla ancora con la Rostagno, "*occorre chiedersi come la serie procedimentale che permette di individuare il contraente ed è presupposto del contratto, in quanto pacificamente rappresenta il processo formativo della volontà*

*del committente pubblico, possa anche essere contemporaneamente
condizione esterna di un contratto già formato”.*

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Gare: l'annullamento dell'aggiudicazione rende non valido il contratto VPgià stipulato – L'esistenza della nullità del negozio giuridico può essere rilevata d'ufficio dal giudice*, in *Guida al dir.*, 2003, n. 3, p. 99 ss..

AA.VV., *Le cause sulla sorte del contratto d'appalto rientrano nella giurisdizione amministrativa – L'annullamento di aggiudicazione della gara rende inefficace l'atto stipulato in origine* (commento a Consiglio di Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666), in *Guida al dir.*, 2003, n. 37, p. 74 ss..

ACQUAFRESCA G., *Invalidità caducante ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1990, p. 139 ss..

ALBANESE A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003.

ANCORA F., *Annullamento dell'aggiudicazione, nuovi tipi di invalidità e sorte del contratto*, in *Giur. Merito*, 2004, n. 7, p. 1482 ss..

ANELLI C., *Pubblico e privato in materia di contratti dello Stato e degli enti pubblici*, in *Cons. Stato*, 1966, p. 333 ss..

BARBERO M., *Annullamento dell'aggiudicazione e vizio del contratto* (nota a Consiglio di Stato, Sez. V, 28 maggio 2004, n. 3465), consultabile presso il sito internet *www.lexitalia.it*.

BARBIERI E.M. *Annullamento della gara pubblica ed annullamento del contratto: un problema di giurisdizione*, in *Riv. Trim. App.*, 2001, n. 4, p. 721 ss..

BARDUSCO A., *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1974.

BIANCA C.M., *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 2000, p. 610 ss..

BUONANNO F., *Perfezionamento del contratto d'appalto: il punto di vista dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici* (commento alla determinazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici del 2 ottobre 2002, n. 24), in *Urb. e app.*, 2002, p. 1392 ss..

BUSCEMA S. - BUSCEMA A., *I contratti della p.a.*, nel *Trattato di diritto amministrativo* (diretto da G. SANTANIELLO), vol. VII, Padova, 1987, p. 2 ss..

CAIANIELLO V., *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994.

CANNADA BARTOLI E., *Attività amministrativa ed attività privata in tema di autorizzazione agli acquisti di contratti di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1960, II, p. 53 ss..

CANNADA BARTOLI E., voce *Annulabilità e annullamento*, in *Enc. Dir.*, II, 1958, p. 496 ss..

CAPOZZI S., *L'invalidità parziale dell'atto amministrativo*, Napoli, 1987.

CAPUTO O.M., *Nullità del contratto d'appalto, risarcimento in forma specifica e pregiudiziale amministrativa. Un'impossibile conciliazione* (commento a T.A.R. Campania, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177), in *Urb. E app.*, 2002, p. 1218 ss..

CARINGELLA F., *Annulamento della procedura di evidenza a monte e sorte del contratto a valle: patologia o inefficacia ?* (nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666), in *Corr. Giur.*, 2004, p. 669 ss..

CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2005.

CARNELUTTI F., *Contratto e diritto pubblico*, in *Studi in onore di A. Ascoli*, Messina, 1931, p. 246 ss..

CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951.

CARPENTIERI P., *Aggiudicazione e contratto*, reperibile presso il sito internet www.giustizia-amministrativa.it.

CARPENTIERI P., *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto* (commento a Consiglio di Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666), in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, p. 1 ss..

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2003.

CERULLI IRELLI V., *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto*, (commento a T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177), in *Giorn. Dir. Amm.*, 2002, p. 1195 ss..

CIANFLONE A. - GIOVANNINI G., *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1999.

CIANFLONE A. - GIOVANNINI G., *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003.

CINTIOLI F., *Annullamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico*, cit., reperibile presso il sito internet www.giustiziaamministrativa.it.

CORAGGIO G., *Effettività del giudicato e invalidità del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, p. 776 ss..

CORLETTO D., voce *Opposizione di terzo nel diritto processuale amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XIV, 1999, p. 570 ss..

CORSO A.M., *Atto amministrativo presupposto e ricorso giurisdizionale*, Padova, 1990.

DE LISE P., *Nuovi profili della giurisdizione amministrativa*, consultabile in www.regione.taa.it/giunta/conv/tar-trento/relazioni/relDELISE.htm.

DE NARDI F., *Effetti dell'annullamento degli atti di gara sul contratto d'appalto*, in *Riv. Trim. App.*, 2003, p. 890 ss..

DE NICTOLIS R., *Commento all'art. 23*, in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, commentario a cura di F. Caringella, Milano, 1999, p. 713 ss..

DE NICTOLIS R., *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, Milano, 2007.

DE NICTOLIS R., in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, a cura di R. Garofoli e M.A. Sandulli, Milano, 2005, p. 401 ss..

DE NOVA G., *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1985, p. 435 ss..

DE ROBERTO A., *Introduzione al tema sul potere pubblico e responsabilità civile*, in *Cons. Stato*, 2003, II, p. 391 ss..

DI MAJO A., voce *Legittimazione negli atti giuridici*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1961, p. 52 ss..

DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996.

ELMOSI G., ROTONDI M., *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1999.

FANTINI S., *Gli effetti sul contratto dell'annullamento dell'aggiudicazione: profili di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Urb. e app.*, 2003, p. 751 ss..

FERRARA M. - PANASSIDI G., *Commento alla determinazione n. 24 del 2 ottobre 2002*, in *Guida agli Enti locali*, 2002, n. 46, p. 57 ss..

FOX V., *Annullamento degli atti di gara ed invalidità del contratto d'appalto (note a margine di T.A.R. Puglia-Bari, Sez. I – sentenza 28 gennaio 2003 n. 394)*, reperibile presso il sito internet www.lexitalia.it.

FRANCHINI F., *Pubblico e privato nei contratti della p.a.*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1962, p. 35 ss..

GAROFALO L., *Impugnazione dell'atto presupposto e onere di impugnazione dell'atto consequenziale*, *Dir. Proc. Amm.*, 2000, p. 344 ss..

GAROFALO L., *Annulamento dell'aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, volume IV, Padova, 2007, p. 189 ss. nonché in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, p. 139 ss..

GAROFALO L., *Sulla figura legislativa della caducazione del contratto*, in *Urb. e app.*, 2008, p. 1026 ss..

GARRI F., *Contratto di diritto privato degli enti pubblici*, in *Nss. D.I.*, Appendice, II, Torino, 1981, p. 682 ss..

GATTAMELATA S., *Effetti dell'annullamento sugli atti consequenziali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1991, p. 308 ss..

GATTI M., *Aggiudicazione provvisoria e definitiva: una distinzione attuale?*, in *Riv. Trim. App.*, 2003, p. 168 ss..

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1993.

GHERGHI V., *Effetti della invalidità del procedimento ad evidenza pubblica sui contratti nelle pubbliche amministrazioni*, in *Nuova rass.*, 1995, p. 1334 ss..

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1988.

GOISIS F., *In tema di conseguenze sul contratto dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione conclusivo di procedimento ad evidenza pubblica e di giudice competente a conoscerne* (nota a Consiglio di Stato, Sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218; Sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332; Sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2992; Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666), in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, p. 177 ss..

GRECO G., *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986, p. 132 ss..

GRECO G., in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F. Scoca, vol. II, Bologna, 2001, pp. 1734-35.

GRECO G., *La direttiva 2007/66/ce: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in www.giustamm.it.

GUICCIARDI E., *Giustizia amministrativa*, Padova, 1954.

IEVA L., *Annulamento degli atti dell'evidenza pubblica e nullità del contratto di appalto* (nota a Consiglio di Stato, Sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218), in *Foro amm., C.d.S.*, 2003, p. 964 ss..

INGROSSO G., *Istituzioni di diritto finanziario*, vol. I, Napoli, 1935.

LA ROCCA P., *Il contratto di appalto per l'esecuzione di opere pubbliche*, Rimini, 1991.

LIPARI M., in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. Villata, Milano, 2001, p. 459 ss..

LIPARI M., *Il processo in materia di infrastrutture e di insediamenti produttivi strategici*, in *Dir. Formazione*, 2002, p. 1519 ss..

LIPARI M., *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto tra nullità, annullabilità e inefficacia: la reintegrazione in forma specifica*, in *Dir. e formazione*, 2003, p. 245 ss..

LIPARI M., *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in *Foro amm., T.A.R.*, 2008, XLV.

LOPILATO V., *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali*, in *Foro amm., T.A.R.*, 2006, p. 1519 ss..

LUBRANO F., *L'atto amministrativo presupposto*, Milano, 1967.

MANFREDI G., *Aggiudicazione e stipulazione dei contratti dell'amministrazione*, in *Serv. Pubbl. App.*, 2003, p. 92 ss..

MANTOVANI M., *Divieti legislativi e nullità del contratto*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1987, II, p. 68 ss..

MARCELLO A., *Caducazione automatica del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione*, in *Cons. Stato*, 2004, I, p. 1160 ss..

MARCHETTI B., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, p. 93 ss..

MARUOTTI L., *Il giudicato*, in *Trattato di diritto amministrativo – Diritto amministrativo speciale*, vol. IV, Milano, 2000, p. 3363 ss..

MARZUOLI C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della p.a.*, Milano, 1982.

MASSERA A., in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2003, p. 1592 ss..

MELE E., *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1998.

MERUSI F., *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro amm., T.A.R.*, 2004, p. 569 ss..

MIGUIDI M., *Appalti di lavori pubblici dopo il regolamento generale*, Milano, 2000.

MINEO G., *Nota di commento a Cass. Civ., Sez. I, 17 giugno 1985, n. 3642, cit.*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1986, I, p. 284 e ss..

MONTEDORO G., *I rapporti tra l'evidenza pubblica e contratto di appalto*, in *Urb. e app.*, 2003, p. 918 ss..

MONTEDURO M., *Illegittimità del procedimento ad evidenza pubblica e nullità del contratto d'appalto ex art. 1418, comma 1, c.c.: una radicale "svolta" della giurisprudenza tra luci ed ombre* (nota a T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177), in *Foro amm.*, T.A.R., 2002, p. 2591 ss..

MOSCARINI L.V., *La "nullità speciale" del contratto*, in *Diritto privato e interessi pubblici*, Milano, 2003, I, p. 387 ss..

MOSCARINI L.V., *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988.

MOSCARINI L.V., *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, p. 597 ss..

MUCIO C., *I contratti di diritto privato della pubblica amministrazione* (nota a Cass. Civ., Sez. II, 8 maggio 1996, n. 4269), in *Contratti*, 1997, p.128 ss..

MUCIO C., *Mancata aggiudicazione e autotutela della p.a.* (nota a Consiglio di Stato, Sez. V, 13 gennaio 1999, n. 22), in *Urb. e app.*, 1999, p. 509 ss..

NIGRO M., voce *Deliberazione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 1009 ss..

PAGLIARI G., *Contributo allo studio della c.d. invalidità successiva dei provvedimenti amministrativi*, Padova, 1991.

PAOLANTONIO N., *Brevi considerazioni sull'istituto dell'aggiudicazione nei sistemi di gara ad asta pubblica e licitazione privata*, in *Riv. Corte conti*, 1989, p. 345 ss..

PASSAGNOLI G., *Nullità speciali*, Milano, 1995.

PATTONELLI L., *Annullamento degli atti di gara e sorte del contratto*, in *Urb. e app.*, 2008, p. 320 ss..

PERICU G., in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F. Scoca, vol. II, Bologna, 2001, p. 1626 ss..

PIERACCIOLI G., *Il procedimento contrattuale con riferimento alla più recente legislazione. Aggiudicazione e stipula contrattuale*, in *Amm. It.*, 1991, p. 1476 ss..

POLI V., *Principi generali e regime giuridico dei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2002.

PUGLIESE F., *Le procedure di conclusione dei contratti*, in AA.VV., *Appalto di opere pubbliche*, a cura di P. Marzano, Roma, 1987, p. 132 ss..

193

QUARTULLI A., *Bandi di gara e inviti a licitazioni private*, in AA. VV., *Appalto di opere pubbliche*, a cura di P. Marzano, Roma, 1987, 113 ss..

RESCIGNO P., *Legittimazione (Diritto sostanziale)*, in Nss. D.I., Torino, 1963, p. 718.

ROHERSSEN G., *I lavori pubblici*, Torino, 1971, p. 284 ss..

ROMANO S.A., *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, 1979.

RUIU T., *Ancora sulla sorte del contratto di appalto per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione: la tesi dell'inefficacia sopravvenuta, i risvolti sulla giurisdizione, la tutela riparatoria*, in *Riv. Trim. App.*, 2008, p. 237 ss..

SACCO R., voce *Nullità e annullabilità*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., XII, Torino, 1995, p. 293 ss..

SALANITRO U., *Violazione delle norme imperative nei contratti della pubblica amministrazione e legittimazione ad agire del terzo pretermesso (nota a Cass. Civ., Sez. II, 8 maggio 1996, n. 4269)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 518 ss..

SANDULLI A.M., *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della p.a.*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1965, p. 1 ss..

SANDULLI A.M., *Il problema dell'esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1982, p. 21 ss..

SANDULLI A.M., *L'effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario dell'istituzione del Consiglio di Stato*, tenuto a Torino nel 1981, Milano, 1983, p. 306 ss..

SANDULLI A.M., *Spunti sul regime dei contratti di diritto privato dell'amministrazione*, in *Foro It.*, 1953, p. 149 ss..

SANDULLI M.A., *Il T.A.R. Lombardia bypassa il problema della giurisdizione e decide incidenter tantum sulle sorti del contratto (a margine della sentenza Sez. I, 8 maggio 2008, n. 1380)*, consultabile in www.federalismi.it.

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002.

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983.

SATTA F., *Giustizia amministrativa*, Padova, 1993.

SATTA F., *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 645 ss..

SCALISI V., voce *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 333 ss..

SCHILLACI R.M., *Contratti ad evidenza pubblica: scelta del contraente nell'asta pubblica e nella licitazione privata*, in *Nuovo dir.*, 1987, p. 373 ss..

SCIARROTTA G., *Annulamento dell'aggiudicazione e sorti del contratto*, in *Cons. Stato*, 2004, I, p. 1164 ss..

SCOCA F.G., *Annulamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm., T.A.R.*, 2007, p. 797 ss. (e in *www.giustamm.it*, n. 1/2007).

SCOCA F.G., *Novità normative interne e comunitarie sulla disciplina contrattuale*, in *Avv. Enti pubbl.*, 1980, p. 77 ss..

SEPE O., voce *Contratto (dir. amm.): b) Contratti della pubblica Amministrazione*, in *Enc. Dir.*, vol. IX, Milano, 1961, p. 986 ss..

SORACE, D., *Diritto delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2002.

SORDI B., *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 483 ss..

SPAGNUOLO VIGORITA V., *Rilevanza di elementi extratestuali ai fini della interpretazione e della validità dei contratti privati della p.a.*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1961, p. 534 ss..

STECCANELLA M., *La "caducazione automatica" e la consequenziale inefficacia del contratto concluso con l'aggiudicatario illegittimamente dichiarato tale: si definisce la "nuova" giurisdizione "di rapporto"*, in *Contr. St.*, 2003, p. 666 ss..

STELLA RICHTER P., *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970.

STICCHI DAMIANI E., *La "caducazione" del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del Codice degli appalti*, in *Foro amm., T.A.R.*, 2006, p. 3719 ss..

STICCHI DAMIANI E., *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, p. 633 ss..

STICCHI DAMIANI E., *La nozione di appalto pubblico*, Milano, 1999.

TITOMANLIO F., *Risorse a rischio se il contratto non scatta con l'aggiudicazione*, in *Edilizia e Territorio de Il sole 24ore* del 16/11/2002, p. 4 ss..

TOMMASINI R., voce *Invalidità (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXII, Milano, 1964, p. 575 ss..

TORRENTE A. - SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 1994.

TOSI L., *Verbale di aggiudicazione e perfezionamento del contratto negli appalti pubblici*, in *www.lexitalia.it*, n.1/2004.

TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1994.

TRIMARCHI BANFI F., *Questioni in tema di contratti di diritto privato dell'Amministrazione Pubblica*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, IV, Modena, 1996, p.1675 ss..

VALAGUZZA S., *Illegittimità della procedura pubblicistica e sue interferenze sulla validità del contratto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, I, p. 284
ss..

VALLA L., *Annulamento degli atti della procedura di evidenza pubblica e contratto: due decisioni a confronto* (commento a Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 novembre 2003, n. 7470; Consiglio di Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666), in *Urb. e app.*, 2004, p. 192 ss..

VARONE S., *L'invalidità contrattuale nella dialettica fra atto e negozio nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica* (nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 5 maggio 2003, n. 2332), in *Foro amm., C.d.S.*, 2003, p. 1648 ss..

VARRONE C., *L'invalidità del provvedimento amministrativo e i suoi riflessi, nelle procedure ad evidenza pubblica, sul contratto concluso dalla p.a. con l'aggiudicatario*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 299 ss..

VILLA G., *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993.

VIPIANA P.M., *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano, 1990.

VIRGA P., *Caducazione dell'atto amministrativo per effetto travolgente dell'annullamento giurisdizionale*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, p. 687 ss..

VISONE A., *Gli appalti dei pubblici servizi*, Firenze, 1996.

VOLPATO M., *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto. Rapido excursus degli orientamenti prevalenti*, in *Contr. St.*, 2004, p. 116 ss..