

Aggiudicazione e contratto dopo il codice del processo amministrativo

GIUSEPPE VISCONTE

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Il regime previgente: la tradizionale impostazione dicotomica; 3. Il regime attuale: la direttiva comunitaria e il suo recepimento nell'ordinamento italiano; 4. Segue: la sorte del contratto e la natura della pronuncia declaratoria di inefficacia; 5. Segue: la configurabilità di una giurisdizione di merito in capo al giudice amministrativo; 6. Conclusioni.

1. Introduzione.

In questa sede ci si propone di ricostruire il percorso evolutivo che il nostro ordinamento, attraverso gli apporti della giurisprudenza e della dottrina e sotto l'incalzante spinta del legislatore comunitario, ha fin qui percorso nel tentativo di mediare, da un lato, tra la tradizionale visione dicotomica del rapporto tra il procedimento di evidenza pubblica e la fase dell'esecuzione del contratto di conseguenza stipulato, e, dall'altro, tra l'esigenza di garantire la stabilità e la certezza dei rapporti contrattuali e l'esigenza di assicurare al privato, vittima dell'illegittimità della procedura di evidenza pubblica, che abbia proposto ricorso avverso gli atti di gara, un'effettiva e sostanziale tutela per il conseguimento del bene della vita cui aspira, ossia il subentro nel rapporto contrattuale instauratosi tra l'aggiudicatario illegittimo e la stazione appaltante.

La descrizione di tale processo evolutivo prenderà le mosse dal dibattito sviluppatosi in merito a diverse problematiche afferenti il rapporto tra aggiudicazione e contratto. In particolare, l'attenzione di questo lavoro si incentrerà sulla tematica della qualificazione dei vizi sostanziali che colpiscono il contratto *medio tempore* stipulato, nonché sui problemi riguardanti sia l'individuazione del giudice cui spetta la giurisdizione sulla sorte del contratto stipulato a seguito dell'aggiudicazione, che la natura della pronuncia del giudice sul contratto stesso. L'esposizione di tale iter evolutivo passerà attraverso il consolidarsi delle posizioni giurisprudenziali delle Sezioni Unite e dell'Adunanza Plenaria tra il 2007 e il 2008, fino alla svolta impressa dal legislatore comunitario tramite la direttiva del 2007, con il conseguente *revirement* delle Sezioni Unite nel 2010 e le refluenze prodottesi sul nostro ordinamento con le modifiche legislative apportate al codice degli appalti poi confluite nel codice del processo amministrativo del 2010.

2. Il regime previgente: la tradizionale impostazione dicotomica.

Come sopra accennato, tra gli obiettivi principali che si pone la giurisprudenza nazionale, in tema di rapporto tra annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto, c'è la necessità di garantire l'effettività della tutela per il privato che si fosse visto illegittimamente estromesso dalla procedura di evidenza pubblica o che non si fosse visto aggiudicare il contratto. La giurisprudenza nazionale si preoccupava di ricostruire il rapporto tra annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto *medio tempore* stipulato, in maniera tale che la tutela apprestata dal giudice amministrativo, cui spettava la giurisdizione sugli atti delle procedure di evidenza pubblica, ai sensi della normativa sugli appalti, avesse un seguito e una refluenza sugli atti contrattuali susseguenti all'atto di aggiudicazione annullato, in modo tale che la sentenza di annullamento non rappresentasse una tutela solo formale, ma garantisse l'acquisizione del bene della vita, dal momento che finché nessun giudice si fosse pronunciato sul contratto, questo continuava a produrre i suoi effetti e l'aggiudicatario continuava nell'esecuzione del rapporto contrattuale.

Si poneva quindi il problema di quali fossero le conseguenze, in termini di patologia, che l'annullamento dell'atto di aggiudicazione da parte del giudice amministrativo produceva sul contratto

successivamente stipulato, di quale fosse il giudice chiamato a pronunciarsi sulla sorte del contratto e se questi potesse assicurare il bene della vita cui aspirava il ricorrente.

Al riguardo, la dottrina¹ impostava il rapporto tra atti del procedimento di evidenza pubblica e contratto conseguente secondo la tradizionale visione dicotomica, per cui il contratto risultava del tutto impermeabile ai vizi della procedura di evidenza pubblica, secondo un sistema del doppio binario, in base al quale tra la fase pubblicistica e quella civilistica non ci doveva essere alcun rapporto di interferenza.

Quest'idea formulata nell'ambito del diritto sostanziale aveva poi il suo risvolto processuale e in termini di giurisdizione.

Infatti, era diffusa in dottrina l'idea, poi trasposta nell'ambito delle normative in materia di appalti col tempo stratificatesi fino all'attuale codice degli appalti, secondo cui la giurisdizione era del giudice amministrativo per tutti gli atti compiuti fino al momento della stipulazione del contratto, dopodiché la giurisdizione spettava al giudice ordinario. Ciò in quanto nella fase dell'evidenza pubblica la Pubblica Amministrazione si pone in una posizione sovraordinata, dal momento che esercita il potere di scelta del migliore offerente che dovrà eseguire l'appalto pubblico e si fa quindi portatrice dell'interesse generale della collettività alla realizzazione dell'opera pubblica, quando, invece, nella fase successiva stipula il contratto si trova in un rapporto di equiordinazione rispetto al privato.

L'idea della netta separazione fra la fase pubblicistica e quella privatistica si spiega con la posizione giuridica soggettiva fatta valere dal ricorrente, che è di interesse legittimo durante la prima fase, di diritto soggettivo durante la seconda.

Oltre alla questione della giurisdizione, si poneva il problema di quale tipo di conseguenza si producesse sul contratto, a seguito dell'annullamento dell'atto di aggiudicazione.

Secondo una prima ricostruzione, i vizi che colpiscono gli atti dell'evidenza pubblica determinano l'annullabilità del contratto, che può essere fatta valere solo dal contraente pubblico, dal momento che si tratta di norme poste a tutela dell'interesse pubblico a che venga scelto il miglior offerente. Tuttavia, si è fatto notare come questa posizione svantaggi l'impresa ricorrente vittoriosa che aspira al bene della vita e che, per poter ottenere una tutela effettiva, dovrebbe sperare che il contraente pubblico esperisca un'azione di annullamento del contratto.

Altri hanno ricostruito la tematica dei rapporti aggiudicazione/contratto in termini di nullità assoluta, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., per violazione di norme imperative di natura inderogabile, in quanto dirette a regolare la scelta del contraente affidatario di un appalto pubblico.

Altri ancora hanno optato per la nullità relativa², sostenendo che il venir meno con effetto retroattivo del provvedimento di aggiudicazione priverebbe l'Amministrazione della legittimazione a contrarre per mancanza originaria del consenso, determinando così la nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418, comma 2, c.c. .

La teoria della nullità non era comunque ben accolta a molti per le conseguenze sproporzionate che provocava, in quanto poteva essere fatta valere da chiunque vi avesse interesse, con il rischio che venisse compromessa la certezza e la stabilità dei rapporti contrattuali, la relativa azione era imprescrittibile, poteva essere rilevata dal giudice d'ufficio, ecc., per cui sono state formulate altre teorie che hanno avuto maggiore fortuna, seppur contestate anch'esse: la teoria della caducazione automatica e la teoria dell'inefficacia.

La teoria della caducazione automatica³ si fonda sull'idea secondo cui l'atto "a valle" (il contratto) viene travolto dall'annullamento dell'atto "a monte" (il provvedimento di aggiudicazione), in quanto

¹ Giannini M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, vol. I, 677 ss..

² Tar Campania, Napoli, sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177.

³ Caponigro R., *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto*, su www.giustizia-amministrativa.it.

quest'ultimo costituisce un presupposto, senza che ci sia bisogno di pronuncia costitutiva. A sostegno di questa tesi si sono addotte varie argomentazioni sia letterali, fondate sugli artt. 246, comma 4, d.lgs. 163/2006 (codice degli appalti) a sull'art. 20, comma 8, d.l. 185/2008, convertito nella l. 2/2009, ai sensi dei quali l'annullamento dell'aggiudicazione determina la "caducazione" degli effetti del contratto, quale che sia lo stato di esecuzione dell'opera, che sistematiche, per cui le norme sull'evidenza pubblica sono poste a tutela, non solo dell'interesse del contraente pubblico, ma anche a tutela dei principi fondamentali della concorrenza e del mercato e della *par condicio* tra i concorrenti.

La stessa giurisprudenza civile⁴ ha fatto propria questa tesi, ritenendo che la caducazione *ex tunc* degli atti attraverso i quali il contraente pubblico forma la propria volontà contrattuale priva questo stesso della legittimazione a negoziare, ragion per cui, se ha stipulato, lo ha fatto *iniure*.

Tuttavia, anche la tesi della caducazione automatica non è esente da critiche⁵. Si è fatto notare come questa tesi non faccia altro che descrivere un accadimento, che consiste nel travolgimento di un atto "a valle" per effetto del venir meno dell'atto presupposto, senza che si spieghino le ragioni sostanziali di questo rapporto, a meno che non si voglia sminuire il ruolo del contratto, che sarebbe avvinto in maniera così stringente all'atto di aggiudicazione, da svolgere rispetto a quest'ultimo un ruolo meramente esecutivo.

Ad oggi, alla luce del recepimento nel nostro ordinamento della direttiva del 2007 con il codice degli appalti pubblici e poi con il codice del processo amministrativo, si può dire che anche la giurisprudenza amministrativa ha ormai abbandonato la tesi della caducazione automatica, dal momento che riconosce la presenza di un nesso di unità ed inscindibilità tra fase di evidenza pubblica e stipula del contratto⁶, tale che non può essere affermata la giurisdizione del giudice amministrativo solo per quei casi in cui la domanda di annullamento dell'aggiudicazione e la domanda di subentrare nel contratto vengano presentate contestualmente e non anche per quelli in cui viene domandata solo la privazione di effetti del contratto, perché così si finirebbero per riconoscere due giurisdizioni per un'unica fattispecie sostanziale, quando, invece, per effetto della direttiva comunitaria e delle norme interne di recepimento, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo va riconosciuta sulla controversia inerente l'efficacia del contratto, anche se è stata introdotta autonomamente rispetto all'annullamento dell'aggiudicazione già disposto con precedente sentenza⁷.

La teoria dell'inefficacia si fondava sull'idea secondo cui, una volta annullato, in via giurisdizionale o in via di autotutela, l'atto di aggiudicazione, ne derivava l'inefficacia sopravvenuta del contratto per carenza di legittimazione in capo alla stazione appaltante a stipulare lo stesso. Detta inefficacia del contratto poteva essere fatta valere solo dal ricorrente che aveva ottenuto l'annullamento dell'atto di aggiudicazione e, fino a quando detto vizio che inficiava il contratto non si fosse fatto valere, il contratto continuava a produrre effetti tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario, nonostante la sentenza di annullamento dell'atto di aggiudicazione, secondo la visione a compartimenti stagni che caratterizzava il rapporto fase dell'evidenza pubblica/fase esecutiva.

Alla teoria dell'inefficacia è stato, tuttavia, contestato il fatto che non distingue tra l'inefficacia in senso ampio, che consisterebbe nell'incapacità dell'atto di produrre effetto, quale che ne sia l'origine, e quindi comprensiva anche dell'invalidità, e l'inefficacia in senso stretto, che si ha quando l'atto, pur

⁴ Cass. Civ., SS.UU., 28 novembre 2007, n. 24658; Cass. Civ., I, 15 aprile 2008, n. 9906; Cass. Civ., I, 26 maggio 2006, n. 12629 e soprattutto Cass. Civ., SS.UU., 28 dicembre 2007, n. 27169, che ha ritenuto compatibile la tesi della caducazione automatica con la giurisdizione del giudice ordinario.

⁵ Carpentieri P., *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, pubblicato il 26 marzo 2011 su www.giustizia-amministrativa.it.

⁶ Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2010, n. 7578, su www.giustizia-amministrativa.it.

⁷ Tar Lazio, Roma, sez. III bis, 8 marzo 2011, n. 2122 su www.giustizia-amministrativa.it.

essendo valido, non è in grado di produrre effetti. Nel primo caso, con la nozione di inefficacia in senso ampio, si fa riferimento al modello della caducazione; nel secondo, con la nozione di inefficacia in senso stretto, il contratto resta valido, ma viene sottoposto alla condizione risolutiva tacita dell'annullamento dell'atto di aggiudicazione oppure si rientra nell'ambito del modello della *condicio juris*, per cui il rapporto tra atto amministrativo e contratto è di natura approvativa/autorizzatoria.

Come sopra accennato, il *limen* tra giurisdizione del giudice amministrativo e giurisdizione del giudice ordinario era rappresentato dal momento della stipulazione del contratto, in cui la stazione appaltante, da titolare di poteri che la ponevano in una posizione di sovraordinazione rispetto ai candidati al contratto, si pone allo stesso livello dell'aggiudicatario/contraente *uti civis*.

Questa è stata la posizione delle SS.UU., 28 dicembre 2007, n. 27169, le quali hanno dichiarato la giurisdizione del giudice ordinario tanto sulla domanda diretta a far dichiarare la nullità o l'inefficacia del contratto, quanto sulla domanda di annullamento dello stesso, dal momento che la fase della scelta del contraente si chiude con il provvedimento di aggiudicazione, alla quale segue la successiva e consequenziale fase, intimamente connessa alla prima, nella quale il contraente pubblico e quello privato si trovano in una posizione paritetica.

Sul punto è stata interrogata dalla V sezione del Consiglio di Stato⁸, con ordinanza n. 1328 del 28 marzo 2008, anche l'Adunanza Plenaria, che ha ritenuto sussistere la giurisdizione del giudice amministrativo, dal momento che sarebbe inutile la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie relative alle procedure di affidamento degli appalti pubblici, se questa non riguardasse anche le questioni sulla consequenziale invalidità o inefficacia del contratto, e sarebbe, altresì, notevolmente dispendioso intraprendere la strada del giudizio presso il giudice ordinario per attaccare il contratto, con il rischio che nel frattempo l'aggiudicatario illegittimo concluda l'esecuzione dell'appalto pubblico.

Tuttavia, il Massimo Consesso, con decisione n. 9 del 30 luglio 2008, ha respinto la soluzione proposta dalla V sezione e ha ritenuto sussistere la giurisdizione del giudice ordinario, non discostandosi dall'orientamento delle ultime Sezioni Unite. In particolare, l'organo giurisdizionale ha affermato che non sussiste una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo riguardante le controversie sulle conseguenze che l'annullamento dell'atto di aggiudicazione produce sul contratto, né può il giudice amministrativo pronunciarsi su una domanda del ricorrente volta a ottenere la reintegrazione in forma specifica, dal momento che così il giudice amministrativo andrebbe ad incidere sui diritti soggettivi coinvolti nella fase negoziale, andando al di là dei poteri giurisdizionali spettantigli, che possono avere ad oggetto solo il risarcimento del danno per equivalente. Né poi questa costituisce, secondo il giudice amministrativo, una *deminutio* per il ricorrente, sotto il profilo della tutela giurisdizionale, potendosi sempre percorrere la strada del giudizio di ottemperanza, perché la sentenza con la quale il giudice amministrativo annulla l'atto di aggiudicazione determina un vincolo permanente e puntuale per la successiva attività della Pubblica Amministrazione, la quale non potrà discostarsi dal disposto della stessa per via dell'effetto conformativo della sentenza, che obbligherà l'Amministrazione a rilevare la sopravvenuta caducazione del contratto, pena il ricorso al giudizio di ottemperanza, nel quale il giudice amministrativo disporrà dei poteri, derivanti dalla giurisdizione di merito, necessari ad assicurare al ricorrente il bene della vita cui aspira.

L'idea della giurisdizione del giudice ordinario è stata tuttavia contestata, sulla base di varie argomentazioni. Si è affermato, infatti, che il momento della stipulazione del contratto andrebbe ricompreso nella fase della procedura di affidamento e svolgerebbe un ruolo simile a quello svolto, nell'ambito di un procedimento amministrativo, da quegli atti (ad esempio le deliberazioni preliminari e i pareri conformi) che fanno parte della c.d. fase di integrazione dell'efficacia, ragion per cui il giudice

⁸ Ferrari G., *L'annullamento del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico e la sorte del contratto già stipulato nella disciplina dettata dal nuovo c.p.a.*, su <http://appaltiecontratti.uniroma2.it/>.

amministrativo, una volta annullata la gara, dovrebbe dichiarare caducato il contratto in virtù del rapporto di consequenzialità necessaria tra la procedura di evidenza pubblica e il contratto successivamente stipulato. La giurisprudenza amministrativa successiva⁹ alle Sezioni Unite del 2007, riprendendo le argomentazioni dell'ordinanza di rimessione della IV sezione del Consiglio di Stato n. 3355 del 21 maggio 2004, ha affermato che la giurisdizione esclusiva sulla fase di scelta del contraente sarebbe inutile senza la giurisdizione sulle questioni afferenti l'invalidità o l'inefficacia del contratto e che, attribuendo la giurisdizione al giudice ordinario, si renderebbe soltanto formale la tutela per il ricorrente, che dovrebbe intraprendere un iter giurisdizionale dispendioso e farraginoso.

C'è chi ha sostenuto che il problema della giurisdizione è un falso problema¹⁰, dal momento che la questione è quella di dare una qualificazione al vizio dell'attività negoziale che, una volta fatto rientrare nell'ambito della caducazione automatica, non pone particolari problemi in termini di riconoscimento della giurisdizione del giudice ordinario sulla fase esecutiva, né in termini di effettività della tutela giurisdizionale apprestata dal giudice amministrativo con riguardo alla fase dell'evidenza pubblica, visto l'effetto conformativo della sentenza di annullamento dell'atto di aggiudicazione.

Altri¹¹ hanno ritenuto che il problema del riparto di giurisdizione trova origine nella criticabile idea del doppio binario e della netta separazione tra fase dell'evidenza pubblica e fase esecutiva. Si è affermato infatti che questa ricostruzione è più che altro coerente con un criterio di riparto fondato sulla posizione giuridica soggettiva fatta valere, ma contrasta con l'unitarietà dell'affare economico-sociale che caratterizza l'intera vicenda.

3. Il regime attuale: la direttiva comunitaria e il suo recepimento nell'ordinamento italiano.

Tuttavia, quella che sembrava essere una posizione giurisdizionale consolidata nata da un concordato tra le Sezioni Unite e l'Adunanza Plenaria ha dovuto fare i conti con la direttiva n. 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007, che, disinteressandosi, come fa di solito il legislatore comunitario, delle problematiche attinenti al riparto di giurisdizione e lasciando, al riguardo, ampia discrezionalità agli Stati membri, ha, però, imposto che venisse assicurata una tutela rapida ed effettiva al ricorrente.

L'attuazione della direttiva del 2007 è avvenuta per il tramite di una legge delega, la n. 88/2009, attuata con il d.lgs. n. 53/2010, che ha aggiunto all'art. 244, comma 1, del codice dei contratti pubblici, la seguente disposizione in materia di giurisdizione: *“La giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative”*.

La scelta di affidare al giudice amministrativo le controversie in materia di privazione degli effetti del contratto, e non più al giudice ordinario, ci si è chiesti¹² se sia stata imposta o quantomeno suggerita dal legislatore comunitario. Al riguardo, da una lettura del testo della direttiva non sembrano esserci disposizioni a tal punto stringenti, dal momento che, come sopra detto, il legislatore non si è mai interessato delle problematiche di carattere processuale se non nella misura in cui riguardino l'effettività della tutela giurisdizionale. Infatti, anche la stessa pronuncia, con cui quello che la direttiva chiama “organo di ricorso indipendente” (non imponendo neppure la direttiva che debba trattarsi di un organo giurisdizionale, potendo anche essere un'autorità amministrativa indipendente, purché sia terzo) delibera la perdita di efficacia del contratto, non è automatica, ma deve essere il frutto di una scelta ponderata risultante dal vaglio di tutti gli interessi coinvolti, essendo gli organi responsabili liberi di rimettere in

⁹ Tar Lazio, Roma, II, 15 settembre 2008, n. 8238.

¹⁰ Caponigro R., *Op. cit.*

¹¹ Carpentieri P., *Op. cit.*

¹² Saitta F., *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, pubblicato su www.giustizia-amministrativa.it il 4 maggio 2010.

discussione il contratto come di non farlo, qualora lo impongano delle esigenze imperative, nonostante sia stato aggiudicato illegittimamente. Così la direttiva comunitaria mantiene un atteggiamento neutrale sulla questione del riparto di giurisdizione, ma questo non significa che non ha dato delle precise indicazioni.

Il legislatore comunitario, pur limitandosi a imporre che debba essere garantita al ricorrente una tutela rapida ed effettiva, non ha detto esplicitamente che la soluzione per il raggiungimento di tale obiettivo fosse la concentrazione delle tutele presso un solo giudice, tuttavia è chiaro come il sistema dualistico imposto dalla Cassazione e accettato dal Consiglio di Stato non fosse in linea né con la direttiva, né con il principio costituzionale della ragionevole durata del processo, dal momento che, prima che si fosse pronunciato definitivamente il giudice ordinario sulla domanda di privazione dell'efficacia del contratto, dopo aver ottenuto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, l'aggiudicatario illegittimo avrebbe già eseguito interamente il contratto d'appalto. Ne consegue che la scelta del legislatore di affidare al giudice amministrativo la giurisdizione sulla dichiarazione di inefficacia del contratto, anche se non imposta, era comunque necessitata in vista dell'obiettivo fissato dalla direttiva, ovvero la tutela rapida ed effettiva che, sotto il regime previgente era chiaramente solamente formale, se si considera che il più delle volte i giudici amministrativi negavano al ricorrente il risarcimento in forma specifica, ovvero sia l'aggiudicazione del contratto, reputandosi impossibilitati ad incidere sul contratto. L'unica strada percorribile era quella della tutela cautelare, poiché solo sospendendo gli effetti dell'aggiudicazione si sarebbe riusciti ad impedire la stipulazione del contratto, che sarebbe altrimenti divenuto un ostacolo insormontabile per il ricorrente che dalla sentenza di annullamento dell'aggiudicazione avrebbe ricevuto solo una soddisfazione morale, ma avrebbe perso il bene della vita cui aspirava. La scelta del legislatore nazionale di concentrare le tutele presso il giudice amministrativo è stata, del resto, accolta con favore sia dal Consiglio di Stato che, nell'ambito del parere¹³ formulato sullo schema del decreto legislativo, ha ritenuto che la direttiva vada interpretata nel senso che il legislatore comunitario ha voluto attribuire ad un organo di ricorso indipendente sia il compito di conoscere l'illegittimità della procedura di scelta del contraente che quello di dichiarare la conseguente inefficacia del contratto, che dalla stessa Cassazione¹⁴ che l'ha ritenuta ineludibile, alla luce della connessione tra la domanda di annullamento dell'aggiudicazione e la domanda di dichiarazione dell'inefficacia del contratto.

Si sono posti dubbi anche sulla legittimità costituzionale, per contrasto con i canoni della sent. 204/2004 della Corte Costituzionale, in materia di giurisdizione esclusiva, della scelta del legislatore nazionale di riconoscere la giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo con riferimento alla domanda di privazione di efficacia del contratto. Il Giudice delle Leggi aveva ritenuto legittimo individuare la giurisdizione esclusiva in quelle ipotesi in cui la Pubblica Amministrazione fosse titolare di un potere autoritativo in quella data materia e ci fosse un groviglio inestricabile di situazioni giuridiche soggettive tale da non permettere più di distinguere i diritti soggettivi dagli interessi legittimi. Il vizio di legittimità veniva ravvisato nella possibilità per il giudice amministrativo di giudicare su un contratto, che è un atto di diritto privato e non un provvedimento e che si può far rientrare nella categoria che la sentenza in questione chiama "comportamenti", sui quali non è ammessa la giurisdizione esclusiva.

Altri hanno, invece, ritenuto che la scelta in questione debba reputarsi pienamente legittima, in quanto giustificata sotto il profilo della necessaria osservanza dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, ai sensi dell'art.117, comma 1, Cost., in quanto diretta ad assicurare la concentrazione e quindi la rapidità e l'efficacia della tutela giurisdizionale, ai sensi dell'art. 24 Cost., oltre ad essere perfettamente in linea con la sent. 204/2004, perché l'adempimento e la violazione degli obblighi contrattuali costituiscono materie intimamente legate all'interesse della collettività ad una esatta, pronta e

¹³ Cons. Stato, Comm. spec., par. 1 febbraio 2010, n. 368/2010, in www.mondogiuridico.com.

¹⁴ Sezioni Unite Cassazione, ord. 10 febbraio 2010, n. 2906, in www.eius.it.

sollecita esecuzione dell'opera pubblica. Si tratta di un legame che, in ambito processuale, si esprime nel momento in cui il giudice amministrativo, nel giudicare sui diritti soggettivi che trovano fondamento nel contratto, nello stesso tempo esercita un controllo sul corretto esercizio del potere amministrativo, tant'è che la domanda di privazione di efficacia del contratto presuppone una domanda di annullamento dell'aggiudicazione, secondo una pregiudiziale amministrativa che è unanimemente accettata.

Abbiamo visto come la scelta del legislatore nazionale sia diretta a realizzare l'obiettivo preso di mira dal legislatore comunitario, cioè una tutela rapida ed efficace per il ricorrente. Come sopra detto questa tutela trova un ostacolo nella stipulazione del contratto e il sistema che emerge sembra essere caratterizzato da una sorta di "paura" del contratto¹⁵, dal momento che rappresenta un ostacolo insormontabile, che renderebbe inopportuno il ripristino della legalità comunitaria violata. Così la *ratio* della direttiva sembra oscillare, da un lato, tra la necessità di garantire una tutela giurisdizionale al ricorrente quanto più rapida ed efficace, e quindi il ripristino della legalità comunitaria violata, e, dall'altro, l'esigenza di assicurare la certezza e la stabilità dei rapporti contrattuali, e quindi la difesa del contratto e dell'autonomia delle parti. Se, da un lato, sembra percepirsi dal testo della direttiva quest'atteggiamento di ritrosia per il contratto, dall'altro, la *ratio* della direttiva sembra porre al centro del sistema la difesa dell'autonomia negoziale delle parti e del contratto stesso, ponendolo al riparo dagli effetti della violazione delle norme comunitarie che si sono avute con il provvedimento di aggiudicazione, anche a costo di pregiudicare l'effettività della tutela e il ripristino della legalità comunitaria. Sicché nella direttiva si cerca di mediare tra due valori: il ripristino della legalità comunitaria e l'effettività della tutela giurisdizionale, da un lato, e la tutela dell'affidamento degli operatori economici e la certezza dei rapporti contrattuali, dall'altro.

Si è tentato di realizzare tale mediazione con il principio di proporzionalità e di minimo mezzo, garantendo la massima tutela della concorrenza sacrificando il contratto nella maniera minima possibile.

Una prima interpretazione della direttiva si è avuta ad opera delle Sezioni Unite della Cassazione.

Abbiamo sopra detto che il giudice amministrativo, in presenza di una domanda di reintegrazione in forma specifica negava la tutela al ricorrente, che poteva tutt'al più pretendere il risarcimento del danno per equivalente, stante l'interpretazione secondo cui il rimedio sopra citato, atto al conseguimento dell'aggiudicazione dell'appalto, rientrava nell'ambito della fase dell'esecuzione, ragion per cui il suo riconoscimento era riservato al giudice ordinario e quindi il giudice amministrativo poteva pronunciarsi solo sulla domanda di annullamento dell'aggiudicazione, non anche sulla domanda di reintegrazione in forma specifica.

Una svolta in materia si è avuta con l'ordinanza delle SS. UU. del 10 febbraio 2010, n. 2906, con la quale il giudice della giurisdizione ha ribaltato il precedente orientamento e ha ritenuto che il giudice amministrativo che ha annullato l'atto di aggiudicazione, può conoscere, nell'ambito dello stesso giudizio, anche della domanda di reintegrazione in forma specifica.

A tale conclusione la Cassazione è pervenuta sulla base di una nuova lettura, comunitariamente orientata, del sistema dei rapporti tra aggiudicazione e contratto, dando, quindi, allo stesso tempo, una prima interpretazione della direttiva 2007/66/CE. Per il giudice amministrativo conoscere della domanda di reintegrazione in forma specifica era precluso dall'art. 103 Cost. ed era questa norma costituzionale che andava reinterpretata, alla luce dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost., visto che la direttiva comunitaria del 2007 poteva ormai considerarsi parte integrante del nostro ordinamento, unitamente all'art. 6 della legge 205/2000 e all'art. 244 del codice dei contratti, che disciplinavano la giurisdizione del giudice amministrativo in materia di procedure di evidenza pubblica.

Anche perché la stessa sentenza 204/2004 della Corte Costituzionale aveva considerato lo strumento risarcitorio, sia per equivalente che in forma specifica, non una materia, ma uno strumento di

¹⁵ Carpentieri P., *Op. cit.*

tutela anche migliore di quello demolitorio, ragion per cui non c'era motivo di limitare l'utilizzo della reintegrazione in forma specifica al solo giudizio di ottemperanza, e quindi alla sola giurisdizione di merito, ma si poteva riconoscere la praticabilità della stessa anche nell'ambito della giurisdizione esclusiva riconosciuta nell'ambito del codice dei contratti pubblici.

Le Sezioni Unite hanno rilevato la giurisdizione del giudice amministrativo sulla base del considerando n. 13, che ritiene il contratto, risultante da aggiudicazione illegittima, privo di effetto, in linea di principio, e dell'art. 2 della direttiva che considera la privazione di effetti del contratto e l'annullamento della decisione contestata ad opera di un unico organo decidente elementi incondizionati (cioè capaci di introdurre obblighi non soggetti ad alcun vincolo, né subordinati all'emanazione di alcun atto) e sufficientemente precisi (cioè capaci di sancire obblighi che non lasciano alcun margine di discrezionalità), nonostante tali norme non siano state trasposte nel testo normativo di recepimento.

La mancata trasposizione di tali norme ha fatto sì che si dubitasse che la direttiva fosse sufficientemente precisa e incondizionata riguardo alla privazione di effetti del contratto, così come lo è riguardo al fatto che un solo organo di ricorso indipendente debba pronunciarsi sia sulla domanda di annullamento dell'aggiudicazione che sulla domanda di privazione di effetti.

Infatti, si è fatto notare¹⁶ come di questo le Sezioni Unite si siano rese conto e abbiano individuato l'efficacia immediata della direttiva non nelle norme non trasposte riguardanti la domanda di privazione dell'efficacia del contratto, ma nella diversa interpretazione, orientata dalla logica comunitaria della tutela rapida ed efficace, di quelle norme nazionali che prima negavano al ricorrente il diritto di subingresso nel contratto al posto dell'aggiudicatario, anche se, a giudizio di alcuni¹⁷, istituti che garantivano una tutela immediata e diretta, come la reintegrazione in forma specifica ex art. 7 legge 205/2000, erano già presenti nel nostro ordinamento, senza bisogno né di provvedimento conformativo dell'amministrazione, né di azione di ottemperanza.

4. *Segue: la sorte del contratto e la natura della pronuncia declaratoria di inefficacia.*

Le disposizioni sul nuovo rito dell'appalto pubblico sono poi state ricondotte dal codice dei contratti pubblici al codice del processo amministrativo. In particolare, la soluzione della questione sul rapporto tra aggiudicazione e contratto, che la direttiva aveva improntato alla necessità che si mediasse tra le esigenze della certezza dei rapporti contrattuali e della rapidità ed efficacia della tutela giurisdizionale per il ricorrente, è stata compendiata nella disciplina dettata dagli artt.121 e ss. del codice del processo amministrativo (d.lgs. 104 del 2 luglio 2010).

L'art.121 c.p.a. si occupa di quelle che vengono definite le violazioni più gravi, quelle che determinano una patologia talmente grave che rendono obbligatoria la dichiarazione di inefficacia del contratto. Ipotesi¹⁸ di violazioni gravi possono essere: 1) aggiudicazioni definitive avvenute senza previa pubblicazione del bando o dell'avviso; 2) aggiudicazioni definitive avvenute con procedura negoziata o affidamento in economia al di fuori dei casi consentiti con conseguente mancata pubblicazione del bando, 3) la stipulazione del contratto senza il rispetto dei termini dilatori previsti dal codice dei contratti pubblici; 4) la stipulazione del contratto senza il rispetto del termine di sospensione obbligatoria in caso di proposizione di ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

In tali casi il giudice dichiara l'inefficacia del contratto e deve decidere se la pronuncia determina i suoi effetti *ex nunc*, cioè se è limitata alle prestazioni da eseguire alla data di pubblicazione della sentenza,

¹⁶ Lamberti C., *La svolta delle Sezioni Unite sulla sorte del contratto pubblico*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 4, 421.

¹⁷ Baccarini S., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2009, 2189 ss..

¹⁸ Ferrari G., *Op. cit.*

oppure se ha effetto retroattivo. Tale opzione verrà formulata dal giudice in relazione a quanto dedotto dalle parti e alla gravità della condotta della stazione appaltante, nonché in relazione alla situazione di fatto, ovvero in vista del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti.

Tuttavia l'obbligatorietà della dichiarazione di inefficacia, in caso di violazioni gravi, può essere derogata dal giudice quando egli stesso accerti che si imponga il mantenimento degli effetti del contratto al fine di rispettare esigenze imperative connesse ad un interesse generale, in omaggio a quanto previsto dalla stessa direttiva che consentiva agli Stati membri di prevedere la facoltà per l'organo di ricorso indipendente di non rimettere in discussione il contratto, qualora si presentino esigenze imperative connesse ad un interesse generale.

Si è cercato in dottrina¹⁹ di definire il concetto di "esigenze imperative", che devono sussistere perché il giudice amministrativo possa optare per il mantenimento del contratto, e si è da subito escluso che coincida con il solo interesse pubblico della stazione appaltante, ma si è identificato con un interesse di più ampio respiro facente capo all'intera collettività, in quanto volto al mantenimento del contratto in funzione della quanto più rapida possibile esecuzione dell'opera pubblica. Né poi le esigenze imperative possono coincidere con gli interessi economici legati direttamente al contratto, a meno che, in via eccezionale, l'inefficacia del contratto non produca conseguenze sproporzionate, qualora non venga proposta la domanda di subentro e non si possa rinnovare la gara. Si è affermato anche che si possano ravvisare le esigenze imperative in quei casi in cui si tratta di un'opera pubblica di cui possa avvantaggiarsi l'intera collettività (come le strade, gli ospedali o le scuole), mentre qualche dubbio ci sarebbe qualora si tratti di opera posta nell'interesse di una sola amministrazione. Si ritiene²⁰, poi, che non possa farsi rientrare, tra gli elementi che il giudice deve riscontrare perché si ravvisino le esigenze imperative e perché non venga pronunciata l'inefficacia del contratto, la buona fede del terzo contraente, perché la presenza di gravi violazioni fa presumere *iuris et de iure* l'assenza della buona fede in capo al terzo contraente, che per la direttiva rappresenta un elemento che non presenta alcun rilievo giuridico.

L'art. 122 c.p.a. disciplina le violazioni non gravi, in presenza delle quali è in facoltà del giudice amministrativo pronunciare l'inefficacia del contratto, che potrà determinare la decorrenza dell'eventuale inefficacia, valutando²¹, in primo luogo, il vizio riscontrato che sia di portata tale da permettere l'eventuale annullamento dell'aggiudicazione, con contestuale assegnazione dell'appalto al ricorrente, senza che debba rinnovare la procedura di evidenza pubblica, dal momento che non è detto che all'annullamento dell'aggiudicazione segua automaticamente l'attribuzione del contratto al ricorrente. Ciò si ha solo quando il ricorrente in graduatoria è subito dopo l'aggiudicatario illegittimo e la sua offerta ha superato positivamente il vaglio della stazione appaltante, non anche quando il provvedimento di aggiudicazione è stato annullato non per vizi propri, ma per invalidità derivata da altri atti che lo precedono nella sequela del procedimento di evidenza pubblica, ragion per cui, in questi casi, si presenta la necessità di rinnovare tutta la procedura di scelta del contraente.

In secondo luogo, il giudice amministrativo dovrà prendere in esame lo stadio al quale è pervenuta l'esecuzione del contratto da parte dell'aggiudicatario illegittimo e l'interesse reciproco delle parti. Motivo per cui, combinando questi due parametri, il giudice amministrativo, a buon ragione manterrà il contratto se l'esecuzione è ultimata o è piuttosto avanzata, non essendoci, oltre che l'interesse della stazione appaltante, nemmeno l'interesse del ricorrente a che venga dichiarato inefficace il contratto e a subentrare nella sua esecuzione, sia nell'ipotesi in cui sia certo sia che sia incerto che il ricorso venga accolto.

¹⁹ Salamone V., *Procedure di evidenza pubblica e contratti nella disciplina del Codice dei contratti pubblici e del Codice del processo amministrativo*, su www.lex.unict.it.

²⁰ Salamone V., *Op. cit.*

²¹ Salamone V., *Op. cit.*

Ovviamente il giudice dichiarerà inefficace il contratto qualora reputi certo il conseguimento dell'aggiudicazione e l'esecuzione del contratto non è cominciata o è appena cominciata, mentre l'amministrazione dovrà rinnovare la gara qualora il conseguimento dell'aggiudicazione non sia certo.

Infine, l'organo giurisdizionale dovrà riscontrare se è stata presentata, da parte del ricorrente, una domanda di subentro nel contratto. Qualora questa manchi, in virtù del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, il ricorrente non potrà *ex officio* subentrare nel contratto, ragion per cui non ne ricaverebbe vantaggio nessuno da una pronuncia declaratoria dell'inefficacia del contratto. Mentre cosa diversa è se la domanda di subentro non è stata presentata per un qualche motivo, perché è giustificata la mancata presentazione della stessa quando l'esecuzione del contratto è ad uno stadio di esecuzione così avanzato che il ricorrente non avrebbe interesse a subentrare, mentre non è giustificata qualora la possibilità di subentrare ci sarebbe. Unitamente a tale parametro, il giudice prenderà in esame, in via del tutto marginale e straordinaria, l'eventuale buona fede del terzo contraente che sarà certamente assente, oltre che durante la fase di scelta del contraente, con riferimento ad attività svolte dall'aggiudicatario durante la gara, che siano riconducibili ad ipotesi di violazione grave e meno grave delle normative in materia, anche nella fase successiva all'aggiudicazione e, in particolare, nell'ipotesi in cui la stipulazione del contratto sia avvenuta dopo che il ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione sia stato notificato ad almeno un controinteressato, giacché a partire da quell'istante il terzo contraente non sarà più in buona fede, perché saprà dell'eventuale illegittimità dell'aggiudicazione sulla base della quale ha stipulato un contratto con l'aggiudicatario.

L'art. 123 c.p.a. si occupa delle sanzioni alternative, che il giudice amministrativo potrà comminare in quelle ipotesi in cui non rilevi gli estremi perché il contratto possa essere dichiarato inefficace. Potranno essere di natura pecuniaria e di riduzione della durata del rapporto contrattuale e potranno essere applicate sia in maniera cumulativa che in maniera alternativa. Le stesse non vanno poi confuse con il risarcimento del danno.

L'art.124 c.p.a. disciplina il risarcimento del danno per equivalente e in forma specifica, subordinando la domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto all'accoglimento della dichiarazione di inefficacia e prevedendo, in mancanza, il risarcimento del danno per equivalente.

Le nuove disposizioni introdotte in attuazione della direttiva del 2007, nell'ambito del codice degli appalti, prima, e del codice del processo amministrativo, poi, hanno inciso sul dibattito relativo alla qualificazione del vizio sostanziale che colpisce il contratto, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, nonché sulla natura della sentenza che il giudice amministrativo è chiamato a pronunciare.

Con riferimento a quest'ultima problematica, si è discusso molto in dottrina e le tesi contrapposte sono due: una favorevole al riconoscimento della natura dichiarativa della sentenza e un'altra che le attribuisce natura costitutiva.

La tesi favorevole al riconoscimento della natura dichiarativa della pronuncia si lega alle tesi, definite da alcuni²² descrittive, perché si limitano a descrivere il fenomeno, ma a non spiegare la ragione del meccanismo, della caducazione automatica e dell'inefficacia del contratto e si fonda essenzialmente su argomentazioni di carattere letterale. Infatti, quanti sostengono questa tesi fanno leva sul verbo "dichiarare" utilizzato anche dal codice del processo amministrativo e sul termine "inefficacia". Sulla base di tali argomentazioni si afferma che di per sé il contratto, una volta annullato il provvedimento di aggiudicazione, non è per nulla inficiato, dal momento che la pronuncia demolitoria del giudice amministrativo non è altro che una *condicio iuris*, il cui avverarsi impedisce ad un contratto valido di produrre i suoi effetti. Si rientra così nella categoria dell'inefficacia in senso stretto, in conformità ad un rapporto aggiudicazione/contratto che è ricostruito secondo una visione del rapporto fase selettiva/fase

²² Carpentieri P., *Op. cit.*

esecutiva a compartimenti stagni, che ormai il nostro legislatore ha dovuto abbandonare sotto la spinta del legislatore comunitario che ha sottolineato l'unità economico-sociale dell'intera operazione.

Tuttavia, in obiezione a questa tesi, già prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, si faceva notare come la dichiarazione di inefficacia del contratto non seguisse automaticamente alla pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione e come fosse necessaria una espressa pronuncia con la quale venisse dichiarata l'inefficacia del contratto, perché, in mancanza il contratto continuava ad essere eseguito, nonostante l'annullamento dell'aggiudicazione, a dimostrazione del carattere costitutivo della sentenza che doveva intervenire per togliere dal mondo giuridico il contratto.

Ne deriva che il fatto che il legislatore abbia utilizzato il termine "dichiarare" non depone in senso favorevole ad un riconoscimento di una natura meramente ricognitoria al giudizio che deve formulare il giudice amministrativo con riguardo al contratto, anche perché sia la direttiva, nel prevedere che "*la carenza di effetti del contratto non dovrebbe essere automatica, ma dovrebbe essere accertata da un organo di ricorso indipendente*", che il contenuto delle norme presenti nel c.p.a. sembrano contrastare con quest'idea. Basti considerare, nell'ambito delle gravi violazioni, di cui all'art. 121 c.p.a., il potere del giudice di individuare le esigenze imperative che gli consentono di decidere se mantenere comunque efficace il contratto, così come anche il potere di decidere, sempre nell'ambito della stessa disposizione, qualora optasse per la dichiarazione d'inefficacia del contratto, se farla decorrere *ex nunc* o attribuirle valore retroattivo con riferimento alle prestazioni già eseguite. Oppure, ancora, si consideri, il potere del giudice amministrativo, in caso di violazioni non gravi, disciplinate dall'art. 122 c.p.a., di valutare se dichiarare l'inefficacia del contratto tenendo conto dei parametri sopra descritti che fanno riferimento agli interessi coinvolti e allo stato dell'esecuzione dell'opera, secondo valutazioni che sembrano colorarsi di parametri di merito, oltre che di legittimità.

Risulta evidente come quindi il legislatore abbia voluto costruire la sentenza in termini costitutivi e non dichiarativi, ragion per cui l'annullamento dell'aggiudicazione non determina la semplice caducazione del contratto per ragioni di carattere estrinseco, ma ne determina l'inefficacia per patologie che sono intrinseche al contratto e che gli sono state trasmesse dall'aggiudicazione in via derivata. Il fatto che poi sia stato utilizzato il termine "dichiarare" non sta a significare che il legislatore si sia voluto riferire ad un potere del giudice amministrativo che sia quello di limitarsi a fotografare la situazione concreta, ma fa comprendere come l'intento del legislatore sia stato quello di riconoscere al giudice amministrativo un potere che è quello di modificare la realtà giuridica mediante l'utilizzo di strumenti alquanto incisivi e largamente discrezionali che non possono che imporre la configurazione della sentenza riguardante l'inefficacia del contratto come una pronuncia avente natura costitutiva.

Sotto il profilo sostanziale, il legislatore nazionale ha utilizzato il termine "inefficacia" del contratto, che spetta al giudice amministrativo dichiarare, e, al riguardo, si è discusso cosa volesse intendere con questo termine, anche perché si è dubitato, proseguendo il dibattito su quale fosse la qualificazione sostanziale da dare al vizio che colpisce il contratto se si fosse trattato di nullità, annullabilità o inefficacia.

Da un lato, seguendo la lettera della legge, si è perseguita la strada dell'inefficacia in senso stretto, ritenendola più comoda e allo stesso tempo più coerente con la visione dicotomica tradizionale, dal momento che la validità dell'aggiudicazione è vista come *condicio juris* o presupposto dell'efficacia del contratto oppure, secondo un'altra ottica, l'annullamento dell'aggiudicazione è condizione risolutiva del contratto, per cui l'atto amministrativo autorizzatorio interferisce *ab externo* con il contratto, condizionandone solo l'efficacia, ma non la validità. Si è fatto notare, tuttavia, come quest'impostazione sia coerente con il regime anteriore alla direttiva del 2007, ma non con il potere del giudice amministrativo di pronunciare la privazione di effetti del contratto, soprattutto si troverebbe in contrapposizione con la natura, dai più riconosciuta, costitutiva della sentenza di privazione di effetti del contratto, dal momento che una pronuncia, che si limitasse a riscontrare il venir meno della *condicio juris*, che legittimava

l'amministrazione a sottoscrivere il contratto, o l'avverarsi della condizione risolutiva tacita, costituita dall'annullamento dell'atto di aggiudicazione, avrebbe una chiara natura dichiarativa.

Dall'altro, superando la lettera della legge, si è sostenuto²³ che la condizione in cui versa il contratto stipulato, a seguito di annullamento dell'aggiudicazione, sia quella dell'invalidità, che si contrappone all'inefficacia in senso stretto, per cui optano, invece, altri.

In particolare, ci si troverebbe in presenza di una sorta di invalidità a geometria variabile.

In primo luogo, si avrebbe un'ipotesi di nullità, che, nell'ambito dell'art.121 c.p.a., avrebbe come effetto la privazione totale degli effetti del contratto e potrebbe essere pronunciata *ex officio* dal giudice.

Altresì, tale ipotesi di nullità sarebbe testuale, in quanto prevista espressamente da norme di legge, con funzione sanzionatoria, per violazione di norme imperative, che costituiscono ipotesi di violazione grave, e relativa, in quanto è ristretto il numero di soggetti legittimati a domandare l'annullamento dell'aggiudicazione, ma che comunque potrà essere rilevata anche d'ufficio dal giudice.

Inoltre, si potrebbe ravvisare un'ipotesi di annullabilità, quando gli effetti del contratto vengono confermati o quando il contratto viene privato in parte dei suoi effetti su domanda di parte, in presenza di altre violazioni non gravi, ai sensi dell'art.122 c.p.a., o di violazioni gravi, quando sono applicabili le deroghe di cui all'art.121, comma 2, c.p.a..

Quanti sostengono la tesi dell'invalidità fanno notare la differenza tra inefficacia in senso ampio, che sarebbe la conseguenza della patologia dell'atto, e l'inefficacia in senso stretto, che consiste nell'impossibilità per un contratto valido di produrre i suoi effetti tipici per un condizionamento proveniente da un fattore esterno, e, allo stesso tempo, ritengono che, per come è costruito il nuovo sistema normativo risultante dalla direttiva, la negazione degli effetti, che può essere pronunciata dal giudice amministrativo, consiste in un giudizio di disvalore espresso dall'ordinamento per violazione della normativa in materia di evidenza pubblica, in una sanzione che riguarda non l'atto di aggiudicazione, ma il contratto, in quanto atto anticomunitario, per consentire alla direttiva, munita di un precetto sanzionatorio, il raggiungimento del suo effetto utile e dare così effettività all'ordinamento comunitario.

Si è obiettato il fatto che il giudice amministrativo potrebbe anche, nella sua valutazione discrezionale, non riconoscere la privazione di effetti del contratto, ma questo, si è ribattuto, non costituisce un argomento decisivo, perché già l'ordinamento giuridico conosce atti invalidi che non sono annullabili, come previsto dall'art.21 octies della legge 241/1990. Né si potrà obiettare che, con la facoltà attribuita al giudice amministrativo, le ipotesi in cui verrà pronunciata la privazione di effetti del contratto saranno del tutto eccezionali, in quanto molti atti amministrativi e contratti, anche se invalidi, se non vengono espressamente annullati, restano efficaci, ma questo non sta a significare che non gli si possa dare la qualificazione giuridica di atto invalido, anziché di atto inefficace. Ancora si critica la tesi dell'invalidità, affermando che il nesso che intercorre tra l'atto di aggiudicazione e il contratto non è un nesso endoprocedimentale preparatorio, ma un nesso di presupposizione, per cui il meccanismo con il quale si trasmettono i vizi da un atto all'altro sarebbe quello caducante e non quello invalidante. Si risponde a quest'obiezione che questo ragionamento risponde alla vecchia logica dicotomica e non tiene in conto l'unitarietà causale ed economica della sequenza che c'è tra aggiudicazione e contratto, ragion per cui, secondo la visione dei civilisti, l'aggiudicazione sarebbe un atto precontrattuale che svolge una funzione preparatoria e strumentale alla stipulazione del contratto, per cui l'antigiuridicità che colpisce il primo potrà benissimo riguardare anche il secondo, in base ad un meccanismo di trasmissione interno.

Si è notato come sarebbe, per di più, assurdo minimizzare il rafforzamento della tutela della concorrenza, che il legislatore comunitario ha preteso, quando, invece, era, in passato, pacificamente

²³ Carpentieri P., *Op. cit.*

riconosciuta l'esperibilità di un'azione di annullamento del contratto e quindi un'invalidità dello stesso, anche se con la sola legittimazione della pubblica amministrazione, per di più per la protezione di un interesse pubblico della stessa a concludere contratti convenienti e non, come avviene adesso, di un interesse generale di portata più ampia, qual è quello della concorrenza e del mercato.

L'idea è, quindi, quella per cui il fatto che il legislatore abbia qualificato il vizio sostanziale che colpisce il contratto in termini di inefficacia non sta a escludere la riconducibilità dello stesso nell'alveo dell'invalidità. Si ritiene²⁴ che probabilmente il legislatore ha voluto evitare un'intromissione del giudice amministrativo in valutazioni di solito riservate al giudice ordinario, quali sono quelle che riguardano la validità del contratto, ed un conseguente possibile conflitto con la Cassazione.

Ci si è in sostanza venuti a trovare in una situazione simile a quella che c'è stata quando è stata recepita la direttiva comunitaria concernente le clausole vessatorie previste nei contratti stipulati tra professionisti e consumatori, che, nella normativa prevista dagli artt. 1469 bis e ss. c.c. riportava la qualificazione del vizio che colpiva la clausola contrattuale in termini di inefficacia e che, in seguito ad un suggerimento del Consiglio di Stato è stata sostituita, nell'ambito del codice del consumo, con la sanzione della nullità, dal momento che quest'ultimo termine meglio esprimeva, rispetto al precedente, lo sfavore dell'ordinamento per la violazione delle norme in materia di protezione del consumatore.

Pur in considerazione dell'esigenza di proteggere gli spazi di esclusiva di cui gode il giudice ordinario nella valutazione delle violazioni delle regole contrattuali, il legislatore nazionale dovrebbe tenere in considerazione la necessità di tutelare in maniera più decisa valori di rilevanza comunitaria, quale l'interesse generale della concorrenza e del mercato, che, come si è voluto indirettamente proteggere, in materia di tutela dei consumatori, con il potere di dichiarare la nullità delle clausole vessatorie, in capo al giudice ordinario, a maggior ragione lo si dovrà fare, qualora non si siano rispettate le regole dell'evidenza pubblica, prevedendo, in capo al giudice amministrativo, il potere di pronunciare la nullità del contratto stipulato successivamente all'atto di aggiudicazione annullato o, quanto meno, l'annullabilità dello stesso, nell'ambito dei poteri riconosciuti dagli artt. 121 e ss. c.p.a., al posto dell'inefficacia.

5. *Segue: la configurabilità di una giurisdizione di merito in capo al giudice amministrativo.*

In merito alla natura del potere giurisdizionale riconosciuto in capo al giudice amministrativo, la questione è nata a partire dall'Adunanza Plenaria n.9/2008, che, pur escludendo la giurisdizione del giudice amministrativo sul contratto stipulato sulla base di un atto di aggiudicazione annullato, per abbracciare la tesi della giurisdizione del giudice ordinario sostenuta poco prima dalle Sezioni Unite, ha, tuttavia, affermato che questo non determinava una perdita di tutela per il ricorrente, il quale poteva sempre ricorrere al giudizio di ottemperanza per vedersi attuato quanto disposto dal giudice della cognizione, in base al c.d. effetto conformativo.

Da queste indicazioni se ne arguiva l'ammissibilità di una giurisdizione di merito, essendone il giudizio di ottemperanza l'ipotesi più rilevante nel nostro ordinamento, e sulla stessa linea si orientava la legge delega n. 88/2009, che prevedeva una giurisdizione esclusiva e di merito.

Tuttavia, il Consiglio di Stato²⁵, nel parere formulato con riguardo allo schema di decreto legislativo, ha espresso un avviso contrario e ha invitato il Governo a prevedere una giurisdizione esclusiva, ma a espungere dal decreto, nonostante quanto disposto dalla legge delega, ogni riferimento alla giurisdizione di merito, dal momento che in quest'ipotesi non c'è in capo al giudice amministrativo un potere di sostituirsi all'amministrazione nel compimento di scelte discrezionali considerate inopportune e non convenienti, ma,

²⁴ Carpentieri P., *Op. cit.*

²⁵ Cons. Stato, parere comm. Spec. 1 febbraio 2010, n. 368/2010, in www.mondogiuridico.com.

anche se il giudice amministrativo dispone di un'ampia gamma di rimedi, non fa una scelta sulla base di parametri di merito, ma sulla base di criteri predeterminati dal legislatore. Così ne è conseguito, nel decreto legislativo n. 53/2010, il venir meno di ogni riferimento alla giurisdizione di merito.

Alcuni²⁶ hanno concordato con questa scelta, perché il giudice, ogni volta che si è dovuto pronunciare su patologie negoziali, ha sempre fatto uso di parametri normativi e non ha mai formulato valutazioni di opportunità.

Altri hanno contestato questa scelta perché in contrasto con l'Adunanza Plenaria e con la legge delega, nonché con l'ampio spettro di poteri invasivi di cui dispone il giudice amministrativo con riguardo alla privazione di effetti del contratto, tant'è che, sia in caso di violazioni gravi, ai sensi dell'art. 121 c.p.a., in presenza di esigenze imperative, che, in caso di violazioni non gravi, ai sensi dell'art. 122 c.p.a., tenendo conto 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, è prevista la facoltà per il giudice amministrativo, anche se è stata riscontrata la presenza di un vizio invalidante il contratto, di mantenere l'efficacia del contratto, potendo, in alternativa, in caso di violazioni gravi, irrogare sanzioni alternative.

Quanti²⁷ hanno accolto questa tesi hanno sostenuto che si sarebbe in presenza di un'ipotesi di giurisdizione di merito non espressamente prevista, come tale, dal legislatore del 2010, il quale ha preferito garantire una tutela processuale effettiva e rapida al ricorrente, più che dettare una disciplina più puntuale sull'inefficacia del contratto.

Prima ancora che venisse emanata la legge delega, si sosteneva²⁸ che non fosse necessario attendere il giudizio di ottemperanza, in quanto, già di per sé, il giudizio di cognizione poteva permettere una soluzione più veloce della controversia, ma c'era anche chi²⁹ individuava una giurisdizione di merito, anche dopo il decreto legislativo, per via delle valutazioni sostitutive e gli apprezzamenti di merito che la normativa portava il giudice amministrativo a formulare per decidere se mantenere l'efficacia del contratto o privarlo della stessa³⁰.

Tuttavia, questa tesi si scontra con delle argomentazioni insuperabili.

In primo luogo, si fa notare³¹ il contrasto di questa tesi sia con il criterio interpretativo letterale, perché il decreto legislativo n.53/2010 e il codice del processo amministrativo si riferiscono solo alla giurisdizione esclusiva, sia con il criterio interpretativo logico-sistematico, perché se il Governo avesse voluto prevedere una giurisdizione che fosse anche di merito lo avrebbe fatto espressamente per superare il parere del Consiglio di Stato, che con il principio di tassatività delle ipotesi di giurisdizione estesa al merito, tra le quali, nell'ambito dell'art. 137 c.p.a., non è compreso il caso in questione.

²⁶ Cintioli F., *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.

²⁷ Lipari M., *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, in www.giustamm.it.

²⁸ Lipari M., *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in www.giustamm.it.

²⁹ Caponigro R., *Op. cit.*

³⁰ Sulla stessa linea, TAR Lazio, Roma, sez. III bis, 16 giugno 2010, n.18131, il quale, nel ritenere che le norme di recepimento della direttiva del 2007 possano applicarsi, in quanto norme processuali, anche ai giudizi in corso, qualifica, in un *obiter dictum*, la giurisdizione del giudice amministrativo in materia di aggiudicazione di appalti pubblici come non soltanto esclusiva, "**ma anche di merito**, in virtù degli incisivi poteri attribuitigli proprio dalla norma de qua in ordine alla valutazione, all'opportunità e alla convenienza di mantenere l'efficacia del contratto stipulato ovvero di porla nel nulla, eventualmente anche con effetto retroattivo".

³¹ Saitta F., *Op. cit.*

Alcuni³² sono dell'idea che il potere esercitato dal giudice amministrativo sulla sorte del contratto rientri nei limiti del sindacato di legittimità e non travalichi verso la giurisdizione di merito, facendo un ragionamento che parte dalla praticabilità dello strumento della reintegrazione in forma specifica.

Si è posta la questione se si fosse in presenza di una giurisdizione di merito per poter consentire l'applicazione dello strumento di cui all'art. 2058 c.c. e far conseguire il bene della vita al ricorrente, dal momento che una parte della giurisprudenza amministrativa solo nel caso del giudizio di ottemperanza riconosceva la praticabilità della reintegrazione in forma specifica e non anche nella giurisdizione generale di legittimità e in quella esclusiva.

Tuttavia, con il superamento della visione bifasica della tutela presso il giudice amministrativo e con l'anticipazione degli elementi del giudizio di ottemperanza già nel giudizio di cognizione, si può dire che, al fine di assicurare una tutela rapida ed efficace, il giudice amministrativo ha già utilizzato, nonostante l'opinione contraria di una parte della giurisprudenza amministrativa, lo strumento della reintegrazione in forma specifica anche nella giurisdizione generale di legittimità, nei casi in cui doveva verificare se la domanda del ricorrente di subentrare nel contratto determinasse un'eccessiva onerosità per la collettività prevista dall'art. 2058 c.c., secondo un'ottica per cui lo strumento della tutela risarcitoria, sia per equivalente che in forma specifica, deve essere praticato nella maniera più ampia possibile, senza che si fosse vincolati al giudizio di ottemperanza, perché, come già affermato dalla Corte costituzionale, nella sentenza 204/2004, lo strumento risarcitorio non è una materia, ma è un mezzo di tutela al pari di quello demolitorio, se non più efficace, in quanto ancora più in grado di far acquistare al ricorrente il bene della vita cui aspira. A riprova di quanto sostenuto si afferma, altresì, che anche nel giudizio civile i limiti alla praticabilità dello strumento reintegratorio vengono presi in considerazione nella fase della cognizione più che in quella esecutiva.

Altri dubitano che il potere riconosciuto al giudice amministrativo dalle norme in commento possa restare nell'alveo del mero sindacato di legittimità. Infatti c'è chi³³ ha ritenuto che le norme in questione, vero è che non hanno introdotto un giudizio secondo equità in cui il giudice amministrativo effettua un bilanciamento di interessi, ma vero è anche che allo stesso si deve quanto meno riconoscere un sindacato di legittimità sostanziale che comporta una valutazione sotto il profilo dell' eccesso di potere, dell'irragionevolezza e della proporzionalità, seguendo i criteri individuati dal legislatore delegato e tenendo conto dei principi di buona fede. Tant'è che si è sostenuto³⁴ che quello formulato dal giudice amministrativo non è un *iudicium stricti iuris*, e quindi di legittimità formale, ma un *iudicium bonae fidei*, che attribuisce al giudice amministrativo ampia discrezionalità, molto elastico e duttile, in cui c'è un ventaglio vasto di rimedi che vanno dal potere di dichiarare la privazione di efficacia del contratto anche con riferimento alle prestazioni già eseguite (livello massimo) al potere di mantenere l'efficacia del contratto anche in presenza di violazioni gravi per esigenze imperative generali (livello minimo).

Ritenere quindi che si rientri nella giurisdizione generale di legittimità, nonostante i poteri specialissimi riconosciuti al giudice amministrativo, è una soluzione coerente con la giurisdizione tripartita prevista dal codice, ma è stata considerata³⁵ una soluzione non appagante, tant'è che si è ritenuto che non ci si trova in presenza di un potere giurisdizionale vero e proprio, ma di un potere sostanzialmente amministrativo, che si sarebbe comunque potuto affidare, anziché al giudice amministrativo, all'autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, senza contraddire per questo la direttiva che parla solo di "organo di

³² Saitta F., *Op. cit.*

³³ Cintioli F., *Op. cit.*

³⁴ Carpentieri P., *Op. cit.*

³⁵ Carpentieri P., *Op. cit.*

ricorso indipendente”, che non per forza deve essere giurisdizionale, ma che può essere anche amministrativo, purché indipendente.

Quest'orientamento sembra quindi optare per l'idea che ci si trovi in presenza di un'ipotesi di giurisdizione di merito, ma, reputandosi questa un istituto ormai obsoleto e da abolire, finisce con il concludere, pur con qualche perplessità, che quella di cui si discute potrebbe sembrare un'ipotesi di giurisdizione esclusiva speciale rafforzata da poteri di equità giudiziale correttiva e integrativa.

Il quadro descritto e le opinioni espresse sul tema rivelano chiaramente una profonda incertezza su quale soluzione sia da accogliere, se di giurisdizione di merito si tratti o se si rientri nell'alveo della giurisdizione generale di legittimità o ancora se risulti nata una forma “speciale” di giurisdizione esclusiva. Quello che è chiaro è che il legislatore comunitario sembra aver fatto saltare gli schemi tradizionali del nostro processo amministrativo in vista di una tutela processuale più rapida ed effettiva, affinché venga consentito il conseguimento del bene della vita, cioè il contratto, cui il ricorrente aspira.

6. Conclusioni

La panoramica descritta in merito ai nuovi aspetti che presenta la tematica degli appalti pubblici è servita, in qualche misura, a dare un quadro d'insieme dell'evoluzione che sta vivendo il processo amministrativo.

In estrema sintesi, è ormai chiaro come sia stato ormai abbandonato il tradizionale sistema dicotomico tendente a distinguere la fase dell'evidenza pubblica dalla fase dell'esecuzione, le cui controversie erano rispettivamente curate dal giudice amministrativo fino al provvedimento di aggiudicazione e dal giudice ordinario oltre questo momento. Questa impostazione, come si è visto, derivava dall'idea per cui la giurisdizione andava attribuita in relazione alla *causa petendi* fatta valere in giudizio, di interesse legittimo con riferimento alla fase pubblicistica, di diritto soggettivo con riferimento alla fase privatistica. Per l'abbandono di quest'impostazione si è reso necessario l'intervento del legislatore comunitario, il quale facendo saltare gli schemi tradizionali, che costringevano il ricorrente a dover affrontare due giudizi e il più delle volte a non ricevere la tutela sperata, ha “costretto” il legislatore nazionale ad unificare sotto la giurisdizione del giudice amministrativo l'intera vicenda degli appalti pubblici, anche in considerazione dell'unitarietà sotto il profilo sociale ed economico che la stessa presentava, a tal punto che l'impostazione dicotomica era una forzatura che rispondeva più ad un'impostazione di carattere processuale che ad un'esigenza sostanziale.

Con riferimento, poi, alle problematiche specifiche trattate in questo lavoro, si è notato, con particolare riguardo alla qualificazione del vizio sostanziale che colpisce il contratto stipulato nonostante l'illegittimità dell'aggiudicazione, come il legislatore sembri utilizzare una terminologia (“*dichiara l'inefficacia*”) che, da un lato, esprime un rispetto meramente formale per l'impostazione tradizionale e per le teorie, ormai abbandonate, dell'inefficacia e della caducazione automatica del contratto, e, dall'altro, una particolare attenzione a non superare i confini di uno spazio riservato al giudice ordinario, qual è quello dell'esame del contratto sotto il profilo patologico. Tuttavia, sulla base di una lettura sostanziale delle norme, alla quale si perviene attraverso un attento esame dei parametri di cui il giudice amministrativo può avvalersi per decidere sulle sorti del contratto, risulta evidente il riconoscimento di uno spazio valutativo di ampiezza tale da far sembrare il potere riconosciuto al giudice amministrativo più un potere gestionale che un potere giurisdizionale.

Infine, l'attenzione rivolta alle problematiche riguardanti l'identificazione del tipo di giurisdizione riconosciuta al giudice amministrativo sulle sorti del contratto ha evidenziato la profonda perplessità nella quale si trova, allo stato attuale, la dottrina su tale tematica. L'origine del problema è da individuare in una sorta di alterazione dei confini tra le tre ipotesi di giurisdizione del giudice amministrativo. Infatti,

nonostante il codice del processo amministrativo mantenga la tradizionale tripartizione (giurisdizione generale di legittimità, giurisdizione di merito e giurisdizione esclusiva), le innovazioni che sono state introdotte, quali l'allargamento dei poteri cognitori del giudice amministrativo nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità e della giurisdizione esclusiva, l'introduzione di azioni di adempimento, l'anticipazione di alcuni strumenti tipici della fase esecutiva al momento cognitorio, hanno fatto sì che poteri che prima si facevano rientrare nell'ambito della giurisdizione di merito adesso si inquadrano nell'ambito di una giurisdizione esclusiva, che risulta a tal punto potenziata da presentare degli elementi di similitudine con la giurisdizione di merito, generando così problemi di identificazione, che rappresentano un sintomo della profonda trasformazione che il processo amministrativo sta vivendo e che per poter essere affrontati necessitano dell'apertura di un dibattito giurisprudenziale sul punto.

BIBLIOGRAFIA

BACCARINI S., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in Foro amm.-C.d.S., 2009, 2189 ss..

CAPONIGRO R., *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto*, su www.giustizia-amministrativa.it.

CARPENTIERI P., *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, pubblicato il 26 marzo 2011 su www.giustizia-amministrativa.it.

CINTIOLI F., *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.

FERRARI G., *L'annullamento del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico e la sorte del contratto già stipulato nella disciplina dettata dal nuovo c.p.a.*, su <http://appaltiecontratti.uniroma2.it/>.

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, vol. I, 677 ss..

LAMBERTI C., *La svolta delle Sezioni Unite sulla sorte del contratto pubblico*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 4, 421.

LIPARI M., *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in www.giustamm.it.

LIPARI M., *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, in www.giustamm.it.

SAITTA F., *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, pubblicato su www.giustizia-amministrativa.it il 4 maggio 2010.

SALAMONE V., *Procedure di evidenza pubblica e contratti nella disciplina del Codice dei contratti pubblici e del Codice del processo amministrativo*, su www.lex.unict.it.

Publicato il 28 ottobre 2011