

Dipartimento di / Department of

Sistemi Giuridici

Dottorato di Ricerca in / PhD program Scienze Giuridiche Ciclo / Cycle XXIX

Curriculum in (se presente / if it is) Diritto Amministrativo

I POTERI DI INTERVENTO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUL CONTRATTO D'APPALTO

Cognome / Surname Mariani Nome / Name Carlo

Matricola / Registration number 049078

Tutore / Tutor: Prof.ssa Margherita Ramajoli

Cotutore / Co-tutor: Prof. Alfredo Marra
(se presente / if there is one)

Coordinatore / Coordinator: Prof.ssa Margherita Ramajoli

ANNO ACCADEMICO / ACADEMIC YEAR 2016/2017

INDICE

Premessa: oggetto e piano della ricerca	5
1. Il quadro giuridico precedente alla Direttiva 2007/66/CE e del D.Lgs. 104/2010	
1.1 Premessa	14
1.2 I contratti ad evidenza pubblica: breve inquadramento	17
1.3 Implicazioni e problematiche dei due modelli.	22
1.4 La posizione del giudice ordinario: l'attenzione per il criterio di riparto.....	25
1.5 La posizione del giudice amministrativo: l'attenzione per l'effettività della tutela del ricorrente e gli ulteriori interessi in gioco.....	28
1.6 Il “concordato” del 2007 tra Sezioni Unite e Adunanza Plenaria.....	35
1.7 Esame critico della qualificazione del contratto.....	43
1.8 Le esigenze emerse nella prassi: la varietà delle situazioni e la complessità degli interessi in gioco.....	49
1.9 In particolare: le varie situazioni giuridiche conseguenti all'annullamento dell'aggiudicazione.....	51
1.10 In particolare: le diverse variabili inerenti al contratto.....	55
1.11 Conclusioni.....	60
2. Il quadro giuridico attuale	
2.1 Il “fallimento” della direttiva 89/665/CEE (c.d. prima Direttiva ricorsi.....	66
2.2 Le innovazioni della Direttiva n. 66/2007/CE (c.d. seconda Direttiva Ricorsi): il rimedio preventivo dello ‘stand-still period’.....	72
2.3 Il rimedio reale della dichiarazione di inefficacia del contratto.....	75
2.4 In particolare: la logica della “seconda direttiva ricorsi”.....	84
2.5 L'iter di recepimento della seconda direttiva ricorsi	89
2.6 Il contenuto della disciplina: punti fermi e problemi aperti.....	93
2.7 Ridefinizione della problematica: la natura e la funzione dei poteri del giudice sulla sorte del contratto	99

2.8 Il recepimento della Direttiva in altri Paesi: il caso della Germania.....	105
2.9 Il caso della Spagna.....	110
2.10 Conclusioni.....	116
3. Gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in ordine alla funzione e alla natura dei poteri del giudice amministrativo sulla sorte del contratto d'appalto	
3.1 Premessa.....	118
3.2 Funzione e natura della pronuncia sull'efficacia del contratto: la tesi dell'inefficacia come sanzione: le varie opinioni dottrinali	124
3.3 Gli indirizzi giurisprudenziali riconducibili alla natura sanzionatoria dell'inefficacia	128
3.4 La tesi dell'inefficacia funzionalizzata al subentro del ricorrente nel contratto d'appalto: le varie opinioni dottrinali	130
3.5 Gli indirizzi giurisprudenziali riconducibili alla funzionalizzazione dell'inefficacia alla tutela del ricorrente.....	136
3.6 Le tesi sulla natura del giudizio demandato al giudice: la tesi del giudizio secondo diritto.....	145
3.7 La tesi del giudizio sulla sorte del contratto quale valutazione discrezionale: discrezionalità amministrativa, merito ed equità: nozioni e strutture.....	149
3.8 La tesi della discrezionalità amministrativa.....	155
3.9 La tesi del giudizio secondo equità.....	158
3.10 La natura dei poteri secondo la giurisprudenza.....	160
Bibliografia	164

Premessa: oggetto e piano della ricerca

Il problema affrontato nel presente studio riguarda l'inquadramento degli speciali poteri del giudice amministrativo nelle controversie concernenti l'aggiudicazione degli appalti pubblici europei, per come attualmente disciplinati dalle disposizioni contenute negli artt. 121-125 del D.Lgs. 2.7.2010, n. 104 (c.d. codice del processo amministrativo) (1) e frutto di recepimento della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2007/66/CE (2).

Il termine speciali esprime l'idea ormai diffusa, sia in dottrina che in giurisprudenza, che, per effetto delle suddette disposizioni, alla specialità del rito, da tempo presente in materia di appalti pubblici, si è ora associata una vera e propria specialità del giudizio, in particolare per ciò che concerne quelli che, nel titolo del presente studio, si sono indicati, genericamente ed in maniera per lo più atecnica, come i "poteri di intervento" sul contratto d'appalto (3).

¹ In principio, la disciplina dei poteri del giudice amministrativo in ordine alla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione era contenuta negli artt. 245 e ss. del D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53, recante "Attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti", disciplina poi trasfusa nel codice del processo amministrativo, una volta approvato.

² Per esteso, "Direttiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo 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 d'aggiudicazione degli appalti pubblici".

³ L'utilizzo dell'efficace espressione "possibile intervento del giudice" in ordine all'efficacia del contratto è utilizzata da D.VAIANO, *Sindacato di legittimità e «sostituzione della pubblica amministrazione»*, in (a cura di) F.MANGANARO, A.ROMANO TASSONE - F.SAITTA, *Sindacato giurisdizionale e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, atti del Convegno di Copanello 1-2 luglio 2011, Milano, 2011, p. 12; difficoltà di inquadramento che fin dagli esordi della vigenza della disciplina *de qua* la dottrina ha voluto sottolineare utilizzando vari aggettivi per indicare la particolarità del processo decisionale che la legge richiede al giudice amministrativo nella fattispecie in parola; sottolinea Greco come nonostante fosse atteso che l'attuazione della Direttiva 66 del 2007 dovesse comportare profonde innovazioni sul nostro sistema degli appalti pubblici, la disciplina attuativa «ha superato ogni immaginazione: ed ha consegnato all'interprete una complessa disciplina, che trasforma radicalmente istituti, categorie e ruoli consolidati», così G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel D.Lgs. 53/2010*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3, 2010, p. 729.

La scelta di tale locuzione vuole, infatti, sottolineare, la difficoltà della definizione della natura giuridica dell'azione del giudice amministrativo in relazione alla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione che le dette disposizioni sembrano delineare.

Per rendersi conto di ciò è sufficiente una lettura di alcuni frammenti delle disposizioni in parola, ed in particolare di quelle contenute nei surrichiamati artt. 121 e 122 c.p.a.

La fattispecie generale è la seguente: a seguito di ricorso giurisdizionale il giudice amministrativo ha annullato l'aggiudicazione di un contratto stipulato da un'amministrazione pubblica o da un soggetto comunque tenuto all'espletamento di una procedura ad evidenza pubblica; da tale pronuncia deriverebbe, a seconda della tipologia di vizio accolto, il dovere di riedizione di tutta o parte della gara o il dovere di procedere con l'aggiudicazione del contratto al ricorrente; sennonché, il giudice rileva che prima della proposizione del ricorso o nelle more del giudizio o comunque prima che fosse intervenuta la pronuncia di annullamento, l'amministrazione e l'originario illegittimo aggiudicatario hanno provveduto a stipulare il contratto e magari ad eseguire le prestazioni alle quali con esso si sono obbligati, e dunque si trova a doversi pronunciare sulla sorte di tale contratto illegittimamente aggiudicato.

Il giudizio su tale sorte del rapporto contrattuale è, per l'appunto, oggetto dei surrichiamati artt. 121 e 122 c.p.a. i quali disciplinano, rispettivamente, le sotto-fattispecie di "*inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni*" e di "*inefficacia del contratto negli altri casi*".

Le gravi violazioni consistono nei casi in cui il giudice abbia accertato che: l'aggiudicazione definitiva sia intervenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana prescritti dal D.Lgs. 12.4.2006, n. 163 (4); l'aggiudicazione definitiva sia intervenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione

⁴ Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, Decreto come è noto ora abrogato dal D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 Codice dei contratti pubblici

della pubblicità del bando o avviso prescritti dalla disciplina delle procedure d'appalto; l'aggiudicazione definitiva sia avvenuta in violazione di qualsiasi regola giuridica prescritta dalla disciplina le modalità di affidamento del contratto e nel contempo che quest'ultimo sia stato stipulato in violazione dei c.d. termini di *stand-still* (5), purché tale violazione aggiungendosi ai vizi propri della aggiudicazione definitiva abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

Orbene, nell'ambito di questi casi il giudice è tenuto ad effettuare una indagine in ordine a diversi aspetti al fine della decisione circa in ordine alla eventualità di dichiarare inefficace il contratto nel frattempo stipulato e, nel caso positivo, da quale momento dichiararla.

Per quanto riguarda la decisione in ordine all'elemento dell'*an*, prescrive il comma 2 dell'art. 121 c.p.a. che il contratto stipulato, pur in presenza delle gravi violazioni, resta efficace qualora venga accertato che «*il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti. Tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, 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* (6)».

Una volta effettuato il giudizio sull'*an*, come detto, il giudice viene chiamato poi a decidere se la declaratoria di inefficacia riguarda le prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo, oppure operi in via retroattiva, e ciò sulla scorta «*delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto*».

Ciò detto per quel che concerne le fattispecie di illegittima aggiudicazione rientranti nella categoria legislativa delle violazioni gravi, quanto alla seconda categoria (che esaurisce di fatto per differenza il più

⁵ Trattasi dei termini dilatori previsti dall'art. 32, commi 9 e 11, D.Lgs. 50/2016 per la stipula del contratto tra amministrazione e aggiudicatario e volti a consentire, a chi fosse interessato, di presentare ricorso giurisdizionale munito di istanza cautelare contro l'aggiudicazione medesima prima della stipula del contratto e di ottenere quantomeno una pronuncia di primo grado sulla detta istanza cautelare. L'istituto verrà descritto più nel dettaglio nell'apposito capitolo dedicato all'analisi della disciplina.

⁶ La disposizione delinea poi sommariamente il significato della espressione cercando di circoscriverne il campo soprattutto per ciò che concerne le valutazioni in ordine agli effetti economici derivanti dalla dichiarazione di inefficacia del contratto.

generale insieme delle ipotesi di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione) viene previsto, che il giudice, una volta accertata l'illegittimità dell'aggiudicazione, debba decidere sia in ordine alla sorte del contratto *medio tempore* stipulato, sia in ordine al momento di decorrenza dell'eventuale inefficacia, *«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 proposta»*.

Prescrive, infine, l'art. 124, comma 1, seconda alinea, c.p.a. che *«se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato (dal ricorrente in conseguenza della mancata dichiarazione di inefficacia)»*.

Sicché, dalla lettura delle disposizioni parrebbe che al giudice degli appalti sia demandato un compito che si può dire, in via approssimata, di “gestione” della situazione del contratto dopo che ha appurato che il contraente, per come si è svolta la procedura di aggiudicazione, non aveva titolo per stipulare il contratto con la p.a., perché l'aggiudicazione spettava all'operatore economico ricorrente, oppure perché il ricorrente ha dimostrato che ove la p.a. avesse rispettato la procedura il medesimo avrebbe avuto la possibilità di aggiudicarsi la commessa; gestione da effettuarsi raccogliendo nella situazione concreta una serie di elementi sparsi che il legislatore ha sommariamente definito come guida per l'indagine.

Non un accertamento di una già prodottasi vicenda giuridica, ma una definizione dell'assetto degli interessi, a seguito di un giudizio di accertamento dell'illegittimità della procedura di gara avente, invece, carattere pacificamente contenzioso.

Ciò si manifesta, in particolare, in ordine ai casi nei quali, seppur in presenza di gravi illegittimità, il contratto deve rimanere eccezionalmente efficace, individuati dalla disposizione in base alla presenza di *«esigenze imperative connesse ad un interesse generale»*, elemento la cui inconsistenza definitoria non consente all'interprete di focalizzare lo schema di fattispecie avuto in mente dal legislatore.

Si manifesta altresì, in maniera ancora più evidente, in ordine al profilo legato al momento di produzione dell'inefficacia del contratto (dunque quali prestazioni, o porzioni di esse, saranno eseguite dal contraente uscente e quali dal contraente subentrante), agganciata dalla disposizione in parola ad elementi eterogenei, generici e privi di ordine di importanza all'interno della valutazione.

Forma di "gestione" che si accentua leggendo la seconda disposizione richiamata, ove entrambi i profili dell'*an* e del *quando* della privazione di effetti del contratto sono legati a elementi generici, eterogenei e privi di ordine importanza circa il peso che ciascuno deve assumere nella valutazione.

In altre parole, si ha la percezione che la legge dipinga una situazione nella quale il giudice, rilevato "l'incidente" costituito dalla intervenuta stipula del contratto nelle more dell'accertamento giurisdizionale, sia chiamato ad una sorta di "riassegnazione" delle utilità derivanti dall'aggiudicazione tra i protagonisti della vicenda, e ciò sulla base di una soluzione che meglio si confà rispetto agli elementi della fattispecie concreta, e senza l'ausilio di schemi predefiniti.

Seguendo tale percezione, emergono, altrettanto istintivamente, almeno due tipi di anomalia: da una parte si ha l'impressione di una sorta di "invasione" dei poteri giurisdizionali rispetto al campo, tradizionalmente appannaggio dell'amministrazione, della scelta della miglior soluzione del caso concreto in vista del perseguimento di interessi pubblici e privati coinvolti nella vicenda; dall'altra, stona, avuto riguardo all'autonomia privata dei contraenti, ed alla sua normale intangibilità, la possibile rideterminazione (dal punto di vista quantomeno quantitativo, ma non si può escludere neppure qualitativo se si considerano gli appalti misti) del contenuto del contratto d'appalto.

Ed invero, tale impressione costituisce vero e proprio indirizzo dottrinale e giurisprudenziale, tutt'ora vigente, dal momento che diversi autori e numerose sentenze interpretano la natura di tali poteri in una qualche forma di discrezionalità decisionale.

Sicché, lo scopo che ci si propone con il presente studio è quello di indagare se tale percezione, corrisponda effettivamente a realtà giuridica, e dunque se questa esorbitanza rispetto alla normale funzione giurisdizionale

spettante la g.a., sia effettivamente sussistente, in che termini sussista e, nel qual caso, quali sono le principali implicazioni operative, e se si ponga un problema di giustificabilità all'interno di un ordinamento, quale il nostro, tradizionalmente improntato ad attentamente regolare i confini delle valutazioni demandate al corpo amministrativo da quelle demandate al corpo giurisdizionale.

Sempre procedendo per via intuitiva si può fin da ora rilevare che l'interpretazione di tale realtà giuridica non potrà prescindere dal considerare, oltre alla già accennata tematica della principio della separazione dei poteri in relazione al rapporto organo giurisdizionale e organo amministrativo, ed i congegni giuridici ad esso connessi, un altro importante fenomeno del diritto amministrativo moderno, pure emergente in diversi settori e istituti del nostro ordinamento, ed in special modo il settore degli appalti pubblici, quale l'influenza dell'ordinamento europeo nella (ri)definizione degli istituti e delle categorie di diritto amministrativo interno.

Tali tematiche presentano difficoltà intrinseche e di coordinamento reciproco.

Quanto al primo profilo, infatti, la difficoltà è dovuta al fatto che anche il termine di paragone con il quale confrontare, e eventualmente inquadrare, il giudizio speciale degli appalti pubblici è in questo momento storico non chiaro (7); ed infatti, il codice al termine di una lunga evoluzione del processo amministrativo, sospinto dal principio di effettività della tutela giurisdizionale e del giusto processo, ha delineato, se non una sorta di fusione, comunque un profondo riavvicinamento tra le precedenti forme di giurisdizioni, sostanzialmente tendendo ad avvicinare i poteri ed il risultato di tutela conseguibile dal ricorrente nelle tre dimensioni giurisdizionali di legittimità, esclusiva ed estesa al merito; tali tre tipologie di funzione giurisdizionale,

⁷ Tra le moltissime riflessioni e commenti, F.MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1, p. 1 e ss.; G.SPATTINI, *Note minime su autorità indipendenti, separazione dei poteri e «giusto processo» nel Codice: ancora una «ingiustizia amministrativa» nei confronti della discrezionalità tecnica?*, in www.giustamm.it; F.G. SCOCA, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2015, p. 847 e ss.; ID., *considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, in www.giustamm.it; A.PAJNO, *Il codice del processo amministrativo tra «cambio di paradigma» e paura della tutela*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 885 e ss.; A.TRAVI, *Considerazioni sul recente codice del processo amministrativo*, in *Dir. pubb.*, 3, 2010, p. 585 e ss.; A.CORPACI, *Il codice del processo amministrativo tra effettività della tutela e problemi di durata del rito ordinario*, in *Dir. pubb.*, 3, 2010, p. 609 e ss.

infatti, pur mantenendosi ferme a livello di formulazione (8), e pur mantenendo le proprie peculiarità di disciplina, hanno raggiunto, con il codice, una sorta di sincronizzazione, rappresentata icasticamente dall'unicità sistematica della collocazione della disciplina delle azioni e delle pronunce del giudice⁹, e, dal punto di vista della disciplina istruttoria, nonché, come detto, dal riavvicinamento dei risultati di tutela; sincronizzazione di disciplina che sembra un modello di tutela molto flessibile, ma nello stesso tempo che stempera la nettezza e distinguibilità dei modelli precedenti, in uno con le rispettive *rationes*.

Quanto al secondo profilo, occorre osservare che, come ampiamente rilevato dalla dottrina, il diritto europeo incide nel nostro ordinamento in modo oramai così diffuso e pervasivo che alcune categorie fondamentali del nostro diritto amministrativo, sulle quali poggiano numerosi ragionamenti speculativi ed applicativi, si trovano (o dovrebbero trovarsi) ad essere sovvertite.

Quanto infine alle criticità di coordinamento, risulta evidente che, se si ammette che in una qualche misura l'ordinamento europeo possa incidere sulle nostre forme processuali, la ricerca della soluzione della problematica di inquadramento che ci si è posta non possa che andare alla ricerca di punti di contatto tra i due ordinamenti.

La complessità della tematica è evidente già dal generico tratteggiamento fornito, il quale, per questo motivo, altro non vuole essere che una semplice introduzione dell'indagine.

Ed infatti, la suddetta complessità suggerisce una trattazione che proceda per gradi anche nella stessa impostazione dei termini del problema, il quale, si ritiene, possa trovare una migliore comprensione attraverso un procedimento di (ri)definizione progressiva, al termine di ciascuna fase dello studio.

Sicché, cercando di dare concretezza a tale direttiva metodologica, il primo capitolo del presente studio avrà ad oggetto la descrizione dell'evoluzione diacronica del quadro giuridico precedente all'entrata in

⁸ L'art. 7, comma 3, c.p.a. dispone esplicitamente che «la giurisdizione amministrativa si articola in giurisdizione generale di legittimità, esclusiva ed estesa al merito».

⁹ Contenute unitariamente rispettivamente nel capo II del Titolo III ("azioni di cognizione") e del Titolo IV ("pronunce giurisdizionali").

vigore della disciplina vigente; quadro che, non essendoci stata prima dell'intervento del 2010, alcuna presa di posizione del Legislatore in ordine alla problematica (salvo in ordine a particolari fattispecie contrattuali, quali i contratti aventi ad oggetto opere strategiche), è costituito da varie ricostruzioni di tipo giurisprudenziale e dottrinale.

L'esposizione delle elaborazioni precedenti, accorpate negli orientamenti maggiormente significativi per numero e qualità delle espressioni, pare che abbiano una importante funzione anche per l'interpretazione della disciplina attuale, almeno sotto un duplice profilo.

In primo luogo, alcuni orientamenti attuali sembrano interpretare la lacunosa e criptica disciplina attuale come una sorta di conferma da parte del Legislatore delle ricostruzioni propugnatte precedentemente.

In secondo luogo, l'esame dell'antecedente dibattito consente di mettere in luce le esigenze che il quadro precedente faticava a recepire entro schemi codificati, e di avere così una chiave di lettura della impostazione che cripticamente il Legislatore ha inteso imprimere alla disciplina attuale. Non si può infatti pensare che il legislatore, nella definizione delle disposizioni, non abbia fatto riferimento alle istanze di tutela emerse nel contesto giuridico l'intervento legislativo.

Una volta delineato il quadro precedente nei termini sopra indicati, nel secondo capitolo si procederà dunque all'analisi del diritto positivo ed in particolare delle fonti attualmente incidenti sulla problematica, ovvero gli artt. 2-*quinquies* e ss. della Direttiva 66/2007/CE e gli artt. 121-125 D.Lgs. 104/2010, nell'ambito del quale verrà fornita altresì una breve disamina di diritto comparata. Al termine di tale fase dello studio la problematica andrà dunque ridefinita nei suoi termini attuali.

Nel terzo capitolo, verrà offerta una doverosa ricognizione degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, le cui impostazioni e sguardi di insieme, oltre a dare un riferimento sullo stato dell'arte del dibattito, costituiranno la base per dare ulteriore profondità di significato ai termini della problematica.

Infine, il quarto ed ultimo capitolo viene dedicato al tentativo di fornire una ricostruzione che, prendendo le mosse dalla impostazione che si ritiene più convincente tra quelle emerse nel panorama delle offerte

interpretative, ne sviluppi ulteriormente le implicazioni di sistema e operative.

1. Il quadro giuridico precedente alla Direttiva 2007/66/CE e al D.Lgs. 104/2010

SOMMARIO: *1.1 Premessa – 1.2 I contratti ad evidenza pubblica: breve inquadramento – 1.3 Implicazioni e problematiche dei due modelli – 1.4 La posizione del giudice ordinario: l'attenzione per il criterio di riparto – 1.5 La posizione del giudice amministrativo: l'attenzione per l'effettività della tutela del ricorrente e gli ulteriori interessi in gioco – 1.6 Il “concordato” del 2007 tra Sezioni Unite e Adunanza Plenaria – 1.7 Esame critico della qualificazione del contratto - 1.8 Le esigenze emerse nella prassi: la varietà delle situazioni e la complessità degli interessi in gioco - 1.9 In particolare: le varie situazioni giuridiche conseguenti all'annullamento dell'aggiudicazione - 1.10 In particolare: le diverse variabili inerenti al contratto - 1.11 Conclusioni*

1.1 Premessa

Procedendo con ordine secondo il piano di indagine che ci si è dati, occorre in primo luogo ripercorre brevemente il substrato giuridico nell'ambito del quale la disciplina dei poteri di intervento del giudice amministrativo si è inserita; infatti, come già si è accennato, e come si tenterà di illustrare nel prosieguo, la formulazione delle disposizioni sembra in qualche modo cercare di comporre alcune istanze che erano già emerse nel quadro giuridico precedente, e la cui visione si pone dunque opportuna al fine di fornire una completa interpretazione del dato positivo.

La questione della declinazione dei poteri del giudice sui contratti d'appalto costituisce invero una tappa di un lungo percorso che ha riguardato il più generale problema della sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Più generale nel senso che prima che intervenisse la nuova normativa, come detto frutto di recepimento di una specifica direttiva europea, la questione della sorte del contratto si è posta in termini differenti, e si può dire che presentava maggiori aspetti problematici, e ciò poiché non riguardava solamente la natura dei poteri del giudice amministrativo, ma più a monte, le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto, nonché il plesso giurisdizionale, ordinario o amministrativo, eventualmente deputato a conoscerle e dichiararle.

Con la nuova disciplina si è stabilito, infatti, che della sorte del contratto a seguito di annullamento giurisdizionale della relativa aggiudicazione, conosce il g.a. in sede di giurisdizione esclusiva (10) e che tale sorte si configura come una potenziale inefficacia in presenza di altri presupposti, più sopra sommariamente indicati, che il giudice è chiamato a valutare.

Tuttavia, in assenza di tale presa di posizione del Legislatore, in passato le suddette questioni sono state oggetto di soluzioni frutto di ragionamenti pretori e dottrinali, con un numero di tesi e sotto-tesi notevole, e per di più in continuo aggiornamento mano a mano che qualche nuova disposizione lambisse il tema e dunque si prestasse ad essere utilizzata per trovare quella che può davvero definirsi come una vera e propria quadratura del cerchio.

Si può dire però, che al centro del dibattito, come è spesso accaduto nel nostro ordinamento improntato ad un sistema di giustizia amministrativa di tipo dualista e basato, in generale, sulla qualificazione della situazione giuridica soggettiva azionata, si è posta la questione della giurisdizione sul contratto.

Ed infatti, se in ordine alla pretesa all'annullamento dell'aggiudicazione non si ponevano dubbi sulla sussistenza della giurisdizione del g.a., essendo il provvedimento di scelta del contraente

¹⁰ Dispone, infatti, ora l'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, che «sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge: (...) e) le controversie (...) relative a procedure di affidamento di pubblici 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, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative».

qualificato (quantomeno) come atto amministrativo, giustificati dubbi sorgevano in ordine alla pronuncia che, qualunque fosse considerata la sorte del contratto “prescelta”, accertava la cessazione del rapporto contrattuale tra i precedenti contraenti (p.a. e operatore privato illegittimamente selezionato); essendo una pronuncia posizioni giuridiche paritarie, di primo acchito, la cognizione sembrava dovesse spettare al g.o., salva l’inclusione della materia all’interno della giurisdizione esclusiva del g.a., opzione effettivamente intervenuta in un certo momento, ma che, in virtù della nota diatriba circa l’esatto confine delle controversie di diritto soggettivo conoscibili dal g.a. anche in sede di giurisdizione esclusiva scatenata dalla nota sentenza della Corte Costituzionale 6.7.2004, n. 204, non ha fornito una soluzione decisiva alla problematica.

Senza alcuna pretesa di completezza, e nei limiti dell’utilità che si è attribuita a tale sezione dello studio, si intende analizzare più nel dettaglio i suddetti indirizzi, raggruppandoli per tendenze omogenee, ed indicando le principali implicazioni operative che ciascuna impostazione recava con sé.

Dapprima, come si è detto, occorre tuttavia esporre nei suoi termini completi il problema per come si poneva nel quadro precedente, ed a tal fine è d’uopo una breve illustrazione di alcuni concetti e problemi relativi alla fattispecie del contratto ad evidenza pubblica, cui appartengono i contratti d’appalto.

1.2. I contratti ad evidenza pubblica: breve inquadramento

I contratti ad evidenza pubblica sono una particolare fattispecie che si inserisce nel più vasto fenomeno dell'attività consensuale della pubblica amministrazione (11).

Secondo la sistemazione operata da Massimo Severo Giannini (12), nel nostro ordinamento il quadro dei contratti della pubblica amministrazione si divide in tre grandi categorie: i contratti ordinari, i contratti speciali ed i contratti ad oggetto pubblico.

I primi sono contratti di diritto comune, quali vendite, locazioni, contratti d'opera, di somministrazione, e ogni altro tipo di contratto che qualunque soggetto può concludere usando della propria autonomia privata e delle norme di diritto privato; in particolare, tali contratti non subiscono modifiche dovute al fatto che una delle parti sia un soggetto qualificabile come amministrazione pubblica.

Il secondo gruppo consta, invece, di quei contratti denominati, come detto, speciali, in quanto, seppur retti da norme di diritto privato, risultano disciplinati in base ad un regime speciale e derogatorio rispetto alla normale regolamentazione del codice civile; a differenza di quelli appartenenti al primo gruppo, trattasi di contratti che possono essere conclusi solo da amministrazioni pubbliche (13).

La terza categoria è costituita, infine, dai contratti ad oggetto pubblico (da alcuni denominati anche contratti di diritto pubblico). Come i precedenti, anche tali contratti possono essere conclusi solo da amministrazioni pubbliche, ma, a differenza di essi, si collegano in modo più o meno stretto

¹¹ G.PERICU-M.GOLA, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in *Diritto amministrativo*, vol. II, Bologna 2005, p. 283 e ss., ove viene offerta una illustrazione fenomenica e una ricostruzione giuridica delle varie forme di attività consensuale della pubblica amministrazione.

¹² M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. II, Milano, 1993, p 363 e ss.

¹³ Venivano citati da Giannini, quali esempi, i contratti di trasporto ferroviario, i contratti di deposito in magazzini generali, alcune figure di credito speciale, come il credito agrario, cinematografico, ecc.

ad un provvedimento amministrativo del quale costituiscono un complemento necessario o una integrazione o, talvolta, persino un'alternativa di realizzazione.

All'interno di questa tripartizione di carattere tipologico, secondo la sistematica delineata dall'Illustre Autore, i contratti ad evidenza pubblica si profilano come categoria trasversale. Viene detto, infatti, che essi non formano *«una categoria come le tre or dette, ma stanno a sé, come categoria contraddistinta da una particolare procedura di conclusione; sono cioè una categoria procedimentale, che dal punto di vista sostanziale può essere applicata a contratti ordinari, speciali e ad oggetto pubblico (14)»*.

Il problema cui risponde il modello del contratto ad evidenza pubblica è in particolare il seguente.

La premessa da cui muove la teoria della fattispecie del contratto ad evidenza pubblica è che il contratto risulta inidoneo ad essere valutato sotto il profilo della sua conformità al pubblico interesse e, nel contempo, il procedimento per il suo venire in essere non assume rilievo in rapporto alla validità dell'atto, se non per ciò che attiene ai vizi della volontà.

In altri termini, si ricorda che l'atto amministrativo è invalido ove sia assunto per fini che la norma attributiva del potere non prevede, mentre il contratto è sicuramente valido se persegue una causa lecita e i motivi che l'hanno determinato sono anch'essi leciti, e ciò anche ove sia inidoneo al perseguimento di un obiettivo di pubblico interesse; inoltre il farsi dell'atto amministrativo è soggetto alle regole procedimentali che concretano anche valori costituzionalmente garantiti – come il principio di eguaglianza – mentre il negozio di diritto privato resta insensibile, o “neutrale”, rispetto alle esigenze sottese a tali regole per ciò che riguarda il regime della propria validità (15).

Sicché, da una parte, il regime del contratto è inidoneo all'applicazione di meccanismi di controllo funzionale e di rispetto del principio di legalità (in senso lato), vincoli irrinunciabili in ordine all'azione amministrativa; dall'altra, lo strumento del contratto, in certi casi, si pone

¹⁴ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo* cit., p. 363 e ss.

¹⁵ G.PERICU-M.GOLA, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in *Diritto amministrativo*, vol. II, Bologna 2005, p. 286 e ss.

come strumento indispensabile per l'azione amministrativa, ad esempio in ordine all'esigenza di acquistare nel mercato beni e servizi strumentali; in altri casi, pur non essendo indispensabile, la duttilità propria del diritto privato consente all'amministrazione di aumentare l'efficienza della propria azione, rispetto all'agire secondo il modulo del potere autoritativo.

Al fine della composizione di queste contrapposte istanze viene costruita per l'appunto la fattispecie denominata ad evidenza pubblica (detta anche fattispecie "a doppio stadio"), ossia una fattispecie complessa, ma unitaria, in cui comportamenti giuridicamente rilevanti che si concretano in atti giuridici disciplinati alcuni dal diritto pubblico (sostanzialmente sottoposti al regime del procedimento e dei provvedimenti amministrativi), convivono con comportamenti rilevanti disciplinati dal diritto civile.

In particolare, attraverso tale figura, si impone all'amministrazione contraente di porre, appunto, in evidenza, ossia di esternare, le ragioni di pubblico interesse di alcune scelte che, invece, per i "normali" soggetti giuridici, costituirebbero espressione di libertà negoziale (quali le ragioni: della decisione di addivenire alla stipula del contratto, della decisione di stipulare il contratto appartenente a quel particolare tipo e con quel particolare contenuto, nonché della decisione di stipulare il contratto con quella controparte), e ciò al fine di sottoporre tali decisioni al controllo di conformità rispetto alla legge da parte dell'autorità che su essa amministrazione contraente esercita il controllo (16).

Ciò detto dal punto di vista della struttura generale, diversi possono essere, in astratto, gli scopi e i valori sottesi alla suddetta procedimentalizzazione.

Nel nostro ordinamento, in particolare, la procedura ad evidenza pubblica è stata ispirata, almeno inizialmente, attraverso il sistema normativo

¹⁶ Viene ricordato come la costruzione teorica del doppio grado sia venuta ad assolvere una duplice funzione. Da un lato, essa «fornisce una giustificazione all'attribuzione all'amministrazione di poteri che esorbitano dal diritto privato e conduce il giudice ordinario ad escludere la propria competenza giurisdizionale in relazione alla fase precedente all'approvazione del contratto. Dall'altro, assolve lo scopo di incrementare la tutela giurisdizionale del contraente privato, consentendogli l'impugnazione davanti al giudice amministrativo degli atti pubblicistici, rispetto ai quali assumono rilievo quei vizi sostanziali non direttamente riferibili alla figura del contratto»; così M. RAMAJOLI, *La Cassazione riafferma la giurisdizione ordinaria sul rapporto contrattuale tra amministrazione e aggiudicatario*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2008, p. 523.

di contabilità pubblica, da scopi di mera efficienza ed economicità dell'azione contrattuale dell'amministrazione (17).

La funzione e la struttura del procedimento, sono, invece, mutati sensibilmente con l'intervento dell'ordinamento europeo, il quale ha imposto quale valore di riferimento, per i contratti di appalto di maggior rilievo economico, non più l'interesse all'efficienza e all'economicità dell'azione contrattuale della pubblica amministrazione, bensì il diverso interesse dell'apertura del mercato dei contratti stipulati da pubbliche amministrazioni e dai soggetti ad esse equiparati (18); in altre parole, la normativa europea non persegue l'obiettivo dell'efficienza della spesa della pubblica amministrazione, bensì il fine di assicurare l'effettività della libera circolazione delle merci e dei servizi all'interno dello spazio giuridico dell'Unione.

Quale che sia l'interesse pubblico sotteso alla procedura, tra le regole che guidano la formazione della volontà del soggetto sottoposto alla disciplina dell'evidenza pubblica, quelle che dispongono circa il modo di scelta del contraente fondano una pretesa giuridicamente protetta alla loro osservanza in capo ai soggetti interessati all'ottenimento della commessa e nei confronti dell'amministrazione contraente (19).

Sicché, la presenza nella serie pubblicistica di atti ai quali si correlano interessi giuridicamente protetti dei terzi ha comportato il possibile innestarsi nella vicenda di un contenzioso sottoposto alla giurisdizione amministrativa con oggetto la tutela di situazioni di interesse legittimo.

All'interno del modello del contratto ad evidenza pubblica esiste poi una variante ricostruttiva secondo la quale il procedimento ad evidenza

¹⁷ R.D. 18.11.1923, n. 2440 e R.D. 23.5.1924, n. 827.

¹⁸ M. IMMORDINO – M.C. CAVALLARO, *I contratti della pubblica amministrazione*, in (a cura di) F.G. COCA, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 405.

¹⁹ Invero, viene ricordato che, almeno inizialmente, le esigenze di tutela del terzo, e cioè del soggetto non parte contrattuale, non venivano tenute in grande considerazione. Ma, «*via via si fa strada l'idea che il carattere funzionale delle scelte amministrative attribuisca agli atti attraverso i quali esse si esprimono carattere esterno, con la conseguenza che ai soggetti coinvolti in tali scelte si vedono riconosciute situazioni giuridiche tutelabili in termini più ampi di quanto consentirebbe l'applicazione delle categorie privatistiche*». Sicché, in questo modo, «*la specialità amministrativa e del foro amministrativo diviene garanzia non solo per l'interesse pubblico, non solo per l'interesse del privato contraente, ma anche per l'interesse dei soggetti terzi rispetto al rapporto bilaterale*»; così M. RAMAJOLI, *La Cassazione riafferma la giurisdizione ordinaria sul rapporto contrattuale tra amministrazione e aggiudicatario* cit., pp. 542-543; in tema cfr. A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999.

pubblica non avrebbe una doppia valenza, bensì costituirebbe un fenomeno unitario diretto a formare la volontà contrattuale della pubblica amministrazione. In particolare, tale impostazione non nega che gli atti che compongono il procedimento ad evidenza pubblica abbiano natura amministrativa, ma ritiene che vada maggiormente esaltato il profilo privatistico della vicenda attraverso un capovolgimento della prospettiva tradizionale. Si dice, infatti, che «*non è il contratto che si inserisce (in posizione quasi servente) in un contesto necessariamente pubblicistico, sebbene sono i profili pubblicistici dell'evidenza pubblica che si inseriscono – per disciplina positiva – nel processo di formazione del contratto e, cioè, in un fenomeno che di per sé è sicuramente civilistico* (20)».

L'inserimento di profili pubblicistici in un contesto privatistico comporta, secondo l'orientamento in esame, che gli atti amministrativi producano “effetti civilistici” e siano «*direttamente costitutivi della volontà contrattuale dell'amministrazione* (21)». Per descrivere tale fenomeno di fusione tra profilo pubblicistico e profilo privatistico, viene coniato il termine di atto amministrativo negoziale.

Ciò detto in ordine all'orientamento tradizionale, e della sua principale variante, occorre dare conto di un'altra ricostruzione presente nel panorama dottrinale che risolve diversamente il problema della funzionalizzazione del contratto stipulato dalla pubblica amministrazione.

Tale secondo orientamento muove infatti dal presupposto che anche l'attività contrattuale dell'amministrazione, come quella autoritativa, deve considerarsi retta dal principio di legalità, *sub specie* di legalità indirizzo, che la vincola al perseguimento del pubblico interesse; in quanto tale, essa deve considerarsi espressione di un potere amministrativo e non di autonomia negoziale, che postula una libertà di determinazione del soggetto; da che ne deriverebbe l'esclusione della qualificazione dell'accordo come contratto di diritto privato.

²⁰ G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo* cit., p. 171.; in relazione al tema, assai spinoso, del rapporto tra le due fasi di cui si compone la fattispecie, S.S.SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008.

²¹ Con implicazioni in ordine alla sussistenza di una responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione in relazione alla fase di scelta del contraente nonché alla sorte del contratto in caso di annullamento dell'aggiudicazione, Cfr. G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo* cit., p. 171.

Se, infatti, si afferma, la nozione di autonomia contrattuale ricomprende in sé la libera valutazione degli interessi e del modo di soddisfarli, è giocoforza concludere che nel caso in esame – attesa la sussistenza di una finalizzazione degli interessi imposta dal principio di legalità indirizzato – non possa riconoscersi l'esistenza di un siffatto potere di autonomia negoziale (22). Il dovere insito nel concetto di funzionalizzazione elimina, dunque, nella prospettiva in parola, la libertà insita nel concetto di autonomia negoziale, quale capacità di autoregolare i propri interessi.

1.3 Implicazioni e problematiche dei due modelli

Ciò detto in ordine alla due principali ricostruzioni del fenomeno dell'accordo stipulato dalla pubblica amministrazione per l'acquisto di beni e servizi da soggetti operatori privati, occorre dare conto delle principali implicazioni e problematiche che influenzano la questione oggetto di indagine della definizione dello statuto giuridico dei poteri del giudice amministrativo sul contratto.

Si è già detto che la qualificazione come atti amministrativi dei comportamenti che precedono la stipula del contratto comporta l'applicazione del relativo regime; le regole procedurali fondano poi situazioni giuridicamente qualificate e protette in capo ad alcuni soggetti interessati alla stipulazione del contratto, qualificate dalla giurisprudenza

²² S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, p. 405; da ultimo, propugna la tesi dell'inquadramento dei contratti ad evidenza pubblica, ivi compresi gli appalti, all'interno degli accordi procedurali E. STICCHI DAMIANI, *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 633; in senso critico verso tale impostazione si è espresso Giannini, secondo il quale «La tesi che si tratti solo di procedimento amministrativo non può essere accettata, perché se il contratto ad evidenza pubblica è pur sempre un contratto, fonte di obbligazioni regolate dal diritto privato, non può non avere delle dichiarazioni nelle quali si concreti l'accordo delle parti; or il procedimento amministrativo – come si è visto – può contenere accordi, ma sempre in vista della determinazione dell'oggetto del provvedimento, non in vista della nascita, modificazione o estinzione di un rapporto contrattuale»; in senso critico sembra invero esprimersi anche in relazione alla tesi della “doppia natura”, seppur senza una precisa confutazione; si dice infatti che «dire, d'altra parte, che si hanno atti aventi duplice natura, di dichiarazioni negoziali e di atti del procedimento, è parimenti da respingere, perché siffatte tesi non spiegano nulla»; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo* cit., p. 363 e ss.

come interessi legittimi in virtù della natura di atti amministrativi dei comportamenti concretanti la serie procedimentale ad evidenza pubblica.

Nel nostro sistema di giustizia di tipo dualistico, ciò comporta che le controversie relative alla procedura di stipula del contratto siano di competenza del giudice amministrativo, quelle relative all'esecuzione del contratto, afferendo a diritti soggettivi, siano di competenza del giudice ordinario.

Né, come detto, l'istituto della giurisdizione esclusiva è stato in grado di superare tale dualismo, posto che, a seguito della nota presa di posizione della Corte Costituzionale a partire dalla nota sentenza 6.7.2004, n. 204, la giurisdizione del giudice amministrativo è sempre condizionata dalla sussistenza, nella singola controversia, di una contestazione del legittimo esercizio del potere pubblico (23).

Dunque, la prima criticità del modello concerne il problema della qualificazione della posizione azionata ai fini del riparto delle controversie, nonché, in ogni caso, le inevitabili disfunzioni riguardanti la cognizione di due plessi giurisdizionali relativamente alla medesima fattispecie.

La seconda principale criticità si pone dal punto di vista della definizione delle interrelazioni che intercorrono tra la fase pubblicistica e la fase disciplinata dal diritto civile dal punto di vista della rilevanza dell'illegittimità della procedura ad evidenza pubblica rispetto al contratto stipulato (24).

Si tratta di capire se e come gli atti che compongono la fase pubblicistica influenzano il venire in essere e la validità del contratto stipulato, in particolare quando tali atti amministrativi risultino viziati, o annullati in sede di controllo giurisdizionale o amministrativo, od in sede di autotutela; in altre parole quale sia la sorte della relazione giuridica sviluppata

²³ In base a tale presa di posizione, dunque, il giudice amministrativo può conoscere sia di interessi legittimi che di diritti soggettivi, purché la materia sia attribuita dalla giurisdizione esclusiva da parte del legislatore, e purché vi sia la presenza di potere pubblico nella singola controversia, il che di fatto rischia svuotare di senso l'istituto posto, seguendo l'impostazione teorica tradizionale, se c'è potere non può esserci diritto, e viceversa se c'è diritto non può esserci potere, in tal senso, F.G. SCOCA, *Le situazioni giuridiche dei privati*, in (a cura di) F.G.SCOCA), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 43.

²⁴ Su questo tema, G.GRECO, *La trasmissione dell'antigiuridicità (dell'atto amministrativo illegittimo)*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, Padova, 2007, p. 237 e ss

dagli originari contraenti, in virtù di una violazione delle regole che presiedono la formazione della “volontà” del soggetto contraente pubblico.

Dal punto di vista che qui interessa, ossia della relazione tra ricorrente e giudice, il problema si traduce nella individuazione delle azioni esperibili dal concorrente e del loro regime giuridico, nonché del giudice, ordinario o amministrativo, deputato a conoscerle.

Tali problematiche sembrano più agevolmente superabili se si adotta il modello che ricostruisce in chiave interamente pubblicistica la vicenda; ed infatti, posto che il contratto è frutto dell’esercizio di potere pubblico l’annullamento degli atti che ne precedono la stipula ne determina l’automatica caducazione (analogamente a quanto avviene in caso di annullamento dell’atto presupposto nelle fattispecie dei provvedimenti collegati); dall’altra parte, posto che con la stipula del contratto la p.a. agisce sempre come autorità, la questione degli effetti del contratto viene certamente attratta nella giurisdizione del g.a.

Le logiche conseguenze che tale secondo modello implica sono tuttavia fortemente limitative dell’affidamento del contraente circa la stabilità e serietà della relazione contrattuale, posto che in virtù dei poteri di autotutela connaturati al potere autoritativo, seguendo questa impostazione il vincolo negoziale risulta di fatto nelle mani dell’amministrazione.

Ciò detto dal punto di vista della cornice dogmatica di riferimento, risulta ora possibile dare conto delle soluzioni giurisprudenziali adottate nel periodo antecedente l’entrata in vigore della nuova disciplina sui poteri del giudice sul contratto d’appalto.

1.4 La posizione del giudice ordinario: l'attenzione per il criterio di riparto

Posto quanto sopra in ordine ai caratteri generali della problematica, nelle soluzioni adottate dalla giurisprudenza vi è stata una sostanziale divaricazione di vedute tra il giudice ordinario ed il giudice amministrativo.

Principiando dalla visione del g.o., l'impostazione storica della Corte di Cassazione si è sempre mossa nella preoccupazione di dare una sistemazione chiara e semplice al problema della distribuzione delle controversie tra i due plessi giurisdizionali, che preservasse a favore del giudice ordinario la cognizione di tutti i rapporti paritari a vario titolo implicati nella vicenda della contrattazione con la p.a. (25).

Tale obiettivo è stato perseguito attraverso una ricostruzione nel senso di una separazione netta tra le due fasi; in particolare, secondo l'opinione storica della Suprema Corte, fondata sul modello tradizionale del contratto ad evidenza pubblica, la fase amministrativa, con le connesse situazioni di interesse legittimo ricondotte alla cognizione del g.a., si chiude con l'aggiudicazione del contratto, momento che segna l'inizio della fase negoziale caratterizzata dalla presenza di rapporti paritari di diritto soggettivo, e la cui cognizione è rimessa al g.o.

In particolare, in applicazione di tale criterio di riparto, la questione della sorte del contratto, posizionandosi dopo l'aggiudicazione del contratto, doveva rientrare nella giurisdizione del g.o., al quale dunque il ricorrente che avesse ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione da parte del g.a. era costretto successivamente a rivolgersi.

Ciò posto in ordine al riparto delle controversie, quanto agli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione rispetto al contratto stipulato, la

²⁵ G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, cit. p. 169.

giurisprudenza del giudice civile si è costantemente espressa nel senso qualificare il contratto “colpito” dall’annullamento dell’aggiudicazione secondo le ipotesi di invalidità nominate e disciplinate dal codice civile, ed in particolare l’annullabilità e la nullità.

In particolare, secondo un primo preponderante orientamento la fattispecie contrattuale doveva qualificarsi in termini di annullabilità, e ciò secondo vari fondamenti, tutti comunque, come detto, rinvenuti nell’ambito del codice civile (26).

Questa soluzione, nell’ottica della tutela del concorrente, costituiva una sorta di paradosso, avendo riguardo al regime dell’azione di annullamento del contratto per come disciplinata dal codice civile.

Ed infatti, posto che il vizio del consenso si poneva in capo alla p.a., sulla scorta di quanto previsto dall’art. 1441, comma 1 c.c. l’annullamento del contratto poteva essere richiesto solamente dall’amministrazione medesima, entro i cinque anni previsti a pena di prescrizione dall’art. 1441, comma 1 c.c.

Sicché, seppur venisse garantito che il contraente “pretermesso” potesse far valer nei confronti dell’amministrazione la pretesa alla legittimità della procedura di selezione, la qualificazione del contratto come annullabile comportava che il privato era di fatto privo di uno rimedio inteso a garantirgli l’ottenimento del bene della vita anelato, e doveva sperare che la p.a. instaurasse l’apposito giudizio di fronte al g.o.

E peraltro, qualora l’amministrazione non si adoperasse per ottenere il suddetto annullamento, il giudicato amministrativo si traduceva, almeno fino alla nota sentenza delle Sezioni Unite del 1999 (27), in una tutela del tutto vuota, non potendo il concorrente pretermesso neppure contare sul

²⁶ La tesi tradizionale è stata quella dell’annullabilità del contratto ex art. 1441 c.c., per un vizio nella formazione della volontà della p.a., di cui l’evidenza pubblica costituirebbe una regola particolare; tale tesi è riassunta nella ricorrente massima secondo la quale «*in tema di vizi concernenti l’attività negoziale degli enti pubblici, sia che questi si riferiscano al processo di formazione della volontà dell’ente, sia che si riferiscano alla fase preparatoria ad essa precedente, il negozio stipulato –salvo particolari ipotesi di straripamento di potere– è annullabile ad iniziativa esclusiva di detto ente*»; Cass. Civ., Sez. II, 8 maggio 1996, n. 4269; in precedenza, *ex multis*, 14 febbraio 1964, n. 337; 11 marzo 1976, n. 855; 10 aprile 1978, n. 1668; anche nella giurisprudenza amministrativa, si rinvencono saltuarie adesioni a tale tesi: cfr. Cons. Stato, sez. VI, 1 febbraio 2002, n. 570; TAR Lombardia, Milano, 11 dicembre 2000, n. 7702 TAR Lombardia, Brescia, 9 maggio 2002, n. 823; TAR Basilicata, 21 maggio 2002, n. 440; TAR Campania, Napoli, 20 ottobre 2000, n. 3890.

²⁷ Cassazione Civile, SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500.

rimedio del risarcimento dei danni (28). In altre parole, la soddisfazione dell'interesse al bene della vita anelato dal soggetto privata risultava dunque condizionata dalla decisione dell'amministrazione di esercitare l'azione davanti al giudice ordinario, nonché dal tempo necessario all'ottenimento della sentenza nell'ambito di un giudizio ordinario di cognizione civile.

La soluzione in parola, aveva comunque l'effetto "positivo" di tutelare, indirettamente, l'interesse del privato contraente da una parte, nonché la "autonomia" della decisione della p.a. di ponderare gli interessi sottesi all'esecuzione del contratto, dall'altra; in questo modo, spettava, infatti, alla p.a. di decidere, in base alle varie situazioni, se intervenire interrompendo il vincolo contrattuale con il contraente illegittimo e "riannodandolo" con il concorrente pretermesso, oppure proseguire il rapporto con il contraente originario (seppur illegittimo).

Decisione che, peraltro, non era sindacabile giudizialmente, quantomeno dal contraente "disarcionato", quanto all'aderenza all'interesse pubblico sotteso al contratto, ed una volta presa nel senso dello scioglimento del vincolo non presentava temperamenti quanto alla radicale eliminazione *ex tunc* del rapporto contrattuale con gli originari contraenti.

Secondo un'alternativa ricostruzione del g.o., invece, l'annullamento dell'aggiudicazione incideva più radicalmente quanto al regime di invalidità del contratto, rendendolo nullo, secondo varie giustificazioni, ma sempre tenendo ferma la giurisdizione del g.o. sulla privazione di effetti del contratto (29).

Stante che tale seconda impostazione sostanziale è stata massicciamente seguita anche dal g.a. se ne tratterà, in uno con le relative implicazioni, nel successivo paragrafo.

²⁸ Neppure a titolo di responsabilità precontrattuale, dal momento che se ne escludeva la sussistenza in relazione alla p.a. che avesse agito tramite procedura ad evidenza pubblica.

²⁹ Cass. Civ., sez. III, 9 gennaio 2002, n. 193.

1.5 La posizione del giudice amministrativo: l'attenzione per l'effettività della tutela del ricorrente e gli ulteriori interessi in gioco

Diversa è stata, come detto, l'impostazione tradizionalmente seguita da parte del giudice amministrativo, il quale, nella soluzione della problematica *de qua*, è stato guidato, piuttosto che dal rigoroso rispetto del ordine di riparto delle controversie, da una parte, dall'intento di fornire pienezza ed effettività della tutela al concorrente "pretermesso", dall'altra, di cercare una qualche forma di temperamento dell'automatismo della privazione di effetti del contratto, in modo da prendere in considerazione anche l'interesse del privato contraente, l'interesse pubblico all'efficiente esecuzione del contratto, nonché l'interesse della collettività direttamente o indirettamente beneficiaria delle prestazioni contrattuali.

Tale tentativo, volto a contemperare i vari interessi in gioco, è stato invero il frutto di una lunga e frastagliata evoluzione giurisprudenziale.

Inizialmente veniva, infatti, affermato che l'annullamento dell'aggiudicazione comportava un effetto "caducante" sul contratto, trasponendo anche in relazione ad atti di natura non omogenea, come quelli appartenenti alle due fasi ad evidenza pubblica, criteri operanti sul piano della validità ed elaborati in relazione al rapporto, di natura omogenea, tra atti amministrativi (30); l'automatica privazione di effetti del contratto, comportava, secondo l'indirizzo in parola, l'ulteriore conseguenza, di concentrare la cognizione della controversia in capo al g.a.

³⁰ Il giudice amministrativo riteneva infatti che «l'atto di aggiudicazione di una gara pubblica per l'affidamento di un'opera o di un servizio costituisce il presupposto unico e indefettibile della successiva stipulazione del formale contratto d'appalto o di concessione (...) Sicché, in conformità della costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato in materia, deve ritenersi che l'annullamento dell'atto presupposto (nella specie l'aggiudicazione) determini *ex se* la automatica rimozione dell'atto consequenziale (la successiva stipula ed approvazione del relativo contratto)»; Cons. Stato, sez. V, 30 marzo 1993, n. 435; in seguito, *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 14 gennaio 2000, n. 244; nello stesso senso dell'applicazione acritica della caducazione del contratto, *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 1998, n. 677; TAR Campania, Napoli, sez. I, 20 agosto 2001, n. 3865; Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218; Cons. Stato, sez. VI, 14 marzo 2003, n. 1518.

Ne seguiva, che il concorrente pretermesso si trovava fortemente tutelato, potendo contare sempre sulla possibilità di privare di effetti il contratto (dunque anche in relazione a motivi di ricorso implicanti un rifacimento di tutta o parte della procedura di gara), con la semplice proposizione dell'azione di annullamento.

La posizione del giudice amministrativo si è successivamente variegata, ed ha assunto altresì uno spessore argomentativo, per effetto delle riforme processuali intervenute negli anni 1998-2000 (31).

Segnatamente, l'orientamento in un primo tempo seguito dal g.a. è stato quello di ritenere che l'annullamento dell'aggiudicazione avesse l'effetto di determinare la nullità del contratto.

A sua volta, l'indirizzo in parola si è differenziato a seconda della ragione per la quale si considerava il contratto affetto da tale radicale patologia; nell'economia del presente studio, non si possono descrivere tutte queste teorie, né sarebbe utile al fine della disamina precipuamente intrapresa; sicché, si evidenzia solamente che esse variavano dalla nullità del tipo strutturale, per mancanza originaria dell'elemento dell'accordo, ex artt. 1325, n. 1, c.c. e 1418, comma 2, c.c. (32), alla nullità c.d. virtuale del contratto per violazione di norme imperative ex art. 1418, comma 1, c.c. (33).

³¹ D.lgs. 31.3.1998, n. 80; in particolare, a seguito dell'emanazione degli artt. 6 e 7 della Legge 26.7.2000, n. 205 (i quali, rispettivamente, hanno attribuito al g.a. la giurisdizione esclusiva in relazione alle controversie in materia degli appalti pubblici, ed il potere risarcitorio, anche in forma specifica, per qualsiasi controversia rientrante nella sua giurisdizione), si è sviluppata una interpretazione giurisprudenziale tesa a riconoscere maggiore estensione ai dei poteri cognitori e decisorio del giudice amministrativo; E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel Decreto Legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2010, p. 1081.

³² In tal senso TAR Puglia, Bari, 23.10.2002, n. 394; per la giurisprudenza civile, Cass. Civ., sez. III, 9 gennaio 2002, n. 193; Si tratta di tesi seguita in particolare dalla IV sezione del Consiglio di Stato nell'ordinanza n. 3355 del 21.3.2004 di remissione della questione della sorte del contratto all'Adunanza Plenaria. In particolare, la sezione osservava che avendo l'aggiudicazione doppia natura, negoziale e provvedimentale, il suo annullamento comportava la privazione di entrambi gli effetti, negoziali e provvedimentali, fin dall'origine; su tale ordinanza non vi è stata pronuncia di merito da parte del collegio adito, a causa dell'intervenuta rinuncia al ricorso in appello; i quesiti saranno poi però riprodotti in maniera più o meno aderente nell'ordinanza Cons. Stato, sez. V, 28.3.2008, n. 1328, sulla quale l'A.P. si è invece pronunciata con la sentenza 30.7.2008, n. 9.

³³ La sentenza che ha inaugurato l'indirizzo della nullità virtuale per violazione di una norma imperativa, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c. è stata TAR Campania, Napoli, sez. I, 29.5.2002, n. 3177; in tale pronuncia viene valorizzato il fatto che la normativa sull'evidenza pubblica, attraverso la salvaguardia della *par condicio* tra i concorrenti, sia diretta ad assicurare i fondamentali valori dell'imparzialità, dell'efficienza ed dell'efficacia dell'azione amministrativa (valori ricompresi nell'art. 97 Cost.), nonché il valore dell'effettività della concorrenza imposto dall'ordinamento comunitario; in tal senso anche TAR Calabria, 26

Mette conto solo evidenziare come ognuna delle ricostruzioni si è prestata a rilievi critici, e nessuna ha raggiunto un sufficiente livello di consenso.

Risulta invece opportuno segnalare le implicazioni dal punto di vista del regime dell'azione di privazione di effetti del contratto.

Si rendeva infatti applicabile il regime normativo di cui all'art. 1421 e ss. c.c., vale a dire l'imprescrittibilità dell'azione, la legittimazione all'azione a chiunque avesse interesse all'esperimento della medesima (ivi compresa la doverosa rilevabilità d'ufficio della patologia), nonché l'insanabilità del vizio.

Soprattutto l'imprescrittibilità dell'azione e la legittimazione assoluta rendevano particolarmente incerta la sorte del contratto.

Vieppiù, la radicale privazione di effetti, sempre e comunque, del contratto, provocava un evidente *vulnus* all'affidamento dell'altro contraente e all'interesse pubblico sotteso all'esecuzione del contratto, che, secondo la tesi in parola rimanevano, nell'irrelevanza giuridica. Senza contare, il difficile coordinamento tra il carattere originario della nullità (il contratto nullo è privo di effetti fin dall'origine) con la necessità di esperire l'azione di annullamento dell'aggiudicazione a pena di decadenza.

Sicché, alla luce di tali ultimi rilievi, la giurisprudenza ha prospettato che i riferiti caratteri dell'azione di nullità dovessero essere coordinati con le regole che presidiano il giudizio amministrativo, le quali non prevedevano in particolare l'intervento officioso del giudice e una legittimazione assoluta all'azione; tali due ultimi aspetti del regime della nullità si trovavano dunque ad essere "disapplicati" in ordine alla fattispecie di nullità conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione (34).

Anche con questo accorgimento, rimaneva, tuttavia, scoperto il problema dell'ineluttabilità della privazione di effetti del contratto la quale pregiudicava, come detto, da una parte interesse pubblico alla celere

.11.2002, n. 2031; Cons. Stato, sez. V, 13.11.2002, n. 6281; Cons. Stato, sez. V, 5.3.2003, n. 1218; Cons. Stato, sez. V, 12.2.2008, n. 490.

³⁴ Anche parte della dottrina ha cercato di superare tali critiche, prospettando che nella specie non avrebbe operato la categoria generale della nullità, bensì uno speciale tipo di nullità, sul modello delle patologie contrattuali sviluppatesi nell'ambito dei contratti dei consumatori (c.d. nullità di protezione), le quali prevedono, in deroga al regime ordinario, una legittimazione relativa.

esecuzione del contratto, e dall'altra la buona fede del privato contraente illegittimamente selezionato.

Tale criticità è stata captata e presa in considerazione nell'ambito della giurisprudenza amministrativa, attraverso diversi filoni giurisprudenziali che hanno cercato di tutelare i succitati interessi.

In particolare, la tutela della buona fede del contraente (35) è stata massicciamente seguita dal giudice amministrativo con diversi percorsi argomentativi volti in qualche modo a giustificare la conclusione che l'annullamento dell'aggiudicazione non comportasse la privazione automatica di effetti del contratto (36).

³⁵ E' stato sottolineato come l'appaltatore, soprattutto negli appalti di lavori, dopo la sottoscrizione del contratto d'appalto ed in adempimento dello stesso sopporta notevoli sforzi economici e organizzativi per il pagamento della cauzione definitiva, per l'installazione del cantiere, per l'approntamento dei materiali. Se poi l'appaltatore riesce a "ribaltare" tali danni sull'amministrazione (a titolo di responsabilità precontrattuale, arricchimento senza causa o altro titolo), quest'ultima finisce per pagare l'appalto molto di più. A tutto ciò si aggiungono poi i ritardi gravissimi che possono derivare nella realizzazione di opere pubbliche e, comunque, i disservizi che possono scaturire dalla sostituzione dell'appaltatore; G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, p. 1029.

³⁶ Invero, come già segnalato, inizialmente (indicativamente fino all'anno 2003), l'indirizzo in parola non si peritava di dare una esauriente spiegazione giuridica alla privazione di effetti del contratto quale conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione, dando, di fatto, quasi per scontato questa conseguenza. L'indirizzo trovava in particolare espressione nella massima secondo la quale «l'annullamento dell'aggiudicazione di una gara pubblica elide il vincolo negoziale sorto con l'adozione del provvedimento rimosso, con la conseguenza che restituisce in pieno alla potestà di diritto pubblico della stazione appaltante la scelta fra l'avvalersi della procedura espletata, ovvero procedere ad una nuova gara previa revoca degli atti che vi hanno dato luogo, a fronte della quale non sono rinvenibili posizioni di diritto soggettivo in capo agli altri partecipanti alla gara, ancorché costoro si trovino in posizione utile per subentrare all'aggiudicatario rimosso», Cons. Stato, sez. VI, 14.1.2000, n. 244; applicano il regime della caducazione anche Cons. Stato, sez. V, 25.5.1998, n. 677; TAR Campania, Napoli, sez. I, 20.8.2001, n. 3865; Cons. Stato, sez. V, 5.3.2003, n. 1218; Cons. Stato, sez. VI, 14.3. 2003, n. 1518. L'assenza di basi giuridiche ha indotto successivamente la giurisprudenza a cercare una qualche forma di giustificazione a tale affermato fenomeno della privazione di effetti.

In particolare, si è sostenuto che la caducazione del contratto avrebbe trovato spiegazione in virtù di un supposto principio generale, proprio anche dei rapporti tra negozi giuridici privati iscritti in operazioni contrattuali più ampie, per il quale l'aggiudicazione e il contratto *simul stabunt simul cadent*; principio che, secondo l'impostazione in parola, non avrebbe trovato ostacolo nella eterogeneità degli atti coinvolti. Cons. Stato, sez. VI, 5.3.2003, n. 2332, secondo cui «il meccanismo dell'effetto caducante costituisce espressione di un principio generale che coglie il nesso di connessione inscindibile tra una pluralità di atti iscritti nell'ambito di una vicenda sostanzialmente unitaria». Altro indirizzo, seppur aderendo alla qualificazione del contratto in termini di caducazione automatica, proponeva una spiegazione parzialmente diversa del fenomeno; si riteneva infatti applicabile, anche al rapporto tra atti amministrativi ed atti negoziali, il meccanismo di "caducazione" previsto nel rapporto tra atti amministrativi avvinti da un nesso di presupposizione, o meglio di «preordinazione funzionale» nell'ambito della quale la «sanzione» dell'inefficacia sarebbe stata «una qualificazione giuridica di contenuto negativo che l'ordinamento riserva a tutti i casi di idoneità dell'atto a produrre effetti giuridici che ne realizzano la funzione»; non sarebbe, dunque, venuto in rilievo un problema dell'atto sotto il profilo genetico, bensì unicamente

In particolare, la soluzione che si trovò fu di cercare di mitigare tali effetti automatici affermando che la privazione di effetti del contratto, pur agendo retroattivamente, incontrasse il duplice limite delle situazioni soggettive che si fossero consolidate in capo ai terzi (argomentando *ex artt.* 1452, 1458, comma 2, 1467 e 2901 c.c.), nonché delle prestazioni già eseguite nei negozi di durata (37).

Una variante a tale teoria si fondava sull'idea di autorevole dottrina che aveva prospettato l'inquadramento del contratto ad evidenza pubblica, la cui aggiudicazione era stata annullata, all'interno della fattispecie del contratto inefficace per difetto del potere di rappresentanza *ex art.* 1398 c.c. (38).

In sostanza, secondo tale impostazione, una volta annullato uno degli atti del procedimento costitutivo della volontà dell'amministrazione, come la delibera a contrarre, il bando o l'aggiudicazione, l'organo amministrativo si sarebbe trovato nella condizione di aver stipulato il contratto in assenza della legittimazione negoziale che, si pensava, gli atti della procedura ad evidenza

sotto il profilo della sua efficacia. Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2004, n. 3465; in particolare nella pronuncia la validità della costruzione viene fondata sulla base del «riconoscimento, in sede giurisprudenziale e dottrinale, dell'esistenza del nesso di derivazione tra atti di natura giuridica eterogenea: si pensi al rapporto tra regolamento e provvedimento amministrativo (valorizzando il profilo di fonte del diritto del regolamento); al legame tra sentenza ed atto amministrativo adottato in esecuzione della prima; si pensi infine al legame tra accordo endoprocedimentale e provvedimento finale (aderendo alla tesi che costruisce l'accordo in chiave privatistica); aderisce alla tesi della caducazione del contratto per avvenuta privazione dell'atto presupposto anche Cons. Stato, sez. VI, 4.4.2007, n. 1573; in dottrina, qualifica il rapporto tra aggiudicazione e contratto in termini di presupposizione E. STICCHI DAMIANI, *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 633 e ss. La tesi della caducazione automatica ha trovato un addentellato nella disposizione di cui all'art. 14 del d.lgs. 20.8.2002, n. 190 (di attuazione della l. 21.12.2001, n. 443) -successivamente trasfusa, con formulazione pressappoco identica, nell'art. 246 del d.lgs. 163/2006 e ora, da ultimo, nell'art. 125, comma 3, c.p.a.- secondo la quale, in relazione alle procedure di aggiudicazione relative ad appalti di lavori afferenti ad infrastrutture strategiche «*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*». E' stato, infatti, affermato, che «*se l'eccezione è che il contratto non sia caducato dall'annullamento, la regola è, viceversa, che la sorte del negozio, per il caso di atti di gara inficiati, sia la caducazione*». Così R. GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, Milano, 2008, p. 3931.

³⁷ Fa salve le prestazioni già eseguite e la tutela del terzo Cons. Stato, sez. V, 12.2.2008, n. 490.

³⁸ A.M. SANDULLI, *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della p.a.*, in *Dir. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, p. 1 e ss.; aderisce alla tesi Cass. Civ., sez. I, 15.4.2008, n. 9906, la quale ha affermato che la caducazione dei provvedimenti attraverso i quali si è formata in concreto la volontà contrattuale priva l'amministrazione, con efficacia *ex nunc*, della legittimazione a contrarre, sicché l'organo amministrativo si trova nella condizione di aver stipulato *iniure*; l'annullamento segna dunque, in via retroattiva, la carenza di uno dei presupposti di efficacia.

pubblica gli avessero conferito; la ricostruzione in parola, non differiva di molto, invero, rispetto alla tesi della nullità e della caducazione automatica.

Nell'ambito di tale particolare indirizzo, volto a giustificare una privazione automatica di effetti del contratto, si è sviluppata la soluzione di temperamento volta sostenere che la qualificazione delle conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione in termini di privazione della legittimazione a contrarre in capo all'organo avente il potere rappresentativo dell'Ente, rendesse operanti gli artt. 23, comma 2, e 25 comma 2, c.c. (39), dettati in tema di associazioni e fondazioni, ma estensibile alla pubblica amministrazione in quanto persona giuridica *ex art. 11 c.c.* (40), i quali, per l'appunto, prevedono la salvezza dei diritti dai terzi di buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della delibera annullata.

Tutte queste soluzioni consentivano di ottenere il travolgimento degli effetti contrattuali senza però trascurare le ragioni di colui che in buona fede avesse stipulato il contratto.

Altro indirizzo giurisprudenziale ha invece inquadrato la problematica all'interno del rapporto tra azione di risarcimento in forma specifica e per equivalente.

In particolare, l'impostazione in parola, prendendo le mosse dalla circostanza che «*il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto* (41)», riteneva che all'interno della misura della reintegrazione in forma specifica rientrasse anche la condanna della pubblica amministrazione all'aggiudicazione del contratto in favore del concorrente pretermesso; la suddetta qualificazione rendeva inoltre operante l'art. 2058 c.c. il quale consentiva al giudice di disporre unicamente la misura del risarcimento per equivalente qualora la reintegrazione in forma specifica (leggasi, dichiarazione di inefficacia del

³⁹ La paternità della tesi della applicazione del principio di buona fede a salvezza degli interessi del contraente *ex artt. 23, comma 2, e 25 comma 2, c.c.* è di G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, Milano, 1986, p. 138 e ss.

⁴⁰ Cons. Stato, sez. IV, 27.10.2003, n. 6666, il quale a sostegno di tale conclusione dell'inefficacia da contratto valido valorizza l'espressione "risoluzione" del contratto contenuta nell'art. 14 del D.lgs. 20.8.2002, n. 190.

⁴¹ Art. 7, comma 3, della L. 21.7.2000, n. 205, il quale ha modificato l'art. 35 del D.Lgs. 31.3.1998, n. 80.

contratto) risultasse eccessivamente onerosa per il debitore (leggasi pubblica amministrazione).

L'utilizzo di tale disposizione consentiva pertanto al giudice di temperare gli effetti negativi della privazione di effetti del contratto in relazione all'interesse pubblico all'efficiente ed economica esecuzione del contratto.

D'altra parte, rendeva operativa una sorta di azione di adempimento *ante litteram* in materia di appalti, volta ad accertare, già in sede di cognizione, l'eventuale spettanza del contratto in capo al ricorrente (42).

⁴² Ora implicitamente ammessa, in materia di appalti, dall'art. 124 comma 1, c.p.a.: «l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione (...)» ed in maniera esplicita in relazione a qualsiasi altro provvedimento dal combinato disposto dell'art. 30, comma 1 e 34 comma 1, lett. c), il quale prevede la pregiudizialità processuale "forte" della necessaria contestuale proposizione dell'azione di annullamento del provvedimento di diniego o dell'azione avverso il silenzio inadempimento», sul tema dell'azione di adempimento del processo amministrativo dopo il c.p.a., P.CERBO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2017, p. 1 e ss; L.FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2013, p. 617 e ss; I.PAGNI, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2, 2012, p. 328 e ss.; A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012; P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2013, p. 385.

1.6 Il “concordato” del 2007 tra Sezioni Unite della Cassazione e Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato

Anche in considerazione della complessità delle variabili e degli interessi in gioco che più sopra si è cercato di illustrare, la dottrina più avveduta auspicava che la soluzione all’annoso problema venisse fissata «o con apposito intervento legislativo o tramite l’orientamento consolidato della giurisprudenza; in questo secondo caso, in modo concorde tra giurisprudenza del giudice ordinario e giurisprudenza del giudice amministrativo (43)».

Una sorta di soluzione condivisa, o meglio coordinata (anche se non nei termini auspicati dalla succitata dottrina), è avvenuta effettivamente nel 2007 attraverso due importanti e note sentenze, ovverosia la sentenza delle Sezioni Unite Civili della Cassazione, 28 dicembre 2007, n. 27169 e la sentenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 30 luglio 2008, n. 9 (44).

In particolare, con la prima pronuncia la Suprema Corte, adita ex art. 111, comma 3, Cost., ha stabilito che spetta al giudice ordinario, in ogni caso

⁴³ F.G. SCOCA, *Annullamento dell’aggiudicazione* cit., p. 810, il quale altresì rilevava come «una soluzione equilibrata deve tener conto degli interessi effettivi di tutte le parti coinvolte, quali essi si presentano in concreto a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione» il che, secondo l’autorevole Autore, non poteva «coincidere con le tesi più drastiche che sono state ipotizzate per il contratto (caducazione automatica, nullità assoluta, inefficacia, ove consegua automaticamente dall’annullamento dell’aggiudicazione). Esse risultano infatti eccessive e rischiano di non corrispondere all’interesse di nessuno dei protagonisti della vicenda» (considerazioni contenute nella nota n. 42).

⁴⁴ Tali pronunce, data la loro importanza, hanno ricevuto innumerevoli commenti; per la prima si segnalano: M. RAMAJOLI, *La Cassazione riafferma la giurisdizione ordinaria sul rapporto contrattuale tra amministrazione e aggiudicatario*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 523; F. CINTIOLI, *Le Sezioni Unite rivendicano a sé il contratto, ma non bloccano il giudizio di ottemperanza*; S. ROSTAGNO, *La Corte di Cassazione interviene rispetto alla tesi del contratto quale atto della serie procedimentale viziata*; S. TARULLO, *La giurisdizione sulla sorte del contratto a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione: la soluzione delle Sezioni Unite non persuade*; S.S. SCOCA, *La Cassazione «mette le mani» sugli appalti pubblici*. Nota a Cass. SS.UU. civ. sentenza 28 dicembre 2007, n. 27169, tutti consultabili in www.giustamm.it; per la seconda si segnalano: M. RAMAJOLI, *L’Adunanza plenaria risolve il problema dell’esecuzione della sentenza di annullamento dell’aggiudicazione in presenza di contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 1054; C.E. GALLO, *Contratto e annullamento dell’aggiudicazione: la scelta dell’Adunanza Plenaria*, in *Foro Amm.-CDS*, 2008, 9, p. 2362; F. FRENI, *L’Adunanza plenaria afferma la giurisdizione (di merito) del giudice amministrativo ma non scioglie il nodo del rapporto tra provvedimento e contratto*, in *Foro Amm.-CDS*, 11, p. 2978; S.S. SCOCA, *Aggiudicazione e contratto: la posizione dell’Adunanza plenaria*, in *Foro Amm.-CDS*, 12, p. 3283.

e a prescindere dalla patologia prospettata, la cognizione degli effetti sul contratto dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento di aggiudicazione (45).

In sintesi, i passaggi argomentativi della pronuncia possono enuclearsi come segue.

Anzitutto, la Suprema Corte ribadisce la propria tradizionale impostazione secondo la quale: il contratto d'appalto dà vita ad un rapporto essenzialmente di diritto privato, fonte di reciproche obbligazioni e diritti soggettivi la cui tutela è affidata agli organi di giurisdizione ordinaria; nella fase di scelta del contraente antecedente a detta conclusione la posizione del soggetto aspirante all'affidamento dell'appalto, nonché quella dei partecipanti alla gara, trova protezione nelle norme di azione disciplinanti il procedimento amministrativo di scelta del contraente, con conseguente sua qualificazione in termini di interesse legittimo tutelabile davanti al g.a.

Siffatto schema tradizionale, non risultava scalfito, secondo il giudice della Legittimità, né dall'entrata in vigore dell'art. 7 della l. 21 luglio 2000, n. 205(46), né del successivo, e più generale quanto ad applicazione, art. 244 del d.lgs. 163/2006 (47), posto che le disposizioni in parola dovevano interpretarsi nel senso di estendere la cognizione del g.a. unicamente alle controversie attinenti alla fase pubblicistica dell'appalto (dunque le controversie attinenti ai provvedimenti di aggiudicazione, di esclusione o non esclusione), mentre la questione relativa alla sorte del contratto in conseguenza della decisione di annullamento dei suddetti provvedimenti,

⁴⁵ Questa il principio di diritto pronunciato dalla Suprema Corte: «Spetta al giudice ordinario la giurisdizione sulla domanda volta ad ottenere tanto la dichiarazione di nullità quanto quella di inefficacia o l'annullamento del contratto di appalto, a seguito dell'annullamento della delibera di scelta dell'altro contraente, adottata all'esito di una procedura ad evidenza pubblica posto che in ciascuno di questi casi la controversia, non ha ad oggetto i provvedimenti riguardanti la scelta suddetta, ma il successivo rapporto di esecuzione che si concreta nella stipulazione del contratto di appalto, del quale i soggetti interessati chiedono di accertare un aspetto patologico, al fine di impedirne l'adempimento».

⁴⁶ Il quale, modificando l'art. 33 del d.lgs. 80/1998, aveva stabilito che «sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi (...) in particolare, quelle: (...) d) aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti alla applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale».

⁴⁷ Il quale aveva previsto in generale, e non solo in materia di pubblici servizi, che «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».

attenendo alla fase di esecuzione del rapporto, e dunque a diritti ed obblighi, sarebbe spettata al giudice ordinario.

Ciò in particolare in armonia con il noto principio affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 5 luglio 2004, n. 204, la quale pur leggendo la giurisdizione esclusiva come istituto volto a far fronte ad esigenze di concentrazione della tutela, ne ha limitato l'ambito ai casi in cui le posizioni di diritto soggettivo fatto valere si collochino in un area di rapporti nella quale la p.a. agisce attraverso l'esercizio di poteri autoritativi, oppure si avvalga della facoltà riconosciuta dalla legge di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo ai sensi dell'art. 11 della l. 7 agosto 1990, n. 241.

Sicché, la costituzione del rapporto paritetico segna l'inizio della giurisdizione del g.a. la quale comprende anche l'intero spettro delle patologie ed inefficacie negoziali (48). Secondo la Corte, dunque, pronunciarsi sul contratto significava pronunciarsi su di un rapporto paritetico⁴⁹, ed il giudice amministrativo che, annullata l'aggiudicazione, si fosse pronunciato sulla sorte del contratto avrebbe esorbitato dai limiti esterni della propria giurisdizione.

In sede di commento, diversi sono stati i rilievi critici mossi alla pronuncia in questione.

Dal punto di vista pratico-operativo la soluzione adottata comportava un evidente *vulnus* alla tutela del concorrente, il quale si trovava costretto a

⁴⁸ A questo ultimo proposito, seppur la Cassazione ha giudicato irrilevante l'esatta qualificazione dogmatica della sorte del contratto ai fini della giurisdizione, posto che, qualunque sia la soluzione, l'inefficacia del contratto non discende dalla statuizione di annullamento ma deriva direttamente dalla legge; e seppur le questioni siano strettamente connesse la cognizione del g.a. sarebbe preclusa dal principio generale dell'inderogabilità della giurisdizione per ragioni di connessione, salve le deroghe normative espresse; in ordine a tale ultimo principio, cfr. altresì Cass. Civ., SS.UU., nn. 7859/2001 e 1760/2002.

⁴⁹ Tale impostazione è stata poi ribadita nella di poco successiva sentenza Cass. Civ., SS.UU., 18 luglio 2008, n. 19805, ove viene affermato che le domande di tutela al giudice amministrativo in ordine al procedimento di affidamento dell'appalto da parte del soggetto gestore del servizio che è una P.A. e le altre relative alla esecuzione del rapporto connesso alla conclusione del contratto, comprendenti quelle di invalidità o inefficacia di quest'ultimo, domanda che, ai sensi dell'art. 386 c.p.c., concorrono a determinare la giurisdizione, azionano situazioni soggettive diverse: le prime interessi legittimi e le seconde diritti soggettivi sicché *«provvedimento e contratto restano due realtà diverse e le vicende dell'uno non valgono ad ampliare o restringere l'ambito della giurisdizione»* sull'altro, ritendendo che la connessione logica e temporale tra esse, non rileva per modificare i poteri cognitivi dei giudici.

ad adire due plessi giurisdizionali al fine di ottenere piena tutela della propria posizione giuridica soggettiva.

Anche dal punto di vista ricostruttivo, d'altra parte, la pronuncia non è persa convincente sotto diversi profili.

Se, infatti, è stata ritenuta condivisibile l'affermazione secondo la quale le controversie relative all'esecuzione del contratto sarebbero dovute rientrare nella giurisdizione esclusiva del g.a., in quanto afferenti a rapporti giuridici paritari, non altrettanto convincente si è ritenuta l'inclusione della questione della sorte del contratto a seguito di accoglimento della richiesta di annullamento dell'aggiudicazione, e ciò in quanto il *petitum* sostanziale affermato nella domanda, in questo secondo caso, è di tutt'altra natura (50).

Ed invero, le domande, nel primo caso, hanno ad oggetto diritti sorti dal contratto, per cui il giudice, dovendo verificare la sussistenza dei medesimi e la loro lesione, può doversi trovare nella necessità, perché ne è investito dalle parti o perché può rilevarla d'ufficio, di dover affrontare la questione della validità e/o efficacia del contratto, quale fonte dei suddetti rapporti paritari.

Non pare, invece, che la questione della sorte del contratto si ponga negli stessi termini quando viene impugnato un provvedimento afferente alla procedura di gara, e ciò in ragione del fatto che in tal caso *«non si discute neppure di vizi propri e autonomi del contratto, che sarebbero senza dubbio da devolvere alla cognizione del giudice ordinario, ma degli effetti determinatisi sul contratto stesso a causa dell'annullamento degli atti della fase pubblicistica e, in particolare, dell'aggiudicazione (51)»*.

⁵⁰ In tal senso M. RAMAJOLI, *La Cassazione riafferma la giurisdizione ordinaria sul rapporto contrattuale tra amministrazione e aggiudicatario*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 537, la quale altresì rileva come i precedenti richiamati dalla Cassazione a sostegno della propria conclusione in merito all'inclusione della questione della sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione non possano dirsi pertinenti, ed in special modo il precedente (Cass. Civ., SS.UU., ord. 21 settembre 2006, n. 20504) nel quale il Comune aveva annullato in sede di autotutela la delibera di scelta del contraente privato e, in opposizione ai decreti ingiuntivi notificatigli per il pagamento del canone di locazione, aveva chiesto al giudice ordinario di dichiarare che il contratto di locazione fosse nullo o annullabile a causa dell'annullamento dell'autorizzazione pubblicistica alla stipula del contratto stesso. In questo caso infatti il *petitum* sostanziale *«era l'accertamento dell'invalidità del contratto ad evidenza pubblica allo scopo di impedirne l'esecuzione»*.

⁵¹ M. RAMAJOLI, *La Cassazione riafferma la giurisdizione ordinaria sul rapporto contrattuale tra amministrazione e aggiudicatario* cit., p. 538.

Il *petitum* sostanziale in questo secondo caso è l'interesse legittimo dell'impresa che aspira al bene della vita rappresentato dall'aggiudicazione o dalla riedizione della gara; sicché il contratto non si pone come atto-fonte del rapporto bensì come fatto (52) (si potrebbe dire, impeditivo) alla tutela in forma specifica dell'interesse del ricorrente, ed in particolare al pieno dispiegarsi dell'effetto conformativo risultante dall'accertamento contenuto dalla sentenza.

Del resto, viene evidenziato che «è la stessa storia giurisprudenziale del problema a dimostrare che la controversia in cui l'avvenuta stipulazione del contratto costituisca ostacolo alla tutela in forma specifica del terzo partecipante alla gara che abbia ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione sia dedotto da una delle due parti del contratto al fine di sottrarsi all'adempimento delle obbligazioni che le incomberebbero in forza del contratto medesimo (53)».

In questi termini, infatti, la questione pare essere stata successivamente impostata dall'A.P. del Consiglio di Stato (54) nella citata pronuncia n. 9/2008 che si passa brevemente a riassumere (55).

⁵² C. CACCIAVILLANI, *Giurisdizione sui contratti pubblici*, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it, secondo la quale «la decisione sul merito della domanda del ricorrente, che è domanda di risarcimento in forma specifica, postula, quale passaggio dell'inter logico che il giudice deve percorrere, semplicemente e nient'altro che l'accertamento del ruolo eventualmente impeditivo del contratto anteriormente già stipulato. Si tratta, per impiegare il lessico di Chiovenda, di niente altro che di un punto pregiudiziale relativo ad un fatto»; nel medesimo senso, senso M. RAMAJOLI, *La Cassazione riafferma la giurisdizione ordinaria sul rapporto contrattuale tra amministrazione e aggiudicatario*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 544 secondo cui il contratto in questo caso «assume, in altri termini, un rilievo di tipo incidentale quale fatto impeditivo».

⁵³ In tal senso, M. RAMAJOLI, *La Cassazione riafferma la giurisdizione ordinaria sul rapporto contrattuale tra amministrazione e aggiudicatario*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 540; sicché la questione in questo senso potrebbe essere così riassunta «la tutela che il giudice esclusivo accorda all'interesse legittimo pretensivo del terzo, concorrente illegittimamente pretermesso, incontra un ostacolo nella giuridica esistenza e validità del contratto stipulato tra amministrazione e contraente originario?», *Id.* p. 543.

⁵⁴ Invero, prima di tale importante pronuncia il giudice amministrativo ha tentato di “dribblare” la statuizione della Cassazione affermando di poter decidere *incidenter tantum* sulle sorti del contratto per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione; in questo senso TAR Lombardi, Milano, sez. I, 8 maggio 2008, n. 1370, la quale ritenendo che la caducazione del contratto sia una nuova categoria normativa operante alla stregua di una situazione di inefficacia successiva del contratto, ha riconosciuto al g.a., investito della domanda di annullamento dell'aggiudicazione e della domanda di reintegrazione in forma specifica, la possibilità, ai sensi dell'art. 8, l. 6 dicembre 1971, n. 1034, vigente *ratione temporis*, di conoscere in via incidentale dell'intervenuta caducazione al fine di poter offrire la tutela reintegratoria in forma specifica richiesta dal ricorrente.

⁵⁵ L'A.P. viene investita della questione con ordinanza 28 marzo 2008, n. 1328 con la quale la V sezione le rimetteva le seguenti questioni: a) la sorte del contratto d'appalto stipulato sulla base di un'aggiudicazione annullata; b) la sussistenza della giurisdizione

Innanzitutto, l'A.P. ha aderito alla soluzione della Cassazione secondo la quale sussiste 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, e ciò sia nel caso in cui la domanda sia stata proposta da una delle due parti del contratto d'appalto, sia nel caso in cui la domanda sia stata proposta da chi abbia ottenuto dal giudice amministrativo l'annullamento dell'aggiudicazione.

In tal modo sarebbe restata esclusa anche la domanda di reintegrazione in forma specifica, pure prevista dall'art. 7 della L. n. 205/2000, posto che l'art. 244 del d.lgs. 163/2006, vigente *ratione temporis*, limitava l'ambito della giurisdizione esclusiva alle sole controversie inerenti le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, con esclusione, quindi, di qualsiasi domanda concernente la fase di esecuzione; sicché, secondo il Supremo Consesso, alla richiesta di annullamento dell'aggiudicazione poteva conseguire il risarcimento del danno per equivalente, ma non anche la reintegrazione in forma specifica che, incidendo necessariamente sul contratto, e quindi su diritti soggettivi, doveva escludersi dai poteri cognitori del g.a.

Secondo l'A.P., tuttavia, ciò non avrebbe comportato una diminuzione di tutela del soggetto che avesse ottenuto l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione.

Ed infatti, veniva innanzitutto statuito che dall'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione conseguiva la sopravvenuta caducazione del contratto *«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 (56)»*.

amministrativa, con riferimento alle domande ed al tipo di decisioni al riguardo proponibili; c) l'applicabilità alla fattispecie considerata degli artt. 23 e 25 c.c.; d) l'ammissibilità, nel giudizio di cognizione, della condanna della pubblica amministrazione al rilascio di un provvedimento favorevole al ricorrente; e) i presupposti di applicabilità dell'art. 2058 c.c.

⁵⁶ Punto 7.1.1 della pronuncia; l'A.P. sembrerebbe, dunque, abbracciare la ricostruzione teorica che vede nel contratto d'appalto una fattispecie rientrante nel paradigma degli accordi procedurali.

Ciò posto, in considerazione del vincolo permanente che l'effetto conformativo della sentenza di annullamento provoca sulla successiva attività amministrativa, in sede amministrativa l'Amministrazione avrebbe dovuto rilevare la sopravvenuta caducazione del contratto e dare attuazione alla regola di comportamento "espressa" nella pronuncia di accoglimento del ricorso; ove poi l'amministrazione non si fosse conformata al giudicato, il soggetto poteva adire in sede di ottemperanza, nell'ambito del quale poteri "pieni" del giudice amministrativo consentivano di sindacare in modo completo l'attività posta in essere dall'amministrazione e di sostituirsi alla medesima, adottando, ove occorresse, tutte le misure opportune per dare integrale esecuzione alla sentenza, ivi compresa l'aggiudicazione in favore del ricorrente quale «*reintegrazione in forma specifica*».

Dunque, la questione essenziale consistente nello stabilire se l'intervenuta stipulazione del contratto impedisse o meno la rinnovazione della gara o l'aggiudicazione del secondo classificato in caso di annullamento dell'aggiudicazione, veniva risolta: sul piano sostanziale, utilizzando il discusso fenomeno della caducazione automatica del contratto quale conseguenza della sentenza di annullamento (57); sul piano processuale riconoscendo al g.a., ma solo in seconda battuta, ovverosia in sede di giudizio di ottemperanza, la possibilità di elargire una tutela reale della sua posizione giuridica sostanziale, utilizzando la pienezza di poteri conoscitivi e decisorii propri della suddetta fase.

Seppur soddisfacente dal punto di vista del ricorrente, anche se non in termini di immediatezza (visto il possibile doppio passaggio cognizione/esecuzione), la soluzione scontava diverse criticità secondo altri aspetti.

I principali rilievi critici mossi a tale impostazione erano relativi alle conseguenze negative che la caducazione del contratto provocava

⁵⁷E' stato infatti rilevato che «la privazione degli effetti del contratto viene collegata al contenuto stesso della pronuncia di annullamento, è una conseguenza dell'accertamento contenuto nella decisione giurisdizionale», così M.RAMAJOLI, *L'Adunanza plenaria risolve il problema dell'esecuzione della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione in presenza di contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 1179; è stato sottolineato tuttavia come, «secondo il vertice della giustizia amministrativa, una caducazione-inefficacia ci deve essere, ma non è dato capire sulla base di quale meccanismo essa si realizzerebbe», così F. GOISIS, *Ordinamento comunitario e sorte del contratto, una volta annullata l'aggiudicazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2009, in nota n. 14.

relativamente agli altri interessi coinvolti nella vicenda; il carattere automatico e indiscriminato della privazione degli effetti, non teneva infatti in considerazione gli interessi, pubblici e privati, sottesi all'esecuzione del contratto, né delle diverse variabili di fatto e di diritto che potevano sussistere nella varietà di fattispecie che potenzialmente possono venirsi a creare a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione (58).

Ed infatti, l'A.P., seppur esplicitamente richiesta di una pronuncia in merito, non ha preso in minima considerazione i punti c) ed e) dell'ordinanza di rimessione, con i quali la V sezione chiedeva una statuizione in ordine all'applicabilità degli artt. 23 e 25 c.c. e l'art. 2058 c.c., al fine di far fronte alle suddette esigenze ed, eventualmente, mitigare le conseguenze della privazione di effetti del contratto.

Invero, l'A.P. è sembrata, in questo frangente, più concentrata a voler risolvere innanzitutto il problema dell'effettività della tutela del concorrente, intralciato, innanzitutto, da una certa lettura del riparto giurisdizionale delle controversie in materia, piuttosto che trovare una soluzione a tutte le varie problematiche relative alla sorte del contratto.

Come viene sottolineato, in questa, come in ogni altra soluzione che prevede l'automatica privazione di effetti del contratto *«il grande assente, sotto il profilo della tutela, è l'interesse pubblico sotteso al contratto che non viene minimamente messo in gioco nell'attività ponderativa del giudice che dispone il venir meno del contratto (59)»*.

⁵⁸ M. RAMAJOLI, *L'Adunanza plenaria risolve il problema dell'esecuzione della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione in presenza di contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 1185, la quale sottolinea d'altra parte che *«qualora non si intenda aderire all'impostazione della caducazione automatica del contratto come configurata dall'Adunanza plenaria e si metta in discussione l'automaticità dell'effetto, il prezzo da pagare è la perdita della ragione d'essere del controllo giurisdizionale sull'aggiudicazione»*.

⁵⁹ E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2011, p. 245, il quale aggiunge che seguendo questa impostazione *«anche nelle ipotesi, ad esempio, di prestazioni oggetto del contratto interamente eseguite o di impossibilità del ricorrente di subentrare nel procedimento, all'annullamento dell'aggiudicazione fa seguito in ogni caso il venir meno del contratto»*.

1.7 Esame critico della qualificazione del contratto

Al termine di questa prima parte dello studio si cerca di evidenziare alcune conclusioni emergenti dal quadro ordinamentale antecedente al recepimento nel nostro ordinamento della seconda Direttiva ricorsi.

Anzitutto, il diritto positivo pare confermare i lineamenti della fattispecie a doppio stadio elaborata dalla dottrina e giurisprudenza.

A tal proposito viene in rilievo l'art. 1, comma 1-bis, della L. 7 agosto 1990, il quale come noto, dispone che *«la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente»*.

Come è noto, il preciso significato della disposizione è controverso⁽⁶⁰⁾.

Da tale disposizione si ricava però che la pubblica amministrazione può agire anche secondo il modello non autoritativo e quando lo fa applica le norme del diritto civile; sicché, la funzionalizzazione del contratto non lo trasforma in atto di diritto pubblico e ciò postula l'adesione ad un concetto di autonomia contrattuale come tecnica di produzione degli effetti basata sull'accordo delle parti, che non necessita della libertà del volere in capo ai soggetti.

Con riferimento ai contratti d'appalto conferma si trovava nell'art. 2, comma 4, del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163 il quale prevedeva che *«per quanto non espressamente previsto nel presente codice, l'attività contrattuale dei soggetti di cui all'articolo 1 si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal codice civile»*.

Tra tali disposizioni fondamentale importanza assume l'art. 1372 c.c. secondo cui *«il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge»*.

Nel sistema del codice queste cause sono costituite dai casi di rescissione, risoluzione, annullamento e nullità del contratto.

⁶⁰ In tema, F. TRIMARCHI, *L'art. 1, comma 1-bis della L. n. 241 del 1990*, in *Foro amm.-CDS*, 2005, p. 948.

La violazione delle regole che disciplinano la scelta del contraente non integra nessuna di tali fattispecie.

La rescissione riguarda infatti un patologico squilibrio del rapporto di valore tra le prestazioni contrattuali e la risoluzione un malfunzionamento del rapporto.

Quanto all'annullabilità, come è noto tale forma di invalidità è volta a tutelare l'interesse alla salvaguardia delle condizioni soggettive dell'autonomia privata, messe in crisi dalla condizione soggettiva di uno dei due contraenti (61).

Sicché, l'esclusione della configurazione di tale forma di invalidità del contratto con riferimento agli appalti deriva dalla circostanza che la normativa europea non tutela l'interesse della pubblica amministrazione, bensì l'interesse alla libera circolazione di merci e servizi.

Discorso più complesso riguarda l'ipotesi della nullità.

Dal punto di vista teorico, la nullità del contratto ha una logica ben precisa che poggia sulla relazione tra inefficacia ed invalidità, nel senso che la prima costituisce reazione dell'ordinamento al mancato raggiungimento della funzione dell'atto in ragione della mancata corrispondenza della fattispecie al paradigma astratto che tale funzione incarna.

La nozione di inefficacia del contratto si definisce come la qualità del contratto in quanto non produttivo di effetti che normalmente dovrebbe produrre.

L'invalidità designa invece la qualità del contratto in quanto affetto da un vizio che lo espone a determinati rimedi contrattuali (come la nullità e l'annullamento). I rimedi servono a bloccare gli effetti del contratto: e quindi a renderlo inefficace. Si coglie così una connessione funzionale tra invalidità e inefficacia: l'invalidità persegue e produce l'inefficacia del contratto perché attraverso l'inefficacia che l'invalidità può svolgere la sua funzione remediale.

In questo senso, l'autonomia privata è sottoposta nelle sue manifestazioni alla disciplina della legge a cui spetta di comporre, in base a parametri ritenuti giusti e/o imprescindibili, i conflitti di interessi tra le parti

⁶¹ V.ROPPO, *Il Contratto*, in (a cura di) G.IUDICA E P.ZATTI, *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011, p. 713.

e con la generalità dei cittadini che l'esercizio di un potere dispositivo può provocare. In tale prospettiva il concetto di invalidità indica la valutazione negativa che l'ordinamento effettua dell'attività negoziale, con la conseguente adozione di misure consistenti nella negazione della sua peculiare rilevanza o validità (62).

Ciò detto in via generale, in ordine alla nullità per contrarietà a norma imperativa, occorre evidenziare che, in coerenza con la teoria dell'inefficacia quale strumento dell'invalidità, il contratto illegale è nullo quando gli effetti contrattuali andrebbero a ledere direttamente gli interessi protetti dalla norma, la quale ha precisamente lo scopo d'impedire quegli effetti, sicché per attuare lo scopo della norma occorre cancellare gli effetti contrattuali, il che si ottiene appunto con la nullità. Si pensi in questo senso al contratto che dispone del proprio corpo con lesione permanente della propria integrità fisica, che violerebbe il precetto di cui all'art. 5 c.c.

La nullità può escludersi quando il contratto viola sì la norma, e tuttavia non sono propriamente i suoi effetti a ledere l'interesse protetto da questa: onde l'annientamento degli effetti contrattuali sarebbe rimedio eccedente rispetto all'esigenza di ripristinare l'interesse leso, cui provvedono meglio altri rimedi (63).

Nella nullità strutturale l'inefficacia fonda invece la propria ragion d'essere su un piano strettamente logico dato dal fatto che la mancanza dell'elemento essenziale non permette all'atto di funzionare, nemmeno in senso contrario al paradigma normativo.

Si dice infatti che il contratto privo di un elemento strutturale pone in essere una operazione giuridicamente ed economicamente assurda, incomprensibile, irrealizzabile (64).

Il fenomeno del contratto ad evidenza pubblica viziato nella sua fase procedimentale non è inquadrabile in una forma di contratto illegale o insensato.

Quanto alla prima evenienza, si condivide l'osservazione della dottrina per cui l'art. 1418 c.c. «*stabilisce che, salvo diversa indicazione, in*

⁶² R.SCOGNAMIGLIO, voce *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1989, p. 1.

⁶³ V.ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 702.

⁶⁴ V.ROPPO, *Il contratto* cit., p. 696.

caso di violazione di norme imperative, vi è la nullità, sicché una presa di posizione legislativa è necessaria per escludere, non per fondare questa ipotesi di nullità, la quale, proprio per questo, è detta virtuale⁶⁵».

Non si condivide tuttavia, la, implicita, definizione di norma imperativa che tale conclusione postula, e ciò in quanto la norma imperativa nel sistema delle invalidità contrattuali, come detto, è volta a censurare il risultato del regolamento contrattuale in quanto contrastante con una regola che vieta quel determinato risultato.

Tuttavia, l'inefficacia non si lega necessariamente alla nozione di invalidità dell'atto, ma può riguardare anche un atto valido.

Ed infatti, accanto all'inefficacia remediale, può esserci una inefficacia non remediale: quella che non costituisce rimedio a un difetto del contratto, perché il contratto non presenta difetti cui debba rimediarsi.

E' tale l'inefficacia conseguente all'esercizio dell'azione revocatoria: qui non c'è nessun difetto del contratto cui rimediare nell'interesse delle parti o nell'interesse generale; semplicemente il contratto danneggia terzi (creditori), e nello specifico interessi di questi – e nei limiti segnati dall'esigenza di proteggere tale interesse, estraneo al contratto – viene reso inefficace (66). In questo caso il contratto viene reso inefficace dall'esercizio vittorioso di un'azione revocatoria; trattasi in particolare di inefficacia sopravvenuta posto che è solo con l'accoglimento dell'azione revocatoria, e non prima, che il contratto risulta inefficace, il che equivale a dire che la pronuncia del giudice si pone come costitutiva.

Né varrebbe obiettare che l'inefficacia rimonta ad un fattore – la lesione della garanzia patrimoniale del terzo creditore – già presente alla conclusione del contratto revocabile: infatti è solo con l'accoglimento dell'azione revocatoria, e non prima, che il contratto risulta inefficace (67).

Da quanto detto, lo schema a cui sembra maggiormente aderire la situazione del contratto ad evidenza pubblica il cui procedimento di scelta del contraente sia viziato pare essere quello dell'inefficacia non remediale.

⁶⁵ F.GOISIS, *Ordinamento comunitario e sorte del contratto* cit., p. 221.

⁶⁶ V.ROPPO, *Il contratto* cit. p. 691.

⁶⁷ V.ROPPO, *Il contratto* cit. p. 691.

Infatti, le norme dell'evidenza pubblica europea proteggono l'interesse degli operatori alla libera prestazione di servizi e fornitura di merci; la privazione di effetti del contratto è misura giustificabile nella misura in cui tale privazione sia funzionale a ripristinare l'interesse dell'operatore leso; ove non c'è lesione non c'è necessità di privazione di effetti del contratto.

Ciò che l'ordinamento disapprova (o può disapprovare) non è il risultato del contratto (costruzione di un'opera pubblica) o qualche aspetto del regolamento negoziale, bensì il fatto che tale costruzione non sia stata preceduta da una regolare procedura competitiva.

Né pare si possa dire che la gran parte delle violazioni delle norme sull'evidenza pubblica sia in grado di incidere sull'assetto sostanziale degli interessi disciplinato in contratto e quindi possa così ricondursi alla nullità per violazione di norme imperative perché tali regole incidono sulla scelta dell'identità del contraente (legislativamente sottratta all'autonomia privata dell'Amministrazione) e, in genere, sul prezzo/qualità del bene oggetto dell'appalto (che costituiscono i criteri di selezione dell'aggiudicatario. Ed infatti l'ordinamento, a differenza di quanto avviene con le norme imperative, non vieta affatto il contenuto del contratto bensì il modo in cui quel contenuto è stato formato e non pare che si possa procedere ad una assimilazione delle due ipotesi, senza argomentare sulla loro equiparabilità.

Del resto, autorevole dottrina aveva già affermato che la costruzione del modello ad evidenza pubblica implica che *«gli atti delle due serie sono indipendenti tra loro quanto alla validità. Si possono perciò avere vicende come p. es.: una deliberazione di contrattare valida, un contratto invalido per vizi della volontà, e perciò annullabile (l'invalidità del contratto non trascina quella della deliberazione di contrarre); oppure un contratto valido, un'approvazione del contratto invalida e perciò annullabile (l'annullamento dell'approvazione non invalida il contratto) (68)»*.

Diverso è il caso in cui l'affidamento, oltre ad essere stato concluso illegittimamente, è stato concluso attraverso un fatto di reato, come ad la corruzione, dove l'illegittimità è causata proprio dell'evento corruttivo; in questo caso il contratto sarebbe effettivamente nullo, non potendo

⁶⁸ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo* cit., p. 365.

l'ordinamento permettersi di mantenere gli effetti di un comportamento che disapprova penalmente, ma per il diverso e autonomo presupposto di essere stato stipulato in virtù di un fatto di reato e non per la semplice illegittimità commessa nella scelta del contraente (69).

Sicché, il problema sembra riguardare piuttosto il fatto che la permanenza dei suoi effetti incide sulla tutela in forma specifica del concorrente, così come il contratto in frode al creditore lede l'interesse di quest'ultimo alla garanzia patrimoniale del proprio credito.

Dunque si tratta di valutare se riconoscere il potere al concorrente illegittimamente pretermesso di richiedere ed ottenere la dichiarazione di inefficacia del contratto al giudice, che quindi si pronuncerà con sentenza costitutiva.

Potere positivamente riconosciuto dall'Adunanza Plenaria, la quale ha statuito che in caso di accoglimento dell'azione di annullamento dell'aggiudicazione il contratto diviene privo di effetti, anche se tramite l'improprio inquadramento nel fenomeno della caducazione invero afferente

⁶⁹ E' stato infatti affermato dalla Cassazione che in materia di appalti pubblici, il principio secondo cui il negozio concluso è annullabile, per vizi concernenti l'attività negoziale degli enti pubblici, solo ad iniziativa della P.A., non si estende al caso in cui l'omesso svolgimento della gara di appalto, cui deve equipararsi l'espletamento meramente apparente delle formalità previste dalla legge, abbia integrato gli estremi di reato; ed infatti, *«le norme contenenti un divieto, sanzionato penalmente, allorché siano dirette alla tutela di un interesse pubblico generale, senza possibilità di esenzione dalla loro osservanza, devono infatti essere considerate imperative, con conseguente nullità del contratto per contrarietà ad esse;»* Le norme contenenti un divieto, specie se sanzionato penalmente, possono essere considerate imperative, in difetto di un'espressa sanzione civilistica di invalidità, soltanto se dirette alla tutela di un interesse pubblico di carattere generale, che è ravvisabile se il divieto ha carattere assoluto, senza possibilità di esenzione dalla sua osservanza per alcuni dei destinatari della norma. Tali requisiti ricorrono indubbiamente nella fattispecie in esame, così come accertata dalla Corte d'appello, in cui il vincolo sinallagmatico tra le reciproche prestazioni proprie dell'appalto è rimasto irreparabilmente alterato dall'illecita pattuizione e dall'utilizzo della gara e del contratto quale strumento per l'illecito arricchimento (...)» Cass. Civ., sez. I, 5 maggio 2008, n. 11031; in senso contrario però Cass. Civ., sez. III, 16.02.2010, n. 3672, secondo cui *«In tema di appalti pubblici, l'elusione delle garanzie di sistema a presidio dell'interesse pubblico (nella specie, aggiudicazione dell'appalto a licitazione privata) prescritte dalla legge per l'individuazione del contraente più affidabile e meglio tecnicamente organizzato per l'espletamento dei lavori, comporta la nullità del contratto per contrasto con le relative norme inderogabili (nella specie, ratione temporis, poste dalle leggi n. 14 del 1973, n. 584 del 1977 e n. 741 del 1981). Ove, poi, la violazione di dette norme sia stata preordinata, altresì, alla conclusione di un contratto le cui reciproche prestazioni sono illecite e la cui condotta è assolutamente vietata alle parti e penalmente sanzionata nell'interesse pubblico generale (nella specie, il buon andamento e l'imparzialità della amministrazione tutelati dalla previsione del reato di corruzione) la nullità per contrasto con norme imperative sussiste, e deve essere dichiarata, anche sotto tale specifico profilo, al fine di impedire che dalla commissione del reato derivino ulteriori conseguenze»*.

al problema dell'invalidità; invero, per quanto si è detto, la situazione è equiparabile al terzo creditore che agisce in revocatoria; la ricostruzione si porrebbe in contrasto con l'art. 2908 c.c.(70), che, secondo la lettura tradizionale, dispone un principio di tipicità delle sentenze costitutive; tuttavia, è stato messo in luce come vi siano esempi di tentativi giurisprudenziali di ridurre la tassatività e tipicità delle sentenze costitutive, o quantomeno di ampliare i casi di sentenza costitutiva prevista dalla legge (71).

Ciò non toglie che il legislatore potrebbe intervenire con il regime della nullità in questi casi, disponendo in favore di una nullità di tipo testuale; l'intervento si porre forse in maniera incoerente rispetto agli obiettivi delle regole dell'evidenza pubblica, ma ciò non priverebbe l'organo legislativo della sovranità normativa, qualora ritenesse che la violazione delle regole sulla corretta selezione del contraente, per gli ulteriori valori che viola, necessità del regime della nullità del contratto.

Ed infatti, la previsione della nullità testuale risulta utile nella misura in cui la previsione di legge determina una qualificazione e un trattamento della fattispecie, che in sua mancanza non vi sarebbero (ossia non lo sarebbero in ragione di problemi strutturali o di violazione di norme imperative).

Il contratto nullo testualmente è il contratto che risulta funzionante ed il cui mantenimento non provocherebbe una contraddizione con altra regola dell'ordinamento. Trattasi di scelte politiche del legislatore tanto puntuali quanto discrezionali, e perciò non surrogabili in via interpretativa (72). Si

⁷⁰ Secondo cui «*Nei casi previsti dalla legge, l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, con effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa*». E' stato tuttavia sostenuto in dottrina che «*con tale norma, peraltro il legislatore non ha voluto codificare probabilmente un vero e proprio principio di tassatività delle sentenze costitutive*», tipicità che invero opererebbe sul diverso piano della sussistenza del potere dispositivo in materia di rapporti giuridici ove vige «*la regola generale per cui i rapporti giuridici si costituiscono, si modificano e si estinguono attraverso accordi frutto dell'autonomia privata*»; C.CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. I, Torino, 2015, pp. 30 e 31.

⁷¹ R.ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008, p. 28, ove si propone l'esempio di Cass. Civ., sez. III, 14.8.2004, n. 15913 ove si è stabilito che «*in caso di legittimo avviamento di centralinista non vedente, a cui assunzione sia indebitamente rifiutata dal destinatario dell'obbligo di assumerlo, il giudice, se richiesto, deve applicare l'art. 2932 c.c. rendendo tra le parti sentenza che produca in forma specifica gli effetti del contratto non concluso, trattandosi di fattispecie possibile e non esclusa dal titolo (...)*».

⁷² V.ROPPO, *Il contratto* cit. p. 695.

pensi in questo senso al contratto di investimento offerto fuori sede al risparmiatore qualificato nullo dall'art. 30, comma 7, del D.Lgs. 24.2.1998, n. 58.

In definitiva, con riferimento alla fattispecie ad evidenza pubblica, ormai positivizzata nel nostro ordinamento, l'opzione disponibile al legislatore è quella della nullità testuale, la quale, a differenza della nullità strutturale e virtuale, non ha una propria logica interna, ma risponde a finalità prettamente politiche di estensione del regime della nullità a particolari fattispecie.

1.8 Le esigenze emerse nella prassi: la varietà delle situazioni e la complessità degli interessi in gioco

Nel quadro antecedente all'intervento della seconda Direttiva ricorsi, in ordine alla questione della privazione di effetti del contratto, parte della dottrina aveva richiamato l'attenzione sull'opportunità di «valorizzare le profonde diversità che il fenomeno può presentare: a seconda del tipo di vizio dedotto dal ricorrente, della completa assenza o della irritualità della procedura, dell'interesse sostanziale o solo strumentale dedotto dal ricorrente, dei tempi entro cui si è scandita l'impugnazione giurisdizionale (73)».

⁷³ Così F. CINTIOLI, *Annullamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico*, in www.giustizia-amministrativa.it; nello stesso senso P. CARPENTIERI, *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 1, il quale altresì sottolineava l'opportunità di proporre «soluzioni univoche ed efficaci sul piano pratico, più che elaborazioni perfettamente coerenti sul piano ricostruttivo»; nel medesimo senso G. PERICU - M. GOLA, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in *Diritto Amministrativo*, Vol. II, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, Bologna, 2005, p. 300; secondo tali Autori, risultava indispensabile un «esame degli interessi coinvolti per individuare la ricostruzione giuridica che si ritiene più corretta. Pare conforme ai principi del nostro ordinamento dare un valore preminente, da un lato, all'esigenza di tutela dell'affidamento e della certezza dei rapporti giuridici, dall'altro al corretto formarsi del consenso contrattuale dell'Amministrazione e non muovere, invece, dalla sola considerazione di quest'ultimo aspetto»; considerazioni queste che facevano optare gli Autori medesimi per una soluzione diversificata, ovverosia nel senso che «ove non si pongano preminenti esigenze di tutela dell'affidamento e della certezza dei rapporti giuridici –il che si verifica ove il contratto, anche se stipulato, non ha ancora avuto concreta esecuzione neppure parziale-, si deve ritenere che si determini una situazione di nullità assoluta, mentre in ogni altro caso di annullabilità relativa».

Era emersa infatti come visto nella giurisprudenza del giudice amministrativo la varietà di situazioni che potevano verificarsi nel caso concreto e dunque la necessità, sentita dagli attori in gioco, di trovare un giusto e razionale contemperamento delle diverse esigenze.

Val la pena di analizzare fin da ora, ed in maniera per lo più schematica, le diverse situazioni fattuali che potevano presentarsi al momento della pronuncia della sentenza di annullamento, nonché le diverse conseguenze giuridiche derivanti dalla detta pronuncia.

L'uso del presente indicativo nella seguente sezione a ciò dedicata trova ragione nella circostanza che trattasi, per lo più, di situazioni che possono verificarsi anche nel quadro vigente.

1.9 In particolare: le varie situazioni giuridiche conseguenti all'annullamento dell'aggiudicazione

La complessità della questione sottesa alla sorte del contratto a seguito dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione è innanzitutto dovuta alle diverse conseguenze giuridiche che possono derivare da detta pronuncia; ed infatti, l'annullamento dell'aggiudicazione non presenta conseguenze costanti in ordine alla successiva attività della pubblica amministrazione; o, detto in altri termini, nella prospettiva del ricorrente, quest'ultimo può vantare pretese diverse in ordine alla attività che la pubblica amministrazione deve compiere in esecuzione dell'accertamento giurisdizionale dell'illegittimità compiuta nell'espletamento della procedura di gara.

La prima ipotesi è che l'annullamento dell'aggiudicazione non lasci margini all'amministrazione in relazione all'individuazione del nuovo aggiudicatario, coincidendo esso necessariamente con il ricorrente; sicché l'esecuzione della pronuncia avente ad oggetto gli atti della procedura di gara si sostanzia nell'aggiudicazione della commessa al ricorrente vittorioso.

Ciò si verifica nei seguenti casi tipici.

Il primo riguarda il caso in cui il ricorrente ricopre la posizione di secondo classificato in graduatoria e l'illegittimità accertata consiste nella

mancata esclusione dell'aggiudicatario (per mancanza dei requisiti di partecipazione o per irregolarità dell'offerta).

Il secondo caso rientrante nel suddetto paradigma concerne l'annullamento dell'aggiudicazione per illegittimità dovuta all'esclusione del ricorrente per mancanza dei requisiti soggettivi od oggettivi/formali dell'offerta, in una procedura nella quale l'accertamento del vincitore demandato alla stazione appaltante non richiede l'utilizzo di valutazioni tecniche di spettanza della p.a. (tipicamente nel caso in cui il criterio dell'aggiudicazione è costituito dal prezzo più basso), in caso contrario richiedendo il rispetto della *par condicio* ed imparzialità una riedizione della fase di presentazione delle offerte.

Il terzo caso riguarda, sempre nei casi in cui la valutazione delle offerte si sostanzia in una operazione meramente meccanica, l'illegittima applicazione dei criteri di valutazione delle offerte da parte dell'amministrazione la quale ha comportato che vincitrice fosse la controinteressata invece la ricorrente (l'offerta della ricorrente ha ricevuto meno punti di quelli che gli sarebbero spettati, oppure l'offerta della controinteressata ha ricevuto più punti rispetto a quelli che gli sarebbero legittimamente spettati, o entrambe le cose, in assenza dei quali il ricorrente sarebbe risultato vincitore).

La seconda diversa ipotesi racchiude i casi nei quali all'accertamento dell'illegittimità consegue il dovere della p.a. di compiere nuovamente parte della procedura di gara, eliminando il vizio riscontrato giudizialmente, e dunque nei quali non sussiste un preciso vincolo per la p.a. nell'individuazione del legittimo aggiudicatario tra i vari legittimi partecipanti alla gara.

In questo senso, si consideri, ad esempio, il caso dell'annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara del ricorrente, la cui riammissione comporti la necessità di una nuova valutazione di tutte le offerte presentate da parte della p.a.

Oppure, il caso dell'annullamento dell'aggiudicazione per illegittima composizione della Commissione Giudicatrice, che comporta la necessità di una nuova nomina dei componenti e dunque una rivalutazione delle offerte presentate da parte del suddetto organo della p.a.

Oppure ancora il caso in cui l'illegittimità riscontrata riguardi la carenza o il difetto di motivazione in ordine all'attribuzione dei punteggi alle offerte presentate, dal quale consegue la necessità di una valutazione motivata o con motivazione non difettosa.

Esiste, infine, un terzo gruppo di ipotesi nelle quali l'illegittimità riscontrata consiste nella decisione di procedere ad un affidamento diretto in una fattispecie non consentita dalla disciplina dell'evidenza pubblica.

Dal punto di vista del ricorrente che aspira ad ottenere il contratto e le utilità da esso derivanti, si può dire che, nei tre paradigmi sommariamente delineati, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, e sulla base dell'effetto conformativo della sentenza egli vanterà, nell'ordine, una pretesa all'aggiudicazione del contratto, una pretesa alla riedizione del frangente della procedura viziato, una pretesa a partecipare ad una procedura selettiva.

Per ottenere la soddisfazione di tutti tali interessi giuridicamente protetti del concorrente, è necessario che gli effetti del contratto vengano meno, posto che l'eventuale stipula di un secondo contratto, nella permanenza degli effetti del primo, sarebbe nullo per impossibilità dell'oggetto *ex comb. disp. artt. 1346 – 1418, comma 2, c.c.* ed in ogni caso sarebbe privo di senso ottenere la medesima prestazione da più soggetti (74).

Ciò in particolare è necessario anche se, in relazione ai casi di interesse strumentale, effettivamente, non si può sapere se, a seguito della successiva attività dell'amministrazione, il concorrente possa effettivamente ottenere il bene anelato, ovverosia l'aggiudicazione del contratto; paradossalmente potrebbe persino accadere che vinca, di nuovo, il soggetto nei confronti del quale era stata inizialmente emanata la precedente aggiudicazione, poi annullata.

Sembra, tuttavia, che sussista una differenza tra i due tipi di situazioni costituite dalla necessità di espletare nuovamente la fase di procedura viziata e dalla necessità di procedere con la gara per la prima volta.

Dal punto di vista del ricorrente, entrambe le situazioni sono funzionali a soddisfare un interesse strumentale del soggetto a potere

⁷⁴ La necessaria previa privazione di effetti del contratto è ora esplicitamente prevista dall'art. 124, comma 1, c.p.a.: «*l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionata alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli artt. 121, comma 1, e 122*».

competere legittimamente per l'ottenimento della commessa pubblica e quindi, tramite competizione legittima, a poter aspirare a divenire contraente, ed in questo senso entrambe implicano una successiva attività della p.a.; nel primo gruppo di ipotesi tuttavia la struttura di tale posizione giuridica si lega ad una probabilità di vittoria, posto che sono definiti i partecipanti (75), mentre nel secondo gruppo si lega ad una mera possibilità di vittoria, non potendo stabilirsi *a priori* il numero di partecipanti di una procedura mai espletata.

Declinato dal punto di vista del ricorrente, le situazioni citate corrispondono a tre posizioni giuridiche strutturalmente diverse, come sembra rilevare la giurisprudenza.

Risulta infatti che, accanto alla pretesa all'aggiudicazione (interesse finale), e alla pretesa alla corretta ripetizione di una o più fasi della procedura selettiva (76), l'ordinamento tutela anche la pretesa alla gara nei casi in cui questa sia mancata del tutto.

Viene, infatti, affermato che *«la condivisibile giurisprudenza che considera la necessità di una più qualificata posizione differenziata ai fini del radicamento dell'interesse al ricorso riguarda con evidenza ipotesi di gare effettivamente espletate (secondo le modalità e alle condizioni di cui al relativo bando) e non già la diversa situazione della mancanza assoluta di gara, che pure va riguardata con particolare rigore proprio per la sua rilevanza comunitaria, positivamente recepita nel nostro ordinamento anche nel codice del processo amministrativo (cfr. artt. 121 e segg. c.p.a.). In proposito, giova sottolineare che l'interesse c.d. "strumentale" è positivamente individuato, come situazione pienamente giustiziabile, proprio con riguardo alle fattispecie, come quella in esame, di mancanza di gara, diversamente prive di qualsiasi possibilità di controllo in sede giurisdizionale (77)»*.

⁷⁵ Ed infatti, se in una procedura hanno partecipato 4 soggetti e l'illegittimità è consistita nella illegittima composizione della Commissione Giudicatrice, e il criterio di valutazione delle offerte implichi valutazioni imponderabili *a priori*, in linea di massima si sa che procedendo nuovamente con la nuova Commissione il soggetto avrà il 25% di possibilità di aggiudicarsi il contratto.

⁷⁶ Che peraltro possono essere dal ricorrente azionati congiuntamente, ancorché normalmente in via subordinata l'interesse strumentale rispetto al finale, Cons. Stato, sez. V, 20.11.2015, n. 5296.

⁷⁷ TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 9.5.2013, n. 443.

La legittimazione ad agire in questo caso non deriva dalla legittima partecipazione alla gara, bensì dalla qualifica del soggetto quale operatore del settore, senza che possano rilevare, *a priori*, la verifica di requisiti soggettivi (i quali rileveranno semmai all'interno della procedura competitiva, alla quale il soggetto ha comunque diritto).

1.10 In particolare: le diverse variabili inerenti al contratto

Si è detto delle diverse situazioni giuridiche derivanti dall'annullamento dell'aggiudicazione.

Occorre ora considerare le diverse situazioni di fatto inerenti al contratto al momento della suddetta pronuncia.

Una prima variabile “tipo” che rileva in questo senso è costituita dallo stato di esecuzione del contratto.

Da questo punto di vista, una prima ipotesi è che al momento della pronuncia di annullamento il contratto sia stato stipulato, senza però che ne sia ancora iniziata l'esecuzione.

In questo caso il problema della sorte del contratto può essere affrontato senza che rilevi la preoccupazione di un'opera o un servizio o una fornitura completamente o parzialmente espletati, e senza che venga in rilievo un problema di subentro, inteso questo come una operazione di cambio “in corsa” di operatore economico nelle medesime prestazioni contrattuali.

Altra ipotesi è invece che il contratto sia stato integralmente eseguito. Anche in questo caso, in realtà, un problema di subentro non dovrebbe, in realtà, porsi, dal momento che ormai il rapporto contrattuale risulta esaurito.

A parte queste due ipotesi, nelle quali, in ragione dello stato di svolgimento del rapporto, il subentro è sempre possibile o non è mai possibile, la terza tipologia di ipotesi è che l'esecuzione del contratto sia iniziata, ed allora il rapporto può trovarsi in uno stato di più o meno avanzato compimento.

Il secondo elemento che contraddistingue la variabilità del fenomeno riguarda la tipologia contrattuale oggetto della procedura di aggiudicazione.

Avendo riguardo alla futura azione della p.a. in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione, sia che essa debba consistere nella riedizione della procedura, sia che essa debba consistere nell'aggiudicazione del contratto al ricorrente, occorre considerare che non tutte le prestazioni, una volta iniziate, sono passibili di essere proseguite dal nuovo aggiudicatario subentrante al contraente "disarcionato".

In questo senso, le tipologie di contratti di servizi e di forniture si prestano, in astratto, maggiormente ad una fungibilità di operatori, mentre invece i contratti di lavori si prestano meno facilmente ad un avvicendamento tra esecutori, e ciò per varie ragioni.

Innanzitutto, qualora oggetto della procedura sia non solo l'esecuzione dei lavori ma anche la progettazione definitiva delle opere, i progetti dell'operatore uscente e dell'operatore entrante potrebbero differire al punto da non consentire tecnicamente una prosecuzione delle opere con il nuovo progetto (78); sicché in questi casi, per consentire l'avvicendamento, occorrerebbe ripristinare la situazione precedente, eliminando le opere già eseguite; in altre parole, non potrebbe parlarsi di subentro o prosecuzione.

Anche qualora una sostituzione di contraente sia tecnicamente possibile, perché ad esempio trattasi di appalto di soli lavori, la concretezza della situazione può rendere poco agevole (sotto il profilo delle tempistiche e dei costi economici, e dunque dell'efficienza dell'azione amministrativa) un subentro in ragione dei tempi tecnici di "liquidazione" delle prestazioni dell'appaltatore uscente (le opere parzialmente eseguite vanno collaudate e vanno risolte eventuali contenziosi circa l'aumento dei costi o vizi di realizzazione; il cantiere va smantellato e materialmente riconsegnato all'appaltatore subentrante, con tutte le necessarie operazioni prodromiche di sopralluogo e verifiche, ecc.).

Infine, esiste la tipologia dei contratti misti (ad es. lavori e servizi o fornitura e servizi) ove ai fini della sostituibilità degli operatori occorre scindere il discorso a seconda delle prestazioni.

Dal punto di vista degli interessi delle parti coinvolte nella vicenda, invece, possono svolgersi le seguenti osservazioni.

⁷⁸ Non potendosi peraltro immaginare l'esecuzione di opere d'appalto sulla base di progetti presentati da altre imprese.

Dal punto di vista del ricorrente, se normalmente può avere interesse ad ottenere il contratto (in ragione sia dell'ottenimento dell'utile, che dei vantaggi competitivi derivanti dall'esperienza acquisita), nel caso in cui il contratto sia in stato di avanzata esecuzione o il subentro, pur tecnicamente possibile, risulti difficoltoso, potrebbe, giustificatamente, non aver interesse ad una privazione di effetti del contratto ed un subentro nello stato in cui si trova⁷⁹ pur mantenendo una pretesa a vedere riparata la lesione del proprio interesse all'esecuzione del contratto, che avrebbe ottenuto qualora la stazione appaltante avesse correttamente applicato le regole dell'evidenza pubblica.

Così come per il ricorrente, l'interesse del contraente privato pare essere nella normalità dei casi nel senso dell'esecuzione integrale dell'opera.

Dal punto di vista dell'amministrazione, potrebbe non esserci interesse a contrastare un "cambio di operatore", se privo di costi aggiuntivi, ottenibile in tempi rapidi e senza necessità di dover interrompere un servizio pubblico essenziale, o senza che l'interruzione sia di pregiudizio a detto interesse pubblico; esigenze queste difficilmente soddisfabili nel caso in cui occorra procedere ad una riedizione della procedura.

Diversamente potrebbe ritenere non conveniente il mutamento della propria controparte contrattuale.

Se questo si può assumere nella maggior parte dei casi, non possono, tuttavia, escludersi diversi scenari.

⁷⁹ E' stato osservato che «l'appetibilità di un contratto ineseguito può essere diversa da quella propria di un contratto parzialmente eseguito. Non solo, ma anche laddove il contratto non sia ancora stato eseguito, potrebbe accadere che l'impresa, che pure a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione ad altri abbia titolo a stipularlo, non abbia più interesse a stipularlo ed eseguirlo, ad es. perché ha impiegato i mezzi in altre opere, ovvero perché in base a valutazioni puramente economiche il contratto non risulta economicamente vantaggioso, soprattutto se non è possibile rinegoziare i termini dell'offerta», così S.S. SCOCA, *Soccombenza e appello; aggiudicazione e contratto: profili di interesse della sentenza annotata*, in *Foro. amm.-CDS*, 2, 2008, p. 580, il quale condivide l'impostazione del Supremo Consesso nella sentenza commentata (Cons. Stato, n. 213/2008) secondo cui il ricorrente che ha ottenuto l'annullamento della gara ha la facoltà di optare per la tutela in forma specifica (coincidente con l'aggiudicazione a suo favore del contratto), oppure per la tutela per equivalente (coincidente con la riparazione monetaria del danno patrimoniale causato dalla illegittima mancata aggiudicazione della commessa). Invero, prima della decisione commentata, la giurisprudenza propendeva per un necessario risarcimento in forma specifica, che imponeva, il più delle volte, al ricorrente vittorioso, di subentrare nel contratto; in tal senso, ad esempio, TAR Lombardia, Milano, sez. III, 13 dicembre 2005, n. 4958, secondo cui «la domanda di risarcimento del danno proposta dalla ricorrente trova ristoro nella nuova opportunità che le viene offerta, derivante dalla ripetizione della procedura, per la parte dell'appalto che deve ancora essere eseguita».

Può infatti accadere che, anche in ipotesi che ragionevolmente e normalmente dovrebbero comportare l'interesse nella prosecuzione del rapporto, la pubblica amministrazione possa avere interesse ad un cambio dell'operatore perché il rapporto con il precedente aggiudicatario ha avuto qualche malfunzionamento, quali possono essere eventuali inadempimenti o ritardi negli adempimenti o il fallimento del contraente privato.

Infine, occorre tener presente che tutte le sostituzioni di operatori presentano i possibili "costi aggiuntivi" costituiti dai risarcimenti che uno o entrambi gli operatori potrebbero richiedere alla pubblica amministrazione.

Ad esempio, nel caso di prestazioni di servizi fungibili, l'impossibilità di restituzione delle prestazioni ormai eseguite comporta la possibilità per il ricorrente subentrante di richiedere il risarcimento dei danni sotto forma di mancato utile in relazione al segmento di prestazioni perduto; il contraente "disarcionato" può chiedere il risarcimento in ordine ai costi inutilmente sostenuti ed eventualmente in ordine alle occasioni imprenditoriali mancate; tutto ciò comporta che il subentro nel rapporto comporta quasi sempre il rischio di ulteriori costi per la pubblica amministrazione per risarcimenti (80).

A conclusione della sezione dedicata all'esame delle diverse variabili che possono riguardare la complessità del fenomeno, è possibile delineare due fattispecie tipo al fine di mettere in luce le conseguenze in termini di opportunità di soluzioni vincolate in ordine alla questione della sorte del contratto.

La prima è costituita dal caso in cui il ricorrente abbia ottenuto una pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione dalla quale consegua il suo "diritto" al contratto, il subentro sia tecnicamente possibile nel rapporto già iniziato, il livello di esecuzione non sia avanzato, non vi è sproporzione tra il vantaggio conseguito dal ricorrente ed il contraente disarcionato.

La seconda è costituita dal caso in cui il ricorrente abbia ottenuto una pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione dalla quale consegua il suo "diritto" alla riedizione di tutta o parte della procedura, e, pur essendo il subentro tecnicamente possibile, l'esecuzione è in stato avanzato, le

⁸⁰ In ordine a questi rilievi, F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione* cit., p. 801-804 *passim*.

prestazioni sono strumentali all'espletamento di un servizio pubblico essenziale (81).

Nel primo caso, l'attuazione in forma specifica dell'aspirazione del ricorrente all'esecuzione del contratto non comporta criticità particolari dal punto di vista degli interessi pubblici e privati coinvolti nella vicenda.

Nel secondo caso invece, l'attuazione in forma specifica della posizione del ricorrente vincitore, presenta diverse criticità, quali i costi ed i tempi della nuova procedura, l'interruzione o il pericolo di interruzione di un servizio pubblico essenziale, la sproporzione tra il vantaggio conseguito dal ricorrente rispetto ai costi sostenuti dalla p.a. e i pregiudizi subiti dal contraente uscente, anche in considerazione del fatto che non c'è garanzia che il ricorrente vincitore si aggiudichi infine la commessa.

Seppure stilizzate, le considerazioni che precedono consentono comunque di poter concludere nel senso che la varietà delle situazioni rende irragionevole la previsione di soluzioni rigide in ordine alla sorte del contratto; in particolare, la privazione di effetti del contratto in alcuni casi non consente di massimizzare, in uno con l'interesse del ricorrente, la tutela degli interessi pubblici e privati che oggettivamente emergono nella vicenda. In particolare, nella seconda ipotesi considerata da ultimo, la privazione di effetti del contratto avrebbe l'effetto pratico di rimettere "in gioco" la *chance* del concorrente di aggiudicarsi la commessa, a fronte della distruzione di utilità quali la rapida ed efficiente realizzazione di prestazioni a beneficio diretto o indiretto della collettività ed ai danni emergenti e guadagni cessati dell'originario contraente.

⁸¹ Si pensi al servizio pubblico di trasporto o anche al caso del contratto di fornitura di macchinari medici.

1.11 Conclusioni

A chiusura di questa prima parte avente per scopo la ricognizione dei dati rilevati nel quadro giuridico antecedente alla seconda direttiva ricorsi e della normativa nazionale di recepimento, si offrono le seguenti conclusioni.

In primo luogo, il giudice amministrativo conosce della sorte del contratto nell'ambito di un giudizio avente ad oggetto la domanda del soggetto volta ad ottenere l'accertamento della propria pretesa all'ottenimento dell'aggiudicazione o all'espletamento della procedura o alla riedizione di una fase di essa; nell'ambito di tale situazione, il contratto di appalto si pone non come titolo della domanda avente ad oggetto un diritto soggettivo, bensì come fatto potenzialmente impeditivo all'esecuzione dell'accertamento compiuto nella sentenza.

Il problema del potere del giudice sugli effetti del contratto non si pone dunque nell'ottica di una inefficacia remediale che presuppone un difetto strutturale o una contrarietà dell'atto contratto rispetto a valori obiettivi dell'ordinamento; la presenza del contratto, piuttosto, viola l'interesse del soggetto all'ottenimento dell'appalto, interesse protetto dalle norme di evidenza pubblica europee al fine di realizzare le libertà di prestazione dei servizi e di fornitura delle merci.

E' stato sottolineato infatti come le norme e i principi europei abbiano ribaltato la prospettiva originaria per la quale le regole dell'evidenza pubblica tutelano in primis l'interesse pubblico alla efficiente gestione della spesa pubblica e di riflesso gli interessi degli operatori di settore; si assiste infatti *«ad una selezione e scelta legislativa degli interessi che hanno reso pubblici interessi che si appuntano in sostanza in capo agli imprenditori ed alla loro libertà di iniziativa economica in un mercato volto a garantire concorrenza e pari opportunità a tutti gli operatori economici, indipendentemente dalla loro nazionalità, in un unico ambito comune europeo»*; sicché ne è derivata la situazione particolare: *«di solito sono pubblici gli interessi che fanno capo al soggetto titolare del potere di decidere e non ai destinatari del potere. E,*

invece, anche i concorrenti alla gara sono portatori di interessi che sono tutelati dalle norme ed assurgono a rango di interessi pubblici (82)».

Il che pare ponga la questione dei poteri del giudice sulla sorte del contratto in una prospettiva tutta incentrata all'interno del principio di effettività della tutela dell'interesse dell'operatore economico interessato al contratto d'appalto.

Secondo il significato classico, tale principio esprime la necessità che il processo dia al titolare del diritto *«tutto quello e proprio quello»* che gli viene giuridicamente attribuito dalla volontà di legge.

Viene infatti affermato dall'Illustre Autore che ha proposto tale formulazione che *«la volontà della legge tende ad attuarsi nel campo dei fatti fino alle estreme conseguenze praticamente e giuridicamente possibili. Conseguentemente il processo deve dare, per quanto è possibile praticamente, a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire. Un principio così generale non è, né ha d'uopo essere, formulato in alcun luogo. Non esiste alcuna norma espressa che assicuri l'azione al creditore insoddisfatto d'un capitale mutuato: le norme del codice civile sul mutuo riguardano gli obblighi delle parti, non l'azione; gli artt. 35 e 36 del codice di procedura civile presuppongono una norma più generale che conceda l'azione, ma non la contengono: pure nessuno dubita che l'azione ci sia. Il processo come organismo pubblico d'attuazione della legge è per sé stesso fonte di tutte le azioni praticamente possibili, che tendano all'attuazione di una volontà di legge (83)».*

Principio di effettività che, nella lettura dell'art. 24 della Costituzione offerta dalla dottrina, assume una triplice dimensione.

Innanzitutto, *«effettività soggettiva»* di accesso alle Corti di giustizia: l'espressione tutti possono esprimere l'eguaglianza di condizioni e l'assenza di discriminazioni nel godimento dei vantaggi attribuiti dalla garanzia.

⁸² E.FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel Decreto Legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120 124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2010, p. 1069; sempre in ordine agli interessi protetti nella disciplina sugli appalti, M.CAFAGNO, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001; in ordine al rapporto tra mercato ed ordine giuridico, A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, p. 1 e ss.; con riferimento alle relazioni tra mercato e disciplina delle procedure d'appalto, M.CLARICH, *Considerazioni sul rapporto tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 1, 2016, p. 71.

⁸³ G.CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, p. 39 e ss.

In secondo luogo, «*Effettività tecnica*» come attribuzione della composita situazione di potere in cui consta l'agire in giudizio, dunque garanzia delle possibilità processuali da garantire alla parti nel corso dell'intero giudizio.

In terzo luogo, una «*effettività qualitativa*» come garanzia del risultato conseguibile da chi agisce per ottenere tutela della propria situazione sostanziale.

Infine, l'obiettivo della tutela costituito dai diritti soggettivi e dagli interessi legittimi propri di chi agisce in giudizio permette infine di individuare una esigenza di «*effettività oggettiva*» della tutela, in funzione dei tipi di situazione individuale, che il diritto sostanziale riconosca, di volta in volta, meritevoli di protezione (84).

In particolare, per ciò che concerne la dimensione della effettività qualitativa si dice che essa attribuisca alla tutela in senso costituzionale un'elasticità intrinseca ed un'atipicità contenutistica, proprie dei rimedi di common law, sottolineando la particolare rilevanza che, in proposito, assume lo scopo funzionale dell'agire in giudizio, per la tutela di un diritto o di un interesse sostanziale. Dunque azione non come mero diritto al processo, ma come diritto alla tutela (85).

Tale garanzia del processo di offrire quanto più possibile al titolare del diritto non è tuttavia senza limiti.

Vengono in particolare identificati limiti di diritto e limiti di fatto.

I primi attengono o all'impossibilità di usare mezzi esecutivi che importano restrizioni della libertà personale o del diritto di proprietà, o alla previsione della legge che limita espressamente, per ragioni speciali di tempo e luogo, i modi di attuazione della legge logicamente possibili. I secondi riguardano l'impossibilità di fatto per il processo di attuare la legge (86).

La garanzia costituzionale offre un «*predeterminato quomodo di ottenibilità (=la correttezza del procedimento e l'effettività delle chance di azione in giudizio), nonché un risultato modale predeterminato, riferibile*

⁸⁴ P.COMOGLIO, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 1994, p. 1070.

⁸⁵ P.COMOGLIO, *Giurisdizione e processo cit.*, p. 1076.

⁸⁶ R.ORIANI, *Il principio di effettività cit.*, p. 12.

all'intensità e all'adeguatezza delle forme di tutela, che a priori spettano a chi, poi, risulti in concreto aver ragione (87)».

Ciò posto, il problema della sorte del contratto per quanto detto in ordine agli interessi tutelati dalle norme dell'evidenza pubblica europea si pone all'interno di questo quadro concettuale, ed in particolare all'interno della terza dimensione della garanzia dell'azione, vale a dire la necessità di una adeguata forma di tutela dell'interesse del concorrente pretermesso.

Dimensione che, come sottolinea la dottrina, non è assoluta in ordine alla possibilità per il titolare della situazione soggettiva di ottenere esattamente ciò che gli viene garantito dal precetto primario della norma giuridica.

Ed è in questo secondo profilo che si inserisce la questione della limitazione del travolgimento degli effetti del contratto e dei valori racchiusi nel loro mantenimento che la giurisprudenza del giudice amministrativo, affiancata da buona parte della dottrina, ha cercato in vario modo di prendere in considerazione.

La domanda che ci si pone in relazione a tale più generale problema è se il legislatore possa ed entro che limiti negare il conseguimento, attraverso il processo, di quel bene, di quella utilità, e consentire solo una tutela per equivalente, *«evidentemente nella esigenza di contemperare interessi contrapposti (88)».*

Si pensi in questo senso all'art. 2933, comma 2 c.c. secondo il quale non può essere ordinata la distruzione della cosa, costruita in violazione di un obbligo di non fare, e l'avente diritto può conseguire solo il risarcimento dei danni, se la distruzione della cosa è di pregiudizio all'economia nazionale.

Si pensi ancora a quanto disposto dall'art. 2504 *quater* c.c. secondo il quale l'invalidità dell'atto di fusione non può essere pronunciata, una volta eseguite le iscrizioni dell'atto di fusione a norma del secondo comma dell'art. 2504 c.c.: resta salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci o ai terzi danneggiati dalla fusione.

Nella stessa direzione si pone l'art. 2377 c.c. secondo cui il potere di impugnazione avverso la delibera della società per azioni non è attribuito ai

⁸⁷ P.COMOGLIO, *Giurisdizione e processo* cit., p. 1076.

⁸⁸ R.ORIANI, *Il principio di effettività* cit., p. 64.

singoli soci in quanto tali, ma solo ai soci che possiedono una certa percentuale del capitale; in mancanza, i soci hanno diritto al risarcimento del danno loro cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge o allo statuto (89).

In questi casi, l'ordinamento nega la tutela specifica in termini di invalidità dell'atto e prevede una tutela risarcitoria e dunque si ha un arretramento della linea di tutela del socio dal piano reale al piano obbligatorio. Con particolare riferimento agli esempi societari, il Legislatore ha inteso temperare la tutela dei soci con le esigenze di certezza e stabilità dei rapporti immanenti nella fenomenologia societaria.

In questo contesto, si è inserita la disciplina dei poteri di intervento del giudice amministrativo sul contratto di appalto, frutto di una iniziativa dell'ordinamento europeo le cui linee fondamentali sono state veicolate nell'ambito delle esigenze di diritto interno, con i risultati racchiusi infine nelle norme di cui agli artt. 121-125 c.p.a.

Sulla scorta di tali conclusioni interpretative che si è ritenuto di poter trarre dal quadro giuridico antecedente alla riforma, si passa dunque all'esame del quadro di diritto positivo attualmente vigente.

⁸⁹ Per questi ed altri esempi, R.ORIANI, *Il principio di effettività* cit., p. 66.

Capitolo 2. Il quadro giuridico attuale

SOMMARIO: 2.1 Il “fallimento” della direttiva 89/665/CEE (c.d. prima Direttiva ricorsi)- 2.2 Le innovazioni della Direttiva n. 66/2007/CE (c.d. seconda Direttiva Ricorsi): il rimedio preventivo dello ‘stand-still period’ - 2.3 Il rimedio reale della dichiarazione di inefficacia del contratto - 2.4 In particolare: la logica della “seconda direttiva ricorsi” - 2.5 L’iter di recepimento della seconda Direttiva ricorsi - 2.6 Il contenuto della disciplina: punti fermi e problemi aperti - 2.7 Ridefinizione della problematica: la natura e la funzione dei poteri del giudice sulla sorte del contratto - 2.8 Il recepimento della Direttiva in altri Paesi: il caso della Germania - 2.9 Il caso della Spagna – 2.10 Conclusioni

2.1 Il “fallimento” della direttiva 89/665/CEE (c.d. prima Direttiva ricorsi)

Come si è anticipato nell’esordio della trattazione, una soluzione di diritto positivo in ordine alla sorte del contratto si ebbe con l’intervento normativo del Legislatore europeo effettuato con la direttiva 2007/66/CE (c.d. “seconda direttiva ricorsi”), la cui finalità, come emerge dalla stessa rubrica, consiste nel migliorare le procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici (90).

Sicché, in ossequio al piano d’indagine, occorre fornire una analisi di tale fonte europea, delle fonti di diritto interno che l’hanno recepita, nonché

⁹⁰ Per i vari commenti prodottisi in proposito cfr. *ex multis*, C. CONTALDI LA GROTTIERA, *Le nuove “direttive ricorsi” e le vecchie questioni sulla sorte del contratto*, in *Dir. e pratica amm.*, in *Il Sole-24 Ore*, 3, 2008, p. 100 e ss.; G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, p. 257 e ss.; A. BARTOLINI-S. FANTINI, *La nuova direttiva ricorsi*, in *Urb. App.*, 10, 2008, p.25; M. LIPARI, *Annullamento dell’aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, consultabile in www.federalismi.it, 9, 2008, p. 112; G. CORAGGIO, *Annullamento dell’aggiudicazione e sorte del contratto*, in www.giustizia-amministrativa.it; M.A. SANDULLI, *Ulteriori profili di compatibilità comunitaria della disciplina interna sui contratti pubblici*, in *Foro amm.-Tar*, 2008, XCI ss., in partic. XCV ss.

fornire una disamina delle soluzioni di recepimento adottate dagli altri Paesi europei.

Al fine di comprendere appieno il meccanismo congegnato dal legislatore europeo, occorre muovere da una breve ricostruzione del quadro giuridico e delle esigenze dai quali è scaturita la suddetta regolamentazione.

Deve premettersi che, come evidenziato in dottrina, l'intervento in parola ha costituito una sorta di "inedito" del *modus operandi* classico dell'ordinamento europeo, che fino a quel momento si era limitato a dettare una regolamentazione comune della disciplina sostanziale delle procedure di aggiudicazione, senza effettuare "intromissioni", se non in misura limitata, nella disciplina processuale e soprattutto dei mezzi di tutela degli interessi giuridici protetti adottata dagli Stati membri.

Ed infatti, il primo intervento "processuale" si ebbe con le direttive 89/665/CEE del Consiglio del 21 dicembre 1989 (riguardante i c.d. "settori ordinari") e 92/13/CEE del Consiglio del 25 febbraio 1992 (riguardante i c.d. "settori speciali") (91).

In particolare, l'ordinamento europeo, con l'emanazione di tali direttive, aveva imposto agli Stati membri di predisporre una tutela effettiva in capo al concorrente leso nella sua aspettativa di aggiudicazione, la quale comprendesse, quantomeno, una adeguata tutela cautelare e di annullamento delle decisioni illegittime, nonché una misura risarcitoria per equivalente del danno subito; a tale ultimo proposito, veniva infatti lasciata facoltà agli Stati membri di limitare al risarcimento per equivalente la tutela del concorrente pretermesso per il caso in cui, nelle more del giudizio di annullamento, si fosse pervenuti alla stipula del contratto (92).

⁹¹ Sulle prime direttive ricorsi *ex multis* G. GRECO, *L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in tema di appalti di lavori pubblici*, in *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano* (direttive 89/440/CEE e 89/665/CEE), in *Atti dell'incontro di studi tenutosi a Milano il 16 febbraio 1990*, Milano, 1990, p. 19 e ss.; G. MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1991, p. 829 e ss.

⁹² Art. 2 par. 6, il quale così recitava: «*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 il 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*»; tale disciplina, come è noto, rappresenta peraltro il primo superamento positivo della preclusione dogmatica esistente all'epoca circa l'irrisarcibilità dell'interesse legittimo, elemento che sarà poi decisivo per il definitivo

In generale, in relazione a tale prima fase dell'iniziativa europea in ambito processuale, la prospettiva adottata dall'ordinamento sopranazionale è stata quella della ricerca della massima accelerazione della tutela giurisdizionale avverso gli atti anti-comunitari al fine di evitare che il consolidarsi del rapporto contrattuale si ponesse da ostacolo alla effettività della tutela azionata.

L'impostazione europea è chiara in particolare nella sentenza "Alcatel Austria AG" (sentenza 28 ottobre 1999, nella causa C-81/89), nonché nella successiva Corte di Giustizia CE 15 maggio 2003, C-214/00, Commissione c. Regno di Spagna, affermativa della necessità di una tutela cautelare (anche) *ante causam*, nella quale l'effetto utile della direttiva ricorsi 89/665/CEE del 21 dicembre 1989 veniva rinvenuto anche nella possibilità che i rimedi giurisdizionali predisposti dai singoli Stati possano intervenire tempestivamente in una fase in cui le violazioni possono essere ancora sanate.

Tale disegno disciplinare è stato attuato, nel nostro ordinamento, con due interventi normativi distinti, e svolti in tempi diversi.

Dapprima, il legislatore italiano, con l'art. 13 della L. n. 142/1992 (93), ha previsto la tutela risarcitoria per equivalente quale forma di tutela delle posizioni giuridiche dei concorrenti nelle procedure di aggiudicazione degli appalti, mentre non ha preso posizione circa gli effetti sul contratto già stipulato derivante dalla decisione del giudice di annullamento dell'aggiudicazione.

Successivamente, con l'art. 14 del d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190, veniva introdotta una nuova disposizione con la quale è stata esercitata espressamente la sopraccitata facoltà, contemplata dalla direttiva comunitaria 89/665/CEE, di limitare la tutela del ricorrente al risarcimento per equivalente pecuniario per il caso in cui, nelle more del giudizio di annullamento, si sia pervenuti alla stipula del contratto (94).

superamento effettuato con la nota sentenza Cass. Civ. 500/1999 (che supera l'impostazione della Cass. Civ., SS.UU., 10.11.1993, n. 11077, la quale aveva configurato la risarcibilità dell'interesse legittimo "comunitario" come eccezione rispetto alla regola).

⁹³ Secondo il quale «la domanda di risarcimento è proponibile dinnanzi al giudice ordinario da chi ha ottenuto l'annullamento dell'atto lesivo con sentenza del giudice amministrativo»; a parte l'aspetto della doppia giurisdizione la disposizione prevedeva dunque la c.d. pregiudiziale amministrativa, conformemente all'opzione espressamente ammessa dalle Direttive (art. 2 par. 5, Dir. 89/665/CEE e art. 2 par. 1, lett. d) comma 2 Dir. 92/13/CEE).

⁹⁴ Prevedeva il suddetto art. 14, al comma 2 che «In applicazione delle previsioni dell'articolo 2, comma 6, delle direttive 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, e 92/13/CEE

Sennonché, nella prospettiva europea, tale iniziale intervento non portò all'obiettivo sperato di innalzare il livello di effettività della protezione degli interessi giuridici dei concorrenti. Ed infatti, la possibilità concessa agli Stati membri, a garanzia dell'affidamento dei contraenti, di limitare la tutela del concorrente alla misura risarcitoria per equivalente in caso di stipula del contratto ha provocato una vera e propria corsa alla stipula del contratto da parte dell'amministrazione e aggiudicatario al fine di mettere al sicuro il rapporto.

Ciò comportava che le imprese eventualmente interessate a proporre ricorso erano costrette a chiedere il risarcimento per equivalente non potendo più ottenere materialmente l'appalto. La tutela dei concorrenti, invero, era ulteriormente diminuita dal fatto che in alcuni casi vi era difficoltà a conseguire anche solo questa forma di tutela, dal momento che in molti paesi europei la responsabilità dell'amministrazione era subordinata alla prova della spettanza del contratto, circostanza non sempre di facile prova

Il fenomeno della c.d. *race to signature* comportava, dunque, una forte limitazione della tutela degli offerenti, con l'ulteriore logica conseguenza che essi venivano dissuasi dal ricorrere alle vie giurisdizionali; a sua volta, ciò determinava che le illegittimità non venivano accertate e sanzionate dagli organi di ricorso, e l'effetto perseguito dalla disciplina delle procedure di aggiudicazione di creare la concorrenza europea nel mercato delle commesse pubbliche si trovava fortemente indebolito (95). Risulta evidente, in questo senso, che l'ordinamento europeo si avvantaggi dell'iniziativa processuale dei soggetti che si ritengono lesi da una illegittima aggiudicazione potendo contare su una continua verifica del rispetto delle proprie norme da parte di un organo imparziale. Ancor prima, la circostanza di non poter contare su

del Consiglio, del 25 febbraio 1992, la sospensione o l'annullamento giurisdizionale della aggiudicazione di prestazioni pertinenti alle infrastrutture non determina la risoluzione del contratto eventualmente già stipulato dai soggetti aggiudicatori; in tale caso il risarcimento degli interessi o diritti lesi avviene per equivalente, con esclusione della reintegrazione in forma specifica»; disposizione analoga è ora presente nell'art. 125, comma 3, c.p.a.

⁹⁵ Osservavano infatti i giudici europei che «se è vero che la direttiva 92/50 contiene essenzialmente norme procedurali, è pur vero che essa è stata adottata al fine di eliminare gli ostacoli alla libera prestazione dei servizi e di proteggere, quindi, gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire servizi alle amministrazioni aggiudicatrici con sede in un altro Stato membro (v., in particolare, sentenza 18 ottobre 2001, causa C-19/00, SIAC Construction, Racc., I-7725, punto 32)», Sent. 10 aprile 2003, in cause riunite C 20/01 e C 28/01, Commissione/Germania, in Racc., I 3609 ss., punto 35.

eventuali efficaci strumenti di giustizia, costituisce un disincentivo per le imprese a voler gareggiare per l'ottenimento della commessa (96).

In tutti i Paesi d'Europa, dunque, prevaleva la tendenza al perseguimento dell'interesse alla celere realizzazione dell'opera pubblica.

Al fine di contrastare il fenomeno, la Corte di Giustizia, nel vigore della succitata prima versione della Direttiva ricorsi, aveva avuto modo di stabilire che seppur il mantenimento degli effetti del contratto, e il riconoscimento della sola tutela risarcitoria in capo al concorrente pretermesso, costituisca una facoltà lasciata agli Stati membri, ciò non significa che la permanenza del contratto nonostante l'illegittimità commessa sia considerato conforme al diritto comunitario nella prospettiva del rapporto Stato-Comunità.

In particolare, veniva stabilito che *«l'art. 2, n. 6, secondo comma, della direttiva 89/665, la quale ha per oggetto di garantire l'esistenza, in tutti gli Stati membri, di mezzi di ricorso efficaci in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto, al fine di garantire l'applicazione effettiva delle direttive che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici (sentenza 12 dicembre 2002, causa C 470/99, Universale-Bau e a., Racc. pag. I 11617, punto 71), riguarda, come risulta dal suo tenore letterale, il risarcimento che una persona lesa da una violazione commessa da un'amministrazione aggiudicatrice può ottenere da quest'ultima»*. Proprio *«in ragione della sua specificità, questa disposizione non può essere considerata tale da regolare anche il rapporto tra uno Stato membro e la Commissione, rapporto che rientra nell'ambito degli artt. 226 CE e 228 CE (97)»*.

Nelle proprie conclusioni l'Avvocato Generale aveva altresì osservato che le previsioni della direttiva ricorsi sulla facoltà di concedere al concorrente solo la tutela risarcitoria fossero rilevanti *«esclusivamente per lo*

⁹⁶ In realtà, nel panorama europeo, l'ordinamento italiano, come detto, si era positivamente distinto per aver previsto, seppur solamente a livello pretorio, la possibilità per il concorrente di ottenere la privazione di effetti del contratto; in ordine alle varie soluzioni del problema della sorte del contratto in ambito europeo, B. MARCHETTI, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 1998, p. 95.

sviluppo della tutela giuridica individuale nei confronti delle decisioni di aggiudicazione illegittime negli Stati membri»; ma a tale procedura di ricorso «che tutela gli interessi individuali, si affiancano il procedimento per inadempimento e la procedura di opposizione, intesi a servire l'interesse della Comunità a creare o ripristinare una situazione legittima». Il ripristino della situazione legittima, e l'eliminazione del perdurante inadempimento, postulava in particolare che dovesse essere rimosso il contratto «stipulato in violazione del diritto in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici», perché ad esso «è imputabile ... una violazione perdurante delle libertà fondamentali», di cui le direttive appalti costituiscono espressione (98).

Sicché, secondo i suddetti organi europei, sussiste un obbligo per gli Stati membri di prevedere che il contratto sia privato di effetti, almeno nelle più gravi fattispecie, non necessariamente come conseguenza di una richiesta contenuta in un ricorso giurisdizionale di un concorrente che si assume leso nelle proprie prerogative tutelate a livello europeo, ma anche in virtù dell'intervento di altri soggetti, e ciò in quanto la permanenza del contratto perpetua la violazione compiuta e indebolisce le norme europee sotto l'aspetto dissuasivo.

⁹⁸ Conclusioni 27 marzo 2007, causa C-503/04, punti 79 e 81.

2.2 *Le innovazioni della Direttiva n. 66/2007/CE (c.d. seconda Direttiva Ricorsi): il rimedio preventivo dello 'stand-still period'*

E' nel contesto giuridico sommariamente sopra descritto che si inserisce la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007 n. 66/2007/CE, modificativa ed integrativa delle due precedenti 89/665/CEE e 92/13/CEE, emanata con l'obiettivo di colmare le *«lacune nei meccanismi di ricorso esistenti negli Stati membri (3° considerando)»*.

In particolare, tra le carenze constatate, viene individuata *«l'assenza di un termine che consenta un ricorso efficace tra la decisione d'aggiudicazione di un appalto e la stipula del relativo contratto. Ciò induce talvolta le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori desiderosi di rendere irreversibili le conseguenze di una decisione d'aggiudicazione contestata a procedere molto rapidamente alla firma del contratto»* con conseguente *«serio ostacolo ad una effettiva tutela giurisdizionale degli offerenti interessati, vale a dire coloro che non sono stati ancora definitivamente esclusi (4° considerando)»*.

Al fine di eliminare l'ostacolo all'effettiva tutela giurisdizionale costituito dalla stipula del contratto, il Legislatore europeo ha congegnato due tipologie di rimedi volti a potenziare l'utilità della domanda di tutela in forma specifica del concorrente volta ad ottenere il contratto: uno a carattere preventivo e l'altro a carattere successivo.

Quanto alla prospettiva della tutela preventiva, l'istituto che viene in rilievo, e che risulta centrale nell'impianto normativo anche in virtù dei sopra richiamati considerando, è la previsione di un periodo (denominato di *stand-still*) di sospensione della stipula del contratto volto a consentire all'interessato di ottenere una pronuncia giurisdizionale sulla fondatezza della propria pretesa prima che vi sia la stipulazione medesima (99).

In particolare, il divieto di stipula del contratto copre due periodi temporali.

⁹⁹ Art. 2-bis, comma 2.

Il primo, comunemente denominato di “*stand-still* sostanziale”, decorre automaticamente dal giorno successivo alla comunicazione della decisione di aggiudicazione agli interessati e comporta, come detto, un divieto di stipula del contratto per tutta la durata del termine (100), salva l’applicazione di alcune eccezionali deroghe (101).

A tale primo periodo di sospensione può sommarsi un secondo periodo, comunemente denominato “*stand-still* processuale”, nell’ipotesi in cui venga proposto, da parte di un concorrente che si ritenga leso dall’altrui aggiudicazione, un ricorso ad un organo indipendente.

Viene in particolare stabilito che qualora tale organo «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 del ricorso abbia preso una decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso (102)».

Sicché, l’ordinamento europeo lascia agli Stati membri la decisione se prevedere una sospensione della stipulazione del contratto fino alla pronuncia di merito del ricorso, oppure fino alla pronuncia cautelare, la quale rappresenta comunque il limite minimo del periodo di sospensione.

Quanto al contenuto della valutazione da effettuarsi in sede cautelare, è stato previsto che «l’organo responsabile delle procedure di ricorso possa tener conto delle probabili conseguenze dei provvedimenti cautelari per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché per l’interesse pubblico e decidere di non accordare tali provvedimenti qualora le conseguenze negative possano superare quelle positive (103)».

¹⁰⁰ Parte della dottrina ritiene che tale sospensione automatica incida sull’esecutività del provvedimento di aggiudicazione, facendola venire meno: G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, p. 257; secondo altra opinione invece il divieto di conclusione del contratto non incide sull’esecutività dell’aggiudicazione, ma sull’esecuzione del contratto, che viene cristallizzata durante lo *stand still period*, il che comporta che il contratto può comunque venir firmato in questo frangente e gli effetti decorreranno, eventualmente, una volta definita la questione processuale: A. BARTOLINI-S. FANTINI, *La nuova direttiva ricorsi*, in *Urb. App.*, 10, 2008.

¹⁰¹ Art. 2-ter, direttiva cit., ove si dice che la sospensione non opera: a) laddove non sia previsto l’obbligo di pubblicazione del bando di gara nella Gazzetta Ufficiale CE, e, quindi, in particolare in tutti i casi d’urgenza; b) quando l’unico offerente interessato sia quello cui è stato aggiudicato l’appalto; c) qualora il contratto sia basato su un accordo quadro od un sistema dinamico di acquisizione.

¹⁰² Art. 2, par. 3, direttiva cit.

¹⁰³ Art. 2, par. 5, direttiva cit.; dunque, quantomeno in sede cautelare, l’organo deputato alla decisione sul ricorso è tenuto a verificare, al di là dei profili di fondatezza delle censure

Ciò posto, al riguardo la dottrina, già in sede di primo commento, e prima che il Legislatore nazionale potesse prendere posizione, si è subito posta il problema del rapporto tra *stand-still period* e giudizio cautelare.

Veniva osservato, innanzitutto, che qualora gli Stati si fossero orientati nel senso di limitare la sospensione automatica fino al giudizio di merito, il giudizio cautelare si sarebbe rivelato inutile, posto che la sospensione della fase contrattuale operava già automaticamente per effetto del meccanismo dello *stand-still* (104).

Veniva altresì rilevato che la previsione di una siffatta sospensione “lunga” avrebbe comportato il risultato positivo di evitare un possibile ribaltamento di decisione, ma, d’altra parte, l’effetto negativo di sospendere l’esecuzione del contratto anche in relazione a ricorsi di carattere meramente pretestuoso, magari da parte dell’impresa “uscente” intenzionata a prolungare indebitamente il rapporto.

L’idea maggiormente condivisa tra i primi commentatori è sembrata dunque quella di evitare di congelare preventivamente il contratto fino al merito, ma di consentire una “proroga” della sospensione modulata sulla base delle circostanze del caso concreto; cosicché, ove non si fosse ravvisata l’esigenza di prorogare la sospensione della stipula del contratto, questo potesse «*seguire il proprio corso, senza il rischio di essere rimessa in discussione*» (105).

avanzate dal ricorrente, gli effetti della propria pronuncia in relazione agli interessi coinvolti nella vicenda, nella prospettiva di una decisione che massimizzi la tutela di tutti i valori in gioco.

¹⁰⁴ Veniva in particolare affermato che l’introduzione del termine di *stand still* avrebbe reso in ogni caso «*pressoché superfluo l’intervento cautelare monocratico “ante causam” e “inaudita altera parte”*», così G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, p. 1044; se per superfluo si intende non utile per il ricorrente, questo nella maggior parte dei casi sembra vero, posto che l’effetto sospensivo, ove rispettato, tutela appieno i suoi interessi; si porrebbe però argomentare, a sostegno della permanenza di utilità della tutela cautelare anche in questi casi, che diversi sembrano gli effetti in caso di violazione dello *stand-still period* e di violazione della misura cautelare; nel primo caso l’inottemperanza al divieto costituisce motivo di possibile dichiarazione di inefficacia del contratto, sempreché non ricorrano «*esigenze imperative connesse con un interesse generale*»; nel secondo caso, quantomeno nel quadro attuale, la violazione del disposto della misura cautelare apre le porte alla attuazione della pronuncia tramite il giudizio di ottemperanza, come previsto dall’art. 59 c.p.a., ed inoltre, stante l’atipicità delle misure cautelari, non si può escludere che il ricorrente possa chiedere il sequestro del cantiere ove vi sia pericolo di compromissione del proprio interesse al subentro.

¹⁰⁵ Così M. LIPARI, *Annullamento dell’aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, consultabile in www.federalismi.it, 9, 2008, p. 12; in realtà, non può

2.3 Il rimedio reale della dichiarazione di inefficacia del contratto

Ciò detto in ordine ai meccanismi preventivi, viene per la prima volta prevista e disciplinata dal Legislatore europeo la necessità che gli Stati membri prevedano il potere di un organo di ricorso indipendente di privare di efficacia il contratto.

Vengono dunque ampliati i provvedimenti che possono essere presi nell'ambito delle procedure di ricorso in ordine all'aggiudicazione degli appalti, identificati nella possibilità di assumere provvedimenti cautelari, provvedimenti di annullamento delle decisioni illegittime e di accordare un risarcimento danni ai soggetti lesi dalla violazione (106), cui ora si aggiungono i poteri di cui agli artt. 2-*quinqüies* e 2-*sexies* ossia il potere di privare di effetti il contratto e di applicare sanzioni alternative in capo all'amministrazione aggiudicatrice.

Tale riforma contribuisce dunque a delineare quello che è stato definito un vero e proprio processo di progressiva erosione del principio di autonomia procedurale dei diritti nazionali e alla graduale uniformazione del diritto processuale dei diversi Stati membri, attraverso una disciplina che non solo stabilisce alcune modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto europeo, ma configura altresì specifici contenuti della tutela giurisdizionale (107).

Per quanto concerne l'oggetto del presente studio, inerente alla natura dei poteri del g.a. sul contratto, rileva principalmente la disciplina contenuta nel succitato art. 2-*quinqüies* ("Privazione di effetti").

L'articolo prevede, in particolare, che la competenza all'esercizio di tale potere deve essere previsto in capo ad «*un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice* (108)»; non è prevista dunque la necessità che l'organo deputato alla cognizione della controversia sia di

pensarsi ad una eliminazione del rischio, ben potendo il giudice in sede di merito ribaltare un giudizio effettuato sulla base di un esame solamente sommario della controversia.

¹⁰⁶ Art. 2, comma 1, lett. a, b. c.

¹⁰⁷ M. RAMAJOLI, *Il processo in materia degli appalti pubblici da rito speciale a giudizio speciale*, in (a cura di) G. GRECO, *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010.

¹⁰⁸ Art. 1-*quinqüies*, comma 1.

carattere giurisdizionale, purché sia indipendente dall'amministrazione che ha gestito la procedura di aggiudicazione. Nel caso in cui si opti per la competenza di un organo non giurisdizionale, il comma 9 dell'art. 2 ha previsto tuttavia che *«se gli organi responsabili delle procedure di ricorso non sono organi giudiziari, le loro decisioni sono sempre motivate per iscritto. In questo caso inoltre devono essere adottate disposizioni mediante cui ogni misura presunta illegittima presa dall'organo di ricorso competente oppure ogni presunta infrazione nell'esercizio dei poteri che gli sono conferiti possa essere oggetto di un ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un altro organo che sia una giurisdizione ai sensi dell'articolo 234 del trattato e che sia indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice e dall'organo di ricorso (109).*

Viene altresì previsto che *«L'organo indipendente prende le proprie decisioni previa procedura in contraddittorio e tali decisioni producono, tramite i mezzi determinati da ciascuno Stato membro, effetti giuridici vincolanti».*

Per quanto riguarda l'allocazione dei poteri, la direttiva prevede che *«I poteri di cui al paragrafo 1 e agli articoli 2-quinquies e 2-sexies possono essere conferiti ad organi distinti responsabili di aspetti differenti della procedura di ricorso (110)»*; sicché, in ipotesi, gli Stati membri potrebbero prevedere che i poteri di dichiarazione di inefficacia del contratto e di applicazione della sanzioni alternative siano attribuiti ad organi differenti rispetto a quello competente ad emanare i provvedimenti cautelari e di annullamento e risarcimento dei danni.

Ciò detto in ordine ai caratteri dell'autorità decidente, quanto all'individuazione delle fattispecie, la privazione di effetti viene ricondotta a tre casi (111).

¹⁰⁹ Art. 2, comma 9, il quale altresì prevede, in ordine allo status dell'organo indipendente di ricorso che *«La nomina dei membri di tale organo indipendente e la cessazione del loro mandato sono soggetti a condizioni uguali a quelle applicabili ai giudici, per quanto concerne l'autorità responsabile della nomina, la durata del loro mandato e la loro revocabilità. Per lo meno il presidente di tale organo indipendente deve avere le stesse qualifiche giuridiche e professionali di un giudice».*

¹¹⁰ Art. 2, comma 2.

¹¹¹ Per esteso, dispone l'art. 2-quinquies comma 1 che *«gli Stati membri assicurano che un contratto sia considerato privo di effetti da un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice o che la sua privazione di effetti sia la conseguenza di una decisione di detto organo di ricorso nei casi seguenti: a) se l'amministrazione*

La prima ipotesi è costituita dalle fattispecie nelle quali *«l'amministrazione aggiudicatrice ha aggiudicato un appalto senza previa pubblicazione del bando nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, senza che ciò sia consentito a norma della direttiva 2004/18/CE»*.

Trattasi di tipologia di violazione (mancata pubblicazione del bando) che mina alle basi gli obiettivi di apertura del mercato degli appalti pubblici posto che gli interessati sono privati della possibilità di conoscere l'intenzione dell'amministrazione di stipulare un contratto, privando gli stessi dell'opportunità di partecipare alla gara.

La seconda ipotesi riguarda invece il *«caso di violazione dell'articolo 1, paragrafo 5, dell'articolo 2, paragrafo 3, o dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, della presente direttiva (vale a dire della disciplina dello stand-still, n.d.a.) qualora tale violazione abbia privato l'offerente che presenta ricorso della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto quando tale violazione si aggiunge ad una violazione della direttiva 2004/18/CE, se quest'ultima violazione ha influito sulle opportunità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto»*.

Il secondo gruppo di ipotesi, rispetto al primo, riguarda dunque qualsiasi tipo di violazione delle regole di aggiudicazione disposte dalle direttive “sostanziali”, purché tale violazione abbia influito sulla possibilità del ricorrente di ottenere l'aggiudicazione del contratto¹¹². Non è sufficiente tuttavia dimostrare questi due elementi per ottenere l'inefficacia del contratto

aggiudicatrice ha aggiudicato un appalto senza previa pubblicazione del bando nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea senza che ciò sia consentito a norma della direttiva 2004/18/CE;

b) in caso di violazione dell'articolo 1, paragrafo 5, dell'articolo 2, paragrafo 3, o dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, della presente direttiva qualora tale violazione abbia privato l'offerente che presenta ricorso della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto quando tale violazione si aggiunge ad una violazione della direttiva 2004/18/CE, se quest'ultima violazione ha influito sulle opportunità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto;

c) nei casi di cui all'articolo 2 ter, lettera c), secondo comma della presente direttiva qualora gli Stati membri abbiano previsto la deroga al termine sospensivo per appalti basati su un accordo quadro e su un sistema dinamico di acquisizione».

¹¹² E' stato evidenziato come tale requisito significhi che «il vizio di legittimità proprio dell'aggiudicazione definitiva, dedotto dal ricorrente e accolto dal giudice, è assistito dall'interesse a ricorrere, finale o anche solo strumentale: ciò accade proprio quando l'illegittimità dell'aggiudicazione “ha influito sulle opportunità del ricorrente di “ottenere l'appalto”, perché diversamente, ove una tale influenza mancasse, le sue doglianze non sarebbero supportate dall'interesse a ricorrere e, dunque, si rivelerebbero inammissibili»; L. BERTONAZZI, *Aggiudicazione, contratto e contenzioso*, in (a cura di) R. VILLATA, *I contratti pubblici di lavori, servizi e fornitura*, Lavis, 2014, p. 913.

posto che deve esserci stata anche la violazione del termine di *stand-still*, ossia dello spazio di tempo necessario perché si possa avere una decisione sul ricorso presentato.

La terza ed ultima ipotesi di inefficacia riguarda i «*casi di cui all'art. 2-ter, lettera c), secondo comma (113) della presente direttiva qualora gli Stati membri abbiano previsto la deroga al termine sospensivo per appalti basati su un accordo quadro e su un sistema dinamico di acquisizione*».

L'espressione usata dalla direttiva, secondo la quale gli Stati membri devono garantire che il contratto sia «*considerato privo di effetti da un organo di ricorso indipendente*», ovvero che «*la sua privazione di effetti sia la conseguenza di una decisione di detto organo di ricorso*» (art. 2-quinquies, par. 1) ha posto, fin da subito, il problema della natura della pronuncia del giudice.

Si è rilevato, tuttavia, come l'alternativa, che la direttiva sembra dare, tra pronuncia costitutiva o dichiarativa sia solo apparente, in quanto la natura meramente dichiarativa sarebbe smentita da una serie di dati normativi tra i quali: il carattere non automatico (o “*ope legis*”) dell'inefficacia e della necessaria intermediazione di un organo autonomo di ricorso (“la carenza di effetti non dovrebbe essere automatica, ma dovrebbe essere accertata da un organo di ricorso indipendente”: 13° considerando). Inoltre, la tendenzialmente limitata legittimazione attiva (17° considerando) e la sussistenza di termini tutto sommato brevi per l'azione (art. 2-septies) non

¹¹³ Il quale prevede che «Gli Stati membri possono prevedere che i termini di cui all'articolo 2 bis, paragrafo 2, della presente direttiva non si applichino nei seguenti casi:

a) se la direttiva 2004/18/CE non prescrive la previa pubblicazione di un bando nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea;

b) se l'unico offerente interessato ai sensi dell'articolo 2-bis, paragrafo 2, della presente direttiva è colui al quale è stato aggiudicato l'appalto e non vi sono candidati interessati;

c) nel caso di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'articolo 32 della direttiva 2004/18/CE e in caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'articolo 33 di tale direttiva. Ove si ricorra a tale deroga, gli Stati membri provvedono affinché il contratto sia privo di effetti conformemente agli articoli 2-quinquies e 2-septies della presente direttiva, se:

- è violato l'articolo 32, paragrafo 4, secondo comma, secondo trattino, o l'articolo 33, paragrafi 5 o 6, della direttiva 2004/18/CE, e
- il valore stimato dell'appalto è pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 7 della direttiva 2004/18/CE».

consentono di assimilare l'inefficacia prevista dalla direttiva alla nostra nullità ex art. 1418 c.c. (114).

Ciò posto, dal punto di vista delle prescrizioni vincolanti, la direttiva demanda agli Stati membri la disciplina di alcuni aspetti relativi alle conseguenze sul contratto derivanti dall'accertamento della violazione della disciplina europea sulle procedure di aggiudicazione.

In primo luogo, viene attribuito agli Stati il compito di disciplinare le conseguenze sui rapporti nati dal contratto privato di effetti.

Tali conseguenze riguardano la portata retroattiva o meno della privazione di effetti medesima, e nel primo caso la modalità degli effetti restitutori conseguenti all'intervenuta inefficacia del contratto.

Viene tuttavia previsto che, qualora si opti per una privazione "limitata", gli Stati membri sono tenuti ad assicurare l'applicazione di sanzioni alternative, di carattere afflittivo, descritte all'art. 2-sexies, paragrafo 2 (115).

Viene inoltre stabilito che la disciplina nazionale possa prevedere che l'organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà di non considerare il contratto privo di effetti, sebbene lo stesso sia stato aggiudicato in presenza delle succitate gravi violazioni, se l'organo di ricorso «*dopo aver esaminato tutti gli aspetti pertinenti, rileva che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale impone che gli effetti del contratto siano mantenuti*» (116).

¹¹⁴ In questi termini G. GRECO., *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in Riv. it. dir. pubb. com., p. 1029; sul punto si tornerà più approfonditamente nel prosieguo.

¹¹⁵ Tali sanzioni sono: a) le sanzioni pecuniarie a carico dell'amministrazione aggiudicatrice; b) la riduzione della durata del contratto.

¹¹⁶ Questa la formulazione per esteso dell'art. 2-quinquies, comma 3: «Gli Stati membri possono prevedere che l'organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà di non considerare un contratto privo di effetti, sebbene lo stesso sia stato aggiudicato illegittimamente per le ragioni di cui al paragrafo 1, se l'organo di ricorso, dopo aver esaminato tutti gli aspetti pertinenti, rileva che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale impone che gli effetti del contratto siano mantenuti. In tal caso gli Stati membri prevedono invece l'applicazione di sanzioni alternative a norma dell'articolo 2-sexies, paragrafo 2.

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.

Tuttavia, gli interessi economici legati direttamente al contratto in questione non costituiscono esigenze imperative legate ad un interesse generale. Gli interessi economici legati direttamente al contratto comprendono, tra l'altro, i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto, i costi derivanti dalla necessità di indire una nuova procedura

Anche in questo caso, l'ordinamento europeo vincola gli Stati a prevedere che il mantenimento degli effetti del contratto deve essere accompagnato dall'applicazione di sanzioni alternative (117).

Ma la scelta più importante lasciata agli Stati membri riguarda il trattamento della sorte del contratto al di fuori delle fattispecie espressamente prese in considerazione dall'art. 2-*quinquies*.

In primo luogo, si stabilisce che, in caso di “violazioni di requisiti formali”¹¹⁸, vale a dire violazioni dei termini di *stand-still* senza che vi sia anche violazione di norme delle direttive “sostanziali”, gli Stati membri possano prevedere «*la privazione di effetti a norma dell'articolo 2-quinquies, paragrafi 1,2 e 3, ovvero sanzioni alternative*», oppure ancora, come terza alternativa che «*l'organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice decida, dopo aver valutato tutti gli aspetti pertinenti, se il contratto debba essere considerato privo di effetti o se debbano essere irrogate sanzioni alternative* (119)».

In secondo luogo, viene concesso ai Paesi membri di disciplinare gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto in ordine a tutte le altre illegittimità non comprese all'interno delle fattispecie di violazioni “gravi” (120).

Altre illegittimità che riguardano, in ultima analisi, tutte le aggiudicazioni emanate in contrasto la disciplina comunitaria diverse dagli affidamenti senza pubblicazione del bando ed in ordine alle quali non è stato violato il termine di *stand-still*.

Trattasi in particolare dei casi in cui al respingimento della misura cautelare è seguita la pronuncia di merito che accerta l'illegittimità dell'aggiudicazione (ed ovviamente nel frattempo sia stato stipulato il

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».

¹¹⁷ Cfr. art. 2-*quinquies*, comma 3.

¹¹⁸ Così vengono definiti dal 29° considerando della direttiva; in sostanza si tratta di casi in cui viene accertato che l'amministrazione ha correttamente aggiudicato il contratto, ma non ha rispettato il termine sospensivo volto a consentire al ricorrente di ottenere, prima della stipula, una pronuncia sulla correttezza della procedura.

¹¹⁹ Art. 2-*sexies* comma 1; da questa previsione si deduce peraltro che nell'ottica europea la previsione dell'inefficacia del contratto non debba necessariamente essere legata ad una possibilità di aggiudicazione del contratto da parte del ricorrente.

¹²⁰ Art. 2, par. 7, prima alinea: «Eccetto nei casi di cui agli articoli da 2-*quinquies* 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».

contratto (121)), oppure il caso in cui alla sentenza di primo grado che respinge il ricorso è seguita una pronuncia di secondo grado che l'accoglie.

Precisamente, quanto a tale facoltà di disciplinare «*gli effetti dei poteri di cui al paragrafo 1 del presente articolo sul contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione (122)*», viene previsto che «*tranne che nei casi in cui una decisione debba essere annullata prima della concessione di un risarcimento danni, uno Stato membro può prevedere che, dopo la conclusione di un contratto a norma dell'articolo 1, paragrafo 5, del paragrafo 3 del presente articolo o degli articoli da 2-bis a 2-septies, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso si limitino alla concessione di un risarcimento danni a qualsiasi persona lesa da una violazione (123)*».

Sicché in sintesi, nei casi di violazioni “non gravi” la Direttiva lascia agli Stati membri il seguente ventaglio di opzioni, quali possibili conseguenze sul contratto stipulato: la privazione di effetti del contratto sempre e comunque; all'opposto, il mantenimento in ogni caso degli effetti del contratto, anche se preceduto da aggiudicazione rivelatasi illegittima, prevedendo solo una tutela risarcitoria per equivalente in favore del concorrente pretermesso; oppure, la previsione soluzioni differenziate, in dipendenza del caso e delle variabili concrete (124). Soluzioni differenziate che possono congegnarsi con costruzioni di fattispecie tipiche o clausole aperte.

Infine, con riferimento alla tutela risarcitoria, la Direttiva demanda agli Stati la possibilità di prevedere o meno la necessità che la stessa sia accompagnata dalla necessaria richiesta di annullamento del provvedimento contestato, e che dunque funga rispettivamente da misura surrogatoria o

¹²¹ Nell'ipotesi in cui gli Stati membri prevedano uno *stand-still* limitato alla fase cautelare.

¹²² Ossia dei provvedimenti cautelari di cui alla lett. a, e dei provvedimenti di annullamento dell'aggiudicazione di cui alla lett. b).

¹²³ Art. 2, comma 7, seconda alinea.

¹²⁴ M. LIPARI, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, consultabile in www.federalismi.it, 9, 2008, p. 24, il quale tuttavia rileva che le previsioni europee lascerebbero intendere «*probabilmente, che la regola generale (o quantomeno “tendenziale”) sia quella della tutela piena della parte interessata, realizzata mediante l'annullamento del provvedimento illegittimo, la “caducazione” (privazione di effetti) del contratto, e il rinnovo, integrale o parziale, della procedura di gara*» seppur «*la scelta di escludere, anche in misura molto ampia, la tutela “costitutiva” di annullamento del provvedimento e di privazione di effetti del contratto non sembra contrastare con i principi “costituzionali europei” riguardanti il diritto di accesso alla giustizia*».

integrativa alla tutela in forma specifica, oppure da misura alternativa ad essa (125).

Sicché, con riferimento alle violazioni “non gravi”, combinando le due opzioni, le varianti possibili sono le seguenti.

Inefficacia sempre e comunque e onere per il ricorrente di chiedere la tutela in forma specifica (pregiudizialità di annullamento); inefficacia sempre e comunque e libertà di scelta tra la tutela in forma specifica o solo per equivalente da parte del ricorrente; mantenimento di efficacia sempre e comunque del contratto e dunque solo tutela risarcitoria per il ricorrente; efficacia/inefficacia a seconda del caso concreto con pregiudizialità di annullamento; efficacia/inefficacia a seconda dei casi senza pregiudizialità di annullamento.

In sintesi, dunque, gli aspetti qualificanti dell'intervento del legislatore europeo possono enuclearsi come segue.

Anzitutto, al fine di garantire in materia di appalti, una tutela rapida ed efficace, che giunga prima della stipula del contratto, viene disciplinato un obbligo per le stazioni appaltanti di rispettare, dopo l'aggiudicazione, un congruo termine per la stipula del contratto, al fine di consentire agli interessati di proporre ricorso; un'ulteriore sospensione alla stipulazione viene prevista in caso di proposizione del ricorso e fino alla pronuncia giurisdizionale (cautelare o di merito).

In secondo luogo, qualora, nonostante tali dispositivi, il contratto risulti stipulato al momento della pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione, vengono previste alcune ipotesi in cui l'accertata violazione di determinati precetti del diritto europeo deve comportare la privazione di effetti del contratto, salva la possibilità degli Stati di prevedere alcune eccezioni caratterizzate da esigenze imperative di carattere generale nelle quali, al posto della privazione di effetti del contratto, debbano essere applicate sanzioni alternative alla stazione appaltante (sanzione pecuniaria o riduzione della durata del contratto). Tali fattispecie sono riferite sostanzialmente ai casi in cui la stipula del contratto è seguita ad una radicale

¹²⁵ Art. 2, par. 6: «Gli Stati membri possono prevedere che, se un risarcimento danni viene domandato a causa di una decisione presa illegittimamente, per prima cosa l'organo che ha la competenza necessaria a tal fine annulli la decisione contestata».

assenza di procedura concorsuale (126) o dove la stipula del contratto è avvenuta in violazione del termine sospensivo per la stipula del contratto.

Per un altro gruppo di fattispecie caratterizzate dalla violazione meramente formale del mancato rispetto del termine dilatorio (senza dunque che il giudice abbia accertato l'illegittimità dell'aggiudicazione), viene lasciata facoltà agli ordinamenti nazionali se prevedere la privazione di effetti oppure sanzioni alternative.

Infine, per le ipotesi di stipulazione del contratto a seguito di illegittima aggiudicazione non rientranti nel primo gruppo, viene lasciato agli stati membri di decidere la forma di tutela della parte interessata, la quale può anche consistere nel risarcimento per equivalente.

¹²⁶ Tale infatti deve intendersi anche una procedura che pur essendosi manifestata in una selezione competitiva non ha rispettato le prescrizioni previste dal diritto europeo ai fini della pubblicità del bando o dell'avviso.

2.4 In particolare: la logica della “seconda direttiva ricorsi”

Così delineata in sintesi la disciplina introdotta con la seconda direttiva ricorsi ci si può interrogare su quale sia la direzione dell'*enforcement* impresso dalla detta normativa; in altre parole, la domanda che ci si può porre è se la direttiva, in particolare con la misura della possibile privazione di effetti del contratto, abbia inteso legare tale misura alla soddisfazione dell'interesse degli operatori economici ricorrenti, il che dovrebbe implicare la rimessione della misura alla disponibilità dei medesimi, oppure con tale intervento abbia inteso tutelare l'interesse obiettivo della concorrenza.

In secondo luogo, ci si può chiedere se, unitamente a questi obiettivi, l'intervento normativo si sia prefisso di tutelare anche la stabilità dei rapporti contrattuali.

La individuazione della *ratio*, o delle *rationes*, sottese alla seconda Direttiva ricorsi può infatti servire d'ausilio per l'esegesi della disciplina di recepimento.

Principiando dal primo profilo, ovverosia dal significato della privazione di effetti del contratto, l'esame del tessuto normativo sembra mostrare che il senso della misura sia quello di consentire una tutela in forma specifica del ricorrente e non sanzionare in maniera oggettiva la violazione delle norme poste a tutela della concorrenza.

Ciò, infatti, lo si può evincere dalle condizioni che devono sussistere per poter addivenire all'inefficacia del contratto.

Le ipotesi di privazione di effetti dell'art. 2-*quinqüies* sono condizionate non alla mera illegittimità procedurale, ma ad una illegittimità che abbia causato la possibilità per il ricorrente di aggiudicarsi l'appalto o di concorrere per aggiudicarselo.

Ciò è chiaro nelle ipotesi sub b) del succitato articolo, nell'ambito delle quali è espressamente previsto che, perché sia pronunciata l'inefficacia del contratto, la violazione della normativa sostanziale debba aver «*influito sulle opportunità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto*».

Ma anche nelle ipotesi sub a) il legame tra violazione e possibilità del concorrente di ottenere il bene della vita può ricavarsi dalla circostanza che, in caso di mancanza di pubblicità, la privazione della possibilità di

aggiudicarsi l'appalto risulta in *re ipsa*, posto che il ricorrente: o non ha avuto modo di conoscere della gara in ragione della mancanza delle pubblicità prescritte; oppure non ha avuto la possibilità di partecipare, posto che l'amministrazione ha eseguito un affidamento con una procedura negoziata (127).

D'altra parte, la previsione di sanzioni alternative (sanzioni pecuniarie e riduzione dell'efficacia del contratto), in caso di permanenza degli effetti del contratto o in caso di inefficacia *tunc*, non dimostrano necessariamente il carattere sanzionatorio della privazione di effetti; potrebbero invece indicare che la volontà dell'ordinamento europeo è quella di ottenere, comunque, un effetto deterrente per violazioni future, nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici, nel caso in cui la tutela in forma specifica venga esclusa, in tutto o in parte (128).

In ordine al secondo profilo, parte della dottrina ha ritenuto che le misure introdotte dalla dottrina siano volte a tutelare, oltre che la concorrenza, anche la stabilità delle relazioni contrattuali.

E' stato infatti affermato che «*la Direttiva si è sforzata di operare e imporre un bilanciamento tra effettività della tutela del ricorrente e le necessità di conservazione degli effetti delle decisioni delle Amministrazioni, in generale, e dei contratti stipulati, in particolare* (129)»; sicché, in ottica di recepimento, con riferimento alle fattispecie "non gravi" la soluzione che si

¹²⁷ In tal senso viene detto che «*tale richiesta (di inefficacia, n.d.r.) potrà essere invece avanzata relativamente alle violazioni gravi di cui alle lett. a) e b) dell'art. 121, che chiaramente presuppongono, non essendosi svolta alcuna gara, il carattere strumentale dell'interesse del ricorrente*», E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2011, p. 264.

¹²⁸ Viene sottolineato infatti che la Corte di Giustizia nel suggerire che un contratto risultante da un'aggiudicazione mediante affidamenti diretti illegittimi fosse da considerare in linea di principio privo di effetti, aveva altresì indicato che la soluzione avrebbe funzionato anche «*come deterrente...per garantire la scrupolosa osservanza delle direttive in materia*», lo ricorda M. RAMAJOLI, *Il processo in materia di appalti pubblici cit.*, p. 138.

¹²⁹ In questo senso G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, p. 1058, il quale richiama a giustificazione dell'assunto la previsione di termini (minimi) molto brevi (art. 2-quater) per l'impugnazione delle decisioni e per la domanda di risarcimento del danno, oltre che il doppio (o addirittura triplo) termine di sospensione, i quali come efficaci strumenti di tutela preventiva giustificherebbero che la stipulazione del contratto possa poi precludere l'azione di adempimento o il risarcimento in forma specifica p. 1060; in senso analogo, A. BARTOLINI – S. FANTINI, *La nuova direttiva ricorsi*, in *Urb. App.*, 10, p. 1106.

riteneva «coerente col sistema delineato dalla Direttiva [sarebbe dovuta essere] quella della salvaguardia del contratto, una volta stipulato (130)».

Altra parte della dottrina, invece, sostiene che al riguardo la Direttiva si mostri “neutrale” non emergendo in essa «né un particolare favore, né un particolare sfavore per la previsione della privazione degli effetti del contratto (131)».

Analizzando l’impianto sistematico della direttiva e i principi espressi nei considerando della medesima, pare che l’ordinamento europeo non sia tanto preoccupato dagli interessi pubblici sottesi all’appalto stipulato dall’amministrazione, quanto alla certezza e stabilità delle relazioni contrattuali.

Ed infatti, la direttiva pone solo come possibile eccezione alla regola della privazione di effetti del contratto la sussistenza di un interesse generale al suo mantenimento, lasciando tale possibile previsione alla facoltà degli Stati membri, e vieppiù fissando dei “paletti” entro i quali può essere eccezionalmente consentito il mantenimento degli effetti contrattuali (132).

Sicché la direttiva se avvalga una possibile decisione degli Stati di privare il contratto di effetti anche in presenza di esigenze imperative, ne deriva che l’interesse pubblico sotteso all’esecuzione del contratto non rappresenta una preoccupazione per l’Europa.

A parere di chi scrive, non si può dire che la direttiva sia del tutto neutrale rispetto al problema delle conseguenze negative sottese alla previsione di una possibile inefficacia del contratto. Sembra, invece, che la

¹³⁰ In questo senso G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in Riv. it. dir. pubb. com., p. 1060.

¹³¹ M. LIPARI, *Annullamento dell’aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, consultabile in www.federalismi.it, 9, 2008, p. 13.

¹³² L’art. 2-quinquies, par. 3, della seconda direttiva ricorsi prevede, infatti, da una parte che «Gli Stati membri possono prevedere che l’organo di ricorso indipendente dall’amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà di non considerare un contratto privo di effetti, sebbene lo stesso sia aggiudicato illegittimamente per le ragioni di cui al paragrafo 1, se l’organo di ricorso, dopo aver esaminato tutti gli aspetti pertinenti, rileva che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale impone che gli effetti del contratto siano mantenuti»; dall’altra che «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. Tuttavia, gli interessi economici legati direttamente al contratto in questione non costituiscono esigenze imperative legate ad un interesse generale. Gli interessi economici legati direttamente al contratto comprendono, tra l’altro, 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».

direttiva affronti il problema ma sotto un profilo diverso, ossia sotto il profilo della stabilità dei rapporti contrattuali, indipendentemente dall'interesse pubblico sotteso all'esecuzione del contratto.

A tal proposito viene in primo luogo in rilievo il 26° considerando il quale dispone che *«Per evitare l'incertezza giuridica che può derivare dalla privazione di effetti, gli Stati membri dovrebbero prevedere una deroga diretta ad escludere ogni profilo di privazione di effetti anche nei casi in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore considerano che l'aggiudicazione mediante affidamento diretto di un qualsiasi contratto senza pubblicazione preliminare di un bando di gara nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea sia consentita conformemente alla direttiva 2004/18/CE e alla direttiva 2004/17/CE e hanno applicato un termine sospensivo minimo che consente mezzi di ricorso efficaci»*.

Il principio viene poi tradotto in una vera e propria prescrizione (133) dall'art. 2-quinquies, par. 4, secondo cui *«Gli Stati membri prevedono che il paragrafo 1, lettera a), del presente articolo, non si applichi quando:*

- l'amministrazione aggiudicatrice ritiene che l'aggiudicazione di un appalto senza previa pubblicazione del bando nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea sia consentita a norma della direttiva 2004/18/CE,*
- l'amministrazione aggiudicatrice ha pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea un avviso di cui all'articolo 3-bis della presente direttiva in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto, e*
- il contratto non è stato concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di pubblicazione di tale avviso»*.

Sicché, la direttiva consente (*rectius*, impone) che gli effetti del contratto siano mantenuti anche nei casi di gravi violazioni, a condizione che vi sia un lasso di tempo minimo tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto di modo che sia data la possibilità ai concorrenti di ottenere una decisione da parte dell'organo indipendente di ricorso prima della stipula del contratto.

¹³³ In dottrina si è sottolineata la diversa formulazione della disposizione la quale, a differenza del succitato par. 3, affermando che *«gli Stati membri prevedono»*, indicherebbe un obbligo e non una facoltà per gli Stati medesimi; cfr. L. BERTONAZZI, *Aggiudicazione, contratto e contenzioso*, in (a cura di) R. VILLATA, *I contratti pubblici di lavori, servizi e fornitura*, Lavis, 2014, p. 947.

In linea con tale visione pare essere anche il meccanismo dello *stand-still* il quale cerca di “cristallizzare” la situazione fino a che ci sia (o ci possa essere) una decisione (quantomeno sommaria in sede cautelare) sulla fondatezza della domanda, e ciò al fine di prevenire eventuali ostacoli alla tutela in forma specifica del concorrente (134).

Alcune indicazioni sulla “filosofia” della direttiva 66/2007/CE si possono trarre anche dalla, di poco precedente, e più sopra richiamata sentenza della CGUE, sez. II, 19.7.2007, n. 503, Causa C-503/04 Commissione c. Repubblica federale di Germania.

In tale pronuncia la Corte ha chiarito infatti che benché l’art. 2, n. 6, della direttiva 89/665 «autorizzi gli Stati membri a mantenere gli effetti di contratti conclusi in violazione delle direttive sull’aggiudicazione degli appalti pubblici e tuteli così il legittimo affidamento dei contraenti, essa, tuttavia, non può, salvo ridurre la portata delle disposizioni del Trattato CE che istituiscono il mercato interno, avere come conseguenza che il comportamento delle amministrazioni aggiudicatrici nei confronti dei terzi debba essere considerato conforme al diritto comunitario successivamente alla conclusione di tali contratti (135)».

Più che la stabilità del contratto quale strumento di realizzazione di un pubblico interesse, l’Europa pare perseguire, dunque, una stabilità intesa come certezza delle relazioni, e ciò attraverso decisioni rapide e lasciando immutate, per quanto possibile, situazioni di fatto e giuridiche in attesa della definizione della controversia.

¹³⁴ Ed infatti viene affermato dalla dottrina che «la spiegazione della regola (dello stand-still, n.d.r.) è agevole ed emerge dalle stesse premesse della direttiva: è opportuno che il contenzioso eventuale sulla illegittimità della procedura di affidamento si sviluppi in un contesto ancora non completamente trasformato sul piano giuridico e fattuale, in dipendenza dell’intervenuta stipulazione del contratto», così M. LIPARI, *Annullamento dell’aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, consultabile in www.federalismi.it, 9, 2008, p. 7, il quale altresì sottolinea che «anche la riscontrata preferenza per rimedi preventivi e correttivi, rispetto a quelli successivi e sanzionatori, non potrebbe essere letta come indicazione di una sfiducia così netta verso la previsione di rimedi “caducatori” del contratto», p. 13.

¹³⁵ V. Punto 33 sentenza. Cfr. anche punto 74 delle conclusioni dell’Avvocato generale nella medesima controversia ove si afferma che «all’argomento tedesco secondo cui non si poteva pretendere un rescissione del contratto a causa della tutela del legittimo affidamento delle controparti va obiettato che esso fa valere posizioni giuridiche di terzi illegalmente generate dall’amministrazione aggiudicatrice (...) Ne consegue che il principio pacta sunt servanda può essere rilevante solo se il diritto comunitario riconosce espressamente una protezione per contratti stipulati in violazione del diritto in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici».

In dottrina è stata infatti evidenziata la diversità dell'ottica che muove il nostro ordinamento rispetto a quello europeo anche per ciò che concerne gli aspetti "rituali" del processo appalti.

Il nostro legislatore, nella predisposizione di forme processuali celeri in materia di appalti, persegue, anche se non in via esclusiva, l'obiettivo di evitare che l'attività amministrativa resti a lungo paralizzata in attesa di una decisione giurisdizionale, cagionando così pregiudizi agli interessi della collettività; nel diritto europeo, invece, la disciplina dei termini non è meramente concepita per salvaguardare l'interesse di cui si fa portatrice la stazione appaltante, bensì, soprattutto, per consentire una tutela efficace e rapida avverso le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici e per correggere le violazioni riscontrate in una fase in cui le stesse possono essere ancora facilmente emendate (136).

2.5 *L'iter di recepimento della seconda Direttiva ricorsi*

Dal momento che, come sopra illustrato, l'articolato normativo della direttiva non si mostrava di semplice decifrazione, in dottrina fu espresso l'auspicio affinché «*la nuova normativa nazionale possa indicare risposte semplici e chiare, ispirate ad una consapevole ponderazione dei diversi interessi in gioco, facendo tesoro delle esperienze emerse nei processi amministrativi* (137)».

Invero, da una parte, l'istanza volta a considerare i vari interessi in gioco nella problematica sembra essere stata effettivamente recepita da parte del legislatore nazionale; dall'altra parte, non sembra del tutto chiara l'architettura dei nuovi poteri del giudice amministrativo sul contratto.

¹³⁶ Così, quasi letteralmente, M. RAMAJOLI, *Il processo in materia degli appalti pubblici da rito speciale a giudizio speciale*, in (a cura di) G. GRECO, *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010, p. 130.

¹³⁷ M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, consultabile in www.federalismi.it, p. 6.

Mette conto *in primis* ripercorrere brevemente l'*iter* di formazione della disciplina dei poteri del giudice sul contratto d'appalto, ora contenuta negli artt. 121-125 c.p.a.

Il formale *iter* di recepimento delle nuove regole stabilite con la direttiva 2007/66/CE¹³⁸ è iniziato attraverso la formulazione dell'art. 44, della l. 7 luglio 2009, n. 88 ("legge comunitaria 2008").

Con tale articolo il Parlamento ha delegato il Governo ad adottare uno o più Decreti Legislativi volti a recepire la Direttiva 2007/66/CE acquisendo il parere del Consiglio di Stato sullo schema o sugli schemi di Decreto.

Al comma 3 venivano altresì indicati una lunga e articolata serie di principi direttivi, tra i quali assumono specifica rilevanza agli interessi del nostro studio i seguenti.

Anzitutto, viene sancita la necessità di inserire *«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 (139)»*.

Quante alle facoltà attribuite agli Stati dalla Direttiva, il Legislatore delegante esercita innanzitutto quella relativa alla durata del termine sospensivo per la stipula del contratto, ancorandola alla pronuncia cautelare.

Viene inoltre previsto di recepire gli speciali poteri del giudice di dichiarazione di inefficacia e di applicazione di sanzioni alternative *«nell'ambito di una giurisdizione esclusiva e di merito (140)»*, nonché secondo alcuni criteri direttivi tra i quali: prevedere la privazione di effetti nei casi di violazioni gravi indicati dalla Direttiva *«con le deroghe e i temperamenti ivi previsti, lasciando al giudice che annulla la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti retroattiva o limitata alla prestazioni da eseguire»*; nei casi di violazioni formali di *«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*

¹³⁸ Il cui termine di recepimento scadeva il 20 dicembre 2009 (art. 3 direttiva).

¹³⁹ Art. 44, comma 3, lett. a).

¹⁴⁰ Art. 44, comma 1, lett. 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 (...)»*.

sanzioni alternative»; prevedere che, fuori dai suddetti casi, venga lasciata «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, ovvero il risarcimento per equivalente del danno subito e comprovato».

Sicché, da una parte si evince l'opzione del nostro Legislatore di disciplinare la questione della sorte del contratto non prevedendo una scelta "secca" tra privazione sempre e comunque o risarcimento del danno, ma di differenziare le misure a seconda dei casi; dall'altra il richiamo alla giurisdizione di merito sembra in qualche indicare che il Legislatore intendesse inquadrare tale valutazione nell'ambito di una forma di apprezzamento del caso concreto, sulla falsa riga della discrezionalità amministrativa.

Ciò detto, la delega conferita al Governo è stata esercitata con la emanazione del D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53 ("Attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici"), il quale ha attuato la Direttiva attraverso una novella al D.Lgs. 163/2006: vigente *ratione temporis*, in particolare intervenendo a modifica della Parte IV ("Contenzioso").

Tra gli aspetti più significativi del Decreto vi è stata l'eliminazione della qualificazione dei poteri del g.a. sulla sorte del contratto come appartenenti alla giurisdizione di merito.

La Commissione speciale del Consiglio di Stato, in sede di emanazione del prescritto parere sullo schema di decreto, ha elogiato tale scelta in particolare sottolineando che *«La previsione di una ipotesi di giurisdizione di merito presuppone che la legge autorizzi il giudice amministrativo a "sostituirsi" all'amministrazione, effettuando in luogo di questa scelte discrezionali conformi a regole non giuridiche di buona amministrazione, che attengono ai profili di opportunità e di convenienza del provvedimento amministrativo, che può essere adottato dal giudice o da un suo ausiliare in sostituzione, appunto, dell'amministrazione. Tale carattere della giurisdizione, peraltro in fase di contrazione (v. l'art. 44, comma 2, lett. b), n. 2), mal si attaglia a controversie aventi ad oggetto aspetti, di natura*

civilistica, inerenti l'effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto già stipulato».

Sicché, secondo la Commissione speciale, la scelta rimessa al giudice tra i diversi rimedi *«non costituisce l'esercizio di un potere di merito, ma l'esito di valutazioni effettuate in sede giurisdizionale sulla base di presupposti predeterminati dal legislatore (141)»*.

Le disposizioni prettamente processuali contenute nel D.Lgs. 163/2006 sono poi confluite nel D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (“Codice del processo amministrativo”) agli articoli 120-125, con alcuni adattamenti resisi strettamente necessari per assicurare una sostanziale uniformità alla restante disciplina codicistica (142). In particolare, l'art. 124 del d.lgs. 104/2010 ha modificato la disposizione di cui all'art. 12 del d.lgs. 53/2010, che limitava la condanna al risarcimento dei danni per equivalente *«a favore del solo ricorrente avente titolo all'aggiudicazione»*, estendendo tale forma di tutela alla generalità degli interessi lesi dall'illegittima aggiudicazione.

E' stato tuttavia sottolineato come *«il travaso delle disposizioni del d.lgs. n. 53 del 2010 all'interno degli artt. 120 e ss. del codice è stato un momento di ordine formale più che l'espressione di una piena saldatura concettuale di questo peculiare modello processuale nell'impianto codicistico»*.

Un dato sembra emergere dall'esame dell'iter di recepimento della seconda Direttiva ricorsi: gli organi che hanno partecipato a vario titolo al procedimento legislativo di recepimento della Direttiva hanno manifestato un certo “imbarazzo” nel cercare di qualificare i poteri attribuiti al giudice amministrativo in ordine alla sorte del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione; imbarazzo che in qualche modo traspare anche dalla collocazione sistematica dei poteri del giudice non all'interno del Titolo IV dedicato alle “Pronunce giurisdizionali” ma nel

¹⁴¹ Parere Commissione speciale del Consiglio di Stato del 25 gennaio 2010; si ritiene tuttavia che il dato dell'utilizzo dell'espressione giurisdizione di merito, anche se poi espunto, deve essere preso in debito conto poiché «deve portare l'interprete in ogni caso a vedere in tale originario riferimento la spia di una (quantomeno) percepita “eccedenza” rispetto ai caratteri della giurisdizione amministrativa di legittimità, G. TROPEA, “L'ibrido fiore della conciliazione”: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2011, p. 976.

¹⁴² Così F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2012, p. 3.

Titolo V (“Riti abbreviati relativi a speciali controversie”) dedicato alla disciplina di profili di rito di procedimenti speciali.

Il che comporta, peraltro, che per i poteri del giudice in materia di appalti non vale, esplicitamente e per diritto positivo, il principio della domanda enunciato in esordio dell’art. 34 c.p.a. disciplinante le sentenze di merito del giudice amministrativo (143).

2.6 Il contenuto della disciplina: punti fermi e problemi aperti

Volgendo ora all’analisi del contenuto della disciplina dei poteri del giudice nel processo appalti, per come attualmente delineata nel c.p.a., occorre premettere che, invero, in ordine all’individuazione del giudice competente a conoscere dell’inefficacia del contratto e all’applicazione delle sanzioni amministrative, l’opzione che la seconda Direttiva ricorsi lasciava agli Stati membri (144), è stata esercitata, prima che dal Legislatore, dalle Sezioni Unite della Cassazione.

Ed infatti, la Suprema Corte con un *revirement* basato proprio sulla detta Direttiva, ha stabilito che *«la posizione soggettiva del ricorrente, che ha chiesto il risarcimento in forma specifica delle posizioni soggettive a base delle sue domande di annullamento dell’aggiudicazione e di caducazione del contratto concluso dall’aggiudicatario, è da trattare unitariamente dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi della direttiva CE n. 66/2007, che riconosce il rilievo peculiare in tal senso alla connessione tra le due domande, che pertanto vanno decise di regola da un solo giudice (145)»*.

¹⁴³ Art. 34, comma 1, c.p.a.: *«In caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti della domanda (...)»* cui segue l’elencazione e la disciplina dei vari provvedimenti giurisdizionali di merito.

¹⁴⁴ Cfr. art. 2 par. 2: *«I poteri di cui al paragrafo 1 e agli articoli 2-quinquies e 2-sexies possono essere conferiti ad organi distinti responsabili di aspetti differenti della procedura di ricorso»*.

¹⁴⁵ Cass. Civ. SS.UU., ord. 10.2.2010, n. 2906; già prima di tale ordinanza la soluzione era stata prospettata da G. GRECO, *La direttiva cit.*, p. 1056; da notare che la Corte, nella suddetta massima e, soprattutto, nelle premesse della motivazione, mostra di considerare che la pronuncia sul contratto sia parte di una controversia distinta avente ad oggetto diritti soggettivi rispetto a quella relativa all’aggiudicazione; nel punto 4 della pronuncia viene

La ragione della attrazione della cognizione sul contratto viene individuata dalla Cassazione dunque nella configurazione in termini di connessione tra la domanda di annullamento dell'aggiudicazione e della domanda di caducazione del contratto, dal che si ricava che la giurisdizione esclusiva, secondo l'impostazione della Suprema Corte, può riguardare controversie di diritto soggettivo che siano connesse a rapporti di diritto pubblico.

Il suggello alla definitiva soluzione della *vexata quaestio* della giurisdizione sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione è dunque intervenuto ad opera del Legislatore con l'art. 244 d.lgs. 163/2006 come novellato dall'art. 7, d.lgs. 53/2010, disposizione poi trasposta con la medesima formulazione nell'art. 133 c.p.a. lett. e), n. 1, che tuttavia, in ossequio al parere reso dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato, non prevede la qualificazione dei poteri come appartenenti alla giurisdizione di merito (146).

Pertanto, la questione degli effetti del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione viene ora ad essere decisa dal g.a. in sede di cognizione e non più in sede di esecuzione della sentenza di annullamento, come era previsto dalla soluzione adottata dall'A.P. 9/2008.

Non è perfettamente chiaro, tuttavia, quale sia il reale perimetro delle controversie sottoponibili al g.a. in materia di appalti pubblici.

Invero, i punti fermi sembrano essere che il giudice amministrativo abbia giurisdizione in ordine alle controversie, anche risarcitorie, relativamente alla fase di scelta del contraente, ivi compresa la questione della sorte del contratto in caso di annullamento dell'aggiudicazione, mentre spetti al giudice ordinario qualsiasi controversia avente ad oggetto le situazioni di diritto soggettivo nascenti dal contratto (147).

infatti affermato che «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».

¹⁴⁶ Secondo cui «la giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative».

¹⁴⁷ Si afferma infatti che, in base alla nuova normativa, «la cognizione del contratto da parte del giudice amministrativo non è completa, ma è funzionale alla dichiarazione di inefficacia. Il giudice non conosce, dunque, dei vizi del contratto, né degli altri aspetti relativi alla sua

Esiste, tuttavia, una serie di controversie sulle quali non vi è unanimità di vedute; si tratta, ad esempio, delle domande risarcitorie, per responsabilità precontrattuale, tra contraente “disarcionato” per effetto della pronunciata inefficacia del contratto e stazione appaltante; tali cause hanno ad oggetto pacificamente situazioni giuridiche di diritto soggettivo, e tuttavia vi è una palese connessione di tipo oggettivo con la controversia avente ad oggetto il legittimo esercizio del potere di aggiudicazione, circostanza che ha spinto la dottrina e la giurisprudenza ad affermare una attrazione delle medesime nell’ambito della potestà giurisdizionale amministrativa, ed anche la Cassazione, come visto, sembra infine ammettere che la giurisdizione esclusiva possa fondarsi sull’istituto della connessione (148).

Il nostro Legislatore ha altresì scelto di affidare al giudice amministrativo il potere di applicare le sanzioni alternative, prevenendo così in capo al giudicante una commistione, non imposta, di funzioni differenti (149).

validità, né delle norme che regolano l’efficacia del contratto poiché dichiara l’inefficacia a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione»; E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel Decreto Legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2010, p. 1077; in tal senso anche L. BERTONAZZI, *Aggiudicazione, contratto e contenzioso* cit., p. 963, secondo cui «il giudice non si produce in alcun sindacato sul contratto, ma valuta ab externo le conseguenze dell’annullamento dell’aggiudicazione sulla sua efficacia, considerata come fatto consequenziale (all’annullamento dell’aggiudicazione) e non come prodotto di risulta del giudizio di conformità/difformità dalle norme civilistiche su validità ed efficacia del contratto».

¹⁴⁸ A queste potrebbero aggiungersi le controversie relative alla validità ed efficacia del contratto secondo le norme del codice civile; si pensi al caso in cui il ricorrente, il quale faccia valere il proprio interesse legittimo mirando ad ottenere l’aggiudicazione, riesca a dimostrare in giudizio l’illegittimità dell’operato della p.a. ma non vi siano le condizioni per ottenere la privazione di effetti del contratto, il quale, tuttavia, potrebbe per avventura essere anche nullo (per vizio di forma, ad esempio). In questi casi, ci si potrebbe chiedere se il ricorrente possa far valere la nullità davanti al g.a. per ottenere l’aggiudicazione o il rifacimento della gara.

¹⁴⁹ Viene sottolineato come l’istituto in parola avrebbe potuto essere attribuito alla competenza di un’Autorità amministrativa e non giurisdizionale (ad esempio, l’Autorità di vigilanza, che è Autorità indipendente e tale da soddisfare le esigenze della Direttiva), mentre «la scelta operata dal legislatore delegato, viceversa, fa insorgere delicati problemi di compatibilità col ruolo (anche costituzionale) del Giudice amministrativo e con principi di rango comunque superprimario», così G.GRECO, *Illegittimo affidamento dell’appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative del D.Lgs. 53/2010*, cit., p. 731; sostiene invece la legittimità della scelta Cerbo, sostenendo come invero il sistema delle sanzioni alternative previste dalla nostra normativa appaia coerente con il sistema giuridico complessivo, posto che nella Costituzione non vi è una riserva di amministrazione sulle sanzioni amministrative, sia afflittive, sia ripristinatorie non potendosi ricavare a contrariis dall’art. 13 che contiene la riserva per il potere giurisdizionale. Inoltre, diverse disposizioni attribuiscono al giudice civile e penale il potere di irrogare sanzioni amministrative, sicché tale scelta non può essere inibita alla legge che attribuisca analogo potere al giudice amministrativo, cfr. P. CERBO, *Le “sanzioni alternative” nell’attuazione della direttiva ricorsi (e nel codice del processo amministrativo)*, in *Urb. app.*, 2010, p. 884.

Ciò detto in ordine all'individuazione dello "organo indipendente" ad esercitare i poteri di cui all'art. 2 comma 2 Direttiva 1989/665/CE, la disciplina di questi ultimi è contenuta come detto negli art. 121-125 c.p.a., che si passa ora brevemente a commentare.

Dal punto di vista della tecnica legislativa, il codice ha sostanzialmente mantenuto l'impostazione sistematica suggerita dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato di mantenere separata la disciplina dell'inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni (121 c.p.a.) rispetto alle violazioni rientranti negli "altri casi" (122 c.p.a.).

La disciplina delle azioni, e del loro rapporto, è invece contenuta nell'art. 124 c.p.a.; si nota dunque un'operazione di inversione rispetto al rapporto azioni-provvedimenti del giudice contenuto nei Titoli III ("Azioni e domande") e IV ("Pronunce giurisdizionali") del Primo Libro del codice del processo amministrativo dedicato alle "Disposizioni generali".

Ciò detto in ordine all'organizzazione degli istituti, per ciò che concerne la disciplina in concreto adottata si può brevemente osservare quanto segue.

Quanto al periodo di sospensione alla stipula del contratto, la disciplina riproduce le scelte già eseguite in sede di Legge di delega di prevedere lo *stand still* fino alla decisione cautelare e ciò presumibilmente al fine di decidere caso per caso la sussistenza dei presupposti per la prosecuzione della moratoria processuale, ben potendo altresì optare, sussistendone i presupposti processuali, per la definizione immediata del merito (150).

Per ciò che concerne invece più specificatamente la disciplina concreta dei poteri del giudice, in ossequio all'opzione della Legge delega, il Legislatore delegato ha optato per la disciplina degli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto prevedendo che sia il giudice a valutare, a seconda dei casi, se dichiarare o meno inefficace il contratto, e ciò in entrambe le ipotesi di violazioni gravi e violazioni non gravi (151); solamente in ordine

¹⁵⁰ Pronuncia che configura di fatto, un'ipotesi di sostituzione della tutela cautelare con una cognizione sommaria, M. RAMAJOLI, *La tutela cautelare* cit., p. 940.

¹⁵¹ Tra i vari scenari previsti dalla dottrina in sede di commento, si è dunque concretizzata l'ipotesi della "decisione caso per caso", cfr. M. LIPARI, *Annulamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, consultabile in www.federalismi.it, 9, 2008, p. 24.

agli appalti concernenti le infrastrutture strategiche è stato escluso in assoluto il rimedio della privazione di effetti nei casi di violazioni “non gravi” (152).

In particolare, quanto alle violazioni gravi, il Legislatore delegato, ha eseguito la direttiva stabilita dalla Legge delega di stabilire «*deroghe e temperamenti*» previsti dalla Direttiva in ordine all'inefficacia, sostanzialmente trascrivendo la laconica disposizione contenuta nell'art. 2-*quinquies*.

Prescrive infatti il comma 2 dell'art. 121 c.p.a. che il contratto stipulato, pur in presenza delle gravi violazioni, resta efficace qualora venga accertato che «*il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti. Tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, 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*».

In relazione al significato di “esigenze imperative”, in maniera pressoché pedissequa a quanto previsto dalla normativa europea, la disposizione prosegue chiarendo che «*Gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara. Non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici 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*».

Dunque, al fine di valorizzare le esigenze pubbliche sottese al mantenimento di efficacia del contratto, si è scelto di non tipizzare le fattispecie, ma di utilizzare una sorta di clausola generale.

¹⁵² Art. 125, comma 3, c.p.a.: «*Ferma restando l'applicazione degli articoli 121 e 123, al di fuori dei casi in essi contemplati 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*».

Quanto al momento della produzione di inefficacia, l'indicazione della Legge delega di lasciare al giudice che annulla la scelta tra inefficacia *ex nunc* o *ex tunc* «*in funzione del bilanciamento degli interessi delle parti*», è stata tradotta dal Legislatore delegato in una formulazione che prevede che il giudice valuti la portata temporale della pronuncia «*in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto*».

Sicché, il Legislatore nazionale non si è avvalso della facoltà di predeterminare, una volta per tutte, «*le conseguenze di un contratto privo di effetti*» (153) ma ha rimesso tale valutazione al giudice amministrativo, il quale dovrà decidere sulla base dei sopraindicati criteri indeterminati (154).

Per le violazioni non gravi, come detto, la Legge delega prevedeva che, analogamente alla formulazione adottata per la decorrenza dell'inefficacia per le violazioni gravi, la necessità che il giudice compisse la «*la scelta, in funzione degli interessi coinvolti nei casi concreti*» (155).

La declinazione che ne è stata data nell'art. 122 c.p.a. è solo di poco più specifica rispetto all'indicazione della delega, prevedendo il detto articolo, quale oggetto di valutazione da parte del giudice, una serie di elementi “alla rinfusa” e poco indicativi quanto alla identificazione delle fattispecie contemplate dalla norma: «*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 comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta*».

Quanto agli aspetti più propriamente processuali, non viene specificato se la dichiarazione di inefficacia sia regolata o meno in base al

¹⁵³ Art. 2-*quiquies*, par. 2 della Direttiva.

¹⁵⁴ Resta poi da capire «*se il giudice amministrativo possa condannare le parti, in caso di privazione (totale o parziale) di efficacia del contratto, alle conseguenti restituzioni o ripetizioni e, se sì, entro quali limiti di corrispondenza a specifiche domande delle parti sul punto, o ricorrendo a poteri officiosi (di equità correttiva) ex fide bona*», P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, cit., p. 29.

¹⁵⁵ Art. 44, comma 1, n. 3), L. 88/2009.

principio della domanda, e dunque dipenda da una manifestata volontà di parte, oppure possa anche essere pronunciata anche d'ufficio dal giudice; allo stesso modo non è chiarito se gli elementi che consentono la permanenza di efficacia del contratto siano sottoposti al principio dispositivo, e quindi è onere della parte allegare o possano essere rilevati anche dal giudice, purché acquisiti al processo; oppure in relazione a tali elementi valga il principio inquisitorio e quindi debbano essere addirittura essere acquisiti al processo da parte del giudice tramite ordine di esibizione di documenti, ispezioni o consulenze tecniche.

Ancor prima, non è chiaro se la dichiarazione di inefficacia costituisca un'azione autonoma o sia legata alla domanda di annullamento (o di condanna all'adempimento) e dunque, nella sua autonomia, se possa, eventualmente, essere pronunciata in una diversa fase del processo, o addirittura essere oggetto di un autonomo giudizio che prescinda dall'accertamento della pretesa di annullamento dell'aggiudicazione avanzata da un concorrente.

2.7 Ridefinizione della problematica: la natura e la funzione dei poteri del giudice sulla sorte del contratto

Sicché alla domanda che ci si poneva nel precedente quadro ordinamentale, ovverosia se «*la tutela che il giudice esclusivo accorda all'interesse legittimo pretensivo del terzo, concorrente illegittimamente pretermesso, incontra un ostacolo nella giuridica esistenza e validità del contratto stipulato tra amministrazione e contraente originario?* (156)».

Tuttavia, alla luce di quanto si è evidenziato nel paragrafo che precede, si discute in dottrina se l'articolato normativo abbia inteso attribuire al giudice amministrativo un compito più vicino alla ponderazione di interessi del caso concreto piuttosto che al classico sillogismo giudiziario volto alla

¹⁵⁶ M. RAMAJOLI, *La Cassazione riafferma la giurisdizione ordinaria sul rapporto contrattuale tra amministrazione e aggiudicatario*, op cit., 2008, p. 543.

mera applicazione della volontà di legge già formatasi in ordine ad una fattispecie (157).

La discussione nasce, anche in questo caso, in virtù dell'ambigua formulazione delle disposizioni, le quali, a fronte delle diverse variabili che la realtà dei fatti può presentare (158), riconducono la pronuncia di inefficacia ad una serie di parametri generici, eterogenei e senza un preciso ordine gerarchico.

Peraltro, secondo alcune opinioni, quantomeno per ciò che concerne le violazioni “non gravi” di cui art. 122 c.p.a., la ponderazione degli interessi contrastanti sottesa alla pronuncia di inefficacia riguarderebbe unicamente i casi in cui il ricorrente azioni l'interesse finale (ovvero la posizione soggettiva del concorrente che si dichiara illegittimamente privato dell'aggiudicazione) posto che, secondo tale indirizzo, una volta stipulato il contratto, l'interesse strumentale (ovvero l'interesse del concorrente che si sostiene privato illegittimamente della *possibilità* di aggiudicarsi il contratto) potrebbe accedere unicamente alla tutela risarcitoria per equivalente, e ciò in quanto l'inefficacia, secondo tale impostazione, sarebbe legata unicamente alla possibilità di subentro; sicché in tali casi un problema di “ponderazione” neppure si porrebbe (159).

¹⁵⁷ Si dichiara, infatti, che «si è in presenza di poteri cognitivi, ampi e penetranti, che attribuiscono al giudice un'indagine piena su tutti gli aspetti della controversia, di fatto, tecnici e di opportunità anche sulle conseguenti misure da adottare», così E. Follieri, *I poteri del giudice amministrativo nel Decreto Legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2010, p. 1091; in tal senso anche Sticchi Damiani: «potrebbe aprirsi un ampio dibattito circa la possibile amministrativizzazione del giudice che, nella concreta ponderazione degli interessi pubblici antagonisti, sembra potersi avvalere di una discrezionalità più propriamente pertinente all'esercizio del potere amministrativo»; E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2011, p. 263.

¹⁵⁸ Cfr. quanto si è illustrato *supra* parr. 5.1 e 5.2.

¹⁵⁹ E' l'opinione di Sticchi Damiani, il quale rileva che «Il forte rapporto dialettico tra i due interessi in gioco fa per altro verso tre categorie di vittime. La prima è quella dei ricorrenti portatori di interesse strumentale ai quali, quantomeno per le violazioni ordinarie (ossia quelle “non gravi”, n.d.a.), non potendo essi vantare un interesse al subentro, è chiaramente inibita la richiesta di inefficacia del contratto»; E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2011, p. 264; concorda in tal senso anche Carpentieri, il quale rileva che «l'interesse strumentale dell'impresa che ha partecipato senza successo alla gara e che non sia in grado di rivendicare l'aggiudicazione e il contratto, ma faccia valere solo vizi formali e procedurali, è invece giustamente ritenuto minusvalente rispetto a quello della prosecuzione dell'esecuzione del contratto»; P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it

Altra parte della dottrina non condivide l'idea che al ricorrente titolare di un interesse strumentale sia negata a priori l'inefficacia contrattuale ex art. 122 posto che la domanda di inefficacia contrattuale sarebbe invero *«implicita nella (indispensabile) domanda di annullamento dell'aggiudicazione, e non implicata nella (eventuale) domanda di subentro (160)»*.

Peraltro, questa seconda impostazione, che ammette, anche nelle fattispecie di cui all'art. 122, una possibile pronuncia di inefficacia a tutela dell'interesse strumentale si divarica a sua volta in due diverse opinioni.

Secondo una prima tesi infatti in presenza di un annullamento dell'aggiudicazione che prelude alla rinnovazione della gara, *«l'inefficacia sarebbe sostanzialmente dovuta (161)»*; dunque anche in questo caso, ma per ragioni opposte rispetto a chi nega l'accesso all'inefficacia del contratto nei casi di violazioni non gravi implicanti il rifacimento della gara, non vi sarebbe alcuna necessaria ponderazione da compiere.

Secondo altra opinione invece l'interesse strumentale potrebbe accedere alla tutela in forma specifica costituita dalla privazione di effetti del contratto, ma non in ogni caso, posto che *«l'effettiva possibilità del ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati»* costituirebbe *«soltanto uno dei fattori che orientano la complessa valutazione giudiziale ex art. 122 cit., sicché potrebbe aversi inefficacia o efficacia contrattuale in seguito all'accoglimento di un ricorso supportato da interesse strumentale, ad esempio a seconda che il contratto non sia stato eseguito se non in minima parte o sia stato eseguito pressoché integralmente, così come potrebbe aversi (conservazione dell') efficacia contrattuale nonostante l'accoglimento di un ricorso supportato da interesse finale e corredato da domanda di 'subentro', qualora il contratto sia stato ormai integralmente eseguito (162)»*.

Ad ogni modo, a conclusione dell'analisi della riforma legislativa, è possibile affermare come vi sia stato un ampliamento dei poteri cognitori e

¹⁶⁰ L. BERTONAZZI, *Aggiudicazione, contratto e contenzioso*, in (a cura di) R. VILLATA, *I contratti pubblici di lavori, servizi e fornitura*, Lavis, 2014, p. 950, nota n. 103.

¹⁶¹ F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2012, p. 29.

¹⁶² L. BERTONAZZI, *Aggiudicazione, contratto e contenzioso*, in (a cura di) R. VILLATA, *I contratti pubblici di lavori, servizi e fornitura*, Lavis, 2014, p. 951, nota n. 103.

decisori del giudice amministrativo nelle controversie relative alle procedure di aggiudicazione degli appalti (163).

Quanto al rapporto tra tale potenziamento dei poteri con l'effettività della tutela del ricorrente, la fissazione a livello legislativo della cognizione sul contratto e il potere di privarne gli effetti attribuiti al g.a., in sede di cognizione, vanno certamente nel senso di un innalzamento del suddetto livello di tutela sotto il profilo della celerità ed economicità del risultato processuale (164); quanto al contenuto di tutela ottenibile, ciò dipende dalla ricostruzione che si intende privilegiare in ordine al ruolo ed alla funzione del giudice nell'ambito di tale decisione; in questa prospettiva, viene sottolineato come la considerazione, oltre che delle ragioni della tutela effettiva del ricorrente, delle ragioni della stabilità dei contratti, abbia comportato «*in Italia un arretramento della tutela garantita al ricorrente vittorioso dal sistema precedente, che si era ormai assestato nel senso della caducazione automatica del contratto*» (165).

Ciò detto in termini generalissimi, si pone dunque ora la problematica relativa al corretto inquadramento, alla luce delle coordinate interne e europee, dei poteri di cui il giudice dispone in ordine alla sorte del contratto d'appalto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Come più volte sottolineato, dall'analisi dell'articolato delle fonti normative emerge chiaramente come la volontà del legislatore nazionale, esercitando una facoltà concessa dall'ordinamento europeo, si indirizzi verso una ricerca di una qualche forma di bilanciamento di interessi contrapposti: da una parte, l'effettività della tutela del concorrente illegittimamente

¹⁶³ Sottolinea la prospettiva «panprocessuale» e «giudice-centrica» 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.-TAR*, I, 2010.

¹⁶⁴ Sottolinea tale aspetto anche la già citata Cass. Civ., SS.UU., 10.2.2010, n. 2906, la quale afferma che «*non vi è dubbio che l'estensione dei poteri cognitivi dei giudici amministrativi in ordine alla caducazione del contratto concluso per effetto di una procedura illegittima di affidamento dell'appalto, consente agli interessati di ottenere una tutela che si riteneva prima riconosciuta solo attraverso la c.d. ottemperanza e all'esito del giudizio amministrativo di cognizione, con ritardi del processo che doveva proseguire oltre la pronuncia che lo definiva in sede cognitoria, imponendo un necessario autonomo procedimento giurisdizionale di esecuzione o di ottemperanza, per ottenere il risarcimento del danno per equivalente o in forma specifica*» (cfr. punto 6).

¹⁶⁵ L. BERTONAZZI, *Aggiudicazione, contratto e contenzioso*, in (a cura di) R. VILLATA, *I contratti pubblici di lavori, servizi e fornitura*, Lavis, 2014, p. 952, il quale altresì evidenzia come tale evenienza non sia stata adeguatamente sottolineata da molti dei primi commentatori, più propensi ad enfatizzare la priorità della protezione del ricorrente (considerazioni espresse nella nota n. 109).

pretermesso nell'aggiudicazione, dall'altra, la stabilità delle relazioni contrattuali e gli interessi pubblici e privati ivi sottesi (166); e ciò cercando di tener altresì conto della estrema variabilità della situazioni giuridiche e di fatto che possono venirsi a creare in concreto.

Tuttavia si è detto che, forse in relazione alla delicatezza degli interessi coinvolti, il nostro legislatore sembra aver rinunciato a prendere una posizione precisa e comunque a disciplinare in maniera compiuta e coerente tutti gli aspetti rilevanti all'interno della decisione sull'efficacia del contratto, lasciando tale compito alla prassi e riflessione giurisprudenziale e dottrinale (167).

A questo riguardo il panorama venutosi a creare a seguito della riforma, seppur variegato al suo interno in ordine a specifici profili, può distribuirsi idealmente secondo due grandi partizioni: da una parte vi è la posizione di chi ritiene che i poteri del g.a. scolpiti dagli artt. 121 e 122 c.p.a., seppur nella loro "eccentricità", siano comunque espressione di una funzione giurisdizionale nella forma tradizionale di un giudizio di diritto; secondo altra diversa impostazione, invece, il tipo di valutazione demandata al giudice esorbiterebbe dal normale paradigma del giudizio di diritto per sfociare o in una particolare specie di giurisdizione di merito, oppure persino in una vera e propria funzione amministrativa.

¹⁶⁶ L'equilibrio perseguito dalla direttiva è tra la «massima tutela della concorrenza-mercato» e il «minimo sacrificio indispensabile del contratto», P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto*, cit. p. 681; Cintioli rileva però che «queste due finalità sono da combinare tra di loro con un accorgimento, perché spingono in verità in senso opposto. Per salvaguardare in modo pieno il contratto già concluso ed i suoi effetti dovrebbe negarsi del tutto l'ingresso a forme di tutela "reale" che, passando per la sua invalidazione, vengano a menomare quella fiducia che il mercato ripone nella stabilità degli effetti contrattuali. Per garantire una forma di tutela effettiva che non si fermi al risarcimento per equivalente, sarebbe indispensabile per converso proprio sacrificare l'efficacia del contratto», così F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2012, p. 6.

¹⁶⁷ Come sottolineato dalla dottrina «Il nuovo giudizio amministrativo in materia di appalti fatica ad essere incasellato all'interno delle categorie tradizionali. Vero è che ormai il processo amministrativo non riflette più un unico modello, né una struttura uniforme, tuttavia qui si riscontrano una specialità ed una singolarità del tutto particolari», così M. RAMAJOLI, *Il processo in materia di appalti pubblici da rito speciale a giudizio speciale*, in (a cura di) G. GRECO, *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010, p. 121; sintomatico dell'imbarazzo del legislatore nel formulare le regole in materia è l'iniziale etichettatura, nella legge di delega, dei poteri come appartenenti alle forme di giurisdizione esclusiva e di merito del giudice amministrativo, poi divenuta solamente giurisdizione esclusiva a seguito del giudizio negativo su tale formulazione da parte del Consiglio di Stato in sede consultiva.

Viene infatti affermato, in quest'ultimo senso, che *«guardando ai poteri attribuiti al giudice amministrativo dalle disposizioni sopra richiamate (artt. 121 e 122 c.p.a, n.d.a.), è agevole constatare che non si tratta di poteri che si prestino a essere considerati funzionali alla effettiva ed efficace protezione giurisdizionale della situazione giuridica soggettiva del ricorrente che ha ragione, e che anzi essi postulano l'attribuzione di rilevanza, per la definizione del concreto contenuto della pronuncia decisoria di merito a lui favorevole (e del suo grado di satisfattività), a interessi e circostanze estrinseche al processo (...) si potrebbe però osservare che pur essendo la funzione giurisdizionale necessariamente orientata alla protezione di situazioni giuridiche soggettive, tuttavia nessuna norma o principio costituzionale vieta che essa possa essere anche diversamente orientata: la funzionalizzazione alla protezione di situazioni giuridiche soggettive, detto altrimenti, sembra essere sì funzionalizzazione necessaria del processo giurisdizionale, ma non necessariamente la sua funzionalizzazione esclusiva (168)»*.

In ogni caso, secondo tale seconda diversa impostazione, il compito demandato al giudice consisterebbe, non in un semplice giudicare, bensì in un gestire gli interessi coinvolti nel caso concreto dal contratto d'appalto stipulato.

Nel prosieguo, dunque, si esamineranno partitamente le varie posizioni emerse in dottrina ed in giurisprudenza per poi prendere posizione ed offrire una ricostruzione fondata su alcuni argomentati elementi sistematici.

¹⁶⁸ Viene affermato, infatti, che *«guardando ai poteri attribuiti al giudice amministrativo dalle disposizioni sopra richiamate (artt. 121 e 122 c.p.a.), è agevole constatare che non si tratta di poteri che si prestino a essere considerati funzionali alla effettiva ed efficace protezione giurisdizionale della situazione giuridica soggettiva del ricorrente che ha ragione, e che anzi essi postulano l'attribuzione di rilevanza, per la definizione del concreto contenuto della pronuncia decisoria di merito a lui favorevole (e del suo grado di satisfattività), a interessi e circostanze estrinseche al processo (...) si potrebbe però osservare che pur essendo la funzione giurisdizionale necessariamente orientata alla protezione di situazioni giuridiche soggettive, tuttavia nessuna norma o principio costituzionale vieta che essa possa essere anche diversamente orientata: la funzionalizzazione alla protezione di situazioni giuridiche soggettive, detto altrimenti, sembra essere sì funzionalizzazione necessaria del processo giurisdizionale, ma non necessariamente la sua funzionalizzazione esclusiva»*, così C. CACCIAVILLANI, *La giurisdizione amministrativa*, in (a cura di) B. SASSANI B.- R. VILLATA, *Il codice del processo amministrativo – dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, p. 130.

Dapprima, come ci si è proposti nel piano d'indagine, vale la pena di analizzare come altri Paesi europei, nello specifico Germania e Spagna, abbiano inteso adempiere alle disposizioni della seconda Direttiva ricorsi, ed in particolare quali opzioni e quali congegni abbiano inteso prescegliere per far fronte alle contrastanti esigenze sottese alla sorte del contratto.

2.8 Il recepimento della Direttiva in altri Paesi: il caso della Germania

La Direttiva 66/2007/CE è stata recepita con la L. 20 aprile 2009 di modernizzazione del diritto degli appalti, entrata in vigore il 24 aprile 2009, anche se viene rilevato che la Germania si fosse già dotata della maggior parte degli istituti previsti dalla normativa europea, e che dunque tale legge si ponga quale completamento della precedente disciplina.

Occorre considerare innanzitutto quanto alla disciplina dei poteri del giudice amministrativo sul contratto d'appalto nell'ordinamento tedesco, che tale sistema ha attuato la seconda Direttiva ricorsi prevedendo una differenza tra contratti "sopra soglia" e contratti "sotto soglia".

Questi ultimi infatti sono stati esclusi dall'applicazione della Direttiva ricorsi e per essi viene prevista una serie di strumenti che rispecchia la concezione tedesca dei contratti ad evidenza pubblica come normali contratti di diritto privato e per i quali dunque vengono previsti in capo ai soggetti illegittimamente pretermessi nella procedura di selezione rimedi prettamente risarcitori fondati su una responsabilità di tipo precontrattuale del soggetto pubblico.

Sicché, solamente in relazione ai contratti c.d. "sopra soglia", si è prevista, in ottemperanza ai dettami europei, un sistema di tutela per la definizione delle relative controversie.

Ciò posto, innanzitutto è possibile osservare che il sistema tedesco risulta caratterizzato da una parte da spiccata propensione verso una tutela che quanto possibile si svolga anticipatamente rispetto alla stipula del

contratto e dall'altra di una forte restrizione dell'esperibilità del rimedio reale della privazione dei relativi effetti.

Tale impostazione sembra peraltro porsi in linea di continuità con l'assetto precedente che non prevedeva alcun rimedio in forma specifica per l'eliminazione degli effetti del contratto, circostanza che come detto è stata censurata dalla Corte di Giustizia in quanto contraria all'effettivo dispiegarsi della funzione delle direttive sostanziali di creazione di un libero mercato delle commesse pubbliche tra i Paesi membri.

Precisamente, l'ordinamento tedesco nell'intento di perseguire quanto più possibile il principio della stabilità delle relazioni contrattuali, ed il valore della certezza dei traffici che tale principio sottende, predispone innanzitutto un modello procedimentale improntato come detto ad una rapida soluzione della controversia.

Viene previsto innanzitutto un onere in capo del concorrente che si ritiene leso nei propri diritti di presentare una denuncia alla stazione appaltante volta a censurare il suo operato nella procedura di gara e a provocare un riesame da parte della stessa amministrazione procedente e conseguente eventuale eliminazione del vizio.

L'esito negativo di tale iniziativa apre l'accesso allo speciale procedimento amministrativo incardinato presso un organo amministrativo collegiale, specializzato ed indipendente rispetto alla stazione appaltante, denominato Camera di aggiudicazione, da instaurarsi prima dell'aggiudicazione e segnatamente entro il termine decadenziale di quindici giorni dalla comunicazione con la quale l'amministrazione ha manifestato la volontà di non voler accogliere la richiesta contenuta nella denuncia.

Qualora l'impresa lasci scadere il termine per il procedimento amministrativo di verifica, ciò non le preclude l'accesso ai rimedi risarcitori, sostanzialmente autonomi rispetto alla tutela in forma specifica, ma ciò comporterà la ripresa della procedura con l'emanazione dell'aggiudicazione/contratto la cui efficacia non potrà più essere messa in discussione.

Viene poi prevista la possibilità di impugnare la decisione resa dalla Camera di aggiudicazione avanti ad una sezione specializzata della Corte

d'appello del *Land*, quale specifico mezzo di gravame accordato dal GWB alla parte soccombente nel precedente procedimento amministrativo.

In particolare, quanto al rimedio della denuncia preventiva, viene previsto un onere a pena di decadenza di denunciare entro il termine per la presentazione delle candidature o delle offerte i vizi riguardanti la documentazione di gara (tra i vizi riscontrabili in questa fase vengono individuati la scelta di una errata procedura selettiva, la mancata previsione di un criterio di aggiudicazione, la inammissibile commistione fra criteri di ammissione alla gara e criteri per l'aggiudicazione dell'appalto); in relazione agli altri vizi il termine decorre con la conoscenza da parte dell'impresa della violazione della normativa sugli appalti. Il termine per la presentazione della denuncia è diverso a seconda del grado di rilevabilità della illegittimità da parte dell'impresa e va da un minimo di un giorno ad un massimo di 15 giorni per le violazioni complesse.

Qualora venga presentato ricorso alla Camera di aggiudicazione è previsto l'automatico divieto di aggiudicazione della gara (che in Germania vale anche quale stipula del contratto) per tutta la durata del procedimento di verifica attivato presso la Camera e fino allo scadere del termine per la presentazione dell'impugnativa alla Corte d'appello del *Land*; considerato che la sospensione automatica vale solamente in ordine all'aggiudicazione/contratto, l'impresa è autorizzata anche a richiedere alla Camera misure interinali in relazione a qualsiasi atto della procedura.

La Camera può adottare un ampio ventaglio di misure a tutela della lesione denunciata dal ricorrente, che vanno dalla rimessione della procedura ad una fase precedente a quella viziata, all'annullamento dell'esclusione di uno dei partecipanti, all'ordine di rivalutazione delle offerte non tenendo conto di un criterio illegittimamente utilizzato o tenendo conto di un criterio illegittimamente omissivo.

Questa forte tutela preventiva dell'interesse dell'impresa ricorrente è controbilanciata dalla previsione di un rimedio cautelare attivabile dalla stazione appaltante e dall'impresa indicata come aggiudicataria della comunicazione preventiva all'aggiudicazione/contratto, e diretto ad ottenere dalla Camera di aggiudicazione la cessazione degli effetti sospensivi, con

possibilità per la medesima stazione appaltante di aggiudicare l'appalto decorse due settimane dalla pubblicazione della decisione sulla cautela.

La Camera di aggiudicazione, nel decidere la deroga alla sospensione deve tener conto dell'interesse collettivo all'assolvimento dei compiti istituzionali dell'autorità pubblica in ambito economico, nonché del probabile esito della gara. In particolare la Camera risulta tenuta a comparare gli interessi pregiudicati nel caso concreto e l'interesse della collettività ad una rapida conclusione della procedura selettiva, e dunque effettuare una sorte di bilanciamento costi benefici del differimento dell'aggiudicazione ed esecuzione del contratto rispetto alla sua sospensione. E' prevista, inoltre, in caso di autorizzazione all'aggiudicazione prima della conclusione del procedimento davanti alla Camera, l'estensione della regola per la quale una aggiudicazione efficace non può più essere annullata, sicché tale provvedimento risulta eccezionalmente rilasciato posto che l'impossibilità di rimozione fa residuare in capo al ricorrente il solo rimedio risarcitorio.

Con l'impugnazione della decisione amministrativa della Camera l'impresa può chiedere la sospensione degli effetti della decisione appellata sino alla definizione della procedura di reclamo. La domanda, che si sostanzia in prolungamento degli effetti sospensivi dell'aggiudicazione, è respinta se dalla comparazione di tutti gli interessi in gioco, risulta che gli svantaggi derivanti da un differimento della conclusione della gara superano i possibili vantaggi. In particolare, il giudizio comparativo cui è tenuta la Corte d'appello dovrà tener conto dell'interesse della collettività a che l'amministrazione appaltante assolva i suoi compiti istituzionali in ambito economico, il probabile esito della procedura di reclamo e la possibilità per l'impresa ricorrente di aggiudicarsi il contratto, nonché l'interesse della collettività ad una spedita conclusione della gara.

Sia nella procedura di verifica davanti alla Camera che nell'eventuale giudizio davanti alla Corte d'appello non vale il principio dispositivo, non essendo gli organi vincolati alle richieste e alle allegazioni dell'impresa ricorrente e vieppiù opera il principio inquisitorio, per cui gli organi decidenti possono provvedere a tutti gli accertamenti istruttori rilevanti ai fini della decisione.

Infine, in ottica preventiva, viene previsto l'obbligo della stazione appaltante di effettuare nei confronti dell'aggiudicatario, dell'impresa che segue in graduatoria e delle imprese che hanno presentato un'offerta ammessa, una comunicazione con oggetto l'aggiudicazione della commessa con i motivi per i quali le altre offerte non sono state considerate nonché la prima data utile, non inferiore a 15 giorni, per l'emanazione dell'aggiudicazione definitiva.

Una volta stipulato il contratto il sistema tedesco prevede la possibilità di una sua privazione di efficacia in ipotesi eccezionali, rimanendo comunque sempre pacificamente ammissibili i rimedi di carattere risarcitorio.

Le ipotesi tassative in ordine alle quali viene prevista l'inefficacia originaria del contratto riguardano i casi di: violazione della stazione appaltante di informare dell'individuazione dell'offerta vincitrice; emanazione dell'aggiudicazione/contratto prima dei quindici giorni prescritti dopo la comunicazione di aggiudicazione; assenza di procedura di gara in fattispecie non consentite; violazione del divieto di aggiudicazione a fronte dei vari effetti sospensivi della procedura.

Viene peraltro ritenuto possibile che il contratto risulti nullo per violazione della disciplina di diritto comune, nei rari casi in cui il contratto sia il frutto di un disegno collusivo tra stazione appaltante e aggiudicatario.

Occorre sottolineare in ultimo luogo che l'ordinamento tedesco ha optato per una inefficacia originaria del contratto, che, come prescritto peraltro dalla Direttiva, è condizionata al fatto che le violazioni suddette siano state accertate all'interno di uno dei procedimenti speciali che si è più sopra descritti.

2.9 Il caso della Spagna

La Direttiva 2007/66/CE ha comportato problemi di adattamento anche per quanto riguarda il sistema di giustizia spagnolo.

In particolare, poco prima dell'emanazione della seconda Direttiva ricorsi il Legislatore spagnolo era intervenuto con due provvedimenti ovvero le Leggi n. 30 e 31 del 30 ottobre 2007 (“*Ley 30/2007*” e “*Ley 31/2007*”), le quali implementando nell'ordinamento spagnolo rispettivamente le Direttive “sostenziali” n. 18/2004/CE e 17/2004/CE, hanno dettato disposizioni anche in merito ai mezzi di tutela nelle controversie in tema di appalti.

Tale sistema era caratterizzato, in via generale, per quanto concerne la categoria dei “contratti armonizzati” (169) per la trasposizione del sistema di tutela europeo in materia di appalti nell'ambito di un procedimento speciale di carattere giustiziale, denominato *recurso especial en materia de contratación*, di carattere obbligatorio (170), prevedendo una tutela giurisdizionale del giudice amministrativo di carattere prettamente

¹⁶⁹ La disciplina dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione nell'ordinamento spagnolo è fortemente influenzata dal modello di sistematica dei contratti dell'amministrazione previsto nel diritto francese; viene prevista innanzitutto una divisione tra contratti amministrativi (“*contratos administrativos*”) e contratti privati (“*contratos privados*”), espressamente formalizzata legislativamente; in particolare, l'art. 19 della Ley 30/2007 definisce “amministrativi” i contratti stipulati da una amministrazione pubblica aventi ad oggetto opere, forniture e servizi pubblici, nonché i contratti aventi ad oggetto diverso, che tuttavia abbiano natura amministrativa in ragione della loro attinenza all'attività amministrativa o del loro carattere strumentale alla realizzazione di una finalità pubblicistica; l'art. 20 disciplina invece i contratti “privati” ovvero sia i contratti stipulati da soggetti del settore pubblico diversi dall'amministrazione pubblica e taluni negozi conclusi da quest'ultima; su tale distinzione si basa la disciplina applicabile al contratto nonché l'individuazione del giudice avente giurisdizione; in particolare, tutte le controversie a monte dell'aggiudicazione, nonché quelle riguardanti l'esecuzione del contratto sono devolute al g.a. (art. 21, comma 1 Ley 30/2007), cui pure sono riservate, indipendentemente dalla natura amministrativa o privata del contratto, tutte le controversie relative alla fase pubblicistica dell'attività contrattuale della p.a. che vengono definiti *actos separables* e a cui si riconosce, sul modello della teorica degli *actes détachables* di matrice francese, la natura di atti amministrativi; al giudice ordinario sono invece riservate le controversie relative all'esecuzione dei contratti privati, nonché nel caso di contratti privati stipulati da soggetti non qualificabili come pubblica amministrazione, anche le controversie della fase procedimentale (art. 21, comma 2 Ley 30/2007). Nell'ambito di tale classificazione, come detto i contratti europei sono definiti “contratti armonizzati” e sono sottoposti alla disciplina dei contratti amministrativi, in particolare per ciò che concerne la tutela giurisdizionale, devoluta al giudice amministrativo.

¹⁷⁰ Nel senso che la proposizione del *recurso especial en materia de contratación* costituisce condizione necessaria al fine dell'accesso alla tutela giurisdizionale del g.a.; ciò risponde al principio generale, presente nell'ordinamento spagnolo, per il quale spetta alla amministrazione giudicare, in prima battuta, sulla legittimità dei propri atti.

impugnatorio avverso le decisione dell'organo amministrativo di ricorso e senza la previsione di riti o rimedi speciali.

In particolare, con riferimento a tale sistema due sono state le criticità identificate dalle istituzioni europee come contrarie alla disciplina dei mezzi di tutela nelle controversie in materia di appalti.

In primo luogo è stata contestato che la competenza alla cognizione del ricorso speciale posto in capo alla stessa amministrazione competente all'espletamento della procedura di aggiudicazione, violava la regola della necessaria indipendenza dell'organo di ricorso (171).

La seconda problematica di disallineamento dell'ordinamento spagnolo rispetto a quello europeo in materia ha riguardato la limitazione degli atti impugnabili attraverso il ricorso speciale; ed infatti inizialmente tale rimedio era previsto unicamente in relazione alla sola aggiudicazione definitiva, la quale, nell'ordinamento spagnolo, così come in quello tedesco, costituisce conclusione del contratto d'appalto.

A seguito di specifica censura della Corte di Giustizia (172), l'art. 37 della Ley 30/2007 ha consentito l'impugnazione oltre che del bando e del capitolato anche dell'aggiudicazione provvisoria, ma anche in seguito a tale intervento, la Commissione ha evidenziato come anche tale innovazione non consente di superare i rilievi di non conformità all'ordinamento europeo, posto che viene comunque limitato ai partecipanti di impugnare l'aggiudicazione definitiva e gli atti assunti tra la prima e la seconda quale, tra gli altri, la verifica dei requisiti in capo all'aggiudicatario provvisorio (173).

¹⁷¹ Commissione CE, parere motivato del 8 ottobre 2009, 2002/2190, C (2009) 7192, secondo cui tale commistione di competenze di amministrazione attiva e giustiziale non consentirebbe di considerare il ricorso come "efficace" nel senso previsto dall'art. 2, comma 1, lett. a) e b) della Direttiva 89/665/CEE, come interpretata dalla Corte di Giustizia; viene osservato infatti che le disposizioni delle Direttive ricorsi hanno lo scopo di tutelare i partecipanti alle gara d'appalto da qualsiasi decisione arbitraria delle stazioni appaltanti, sicché la devoluzione del ricorso contro gli atti di gara alla stessa amministrazione che li ha emanati non garantisce quell'imparzialità posta a presidio di decisione arbitrarie, CGCE, 24 giugno 2004 (in causa C-212/02), Commissione c. Austria, punto 20.

¹⁷² Secondo la quale «*poiché l'atto di aggiudicazione comporta de jure la conclusione del contratto, ne consegue che la decisione dell'autorità aggiudicatrice con cui quest'ultima procede alla scelta dell'aggiudicatario tra gli offerenti non può costituire oggetto di un ricorso specifico in un momento anteriore proprio alla conclusione del contratto*», CGCE, 3 aprile 2008 (in causa C-444/06).

¹⁷³ Commissione CE, parere motivato del 8 ottobre 2009, 2002/2190, C (2009) 7192.

Tali criticità hanno trovato rimedio per il tramite della “*Ley de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público y 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales para su adaptación a la normativa comunitaria*”, con la quale l’ordinamento spagnolo ha provveduto ad un più completa attuazione della Direttiva 66/2007/CE.

Con riferimento al primo profilo segnalato, il nuovo art. 311 della Ley 30/2007 ha previsto l’istituzione del Tribunale Amministrativo Centrale dei ricorsi contrattuali (Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales) presso il Ministero dell’Economia e delle Finanze (174).

Quanto al profilo legato agli atti impugnabili, l’attuale art. 140 della Ley 30/2007 prevede ora espressamente che la conclusione del contratto di appalto non si perfeziona più al momento della emanazione dell’aggiudicazione definitiva, bensì al successivo momento della formale stipula del negozio.

Vieppiù il suddetto articolo prevede ora, in ossequio ai dettami europei sulla necessità di garantire una decisione sulle controversie prima della stipula del contratto, un termine dilatorio minimo tra l’aggiudicazione e la formalizzazione del contratto decorrente dalla notificazione dell’aggiudicazione ai partecipanti, volto a consentire agli interessati di proporre il ricorso speciale. Viene altresì previsto che se oggetto dell’impugnazione è l’aggiudicazione definitiva è automaticamente sospeso il procedimento di contrattazione fino alla decisione di merito del ricorso.

Infine, sotto l’aspetto procedurale, si prevede l’esperimento del preavviso di ricorso da inoltrare all’amministrazione appaltante quale condizione necessaria per la proposizione del ricorso speciale entro 5 giorni dalla notificazione del provvedimento, con la possibilità di richiedere misure cautelari *ante causam*.

¹⁷⁴ Il quale prevede altresì per le autonomie locali l’obbligo di istituire un organo responsabile delle procedure di ricorso con le stesse caratteristiche del Tribunale Amministrativo Centrale; anche questo organo, tuttavia, presenta scarsi caratteri di imparzialità ed indipendenza posto che, da una parte, a dispetto del nome, costituisce un organo con scarsa indipendenza dall’esecutivo, considerato che il presidente e i componenti sono nominati dal Consiglio dei Ministri dell’Economia e della Giustizia. Le uniche garanzie di indipendenza ed imparzialità sono costituite dalla previsione dell’inamovibilità dei componenti e dalla specifica competenza in materia giuridica e con particolare riferimento alla materia degli appalti.

L'organo responsabile del ricorso possiede un ampio spettro di poteri, potendo, oltre alla concessione delle misure cautelari, disporre l'aggiudicazione dell'appalto e/o l'indennizzo nei confronti del ricorrente.

Quanto al contenuto delle misure cautelari, l'art. 38 della Ley 30/2007 prevede la possibilità di richiedere, sia con il ricorso speciale che con istanza separata anche *ante causam*, tutte le misure cautelari ritenute opportune per correggere i vizi procedimentali ed impedire pregiudizi in capo al ricorrente, ivi compresa la sospensione del procedimento di aggiudicazione e di qualsiasi altra decisione presa dalla stazione appaltante (175).

Come detto, la tutela accordabile dal giudice amministrativo in materia di appalti non è caratterizzata da rito e rimedi speciali, la quale dunque assume le forme del giudizio ordinario (176), il quale, nel caso degli appalti, avrà ad oggetto la decisione emanata dal Tribunale Centrale Amministrativo.

E' prevista la possibilità di adottare misure cautelari, per le quali, l'art. 136 della Ley 29/1998 *Regoladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* del 13 luglio 1998, prevede che il provvedimento cautelare viene adottato «*a meno che non appaia evidente che non ricorrono le situazioni previste da tali articoli (29 e 30) o che il provvedimento perturba gravemente gli interessi generali o di terzi, che il giudice valuterà in maniera circostanziata (...)»*.

Occorre infine accennare alla soluzione adottata dall'ordinamento spagnolo in relazione alle conseguenze sul contratto dell'annullamento dell'aggiudicazione.

L'art. 35 della Ley 30/2007 adottava a questo riguardo la soluzione della nullità con inefficacia *ab origine* del contratto le cui prestazioni eventualmente eseguite vanno dunque restituite, con la previsione ulteriore che la parte cui è imputabile la nullità è obbligata ad indennizzare l'altra. Il

¹⁷⁵ Molto rapida risulta la conclusione del procedimento posto che viene previsto che la decisione deve pervenire entro due giorni dalla presentazione del ricorso o dalla separata istanza; le misure cautelari *ante causam* decadono allo spirare del termine previsto per la presentazione delle offerte.

¹⁷⁶ In particolare, il giudizio amministrativo spagnolo si ispira alla tradizione continentale maturata con riferimento al modello francese; il termine per proporre ricorso è di due mesi dalla conoscenza del provvedimento e il giudizio si configura come meramente cassatorio, senza la possibilità, eccetto i riti speciali (nell'ambito dei quali non è annoverato come detto il giudizio appalti), di pronunce diverse rispetto a quelle di annullamento.

medesimo articolo prevede inoltre, a mitigazione della drasticità delle conseguenze, che qualora la privazione di effetti perturbi gravemente l'espletamento di un servizio pubblico, può essere previsto il mantenimento degli effetti del contratto, in attesa provvedimenti urgenti atti ad eliminare i pregiudizi derivanti dall'eliminazione del contratto.

In relazione a tale potere di consentire il mantenimento degli effetti del contratto, la Corte di Giustizia aveva avuto modo di stigmatizzare l'eccessiva disinvoltura con la quale l'organo di ricorso ha discrezionalmente escluso la dichiarazione di nullità, statuendo che il mantenimento degli effetti del contratto, per non minare all'effetto utile delle direttive sostanziali, debba essere applicato solamente in casi eccezionali e comunque in attesa che vengano adottati provvedimenti urgenti, e ciò in quanto, lo scopo della disposizione non è quello di impedire l'esecuzione della dichiarazione di nullità del contratto, ma di evitare le conseguenze eccessive e pregiudizievoli della dichiarazione, in attesa che si adotti una soluzione che salvaguardi la continuità del servizio pubblico espletato tramite il contratto (177).

A correzione della criticità è stato riformato l'art. 37 della Ley 30/2007 prevedendo che la nullità del contratto consegua ai casi di: appalto aggiudicato senza la preventiva pubblicazione del bando di gara secondo le modalità previste dalla medesima Ley; mancato rispetto del termine dilatorio di quindici giorni tra l'aggiudicazione e la conclusione del contratto; stipula del contratto senza rispetto del periodo di sospensione automatica derivante dalla proposizione del ricorso speciale e senza attendere la decisione dell'organo responsabile delle procedure di ricorso in ordine al mantenimento o meno dell'efficacia del contratto; trattandosi di un appalto aggiudicato nell'ambito di un accordo quadro o di un sistema dinamico di contrattazione concluso con più imprenditori, non risulti rispettato l'obbligo, nel caso in cui l'accordo o il sistema non dispongono altrimenti, di esperire un confronto competitivo tra tutti i sottoscrittori dell'accordo o partecipanti al sistema dinamico.

Quanto alle conseguenze della dichiarazione di inefficacia la norma riproduce la disciplina precedente quanto alla retroattività delle conseguenze

¹⁷⁷ CGCE, 3 aprile 2008 (in causa C-444/06), Commissione CE c. Regno di Spagna, punto 55.

e obbligo di indennizzo. Vengono poi meglio precisati i presupposti per il mantenimento dell'efficacia del contratto, nonostante le violazioni della disciplina di gara, stabilendo che detto mantenimento può avvenire solamente se l'organo responsabile del ricorso ritiene che, in ragione della ricorrenza di circostanze eccezionali, lo esigono imperative ragioni di interesse generale; la disposizione prosegue poi con una formulazione che, come nel nostro ordinamento, ricalca per lo più quella dell'art. 2-*quinqüies* della Direttiva.

La caratteristica saliente del sistema spagnolo è tuttavia la possibilità di proporre l'azione di nullità del contratto in via autonoma rispetto all'azione di annullamento degli atti della serie procedimentale. Prevede infatti l'art. 39 della Ley 30/2007 che la possibilità di esperire l'azione autonoma di nullità, con lo stesso procedimento previsto per il ricorso speciale, entro il termine di trenta giorni dalla pubblicazione dell'atto di aggiudicazione o dalla notificazione o dalla notificazione agli interessati dei motivi per i quali la loro offerta è stata ritenuta peggiore di quella dell'aggiudicatario.

2.10 Conclusioni

Occorre tirare le fila di questa seconda parte della ricerca.

A conclusione del precedente capitolo si è detto che il problema della sorte del contratto nei contratti di appalto si pone all'interno della generale problematica dell'effettività della tutela giurisdizionale della situazione soggettiva dell'operatore economico interessato alla stipula del contratto.

Più in particolare si pone all'interno del difficile rapporto tra effettività della tutela e necessità di contemperamento di interessi pubblici e privati contrastanti con la tutela in forma specifica dell'interesse del ricorrente.

L'ordinamento europeo, rilevata tale problematica è intervenuto con una disciplina volta a fornire strumenti di tutela alle posizioni giuridiche degli operatori economici e ciò al fine di rendere effettiva la normativa sostanziale di disciplina delle procedure di aggiudicazione, ed in ultima analisi, perseguire l'obiettivo della liberalizzazione del mercato delle commesse pubbliche.

Ed infatti, la sussistenza di efficaci misure ripristinatorie costituisce incentivo alla partecipazione delle imprese alle procedure di aggiudicazione.

Obiettivo dichiarato della Direttiva è infatti quello di migliorare l'effettività della tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici, evitando che il giudizio si instauri a contratto ormai concluso e incoraggiando così *«gli interessati ad avvalersi maggiormente delle possibilità di ricorso con procedura d'urgenza, prima della conclusione del contratto»* (28° considerando (178).

La logica che ha mosso il legislatore europeo è stata dunque quella di rivolgersi direttamente ai singoli soggetti giuridici per raggiungere i propri obiettivi macroeconomici, attribuendo ad essi nuove situazioni giuridiche strumentali, come il diritto a vedersi garantita una risposta da un organo di giustizia prima della stipula del contratto in ordine alla propria aspirazione all'aggiudicazione del contratto (rappresentato dall'introduzione della

¹⁷⁸ M.RAMAJOLI, *La tutela cautelare nel contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2011, p. 934.

disciplina dello *stand-still*), e finali, quale il diritto ad ottenere a certe condizioni la privazione di effetti del contratto, quale misura ripristinatoria della possibilità per il ricorrente medesimo che ha avuto ragione di ottenere specifica tutela dell'interesse fatto valere (179).

Come sottolineato dalla dottrina, l'intervento europeo non consiste solamente in una riforma ma in un vero e proprio diverso modo di legiferare del Legislatore europeo che è dunque passato «*dal limite negativo imposto ai legislatori nazionali nella forma di divieto di rendere praticamente impossibile la tutela dei diritti di origine europea al requisito positivo della garanzia della tutela effettiva, in cui si eleva l'elemento dell'effettiva azionabilità processuale a componente qualificante della vita degli interessi che si specificano in situazioni soggettive di tipo europeo*» (180).

Nella consapevolezza che l'evidenza pubblica racchiude anche valori "oggettivi" quali l'efficienza ed economicità dell'azione amministrativa volta all'acquisto di beni e servizi, l'ordinamento europeo ha lasciato agli Stati membri la facoltà di regolare il regime dell'inefficacia da una parte e le condizioni per la declaratoria di inefficacia dall'altra.

Sicché, i profili di possibile oggettività della disciplina rilevati dalla dottrina, non sembrano un portato della disciplina europea, bensì di eventuali scelte degli Stati membri, ai quali spetta di determinare il compito attribuito all'organo giurisdizionale in relazione alla questione del contratto d'appalto.

Come evidenziato dai commentatori, la lacunosità della disciplina di diritto interno non ha permesso di delineare con precisione lo statuto che il nostro ordinamento ha inteso attribuire al potere di intervento del giudice amministrativo sul contratto d'appalto.

Tali profili, nel nostro Paese, sono stati oggetto di lungo ed articolato dibattito dottrinale e giurisprudenziale che si passa ora ad illustrare nel terzo capitolo dell'indagine.

¹⁷⁹ Viene sottolineato come, nell'ottica dell'ordinamento europeo, «*l'effettività della tutela è sempre strumentale all'effetto utile della politica europea d'apertura del mercato degli appalti pubblici*», M.RAMAJOLI, *La tutela cautelare* cit., p. 936.

¹⁸⁰ M.RAMAJOLI, *La tutela cautelare* cit., p. 934.

Capitolo 3. Gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in ordine alla funzione e alla natura dei poteri del giudice amministrativo sulla sorte del contratto d'appalto

SOMMARIO: *3.1 Premessa – 3.2 Funzione e natura della pronuncia sull'efficacia del contratto: la tesi dell'inefficacia come sanzione: le varie opinioni dottrinali - 3.3 Gli indirizzi giurisprudenziali riconducibili alla natura sanzionatoria dell'inefficacia - 3.4 La tesi dell'inefficacia funzionalizzata al subentro del ricorrente nel contratto d'appalto: le varie opinioni dottrinali - 3.5 Gli indirizzi giurisprudenziali riconducibili alla funzionalizzazione dell'inefficacia alla tutela del ricorrente - 3.6 Le tesi sulla natura del giudizio demandato al giudice: la tesi del giudizio secondo diritto - 3.7 La tesi del giudizio sulla sorte del contratto quale valutazione discrezionale: discrezionalità amministrativa, merito ed equità: nozioni e strutture - 3.8 La tesi della discrezionalità amministrativa - 3.9 La tesi del giudizio secondo equità – 3.10 La natura dei poteri secondo la giurisprudenza*

3.1 Premessa

Dopo aver effettuato una disamina delle diverse soluzioni circa il ruolo del giudice nel processo appalti adottate da altri Paesi membri, occorre ora riprendere l'analisi della disciplina dei poteri del giudice nella prospettiva del ordinamento interno.

Concludendo l'esame della disciplina di cui agli artt. 121-125 c.p.a., si è detto che, esaurite le storiche problematiche interne circa gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto e l'individuazione del giudice deputate a conoscerle, la tematica in discussione nell'attuale fase ordinamentale concerne la natura delle valutazioni che il giudice è chiamato

a svolgere nella decisione relativa alla sorte del contratto e alla definizione concreta, anche dal punto di vista temporale, dei rapporti in essere tra i contraenti.

Ed invero, come rilevato nel capitolo precedente, la Direttiva ricorsi attribuisce agli Stati membri la facoltà di scegliere tra un ventaglio di possibili soluzioni tecniche in funzione della gestione delle evenienze che possono configurarsi in rapporto all'esecuzione dell'accertamento giurisdizionale.

Pare opportuno un sintetico riepilogo degli obblighi e delle facoltà posti in capo agli Stati membri.

Quanto ai primi, innanzitutto, viene previsto che nel caso delle gravi violazioni, sostanzialmente coincidenti con gli affidamenti senza gara o con violazione del divieto di stipula prima della decisione circa la regolarità dell'aggiudicazione, gli Stati membri debbano prevedere, come regola, l'inefficacia del contratto. La Direttiva prescrive poi che la privazione di effetti del contratto venga assunta da un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice (181).

Quanto alle facoltà, dal punto di vista della disciplina sostanziale della sorte del contratto, viene permesso agli Stati membri: di scegliere se estendere il rimedio ripristinatorio dell'inefficacia anche alle fattispecie di violazione non grave; di prevedere eccezioni alla dichiarazione di inefficacia nelle violazioni gravi, purché legate ad un interesse generale imperativo, obbligando nel contempo, in questo caso, a prevedere sanzioni alternative di carattere afflittivo; di prevedere una privazione di effetti *ex nunc* o *ex tunc*; di prevedere una decisione di carattere vincolato o di carattere "discrezionale" (182); di regolamentare il regime giuridico del contratto; infine, di prevedere una pregiudizialità tra tutela in forma specifica e per equivalente.

¹⁸¹ Per questo motivo non sembra in linea con la Direttiva la prassi giurisprudenziale italiana che tuttora prevede la possibilità, nell'ambito degli appalti europei, per le amministrazioni aggiudicatrici di privare di effetti il contratto peraltro automaticamente attraverso l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione.

¹⁸² Art. 1 par. 1: "*Gli Stati membri assicurano che un contratto sia considerato privo di effetti da un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice o che la sua privazione di effetti sia la conseguenza di una decisione di detto organo di ricorso (...)*"; visto che la competenza esclusiva dell'organo è già stata sancita dalla prima parte della proposizione, l'alternativa tra considerare privo di effetti un contratto o privarlo di efficacia come conseguenza di una decisione dell'organo non può che alludere al carattere vincolato o discrezionale della decisione.

Invero, se queste sono le scelte concesse agli Stati, si tratta di capire quale opzione è stata compiuta dal nostro ordinamento, e attraverso quali strumenti concreti è stata implementata.

Si è detto che a fronte delle suddette facoltà, il nostro Legislatore non ha optato per una disciplina compiuta e chiara dei poteri del giudice sul contratto d'appalto.

Tale lacunosità, come si vedrà a breve nell'ambito dell'esame della giurisprudenza, presenta numerose problematiche applicative, peraltro difficilmente coordinabili all'interno di un disegno che sia nel contempo coerente e sostenuto da una conforme intelaiatura di diritto positivo.

Si anticipano fin da ora, in forma schematica, le linee fondamentali delle opinioni interpretative rinvenute nell'ambito della presente indagine.

Dall'esame del panorama dell'offerte dottrinali è possibile rinvenire l'aggregarsi di tre tendenze ricostruttive.

Secondo una prima opzione interpretativa, il processo appalti sarebbe volto ad una tutela oggettiva della concorrenza rispecchiata da un intervento di tipo officioso del giudice amministrativo nella privazione di effetti del contratto. Secondo questa visione il contratto si porrebbe come elemento la cui permanenza manifesta un pregiudizio alle ragioni della concorrenza e per tale ragione andrebbe per quanto possibile tolto di mezzo, anche con iniziativa d'ufficio e con una legittimazione allargata quantomeno all'amministrazione aggiudicatrice.

In base ad un secondo orientamento, il processo appalti avrebbe invece la funzione di tutelare la situazione giuridica lesa dei concorrenti che hanno presentato ricorso, all'interno del quale il giudice sarebbe vincolato al pieno rispetto del principio della domanda, anche in relazione alla misura ripristinatoria della privazione di effetti del contratto, e del principio dispositivo; il modello sarebbe dunque quello del processo di diritto soggettivo e di parti, in cui la misura ripristinatoria dell'inefficacia del contratto sarebbe asservita alla tutela in forma specifica, nei limiti della sua accordabilità, del concorrente pretermesso.

Nell'ambito di tale orientamento, si distingue poi chi considera le valutazioni compiute dal giudice in ordine alla sorte del contratto all'interno del fenomeno dell'arricchimento dell'accertamento contenuto nella sentenza

di annullamento, in un'ottica di definizione dell'assetto degli interessi da parte del giudice della cognizione, e chi invece considera gli speciali poteri del giudice come una forma di sostituzione dell'organo giurisdizionale all'esercizio di poteri amministrativi normalmente posti in capo alla pubblica amministrazione, seppur sempre in funzione esecutiva del giudicato.

Infine, un terzo orientamento propone una prospettiva ben più radicale che accosta gli speciali poteri del giudice amministrativo sul contratto d'appalto alla forma di funzione giurisdizionale che prende il nome di volontaria giurisdizione, e ciò, evidentemente, quale tentativo di giustificare l'attribuzione di valutazioni sostanzialmente gestorie dell'organo giurisdizionale (183).

Al fondo degli orientamenti in questione si pongono temi centrali quali l'assetto dei rapporti tra giudice e amministrazione e la, da sempre paventata, vocazione oggettivistica del processo amministrativo.

Ciò detto, sembra utile evidenziare, sempre in maniera "stilizzata", l'impatto dei vari schemi di opzione in relazione ai vari interessi in gioco.

Gli interessi sociali sembrano essere di due diversi tipi.

Il primo è l'interesse generale della collettività europea alla concorrenza il cui raggiungimento viene fatto dipendere dal pieno rispetto delle regole procedurali nella scelta del contraente stabilite a livello europeo e recepite nel nostro ordinamento. In sostanza, l'ordinamento europeo ha la primaria esigenza a che l'opera o il servizio sia contendibile.

Il secondo è l'interesse pubblico della collettività interna alla esecuzione, celere ed efficiente in termini di rapporto qualità/costo finale, della prestazione contrattuale racchiusa nell'appalto, come può essere la realizzazione di un'opera pubblica o la fornitura di materiali o servizi utilizzati dalla p.a. nell'ambito di un servizio pubblico, la cui attuazione è perseguita dalle regole volte ad accelerare le procedure di realizzazione ed evitare l'aumento dei costi per la realizzazione dell'opera medesima. In breve,

¹⁸³ L'accostamento risulta avanzato da Riccardo Villata nel suo intervento nell'ambito dell'incontro di studi organizzato a Milano dal Centro di studi sulla giustizia amministrativa nel 2011 dal titolo "Il contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici"; G. Tropea ritiene che tale lettura vada accompagnata da ampie riflessioni sul piano amministrativo sostanziale e costituzionale, G. TROPEA, *L'ibrido fiore della conciliazione* cit. p. 110.

il nostro ordinamento ha l'esigenza primaria a che l'opera venga realizzata, celermente ed al minor costo.

Guardando agli interessi dei soggetti, il concorrente pretermesso ha l'interesse coincidente con quello europeo alla piena ed effettiva applicazione ed esecuzione delle regole ad evidenza pubblica; l'amministrazione pubblica contraente in linea di massima è portatrice dell'interesse della comunità di appartenenza; il contraente privato ha interesse a poter contare sulla stabilità della relazione contrattuale.

In ordine alla questione sostanziale dell'inefficacia del contratto, dal punto di vista degli interessi collettivi, una soluzione che associasse alla violazione delle norme dell'evidenza pubblica, sempre, o comunque come regola generale, l'inefficacia del contratto tutelerebbe fortemente l'interesse europeo alla concorrenza, ma pregiudicherebbe la celere esecuzione dell'opera ed il suo costo (184). Al contrario, una soluzione che negasse la privazione degli effetti del contratto tutelerebbe la celere ed efficiente esecuzione dell'opera, ma pregiudicherebbe il perseguimento dell'interesse collettivo della concorrenza posto che alla dichiarazione della violazione non seguirebbe l'effetto che la regola vorrebbe ottenere, ossia l'attribuzione della commessa al migliore operatore economico, e ancor prima la consapevolezza per gli operatori economici di avere la possibilità concreta di ottenere l'appalto, al che seguirebbe alla lunga, in teoria, una minor offerta delle prestazioni sotto il profilo della qualità e del prezzo, o del loro rapporto¹⁸⁵.

In via approssimata si può dunque dire che l'inefficacia è funzionale alla concorrenza, il mantenimento dell'efficacia alla celere ed economica realizzazione della prestazione.

Vista la contrarietà dei due interessi, la necessità di una loro composizione sembra debba passare, o attraverso la prevalenza dell'uno sull'altro, oppure attraverso una loro composizione, a sua volta congegnabile

¹⁸⁴ Come si è detto Dall'articolato della Direttiva appare chiaro che tale soluzione non è imposta in assoluto, nemmeno nei casi di violazione c.d. gravi della normativa sulla procedura di scelta del contraente, purché l'interesse sotteso al mantenimento del contratto sia effettivo ed imperativo.

¹⁸⁵ In altre parole, ne pregiudicherebbe l'effettività intesa come il fenomeno di tensione delle norme giuridiche alla propria realizzazione attraverso delle «*garanzie che ne assicurano l'esecuzione*», V. CARBONE, *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009, p. 6; il quale riporta l'efficacia immagine di Jellinek secondo la quale «*tutto il diritto (per essere tale) deve avere valore effettivo, cioè la possibilità di realizzarsi sui fenomeni*».

come una tipizzazione di regola-eccezione, o attraverso un qualche forma di canone elastico (186); nel primo caso la certezza e prevedibilità delle soluzioni sarebbe il valore preponderante a scapito della variabilità delle esigenze del caso concreto, nel secondo caso si privilegierebbe la “equità” della soluzione a scapito della certezza del diritto.

Dal punto di vista degli interessi individuali dei soggetti, l’inefficacia del contratto ha l’effetto di permettere all’interesse del ricorrente alla stipula del contratto di ottenere piena soddisfazione mentre pregiudica l’interesse dell’amministrazione alla celere ed economica esecuzione dell’opera e delude l’affidamento del contraente alla stabilità della relazione contrattuale; al contrario il mantenimento dell’efficacia del contratto delude l’interesse del ricorrente ad ottenere l’appalto, ma tutela gli interessi dei contraenti.

In ordine alla questione della disponibilità processuale della questione della sorte del contratto, demandare l’iniziativa al potere officioso del giudice amministrativo, a prescindere da una richiesta di parte, significherebbe attribuire al giudice il compito di tutelare gli interessi obiettivi della concorrenza e dell’interesse pubblico sotteso all’esecuzione del contratto, privando le parti della disponibilità dei rispettivi interessi perseguiti.

Ciò premesso, il nostro Legislatore ha preso posizione precisa solamente in relazione all’estensione dell’inefficacia del contratto anche alle violazioni non gravi, alla deroga all’inefficacia nelle ipotesi delle violazioni gravi in caso di sussistenza di interessi imperativi, alla modulazione temporale degli della dichiarazione di inefficacia, mentre non ha preso posizione in ordine al tipo di valutazione che il giudice deve compiere in ordine alla sorte del contratto e dei soggetti deputati al rilievo della relativa questione.

Si può ora passare all’esposizione ragionata dei vari orientamenti dottrinali e giurisprudenziali.

¹⁸⁶ Quale può essere la proporzionalità nel senso della massimizzazione totale dell’utilità delle due istanze sociali.

3.2 Funzione e natura della pronuncia sull'efficacia del contratto: la tesi dell'inefficacia come sanzione: le varie opinioni dottrinali

Occorre in primo luogo esaminare le posizioni della dottrina con riguardo alla natura e alla funzione della pronuncia giurisdizionale di privazione di effetti del contratto già stipulato.

Secondo una prima impostazione la privazione di effetti del contratto, quantomeno nelle fattispecie delle violazioni gravi, costituirebbe una misura volta a sanzionare la violazione del diritto europeo sulle procedure di contrattazione, e dunque il giudice verrebbe chiamato d'ufficio a rilevare tale violazione.

Si rileva, infatti, da una parte della dottrina che, in ordine alla disciplina dell'inefficacia del contratto, la funzione del processo sembra orientata in direzione di *«abbandono della concezione strettamente soggettiva della giurisdizione amministrativa: in questo caso, infatti, il Giudice non solo interviene d'ufficio, ma anche interviene (con valenza sanzionatoria) per soddisfare l'interesse oggettivo dell'ordinamento e, così, in funzione di tutela e ripristino della concorrenza, che, anche secondo il parere del Consiglio di Stato, rappresenta l'interesse primario tutelato dalla normativa di settore (187)»*.

Viene evidenziato che la natura sanzionatoria della misura dell'inefficacia trova difficile armonizzazione con il principio dispositivo che informa il processo amministrativo e per la sua *«contaminazione in termini di giurisdizione di diritto oggettivo»* (188); eppure viene constatato che la statuizione d'ufficio *«appare forse più coerente con la disciplina dell'art.*

¹⁸⁷ Così si esprime Greco in ordine alla possibilità di leggere la pronuncia sull'inefficacia del contratto nelle fattispecie di gravi violazioni come slegata da una domanda di parte; G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, cit. p. 736; l'autore più oltre (p. 744) conclude invece per l'operatività del principio della domanda in relazione alle fattispecie non gravi in ragione della formulazione della disposizione sul potere del giudice che *«stabilisce se dichiarare in efficace il contratto» e non «dichiara l'inefficacia del contratto»*, come si esprime viceversa l'art. 121 c.p.a.

¹⁸⁸ Secondo Cintioli, questa armonizzazione sarebbe impossibile e dovrebbe risolversi a favore del principio della domanda, per ragioni di coerenza con l'impianto del codice del processo amministrativo e con le norme costituzionali che funzionalizzano la giurisdizione verso la tutela della situazione giuridica soggettiva che si assume lesa, F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici* cit. p. 22.

121, norma che si muove nella direzione, inedita per l'ordinamento, di un potere sanzionatorio esercitato dal giudice, e che prevede comunque, nell'eventualità della conservazione del contratto, l'irrogazione di sanzioni alternative (comma 4)(189)».

Quanto alla pronuncia, pur descritta in termini dichiarativi (190), non costituirebbe una sentenza di mero accertamento e ciò «*non solo perché è collegata all'azione di annullamento dell'aggiudicazione, a sua volta vincolata all'osservanza di termini di decadenza (...) ma anche perché tale pronuncia non si limita a "fotografare" un assetto di rapporti compiutamente stabilito dalla legge (basta considerare che, dovendo il Giudice scegliere tra inefficacia ex nunc ed efficacia ex tunc, già tale determinazione presenta connotati innovativi sulla situazione preesistente (191))*»; peraltro come ricorda lo stesso autore è la stessa Direttiva nel preambolo a stabilire che «*la carenza di effetti non dovrebbe essere automatica, ma dovrebbe essere accertata da un organo di ricorso indipendente*», sicché l'intermediazione del Giudice apparirebbe dunque necessaria con la conseguenza che la pronuncia dovrebbe considerarsi del tipo costitutivo.

Sicché, la ragione dell'inefficacia sarebbe da trovarsi in una patologia del contratto riscontrabile però solamente per il tramite di una pronuncia giurisdizionale del giudice amministrativo veicolate necessariamente dal giudizio di impugnazione dell'aggiudicazione, nel quale la detta pronuncia costituirebbe «*un momento dell'esercizio del potere decisorio del giudice che ha, per presupposto, l'annullamento dell'aggiudicazione e, per conseguenza, la conclusione di altro contratto o la ripetizione, parziale o totale, della gara (192)*». Il giudice, una volta annullata l'aggiudicazione, dovrebbe considerare d'ufficio, anche contrariamente alla volontà delle parti, la questione dell'efficacia del contratto.

Una variante in tale filone si riscontra nell'opinione di chi ritiene che la ragione della sanzione dell'inefficacia risiederebbe in una valutazione di

¹⁸⁹ S.FANTINI, *L'inefficacia del contratto*, in (a cura di) R.VILLATA E B.SASSANI, *Il codice del processo amministrativo, dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, p. 1035.

¹⁹⁰ Art. 121, comma 1, c.p.a., «*Il giudice (...) dichiara l'inefficacia del contratto (...)*».

¹⁹¹ G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, cit. p. 736.

¹⁹² M. LIPARI, *Il recepimento della direttiva ricorsi: il nuovo processo super accelerato in materia di appalti e l'inefficacia flessibile del contratto nel d.lgs. n. 53 del 2010*, cit. pag. 34.

disvalore che l'ordinamento riserva ad un contratto stipulato in violazione delle norme competitive europee che si tradurrebbe nella sua qualificazione in termini di nullità rilevabile d'ufficio nei casi di violazioni gravi e annullabilità quando si tratti di conferma degli effetti o di privazione parziale di effetti pronunciata su domanda di parte in relazione alle altre violazioni (193).

In particolare, si tratterebbe di «nullità speciale e testuale, in quanto prevista e tipizzata dalle norme in esame, in funzione sanzionatoria di una violazione di particolari norme imperative (proibitive), e relativa, ossia a legittimazione ristretta ai soli soggetti legittimati a domandare l'annullamento dell'aggiudicazione (e comunque rilevabile ex officio solo all'interno del giudizio impugnatorio dell'aggiudicazione ritualmente proposto entro il termine di decadenza)». La qualificazione dell'invalidità in termini di nullità viene giustificata sulla base della circostanza che «la sanzione mira ad impedire l'effetto contrario al precetto posto a protezione di interessi superiori generali (...) e gli effetti che la norma comunitaria vuole impedire non sono tanto e solo quelli dell'aggiudicazione, quanto soprattutto quelli del contratto (...) sicché «la privazione di effetti del contratto costituisce il mezzo per dare effettività al precetto comunitario pro-concorrenziale (194)».

A tale stregua viene dunque ritenuto ammissibile che tale privazione di effetti possa essere «fatta valere dalla stessa amministrazione stipulante in via di eccezione, ove convenuta per l'esecuzione del contratto nullo dinanzi al giudice civile, il quale ben potrà conoscere, in via incidentale, della invalidità amministrativa – omessa gara – determinante l'invalidità del contratto, decidendo il regolamento economico delle ripetizioni, delle restituzioni e degli eventuali risarcimenti».

Sicché secondo la tesi in discorso il nostro ordinamento avrebbe inteso creare una nuova forma di patologia del contratto che viene disapprovato nell'ambito di una valutazione più ampia che tenga conto dell'illegittimità della gara di elementi estrinseci al rapporto contrattuale e di elementi

¹⁹³ P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti) cit.*, p. 14, il quale vieppiù sottolinea come la linea di confine tra nullità relativa-speciale e annullabilità di fa sempre più opaca e variabile anche in diritto civile.

¹⁹⁴ P. CARPENTIERI, *op cit.* p. 18.

intrinseci al rapporto medesimo, ed in cui l'annullamento dell'aggiudicazione non costituirebbe momento pregiudiziale alla dichiarazione di inefficacia del contratto.

Dal punto di vista operativo, ciò si tradurrebbe in una legittimazione allargata con riferimento al rilievo della patologia, quantomeno alla pubblica amministrazione contraente, la quale si ritiene portatrice dell'interesse (*rectius*, dovere) alla tutela della concorrenza alla quel suddette norme regolanti la produzione di effetti del contratto sono indirizzate.

Pur condividendo la natura dell'inefficacia come reazione sanzionatoria dell'ordinamento giuridico verso una fattispecie produttiva di effetti disapprovati, altra opinione considera che per effetto della riforma l'oggetto della cognizione del giudice «*non è limitata ad un atto monade, ma ad una serie di fattispecie giuridiche tra loro collegate e dirette al raggiungimento di un determinato risultato*». Operazione che si sostanzierebbe nella «*somma della serie procedimentale contrattuale che porta prima all'affidamento, e, poi, alla stipula di un contratto, col quale viene attribuita all'operatore economico una commessa pubblica (195)*».

Il filone si divarica ulteriormente sotto un ulteriore profilo.

Secondo una prima posizione se per le violazioni gravi vale la regola del rilievo officioso, per le violazioni non gravi torna invece a valere il principio della domanda.

Vi è però chi considera che in questo secondo gruppo di ipotesi l'inefficacia sia funzionale unicamente all'esigenza di subentro immediato e dunque a servizio unicamente dell'interesse finale azionato in forma specifica; non vi sarebbe dunque spazio per la tutela in forma specifica dell'interesse strumentale¹⁹⁶; secondo altra tesi, invece, «*l'art. 122 può consentire al giudice di disporre l'inefficacia anche in assenza di una vera e propria domanda di subentro, ossia anche quando l'interesse dedotto sia non diretto, ma strumentale alla rinnovazione della gara*» di conseguenza «*l'inefficacia del contratto non è un vizio di quest'ultimo, ma una sanzione*

¹⁹⁵ A. BARTOLINI, *Il contenzioso in materia di contratti pubblici*, in R. VILLATA E B. SASSANI, *Il codice del processo amministrativo, dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, p. 344.

¹⁹⁶ V. LOPILATO, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e nuovi rimedi previsti dal D.Lgs. n. 53/2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in www.giustizia-amministrativa.it

che viene irrogata nei confronti di un contratto stipulato in forza di una aggiudicazione definitiva invalida. La sanzione dell'inefficacia incide pertanto sul rapporto contrattuale e non sulla validità del contratto (197)».

Secondo altra diversa impostazione, invece, «*l'inefficacia, tanto nei casi di cui all'art. 121 quanto nei casi di cui all'art. 122, è sanzione a tutela di interessi pubblici superindividuali e la domanda di subentro è solo uno dei tanti elementi di valutazione (198)».*

3.3 Gli indirizzi giurisprudenziali riconducibili alla natura sanzionatoria dell'inefficacia

Diversi orientamenti giurisprudenziali mostrano di condividere nelle proprie conclusioni, esplicitamente o implicitamente, tale ricostruzione dell'inefficacia come sanzione volta a colpire gli effetti prodotti da un contratto stipulato in violazione delle norme che disciplinano la procedura di aggiudicazione, o comunque l'operatività di una qualche forma di trasmissione dell'antigiuridicità tra le due serie di atti della fattispecie ad evidenza pubblica.

Ed invero, una delle prime problematiche che si è posta operativamente la giurisprudenza, dovendosi approcciare alla nuova disciplina, riguarda appunto la questione, già evidenziata dalla dottrina, della legittimazione a sollevare la questione della inefficacia del contratto, ovvero se essa possa essere rilevata anche d'ufficio dal giudice, possa essere eccepita dall'amministrazione, oppure debba necessariamente ed esclusivamente essere condizionata ad una istanza di parte, ed in questo secondo caso se occorra una specifica istanza oppure essa si possa in qualche modo ritenere sottintesa.

¹⁹⁷ M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi"* cit.

¹⁹⁸ M. FRACANZANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto nel nuovo processo amministrativo: dall'onere di impugnazione alla pronuncia di inefficacia*, in www.giustizia-amministrativa.it.

La questione della patologia si è spesso manifestata in concomitanza con l'altra problematica sopra accennata riguardante la questione della pregiudizialità di annullamento giurisdizionale.

Si può dire che il tema sia venuto alla ribalta soprattutto con riferimento alla nota vicenda della stipulazione di contatti derivati da parte degli Enti locali, i quali dopo aver concluso il contratto con gli istituti finanziari, e accortisi della non convenienza economica dell'affare, hanno tentato di svincolarsi dal rapporto intervenendo in autoannullamento sull'atto amministrativo presupposto alla stipula, sostenendo la violazione delle norme comunitarie sull'evidenza pubblica europea, soprattutto sotto il profilo della scelta della procedura (in molti casi è stata utilizzata la procedura negoziata) (199).

Ed infatti parte della giurisprudenza ritiene che tale potere spetti unicamente al giudice amministrativo (200).

Viene in particolare sostenuto che l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione non comporta come conseguenza automatica ed ineluttabile la privazione di effetti del contratto²⁰¹. Come risulta chiarito, infatti, a detta pronuncia consegue solamente la nascita del potere del giudice amministrativo di pronunciare l'inefficacia del contratto d'appalto stipulato (202).

¹⁹⁹ Altra questione è se l'ordinamento preveda una limitazione alla capacità contrattuale degli Enti pubblici in relazione ad alcuni tipi di contratti, quali appunto i contratti di swap, in ragione dell'esorbitanza della causa contrattuale rispetto ai fini istituzionali o statutari dell'Ente medesimo.

²⁰⁰ Viene infatti statuito che «nell'ordinamento vigente, la caducazione del contratto non è una conseguenza automatica ed ineluttabile della sentenza di annullamento dell'atto presupposto, (...) In assenza di una statuizione sul punto, l'amministrazione non poteva, quindi, dichiarare autonomamente il contratto inefficace. L'amministrazione vincolata da un rapporto negoziale, invero, non può dichiarare in autotutela l'inefficacia del contratto, incidendo unilateralmente sul rapporto contrattuale stipulato con la controparte, essendo tale misura rimessa solo al giudice (cfr. Cass. sezioni unite, 18 gennaio 2012, n. 17842). Insomma non è nemmeno ipotizzabile che l'amministrazione decida la sorte del contratto in assenza di una decisione giurisdizionale» (Cons. Stato, sez. V, 26.9.2013, n. 4752).

²⁰¹ «L'accoglimento di tale domanda presuppone tuttavia, come già accennato, a norma dell'art. 124 citato, la dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1 e 122 c.p.a.; in difetto della stessa, invero, il contratto deve ritenersi valido ed efficace pur in presenza di annullamento dell'aggiudicazione» Cons. Stato, sez. III, 19.12.2011, n. 6638

²⁰² Infatti, dopo l'entrata in vigore delle disposizioni attuative della direttiva comunitaria 2007/66/CE, ora trasfusa negli artt. 121 e 122 del codice del processo amministrativo, in caso di annullamento giudiziale dell'aggiudicazione di una pubblica gara, spetta al giudice amministrativo il potere di decidere discrezionalmente (anche nei casi di violazioni gravi) se mantenere o meno l'efficacia del contratto nel frattempo stipulato; il che significa che l'inefficacia non è conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, che determina solo il sorgere del potere in capo al giudice di valutare se il contratto debba o meno

Esiste tuttavia altro indirizzo, già presente prima della riforma e tuttora diffuso, nonostante essa, il quale ritiene che anche la P.A., attraverso il proprio potere di annullamento d'ufficio possa incidere sulla sorte del contratto; in particolare secondo l'indirizzo in parola, a seguito dell'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, sarebbe addirittura automaticamente privato di effetti.

Una variante, peraltro a quanto consta isolata, sostiene che la pubblica amministrazione possa intervenire in autotutela sul contratto, ma questo non comporterebbe la caducazione automatica della stessa, bensì la legittimazione della p.a. ad adire il giudice amministrativo con un'azione autonoma volta a far dichiarare inefficace il contratto, sulla base dei parametri di cui all'art. 121 e 122 c.p.a. (a seconda del tipo di violazione) (203).

Ad ogni buon conto, la natura sanzionatoria parrebbe essere limitata alla sola inefficacia derivante dalle fattispecie di gravi violazioni²⁰⁴.

Peraltro, parte della giurisprudenza distingue l'ipotesi in cui il contratto sia stato stipulato in attuazione di un provvedimento di aggiudicazione disposto dall'amministrazione e poi impugnato innanzi al giudice amministrativo, dal caso in cui il contratto discenda da un atto di aggiudicazione emesso in esecuzione di una sentenza del TAR; solamente nel primo caso vi sarebbe il potere del giudice di valutare la sorte del contratto mentre nel secondo caso l'inefficacia opererebbe automaticamente quale conseguenza dell'annullamento della sentenza (205).

continuare a produrre effetti Cons. Stato, n. 6638/2011 cit.; Consiglio di Stato, Sez. III, n. 6638 del 19 dicembre 2011, Sez. V, n. 5591 del 5 novembre 2012.

²⁰³ Tar Piemonte, sez. II, 24.11.2014, n. 1906.

²⁰⁴ Ed infatti «*al di fuori dei casi di maggiore gravità espressamente disciplinati dall'art. 121 Cod. proc. amm., la declaratoria giudiziale di inefficacia del contratto costituisce una mera eventualità, il cui verificarsi è subordinato all'espressa domanda del ricorrente*», Cons. Stato, sez. V, 17.10.2016, n. 4272.

²⁰⁵ Viene infatti affermato che «*nel primo caso, non v'è dubbio che, annullata l'aggiudicazione debbano applicarsi gli artt. 121 e segg. c.p.a. con il conseguente obbligo del giudice di valutare sia l'inefficacia del contratto alla luce delle regole e dei parametri previsti dalla legge sia il subentro del ricorrente vittorioso. Nella seconda ipotesi, invece, il contratto discende dall'esecuzione della pronuncia del TAR e non v'è dubbio alcuno che, riformata la sentenza del giudice di primo grado, il contratto sia automaticamente caducato al pari di tutti gli atti compiuti dall'amministrazione in esecuzione di quanto stabilito dalla decisione del giudice di prime cure poi riformata in appello*», Cons. Giust. Amm. Sic., 21.1.2015, n. 29.

3.4 La tesi dell'inefficacia funzionalizzata al subentro del ricorrente nel contratto d'appalto: le varie opinioni dottrinali

Secondo altra diversa impostazione la pronuncia di inefficacia del giudice amministrativo sul contratto d'appalto sarebbe funzionalizzata, non tanto ad eliminare un atto che produce una persistente lesione al valore obiettivo della concorrenza perseguito dalle disposizioni sulle procedure di gara, bensì a consentire al ricorrente che ne faccia richiesta, e nei limiti di questa, il subentro nel rapporto contrattuale instaurato nelle more della decisione circa la legittimità dell'aggiudicazione impugnata.

Legandosi detta pronuncia alla richiesta di tutela in forma specifica richiesta dal ricorrente, sarebbe esclusa la possibilità per il giudice di sollevare d'ufficio la questione, nonché la possibilità per la stazione appaltante di eccepire l'inefficacia del contratto nel giudizio amministrativo avente ad oggetto la legittimità della gara, né quale azione autonoma sia nel giudizio amministrativo, sia nel giudizio civile avente ad oggetto la tutela dei diritti nascenti dal contratto.

Viene infatti sostenuto che il termine “inefficacia” utilizzato dal legislatore, letto all'interno del sistema di disciplina di essa contenuta negli articoli (artt. 121 e 122 c.p.a.) afferenti alla relativa pronuncia, assume un significato intenzionalmente neutro quanto al disvalore del contratto, ed esprime in tal senso *«la volontà di non attribuire rilevanza alla sorte giuridico-formale del contratto sotto il profilo civilistico-processuale, ma induce una logica di segno contrario: l'esclusiva necessità che il contratto non produca effetti su quelli che saranno gli sviluppi futuri della vicenda sostanziale, che non costituisca quindi ostacolo alle determinazioni successive, a contenuto evidentemente variabile (206)»*.

In particolare, le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione comporterebbe solamente l'emergere del problema dell'efficacia la quale dovrà confrontarsi con una *«serie di interessi, valori, principi che nel precedente scenario non trovavano cittadinanza. E infatti all'annullamento dell'aggiudicazione conseguirà o meno l'inefficacia del contratto anzitutto in*

²⁰⁶ E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2011, p. 246.

*relazione alla rilevanza dell'interesse pubblico sotteso al contratto che viene valorizzato ben oltre l'area delle infrastrutture strategiche*²⁰⁷».

Interesse pubblico che tuttavia dovrà scontrarsi con altri interessi e valori quali il principio della libera concorrenza, quello di proporzionalità e quello dell'effettività delle pronunce giurisdizionali espressamente ribadito dalla Legge-delega relativa al Codice del processo (L. 18 giugno 2009, n. 69) allorché veniva affermato che il processo amministrativo deve consentire di «soddisfare la pretesa della parte vittoriosa (208)».

Sicché, a differenza della prima impostazione, pur essendo la caducazione, sempre e comunque, del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione «il massimo di tutela attribuibile» alla concorrenza, la volontà del ricorrente verrebbe in rilievo quale elemento volto a «ridimensionare e proporzionalizzare l'operatività» del detto principio, con la conseguenza che l'inefficacia introdotta dal codice non si configura come misura avente carattere meramente sanzionatorio e «la tutela della concorrenza viene invece limitata ai casi in cui sia veramente utile all'obiettivo in quanto consente il subentro del ricorrente, ferma restando in ogni caso la necessità in termini di proporzionalità con l'interesse pubblico sotteso al contratto (209)».

In sostanza l'ordinamento sfrutterebbe l'impulso degli operatori per attuare i propri scopi di apertura del mercato, nei limiti in cui concretamente il privato possa ottenere ciò che anela e purché i benefici di tale risultato (dal punto di vista individuale e collettivo) siano proporzionati, o ragionevoli, rispetto agli interessi privati e pubblici di segno contrario. In questa impostazione, dunque, l'effettività del diritto obiettivo si lega strettamente con l'effettività della tutela giurisdizionale, spinta al massimo ragionevole.

Conferma di diritto positivo della calibrazione della tutela della concorrenza con la richiesta e la possibilità di subentro del ricorrente, anche per le ipotesi delle violazioni gravi, viene rinvenuta nell'art. 121, comma 5,

²⁰⁷ E.STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, p. 246.

²⁰⁸ Principio che, peraltro, la legge delega di recepimento della Direttiva ricorsi mostrava indirettamente di richiamare in qualche misura anche in relazione a tale forma speciale del giudizio nella misura in cui prevedeva che il Legislatore delegato avrebbe dovuto disciplinare «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» (art. 44, comma 3, lett. a).

²⁰⁹ E.STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, p. 248.

ove si indica quali circostanze ostative alla pronuncia di inefficacia, ragioni *«imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale»*.

Si inserisce in questa scia chi, pur agganciando la funzione dell'inefficacia alla tutela in forma specifica del ricorrente, considera che la relativa motivazione teleologica non risieda tanto nella garanzia della concorrenza, quanto nel puro valore della *«effettività della tutela giurisdizionale (...) è l'effettività della tutela il principio comunitario che viene in gioco e che porta l'ordinamento europeo con la direttiva 66/2007 ad accettare (per le violazioni meno gravi) e ad imporre (per quelle gravi) che si possa eliminare il contratto già stipulato pur di assicurare al ricorrente, in nome dell'effettività appunto, non solo la tutela per equivalente bensì anche quella volta al conseguimento del bene della vita (210)»*.

Viene infatti sottolineato che *«il g.a. ha il potere di dichiarare l'inefficacia in funzione della tutela demolitoria e conformativa che si accompagna alla sua statuizione di annullamento e che si proietta naturalmente al conseguimento del bene della vita. E', questa, una conclusione che sul piano dell'evoluzione storica appare la più consona all'ordinamento italiano e che d'altra parte si pone in perfetta sintonia con le previsioni della direttiva (211)»*.

Ad ogni modo, il risultato operativo pare essere il medesimo: piena operatività del principio della domanda e del principio dispositivo. Puro ruolo di giudice da parte dell'organo competente all'esame del ricorso.

Dal punto di vista della qualificazione dell'azione, secondo questa impostazione, l'inefficacia del contratto non sarebbe un'azione autonoma, bensì costituirebbe una componente della richiesta di tutela in forma specifica formulata dal ricorrente per il tramite della domanda di annullamento dell'aggiudicazione e di subentro nel contratto (212).

²¹⁰ F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici* cit. p. 19.

²¹¹ Così F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2012, p. 3.

²¹² Con un aggancio di diritto positivo all'interno dell'art. 124 c.p.a. ove viene previsto che *«L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122»*, formulazione che sembra indicare come la pronuncia di inefficacia si ponga come conseguenza logicamente necessaria all'interno dell'azione di adempimento.

Sotto tale profilo all'interno sempre all'interno della prospettiva che inquadra la funzione della pronuncia di inefficacia nella tutela della posizione del concorrente pretermesso, si rinviene una variante che ritiene di poter inquadrare il complesso fenomeno che vede il giudice "riassegnare" il contratto, o attribuire un'equivalente economico, in base alla valutazione della fattispecie concreta, all'interno di un completamento degli effetti dell'azione di annullamento e senza stravolgere, pur introducendovi «*misurati elementi di elasticità*», gli schemi e i principi del nuovo codice del processo amministrativo.

Più precisamente, si dice che la pronuncia del giudice sul contratto sarebbe specificativa «*della portata degli effetti ripristinatori e conformativi che sono propri dell'annullamento*»; in particolare, il primo segmento avrebbe natura costitutiva in quanto ponendosi in «*linea di necessario collegamento e completamento con il pregiudiziale annullamento dell'aggiudicazione*» si concreterebbe nel potere del giudice di rimuovere gli effetti del contratto già prodotti e di «*modellarne l'incidenza sulla concreta vicenda negoziale*»; il secondo segmento, esclusa la sua valenza sostitutiva che avrebbe invece richiesto l'espresso richiamo alla giurisdizione di merito ex art. 34, comma 1, lett. d, c.p.a. costituirebbe «*specificazione dell'effetto conformativo di un più articolato contenuto decisorio della sentenza di annullamento, destinata ad operare in due direzioni. Per un verso, come potenziamento delle capacità soddisfattive dell'interesse pretensivo del ricorrente, ottenuto sottraendo alla disponibilità del giudice la fissazione delle regole per la riedizione del potere ed anticipando la concretizzazione della pretesa, per l'innanzi affidata al giudizio di ottemperanza, al giudizio di cognizione. Per altro verso, invece, come delimitazione della sua operatività nei limiti della domanda di parte e sempre che il vizio sanzionato non comporti l'obbligo della rinnovazione della gara*».

Secondo altra affine opinione, il fenomeno in questione sarebbe riconducibile ad una particolare *form of action*, valevole solo a tutela della «*pretesa al subentro, come tale incompatibile con una nuova gara*», e avente lo scopo di «*evitare al massimo grado la frantumazione e moltiplicazione*

delle tutele che consegue alla dinamica “sentenza di accoglimento – rinvio all’attività amministrativa – giudizio di ottemperanza (213)».

Si condivide dunque l’impostazione secondo la quale la pronuncia costituirebbe un prolungamento dell’azione di annullamento al fine di garantire il completamento della tutela del ricorrente che aziona in forma specifica l’interesse finale, attribuendo al giudice amministrativo *«delicate scelte consequenziali all’annullamento»*.

A differenza dell’opinione sopracitata, però, secondo la ricostruzione in parola non si tratterebbe di una mera *«specificazione dell’effetto conformativo di un più articolato contenuto decisorio della sentenza di annullamento»*, poiché in questo caso la tutela accordata *«vale certo a specificare la portata degli effetti ripristinatori e conformativi, ma si risolve comunque in una tutela finale sovrapponibile a quella fornita dalla giurisdizione in sede di ottemperanza, ed in particolare da quella specifica modalità dell’ottemperanza che è l’attività del commissario ad acta»*.

Ciò varrebbe a caratterizzare i particolari poteri di cognizione di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a. e nei maggiori poteri decisorii *«dal momento che al giudice del merito sono affidati, ad un tempo, i poteri demolitori ulteriori rispetto all’annullamento dell’aggiudicazione e i poteri relativi alla fase ricostruttiva (214)»*.

Tale ricostruzione parte dunque dal presupposto che il processo in materia appalti sia da ricostruire secondo il modello classico incentrato sull’azione di annullamento con la peculiarità di prevedere una “traslazione” del segmento valutativo, che l’A.P. nel 2008 aveva inserito all’interno della fase di ottemperanza, direttamente nella fase di cognizione.

L’implicazione che pare di potersi ricavare da tale ricostruzione è che, salvo preclusioni processuali espresse, essendo un’anticipazione dell’esecuzione, e più precisamente della fase sostitutiva e “ricostruttiva” dell’attività della p.a. in esecuzione del giudizio di annullamento normalmente deputata alla fase di ottemperanza, il ricorrente potrebbe, in

²¹³ B.SASSANI, *Le azioni*, in (a cura di) R.VILLATA E B.SASSANI, *Il codice del processo amministrativo, dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, p. 344.

²¹⁴ B.SASSANI, *Le azioni cit.*, p. 355.

ipotesi, richiedere le dette misure idonee a tutelare la propria posizione giuridica soggettiva anche nel giudizio di ottemperanza.

In buona sostanza, pare di potersi dedurre da tale ricostruzione che, dopo aver ottenuto l'annullamento al ricorrente si prospetterebbe l'alternativa tra: richiedere immediatamente al giudice di definire l'assetto degli interessi in gioco sulla base degli artt. 121 e 122 c.p.a.; oppure, lasciare che sia p.a. a proporre una soluzione, eventualmente di intesa con il contraente "disarcionato", per poi eventualmente, in caso di insoddisfazione, adire il giudice in sede di ottemperanza perché ridefinisca il rapporto. Se l'implicazione è corretta, la ricostruzione avrebbe il pregio di poter sfruttare una cooperazione tra soggetti più "informati" sulla vicenda circa gli aspetti tecnici e l'analisi costi/benefici; d'altra parte si sconterebbe il rischio che il passare del tempo induca il giudice adito in sede di ottemperanza a soppesare maggiormente l'interesse pubblico alla celere esecuzione dell'opera (essendo già trascorso il tempo delle "trattative") (215).

3.5 Gli indirizzi giurisprudenziali riconducibili alla funzionalizzazione dell'inefficacia alla tutela in forma specifica del ricorrente

Nella giurisprudenza dell'ultimo quinquennio, una cospicua fetta di orientamenti giurisprudenziali sembrano propendere per una ricostruzione della vicenda dell'inefficacia contrattuale, letta in coordinato con i dispositivi "cautelari" di preservazione della stipula contrattuale, quale misura volta a consentire al ricorrente vittorioso di poter utilmente subentrare nelle prestazioni contrattuali eventualmente iniziate (216).

²¹⁵ Ed invero parrebbe ragionevole che invece la fase delle "trattative" venga introitata nella "fase procedimentale" afferente alla verifica della legittimità della procedura; se ne parlerà infra, nella parte dello studio dedicata alle considerazioni finali, ove si offriranno gli spunti ricostruttivi che si sono maturati nello studio del fenomeno.

²¹⁶ Anche legittimamente iniziate, peraltro, posto che da una parte l'istanza cautelare del ricorrente potrebbe essere stata decisa con una reiezione prima della stipula del contratto; d'altra parte in circostanze eccezionali viene concesso di iniziare d'urgenza le prestazioni anche prima dello scadere del termine di *stand-still*, il che ben si lega con la formulazione dell'art. 121 c.p.a., comma 1, lett. c) e d), che riconduce la possibilità di dichiarare inefficace

Anzitutto, viene però affrontato il tema della qualificazione dell'azione in materia di appalti volta all'ottenimento del contratto.

Concordia in giurisprudenza sembra esserci in ordine alla esclusione della qualificazione dell'azione in parola come azione risarcitoria in forma specifica.

Ed infatti, nonostante in via tralatizia il termine "risarcimento in forma specifica" venga ancora utilizzato dalla giurisprudenza amministrativa, di primo e di secondo grado, sembra ormai circostanza acquisita che la richiesta in parola non sia configurabile come azione risarcitoria.

Si afferma, infatti, che *«la reintegrazione in forma specifica rimane un rimedio risarcitorio, ossia una forma di reintegrazione dell'interesse del danneggiato realizzata attraverso una prestazione diversa e succedanea rispetto a quella originariamente dovuta, sicché essa non può essere confusa né con l'azione di adempimento, diretta ad ottenere la condanna del debitore all'effettuazione della prestazione dovuta, né con il diverso rimedio dell'esecuzione in forma specifica quale strumento per l'attuazione coercitiva del diritto e non mezzo di rimozione diretta delle conseguenze pregiudizievoli.*

La forma specifica non è né una forma eccezionale, né una forma sussidiaria di responsabilità, ma uno dei modi attraverso i quali il danno può essere risarcito, la cui scelta spetta al creditore salva l'ipotesi di eccessiva onerosità o l'oggettiva impossibilità.

Insomma, lo strumento risarcitorio, quale mezzo di tutela praticabile in caso di lesione di una posizione giuridica soggettiva meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, sia esso per equivalente, o in forma specifica, si caratterizza per l'imposizione al danneggiante di una "prestazione" diversa in sostituzione di quella originaria.

Ne consegue che se l'amministrazione era tenuta, in base ai criteri di legittimità che ne governano l'azione, al rilascio di un determinato provvedimento, l'adozione di quell'atto costituisce il contenuto primario della "prestazione" cui l'amministrazione era tenuta e non assume una funzione risarcitoria (217)».

il contratto solamente qualora il ricorrente sia stato privato (sottinteso) illegittimamente della possibilità di ottenere una pronuncia prima della stipula del contratto.

²¹⁷ La quale chiarisce altresì che «ciò non comporta un vuoto di tutela, perché l'ordinamento predispone strumenti processuali che consentono di conseguire la prestazione ab origine

Ed infatti, tale impostazione riguardava quella che è stata definita la “stagione” della reintegrazione in forma specifica, in cui la giurisprudenza ha inteso dare uno sfogo all’istanza di tutela manifestata dai concorrenti in assenza di una disposizione che legittimasse il giudice a pronunciarsi sulla spettanza dell’aggiudicazione in sede di cognizione.

Nell’ambito del giudizio appalti la questione non pare, invero, nemmeno rilevare in ordine alla disciplina dei presupposti sostanziali dell’azione risarcitoria, posto che la giurisprudenza comunitaria esclude in ogni caso tra gli elementi della fattispecie risarcitoria l’elemento soggettivo in capo alla stazione appaltante, e il profilo dell’eccessiva onerosità di cui all’art. 2058 c.c. è specificamente regolato, seppur in maniera peculiare ed assieme agli altri spetti incidenti sulla decisione sulla sorte del contratto (218), dalle disposizioni di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a.

Rilevava invece in ordine all’individuazione della fase processuale in cui tale azione si riteneva proponibile. Ed infatti disponeva l’art. 112, comma 4, c.p.a. che *«nel processo di ottemperanza può essere altresì proposta la connessa domanda risarcitoria di cui all'articolo 30, comma 5, nel termine ivi stabilito. In tal caso il giudizio di ottemperanza si svolge nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario»*²¹⁹.

Sulla base di tale disposizione la giurisprudenza ammetteva, infatti, che la richiesta volta ad ottenere l’aggiudicazione previa dichiarazione di

dovuta in caso di accertata illegittimità dell’azione amministrativa, in primo luogo attraverso l’attivazione, dopo una decisione favorevole all’interessato, del giudizio di ottemperanza. La tutela specifica realizzabile attraverso la proposizione del giudizio di ottemperanza, si completa, ai sensi dell’art. 34, comma 1 lett. c, c.p.a., con la possibilità di esperire un’azione di condanna - in sede di cognizione e non di ottemperanza - al rilascio del provvedimento richiesto, a condizione che si tratti di attività vincolata o che, comunque, non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori da compiere ad opera dell’amministrazione, con la precisazione che l’azione deve essere deve essere esperita in modo necessariamente congiunto con quella di annullamento del diniego opposto dall’amministrazione, ovvero contestualmente all’azione avverso il silenzio serbato illegittimamente dall’amministrazione medesima».

²¹⁸ Cfr. *infra* quanto si dirà nella fase di presente studio dedicata alla confutazione delle ricostruzioni.

²¹⁹ A sua volta, l’art. 30, comma 5, c.p.a. prevede che *«nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza»*. Il ragionamento viene poi completato dal comma 2 dell’art. 30, secondo il quale sia con riferimento ai casi di condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante da lesione di interessi legittimi che nei casi di condanna al risarcimento da lesione dei diritti soggettivi, prevede che *«sussistendo i presupposti previsti dall'articolo 2058 del codice civile, può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica»*.

inefficacia del contratto potesse essere esperita anche in sede di ottemperanza della sentenza di annullamento. Tuttavia il suddetto comma 4, risulta ora abrogato a seguito del c.d. primo correttivo al c.p.a (220), sicché tale soluzione non potrebbe essere sostenuta neppure qualificando l'azione in parola come risarcimento in forma specifica.

Ciò detto in ordine a ciò che non è, occorre comprendere come la giurisprudenza interpreti ciò che è tale azione; il che, in assenza di esplicitazioni, si può arguire anche in base al regime che la giurisprudenza va ad assegnare alla detta azione.

Sotto questo profilo, sembra ci sia concordia all'interno di questo filone circa il fatto che non occorra una specifica istanza di pronuncia di inefficacia del contratto essendo essa implicata nella domanda di conseguimento del contratto (221).

Tuttavia, data l'opzione lasciata dall'art. 124 c.p.c. circa la scelta tra tutela in forma specifica o per equivalente (222), sarebbe onere del ricorrente esprimersi in un senso o nell'altro all'interno del ricorso (223).

Quanto detto vale certamente in ordine all'interesse finale, in relazione al quale il giudice sarebbe sempre vincolato ad una domanda di parte in ordine alla privazione di effetti del contratto (224); sicché, il ricorrente è onerato di dichiarare nel ricorso se intende richiedere al giudice l'accertamento dell'illegittimità della procedura al fine di ottenere il subentro del contratto, oppure se intenda optare per la tutela risarcitoria (225), non

²²⁰ Art. 1, comma 1, lett. cc) n. 2), D.Lgs. 15.11.2011, n. 195.

²²¹ Cons. Stato, sez. IV, 8.8.2014, n. 4225 afferma che la richiesta di subentro «non può non essere considerata assorbente della richiesta di declaratoria di inefficacia del contratto, eventualmente concluso in esito all'aggiudicazione poi ritenuta illegittima, essendo tale richiesta implicita in quella di risarcimento, formulata nei termini anzidetti»; in termini, Cons. Stato, sez. V, 5.11.2012, n. 5591.

²²² Che dunque, per scelta del nostro ordinamento, assume la forma di una azione autonoma risarcitoria, pur temperata dal punto di vista sostanziale, e non processuale, della giustificata impossibilità per il ricorrente di utilmente esperire la domanda di ottenimento del contratto; il problema che sembra porsi al riguardo, ma che esula dalla presente indagine, è se il ricorrente sia onerato di richiedere la tutela in forma specifica quando il contratto sia stato stipulato e con il rischio che gli vengano assegnate prestazioni "amputate" data la possibilità del giudice di regolare dal punto di vista temporale la dichiarazione di inefficacia.

²²³ Qualora ovviamente avesse in animo di optare per la sola azione risarcitoria autonoma; qualora invece avesse in mente di utilizzare questo rimedio a completamento della tutela in forma specifica, la scelta del cumulo potrebbe essere svolta anche in corso di giudizio.

²²⁴ TAR Lombardia, Milano, sez. III, 26.8.2014, n. 2241; TAR Roma sez. II, 5.4.2016, n. 4105.

²²⁵ Ferma restando che tale scelta è valutata negativamente dall'ordinamento secondo lo schema della pregiudizialità c.d. sostanziale, come espressamente previsto l'art. 124 c.p.a.

potendo a ciò supplire d'ufficio il giudice e contro la volontà del ricorrente, neppure nelle fattispecie gravi (226).

Quanto all'interesse strumentale, c'è da chiedersi se l'opzione tutela in forma specifica/tutela risarcitoria sia disponibile per il ricorrente dal momento che il nostro sistema prevede l'applicabilità dell'art. 1227 c.c. (art. 124, comma 1, c.p.a. seconda alinea) alla scelta del ricorrente di non avvalersi della tutela in forma specifica; ed infatti sembra che, se l'interesse strumentale al rifacimento della gara tutela una *chance* di vittoria del ricorrente, e questi rinunci volontariamente a tutelarla in forma specifica, sembra manchino i presupposti perché si configuri una fattispecie di *chance* risarcibile, posto che quest'ultima presuppone che il titolare ne sia privato per un evento esterno e non per sua rinuncia.

Ad ogni modo, la giurisprudenza sembra escludere la necessità di una richiesta esplicita di inefficacia e conseguimento del contratto nei casi di interesse strumentale. Ed infatti viene affermato che *«soltanto ai fini dell'eventuale subentro nel rapporto, è richiesta una specifica domanda di parte, come si ricava, oltre che dall'articolo in parola, anche dal successivo articolo 124 cod. proc. amm. Ne consegue che, ai fini della procedibilità del ricorso, è del tutto indifferente che l'odierno appellante non abbia formulato la domanda finalizzata a sollecitare la dichiarazione di inefficacia del contratto (ovvero l'abbia formulata solo con memoria non notificata alle controparti). D'altronde, considerato che nel caso di specie l'eventuale accoglimento dell'impugnazione comporterebbe la necessità di ripetere la gara, correttamente non è stata avanzata domanda di subentro (227)»*.

Procedendo con l'analisi dei sotto-orientamenti giurisprudenziali, occorre dare conto di un indirizzo che sembra inquadrare la pronuncia di inefficacia, ed il giudizio che sottende, all'interno delle misure di esecuzione del giudicato di annullamento.

secondo cui *«la condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile»*.

²²⁶ Viene infatti stabilito a che *«tale assenza preclude la pronuncia d'inefficacia del contratto nelle ipotesi di cui all'art. 122 e, addirittura, la condiziona anche nel caso di violazioni gravi (articolo 121, secondo comma), costituendo la medesima domanda la garanzia della continuità dell'esercizio dell'azione amministrativa quando essa si avvale delle prestazioni del privato, anche nell'ipotesi che la presupposta gara sia viziata e l'aggiudicazione annullata»*, TAR Puglia Bari, sez. I, 5.7.2011, n. 1014.

²²⁷ In tal senso, Cons. Stato, sez. V, 24.5.2017, n. 2445.

In particolare, il ragionamento normativo a fondamento di tale situazione è il seguente.

La domanda di condanna all'aggiudicazione/subentro costituisce risarcimento in forma specifica e dunque proponibile in sede di ottemperanza ex art. 112, comma 4, c.p.a.

La domanda di subentro presuppone la dichiarazione di inefficacia del contratto (art. 124 c.p.a.).

Sicché ne deriverebbe che la cognizione del g.a. in sede di ottemperanza si estenda oltre che alla domanda di condanna anche all'accertamento costitutivo della relativa condizione, data dall'inefficacia del contratto a séguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, disposto nella precedente fase di cognizione.

Soluzione che, sempre a detta di tale indirizzo, si porrebbe peraltro «*in coerenza con la funzione del giudizio di ottemperanza di individuazione delle misure attuative del giudicato, alla reintegra effettiva del bene della vita in concreto protetto dagli interessi legittimi riconosciuti come lesi nella sentenza di cognizione, che ha pronunciato sulla domanda di annullamento dell'affidamento dell'appalto. Ed attiene appunto a tale reintegra la domanda del concorrente, pretermesso dal contratto illecitamente, di essere reintegrato nella sua posizione, con la privazione di effetti del contratto eventualmente stipulato tra l'Amministrazione aggiudicatrice con il concorrente alla gara scelto in modo illegittimo. Del resto, il giudizio di ottemperanza si caratterizza (anche) per essere giurisdizione di mérito (v. art. 134, comma 1, lett. a), c.p.a.), alla quale dunque ben possono essere ricondotti gli incisivi poteri attribuiti al Giudice dall'art. 122 c.p.a. in ordine alla valutazione, all'opportunità ed alla convenienza di mantenere l'efficacia del contratto ovvero di porla nel nulla, eventualmente anche con effetto retroattivo (228)».*

Dunque secondo tale soluzione giurisprudenziale la condanna all'aggiudicazione o al subentro, previa dichiarazione di inefficacia del contratto, possa essere richiesta dal ricorrente anche in sede di ottemperanza del giudicato di annullamento dell'aggiudicazione.

²²⁸ Cons. Stato, sez. III, 19.12.2011, n. 6638; in senso conforme Cons. Stato, sez. V, 8.10.2014, n. 5007; Cons. Stato, sez. V, 14.10.2013, n. 4999.

Secondo altro contrapposta soluzione pretoria, invece, la domanda di condanna all'aggiudicazione/subentro previa dichiarazione di inefficacia del contratto andrebbe necessariamente proposta, a pena di preclusione, nell'ambito del giudizio di cognizione avente ad oggetto l'accertamento dell'illegittimità dell'aggiudicazione.

Ed infatti, in relazione ad una domanda di subentro ed inefficacia del contratto non proposta nel ricorso introduttivo ma in successivo giudizio instaurato dopo l'accertamento di illegittimità dell'aggiudicazione, viene stabilito che tale mancata proposizione *«impedirebbe l'esame delle domande concernenti la sorte del contratto nel presente giudizio, considerata la regola per cui "il giudicato copre il dedotto ed il deducibile" (229)»*.

Dedotto e deducibile che, secondo altra pronuncia sembrerebbero coprire anche gli elementi che si pongono come eccezione alla dichiarazione di inefficacia del contratto (quali ad esempio le *«esigenze imperative connesse ad un interesse generale»* di cui all'art. 121, comma 2, c.p.a.), in ordine ai quali, viene affermato, è onere dell'amministrazione resistente allegare tempestivamente le circostanze che impedirebbero la pronuncia di inefficacia del contratto (230).

In particolare, nella fattispecie, sul rilievo che l'amministrazione non avesse controdedotto nulla in relazione alla richiesta di inefficacia e subentro avanzata dal ricorrente, il TAR, annullata l'aggiudicazione, dichiarava altresì inefficace il contratto ex art. 122 c.p.a (231).

Reinvestito della questione con l'impugnazione di tale capo di sentenza, il Supremo Consesso siciliano statuiva che *«vero è che la carenza di effetti non è automatica, dovendo formare oggetto di valutazione da parte del giudice, ma nel caso di specie la decisione assunta dal TAR appare corretta»* posto che *«una volta che il ricorrente ha chiesto una pronuncia in ordine all'inefficacia del contratto, è onere dell'amministrazione fornire i necessari chiarimenti»*.

Ciò detto in ordine alla qualificazione e formulazione dell'azione, si esaminano ora in rassegna gli orientamenti giurisprudenziali circa la

²²⁹ TAR Marche, Ancona, sez. I, 19.6.2015, n. 500, confermata da Cons. Stato, sez. III, 1.4.2016, n. 1308.

²³⁰ Così, Cons. Giust. Amm. Sic. 12.3.2013, n. 328.

²³¹ TAR Sicilia, Catania, sez. III, 21.3.2012, n. 703.

conseguente questione riguardante quale, tra le tre diverse forme di interesse giuridicamente protetto in materia di gare d'appalto, possa accedere a tale particolare forma di tutela in forma specifica, nelle fattispecie in cui il contratto risulti stipulato.

Come detto, le opinioni dottrinali sul punto si dividono tra chi ritiene che l'inefficacia sia funzionale solamente alla tutela in forma specifica dell'interesse finale e chi invece ammette l'accesso a tale forma di tutela anche in relazione all'interesse strumentale; tali oscillazioni si rinvencono anche in giurisprudenza.

L'interesse strumentale che abbiamo denominato pretesa alla gara corrisponde ai casi di illegittimi affidamenti diretti, o di procedure espletate violando il regime di pubblicità prescritto, e si è detto che questi casi sono considerati le violazioni più gravi al valore della concorrenza per la disciplina europea, che difatti, come visto, impone come regola la privazione di effetti del contratto, e così infatti dispone l'art. 121, comma 1, lett. a) e b), c.p.a.

Come detto, il problema che si è posto in giurisprudenza, così come in dottrina, ha invece riguardato l'interesse strumentale al rifacimento della fase della procedura ad evidenza pubblica giudicata illegittima (232).

Quanto alle violazioni gravi, invero, la disposizione non sembra lasciare dubbi sull'accesso di tale posizione soggettiva alla pronuncia di inefficacia del contratto, giacché viene richiesto, per tale pronuncia, che la violazione del termine di *stand-still*, aggiungendosi ai vizi propri dell'aggiudicazione, «*abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento*».

²³² Le fattispecie che vi rientrano sono molteplici; ad esempio: errata scelta della procedura (es. ristretta piuttosto che aperta); illegittima predisposizione di una clausola del bando, immediatamente escludente; irragionevole previsione di una specifica tecnica o di un criterio di valutazione delle offerte tecniche; illegittima composizione della composizione di gara; illegittima esclusione di un concorrente in procedura che prevedono quale criterio di scelta l'offerta economicamente più vantaggiosa con valutazioni tecnico discrezionali, ecc.; occorre però considerare la riforma intervenuta ad opera del art. 204, comma 1, lett. b), D.Lgs. 50/2016 che ha inserito nell'art. 120 c.p.a. il nuovo comma 2-bis, secondo cui «*Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. E' altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività*»; se ne darà conto nel prosieguo.

Sicché, la difficoltà interpretativa si è giocoforza appuntata in ordine all'interesse strumentale al rifacimento della procedura nelle fattispecie di violazioni non gravi; in sostanza nel caso in cui l'annullamento dell'aggiudicazione, dalla quale dovrebbe conseguire la riedizione di parte del procedimento, sia intervenuto dopo la stipula del contratto, ma senza violazione dei termini di *stand-still*. In altre parole, si tratta dei casi in cui è stata data la possibilità al concorrente di chiedere ed ottenere la tutela cautelare prima della stipula del contratto, senza che il medesimo l'abbia richiesta o, pur avendola richiesta, non l'abbia ottenuta.

Ebbene, in questi casi, secondo un primo orientamento, che ha avuto l'avvallo dell'Adunanza Plenaria, l'inefficacia sarebbe non soltanto possibile ma anzi, almeno così parrebbe, necessitata e svincolata da qualsiasi valutazione comparativa degli altri interessi in gioco (233).

Ad un polo per così dire intermedio si pone l'orientamento che pur riconoscendo la possibilità di pronunciare l'inefficacia del contratto in questi casi, richiede il bilanciamento degli altri interessi in gioco (234).

²³³ Viene affermato infatti che «l'art. 122 del cod. proc. amm. detta dei criteri per l'operatività dell'inefficacia del contratto, essenzialmente finalizzati a garantire un bilanciamento degli interessi in gioco, ma gli stessi non sono applicabili "nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione (...) comporti l'obbligo di rinnovare la gara", come è nella fattispecie in esame. La norma in questione, invero di non agevolissima lettura, secondo l'interpretazione prevalente, che è stata seguita da Cons. Stato, Ad. Plen., 28 luglio 2011, n. 13, comporta, in caso di annullamento dell'intera gara, con conseguente necessità di rinnovare la procedura, la pronuncia di inefficacia del contratto, senza che occorra una specifica valutazione comparativa degli elementi nella stessa fissati», TAR Perugia, Umbria, sez. I, 30.1.2013, n. 61; T.A.R. Lazio, Latina, 7 giugno 2012, n. 448; più recentemente in tal senso anche Cons. Stato n. 1126/2016; Cons. Stato n. 1137/2016; Cass. Civ., SS.UU., 22.3.2017, n. 7295; Cons. Stato, sez. V, 24.5.2017, n. 2445.

²³⁴ In questo senso, TAR Lazio, Roma, sez. I-ter, 1.6.2012, n. 4997: «nel caso di specie, il Collegio ritiene di dover dichiarare inefficace la convenzione quadro del 31.12.2011 tenendo conto, in particolare: - dell'interesse della Società ricorrente a partecipare ad una selezione tesa all'affidamento dei servizi oggetto della procedura contestata e dell'interesse dell'Amministrazione ad individuare il miglior contraente possibile al quale affidare tali servizi; - dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'affidamento dei servizi in questione qualora venga individuato all'esito della selezione da espletare in esecuzione della presente decisione; - del fatto che i vizi della procedura negoziata annullata comportano l'obbligo di espletare una selezione finalizzata all'individuazione del fornitore in favore del quale l'Amministrazione dovrà affidare i servizi sopra descritti»; in questo senso di recente T.A.R. Trento, (Trentino-Alto Adige), sez. I, 15.2.2016, n. 86 secondo cui «seguito dell'accoglimento della domanda di annullamento dell'illegittima determinazione di aggiudicazione e dei presupposti verbali della Commissione tecnica di gara, va dichiarata l'inefficacia del contratto medio tempore stipulato e va disposta la rinnovazione della gara a partire dalla fase di presentazione delle offerte. Si tratta, infatti, di un'ipotesi in cui il vizio dell'aggiudicazione, stante la circostanza dell'avvenuta apertura delle buste delle offerte economiche, comporta l'obbligo di rinnovare la gara, ai sensi dell'art. 122 c.p.a., che fa riferimento proprio "alla luce dei vizi riscontrati" per i casi in cui il vizio determini necessariamente "l'obbligo di rinnovare la gara"».

All'estremo opposto si pongono invece le pronunce che invece escludono *tout court* l'accesso alla pronuncia di inefficacia in tali fattispecie (235).

3.6 Le tesi sulla natura del giudizio demandato al giudice: la tesi del giudizio secondo diritto

Occorre ora proseguire nell'indagine analizzando gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali attinenti alla natura del giudizio demandato al giudice in ordine alla sorte del contratto, principiando da quella che si è denominata "tesi del giudizio secondo diritto" (236).

Anzitutto si deve chiarire però cosa si intende con l'espressione giudizio secondo diritto.

Con essa si vuole indicare la decisione del giudice basata sull'operazione mentale riconducibile al classico sillogismo giudiziario.

Occorre premettere che, se il giudice si pone la questione della sorte del contratto, ciò significa che il medesimo ha già risolto la questione circa la fondatezza della domanda volta ad ottenere una pronuncia sulla legittimità delle operazioni di gara (237), risolvendola positivamente, e debba dunque ora stabilire se il contratto nel frattempo stipulato debba essere privato di effetti, ed, eventualmente, da quale momento.

Ciò posto, inquadrare tale decisione all'interno del classico sillogismo giudiziario significa che il giudice debba accertare se i fatti previsti in astratto

²³⁵ In questo senso TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 1.6.2015, n. 1287, la quale nel rilevare che «i vizi riscontrati attengono al provvedimento di aggiudicazione alla controinteressata, in conseguenza della mancata considerazione della palese incongruità dell'offerta da essa prodotta e sono stati chiaramente evidenziati sul piano tecnico dal verificatore» evidenzia che «si tratta di profili che non incidono sull'intera procedura di gara e che, di conseguenza, non precludono la dichiarazione di inefficacia del contratto, ai sensi dell'art. 122 c.p.a.»; in termini anche Cons. Stato, n. 140/2015.

²³⁶ Occorre avvertire che la denominazione in parola, così come le precedenti afferenti alla natura della pronuncia, non corrisponde ad una notazione effettivamente esistente negli scritti sul tema; si tratta dunque di intitolazioni che si sono utilizzate per indicare una certa omogeneità, sistematica e nella "idea di fondo", che mi è sembrato di poter cogliere all'interno delle ricostruzioni accorpate.

²³⁷ O, per chi sostiene la tesi della autonomia della cognizione del contratto rispetto alla domanda di annullamento dell'aggiudicazione da parte del ricorrente, che il giudice abbia risolto positivamente l'accertamento dell'illegittimità delle operazioni di gara.

dalla norma come fatti costitutivi della fattispecie di inefficacia si siano verificati in concreto; sicché, più analiticamente, l'operazione di giudizio costituisce la sintesi di due distinti momenti logici: 1) l'enunciazione in astratto della portata attuale della norma sia con riguardo alla precisa determinazione della sua volontà astratta e sia con riguardo alla individuazione degli schemi astratti dei fatti in essa previsti come fatti costitutivi o impeditivi (c.d. interpretazione della norma o giudizio di diritto); 2) il riscontro che in quel determinato caso concreto si sono (o non si sono) effettivamente verificati i fatti previsti in astratto dalla norma. *«E la sintesi di questi due momenti (nei quali è facile ravvisare la premessa maggiore e la premessa minore di un sillogismo) è precisamente il c.d. sillogismo del giudice o giudizio, vale a dire l'enunciazione che in quel determinato caso la volontà astratta di legge che viene enunciata, è (oppure non è) divenuta concreta così come enunciata (238)».*

Tale operazione è insita la premessa che nell'ordinamento giuridico preesista effettivamente, rispetto al momento del giudizio, una norma astratta che descriva degli schemi di fatti e vi ricollegli determinati effetti; e che al giudice sia demandato tale compito, e non un altro (quale la costruzione della norma stessa).

Tradotto ciò con riferimento alla sorte del contratto, l'operazione mentale presuppone che esista una norma astratta che descriva gli elementi che devono sussistere (o che non devono sussistere) nella fattispecie contrattuale affinché si produca la conseguenza della privazione di effetti del contratto (ossia l'eliminazione del vincolo e dei rapporti obbligatori da esso generati).

Ciò detto in termini generali, la dottrina che inquadra il giudizio sulla sorte del contratto all'interno del giudizio di diritto basa le proprie convinzioni sulla scorta di diversi argomenti.

In particolare, viene valorizzato quanto previsto dall'art. 124, comma 1, c.p.a. secondo cui *«se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto, dispone il risarcimento per equivalente»* al fine di ricondurre la valutazione

²³⁸ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol. I-Nozioni introduttive e disposizioni generali, Torino, 2016, p. 96.

demandata al giudice sull'inefficacia del contratto all'interno dello schema dell'art. 2058 c.c. (239).

Si parte, infatti, dal presupposto che il giudice sia chiamato a effettuare le valutazioni e a pronunciarsi sul contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. se ed in quanto sia stata proposta da parte del ricorrente apposita richiesta di ottenimento/subentro nel contratto (240). La quale richiesta equivarrebbe ad una *«domanda di reintegrazione in forma specifica dell'interesse leso dall'illegittima mancata aggiudicazione dell'appalto»*; lo schema decisorio di riferimento sarebbe dunque il succitato art. 2058 c.c. il quale, analogamente alla vicenda in analisi, *«impone al giudice di operare una valutazione in ordine alla eventuale eccessiva onerosità per il debitore della tutela in forma specifica»*; sovrapponendo il suddetto schema agli elementi di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a. si avrebbe pertanto che il giudice amministrativo sarebbe chiamato ad effettuare una valutazione relativa alla presenza di superiori esigenze imperative e/o agli interessi delle parti e/o allo stato di esecuzione del contratto (241).

Sicché, in sostanza, il giudice amministrativo non si sostituirebbe all'amministrazione in una valutazione di opportunità ad essa riservata e conseguentemente non sarebbe necessario un tentativo di inquadramento della fattispecie all'interno della giurisdizione estesa al merito per spiegare la discrezionalità di cui dispone il giudice nel giudizio *de quo*.

²³⁹ Secondo cui *«Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile. Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore»*.

²⁴⁰ Questa prospettazione, dunque, salda la tesi del giudizio secondo diritto con la tesi della funzionalizzazione dell'inefficacia alla tutela del ricorrente.

²⁴¹ Tale tesi è proposta da F. SAIITTA, *La dichiarazione di inefficacia del contratto del giudice amministrativo: quale giurisdizione?*, in www.giustamm.it, il quale rileva che in questi casi *«il giudice amministrativo è insomma sì chiamato ad una ponderazione d'interessi e ad una valutazione delle situazioni di fatto, ma non per sostituirsi all'amministrazione nell'individuazione della decisione amministrativa da prendere, bensì per scegliere la forma di tutela (in forma specifica ovvero per equivalente; inefficacia del contratto ex tunc ovvero ex nunc, ecc) che appare la più idonea alla luce dei rapporti giuridici controversi»*; in definitiva si tratterebbe di *«un giudizio di fatto rientrante nel potere discrezionale del giudice»*; Cintioli opta per una ricostruzione in termini di *«giudizio secondo diritto»* sulla falsariga degli artt. 2058 c.c. e 2933, comma 2, c.c., nonché attraverso la valorizzazione *«dell'istituto processuale dell'interesse ad agire quale condizione dell'azione. Gli uni e l'altro ben possono essere una guida di diritto positivo per attuare, secondo diritto, il compito rimesso al g.a. dagli articoli citati»*; F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2012, p. 24

L'obiezione che viene mossa a tale tesi è che, se si intende far rientrare all'interno del concetto di eccessiva onerosità la questione del mantenimento del contratto si pretermette il valore che assume dell'interesse generale nelle fattispecie in parola.

Viene, infatti, affermato che quella di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a. «è una valutazione che attiene, in via generale, all'interesse pubblico alla sollecita realizzazione dell'opera pubblica, od al completamento di una fornitura già in massima parte eseguita o di un servizio ormai quasi del tutto reso, onde evitare ritardi nel completamento dell'opera o della fornitura e/o situazioni di discontinuità in grado di pregiudicare l'ottimale resa dei servizi (242)».

Sulla scorta di ciò viene ritenuto che la vicenda di che trattasi vada in realtà inquadrata nel fenomeno della traslazione nella fase del processo deputata all'accertamento dell'illegittimità dell'azione amministrativa di poteri decisorii ed operativi in precedenza riconosciuti al giudice soltanto nella fase attinente alla dichiarazione e attuazione dei comportamenti doverosi per la p.a. in conseguenza del giudicato di annullamento.

L'istituto rientrerebbe dunque nel fenomeno dell'arricchimento della fase di cognizione di contenuti tipicamente esecutivi (243), del quale sarebbero espressione specifica i poteri che sono stati attribuiti al giudice della cognizione dagli artt. 121 e 122 c.p.a., «i quali non implicano, pertanto, una sostituzione dell'amministrazione nel senso tradizionale proprio dei casi della giurisdizione di merito, ossia una sostituzione della stessa nelle valutazioni (ritenute di convenienza e/o opportunità amministrativa) sottese

²⁴² D. VAIANO, *Sindacato di legittimità e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, in (a cura di) F. MANGANARO – A. ROMANO TASSONE - F. SAIITA, *Sindacato giurisdizionale e «sostituzione della pubblica amministrazione*, Atti del Convegno di Copanello del 1-2 luglio 2011, p. 32.

²⁴³ Tale nuovo rapporto tra cognizione ed ottemperanza deriverebbe in particolare dalla disposizione di cui alla lett. c) dell'art. 34, comma 1, c.p.a. che consente al giudice amministrativo di dettare tutte le misure che ritiene idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio già nella sentenza che conclude la fase di cognizione, senza necessità di posticipare le stesse alla successiva fase del giudizio di ottemperanza e/o esecuzione della sentenza, nonché dalla successiva disposizione di cui alla lettera e) del medesimo articolo secondo la quale consente al giudice della cognizione di disporre direttamente nella sentenza che definisce il giudizio tutte le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato, compresa la nomina di un commissario ad acta deputato ad agire in sostituzione dell'amministrazione e sotto il controllo del giudice medesimo, nell'ipotesi di inadempimento al dovere di portare ad esecuzione la sentenza entro un termine nella stessa prefissato.

alla decisione in ordine alla dichiarazione o meno di inefficacia del contratto in essere in relazione ad esigenze di interesse generale, allo stato di esecuzione del contratto etc., bensì l'anticipazione alla sede del giudizio di cognizione di quella sostituzione del soggetto tenuto a portare ad esecuzione la sentenza che si realizzava prima (e può ancora realizzarsi, del resto, adesso, quando le vicende concrete della controversia lo impongano) solo in sede di ottemperanza al giudicato (244)».

3.7 La tesi del giudizio sulla sorte del contratto quale valutazione discrezionale: discrezionalità amministrativa, merito ed equità: nozioni e strutture

Occorre ora dare conto del filone di pensiero che inquadra l'operazione mentale effettuata dal giudice all'interno di quel fenomeno trasversale a vari istituti dell'ordinamento, sia di diritto civile, che di diritto amministrativo che di diritto penale, che è la discrezionalità valutativa del giudice.

Il tema è complesso ma occorre svolgere alcune brevi premesse generali imposte dalla necessità dell'inquadramento del filone dottrinale in parola; e ciò a costo di banalizzare concetti che sembrano invero avere ben altra profondità e storia nel pensiero giuridico.

Si può innanzitutto indicare quali sono gli istituti fondamentali di riferimento per poi procedere ad una, superficiale, ma comunque utile, caratterizzazione delle varie particolarità della struttura dei rispettivi giudizi.

Occorre altresì premettere al fine di circoscrivere ulteriormente la trattazione sul punto, che gli istituti che la dottrina prende a riferimento per

²⁴⁴ D. VAIANO, *Sindacato di legittimità e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, in (a cura di) F. MANGANARO - A. ROMANO TASSONE - F. SAIITA, *Sindacato giurisdizionale e «sostituzione della pubblica amministrazione*, Atti del Convegno di Copanello del 1-2 luglio 2011, p. 47, il quale altresì aggiunge che «non è, dunque, che i poteri esercitati in tema di inefficacia del contratto (e più in generale quelli ex art. 34 c.p.a.) non presentino i tratti che, tradizionalmente, sono stati riconosciuti alla giurisdizione di merito, ma è, più radicalmente, la nozione stessa di giurisdizione di merito che va superata, in considerazione dei poteri più incisivi di ridefinizione dell'assetto degli interessi coinvolti dalla controversia oggi riconosciuti al giudice della legittimità», p. 48.

inquadrare il giudizio sulla sorte del contratto sono l'equità e la discrezionalità amministrativa.

In particolare, il concetto di discrezionalità amministrativa si caratterizza come un particolare processo decisionale demandato alla pubblica amministrazione nell'esercizio del potere pubblico la cui una norma attributiva non disciplini precisamente la fattispecie di nascita del potere o il comportamento che la pubblica amministrazione deve precisamente assumere nel caso concreto, o entrambi gli aspetti.

L'individuazione di tali aspetti non è però libera ma guidata dal principio di per il quale l'amministrazione deve agire per il soddisfacimento dell'interesse pubblico specifico attribuito dall'ordinamento alla sua competenza (interesse primario); siccome però nella situazione concreta possono verificarsi circostanze da cui scaturisce la necessità di protezione di altri interessi giuridicamente protetti, pubblici e privati, tale soddisfazione deve avvenire tenendo conto di tutti tali interessi pubblici (secondari) e privati nella concreta fattispecie; questo tener conto si sostanzia in una attività di ponderazione dell'interesse primario con gli altri interesse, affinché nessuno venga sacrificato oltre quanto è necessario alla tutela dell'interesse primario; il risultato finale dovrebbe dunque essere una concretizzazione del precetto che regoli il caso concreto in modo da massimizzare il risultato per tutti i detti interessi (245).

Tale operazione postula una serie di attività intellettive costituite dalla ricognizione degli interessi rilevanti secondo l'ordinamento nella determinata materia (interessi pubblici in astratto), dall'accertamento dei fatti rilevanti e della loro qualificazione all'interno dei detti interessi, dalla ponderazione degli interessi a seconda del valore ad essi attribuito nella fattispecie completa ed una loro sintesi (interesse pubblico concreto) (246), dall'individuazione delle ipotesi di decisione compatibili con tale sintesi, cui si accompagna infine un'attività volitiva di scelta di una delle suddette ipotesi.

²⁴⁵Per una recente definizione del processo decisionale afferente alla discrezionalità amministrativa, E. FOLLIERI, *Situazioni giuridiche soggettive dell'amministrazione*, in (a cura di) F.G. COCA, *Diritto Amministrativo*, Torino, 2014, p. 34.

²⁴⁶La comparazione degli interessi sembra costituire il connotato definitorio prevalente della scelta discrezionale, A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964 e in E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983, p. 284

Nei passaggi predetti, l'amministrazione non è libera ma vincolata giuridicamente, in quanto, da una parte la detta attività deve essere svolta attraverso una completa e veritiera istruttoria procedimentale, talvolta in base a sequenze prefissate coinvolgenti altri soggetti; dall'altra, il processo decisionale deve essere guidato da canoni di logicità (non contraddizione, consequenzialità premesse conclusioni, ecc.) e dai principi giuridici generali dell'attività amministrativa, il che comporta una riduzione, nella fattispecie concreta, delle soluzioni valide per l'ordinamento (fino al caso estremo di un'unica soluzione valida nel concreto, fenomeno che viene denominato esaurimento in concreto della discrezionalità).

L'ambito di scelta tra le soluzioni tutte valide per l'ordinamento costituisce il merito della scelta, nozione che racchiude in sé un elemento di politicità, ed utile a indicare nel nostro ordinamento lo spazio di insindacabilità giurisdizionale della decisione medesima, quantomeno all'interno della giurisdizione di legittimità.

In particolare, è stato sottolineato come in questa attività di comparazione e di ponderazione si coglie l'apprezzamento politico insito nella discrezionalità (247).

Ciò premesso, la qualificazione della decisione del giudice amministrativo circa la sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione come forma di discrezionalità amministrativa postula l'attribuzione al g.a. di tale apprezzamento politico, compito che invero la nostra Costituzione pare riservare all'amministrazione per una certa visione del valore del controllo democratico delle scelte fatte circa gli interessi della collettività. Il che dovrebbe comportare una qualche forma di giustificazione a tale interruzione del circuito democratico.

Sotto l'aspetto applicativo tale qualificazione si dovrebbe tradurre nella sottoposizione della decisione del g.a. allo statuto della decisione discrezionale sopra descritto.

Siccome altro indirizzo qualifica l'attività discrezionale in parola entro quella particolare forma giurisdizionale denominata giurisdizione di merito, occorre dunque definire brevemente anche tale nozione.

²⁴⁷ R.VILLATA-M.RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo* cit., p. 90.

Invero, il concetto sottostante alla formula giurisdizione di merito è da sempre dibattuto.

L'unico punto fermo sembra essere che tale forma di controllo giurisdizionale sull'attività amministrativa dovrebbe comportare una estensione dei normali poteri del giudice nei confronti dell'amministrazione, come del resto la stessa formula "estesa al merito" necessariamente richiede sul piano lessicale (248). Il problema però è quali poteri del giudice vengono estesi in questa particolare forma di giurisdizione, ed in che misura.

La questione si è posta storicamente in rapporto alla giurisdizione di legittimità (non a quella esclusiva che si pone sul diverso piano della questione delle controversie conoscibili da g.o. e g.a., cui ben si può sovrapporre il diverso piano dei poteri del g.a.), ed in particolare, posto che questa ha storicamente implicato una limitazione dei poteri cognitori del giudice dal punto di vista delle regole di comportamento sindacabili, nonché dei fatti e dei poteri decisorii, la giurisdizione di merito è stata interpretata come una forma di integrazione di alcuni, o di tutti questi profili.

E così il giudice amministrativo nell'ambito della propria giurisdizione di merito, aveva pieno accesso al fatto (che poteva accertare *ex novo* con tutti gli strumenti del c.p.c.), poteva sindacare anche il merito della scelta discrezionale svolta dalla p.a., sostituendovi la propria, poteva infine riformare o sostituire il provvedimento della p.a., producendo dunque il relativo effetto giuridico.

Le varie opinioni dottrinali si sono divise circa l'operatività di tutti o di una combinazione di tali poteri "sostitutivi" (249).

Attualmente, posto che il c.p.a. ha sostanzialmente parificato i poteri del giudice nelle tre forme di giurisdizione quanto all'accesso al fatto i problemi riguardano gli altri due profili.

In particolare, posto che nell'ambito delle materie facenti parte della giurisdizione di merito il giudice amministrativo «*adotta un nuovo atto, ovvero modifica o riforma quello impugnato*», ci si chiede se tale potere implichi un potere, non solo di sostituirsi alla p.a. nella produzione

²⁴⁸ Cfr. rubrica dell'art. 134 c.p.a.

²⁴⁹ Locuzione utilizzata anche dal c.p.a. secondo il quale «*nell'esercizio di tale giurisdizione il giudice amministrativo può sostituirsi all'amministrazione*» (art. 7 comma 6).

dell'effetto, ma altresì nella decisione di ponderazione che tale produzione postula nei casi di scelta discrezionale.

La difficoltà che sorge spontanea nell'inquadramento dei poteri del g.a. in materia di appalti in questa categoria sta nel fatto che nelle fattispecie di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a. non esiste una previa manifestazione di potere della p.a. circa la sorte del contratto in relazione alla quale il giudice può essere chiamato a spendere i propri poteri sostitutivi, posto che il giudice interviene invero direttamente ed in prima battuta sulla fattispecie di annullamento dell'aggiudicazione a contratto stipulato.

Sicché, sembrerebbe cadere in partenza la condizione basilare perché ricorra il fenomeno classificato come giurisdizione di merito propriamente detto, a meno che con tale locuzione non si intenda sottolineare il profilo legato al giudizio di ponderazione che il giudice è chiamato a svolgere, ma allora l'inquadramento non divergerebbe sostanzialmente dalla prima impostazione.

In ultimo, occorre dire del giudizio di equità.

L'equità viene definita come la giustizia del caso particolare, ossia come la ricerca di una regola aderente alla natura del singolo rapporto (250).

Pur restando ancorato il nostro sistema giuridico al principio di legalità ed ai valori di certezza del diritto e uguaglianza, viene riconosciuto spazio a tale forma di sostituzione o di integrazione della rigidità della norma generale e astratta, il quale, nella sua astrattezza, non è in grado di cogliere le particolarità del caso concreto che renderebbero in qualche modo "ingiusta" l'applicazione della suddetta norma.

In particolare, attraverso l'equità da una parte è possibile tenere conto delle circostanze che il legislatore non ha previsto o non ha potuto o voluto prevedere al momento in cui la norma fu elaborata (251).

E tuttavia, come detto, il nostro ordinamento rimane saldamente improntato all'esigenza di legalità e certezza del diritto, sicché è la legge che stabilisce quando il giudice ha il potere di decidere secondo equità (252).

²⁵⁰ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, Padova, 1993, p. 23.

²⁵¹ A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 2011, p. 20

²⁵² Art. 113 c.c. ("Giudizio secondo diritto"): «*Nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto, salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità. Il giudice di pace decide secondo equità le cause il cui valore non eccede millecento*

Quando è ciò è ammesso, il giudice non può tuttavia utilizzare le proprie concezioni personali, ma deve comunque ispirarsi ai principi accolti dall'ordinamento; si dice in particolare che dovrebbe comportarsi come si sarebbe comportato il legislatore se avesse previsto il caso (253).

Viene precisato, a tal proposito, che il giudice di equità, pur quando autorizzato dalla legge, deve innanzitutto, sul piano dello stretto diritto, qualificare i fatti e valutarne le conseguenze, per poi individuare (con sentenza c.d. determinativa) la regola equitativa, la quale, in quanto regola, deve essere suscettibile di generalizzazione e deve comunque essere basata sull'enunciazione di principi, riconducibili non già ad una opinabile cultura economica e sociale del tempo, bensì a norme costituzionali (ad. es. solidarietà, uguaglianza, rispetto della sicurezza, libertà e dignità umana, utilità sociale, funzione sociale – art- 2, 3, 41, 42 Cost.) (254).

Peraltro viene sostenuto che anche il giudizio di equità, al pari del giudizio di diritto, è caratterizzato dalla motivazione, i cui vizi rilevano però solo se essa è inesistente o meramente apparente o perplessa, sicché non è necessario che emerga il percorso argomentativo che conduce ad individuare la regola (art. 118 comma 2, disp. att. c.p.c e 111, comma 6, Cost.) (255).

Dall'equità come criterio decisorio, regola “del caso singolo” va distinta l'equità c.d. “integrativa”, espressione che si riferisce ai casi in cui la legge prevede che il giudice provveda ad integrare o determinare “secondo equità” gli elementi di una fattispecie (per esempio nel caso di liquidazione “equitativa” di un danno difficile da quantificare nel suo esatto ammontare), o anche di un regolamento contrattuale predisposto dalle parti (cfr. artt. 1371 e 1374 c.c.) (256).

A conclusione di tale breve trattazione è possibile osservare che, se presi a raffronto con il giudizio di diritto, per come sopra descritto, ciò che accomuna i due tipi di valutazione discrezionale sembra essere che nel sillogismo decisorio manca la premessa maggiore ossia la regola che deve disciplinare la fattispecie. Tuttavia, nel caso dell'equità esiste un modello di

euro, salvo quelle derivanti da rapporti giuridici relativi a contratti conclusi secondo le modalità di cui all'articolo 1342 del codice civile».

²⁵³ A.TORRENTE-P.SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato* cit., p. 21.

²⁵⁴ F.GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, 2013, p. 34.

²⁵⁵ F.GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato* cit., p. 34.

²⁵⁶ A.TORRENTE-P.SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato* cit., p. 21.

regola che è quella di diritto che il giudice deve adattare però secondo le specificità del caso concreto; nel caso della discrezionalità amministrativa il giudice deve partendo dal rilievo concreto degli interessi pubblici e privati in gioco nella situazione data deve creare ipotesi di regole del caso concreto e selezionare quella più opportuna secondo il suo apprezzamento.

3.8 La tesi della discrezionalità amministrativa

Veniamo ora più nel dettaglio a descrivere i vari orientamenti dottrinali, principiando dall'opinione che qualifica il giudizio demandato al giudice circa la sorte del contratto in termini di discrezionalità amministrativa.

Viene infatti sostenuto che la natura delle valutazioni affidate al giudice in ordine ai presupposti (ulteriori rispetto alla legittimità della procedura) necessari a pronunciare l'inefficacia del contratto sarebbero espressione proprio di *«quella scelta discrezionale attinente ai profili di opportunità e convenienza dell'agire amministrativo che costituisce il “cuore” del merito amministrativo (257)»*.

In tal senso, l'agire del giudice si risolverebbe *«in una tutela sovrapponibile a quella fornita dalla giurisdizione in sede di ottemperanza, ed in particolare da quella specifica modalità dell'ottemperanza che è l'attività del commissario ad acta (258)»*.

In particolare, questa dottrina ritiene innanzitutto che l'accesso alla misura dell'inefficacia del contratto sia possibile unicamente in relazione ad una richiesta di tutela in forma specifica dell'interesse finale all'aggiudicazione del contratto: *«l'azione tutela una pretesa al subentro, come tale incompatibile con una nuova gara»*.

²⁵⁷ R. CAPONIGRO, *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo* (Relazione al Seminario su: «Il giudizio amministrativo tra codificazione, class action e recepimento della più recente Direttiva ricorsi in materia di appalti pubblici», Roma, 9 febbraio 2010), consultabili in www.giustizia-amministrativa.it

²⁵⁸ B. SASSANI, *Le azioni*, in (a cura di) B. SASSANI - R. VILLATA, *Il codice del processo amministrativo*, Torino, 2012, p. 354.

In particolare la specialità riguarderebbe sia il piano della cognizione, aperta alla piena cognizione dei fatti, sia sul piano dei poteri decisorii dal momento che al giudice del merito vengono affidati *«ad un tempo, i poteri demolitori ulteriori rispetto all'annullamento dell'aggiudicazione e poteri relativi alla fase ricostruttiva (...) il conseguimento dell'aggiudicazione, oggetto della domanda, è subordinato “alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli artt. 121, comma 1 e 122” (art. 124, comma 1), e proprio l'inefficacia del contratto è dichiarata a seguito di un complesso giudizio, irriducibile ad un giudizio di pura legittimità (259)»*.

Si iscrive in tale filone interpretativo anche l'opinione dottrinale di chi pur ritenendo che l'inefficacia del contratto sia strettamente funzionale al subentro del ricorrente, *«espressivo della tutela della concorrenza» (260)*, considera che tale interesse vada ponderato dal giudice con *«l'interesse pubblico sotteso al contratto (261)»*.

Pone invece una distinzione Greco. Quanto al gruppo di fattispecie “gravi”, secondo l'Autore la valutazione del giudice presenta *«tutte le caratteristiche della scelta funzionalizzata: essa, infatti, è una scelta diretta alla salvaguardia di un interesse generale e, dunque, di un interesse la cui*

²⁵⁹ B. SASSANI, *Le azioni*, in (a cura di) SASSANI B. - VILLATA R., *Il codice del processo amministrativo*, Torino, 2012, p. 355.

²⁶⁰ E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2011, p. 240 secondo cui *«L'inefficacia di cui si parla è un'inefficacia funzionale al subentro del ricorrente nell'aggiudicazione e nel contratto. A parte i casi di inefficacia sanzionatoria di cui alle lett. a) e b) dell'art. 121 in cui, per mancanza di gara, alcun subentro è possibile, in tutti gli altri casi l'interesse del ricorrente al subentro costituisce presupposto necessario, anche se non sempre sufficiente, ai fini della declaratoria di inefficacia»*, E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2011, p. 257; diversamente Greco, secondo il quale, in ordine all'inefficacia, il giudice *«non solo interviene d'ufficio, ma anche interviene (con valenza sanzionatoria) per soddisfare l'interesse oggettivo dell'ordinamento e, così, in funzione di tutela e ripristino della concorrenza, che, anche secondo il parere del Consiglio di Stato, rappresenta l'interesse primario tutelato dalla normativa di settore»*, G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in www.giustamm.it.

²⁶¹ Sicché *«l'accertamento della possibilità di subentro e più ancora della sua utilità rispetto agli interessi pubblici sottesi al contratto, sarà oggetto della ponderazione del giudice che, per quanto ancorata al parametro della proporzionalità, appare impregnata di forte discrezionalità (...) In particolare l'inefficacia con conseguente subentro è idonea a realizzare quella che è stata definita come la tutela “utile” della concorrenza, mentre la permanente efficacia del contratto garantisce il concretizzarsi dell'interesse pubblico sotteso alla stipulazione del contratto, inteso come interesse pubblico in senso oggettivo, come interesse della collettività amministrata»*. E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2011, p. 240p. 260-261, *passim*; questa opinione dottrinale dunque compone la funzionalizzazione dell'inefficacia alla tutela possibile utile ed efficiente del ricorrente con la valutazione discrezionale del giudice in merito alla sussistenza di detti presupposti.

soddisfazione è normalmente riservata all'azione amministrativa e alla pubblica amministrazione (262)»; pur incidendo su un assetto frutto di autonomia negoziale non vi sarebbero scrupoli di costituzionalità, trattandosi di «necessità imposte dal diritto comunitario (263)». Posto che, invece, per le fattispecie rientranti negli “altri casi” tale necessità comunitaria non si presenta, potrebbe effettivamente porsi il dubbio di legittimità costituzionale; tuttavia, il medesimo Autore lo ritiene superabile ricostruendo la disposizione di cui all'art. 122 c.p.a. nel senso di prevedere una serie di limiti all'inefficacia quali: la mancanza di interesse del ricorrente all'inefficacia (in ragione della mancanza di specifica domanda, dell'impossibilità di subentro o dello stato di avanzamento dell'esecuzione), l'eccessiva onerosità –quale applicazione del più generale principio di proporzionalità- per la stazione appaltante e quello della buona fede del terzo contraente.

In definitiva, nell'ambito di tale impostazione, si afferma, più o meno esplicitamente, che l'influenza comunitaria abbia comportato «un'attenuazione del carattere di diritto soggettivo del processo amministrativo sugli appalti, risultando invece accentuata la prospettiva di tutela di una sintesi tra interessi pubblici e privati di segno diverso» e dove «il giudice dispone di poteri di apprezzamento molto ampi, in quanto è chiamato quasi ad assumere una decisione di equità, senza che specifici parametri possano guidarne l'apprezzamento (264)».

²⁶² G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in www.giustamm.it

²⁶³ G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in www.giustamm.it; contra, F.CINTIOLI, *In difesa del processo di parti (Note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul “nuovo” processo amministrativo sui contratti pubblici, op. cit.*

²⁶⁴ F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, in www.giustamm.it, il quale aggiunge che l'intervento comunitario ha provocato una sorta di mutamento del processo nel senso di «una sorta di prolungamento della vicenda sostanziale, tutta sbilanciata sul versante della concorrenza, la quale va fatta rispettare e ripristinata anche in sede, appunto, processuale».

3.9 La tesi del giudizio secondo equità

Sulla scorta del rilievo che il Consiglio di Stato nel parere reso sulla bozza del decreto delegato avente ad oggetto il nuovo codice del processo amministrativo il quale ha espressamente escluso la sussistenza di una giurisdizione di merito, è emersa una diversa tesi in dottrina che spiega gli speciali poteri del giudice attraverso l'istituto dell'equità.

Viene infatti sostenuto che nelle disposizioni in discorso il compito del giudice *«presenta tutte le caratteristiche della scelta funzionalizzata ad una soluzione secondo equità che non aggravi la posizione del soccombente oltre i limiti connessi, appunto, ad una valutazione equitativa rimessa alla discrezionalità del giudice (...)»* il quale *«gode di ampi poteri per l'esercizio dei quali non vi sono criteri o parametri valutativi, ad es., della gravità della condotta (265)»*.

Sicché, in tale vicenda verrebbe rimesso al giudice un potere discrezionale creativo di diritto e integrativo *ex fide bona* del precetto giuridico indeterminato avente come finalità di riempire il precetto stesso secondo criteri di giustizia del singolo caso, non diversamente da quel che accade quando il giudice civile si pronuncia in via equitativa disponendo restituzioni, ripetizioni di beni, risarcimenti, allo scopo di ricomporre il rapporto giuridico pregiudicato da atti o fatti illeciti (266).

In particolare, nella ricostruzione in parola gli unici interessi presi in considerazione sarebbero quelli individuali dei contendenti in causa e quindi quelli del ricorrente, dell'amministrazione resistente e del controinteressato, nella decisione della misura più equa tra quella della tutela in forma specifica e quella per equivalente.

Contro tale tesi è stato sostenuto che siffatto inquadramento dei poteri comporterebbe seri dubbi di costituzionalità in ordine alla mancanza di una

²⁶⁵ Così A. CARULLO, *La sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione: poteri del giudice e domanda di parte*, in Riv. trim. app., 2010, p. 1016.

²⁶⁶ P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it

adeguata copertura legislativa di un intervento volto a travolgere (e ricostruire) assetti frutto di autonomia negoziale²⁶⁷.

Vieppiù, è stato sostenuto che alla validità di tale prospettiva si oppone il dato normativo che assegna rilevanza all'apprezzamento dell'interesse generale, il quale rappresenta parametro normalmente estraneo alle valutazioni di equità rimesse alla competenza del giudice civile, e che rileva piuttosto ai fini dell'applicazione dell'art. 2058 c.c. (o dell'art. 2933, comma 2, c.c.), e dunque in ordine a valutazioni rimesse al giudice dell'ordinamento processuale per scopi completamente diversi (268).

Altra parte della dottrina ha criticato l'utilizzo dello schema dell'equità nella ricostruzione dei poteri del giudice in materia di appalti, sotto un ulteriore profilo.

Si è infatti sottolineato come, ferma la mancanza di una nozione sufficientemente precisa e condivisa di equità, tale tipo di giudizio si caratterizza per una soggettività del giudice, per l'assenza di una norma preesistente e per l'applicazione di valori sociali partecipati e riscontrabili da chiunque. Esclusa la nozione di merito, in quanto storicamente superata dall'attuale modello di tutela offerto dal codice, si afferma che nello speciale giudizio sugli appalti pubblici sarebbe preferibile discorrere di discrezionalità del giudice, fenomeno che ricorre (come viene ritenuto anche nel caso in discorso) quando la norma di legge non determina completamente la disciplina del caso concreto e il suo contenuto deve essere integrato dal giudice.

Diversamente dall'equità in senso tecnico o dal merito, il potere discrezionale del giudice è circoscritto strettamente, perché sussistono prestabiliti canoni giuridici e le disposizioni di legge indicano il contenuto o i diversi possibili contenuti dell'atto, o, quanto meno, determinano lo scopo particolare dell'atto stesso e gli interessi che deve soddisfare

²⁶⁷ F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti (note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul "nuovo" processo amministrativo sui contratti pubblici*, in www.giustamm.it; contra Greco, il quale rileva che «lo scrupolo di costituzionalità può essere superato sol che si consideri che si tratta di necessità imposte dal diritto comunitario», G. GRECO., *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in www.giustamm.it.

²⁶⁸ In questo senso F. SAITTA, *La dichiarazione di inefficacia del contratto del giudice amministrativo: quale giurisdizione?*, in www.giustamm.it; M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice consultabile* in www.federalismi.it.

Sicché, in casi del genere in casi del genere avviene che il giudice è arbitro di sospendere o delimitare il prodursi delle conseguenze, di scegliere fra due conseguenze diverse o, anche, di prendere i provvedimenti che reputi più adatti alle circostanze del caso (269).

3.10 La natura dei poteri secondo la giurisprudenza

Occorre ora analizzare nel dettaglio come il giudice amministrativo abbia interpretato i nuovi poteri in ordine alla sorte del contratto affidatigli dal Legislatore nel 2010, cercando in particolare di scorgere l'impostazione teorica sottesa.

L'esame della casistica mostra, innanzitutto, come la giurisprudenza identifichi nominalmente i poteri ad esso spettanti sulla sorte del contratto come frutto di valutazioni di tipo discrezionale, o comunque implicanti una qualche forma di bilanciamento degli interessi in gioco; viene infatti affermato che gli speciali poteri del g.a. in materia devono essere interpretati secondo *«una chiave di lettura che vede l'inefficacia come il prodotto di un delicato bilanciamento tra l'interesse pubblico alla conservazione del contratto e la tutela della concorrenza (270)»*.

Sicché il giudice interpreta il proprio ruolo come quello di una sorta di gestore, a secondo della situazione concreta, della sorte del contratto, seppur secondo i canoni di imparzialità e terzietà tipici della funzione giurisdizionale (271).

Al di là delle espressioni utilizzate, sembra valga la pena di analizzare come il giudice interpreta in concreto gli elementi che la legge gli richiede di soppesare in ordine alla valutazione sulla sorte del contratto.

²⁶⁹ Per questa ricostruzione, M. RAMAJOLI, *Il processo in materia degli appalti pubblici da rito speciale a giudizio speciale*, in (a cura di) G. GRECO, *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010, p. 153.

²⁷⁰ TAR Perugia, Umbria, sez. I, 30.1.2013, n. 61.

²⁷¹ Si trova affermato infatti che *«nel decidere sulla sorte del contratto in esito all'annullamento dell'aggiudicazione, nell'esercizio di una funzione imparziale e terza che deve però considerare la rilevanza pubblicistica degli interessi perseguiti attraverso il contratto»* TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 12.2.2014, n.446.

Invero, tale ponderazione, come già segnalato, viene di fatto esclusa da un certo orientamento in relazione alle fattispecie nelle quali l'annullamento dell'aggiudicazione implichi la ripetizione della gara, dovendo in questi casi l'inefficacia intervenire automaticamente (272). Altro orientamento invece valuta tale elemento, in particolare da quale fase o momento della procedura occorre ripartire, unitamente agli altri interessi in gioco (273).

Ciò premesso, sembra in primo luogo che il giudice effettui una prima fase di valutazione che assume la forma di un accertamento circa alcuni presupposti preliminari al subentro (274).

In particolare, si ritiene innanzitutto che, secondo il principio *factum infectum fieri nequit*, l'esaurimento del rapporto impedisca, in ogni caso, la dichiarazione di inefficacia del contratto (275).

In secondo luogo, la possibilità di subentro viene valutata, con una valutazione tipicamente tecnica, in termini di possibilità effettiva di subentro.

A questo proposito, anzitutto, si rileva un approccio tendente a verificare la situazione concreta, senza utilizzare schemi precostituiti in ordine alla tipologia di contratto stipulato (fornitura, servizi, lavori o misti), valutando in concreto la possibilità di subentro anche nelle prestazioni con

²⁷² TAR Perugia, Umbria, sez. I, 30.1.2013, n. 61, secondo cui «la norma in questione, invero di non agevolissima lettura, secondo l'interpretazione prevalente, che è stata seguita da Cons. Stato, Ad. Plen., 28 luglio 2011, n. 13, comporta, in caso di annullamento dell'intera gara, con conseguente necessità di rinnovare la procedura, la pronuncia di inefficacia del contratto, senza che occorra una specifica valutazione comparativa degli elementi nella stessa fissati»; in termini, T.A.R. Lazio, Latina, 7 giugno 2012, n. 448.

²⁷³ TAR Campania, Napoli, sez. II, 24.10.2013, n. 4759, ove viene valorizzato la circostanza che l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione «non comporta l'obbligo di rinnovare integralmente la gara, ma soltanto di riprendere il procedimento dal momento successivo all'aggiudicazione provvisoria».

²⁷⁴ La giurisprudenza chiarisce che il subentro deve essere inteso non in senso tecnico giuridico, nel medesimo rapporto contrattuale «a mente dell'art. 122 c.p.a. il subentro nel contratto va inteso in senso atecnico, ovvero non come successione nel medesimo rapporto contrattuale intercorso con l'originario aggiudicatario – che anzi viene meno all'esito del giudicato amministrativo, bensì come necessità di stipulare un nuovo contratto che consenta di completare le prestazioni residue» d'altra parte «per ineludibili esigenze di rispetto della par condicio, il subentrante non può conseguire un beneficio maggiore rispetto a quello che avrebbe avuto se fosse risultato aggiudicatario ab initio sicché la sostituzione deve avvenire secondo le condizioni della gara originaria e l'offerta fatta dal subentrante in quella originaria gara», Cons. Stato, sez. V, 30.11.2015, n. 5404.

²⁷⁵ TAR Sicilia, Catania, sez. II, 11.11.2013, n. 2746

alto tasso tecnico, in tal caso avvalendosi di CTU o di relazioni della stazione appaltante (276).

Quanto alle condizioni economiche del subentro non sembra che la sostituzione dell'appaltatore possa avvenire a condizioni diverse rispetto a quelle offerte dal ricorrente, così come previsto nella procedura di interpello (277).

Esaurite queste preliminari verifiche, la giurisprudenza effettua un'attività di ponderazione dei diversi interessi in gioco.

Gli interessi pubblici e privati valorizzati in concreto sono di diversa natura (278).

Quanto ai primi, diversi sono gli interessi pubblici presi in considerazione dal g.a., tra i quali l'interesse a non interrompere la fornitura di una prestazione strumentale fondamentale per l'espletamento del servizio pubblico reso dall'amministrazione appaltante (279), ai costi dell'interruzione del servizio per l'amministrazione e dunque per la collettività (280), all'interesse alla sollecita realizzazione della fornitura in relazione all'interesse pubblico cui è funzionale (281), alla problematicità dal punto di vista tecnico e amministrativo del subentro (282), pur possibile in astratto, alla perdita di finanziamenti per la realizzazione della prestazione oggetto dell'appalto (283).

²⁷⁶ TAR Lazio, Roma, sez. II-bis, 7.8.2017, n. 9241, in relazione ad un contratto misto opere e servizi con prevalente prestazione di servizi (gestione integrata dell'impianto di pubblica illuminazione), si afferma che *«l'inefficacia va dichiarata per le prestazioni ancora da eseguire: in effetti, la ricorrente aspira all'affidamento della gestione del servizio per il futuro, in esito a valida procedura competitiva»*.

²⁷⁷ La giurisprudenza, invero, ha chiarito che l'interpello ai sensi dell'art. 140 del d.lgs. n. 163/2006 costituisce una vera e propria procedura di affidamento, che si svolge a "circolo chiuso" sul piano soggettivo, e a condizioni precostituite, sul piano oggettivo, in quanto vengono interpellati solo i soggetti già collocati nella graduatoria della precedente gara, e in quanto non possono essere fatte nuove offerte, né 'ripescate' quelle originariamente fatte dagli interpellati: il nuovo appalto per i lavori residui deve avvenire alle condizioni offerte dall'originario aggiudicatario (C.d.S., Sez. VI, n. 5747/2012).

²⁷⁸ Cons. Stato, sez. III, 25.6.2013, n. 3437: *«nella valutazione discrezionale che questo Collegio deve effettuare sulla possibile perdurante efficacia del contratto, occorre dare rilievo non solo gli interessi delle parti private coinvolte nel giudizio ma anche agli interessi pubblici coinvolti»*.

²⁷⁹ Cons. Stato, sez. III, 25.6.2013, n. 3437, in ordine alla fornitura di software e servizi informatici presso un'Azienda ospedaliera.

²⁸⁰ Cons. Stato, n. 3437/2013 cit.

²⁸¹ Cons. Stato, sez. V, 1.10.2015, n. 4585, in ordine alla fornitura di automezzi speciali per la raccolta domiciliare dei rifiuti.

²⁸² Cons. Stato, n. 3437/2013 cit.

²⁸³ Cons. Stato, n. 4585/2015.

Tra gli interessi delle parti che devono essere valutati, tra di loro ed in relazione agli interessi pubblici (284), si rinvengono la buona fede del contraente illegittimo, anche ai fini della valutazione dei costi da esso sostenuti, la circostanza che il contraente illegittimo abbia comunque modo (285), o abbia comunque avuto modo, di svolgere parte del contratto (286), la minor spesa per la p.a. contraente derivante dal non doversi sobbarcare il risarcimento del danno da mancata aggiudicazione richiesto dal concorrente pretermesso (287).

Quanto al momento di produzione dell'inefficacia, anche in questo caso, sembra il g.a. assume come compito preliminare la verifica tecnica dei tempi di subentro (288), ed accertato ciò si riscontra una tendenza ad utilizzare un criterio di giustizia equitativa del caso concreto (289).

In generale, dall'esame della giurisprudenza si può dire che la varietà delle situazioni è molto vasta, e dunque parrebbe che la formulazione legislativa "a maglie larghe" sia stata effettivamente utilizzata dalla giurisprudenza in modo fattivo da ricomprendere la complessità del reale nella soluzione della sorte del contratto.

E tuttavia, non sembra emergere uno stabile e chiaro "protocollo di azione" in ordine alla procedura che il giudice debba seguire nel caso concreto, e si rinviene altresì uno scarso utilizzo della CTU in ordine alle possibili soluzioni tecniche.

²⁸⁴ A questo riguardo per prima cosa viene verificato l'interesse delle parti, valorizzando anche i casi di "silenzio" serbato dalle parti: *«non vi siano ragioni, rispetto agli interessi complessivi delle parti, anche in riferimento al "silenzio" dalle stesse serbato, che suggeriscano la declaratoria dell'inefficacia del contratto»*, TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 12.2.2014, n. 446.

²⁸⁵ TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 1.6.2015, n. 1287.

²⁸⁶ TAR Campania, Napoli, sez. II, 24.10.2013, n. 4759.

²⁸⁷ Cons. Stato, sez. IV, 8.8.2014, n. 4225.

²⁸⁸ TAR Lazio, Roma, sez. I, 15.3.2013, n. 2705; TAR Lazio, Roma, sez. I-ter, 1.6.2012, n. 4997.

²⁸⁹ Cons. Stato, sez. III, 19.12.2011, n. 6638, in relazione ad un contratto con oggetto la gestione di centro di accoglienza per immigrati: *«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 dal trentesimo giorno successivo a quello di ricezione della comunicazione in via amministrativa (o, se anteriore, a quello di notifica) della presente decisione, con obbligo per l'Amministrazione di procedere, entro detto termine, alla stipula di contratto di appalto con l'odierna appellante»*.

BIBLIOGRAFIA

- A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999
- A. BARTOLINI -S. FANTINI, *La nuova direttiva ricorsi*, in *Urb. App.*, 10, 2008
- A. BARTOLINI, *Il contenzioso in materia di contratti pubblici*, in R. VILLATA E B. SASSANI, *Il codice del processo amministrativo, dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012
- L. BERTONAZZI, *Aggiudicazione, contratto e contenzioso*, in (a cura di) R. VILLATA, *I contratti pubblici di lavori, servizi e fornitura*, Lavis, 2014
- C. CACCIAVILLANI, *Giurisdizione sui contratti pubblici*, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it
- C. CACCIAVILLANI, *La giurisdizione amministrativa*, in (a cura di) B. SASSANI B.- R. VILLATA, *Il codice del processo amministrativo – dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012
- M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001
- E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983
- R. CAPONIGRO, *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo* (Relazione al Seminario su: «Il giudizio amministrativo tra codificazione, class action e recepimento della più recente Direttiva ricorsi in materia di appalti pubblici», Roma, 9 febbraio 2010), consultabili in www.giustizia-amministrativa.it
- V. CARBONE, *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009
- A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012
- P. CARPENTIERI, *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004
- P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2013
- P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it
- A. CARULLO, *La sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione: poteri del giudice e domanda di parte*, in *Riv. trim. app.*, 2010
- F. CINTIOLI, *Le Sezioni Unite rivendicano a sé il contratto, ma non bloccano il giudizio di ottemperanza*, in www.giustamm.it
- F. CINTIOLI, *Annullamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico*, in www.giustizia-amministrativa.it
- F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti (note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul “nuovo” processo amministrativo sui contratti pubblici)*, in www.giustamm.it
- F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2012
- S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir pubbl.*, 2003

P. CERBO, *Le “sanzioni alternative” nell’attuazione della direttiva ricorsi (e nel codice del processo amministrativo)*, in *Urb. app.*, 2010

P. CERBO, *L’azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2017

M. CLARICH, *Considerazioni sul rapporto tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 1, 2016

G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935

P. COMOGLIO, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 1994

C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. I, Torino, 2015

C. CONTALDI LA GROTTIERA, *Le nuove “direttive ricorsi” e le vecchie questioni sulla sorte del contratto*, in *Dir. e pratica amm.*, in *Il Sole-24 Ore*, 3, 2008

G. CORAGGIO, *Annullamento dell’aggiudicazione e sorte del contratto*, in www.giustizia-amministrativa.it

S.FANTINI, *L’inefficacia del contratto*, in (a cura di) R.VILLATA E B.SASSANI, *Il codice del processo amministrativo, dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012

L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L’azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2013

E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel Decreto Legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2010

E. FOLLIERI, *Situazioni giuridiche soggettive dell’amministrazione*, in (a cura di) F.G.SCOCA, *Diritto Amministrativo*, Torino, 2014

F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, in www.giustamm.it

M. FRACANZANI, *Annullamento dell’aggiudicazione e sorte del contratto nel nuovo processo amministrativo: dall’onere di impugnazione alla pronuncia di inefficacia*, in www.giustizia-amministrativa.it

F. FRENI, *L’Adunanza plenaria afferma la giurisdizione (di merito) del giudice amministrativo ma non scioglie il nodo del rapporto tra provvedimento e contratto*, in *Foro Amm.-CDS*, 11, 2008

C.E. GALLO, *Contratto e annullamento dell’aggiudicazione: la scelta dell’Adunanza Plenaria*, in *Foro Amm.-CDS*, 2008, 9

R. GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, Milano, 2008

M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. II, Milano, 1993

F. GOISIS, *Ordinamento comunitario e sorte del contratto, una volta annullata l’aggiudicazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2009

G. GRECO, *I contratti dell’amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, Milano, 1986

G. GRECO, *L’adeguamento dell’ordinamento italiano alle direttive comunitarie in tema di appalti di lavori pubblici*, in *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano (direttive 89/440/CEE e 89/665/CEE)*, in *Atti dell’incontro di studi tenutosi a Milano il 16 febbraio 1990*, Milano, 1990

G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, p. 257 e ss.;

G. GRECO, *La trasmissione dell'antigiuridicità (dell'atto amministrativo illegittimo)*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, Padova, 2007

G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel D.Lgs. 53/2010*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3, 2010

M. IMMORDINO – M.C. CAVALLARO, *I contratti della pubblica amministrazione*, in (a cura di) F.G. SCOCA, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2014

M. LIPARI, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, consultabile in www.federalismi.it, 9, 2008

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.-TAR*, I, 2010

V. LOPILATO, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e nuovi rimedi previsti dal D.Lgs. n. 53/2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in www.giustizia-amministrativa.it

F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, B. MARCHETTI, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 1998

F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, G. MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991

B. MARCHETTI, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 1998

R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008

A. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo tra «cambio di paradigma» e paura della tutela*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010

I. PAGNI, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2, 2012

G. PERICU - M. GOLA, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in *Diritto Amministrativo*, Vol. II, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, Bologna, 2005

A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964

A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007

M. RAMAJOLI, *La Cassazione riafferma la giurisdizione ordinaria sul rapporto contrattuale tra amministrazione e aggiudicatario*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2008

M. RAMAJOLI, *L'Adunanza plenaria risolve il problema dell'esecuzione della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione in presenza di contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2008

M. RAMAJOLI, *Il processo in materia degli appalti pubblici da rito speciale a giudizio speciale*, in (a cura di) G. GRECO, *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010

M. RAMAJOLI, *La tutela cautelare nel contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2011

S. ROSTAGNO, *La Corte di Cassazione interviene rispetto alla tesi del contratto quale atto della serie procedimentale viziata*, in www.giustamm.it

F. SAIITA, *La dichiarazione di inefficacia del contratto del giudice amministrativo: quale giurisdizione?*, in www.giustamm.it

F. SAIITA, *Sindacato giurisdizionale e «sostituzione della pubblica amministrazione*, Atti del Convegno di Copanella del 1-2 luglio 2011

A.M. SANDULLI, *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della p.a.*, in *Dir. trim. dir. e proc. civ.*, 1965

M.A. SANDULLI, *Ulteriori profili di compatibilità comunitaria della disciplina interna sui contratti pubblici*, in *Foro amm.-Tar*, 2008

B. SASSANI, *Le azioni*, in (a cura di) B. SASSANI B. - R. VILLATA, *Il codice del processo amministrativo*, Torino, 2012

F.G. SCOCA, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2015

F.G. SCOCA., *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, in www.giustamm.it

F.G. SCOCA, *Le situazioni giuridiche dei privati*, in (a cura di) F.G.SCOCA), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014

S.S.SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008

S.S. SCOCA, *La Cassazione «mette le mani» sugli appalti pubblici. Nota a Cass. SS.UU. civ. sentenza 28 dicembre 2007, n. 27169*, in www.giustamm.it.

S.S. SCOCA, *Soccombenza e appello; aggiudicazione e contratto: profili di interesse della sentenza annotata*, in *Foro. amm.-CDS*, 2, 2008

S.S. SCOCA, *Aggiudicazione e contratto: la posizione dell'Adunanza plenaria*, in *Foro Amm.-CDS*, 12, 2008

F.G. SCOCA, *Le situazioni giuridiche dei privati*, in (a cura di) F.G.SCOCA), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014

R. SCOGNAMIGLIO, voce *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1989

G. SPATTINI, *Note minime su autorità indipendenti, separazione dei poteri e «giusto processo» nel Codice: ancora una «ingiustizia amministrativa» nei confronti della discrezionalità tecnica?*, in www.giustamm.it

E. STICCHI DAMIANI, *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2003

E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2011

S. TARULLO, *La giurisdizione sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione: la soluzione delle Sezioni Unite non persuade*, in www.giustamm.it

A. TORRENTE-P.SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 2011

A. TRAVI, *Considerazioni sul recente codice del processo amministrativo*, in *Dir. pubb.*, 3, 2010

A. TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, Padova, 1993

F. TRIMARCHI BANFI, *L'art. 1, comma 1-bis della L. n. 241 del 1990*, in *Foro amm.-CDS*, 3, 2005

G. TROPEA, *“L'ibrido fiore della conciliazione”: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2011

D. VAIANO, *Sindacato di legittimità e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, in (a cura di) F. MANGANARO – A. ROMANO TASSONE - F. SAITTA, *Sindacato giurisdizionale e «sostituzione della pubblica amministrazione*, Atti del Convegno di Copanello del 1-2 luglio 2011