CAPITOLO I

LA DISCIPLINA DEL CONTRATTO NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: **1**. La Pubblica Amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato; **2**. Le fonti della contrattualistica pubblica. Dalla legge di contabilità di Stato alle influenze dell'ordinamento comunitario; **3**. Segue. Il codice dei contratti pubblici e il valore della concorrenza; **4**. Le nuove direttive europee in tema di appalti pubblici; **5**. Il procedimento ad evidenza pubblica; **6**. I contratti pubblici nella disciplina del d.lgs. 163/06 e confronti con la disciplina civilistica del contratto di appalto;

1. La Pubblica Amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato

Una delle tendenze storiche del diritto amministrativo è consistita nella rivendicazione della specialità di questa branca del diritto rispetto al diritto privato e sulla circostanza per cui esso, pur rifacendosi in larga parte a categorie prettamente civilistiche, si è affermato come diritto del potere unilaterale di un soggetto posto in posizione sovraordinata alla collettività¹.

L'idea che l'amministrazione intesa come funzione di governo della collettività sia disciplinata da un diritto suo proprio risale all'ambiente politico culturale della prima metà dell'Ottocento, quando dopo l'esperienza rivoluzionaria si vennero affermando i principi del primato della legge, della separazione dei poteri dello Stato e della sottoposizione alla legge delle attività amministrative di competenza dell'Esecutivo².

Sulla scia di tali esperienze storiche, il diritto amministrativo, incentrato sull'autorità e sull'esercizio del potere pubblico, viene definito come "regola"

1

¹ Sul punto, si vedano L. R. Perfetti, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 2007, 461 ss, V. Cerulli Irelli, "*Amministrazione pubblica e diritto privato*", Giappichelli, 2011, M.S. Giannini, "*L'attività amministrativa*", Jandisapi Editore, 1962, E. Casetta, "*Manuale di diritto amministrativo*", Giuffrè, 2013.

² Cfr. V. Cerulli Irelli, op. cit.

dell'operare della Pubblica Amministrazione", ed il diritto privato sembra porsi come mera eccezione³.

Successivamente, l'introduzione della Costituzione ha comportato l'emersione di nuovi e differenti approcci, rispetto alla tradizionale visione della Pubblica Amministrazione; quest'ultima, infatti, ha subito una penetrante rivisitazione alla luce dei principi costituzionali, i quali hanno contribuito a ridurre il ruolo predominante e centrale del potere, per sostituirlo progressivamente con quello di funzione.

Questo mutamento di prospettiva ha consentito di dimostrare l'ammissibilità di poteri pubblicistici non autoritativi⁴ e, più in generale, la compatibilità tra l'esercizio della funzione amministrativa e l'utilizzo di strumenti di diritto privato, pur restando, comunque, intatta la volontà di rivendicare quell'autonomia e indipendenza del diritto applicabile al soggetto pubblico in precedenza esposta.

Si pensi, in particolare, ai fenomeni delle privatizzazioni e liberalizzazioni⁵, la cui stagione è stata avviata agli inizi degli anni '90 ed è andata rafforzandosi proporzionalmente al grado di integrazione all'interno dell'ordinamento europeo, sulla base dei quali è possibile affermare che la

³ Amorth, Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato, in Archivio di diritto pubblico, 1939. 89.

⁴ Si veda nuovamente M.S. Giannini, op. cit. che a pochi anni dall'entrata in vigore della Costituzione già affermava che "Statisticamente gli atti non autoritativi delle amministrazioni pubbliche sono la maggioranza assoluta", pag. 14; si veda anche Mattarella, L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico, Padova, 2000.

⁵ Su tale tematica, si veda N. Irti, "L'ordine giuridico del mercato", Roma – Bari, 2003, nonché S. Cassese, Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation, in Riv. Trim. dir. Pubbl., 1991, p. 378 e ss. Secondo tali Autori, la liberalizzazione delle attività produttive, definita anche deregulation, rientra nel più ampio processo di semplificazione dell'azione amministrativa (cfr. Cons. St., Ad. Pl., febbraio 1992, n. 27, in Foro it., 1992, III, c. 200) ed indica genericamente quel fenomeno in virtù del quale un settore economico di pertinenza originariamente pubblica viene sottratto al regime amministrativo, con contestuale riconoscimento della libertà di iniziativa private.

Pubblica Amministrazione ha utilizzato in modo sempre più diffuso moduli convenzionali di derivazione privatistica per lo svolgimento dei propri compiti istituzionali⁶, al punto che l'originario rapporto tra regola (attività autoritativa) ed eccezione (attività paritetica) ha subito forti incrinature.

Si fa riferimento, segnatamente, a quel processo di modernizzazione del diritto amministrativo che ha interessato tale branca del diritto nell'ultimo ventennio, mediante l'introduzione delle leggi sul procedimento amministrativo⁷ e sulle autonomie locali⁸, nonché mediante lo sviluppo normativo in tema di federalismo⁹. Più precisamente, la istituzionalizzazione del modulo convenzionale nell'attività amministrativa è avvenuta con la legge n. 241/1990 prima citata sul procedimento amministrativo; con tale legge, i modelli consensualistici rinvengono un definitivo riconoscimento normativo, in particolare attraverso la previsione dell'art. 11¹⁰.

Si pensi, inoltre che l'art. 1, comma 1bis, della l. n. 241, con una disposizione di portata generale, prevede che "La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato, salvo che la legge non disponga diversamente". Anche tale disposizione si inquadra nella tendenza verso una diversa concezione dell'attività amministrativa e un sostanziale ripensamento dei suoi modelli operativi.

⁶ Cfr. F. Merusi, *Il diritto privato della P.A. alla luce degli studi di Salvatore Romani*, in Dir. Amm., 2004, p. 655, secondo cui l'idea di implementazione estrema dell'uso del diritto privato nella Pubblica Amministrazione è divenuta una ossessione del diritto positivo attuale, almeno di quello italiano.

⁷ Legge 7 agosto 1990, n. 241.

⁸ Legge 8 giugno 1990, n. 142.

⁹ l. n. 59/1997, d.lgs. n. 112/1998, d.lgs. n. 56 del 2000 e d.lgs. 28 maggio 2010, n. 85.

¹⁰ Secondo il quale "In accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'articolo 10, l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo"; si veda, sul punto, F. Caringella, Corso di diritto amministrativo: profili sostanziali e processuali, 5 ed., Milano, 2008, p. 1907 e ss.

In questa prospettiva si mette in risalto il superamento della impostazione autoritativa della funzione amministrativa, in favore di una sempre più spiccata cura di tipo consensuale dell'interesse pubblico, all'affermazione di modelli convenzionali dell'attività conseguente amministrativa; da un altro punto di vista, emerge il carattere innovativo della disposizione nel campo del diritto privato della pubblica amministrazione, nel senso che quest'ultimo, in precedenza, riguardava l'attività di diritto privato della pubblica amministrazione, mentre, con la riforma della legge 241/90, il di diritto pubblico diritto privato nei moduli dell'agire dell'amministrazione

Le ragioni di tale evoluzione del diritto amministrativo sono diverse.

Da un lato, si è progressivamente affermata l'esigenza di rendere più competitiva l'azione della pubblica amministrazione. Ritenute insufficienti la modernizzazione, la semplificazione e la partecipazione, infatti, si è diffusa l'idea che occorra una trasposizione nei sistemi di gestione dell'amministrazione di moduli organizzativi strutturali di tipo aziendalistico: l'ampio utilizzo di schemi consensuali, in questa prospettiva, rinviene una giustificazione nell'esigenza di esercitare le funzioni amministrative in modo efficiente ed efficace, senza i condizionamenti che derivano dalle tradizionali regole di gestione dell'attività amministrativa¹¹.

Il Sul punto C. Casula, *Il modello post-burocratico, tra management e governante nella Pubblica Amministrazione*, Milano, 2008, in G. Sangiorgi (a cura di), *Management e governante nella Pubblica Amministrazione*, Milano, 2008, p. 31 e ss., osserva che "se nella modernità era stata l'impresa privata a mutuare il modello burocratico, nella società contemporanea il riferimento principale sono i principi e criteri organizzativi aziendali a costituire il riferimento principale nella definizione della posto burocrazia". Il ricorso a strumenti organizzativo gestionali mutuati dall'esperienza aziendalistica ha coinvolto tanto l'organizzazione quanto la stessa attività della pubblica amministrativa; si pensi, di recente, all'introduzione dell'obbligo di adottare piani programmatici per la prevenzione del rischio della corruzione e per la trasparenza, introdotti con la Legge n. 190/2012.

Dall'altro lato, si è ritenuto che i modelli di azione concordati sono preferibili alle soluzioni imposte in via autoritativa in quanto garantiscono in maggior misura il raggiungimento di risultati funzionali al soddisfacimento del pubblico interesse¹².

A ciò si aggiunga, sotto il profilo ordinamentale, la progressiva trasformazione in senso pluralistico e paritario dei centri di potere, in virtù della frammentazione della sovranità statale, a favore di istanze particolari e sovranazionali; sotto quest'ultimo profilo, infatti, non può trascurarsi di considerare il forte impulso all'attività contrattuale della pubblica amministrazione proveniente dal diritto dell'Unione Europea, il quale tende a garantire, come presupposto di un mercato unico concorrenziale, l'apertura dei mercati nazionali e una posizione tendenzialmente paritaria delle parti¹³.

In ultima analisi, ciò che emerge dalla analisi dell'evoluzione e dello sviluppo del diritto amministrativo, è la costante e, a tratti, conflittuale, relazione tra le categorie proprie del diritto privato e le istanze di indipendenza del diritto amministrativo.

Uno dei settori nel quale tale relazione è emersa in tutta la sua problematicità è sicuramente quello dei contratti pubblici e, in particolare,

¹² In tal senso si esprime C. Franchini, *I Contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e privato*, in Id. (a cura di), *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, Utet, 2007, t. I e II, pp. 1363, secondo cui l'ampliamento dell'utilizzazione di moduli convenzionali nello svolgimento dell'attività amministrativa rinviene la sua ragione principale nell'esigenza (perfezionata per effetto degli orientamenti dell'Unione europea) "di esercitare le funzioni pubbliche in modo più efficiente ed efficace, senza i condizionamenti che derivano dalle specifiche regole di gestione dell'attività amministrativa".

¹³ Si veda E. Picozza, Attività amministrativa e diritto comunitario, in Enc. Giur. Treccani, Agg., III, Roma, 1997, p. 16 e F. Casucci, Il diritto plurale: pluralismo delle fonti e libera circolazione delle norme giuridiche, Napoli, 2004, secondo cui "il diritto futuro è un diritto libero dall'ossessione del governo, appartiene agli organismi associativi, alle imprese, ai cittadini, al dialogo instaurato fra loro, è servente rispetto allo sviluppo delle possibilità e delle capacità, è un diritto che muove dal basso, mite, spontaneo e al tempo stesso azzardato. In una sola parola è, e non potrebbe non essere, un diritto plurale, non solo nelle sue fonti, nei modelli, negli interpreti, ma anche e soprattutto dal punto di vista epistemologico".

quello dei poteri del Giudice amministrativo successivi all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione¹⁴.

¹⁴ Sul punto, si vedano Trimarchi Banfi, Il diritto privato dell'amministrazione pubblica, in Dir. Amm., 2004; 676; Manfredi, Accordi e azione amministrativa, Torino, 2001; Benedetti, I contratti della pubblica amministrazione tre specialità e diritto comune Torino, 1999; Civitarese Matteucci, Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa, Torino, 1997; Berti, Il principio contrattuale nell'attività amministrativa, in Scritti in onore di M.S. Giannini, Milano, 1988; L.R. Perfetti, op. cit., 480 ss, il quale riconnette l'approccio alla questione dell'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione al ruolo centrale che le visioni generali dell'amministrazione, del potere e delle posizioni soggettive hanno avuto anche in questo settore del diritto amministrativo. In particolare, secondo l'A. "la teoria della specialità del contratto di cui l'amministrazione sia parte, è un fatto esterno rispetto al contratto ed alla sua struttura, e va identificato nella teoria dello Stato e della sua posizione nella dinamica libertà/autorità. Infatti, la teoria del contratto con la pubblica amministrazione muta decisamente rispetto alle prime ricostruzioni di stampo privatistico – e non a caso – sul finire dell'Ottocento. (...). Se si vogliono cogliere le ragioni profonde dell'affermarsi del regime di specialità del contratto stipulato dall'amministrazione, occorrerà riferirsi alla teoria dello Stato ch'esse presuppongono. Solo muovendo dalla considerazione della insussistenza di diritti soggettivi in capo al privato fuori dalle ipotesi in cui la legge espressamente li riconosca e dalla considerazione in base alla quale all'amministrazione è assicurata una generale potestà pubblicistica di cura dell'interesse pubblico, si può comprendere la ripugnanza della scienza del diritto amministrativo, nel momento in cui si costruisce, per l'idea che l'amministrazione che contratta sia soggetta, come il privato, alle sole norme del diritto civile, sicché fonte delle obbligazioni reciproche possano essere solo la legge o il contratto".

2. Le fonti della contrattualistica pubblica. Dalla legge di contabilità di Stato alle influenze dell'ordinamento comunitario

Si ritiene che la costante dialettica tra discipline pubblicistica e privatistica della Pubblica Amministrazione emerga con chiarezza dall'analisi storica, prima che giuridica, delle normative succedutesi via via nel tempo aventi ad oggetto il tema della contrattualistica pubblica¹⁵.

In particolare, la dimensione pubblicistica della contrattualistica pubblica attiene in larga parte alla fase che precede la stipula del contratto tra l'amministrazione e l'aggiudicatario e la sua esecuzione, costituendo il procedimento di selezione del contraente nelle forme dell'evidenza pubblica.

Nel corso del tempo, il procedimento di evidenza pubblica ha formato oggetto di vari ed eterogenei interventi normativi, che si sono tra di loro stratificati, molto spesso ispirandosi a principi e concezioni strutturali della materia assai diversi e altre volte a circostanze di fatto meramente contingenti di carattere politico ed economico.

In una prima fase, infatti, precedente alla penetrante integrazione comunitaria, la legislazione sull'evidenza pubblica era contenuta in vari testi normativi di rango primario o secondario; in tal senso, le disposizioni principali erano contenute in origine nella legge di contabilità di Stato, il Regio

15 Sulla ratio e sull'evoluzione della disciplina della contabilità pubblica, si sono consultati i seguenti

S. Buscema, I contratti della pubblica amministrazione, in Trattato di diritto amministrativo, diretto da G. Santaniello, VII, Milano, Giuffrè, 1994, D. Bortolotti, Contratti della amministrazione pubblica, in

Digesto disc. Pubbl., Torino, IV, 36 ss.

contributi: G. Greco, I contratti dell'amministrazione tra pubblico e privato, 1986, F.P. Pugliese, Contratti della pubblica amministrazione, in Enc. giur., vol. IX, 1988; A. Cianflone – G. Giovannini, L'appalto di opere pubbliche, 1999, pp. 328 ss; F. Caringella - G. De Marzo (a cura di), La nuova disciplina dei lavori pubblici. Dalla legge quadro alla Merloni-quater. Le norme speciali e la nuova potestà regionale, 2003, pp. 734 ss.; A. Carullo - A. Clarizia (a cura di), La legge «Quadro» in materia di lavori pubblici, 2004, pp. 985 ss.; A. Barettoni Arleri, voce Contabilità pubblica, in nuovo Dig. It., IV Torino, Utet, 2 ss., M. D'Alberti, Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici, in Dir. Amm., 2/2008, 297 ss., A. Buscema,

Decreto 18 novembre 1923, n. 2440, e nel suo regolamento di attuazione, Regio Decreto 23 maggio 1924, n. 827.

La ragione ispiratrice dei suddetti testi normativi era quella di tutelare in via immediata l'interesse della pubblica amministrazione a selezionare il miglior contraente, quest'ultimo definito come colui che potesse garantire le migliori prestazioni e alle condizioni economicamente più vantaggiose per il soggetto pubblico. In altri termini, l'interesse primario fatto proprio dalla regolamentazione delle procedure ad evidenza pubblica era quello di tipo prettamente pubblicistico di tutelare l'attività amministrativa, in modo tale da garantirne l'efficienza e l'economicità; a fronte di tali esigenze, la difesa dell'interesse del singolo aspirante contraente, rappresentato dall'interesse a non essere discriminato e, soprattutto, a gareggiare in condizioni di concorrenzialità, era tutelato in via riflessa ed indiretta, subordinatamente all'applicazione dalle menzionate disposizioni sui conti pubblici¹⁶.

Più precisamente, tale normativa di contabilità prevedeva quattro modalità di scelta del contraente: l'asta pubblica o pubblico incanto, la licitazione privata, l'appalto concorso e la trattativa privata.

Tali procedure di scelta del contraente erano tra loro distinguibili, da un lato, in virtù dell'ampiezza della possibilità di partecipazione degli operatori economici e, dall'altro, sulla base della flessibilità dell'oggetto di ciascuna procedura, che poteva essere predeterminato in modo rigido dalla stazione

legislazione per una ragione pratica, di porre freno agli abusi dei fornitori dello Stato, specie militari, e per una ragione di coerenza con il sistema del diritto amministrativo. In particolare con il principio di legalità", in Diritto amministrativo, Milano, Giuffrè, 1970, I, 677; ancor prima, Santi Romano riteneva che le formalità previste dalla procedura ad evidenza pubblica "sono in genere stabilite nell'interesse dell'amministrazione e il cui difetto quindi non può essere opposto al privato", in Diritto Amministrativo, Milano, Società editrice libraria, 1901, 533.

appaltante, oppure poteva essere soggetto a modifiche con la collaborazione degli stessi partecipanti durante la gara.

A prescindere dai caratteri di diversificazione delle varie modalità di scelta del contraente privato, si riteneva che queste potessero garantire in varia misura la competizione, l'imparzialità e la trasparenza tra i partecipanti. A ben vedere, la trattativa privata era l'unica modalità procedurale idonea a sacrificare in maniera più sensibile il principio della competizione, sebbene essa potesse essere utilizzata esclusivamente in presenza di ragioni contingenti di urgenza o, comunque, per circostanze speciali ed eccezionali tali da non consentire l'utile attivazione delle forme competitive ordinarie¹⁷. Tale carattere di residualità della trattativa privata rendeva tassativi i presupposti oggettivi di applicazione indicati dal legislatore e gravava l'amministrazione procedente di un onere di congrua motivazione in ordine alla scelta effettuata¹⁸.

Ad ogni modo, come già evidenziato in precedenza, la soddisfazione del principio di concorrenza nell'aggiudicazione della gara era comunque funzionale e subordinata al perseguimento dell'interesse finanziario della

¹⁷ Si veda, a tal proposito, la stessa normativa in tema di contabilità pubblica, secondo cui *"Qualora, per* speciali ed eccezionali circostanze, che dovranno risultare nel decreto di approvazione del contratto, non possano essere utilmente seguite le forme indicate negli articoli 3 e 4 [pubblico incanto e licitazione privata], il contratto potrà essere concluso a trattativa privata" (art. 6 del R.D. n. 2440/1923). Il Regolamento di attuazione della legge di contabilità precisava ulteriormente la eccezionalità dell'istituto individuando le ipotesi in presenza delle quali si poteva ricorrere alla trattativa privata: "Si procede alla stipulazione dei contratti a trattativa privata: 1° quando gli incanti o le licitazioni siano andate deserte o si abbiano fondate prove per ritenere che ove si sperimentassero andrebbero deserte; 2° per l'acquisto di cose la cui produzione è garantita da privativa industriale, o per la cui natura non è possibile promuovere il concorso di pubbliche offerte; 3° quando trattasi di acquisto di macchine, strumenti o oggetti di precisione che una sola ditta può fornire con i requisiti tecnici e il grado di perfezione richiesti; 4° quando si debbano prendere in affitto locali destinati a servizi governativi; 5° quando l'urgenza dei lavori, acquisti, trasporti e forniture sia tale da non consentire l'indugio degli incanti o della licitazione; 6° ed in genere in ogni altro caso in cui ricorrono speciali ed eccezionali circostanze per le quali non possano essere utilmente seguite le forme degli articoli 37 a 40 del presente regolamento. Nei casi previsti nel presente articolo la ragione per la quale si ricorre alla trattativa privata, deve essere indicata nel decreto di approvazione del contratto e dimostrata al consiglio di Stato, quando occorra il suo preventivo avviso" (art. 41 R.D. n. 827/1924).

¹⁸ Cfr. Cons. St., sez. V, 11 marzo 2003, n. 1295; Cons. St., sez. V, 16 gennaio 2002, n. 224.

stazione appaltante, in modo tale da concepire la procedura come lo strumento più efficace per garantire il corretto ed efficiente impiego del denaro pubblico¹⁹.

Successivamente, una seconda fase può essere fatta risalire agli inizi degli anni '90, nel momento in cui il tema dei contratti pubblici della pubblica amministrazione è divenuto progressivamente uno dei temi più rilevanti e più affrontati dall'ordinamento comunitario, al fine di renderne la disciplina compatibile con i principi cardine della costruzione europea, vale a dire quello della concorrenza e delle libertà fondamentali contenute nei Trattati²⁰.

L'affermazione di un principio di democrazia sociale e aperta al mercato di matrice europea ha comportato, infatti, che le istituzioni comunitarie prendessero in considerazione, ai fini della tutela del valore della concorrenza, l'impatto concorrenziale dell'azione dei soggetti pubblici. Da tale prospettiva, la Comunità ha applicato il principio della concorrenza non soltanto dal punto di vista dell'offerta di beni e servizi, ma anche dal lato della domanda pubblica degli stessi²¹.

¹⁹ Cfr. M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, n. 2, pp. 297-298. Non a caso le disposizioni rilevanti erano contenute in testi normativi dedicati alla contabilità pubblica. Nell'ottica del legislatore un siffatto sistema avrebbe garantito anche il ridimensionamento di fenomeni corruttivi, particolarmente diffusi nel settore.

²⁰ Si pensi, al riguardo, alla legge 19 febbraio 1992, n. 142, recante "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (legge comunitaria per il 1991)", di fondamentale importanza nell'ordinamento interno per un primo riconoscimento della risarcibilità dell'interesse legittimo; tale intervento, in particolare, ha riconosciuto una tutela risarcitoria in favore di soggetti lesi "a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture o delle relative norme interne di recepimento"

²¹ Sull'impatto dei principi e della normativa comunitaria si veda Cfr. F. Ledda, *Per una nuova normativa sulla contrattualistica pubblica*, in AA. VV., *Studi in onore di Antonio Amorth*, vol. I, *scritti di diritto amministrativo*, pp. 317 e ss.; G. Morbidelli e M. Zoppolato, *Appalti pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti e G. Greco, pp. 214 e ss.; R. Caranta, *I contratti pubblici*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, a cura di F.G. Scoca, F.A. Roversi Monaco e G. Morbidelli, 2004; A. Massera, *I contratti*, in *Trattato di diritto amministrativo*, *Diritto amministrativo generale*, II, a cura di S. Cassese, pp. 1547 e ss.

La centralità del valore della concorrenza anche nelle procedure ad evidenza pubblica è funzionale a due obiettivi.

In primo luogo, si conseguirebbe in tal modo la libera circolazione all'interno dell'Unione di merci e servizi anche nell'ambito del settore pubblico, con effetti positivi sul lato della domanda, soprattutto in termini di maggiore qualità ed economicità degli affidamenti. In secondo luogo, dal lato dell'offerta, verrebbe perseguito il fine di sviluppare le imprese europee in modo tale da consentir loro di concorrere non soltanto nel mercato comune europeo, ma, soprattutto, a livello globale.

Nella fase appena descritta, pertanto, le fonti normative interne al nostro ordinamento si andavano a sovrapporre a quelle derivanti dall'ordinamento comunitario; segnatamente, con tre diverse direttive è stata posta una disciplina per i lavori, i servizi e le forniture e con una quarta direttiva sono stati disciplinati gli stessi segmenti nei settori cd. esclusi²².

Sin da questa prima attività di formazione comunitaria dei contratti pubblici, si fa presente che, accanto alla distinzione tra settori ordinari e settori cd. esclusi, la disciplina sovranazionale prima citata ha compiuto un'ulteriore

²² A ben vedere, in realtà, l'ordinamento comunitario si era già occupato degli appalti pubblici sia pure in una dimensione piuttosto embrionale con le direttive 77/62/Cee (forniture), 71/305/Cee (lavori) e 77/62/Cee (servizi). Ad ogni modo, quanto agli interventi comunitari citati nella presente trattazione, si vedano le direttive 93/37/Cee, relativa agli appalti pubblici di lavori nei settori ordinari, 93/36/Cee, relativa agli appalti pubblici di fornitura nei settori ordinari, 92/50/Cee, relativa agli appalti pubblici di servizi nei settori ordinari, 92/50/Cee, relativa agli appalti pubblici di servizi. Quanto ai settori cd. speciali, oggi definiti "esclusi", si rileva che essi sono spesso caratterizzati in senso soggettivo dall'azione di soggetti di diritto privato con fine imprenditoriale piuttosto che di pubbliche amministrazioni tradizionali. In senso oggettivo, si tratta di ambiti strategici e di consistente valore economico (acqua, energia, trasporto, servizi postali, ecc.). Per tali peculiarità sono stati originariamente 'esclusi' dalla disciplina dell'evidenza pubblica comunitaria e soggetti al retaggio del protezionismo statale. Solo successivamente, proprio in ragione della loro significatività economica, non sono più sfuggiti alle regole comunitarie, sia pure in una versione più flessibile rispetto ai settori ordinari. Ad ogni modo, il legislatore nazionale ha recepito le richiamate direttive comunitarie conservando anche formalmente la distinzione tra settori ordinari e settori esclusi e all'interno dei primi la suddivisione in lavori, servizi e forniture.

distinzione, dipendente dal valore economico delle commesse e ancora oggi particolarmente rilevante per individuare la disciplina applicabile a quella singola gara; le direttive comunitarie prima indicate, infatti, si sono concentrate esclusivamente sugli appalti economicamente più rilevanti e, proprio in virtù di tale rilevanza, capaci di incidere su scala comunitaria²³.

A fronte della disciplina avente ad oggetto i contratti di servizi e delle forniture e del loro consolidamento nel nostro ordinamento sulla base delle prescrizioni derivanti dall'ordinamento comunitario, , la disciplina in tema di contratti di lavori è stata invece condizionata da circostanze di natura prettamente interna, le quali hanno determinato plurimi interventi normativi, spesso estemporanei e confusionari²⁴.

In particolare, a seguito dei fatti di cronaca politica e giudiziaria noti come Tangentopoli, la disciplina dei lavori pubblici venne modificata con un rigore assai più pregnante rispetto al passato e con disposizioni ispirate ad un generalizzato senso di sfiducia sia nei confronti delle stazioni appaltanti che dei contraenti privati, attraverso l'esasperato irrigidimento delle procedure in funzione di prevenzione dei fenomeni corruttivi, con la conseguenza di un vero e proprio blocco del settore²⁵.

Questa seconda fase si è conclusa, in ultima analisi, con il completamento del quadro normativo di riferimento mediante l'adozione del regolamento

²⁴ Cfr. M. Clarich, *Introduzione*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici* (a cura di M. Clarich), p. XXVII.

²⁵ Sul punto, cfr. G. Fidone, *Il Codice dei contratti pubblici*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici* (a cura di M. Clarich), p. 3

²³ Si precisa al riguardo che questi ultimi, definiti appalti "sopra soglia", rientrano nell'applicazione delle direttive comunitarie e della legislazione nazionale di recepimento, mentre gli appalti "sotto soglia", sono retti essenzialmente dal diritto nazionale, sia pure nel rispetto dei principi generali del Trattato Ce

attuativo relativo ai lavori pubblici e con il regolamento sulla qualificazione dei soggetti esecutori²⁶.

²⁶ Si fa riferimento al D.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554 e al D.p.r. 25 gennaio 2000, n. 34. Per quanto attiene specificatamente alla materia dei lavori pubblici, il Legislatore è intervenuto successivamente, in un senso, per snellire e velocizzare il procedimento per la realizzazione delle grandi opere infrastrutturali ritenute di interesse strategico per lo sviluppo del Paese; per altro verso, il legislatore ha perseguito lo scopo di coinvolgere capitali privati nella realizzazione delle infrastrutture, ampliando gli schemi realizzativi e introducendo elementi di flessibilità nelle procedure; sul punto cfr. ancora G. Fidone, *Il Codice dei contratti pubblici*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, op. cit.

3. Segue. Il codice dei contratti pubblici e il valore della concorrenza

In una terza fase, collocata a valle dell'evoluzione normativa prima brevemente tratteggiata, è intervenuto il Codice dei contratti pubblici, adottato con il d.lgs. 11 aprile 2006, n. 163, le cui disposizioni hanno riunito in un unico testo normativo tutta la materia dei contratti pubblici.

Il Codice ha esercitato la delega contenuta nell'art. 25, legge comunitaria 2004, 18 aprile 2005, n. 62, recante il recepimento delle nuove direttive comunitarie 2004/18/Ce (relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari) e della direttiva 2004/17/Ce (che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia nonché degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali - cd. settori speciali, definiti nelle direttive precedenti settori esclusi).

A livello di tecnica di redazione normativa, il Codice ha rappresentato un passo in avanti notevole nella trattazione della complessa tematica dei contratti pubblici; in questo senso, già la denominazione di "Codice", utilizzata dal legislatore dovrebbe suggerire un'idea o, almeno, il tentativo di stabilizzazione della disciplina²⁷.

A livello di disciplina sostanziale, inoltre, tale teso normativo persegue un principio di maggiore apertura del mercato, in una logica di concorrenzialità tipicamente europea, ed è caratterizzato da istituti di origine comunitaria, finalizzati ad una miglior flessibilità delle procedure²⁸.

A tal proposito, il Codice ha operato una netta inversione rispetto al passato circa le ragioni ispiratrici delle disciplina della evidenza pubblica.

²⁷ Cfr. M. Clarich, *Introduzione*, op. cit., XXVII.

²⁸ Cfr. G. Fidone, *Il Codice dei contratti pubblici*, op. cit., p. 5.

Sulla scia dell'orientamento comunitario, nel nuovo assetto codicistico assume preminenza la posizione del singolo aspirante contraente e, dunque, la tutela dell'interesse a non essere discriminato e a gareggiare in condizioni di concorrenzialità.

Nella realtà applicativa, tali considerazioni hanno comportato un aumento delle garanzie di pubblicità e di trasparenza, l'allargamento delle possibilità di partecipazione alle gare e la neutralizzazione delle discriminazioni derivanti dalla richiesta di prestazioni tecniche escludenti²⁹.

Uno degli indici di tale mutamento di prospettiva è sicuramente rappresentato dall'estensione dell'ambito di applicazione delle disposizioni in materia di gare; più precisamente, la normativa del Codice, rispetto a quella precedente, trova applicazione anche rispetto agli organismi di diritto pubblico e, nei settori speciali, alle imprese pubbliche e agli operatori privati titolari di diritto speciali o esclusivi, che non sono pubbliche amministrazioni in senso tradizionale e neppure necessariamente enti pubblici economici.

A ciò si aggiunga che, mentre nei settori ordinari la finalità pro concorrenziale si aggiunge ai fini tradizionali dell'evidenza pubblica, nei settori speciali tale finalità assume un ruolo di maggiore centralità; gli operatori soggetti ai settori speciali, infatti, non sempre dispongono di risorse pubbliche e possono essere imprenditori puri, per cui potrebbe non porsi un problema di efficiente allocazione delle risorse pubbliche³⁰.

²⁹ In questo senso cfr. M. D'Alberti, op. cit., p. 299.

³⁰ A dimostrazione della centralità della tutela della concorrenza nei settori speciali, l'instaurazione di un regime concorrenziale effettivo tra soggetti aggiudicatori in un determinato settore, comporta la possibilità di disapplicare la disciplina sulle gare. Ciò è dovuto alla circostanza che i settori speciali (gas, elettricità, trasporti, poste, porti, ecc.) sono tradizionalmente ambiti soggetti al monopolio dell'ente aggiudicatore che, dunque, senza la procedura ad evidenza pubblica, potrebbe falsare il meccanismo concorrenziale. Quando nell'ambito delle politiche di liberalizzazione tale posizione di

L'affermazione del valore della concorrenza come uno dei primi criteri informatori della disciplina in tema di contratti pubblici è dovuta altresì, sul piano costituzionale, anche agli interventi di riforma che hanno preceduto di poco l'attuazione del Codice e che hanno modificato i criteri per l'attribuzione delle materie tra Stato e Regioni, individuando tra le materie di competenza esclusiva dello Stato la tutela della concorrenza (art. 117, comma 2, lett. e). Tale intervento di riforma costituzionale si ritiene fondamentale per i successivi orientamenti del Giudice delle leggi; la tutela della concorrenza come principio ispiratore della contrattualistica pubblica, infatti, è stata più volte ribadita dalla Corte costituzionale che, con la sentenza n. 401/2007, ha respinto una serie di censure proposte dalle Regioni che lamentavano la lesione della propria competenza legislativa da parte del Codice.

La pronuncia della Corte ha fatto perno proprio sull'art. 117, comma 2, lett. e) Cost., che riserva alla competenza esclusiva dello Stato la tutela della concorrenza e le libertà comunitarie di circolazione e stabilimento, ritenendo superata la concezione *contabilistica* della disciplina dei contratti pubblici.

La nuova prospettiva di principio ha, dunque, effetti giuridici importanti anche nei rapporti fra legge statale e regionale, visto che il nucleo principale della disciplina pubblicistica sulle gare (qualificazione e selezione dei contraenti, procedure di affidamento, criteri di aggiudicazione, poteri di vigilanza dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, ecc.) è affidato

n

monopolio viene meno, anche l'onere della gara in funzione pro concorrenziale non avrebbe senso, poiché le dinamiche del mercato condurrebbero di per sé alla neutralizzazione del potenziale potere distorsivo di mercato dell'ente aggiudicatore.

alla competenza esclusiva dello Stato, con esclusione di ogni tentativo di differenziazione di disciplina da parte delle Regioni³¹.

Alle pronunce della Corte costituzionale ha fatto seguito anche il Consiglio di Stato, il quale più volte ha chiaramente affermato che il fine di tutela della concorrenza ha "determinato il definitivo superamento della concezione che vedeva la procedimentalizzazione dell'attività di scelta del contraente dettata nell'esclusivo interesse dell'amministrazione"³².

Il mutamento di prospettiva appena delineato ha inciso anche sull'approccio metodologico di regolazione degli appalti pubblici, come emergerà ben più chiaramente nei successivi capitoli della presente trattazione. Per un verso, infatti, la visione contabilistica della disciplina degli appalti pubblici implicava la creazione di un reticolo fitto di regole rigide di tipo cd. "command and control".

A fronte di ciò, la visione pro concorrenziale di matrice comunitaria che permea anche la normativa interna lascia maggiori spazi di flessibilità alle stazioni appaltanti introducendo anche momenti di regolazione cooperativa, cioè di interazione con i privati, al fine di ridurre le asimmetrie informative.

L'esigenza, in parte assecondata dal Codice di dare al quadro normativo generale una certa omogeneità di base, fondata sui principi ispiratori appena esaminati, tuttavia, non ha escluso la permanenza di alcune diversificazioni all'interno dello stesso Codice; si pensi, ancora una volta al settore delle opere pubbliche, che mantiene nel corpo del decreto legislativo 163/06 una certa specificità, nonché ai contratti sotto soglia comunitaria, i quali sono

³¹ Per un'analisi più approfondita della questione cfr. V. Lopilato, *Il riparto di competenze fra Stato e Regioni nel Codice dei contratti pubblici*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici* (a cura di M. Clarich), pp. 95 e ss.

³² Cfr. Cons. St., Ad. pl., 3 marzo 2008, n. 1.

assoggettati a un regime diverso e derogatorio rispetto a quelli sopra soglia, per quanto i primi, sia sotto il profilo quantitativo e qualitativo, sono per molti aspetti assimilabili ai secondi. Tali diversità, come si vedrà nei capitoli seguenti, ha avuto importanti riflessi anche dal punto di vista della tutela giurisdizionale offerta dal Giudice amministrativo.

Come accaduto anche per i precedenti interventi normativi, la nuova disciplina introdotta con il Codice degli appalti pubblici è stata caratterizzata da non poche incertezze applicative³³, oltre che da una fase di accorgimenti normativi attuati mediante l'adozione di tre provvedimenti legislativi correttivi³⁴.

Sebbene possa ritenersi che una fase di assestamento fosse naturale, vista la portata e la rilevanza nazionale e sovranazionale del Codice, la sostanziale applicazione della nuova normativa non è stata di certo agevolata dalla grave discontinuità di indirizzo politico di quel periodo, dovuta alla rapida alternanza di tre compagini governative, che ha avuto effetti destabilizzanti anche sull'attuazione della disciplina dei contratti pubblici³⁵. A ciò si aggiunga che anche l'adozione del regolamento attuativo, avvenuta con il d.p.R. 10 ottobre 2010, n. 207, ha subito gravi ritardi e incertezze normative.

La fase di assestamento del Codice dei contratti pubblici sembra ancora lontana dal termine; si pensi, infatti, alle ulteriori modifiche apportate alla disciplina del Codice dal d.lgs 28 marzo 2010, n. 53, di recepimento della

18

³³ Cfr. M. Clarich, *Codice dei contratti pubblici:ancora correttivi e modifiche*, in Corr. giur., n. 11/2006, p. 1485 e ss. e G. Fidone, *Il Codice dei contratti pubblici*, op. cit., p. 5.

³⁴ Gli interventi correttivi sono stati operati con il d.lgs. 26 gennaio 2007, n. 6, il d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113 e il d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152, resisi necessari anche per superare alcune censure alla disciplina formulate dalla Commissione Ue. In particolare, Quest'ultima aveva censurato alcune disposizioni del Codice in materia di *project financing* con lettera di messa in mora n. 2007/2309.

³⁵ Ancora cfr. M. Clarich, Introduzione, op. cit., XXVIII.

direttiva comunitaria 2007/66/Ce, in materia di procedure di ricorso volte a rendere più rapida ed effettiva la tutela delle imprese che partecipano alle gare. Tale disciplina, in particolare, fa ormai parte del Codice del processo amministrativo, approvato con il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 e presenta aspetti molto innovativi e con effetti sistematici, incidendo in particolare sulle regole procedurali del ricorso giurisdizionale e sui poteri del giudice amministrativo, che saranno meglio analizzate nei capitoli che seguono.

Si pensi, ancor più recentemente, alle modifiche apportate dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90, recante "Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari", convertito con modificazioni dalla L. 11 agosto 2014, n. 114, le cui ricadute sulla disciplina sostanziale e processuale verranno più ampiamente analizzate nel prosieguo.

4. Segue. Le nuove direttive europee in tema di appalti pubblici

Da ultimo, non può sottacersi la recentissima adozione da parte dell'Unione europea di tre direttive europee (Direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CEUE Direttiva 25-2014 – Settori speciali e Direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE).

Il 15 gennaio il Parlamento europeo ha approvato in seduta plenaria i testi delle tre nuove Direttive che dovranno essere recepite da tutti i Paesi membri entro due anni dalla data di pubblicazione nella GUE.

Per comprendere appieno le rilevanti novità introdotte dalle nuove direttive, si ritiene utile ripercorrere brevemente il percorso seguito dal Legislatore europeo antecedente all'adozione delle direttive nn. 23, 24 e 25 del 201436.

Come noto, la realizzazione di un mercato comune europeo ha da sempre avuto un ruolo centrale nella costruzione dell'Unione europea, rappresentando l'impulso attraverso il quale portare a compimento il processo di integrazione tra gli Stati membri^{37.}

opportunità, op.cit., pp. 11 e ss.

³⁶ Per una ricostruzione del percorso seguito dal Legislatore europeo per l'attuazione delle nuove direttive sui contratti pubblici, si vedano: Gallo (a cura di), Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni, Maggioli Editore, 2014, pp. 17 e ss.; F. Sciaudone, Le nuove direttive appalti e concessioni: recepimento, elementi critici e opportunità, anche alla luce delle recenti novità normative, in C. Franchini e F. Sciaudone (a cura di), Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e

³⁷ Al riguardo, la Corte di Giustizia europea ha in più occasione affermato con forza che "gli articoli del Trattato relativi alla libertà di circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali sono norme fondamentali per l'Unione ed è vietato qualsiasi ostacolo, anche di minore importanza, a detta libertà" (cfr. ex multis decisione C – 49/89 del 13 dicembre 1989).

Proprio in virtù di tale centralità, la nozione di mercato comune ha da tempo travalicato quell'ambito puramente economico in cui era stata limitata agli albori del processo di istituzione delle Comunità europee, assumendo sempre più le sembianze di un vero e proprio "quadro giuridico complessivo su scala europea"38, entro il quale elaborare strategie e politiche non più soltanto riguardanti i rapporti economici tra gli appartenenti all'Unione, ma inerenti anche allo sviluppo sociale e politico dell'Europa. In questo senso, la portata di tale quadro giuridico complessivo emerge chiaramente sin dalle norme iniziali del Trattato dell'Unione Europea, laddove si afferma che "l'Unione instaura un mercato interno" e "si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico"39, nonché, per quanto attiene alla materia ambientale, laddove si precisa che "Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo

³⁸ Secondo la definizione offerta da G. Tesauro, Diritto dell'Unione Europea, Cedam, 2012, il quale precisa che "Più in generale, il mercato interno è ormai, dopo l'Atto unico e il Trattato di Maastricht, una nozione che, in termini di strategia giuridica, va anche al di là della realizzazione di uno spazio in cui sono garantite la piena mobilità di beni, servizi e fattori produttivi, nonché la sostanziale parità delle condizioni di concorrenza per le imprese. Il mercato interno è di sicuro tutto questo, ma è anche di molto più di questo. Unitamente alle politiche cd. Di accompagnamento, cui è inscindibilmente connesso, il mercato interno è infatti il quadro giuridico complessivo, su scala europea, dello svolgimento dei rapporti economici. Come tale, esso dà corpo e tutela all'insieme degli interessi, delle esigenze e dei valori che a quei rapporti si collegano. La disciplina del mercato interno, in definitiva, nonché le politiche che vi si riconducono, costituiscono il nucleo centrale di un ordinamento articolato e tendenzialmente completo, nel cui ambito trovano riconoscimento non soltanto le libertà economiche fondamentali (libertà di concorrenza e libertà degli scambi), ma anche l'insieme delle istanze (tutela e promozione del lavoro, delle donne e dei giovani, dell'ambiente, della cultura, delle aree sfavorite) che sono oatrimonio comune e caratteristico delle moderne democrazie", pag. 370.

³⁹ Art. 3, paragrafo 3, Trattato sull'Unione Europea.

sostenibile"40.

La scelta di coinvolgere nel processo di realizzazione di un mercato comune valori ulteriori rispetto a quelli puramente economici è altresì confermata e ribadita nella Comunicazione della Commissione europea 202041, nella quale si legge che la cd. "strategia Europa 2020" deve essere incentrata su tre priorità: una crescita intelligente, idonea a sviluppare un'economia basata sulla conoscenza e sull'innovazione; una crescita sostenibile, volta a promuovere un'economia più efficiente sotto il profilo delle risorse, più verde e più competitiva; una crescita inclusiva, al fine di promuovere un'economia con un alto tasso di occupazione, che favorisca la coesione economica, sociale e territoriale⁴². In altri termini, l'Unione europea si prefigge di utilizzare una sempre maggiore integrazione economica, al fine di perseguire uno sviluppo sociale imperniato su conoscenza e innovazione, su un utilizzo più accorto e sostenibile delle risorse disponibili e su un'economia

⁴⁰ Art. 11, Trattato sul funzionamento dell'Unione.

⁴¹ COM(2010) 2020, del 3 marzo 2010, recante "EUROPA 2020 Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva";

⁴² Cfr. paragrafo 2 della Comunicazione. Tali priorità, inoltre, si pongono quali presupposti necessari per la realizzazione dei seguenti obiettivi indicati nella strategia Europa 2020: "il tasso di occupazione delle persone di età compresa tra 20 e 64 anni dovrebbe passare dall'attuale 69% ad almeno il 75%, anche mediante una maggior partecipazione delle donne e dei lavoratori più anziani e una migliore integrazione dei migranti nella popolazione attiva; – l'obiettivo attuale dell'UE per gli investimenti in R&S, pari al 3% del PIL, è riuscito a richiamare l'attenzione sulla necessità di investimenti pubblici e privati, ma più che sul risultato si basa sui mezzi utilizzati per raggiungerlo. È chiara l'esigenza di migliorare le condizioni per la R&S privata nell'UE, cosa che molte delle misure proposte nella presente strategia faranno. È altrettanto evidente che mettendo insieme R&S e innovazione amplieremmo la portata della spesa, che diventerebbe più mirata verso le operazioni commerciali e i fattori di produttività. La Commissione propone di mantenere l'obiettivo al 3% definendo al tempo stesso un indicatore tale da riflettere l'intensità in termini di R&S e innovazione; – ridurre le emissioni di gas a effetto serra almeno del 20% rispetto ai livelli del 1990 o del 30%, se sussistono le necessarie condizioni2; portare al 20% la quota delle fonti di energia rinnovabile nel nostro consumo finale di energia e migliorare del 20% l'efficienza energetica; – un obiettivo in termini di livello d'istruzione che affronti il problema dell'abbandono scolastico riducendone il tasso dall'attuale 15% al 10% e aumentando la quota della popolazione di età compresa tra 30 e 34 anni che ha completato gli studi superiori dal 31% ad almeno il 40% nel 2020; – il numero di Europei che vivono al di sotto delle soglie di povertà nazionali dovrebbe essere ridotto del 25%, facendo uscire dalla povertà più di 20 milioni di persone".

di mercato che assicuri un elevato tasso di occupazione⁴³.

Una delle leve principali per il raggiungimento di tali obiettivi è rappresentata proprio dagli appalti pubblici, quale ambito essenziale non soltanto per una più corretta allocazione di risorse economiche, ma anche come campo di prova per verificare lo stato di avanzamento delle politiche e dei valori propri dell'Unione⁴⁴.

L'importanza della disciplina sui contratti pubblici per la realizzazione delle politiche europee è altresì sottolineata dalla Comunicazione della Commissione del 13 aprile 2011, recante "L'Atto per il mercato unico. Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia" nella quale viene proposta un'opera di revisione e ammodernamento del quadro normativo europeo sugli appalti pubblici "per giungere ad una politica equilibrata, che sostenga una domanda di beni, opere e servizi rispettosi dell'ambiente, socialmente responsabili e innovativi" 45.

In definitiva, ciò che emerge dalla breve rassegna dei documenti più significativi adottati dall'Unione europea antecedentemente all'adozione delle nuove direttive nn. 23, 24 e 25 del 2014 è un evidente mutamento di approccio del diritto europeo alla materia dei contratti pubblici, non più vista soltanto come insieme di regole ispirate ad una logica concorrenziale ed idonee a favorire la parità di trattamento tra gli operatori economici nell'allocazione di

⁴³ Ad ulteriore conferma di quanto esposto, si veda COM(2012) del 3 ottobre 2012, recante "Atto per il mercato unico II. Insieme per una nuova crescita", in cui la Commissione precisa che il mercato unico è lo "strumento fondamentale per realizzare un'economia sociale di mercato altamente competitiva", in quanto accresce la competitività europea nel mercato mondiale e la coerenza e la complementarità delle politiche interne ed esterne che favoriscono gli scambi e la crescita.

⁴⁴ Cfr. sul punto, Gallo, op. cit., secondo cui "Gli appalti pubblici rappresentano una leva essenziale per l'innovazione delle imprese, per una maggiore efficienza dell'economia, anche nell'utilizzo delle risorse attraverso l'implementazione degli appalti verdi, al fine di assicurare lo sviluppo delle piccole e medie imprese in modo da garantire comunque una maggior apertura dei mercati europei", pag. 22.

⁴⁵ Cfr. paragrafo 2.12.

risorse pubbliche, ma come vero e proprio stimolo di crescita sociale, tecnologica, ambientale e anche economica; in altri termini, viene evidenziato come la fissazione di norme e principi volti a regolare l'acquisizione di beni e servizi da parte della Pubblica amministrazione sul mercato sia necessaria non più soltanto per esigenze di integrazione puramente economica tra gli Stati, ma anche per la realizzazione di valori comuni ulteriori, quale quello di tutela dell'ambiente, di sviluppo sostenibile, di integrazione sociale e di innovazione.

5. Il procedimento ad evidenza pubblica. Natura giuridica e fasi

Dopo aver ricostruito l'*iter* normativo che ha portato all'adozione del Codice sui contratti pubblici, si ritiene utile fornire brevi cenni sul cd. procedimento ad evidenza pubblica, indicandone le fasi e i principi ad esso applicabili.

Attraverso tale procedimento, in particolare, il soggetto pubblico rappresenta all'esterno la volontà di stipulare un determinato contratto, "evidenziando" i motivi di pubblico interesse che intende perseguire con quello specifico rapporto negoziale⁴⁶.

Come già evidenziato in precedenza, tale procedimento riflette la costante dialettica tra moduli prettamente civilistici e poteri autoritativi della pubblica amministrazione che, si ribadisce, è configurabile come uno dei temi più dibattuti del diritto amministrativo⁴⁷.

⁴⁶ Cfr. in tal senso Garofoli, Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, VI edizione, 2012- 2013, Nel diritto editore; G. Morbidelli, *Principi*, in G.F. Ferrari, G. Morbidelli (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Ed. 2013, Egea; S. Mezzacapo, *Procedure ad evidenza pubblica*, in *Dizionario di diritto amministrativo* (a cura di M. Clarich e G. Fonderico), 2008, pp. 521 e ss. Sulle procedure ad evidenza pubblica in generale cfr. M. Cafagno, *Gare pubbliche*, in *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da S. Cassese), 2006, pp. 2651 e ss. M. Atelli, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Lineamenti di diritto amministrativo*, 2006, pp. 705 e ss.; F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, 2006, pp. 1221 e ss.

⁴⁷ In particolare, V. Ricciuto, A. Nervi, *Il contratto della pubblica amministrazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, fa riferimento ad una "sequenza procedimentale di atti e provvedimenti, preordinati ad addivenire alla stipulazione di un contratto con un altro soggetto", ovvero atti attraverso i quali l'ente pubblico, contemperando i diversi interessi in gioco, progressivamente addiviene alla decisione circa le iniziative da porre in essere per perseguire la missione istituzionale affidatagli rispetto ad una data situazione concreta; in ordine alle ragioni sottese a questa impostazione, gli Autori sottolineano come il procedimento amministrativo integra lo strumento mediante il quale l'Amministrazione assolve la missione istituzionale affidatale, ovvero la cura degli interessi pubblici che sono individuati in termini generali e astratti, sul piano normativo, e richiedono una continua e progressiva attività di "attualizzazione" nella concretezza della realtà socioeconomica. Questo schema, continuano gli Autori, è considerato particolarmente indicato quando il soddisfacimento dell'interesse pubblico si realizza mediante la stipulazione di un contratto con un soggetto privato e la relativa esecuzione, poiché il procedimento consente di scandire con nettezza le diverse fasi che contraddistinguono la vicenda: l'individuazione dell'interesse pubblico da soddisfare nel concreto, che si traduce nel delineare lo schema di contratto che il soggetto pubblico intende stipulare; la ricerca del contraente che appare

In questo senso, la procedura ad evidenza pubblica è il modo con il quale la pubblica amministrazione soddisfa sia l'esigenza di buon andamento ed imparzialità, costituzionalmente riconosciuta ex art. 97 Cost., sia il valore, di matrice europea, della libera concorrenza, a protezione quindi dell'interesse delle imprese a non essere discriminate in ragione della nazionalità⁴⁸. La natura giuridica degli atti di tale procedimento è assai discussa; secondo una prima tesi, gli atti che precedono la stipula del contratto tra la stazione appaltante e il contraente privato sono assimilabili alla fase delle trattative precontrattuali⁴⁹. La tesi opposta, invece, configura tali atti come un vero e proprio procedimento amministrativo, caratterizzato da regole sue proprie, ma in ogni caso, definito dai medesimi principi ispiratori.

Nella dottrina più recente⁵⁰, in realtà si tende a ricostruire l'evidenza pubblica come una "fattispecie a doppio stadio", in cui la fase pubblicistica accompagna in parallelo quella privatistica.

In questa fattispecie a doppio stadio, allora, diviene fondamentale la strutturazione della gara attraverso l'identificazione di varie fasi; la prima di

meglio attrezzato per realizzare l'obiettivo perseguito e, dunque, per stipulare ed eseguire il contratto; la positiva verifica della corrispondenza tra l'interesse pubblico perseguito "a monte" e la posizione negoziale del contraente prescelto e, quindi, l'aggiudicazione del contratto e l'avvio del conseguente rapporto.

⁴⁸ Più precisamente, si può parlare di concorrenza nel mercato per indicare quella condizione economica in cui gli operatori economici possono competere liberamente per la produzione di un determinato bene o per l'erogazione di un servizio, mentre si può parlare di concorrenza per il mercato quando, come avviene per i contratti pubblici, il principio della concorrenza è perseguito regolando attraverso la procedura ad evidenza pubblica l'accesso al mercato dell'unico operatore

⁴⁹ S. Vinti, Limiti funzionali all'autonomia negoziale della Pubblica Amministrazione nell'appalto di opere pubbliche, Cedam 2008, evidenzia come le procedure di evidenza pubblica "rappresentano il momento di autentico collegamento tra l'autonomia funzionale e l'autonomia tipicamente contrattuale", poiché consentono che dall'una si pervenga, all'esito della procedura medesima, all'altra. Allo stesso modo, F.P. Pugliese, Contratto (V) Contratti della pubblica amministrazione, Enc. Giur. Treccani, 1988, il quale qualifica i contratti ad evidenza pubblica come "atti negoziali di diritto privato la cui sequenza funzionale è doppiata da una sequenza amministrativa con funzione di evidenziazione dei motivi a fini di controllo".

⁵⁰ Picone, I temi generali del diritto amministrativo, Napoli, 2001, 699.

esse è rappresentata dalla determinazione a contrarre, a cui segue la pubblicazione del bando di gara.

A tal proposito, si rileva che i medesimi dubbi interpretativi descritti in precedenza, che hanno interessato il modulo procedimentale dell'evidenza pubblica, hanno riguardato anche la natura giuridica del bando di gara. Secondo una tesi minoritaria, il bando può essere definito come un'offerta al pubblico, ovvero, come un invito ad offrire, mentre per la tesi opposta, esso costituirebbe un vero e proprio atto amministrativo finalizzato a manifestare l'intento della stazione appaltante e di dare avvio alla fase procedimentale⁵¹.

La seconda fase delle procedure ad evidenza pubblica attiene alla scelta del contraente privato; a tal riguardo, si è già visto nel precedente paragrafo come l'interesse pubblico sotteso alla scelta del contraente privato ha progressivamente mutato la sua conformazione ed è oggi ispirato anche dalla normativa sovranazionale.

Quanto alle tipologie di selezione del contraente privato, nella vigenza della legislazione di contabilità, l'asta pubblica, tra le quattro tipologie elencate in precedenza, assumeva un ruolo centrale, essendo prevista dal diritto positivo come sistema generale di scelta del contraente, mentre le altre procedure erano considerate sistemi di selezione eccezionali.

Nel corso del tempo, tuttavia, la licitazione privata ha assunto anch'essa il carattere di sistema generale e ordinario di selezione dei contraenti discrezionalmente utilizzabile dall'amministrazione in alternativa all'asta pubblica. Tale impostazione è stata confermata dal diritto comunitario e, di conseguenza dal Codice, che considera le procedure ristrette al pari delle

⁵¹ Sulla ricostruzione del dibattito, si veda Garofoli, Manuale di diritto amministrativo, op. cit.

procedure aperte come procedure ordinarie di selezione dei contraenti⁵².

In particolar modo, il Codice, nel recepire le innovazioni di ordine sostanziale dettate dal diritto comunitario, ha mantenuto la tradizionale denominazione delle procedure ad evidenza pubblica sia pure alla luce delle nuove classificazioni comunitarie⁵³. In tal senso, rispetto alla quadripartizione prevista dalla legislazione nazionale, il diritto comunitario ha distinto in "procedure aperte", "procedure ristrette" e "procedure negoziate" (art. 1, comma 11, direttiva n. 2004/17/Ce e art. 1, comma 9, direttiva 2004/18/Ce).

La distinzione terminologica utilizzata in ambito comunitario è recepita

⁵² Anche prima dell'entrata in vigore del Codice la legislazione nazionale in materia di appalti di lavori, servizi e forniture confermava che la licitazione privata al pari dell'asta pubblica o pubblico incanto doveva considerarsi sistema ordinario di selezione del contraente: art. 20 della legge n. 104/1994 (in relazione agli appalti di lavori pubblici); art. 9 del d.lgs n. 358/1992 (in relazione agli appalti di fornitura); art. 6 del d.lgs n. 157/1995 (in relazione agli appalti di servizi). In relazione ai settori esclusi, oggi definiti settori speciali, l'art. 12 del d.lgs n. 158/1995 dava già preferenza alla tripartizione operata dal diritto comunitario. Tuttavia riconosceva la vigenza del sistema classificatorio tradizionale in relazione agli appalti indetti da alcuni soggetti pubblici. Infatti, in relazione a "le amministrazioni dello Stato, le regioni, le province autonome di Trento e Bolzano, gli enti territoriali e locali, gli altri enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico comunque denominati e loro associazioni", l'art. 12 precisava che a) il pubblico incanto costituisce procedura aperta; b) la licitazione privata e l'appalto concorso costituiscono procedure ristrette; c) la trattativa privata preceduta dalla pubblicazione di un bando costituisce procedura negoziata.

⁵³ A livello comunitario, le direttive 93/37/Cee (relativa agli appalti pubblici di lavori nei settori ordinari), 93/36/Cee (relativa agli appalti pubblici di fornitura nei settori ordinari), 92/50/Cee (relativa agli appalti pubblici di servizi nei settori ordinari) 92/50/Cee (relativa agli appalti pubblici di servizi) 93/38/Cee (relativa agli appalti degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni- cd. settori esclusi) utilizzano la tripartizione terminologica ("procedure aperte", "procedure ristrette" e "procedure negoziate") confermata poi dalle successive direttive 2004/17/Ce (relativa agli appalti di lavori, servizi, e foniture nei settori speciali, ex settori esclusi) e 2004/18/Ce (relativa agli appalti di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari). Rispetto alla distinzione terminologica operante nel diritto comunitario, nell'ordinamento interno è stata conservata la quadripartizione tradizionale. Tuttavia lo stesso legislatore nazionale ha correlato le categorie interne alle definizioni comunitarie, stabilendo sostanzialmente che: a) l'asta pubblica o pubblico incanto costituisce procedura aperta; b) la licitazione privata e l'appalto concorso costituiscono procedure ristrette; c) la trattativa privata costituisce procedura negoziata. Le disposizioni di riferimento erano contenute nell'art. 6 e 7 del d.lgs 17 marzo 1995 n. 157 (relativo agli appalti pubblici di servizi), l'art. 9 del d.lgs 24 luglio 1992, n. 358 (relativo agli appalti pubblici di forniture) e l'art. 12 del d.lgs 17 marzo 1995, n. 158 (relativo agli appalti nei settori esclusi). L'art. 20 della legge n. 109/1994 non faceva alcun riferimento, invece, alla tripartizione classificatoria operata dalle direttive comunitarie in materia di appalti.

oggi nell'ordinamento nazionale con l'art. 3 del Codice relativo alle "definizioni" e con l'art. 54 dedicato alle "procedure per l'individuazione degli offerenti" 54, sebbene, a prescindere da evoluzioni terminologiche, le originarie procedure previste dalla legislazione previgente al Codice possono essere ricondotte nell'ambito delle nuove categorie codicistiche. In via tendenziale, infatti, l'asta pubblica è una procedura aperta, la licitazione privata potrebbe essere definita come procedura ristretta e, infine la trattativa privata è assimilabile alla procedura negoziata.

Ciononostante, a tali tradizionali tipologie di procedure ad evidenza pubblica, il diritto europeo ha previsto anche nuove figure non conosciute nella legislazione previgente.

In caso di appalti particolarmente complessi, infatti, le stazioni appaltanti possono indire una particolare procedura, denominata "dialogo competitivo", nella quale la stazione appaltante avvia, in una prima fase, un dialogo con i candidati ammessi alla procedura al fine di elaborare una o più soluzioni che soddisfino le sue esigenze. Nella seconda fase di tale procedura la stazione appaltante, una volta definito con i privati il progetto ottimale in relazione alle proprie necessità, invita i candidati selezionati a presentare le offerte.

Infine, il Codice, nel recepire il diritto comunitario, ha previsto la possibilità per le stazioni appaltanti di avvalersi degli "accordi quadro", ossia degli accordi che possono essere conclusi tra uno o più stazioni appaltanti e

⁵⁴ Le procedure aperte sono "le procedure in cui ogni operatore economico interessato può presentare un'offerta", mentre le procedure ristrette sono "le procedure alle quali ogni operatore economico può chiedere di partecipare e in cui possono presentare un'offerta soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti, con le modalità stabilite dal presente codice" (art. 3, commi 37 e 38 del Codice). Le procedure negoziate sono "le procedure in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto. Il cottimo fiduciario costituisce procedura negoziata" (art. 3, comma 40).

uno o più operatori economici allo scopo di stabilire le clausole degli appalti da aggiudicare in un dato periodo.

Il diritto positivo considera l'accordo quadro come mera modalità di svolgimento delle procedure aperte o ristrette, tuttavia la struttura dell'istituto potrebbe far ritenere che esso sia un'autonoma procedura ad evidenza pubblica alternativa a quelle tradizionali.

Successivamente alla scelta del contraente, la stazione appaltante provvede alla aggiudicazione della gara e conseguente stipula del contratto; tale fase, essendo l'argomento centrale della tesi, verrà più compiutamente analizzata nei capitoli che seguono.

6. I contratti pubblici nella disciplina del d.lgs. 163/06 e confronti con la disciplina civilistica del contratto di appalto

Come esaminato nel paragrafo precedente, il procedimento ad evidenza pubblica ha risentito della conflittuale dialettica tra dimensione pubblicistica e matrice privatistica della contrattualistica pubblica; si è anche evidenziato che la più recente dottrina tende a non escludere aprioristicamente la tesi che configura gli atti dell'evidenza pubblica quali atti di natura privatistica, ma configura tale procedimento come fattispecie a doppio stadio, nella quale elementi privatistici si accompagnano ad altri di natura pubblicistica.

Sulla base di tali premesse e prima di procedere all'analisi della tematica dei poteri del giudice amministrativo sul contratto successivamente all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, si intende dar conto dell'oggetto del Codice degli appalti pubblici e di che cosa si intenda per contratto pubblico, procedendo ad un raffronto tra la disciplina codicistica contenuta nel d.lgs. 163/2006 e quella privatistica del contratto di appalto.

Per contratti pubblici si intendono sia i contratti d'appalto, che i contratti di concessione, sebbene i primi abbiano una rilevanza applicativa sicuramente superiore rispetto ai secondi. Tali contratti possono avere ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture o l'esecuzione di opere o lavori⁵⁵.

Prendendo la nozione di contratto d'appalto pubblico quale punto di riferimento per una comparazione tra disciplina pubblicistica e privatistica, il Codice definisce tale tipologia di contratto come quel contratto a titolo oneroso, stipulato per iscritto tra una stazione appaltante o un ente

⁵⁵ Cfr. art. 3, comma 3 del d.lgs. 163/06.

aggiudicatore e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi⁵⁶.

In questo senso, il contratto di diritto pubblico può essere considerato come quella particolare modalità di esercizio del potere pubblico fondato su un accordo tra un operatore economico e una pubblica amministrazione; come sottolineato da attenta dottrina⁵⁷, la qualificazione pubblicistica dei contraenti aggiudicatori, così come la particolare rilevanza pubblicistica dell'oggetto della prestazione, non incidono sulla struttura del contratto, che continua a caratterizzarsi per la sinallagmaticità e l'onerosità del rapporto contrattuale, rientrando nella nozione generale di cui all'art. 1321 c.c.

Comparando la disciplina pubblicistica del contratto di appalto con quella civilistica, si rammenta che l'appalto in diritto privato è "il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro" (art. 1655 c.c.), configurandosi quale contratto di facere, a prestazioni corrispettive, attraverso il quale le parti, appaltatore e committente, si obbligano reciprocamente, l'uno, ad eseguire l'opera pattuita a "regola d'arte", nei tempi prestabiliti, assumendosi il rischio della esecuzione dell'opera, della sua maggiore onerosità e della sua impossibilità per cause non imputabili alle parti; l'altro, di pagare il prezzo pattuito, che può essere fissato a corpo o a misura.

Elemento caratterizzante la disciplina del contratto d'appalto contenuta nel codice civile è il cd. *intuitu personae*, intendendosi per esso il peculiare rapporto di fiducia che lega i due soggetti contraenti e che permea di

⁵⁶ Cfr. art. 3, comma 6 del d.lgs. 163/06.

⁵⁷ G.F. Ferrari, *I principi*, in Ferrari, Morbidelli, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, op. cit.

conseguenza la disciplina del subappalto (vietato ex art. 1656 c.c.), delle conseguenze sul contratto per il caso di fallimento dell'appaltatore, o, in generale, per il caso di mutamento delle condizioni soggettive dell'appaltatore.

Ci si chiede, allora, se il contratto di appalto in cui sia parte la Pubblica Amministrazione corrisponda all'istituto disciplinato dal codice civile o se se ne differenzi per tratti qualificanti.

Ad un livello generale e prima di analizzare i molteplici indirizzi dottrinari formatisi sul tema, ci si intende soffermare su alcuni aspetti che sembrano distinguere la fattispecie "pubblicistica" di appalto da quella privatistica.

In primo luogo, ci si chiede se il concetto di *intuitu personae* che permea la disciplina del contratto d'appalto nel codice civile sussista anche negli appalti affidati dalle Pubbliche Amministrazioni e quale eventuale diversa connotazione esso abbia.

In particolare, nel contratto di appalto privatistico rileva anzitutto la qualità di imprenditore posseduta dal contraente.

In altri termini, nell'appalto privatistico, assume un peso rilevante le capacità del contraente di predisporre i mezzi e le risorse necessarie all'adempimento della prestazione, in un'ottica di organizzazione del lavoro⁵⁸.

⁵⁸ In tale ottica deve essere letto l'art. 1674 c.c., secondo cui "il contratto di appalto non si scioglie per la morte dell'appaltatore, salvo che la considerazione della sua persona sia stata motivo determinante del contratto. Il committente può sempre recedere dal contratto, se gli eredi dell'appaltatore non danno affidamento per la buona esecuzione dell'opera o del servizio."

Nel settore degli appalti pubblici, invece, il concetto assume una diversa valenza, a seconda che si collochi nella fase che precede la formazione del contratto o in quella di stipulazione.

Nella prima fase, in virtù dei vari strumenti dalla legge predisposti per favorire la partecipazione degli operatori economici alle gare, il rapporto *intuitu personae* si sviluppa non con uno, bensì con più soggetti diversi, subendo così un'ulteriore attenuazione rispetto all'appalto privatistico.

Una volta identificato il concorrente, invece, lo stesso non può più mutare assetto durante lo svolgimento della gara, in particolare dopo la presentazione delle offerte⁵⁹, anche in ossequio al principio generale di parità di trattamento fra i concorrenti.

La motivazione della necessaria stabilità soggettiva del rapporto intercorrente tra stazione appaltante e contraente privato non è tanto legata, quindi, all'*intuitu personae*, che nel settore dei contratti pubblici ha una portata ulteriormente attenuata, quanto a garantire la parità di trattamento fra i concorrenti e la concorrenza fra imprese.

Ulteriore elemento di differenziazione è dato dalla determinazione del corrispettivo. Nella disciplina privatistica del contratto di appalto privato, infatti, la determinazione del corrispettivo non è un elemento essenziale.

Al contrario, per quanto riguarda il contratto di appalto pubblico, si può certamente affermare che la determinazione del corrispettivo rappresenta un momento insopprimibile e che il corrispettivo è elemento essenziale, come

⁵⁹ Cfr. anche art. 37, comma 8 del d.lgs. 163/2006: "E' consentita la presentazione di offerte da parte dei soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettere d) ed e), anche se non ancora costituiti. In tal caso l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei o i consorzi ordinari di concorrenti e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificata come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti."

dimostrano le puntuali norme del Codice dei contratti pubblici in tema di immodificabilità dell'offerta, di variante alla stessa e di revisione dei prezzi posti a base di gara.

Poste queste premesse generali, si rileva una molteplicità di interpretazioni e tesi dottrinarie che si sono succedute sul punto.

Si procede ad una distinzione riguardante le diverse opinioni di chi, da un lato, afferma che la fattispecie in esame abbia natura tipicamente pubblicistica, e chi, viceversa, ritiene che la figura abbia natura pienamente privatistica.

Secondo il primo orientamento, la presenza, nell'ambito del rapporto contrattuale, di poteri unilaterali ed autoritativi esercitati dalla Pubblica Amministrazione contraente, a volte espressione di vera e propria discrezionalità amministrativa, sarebbe chiaro sintomo della incompatibilità di tale contratto con la nozione stessa di rapporto sinallagmatico emergente dalla disciplina civilistica. Secondo questa tesi, infatti, la causa tipica dell'appalto pubblico sarebbe diversa da quella dell'appalto di cui all'art. 1655 del c.c., sostanziandosi questa, non tanto in uno scambio tra una prestazione ed un corrispettivo, quanto in una prestazione, funzionalizzata al soddisfacimento dell'interesse pubblico, ed una controprestazione, caratterizzata da una dimensione pubblicistica, coinvolgente l'impiego di risorse finanziarie pubbliche⁶⁰.

Viceversa, l'orientamento opposto, pur riconoscendo la ricorrenza di particolari poteri anche unilaterali in capo alla Pubblica Amministrazione,

⁶⁰ A tal proposito, si vedano Moscarini, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Padova, 1988; Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996; E. Sticchi Damiani, *La nozione di appalto pubblico*. *Riflessioni in tema di privatizzazione dell'azione amministrativa*, Milano,1999.

afferma che non può discutersi la natura privatistica del contratto stipulato dalla Pubblica amministrazione con l'appaltatore, al più ricorrendo profili di specialità nella disciplina dell'appalto pubblico; in tal senso, le due discipline privatistica e pubblicistica si equivarrebbero sia in virtù di un'identica causa, intesa come scambio tra prestazione di un'opera e pagamento di un corrispettivo, sia per identicità dell'oggetto, quale attività che non ricade nella disponibilità della PA, sia per quanto attiene agli effetti giuridici, implicanti la costituzione di posizioni soggettive reciproche di diritti ed obblighi⁶¹.

Come già affrontato nei primi paragrafi del presente capitolo, le differenti tesi interpretative derivano dalle diverse impostazioni che vengono in rilievo rispetto al tema più generale del contratto di diritto pubblico e che, quindi, attribuiscono una diversa valenza alla espressione di volontà contrattuale in capo alla Pubblica Amministrazione.

Tali divergenze interpretative emergono in particolar modo nell'analisi del contenuto specifico del contratto pubblico, secondo quanto prescritto nel Codice. A tal fine, basti pensare alla disciplina dettata, in tema, ad esempio, di consegna dei lavori, ordini di servizio, varianti e sospensione dei lavori, nella quale i poteri riconosciuti in capo alla pubblica amministrazione sono certamente peculiari, non trovando alcun omologo nel codice civile.

In maniera ancor più evidente, si ponga mente alla disciplina dettata in tema di estinzione anticipata del rapporto, nella quale ampio è stato il dibattito in dottrina e giurisprudenza sulla coincidenza tra il recesso disciplinato dall'art. 134 del Codice e quello civilistico disposto dall'art. 1671.

⁶¹ Per tutti, si veda Greco, Il nuovo codice dei contratti pubblici, Maggioli Editore, 2007

A tal proposito, si sottolinea che, ai sensi dell'art. 134 del codice dei contratti (d. lgs. n. 163/2006) il contraente pubblico "ha il diritto di recedere in qualunque tempo dal contratto previo il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite"; tale diritto di recesso costituisce una prerogativa di cui il soggetto pubblico ha sempre goduto, fin dagli albori della normativa in tema di appalti pubblici⁶². Si tratta, a ben vedere, di un vero e proprio diritto, più che una mera facoltà riconosciuto alla amministrazione, affinché essa possa porre fine, unilateralmente e discrezionalmente, al contratto in vista di un diverso e migliore raggiungimento degli interessi pubblici connessi alla realizzazione dell'opera.

A fronte di ciò, si rammenta che l'art. 1671 del c.c., a norma del quale "il committente può recedere dal contratto anche se è stata iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio, purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno"; dal punto di vista meramente letterale, unica vera differenza consisterebbe, allora, nell'integrale risarcimento del danno all'appaltatore, rispetto a quanto diversamente previsto nell'art. 134 del Codice. La ratio del diritto di recesso concesso all'appaltante ai sensi dell'art. 1671 c.c. non è da rinvenirsi nella possibilità concessa alle parti di porre fine ad un rapporto altrimenti indeterminato, né quale strumento di autotutela contro eventi sopravvenuti alla stipulazione del contratto o quale rimedio ai difetti genetici del contratto, ma è individuabile nell'esigenza di consentire al committente di liberarsi dal contratto qualora l'opera da

⁶² F. Goggiamani, Il recesso, in Trattato, Sandulli De Nictolis, Garofoli (a cura di), vol. V, 2008, p. 3661.

realizzare, per qualsiasi ragione, non risponda più a motivi di sua convenienza e non sia più utile per lui.

Secondo una prima tesi, il recesso *ex* art. 134 del Codice avrebbe natura esclusivamente pubblicistica; a tal fine, viene evidenziato che l'attività della Pubblica amministrazione, seppur nell'esercizio di poteri analoghi a quelli attribuiti al committente privato, dovrebbe comunque essere tesa al perseguimento dell'interesse pubblico, cui solamente potrebbe essere funzionalizzato il diritto di recesso e dovrebbe in ogni caso sottostare quantomeno ai principi fondamentali di buon andamento, economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza dettati dalla legge 241/90 e dalla Costituzione, oltre che ai principi dell'ordinamento comunitario in materia, quale *in primis*, quello di concorrenzialità⁶³.

Opposta tesi riconosce al diritto di recesso ex art. 134 del Codice la stessa natura e la stessa funzione di quello previsto dall'art. 1671c.c. e consistente in un diritto potestativo esercitabile *ad nutum* in qualsiasi momento, salvo il diritto all'indennizzo dell'appaltatore, che rimane in una posizione di mera soggezione; secondo questa tesi, in particolare, il recesso ex art. 134 è un atto negoziale di natura privatistica, che compete alla stazione appaltante in quanto committente, e non un provvedimento amministrativo che la pubblica amministrazione può adottare in virtù della sua particolare posizione di supremazia⁶⁴. L'esercizio del recesso, infatti, interverrebbe a seguito della

⁶³ F. Goggiamani, *Il recesso*, p. 366; A. Cianflone, G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, 2003, p. 179; G. Pellegrino, *Commento all'art.* 134, 2008, p. 916; E. Picozza, *Il recesso*, in *I lavori pubblici*, a cura di M.A. Sandulli, M. Solinas, Padova, 1990, p. 446.

⁶⁴ Cass. SS.UU., 26 giugno 2003, n. 10160 afferma, in particolare che: "in tema di appalto di opere pubbliche, una volta che l'accordo contrattuale sia da considerare concluso in modo definitivo e definitivamente efficace, la scelta della P.A. committente di non eseguire l'opera come progettata, compiuta per sopravvenuti motivi di opportunità, rientra nell'ambito del potere, non pubblico di revoca ma contrattuale di recesso, di cui

stipulazione del contratto di appalto, quando entrambi i contraenti si trovano su un piano di parità, agiscono *iure privatorum* e sono titolari di posizioni di diritto soggettivo, senza che l'esercizio del recesso abbia la forza di degradare ad interesse legittimo il diritto dell'appaltatore al compimento dell'opera e al corrispettivo, che si trasforma in diritto soggettivo all'indennizzo⁶⁵.

A sostegno di tale tesi, si è di recente espressa l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sent, n. 14 del 2014, la quale ha chiarito che, intervenuta la stipulazione del contratto per l'affidamento dell'appalto di lavori pubblici, l'amministrazione non può esercitare il potere di revoca, dovendo operare con l'esercizio del diritto di recesso.

Tale assunto si spiega in virtù della circostanza che, successivamente al provvedimento di aggiudicazione, l'amministrazione si pone con la

all'art. 345 l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, sicché la relativa controversia spetta alla giurisdizione del giudice ordinario". Ancora, Cass. SS.UU., 19 novembre 2001, n. 14539 secondo cui "le controversie nascenti dall'esecuzione di contratti di appalto di opere pubbliche, aventi ad oggetto posizioni di diritto soggettivo, inerenti a rapporti contrattuali di natura privatistica, nelle quali non hanno incidenza i poteri discrezionali ed autoritativi della p.a., appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario; tale giurisdizione non viene meno, laddove, la decisione dell'autorità amministrativa, in ordine al rapporto, sia adottata nelle forme del provvedimento amministrativo che, nonostante tale connotato, non cessa di operare nell'ambito delle paritetiche posizioni contrattuali delle parti".

⁶⁵ G. Pellegrino, Commento all'art. 134, 2008, p. 916, A. Lingutti, L'esecuzione del contratto, Disposizioni sull'esecuzione dei lavori pubblici, in Commentario Clarich, 2010, p. 681; G. Esposito, L'aggiudicazione e la stipula del contratto, in I contratti di appalto pubblico, a cura di C. Franchini, Torino, 2010, p. 703. Cfr. in tal senso F. Caringella, op.cit., secondo il quale "in definitiva, l'attività di diritto privato della P.A. non può mai essere espressione di un diritto di libertà, come per i privati, ma è sempre vincolata al rispetto dei fini pubblici e, dunque, funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico, in quanto volta alla cura concreta di quest'ultimo. Ne è esemplificazione la soggezione anche dell'attività privatistica della P.A. alle regole in tema di accesso ai documenti amministrativi (...) L'amministrazione, laddove decida di ricorrere allo strumento contrattuale , è tenuta allora, in attuazione all'art. 97 della Costituzione, ad enucleare le ragioni di pubblico interesse che la inducono a tale scelta, indicando gli elementi alla stregua dei quali ritiene che il contratto sia uno strumento nel concreto più funzionale rispetto allo strumento provvedi mentale. In ciò si sostanzia l'ulteriore limite alla autonomia contrattuale della P.A.. Così da sempre, a questi fini, la procedura di evidenza pubblica prende le mosse, per i contratti di diritto comune, da una deliberazione a contrarre o contrattare che enuclei le ragioni della preferenza accordata al modulo privatistico rispetto al metodo pubblicistico di azione".

controparte in posizione di parità⁶⁶, tale da giustificare un'interruzione successiva del contratto solo nelle forme dell'esercizio del diritto di recesso, non in quelle di un provvedimento di revoca, *ex* art. 21*quinques*, L. 241/90.

A ben vedere, anche la tesi che sostiene la sostanziale corrispondenza delle due tipologie di appalto, ammette comunque che la disciplina codicistica dell'appalto subisca delle modificazioni, per effetto di quella pubblicistica; tuttavia, secondo questa teoria, "si tratta di scostamenti che non solo non alterano la fisionomia dell'istituto ma che – ed è quel che più conta – trovano la loro fonte nel contratto ovvero che nel contratto vengano incluse ex lege. Ora, non sfugge a nessuno che la fonte dalla quale deriva l'obbligo di osservare la clausola eventualmente derogatoria sia il contratto, sicché non si sa capire per quale ragione diritti potestativi o limitazioni di responsabilità che derivano da un'ordinaria fonte di obbligazioni di diritto civile possa esser qualificato come potere discrezionale che dà luogo a provvedimenti amministrativi unilaterali"67.

In ultima analisi, il corretto inquadramento del contratto pubblico entro una dimensione privatistica o, all'opposto, esclusivamente pubblicistica è un problema ancora lontano da una pacifica definizione; è indubbio, infatti, che, poste le considerazioni prima avanzate in merito ad una eventuale coincidenza tra il contratto d'appalto pubblico e privato, appare indubbio che il rapporto negoziale intercorrente tra l'operatore economico e la pubblica amministrazione si differenzia dal contratto del codice civile in virtù di

⁶⁶ Posizione di parità che la Corte Costituzionale, con le sentt. nn. 53 e 43 del 2011 definisce però, "tendenziale", in quanto non preclude la sussistenza in capo alla P.A. di poteri speciali unilaterali.

⁶⁷ L.R. Perfetti, Manuale, cit., 514 ss, il quale aggiunge, a titolo esemplificativo, "come nella prassi dei contratti tra privati ogniqualvolta il committente privato si trovi in posizione di maggiore forza (com'è tipico di ogni appalto di ingente valore ovvero realizzati per un committente importante, quali sono ordinariamente anche quelli di realizzazione di lavori pubblici) il contratto prevedrà clausole uguali o simili, senza che nessuno possa ipotizzto si trovi ad esercitare poteri pubblicistici unilaterali.

almeno tre elementi qualificanti: 1 l'oggetto del contratto di diritto pubblico è rappresentato da beni collocati nella esclusiva disponibilità del soggetto pubblico e, di conseguenza, sottratti alla libera circolazione tra privati; 2 la regolamentazione negoziale del contratto d'appalto è spesso caratterizzata dalla presenza di clausole ritenute incongrue ed esorbitanti rispetto all'ordinario assetto di interessi di tipo privatistico, come ad esempio avviene nel caso in cui si preveda il potere della pubblica amministrazione di sottrarsi unilateralmente agli obblighi assunti con il contratto; 3 la funzionalizzazione dell'attività contrattuale della p.a. al perseguimento dell'interesse pubblico predeterminato dalla legge⁶⁸.

Tali considerazioni preliminari devono sempre essere tenute a mente nella trattazione dello specifico argomento della tesi, concernente i poteri del giudice amministrativo sul contratto di appalto, successivamente all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione.

⁶⁸ M. Clarich, Commentario al codice dei contratti pubblici, Giappichelli, 2011.

CAPITOLO II

LA DISCIPLINA PROCESSUALE IN TEMA DI CONTRATTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. La giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo e la progressiva estensione del suo sindacato nei giudizi di natura economicacontrattualistica; 2. La giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo in tema di contratti pubblici; brevi cenni storici alla sua evoluzione normativa e l'entrata in vigore del Codice sul processo amministrativo; 3. I problemi in termini di giurisdizione sul contratto pubblico nelle ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione. La tesi dell'annullabilità del contratto; 3.1 Segue. La tesi della nullità del contratto; 3.2 Segue. La tesi della caducazione automatica del contratto; 3.3 Segue. La tesi della inefficacia sopravvenuta del contratto; 3.4 Segue. Gli ulteriori sviluppi giurisprudenziali che precedono l'adozione del Codice sul processo amministrativo; 4. La disciplina del nuovo Codice sul processo amministrativo. 4.1 La disciplina del nuovo Codice sul processo amministrativo. Problemi pratici e soluzioni giurisprudenziali

1. La giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo e la progressiva estensione del suo sindacato nei giudizi di natura economica-contrattualistica

Nel capitolo precedente, si sono fornite le linee di indirizzo essenziali per comprendere la disciplina dei contratti pubblici nell'ambito del diritto amministrativo.

Si ritiene opportuno, allora, proseguire la trattazione con la rappresentazione del sistema processuale che regola tale importante ambito del diritto amministrativo, per poi enucleare quali siano le novità normative in tema di rito processuale applicabile e, soprattutto, quali siano i poteri processuali che l'organo giurisdizionale amministrativo può utilizzare.

In questo senso, la disciplina della contrattualistica pubblica è compresa tra le ipotesi di giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo.

E' opportuno, allora, indicare gli elementi caratterizzanti la giurisdizione esclusiva. A tal riguardo, il giudice amministrativo, istituito per conoscere le controversie aventi a oggetto interessi legittimi, situazioni cioè che residuano in capo al privato davanti a un atto autoritativo della pubblica amministrazione, può conoscere in determinate materie anche di diritti soggettivi, di regola sottoposti alla tutela 'piena', di competenza del giudice ordinario. La giurisdizione esclusiva si affianca, quindi, alla giurisdizione generale di legittimità, la quale è stata per lunghissimo tempo la manifestazione centrale della giustizia amministrativa: una giustizia tipicamente indirizzata sull'atto quale manifestazione dell'autoritatività dell'amministrazione, finalizzata direttamente a soddisfare il bisogno di eliminazione dell'atto amministrativo lesivo e, indirettamente, volta a dare protezione alla situazione soggettiva coinvolta⁶⁹.

La giurisdizione esclusiva venne introdotta dal legislatore per rimediare alle difficoltà di riparto della giurisdizione, in controversie caratterizzate dalla portata talmente assorbente dell'interesse pubblico da contrapporsi anche a interessi qualificabili in termini di diritto soggettivo⁷⁰; in altri termini, con la positivizzazione di tale giurisdizione si è introdotta l'idea che la funzione

⁶⁹ Secondo le considerazioni di A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli Torino 2010 e G. F. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, 3 ed., Giappichelli, Torino 2009 p. 101 ss.

⁷⁰ La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è stata istituita con il r. d. 30 dicembre 1923 n. 2840 ("Modificazioni all'ordinamento del Consiglio di Stato e della Giunta provinciale amministrativa in sede giurisdizionale"), che all'art. 8 ha elencato le ipotesi da far valere dinanzi al Consiglio di Stato e all'art. 16 quelle da far valere dinanzi alla giunta provinciale amministrativa; disposizioni trasfuse rispettivamente nell'art. 29 r. d. 26 giugno 1924 n. 1054 ("Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato"), e nell'art. 4 r. d. 26 giugno 1924 n. 1058 ("Testo unico delle leggi relative alle attribuzioni della Giunta provinciale amministrativa in sede giurisdizionale").

giurisdizionale del giudice amministrativo non sia limitata al controllo sulle modalità di esercizio del potere pubblico autoritativo dell'amministrazione, ma possa, in casi tassativamente previsti, coinvolgere anche veri e propri diritti del cittadino.

In queste ipotesi, infatti, il rapporto tra pretesa individuale e interesse protetto è talmente stretto da non potersi distinguere tra interesse legittimo e diritto soggettivo⁷¹. Tra i casi devoluti a tale tipo di giurisdizione, particolarmente esemplificativi dell'intreccio tra posizioni differenti appaiono quelli inerenti all'ambito economico.

Innanzitutto, si vuole sottolineare che la possibilità di riunire dinanzi ad un unico giudice controversie riguardanti posizioni soggettive di diversa natura ha comportato una progressiva estensione delle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Tra queste, l'affidamento del contenzioso economico in via esclusiva al giudice amministrativo, ha rappresentato un'operazione relativamente recente⁷²; infatti, se si guarda all'elenco originario delle materie ricondotte a tale tipo di giurisdizione contenuto nell'art. 29 del t.u. 26 giugno 1924 n. 1054, si può notare come esso faccia riferimento principalmente alla materia del

⁷¹ A tal riguardo, nella Relazione al r. d. 30 dicembre 1923 n. 2840, riportata da B. DELFINO, L'istituzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in L'evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, Atti del XLIX convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano Giuffrè 2004 pp. 573 ss., si legge come sia stata accolta la possibilità "di deferire alla cognizione esclusiva della giurisdizione amministrativa taluna determinata materia nella quale è così connaturato col diritto l'interesse pubblico, che è impossibile o assai difficile separare l'uno dall'altro, mentre l'interesse suddetto è così prevalente ed assorbente da far scomparire o affievolire la portata effettiva della questione patrimoniale o di diritto privato"; ed ancora, con riferimento alle controversie in materia di pubblico impiego, si legge "l'intreccio fra diritto e interesse protetto, è così intimo, nelle controversie relative a tale materia, da renderle assai complesse, e incapaci spesso di un giudizio nettamente definito col sistema vigente, donde la eccessiva tardività nella risoluzione di esse, incompatibile con la necessità pubblica che esige invece la loro pronta definizione".

⁷² Si vedano le osservazioni sull'evoluzione storica della giurisdizione esclusiva contenute in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice del processo amministrativo*, Nel diritto editore 2011.

pubblico impiego, accanto ai provvedimenti in materie di opere pie e alle controversie riguardanti questioni di contabilità e attività finanziaria dello Stato e ai ricorsi in materia di spedalità e di ricovero degli inabili al lavoro. In questo contesto, la materia economica restava sullo sfondo, emergendo soltanto con riguardo ai decreti prefettizi emanati in tema di esercizio di industrie insalubri o pericolose e ai ricorsi e alle opposizioni contro le deliberazioni comunali in materia di fiere e mercati.

La prima apertura significativa alla cognizione dei rapporti economici del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva si ha con l'art. 5 della legge 1971 n. 1034, che attribuisce in via esclusiva al giudice amministrativo le controversie relative alla concessione di beni e servizi, escludendo da essa quelle riguardanti le indennità, i canoni e altri corrispettivi rimesse al giudice ordinario. Si ritiene tale intervento normativo particolarmente importante sotto il profilo del progressivo inserimento del giudice amministrativo nel diritto pubblico dell'economia, poiché introdotto in un contesto politico-istituzionale caratterizzato dalla massiccia presenza pubblica nei rapporti economici e dalla conseguente importanza dello strumento concessorio. Ma è a partire dagli anni Novanta che "l'ambito della giurisdizione esclusiva ha preso a estendersi fino ad abbracciare, anche se a macchia di leopardo, i settori più importanti della regolazione economica"73

⁷³ M. CLARICH, *Codice dei contratti pubblici*, op. cit.

2. La giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo in tema di contratti pubblici; brevi cenni storici alla sua evoluzione normativa e l'entrata in vigore del Codice sul processo amministrativo

Dopo la generale devoluzione delle controversie sul pubblico impiego al giudice del lavoro e la progressiva riduzione di quelle in materia urbanistica, il settore fondamentale del contenzioso attratto alla giurisdizione del giudice amministrativo era ed è ancora rappresentato dai contratti pubblici di affidamento di beni, lavori, servizi e forniture; tale circostanza, a ben vedere, comportava anche che il giudice amministrativo era sempre più spesso chiamato a decidere su questioni di interesse economico molto forti, con evidenti problematiche in merito ad un equo bilanciamento tra esigenze della legalità e della giustizia sostanziali e celerità e semplificazione del rito processuale, in modo tale da rendere una più effettiva soddisfazione degli interessi imprenditoriali.

A tal riguardo, un primo riferimento normativo per analizzare l'evoluzione normativa della giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo in tema di contratti pubblici è dato dal d.lgs. n. 163 del 13 aprile, 2006, che, come in precedenza già chiarito, traendo occasione dall'esigenza di dare attuazione alle Direttive 17 e 18 del 2004 in tema di appalti pubblici, ha nuovamente disciplinato il settore dei contratti, anche diversi dagli appalti (prime fra tutti, le concessioni) diretti all'acquisto di lavori, servizi e forniture da parte delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse a vario titolo equiparati.

Tra le molte importanti novità introdotte dal Codice, particolare importanza assumevano le disposizioni che, nella parte IV, si occupavano dei profili relativi alla tutela giurisdizionale.

Ci si riferisce, in particolare, agli artt. 244-246, con i quali, dopo aver ricostruito (negli artt. da 238 a 243) il sistema normativo degli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di contratti pubblici (transazione, accordo bonario etc.), il Codice dei contratti pubblici affrontava i temi del riparto di giurisdizione e degli strumenti di tutela giudiziale, che, anche secondo i più recenti orientamenti dei giudici comunitari, dovevano essere assicurati ai contraenti privati, nonché del regime processuale relativo al medesimo ambito.

La normativa dettata dal Codice costituiva il tentativo di addivenire ad un'equilibrata composizione tra tutela degli interessi dei contraenti privati, rispetto della disciplina vigente ed esigenza di celerità nella definizione delle liti.

Segnatamente, l'art. 244 dettava norme in tema di riparto delle giurisdizioni, riproducendo integralmente, nei primi due commi, l'art. 6 l. n. 205 del 2000, l'art. 4, comma 7, l. n. 109 del 1994 e, con i necessari adattamenti (e l'estensione ai contratti pubblici di lavori), l'art. 6, comma 19, l. n. 537 del 1993.

Ancor più precisamente, il comma 1 dello stesso articolo aveva subito nel corso dell'*iter* di approvazione una serie di modifiche strettamente correlate al dibattito sviluppatosi in ordine alla delimitazione oggettiva della giurisdizione

esclusiva del g.a. *ex* art. 6 l. n. 205⁷⁴: il legislatore, nel riprodurre integralmente il testo della previgente disposizione, aveva respinto il proposto ampliamento della riserva alla giurisdizione del g.a. di tutte le controversie relative a procedure e atti di affidamento di contratti "*svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione dei principi e norme comunitari, nazionali e regionali"*.

L'inclusione dei "principi", quale parametro idoneo ad attrarre una controversia nella giurisdizione del g.a., avrebbe evidentemente risolto in senso definitivamente affermativo il dibattito sulla estensione dell'ambito dell'art. 6 anche agli appalti sotto soglia.

Rifiutando di modificare la formula in senso estensivo (in coerenza peraltro con i limiti fissati dalla legge delega), il Codice dei contratti confermava, quindi, che la giurisdizione amministrativa presupponeva la specifica soggezione della fattispecie dedotta in giudizio alle norme sull'evidenza pubblica.

Il comma 2 dell'art. 244, inoltre, ribadiva quanto già previsto, in punto di giurisdizione sulle sanzioni, dall'art. 4 della Legge Merloni il quale già demandava alla giurisdizione esclusiva del g.a. le controversie relative ai provvedimenti sanzionatori emessi dall'Autorità di vigilanza; in tal modo, venivano risolte a monte le problematiche di un riparto fondato sulla distinzione tra diritto soggettivo – sussistente in relazione al quantum della

⁷⁴ In argomento: R. De Nictolis, L'organismo di diritto pubblico. Profili relativi alla giurisdizione, in M.A. Sandulli (a cura di), Organismi e imprese pubbliche, natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale, Supplemento a Serv. pubbl. appalti, 2004, 4, 97; M.A. Sandulli, Imprese pubbliche e attività estranee ai settori esclusi: problemi e spunti di riflessione, ivi, 5; Id, Il partenariato pubblico – privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili della tutela, in Riv. it. dir. pubbl. com. 2005, 167 ss.

sanzione - ed interesse legittimo – sussistente in relazione al corretto esercizio, sotto il profilo procedimentale, del potere sanzionatorio)⁷⁵.

Ancor più innovativa era la previsione del successivo comma 3 che, nel devolvere al g.a. le controversie relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti, alla clausola di revisione del prezzo e ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi *ex* art. 133, commi 3 e 4, poneva dubbi di legittimità costituzionale in ordine all'ampiezza della giurisdizione esclusiva ivi prevista, non ravvisandosi nell'art. 25 l. n. 62/2005 una specifica delega al Governo per la deroga all'assetto delle competenze giurisdizionali precedenti.

L'art. 245, inoltre, si occupava anche degli strumenti di tutela giurisdizionale offerti ai contraenti pubblici.

Il profilo di maggiore interesse era indubbiamente rappresentato dall'introduzione nel processo amministrativo relativo ai contratti pubblici della tutela cautelare *ante causam*, per la prima volta indipendente dalla previa introduzione di un giudizio di merito.

Diversamente, nel processo amministrativo soltanto la legge n. 205/2000 aveva aperto la tutela cautelare alla atipicità, confermando peraltro la necessità della previa instaurazione del giudizio di merito attraverso la notifica ed il deposito del ricorso, se pure temperata dalla previsione dei decreti presidenziali provvisori (con l'introduzione dell'art. 21, comma 9 l. n. 1034 del 1971)⁷⁶.

⁷⁵ Cfr. M. SANDULLI op. cit.

⁷⁶ La previsione aveva, ancora una volta, origine giurisprudenziale, seguendo una prassi introdotta dalla III sezione del TAR Lombardia alla fine degli anni novanta: cfr. M.A. SANDULLI, *La giustizia cautelare sugli interessi legittimi "apre" all'art.* 700 c.p.c., in *Giust. Civ.* 1998, 235 ss.

Il Codice dei contratti pubblici prevedeva, rispettivamente, l'obbligo della previa notifica, ai sensi dell'articolo 21, comma 1, l. TAR, all'autore del provvedimento contro il quale si agisce e ad almeno uno dei controinteressati, che, dove possibile, dovevano essere sentiti e la provvisorietà della misura concessa, la quale "perde comunque effetto con il decorso di sessanta giorni dalla sua prima emissione", disponendo che alla relativa scadenza "restano efficaci le sole misure cautelari che siano confermate o concesse ai sensi dell'articolo 21, commi 8 e 9, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034".

Con il decreto legislativo n. 104 del 2010 è entrato in vigore il Codice sul processo amministrativo, che ha dettato norme fondamentali sia con riferimento alla giurisdizione che riguardo al rito applicabile in materia di appalti, come sarà più compiutamente analizzato nel prosieguo.

Riguardo al primo dei profili segnalati, l'art. 133 c.p.a. non innova il regime giurisdizionale previgente e poc'anzi delineato. Tale disposizione, infatti, dispone che rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative (lett. e del co. 1): 1) 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 dlla 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; 2) al divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture relative alla cklausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica,

nell'ipotesi di cui all'art. 115, d.lgs. n. 163/06, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'art. 133, co. 3 e 4, dello stesso decreto.

3. I problemi in termini di giurisdizione sul contratto pubblico nelle ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione. La tesi dell'annullabilità del contratto

La riconduzione delle controversie in tema di procedure di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nell'ambito della giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo ha sicuramente facilitato l'attrazione in capo ad un unico organo giurisdizionale delle molteplici vicende riguardanti la procedura di evidenza pubblica, dalla fase di adozione del bando di gara a quella di aggiudicazione della stessa in capo al contraente privato.

Tuttavia, il tema principale sul quale dottrina e giurisprudenza si sono da sempre confrontati è quello delle conseguenze sul contratto stipulato tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione.

Il dibattito segnalato si è sviluppato al fine di ricercare un equo bilanciamento tra interessi contrapposti: quello del contraente privato, alla conservazione e alla certezza degli esiti della gara, in modo tale da non pregiudicare l'organizzazione imprenditoriale e le ingenti risorse economiche impiegate per partecipare alla gara e per eseguire il contratto; quello della stazione appaltante, volto alla stabilità del rapporto contrattuale e, soprattutto, ad essere garantita del completo e conveniente adempimento della prestazione oggetto della gara di appalto: infine, quello del concorrente perdente, in caso

di accertamento dell'illegittimo operato del contraente privato, per ricevere un'effettiva e soddisfacente tutela giurisdizionale⁷⁷.

Sulla base di tali contrapposti interessi, sia la giurisprudenza che la dottrina hanno cercato di individuare il corretto inquadramento del vizio inficiante il contratto, nel caso in cui il provvedimento di aggiudicazione fosse stato dichiarato illegittimo, con importanti conseguenze anche in tema di sussistenza o meno della giurisdizione in capo al Giudice amministrativo.

Per un primo orientamento, fatto proprio soprattutto dal Giudice di legittimità⁷⁸, il contratto stipulato sulla base di una aggiudicazione risultata poi illegittima è annullabile ai sensi dell'art. 1425 c.c. (annullabilità per incapacità legale a contrattare della p.a.) o dell'art. 1427 c.c. (annullabilità per vizi del consenso, con particolare riferimento all'errore).

La Cassazione afferma ciò sulla base della considerazione per cui le norme alla base delle procedure ad evidenza pubblica mirano a salvaguardare la corretta formazione della volontà contrattuale della pubblica

⁷⁷ In termini generali, si vedano G. FERRARI, L'annullamento del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico e la sorte del contratto già stipulato nella disciplina dettata dal nuovo c.p.a., in Giur. merito, 2011, 04, 919; G. LEONE, L. MARUOTTI, C. SALTELLI, Codice del processo amministrativo, Padova, 2011, 916; D. FATA, M. SANINO, G. CHINÈ, Le sorti del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima, in Commentario al codice del processo amministrativo (a cura di) M. SANINO, Torino, 2011; AA.VV., Il processo amministrativo (a cura di) A. QUARANTA, V. LOPILATO, MILANO, 2011; P. CARPENTIERI, Sorte del contratto (nel nuovo rito degli appalti), in Dir. Proc. Amm., 2011, 664; Cons. Stato, Sez. VI, 3 febbraio 2011, n. 780, in Resp. civ. e prev., 2011, 1088, con nota di F. GASPARRINO, Nessun risarcimento al contraente che «confida» nel contratto illecito; R. CARANTA, Le controversie risarcitorie, in Il nuovo processo amministrativo, diretto da R. Caranta, Bologna, 2011, 659 ss.; GAMBATO SPISANI, I riti speciali, in Il nuovo processo amministrativo, diretto da R. CARANTA, Bologna, 2011, 732; P. PATRITO, Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia del contratto d'appalto: strumenti di tutela dell'originario aggiudicatario-contraente, prima e dopo il recepimento della direttiva ricorsi (nota a Trib. Torino, sez. I, 19 gennaio 2011 n. 307), in Resp. civ. e prev., 2011, fasc. 7-8, 1616; G. GRECO (a cura di), Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa, 2010; A. ANGIULI, Contratto pubblico e sindacato del giudice amministrativo, in Dir. amm., 2010, fasc. 4, 865; R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici, in Dir. amm., 2010, 325.

⁷⁸ Cass., 17 novembre 2000, n. 1401; Cass., 28 marzo 1996, n. 2842; Cons, St., VI, 1 febbraio 2002, n. 570; TAR Puglia, Lecce, 28 febbraio 2001, n. 746; TAR Lombardia, Brescia, 9 maggio 2002, n. 823; TAR Campania, 20 ottobre 2000, n. 3890.

amministrazione; la loro violazione, quindi, comporta l'emersione di una volontà negoziale "alterata"⁷⁹, in virtù dei vizi che inficiano il procedimento di scelta del contraente privato e che colpiscono anche il provvedimento finale di aggiudicazione. Questo implica un vizio del consenso del contraente pubblico, tale da determinare l'annullabilità del contratto *ex* art. 1427 c.c.

A ciò si aggiunga che, secondo un orientamento più datato, poiché gli atti amministrativi adottati nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica "non sono altro che mezzi di integrazione della capacità e della volontà dell'ente pubblico, sicchè i loro vizi, traducendosi in vizi attinenti a tale capacità e a tale volontà, non possono che comportare l'annullabilità del contratto, deducibile, in via di azione o di eccezione, soltanto da detto ente"⁸⁰.

L'eventuale adesione alla tesi appena esposta comporta rilevanti conseguenze sul piano processuale, in quanto, da un lato, riconosce alla sola amministrazione la legittimazione ad agire in giudizio per chiedere l'annullamento del contratto, con la conseguente conclusione che le norme pubblicistiche siano poste nell'esclusivo interesse della pubblica amministrazione; dall'altro, riconosce la sussistenza della giurisdizione del Giudice ordinario sulla questione dell'annullamento del contratto per vizio del consenso o della volontà contrattuale⁸¹.

⁷⁹ O. CRISTANTE, A. ZUCCOLO, *Sorte del contratto* (n.d.r. commento a d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53), in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2010, fasc. 3, 301-308; G. D'ANGELO, *Direttiva n. 2007/66/CE e giurisdizione nelle controversie sui contratti pubblici* (n.d.r. commento a Cassazione Civile, sez. un. ord., 10 febbraio 2010, n. 2906), in *Il corriere giuridico*, 2010, fasc. 6, 741-755;

⁸⁰ Così Cass. 8 maggio 1996, n. 4269.

⁸¹ Vi è poi una tesi minoritaria secondo cui l'annullamento della procedura ad evidenza pubblico *de qua* priva la p.a. di quella legittimazione a contrattare che gli era stata originariamente conferita dagli atti amministrativi annullati. Tuttavia, è stato correttamente contestato che la mancanza di legittimazione non comporta di regola l'invalidità del contratto ma la sua inefficacia rispetto all'oggetto di cui la parte non è competente a disporre. Tutt'al più, in questo caso, si potrebbe parlare di una sorta di inefficacia che – secondo autorevole Dottrina (Sandulli, *Deliberazione di negoziare e*

Tuttavia, tale tesi non è esente da critiche e punti deboli.

In primo luogo, si è notato come non tutte le norme che governano la contrattazione pubblica siamo poste nell'esclusivo interesse dell'ente pubblico: si pensi, ad esempio, alle norme dettate in materia di tutela della concorrenza e del mercato e di *par condicio* dei concorrenti.

L'impostazione di tale teoria, allora, implica il rischio di attribuire alla Pubblica amministrazione un ingiustificato privilegio, a scapito del principio di effettività della tutela del privato; in tal senso, è sicuramente non corretto attribuire alla PA, che è risultata soccombente nel giudizio nel quale è stato dichiarato l'illegittimità del suo operato, la facoltà di promuovere il giudizio per l'annullamento conseguente del contratto.

In secondo luogo, la riconducibilità dell'annullamento della aggiudicazione ad una incapacità di contrattare della p.a. (art. 1425 c.c.) o ad un vizio del consenso (art. 1427 c.c.) non permette di individuare con precisione, nè i caratteri costitutivi della presunta incapacità legale della amministrazione né a quale errore, nell'art. 1429 c.c., ci si riferisca⁸².

Infine, il principio della concentrazione della tutela, voluto fortemente dalla normativa comunitaria, risulta in tal modo ampiamente pregiudicato, in quanto per ottenere l'annullamento del contratto, per il quale si radica la

negozio di diritto privato della p.a., in Riv. Trim. dir. proc. civ., 1965) – potrebbe essere ricondotta all'art. 1398 del c.c., potendosi considerare la p.a., quale soggetto privo della necessaria legittimazione a contarre,e, in particolare, come *falsus procurator*.

⁸² Secondo l'interpretazione offerta da A. Scacchi, Profili civilistici dell'incidenza dell'annullamento della aggiudicazione sul susseguente contratto, in Riv. It. Di diritto pubbl. comunitario, 2009, "dovrebbe trattarsi di un errore di diritto, ma tale errore, ai fini della sua rilevanza, oltre a dover essere strettamente collegato con l'oggetto o i soggetti del contratto, concerne i presupposti o l'interpretazione di una norma giuridica. Esso consiste, infatti, nell'ignoranza o nella falsa conoscenza di norme di legge o di regolamento e non può, quindi, concretizzarsi in un errore su una mera situazione di fatto".

giurisdizione del Giudice Ordinario, è comunque necessario un previo giudizio di annullamento del Giudice Amministrativo.

3.1 Segue. La tesi della nullità del contratto

Al fine di superare le principali critiche mosse contro la teoria della annullabilità del contratto, quale conseguenza tipica dell'annullamento della aggiudicazione, una parte della dottrina ha proposto una soluzione alla questione in termini di nullità del negozio sorto sulla base di un presupposto procedimentale invalido, con la conseguente applicazione degli art. 1418 e ss. del codice civile⁸³.

In particolare, la nullità del contratto viene ricondotta ad una ipotesi di nullità strutturale per mancanza originaria del consenso da parte della p.a., oppure per difetto di causa o ancora, per impossibilità dell'oggetto.

Secondo l'orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa, le "varie fasi della sequenza procedimentale vanno classificate, oltre che in termini pubblicistici, secondo lo schema privatistico della formazione del consenso"84, determinando, così, che il bando di gara va qualificato come proposta contrattuale e l'aggiudicazione come come manifestazione espressa della volontà di affidare l'appalto all'impresa selezionata attraverso la procedura di gara, ancorché illegittima..

Il presupposto di tale impostazione è il riconoscimento di una duplice natura, negoziale ed amministrativa, della aggiudicazione, in quanto si pone, contemporaneamente, come atto conclusivo della procedura di selezione del

57

⁸³ M.R. BUONCOMPAGNI, Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto, in Riv. dir., 2010, 3, 402; G. E.FERRARI, Il contenzioso degli appalti pubblici nel nuovo codice del processo amministrativo, Roma, 2010, 311; E. SANTORO, Guida alla giurisdizione in materia di contratti pubblici , in Riv. Corte dei Conti, 2010 fasc. 3, 218; G. DE ROSA, Quale giudice può decidere la sorte del contratto a seguito di aggiudicazione annullata? L'impatto della direttiva ricorsi (nota a Cass., SS. UU., 10 febbraio 2010 n. 2906), in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2010, fasc. 3-4, 1035

⁸⁴ Cons. St. n. 8909/02.

contraente e come atto giuridico con cui si manifesta la volontà di contrarre con l'impresa aggiudicataria.

Seguendo, dunque, il ragionamento di tale teoria, l'accordo contrattuale si forma già al momento della aggiudicazione, mentre la successiva stipula del contratto rappresenta una mera rinnovazione del consenso precedentemente manifestato dalle parti proprio nell'atto conclusivo della procedura ad evidenza pubblica.

In conclusione, dunque, per la menzionata teoria, dunque, l'annullamento giurisdizionale della aggiudicazione, intesa come atto di manifestazione della volontà negoziale della p.a., "priva il relativo negozio giuridico dell'elemento essenziale costituito dall'accordo, che deve, quindi, ritenersi insussistente, per effetto della elisione dell'atto generativo del consenso di una delle parti"85.

In tal senso, allora, il contratto sarebbe nullo per mancanza dell'accordo ai sensi del combinato disposto degli artt. 1428, comma 2, e 1325, comma 1, n. 1) del codice civile.

La ricostruzione riportata, tuttavia ed analogamente a quanto attiene alla prima teoria esposta, non è esente da critiche, oltre che appare superata dai recenti dati normativi. L'art. 11 del d. lgs 163/2006, infatti, ha previsto espressamente che "l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta".

Da ciò consegue quindi che l'offerta dell'aggiudicatario è resa irrevocabile per sessanta giorni successivi alla aggiudicazione, scaduti i quali, esso potrà sciogliersi dal ogni vincolo, previo rimborso delle spese.

⁸⁵ Cfr. sent. cit.

Un altro orientamento, inoltre, ha parlato di una nullità del contratto per vizio relativo all'oggetto e quindi per mancanza di uno dei requisiti di cui all'art. 1346 c.c. che determina la nullità assoluta del contratto ai sensi dell'art. 1418, comma 2, c.c.⁸⁶

Così, il rispetto delle norme che disciplinano il procedimento di evidenza pubblica contribuisce a "definire e rendere lecito ovvero giuridicamente possibile per la pubblica amministrazione contraente l'oggetto del contratto"⁸⁷, con la conseguenza che l'annullamento dell'aggiudicazione disposto per un vizio di legittimità della stessa procedura, comporta la nullità del contratto per illiceità del suo oggetto.

In altri termini, facendo applicazione dell'art. 1418 del codice civile, si pone un altro orientamento che ritiene che conseguenza diretta dell'annullamento della aggiudicazione sia la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative.

Secondo tale impostazione, la nullità del contratto va desunta dal tenore dell'art. 1418 primo comma, sotto il profilo della violazione di norme imperative, "qualora i vizi della procedura ad evidenza pubblica siano tali da determinare l'inidoneità del contratto a raggiungere lo scopo assegnato alla amministrazione, sul presupposto che le norme dettate in materia di procedimento ad evidenza pubblica assumano la forza ed il valore di norme imperative"88.

⁸⁶ E. SANTORO, Una pietra miliare nel cammino verso l'effettività della tutela: le Sezioni Unite affermano la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto, anticipando il recepimento della direttiva 2007/66/Ce (nota a Cass., sez. un., 10 febbraio 2010 n. 2906), in Riv. giur. Edilizia, 2010, I fasc. 2, 399; F. ASTONE, I contratti pubblici fra ordinamento europeo e diritto interno, in www.giustamm.it, 1/06/2010.

⁸⁷ O. Forlenza, Contratti della p.a., in Guida al Diritto, n. 13 del 2008, pp. 110 ss.

⁸⁸ O. Forlenza, cit. E proprio questo rappresenta il punto più "debole" della teoria da ultimo riportata, poiché - pur avendo il pregio di elevare e valorizzare, in generale, il ruolo e l'importanza delle regole sulla evidenza pubblica, considerandole come norme poste a tutela di importanti valori, come il corretto funzionamento del mercato degli appalti pubblici, la tutela della concorrenza e della parità di

In generale, dunque, si collegano ad essa i principali caratteri di detto regime, quali, da un lato, il carattere della imprescrittibilità della azione (art. 1422 c.c.); da un altro, la legittimazione di chiunque vi abbia interesse alla proposizione della relativa azione; ancora, la sua rilevabilità d'ufficio (art. 1421 c.c.), con conseguente ed evidente sacrificio della certezza dei rapporti giuridici riferiti alla pubblica amministrazione e di stabilità dei relativi effetti⁸⁹.

Ed in questo si attestano le principali critiche che accompagnano la teoria della nullità del contratto a seguito dell'annullamento della aggiudicazione.

-u-a

trattamento, non appare del tutto convincente sulla conseguente nullità del contratto per violazione dell'art. 1418 c.c.

E questo perché, viceversa, le regole sulla evidenza pubblica sono essenzialmente di carattere procedurale, ponendo limiti alla generale capacità negoziale del soggetto pubblico rispetto ai singoli negozi tipicamente privatistici disciplinati nel codice dei contratti.

⁸⁹ Quella suesposta rappresenta la ricostruzione operata dalla IV sez. del Consiglio di Stato nell'ordinanza n. 3355 del 21 maggio 2004 di rimessione alla Adunanza Plenaria. La Sezione concludeva osservando che "l'annullamento giurisdizionale della aggiudicazione, operando, come è noto, ex tunc, ne elimina gli effetti fin dalla sua adozione, non solo con riferimento al suo contenuto propriamente provvedimentale, ma anche con riguardo a quello tipicamente negoziale. Ne consegue che la demolizione dell'atto con cui la amministrazione ha espresso la sua volontà negoziale priva il relativo negozio giuridico dell'elemento essenziale costituito dall'accordo, che deve, quindi, ritenersi insussistente, per effetto dell'elisione dell'atto generativo del consenso di una delle parti".

3.2 Segue. La tesi della caducazione automatica del contratto

Nella giurisprudenza amministrativa⁹⁰, inoltre, si è sviluppato un ulteriore orientamento, quello della caducazione automatica del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, in virtù di "un nesso di presupposizione necessaria che collega i due momenti dell'agire amministrativo".

L'annullamento dell'aggiudicazione segna, infatti, il venir meno di uno dei presupposti di efficacia del contratto, che resta, in tal modo, privo della capacità di produrre effetti giuridici⁹¹; in tale prospettiva, il contratto perde la sua autonomia strutturale e funzionale e la sua sorte viene in sostanza collegata, come conseguenza accessoria ed automatica all'annullamento della aggiudicazione.

Si tratterebbe di un tipo di inefficacia del contratto che trova applicazione nel principio generale relativo al collegamento necessario fra negozi giuridici, per cui le vicende di ciascuno di essi si riversano "a cascata" sugli altri.

A tal proposito, infatti,, la giurisprudenza afferma infatti che "non osta al meccanismo dell'efficacia caducante la circostanza che il rapporto di presupposizione riguardi una fattispecie mista di collegamento tra provvedimento amministrativo e contratto di diritto privato piuttosto che l'ipotesi paradigmatica di correlazione tra atti amministrativi"92.

Tuttavia, anche in tal caso, permangono dei dubbi relativi alla applicazione della categoria generale dell'inefficacia, la cui nozione, nel nostro ordinamento, indica la mancanza o la perdita degli effetti giuridici di un negozio, che si ricollega ad alcune fattispecie tipicamente previste quali la

61

⁹⁰ Cons. St., V, 10 gennaio 2007, n. 41; Cons. St., V, 28 settembre 2005, n. 5194; Cons. St. V, 11 novembre 2004, n. 7346; Cons. St. VI, 30 maggio 2003, n. 2992; Cons. St., V, 25 maggio 1998 n. 677.

⁹¹ E' la tesi sostenuta da Cons. St. nn. 2332 del 2003; 2992 del 2003; 4295 del 2006.

⁹² Cons. St.; VI, 5 maggio 2003, n. 2332.

nullità, l'annullabilità, la risoluzione e la rescissione del contratto, il recesso, l'avverarsi di una condizione risolutiva o il mancato verificarsi di quella sospensiva.

Occorrerebbe, quindi, collegare ad uno di tali istituti tipici l'effetto successivo della inefficacia del contratto, cosa che la citata teoria omette di fare.

La tesi ha trovato ulteriore sostegno nella interpretazione che la dottrina ha offerto dell'art. 246 del codice dei contratti, relativo a infrastrutture e insedimenti produttivi, laddove si afferma che "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" 93.

Sembra, in sostanza, che con tale chiarificazione, si sia voluto dettare una eccezione a quella che appare essere – secondo i sostenitori della tesi – una regola generale, consistente proprio nella caducazione automatica.

Tuttavia, non sembra condivisibile l'assunto per cui da una norma a carattere speciale, che vale solo per alcuni specifici contratti, si fa derivare una regola generale.

Ulteriore critica viene riferita alla asserita rigidità della teoria, poiché farebbe scaturire la conseguenza della caducazione in maniera sempre necessaria ed automatica, senza, con ciò, consentire una modulazione degli effetti rispetto alla gravità delle violazioni.

⁹³ R. CALVO, Annullamento dei provvedimenti di aggiudicazione definitiva e inefficacia dei contratti a evidenza pubblica (artt. 243 bis e 245 bis - 245 quinquies del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, introdotti dal d. lgs. 20 marzo 2010, n. 53, attuativo della dir. 2007/66/CE), in Le nuove leggi civili commentate, 2010, fasc. 3, 617-637;

3.3 Segue. La tesi della inefficacia sopravvenuta del contratto

La tesi della inefficacia sopravvenuta del contratto a seguito dell'annullamento degli atti di gara è simile alla tesi della nullità sopravvenuta, ma si distingue per alcune specificità.

Innanzitutto, si sostiene che il venir meno di uno degli atti di gara (delibera a contrarre, bando o aggiudicazione) produce l'effetto di privare la amministrazione, con efficacia *ex tunc*, della legittimazione a negoziare.

L'organo amministrativo deputato a negoziare, infatti, si troverebbe nella situazione di aver sottoscritto il contratto senza averne la legittimazione che, d'altra parte, avrebbe la sua giustificazione proprio in quei provvedimenti annullati.

Secondo l'orientamento maggioritario, questo tipo di invalidità era da ritenersi relativa, potendo essere fatta valere solo dalla parte che avesse ottenuto l'annullamento degli atti illegittimi.

Infatti, la stessa giurisprudenza che aderiva a tale ricostruzione, affermava che "l'inefficacia relativa non potesse essere opponibile ai terzi di buona fede, analogamente a quanto previsto dagli artt. 23 e 25 del codice civile, dettati in materia di associazioni e fondazioni, laddove si prevede che sono fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi di buona fede per effetto di atti esecutivi di una deliberazione poi annullata"94.

L'inefficacia successiva, al pari della nullità successiva, agisce retroattivamente, ma, a differenza di quest'ultima incontra due importanti limiti: l'uno, relativamente alle situazioni soggettive già consolidate in capo ai

⁹⁴ In tal senso Cons. St., IV, 27 ottobre 2003, n. 6666.

terzi fino alla dichiarazione di inefficacia; l'altro, relativamente alle prestazioni già eseguite nei negozi di durata.

A dare sostegno a questa ricostruzione interpretativa, è intervenuta la Corte di Cassazione, secondo cui in tale ipotesi, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, non è necessaria alcuna pronuncia sul contratto⁹⁵; segnatamente, in tale pronuncia si legge che "la caducazione, in sede giurisdizionale o amministrativa, di atti della fase della formazione, attraverso i quali si è cioè formata in concreto la volontà contrattuale della amministrazione, invero, priva quest'ultima, con efficacia ex tunc, della legittimazione a negoziare; in sostanza, l'organo amministrativo che ha stipulato il contratto, una volta che viene a cadere, con effetto ex tunc, uno degli atti del procedimento costitutivo della volontà della amministrazione, come la deliberazione di contrattare, il bando o l'aggiudicazione, si trova nella condizione di aver stipulato iniure, privo della legittimazione che gli è stata conferita dai precedenti atti amministrativi. L'annullamento della fase sostanziale dell'aggiudicazione segna, in via retroattiva, la carenza di uno dei presupposti di efficacia del contratto, che, pertanto, resta definitivamente privato dei suoi effetti giuridici. L'automatica invalidità degli atti del procedimento incisi dalla pronuncia giurisdizionale è idonea a mutare i termini dell'ipotesi contrattuale intorno alla quale si è determinata la volontà dei partecipanti e la formazione delle singole offerte, è ciò anche nel caso in cui l'aggiudicatario abbia posto in essere, nelle more del

⁹⁵ Così Cass. Civ., I, 15 aprile 2008, n. 9906, secondo cui – appare utile riportarne il pensiero – "la caducazione, in sede giurisdizionale o amministrativa, di atti della fase della formazione, attraverso i quali si è cioè formata in concreto la volontà contrattuale della amministrazione, invero, priva quest'ultima, con efficacia ex tunc, della legittimazione a negoziare; in sostanza, l'organo amministrativo che ha stipulato il contratto, una volta che viene a cadere, con effetto ex tunc, uno degli atti del procedimento costitutivo della volontà della amministrazione, come la deliberazione di contrattare, il bando o l'aggiudicazione, si trova nella condizione di aver stipulato iniure, privo della legittimazione che gli è stata conferita dai precedenti atti amministrativi. L'annullamento della fase sostanziale dell'aggiudicazione segna, in via retroattiva, la carenza di uno dei presupposti di efficacia del contratto, che, pertanto, resta definitivamente privato dei suoi effetti giuridici".

giudizio, un'attività riconducibile alla prestazione dovuta in forza della relazione contrattuale instaurata per effetto dell'aggiudicazione. Tale attività, a parte il fatto di costituire evento temporalmente successivo ed esterno allo svolgimento della procedura, una volta annullata l'aggiudicazione è, infatti, destinata ad assumere le connotazioni di un'attività di fatto, in forza della proiezione ex tunc degli effetti dell'annullamento. Quanto dovuto all'aggiudicatario per i lavori posti in essere risponde a logiche totalmente diverse da quelle che presiedono alla controprestazione, così da non potersi definire "prezzo" o comunque corrispettivo della prestazione resa, bensì esclusivamente indennità, cui l'escluso ha titolo secondo le regole del diritto comune, derivanti dall'art. 2041, c.c.".

3.4 Segue. Gli ulteriori sviluppi giurisprudenziali che precedono l'adozione del Codice sul processo amministrativo

In epoca di poco precedente all'adozione del Codice sul processo amministrativo, le Sezioni Unite della Cassazione sono intervenute sul tema relativo alle vicende del contratto stipulato tra Pubblica Amministrazione appaltante e aggiudicatario in conseguenza dell'annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione, prendendo posizione, in particolare, sul profilo della giurisdizione.

La giurisprudenza in parola, infatti, investe questioni di giurisdizione, e, incide sul corretto inquadramento delle conseguenze derivanti dall'annullamento di atti di natura provvedimentale rispetto al contratto vero e proprio.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono, dunque, intervenute, con sentenza 28 dicembre 2007, n. 27169%, sul tema relativo alle vicende del contratto in seguito all'annullamento della aggiudicazione, prendendo posizione sul profilo della giurisdizione.

Il dictum della Cassazione che sembra possibile sintetizzare in questa importante pronuncia, attiene alla affermazione per cui l'aggiudicazione rappresenta il limite di operatività della giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo, di modo che tutte le controversie relative alle sorti di un

pertanto, resta definitivamente privato dei suoi effetti giuridici".

⁹⁶ A questa sentenza si è poi adeguata anche la giurisprudenza successiva. Cfr. SS. UU. Cass. Civ., 23 aprile 2008, n. 10443; SS. UU, 18 luglio 2008, n. 19805. In termini anche Cons. St., I, 15 aprile 2008, n. 9906 che ricordando l'inscindibile collegamento tra il contratto d'appalto ed il provvedimento di aggiudicazione, ha affermato che esso è destinato "a restare automaticamente e immediatamente caducato, senza necessità di pronunce costitutive del suo cessato effetto o di atti di ritiro dell'amministrazione, in conseguenza della pronunciata inefficacia del provvedimento amministrativo ex tunc, travolto dall'annullamento giurisdizionale" che "segna, in via retroattiva, la carenza di uno dei presupposti di efficacia del contratto, che,

contratto soggetto al diritto comune non possono che essere di competenza del giudice ordinario.

La Corte compie un importante passo avanti verso la tipizzazione di un modello, nella parte in cui afferma il radicarsi della giurisdizione del Giudice Ordinario, indipendentemente dalla scelta dell'una o dell'altra teoria circa la sorte del contratto: il ragionamento espresso dalla Corte, in sostanza, vale a prescindere dalla adesione ad una determinata teoria.

In particolare, la Corte osserva che, in applicazione anche dell'importante sentenza della Corte Costituzionale, n. 204/2004, solo il contenzioso concernente la fase pubblicistica dell'attività negoziale della Pubblica Amministrazione potrebbe essere portato al vaglio del giudice amministrativo.

Secondo la Corte, la fase della formazione della volontà negoziale della Pubblica Amministrazione e la successiva scelta del contraente non è libera, poiché è in realtà un complesso snodo di atti e provvedimenti caratterizzati dall'esercizio di poteri discrezionali e vincolati.

La sequenza, che culmina con l'aggiudicazione del contratto, rappresenta il confine ultimo della fase pubblicistica, in conformità alla previsione degli artt. 6 e 7 della legge n. 205/2000 che limita l'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alle "procedure di affidamento di appalti (...)".

A questo punto, giunti al momento in cui le due volontà – della Pubblica Amministrazione e del privato – si incontrano per la stipulazione del contratto, i due contraenti si trovano in una posizione paritetica, l'uno rispetto all'altro, e dall'incontro di tali volontà discendono tutti i diritti ed obblighi reciproci. In questo senso, è proprio dalla costituzione di questo rapporto

giuridico di diritto comune che si determina lo spartiacque tra le giurisdizioni, assumendo la giurisdizione del Giudice Ordinario non solo la positiva disciplina dei requisiti (artt. 1325 e ss) e degli effetti (artt. 1372 e ss), ma anche l'intero ambito delle patologie ed inefficienze negoziali, siano o meno esse inerenti alla struttura del contratto⁹⁷.

In conclusione, dunque, la Corte, pur riconoscendo il nesso di consequenzialità e connessione esistente tra i due momenti, della aggiudicazione e della stipulazione del contratto, afferma che i riflessi delle illegittimità ed irregolarità della fase pubblicistica sul contratto dovrebbero essere sempre oggetto di scrutinio da parte del giudice ordinario.

Anche il Consiglio di Stato, forse sollecitato dall' intervento della Corte di Cassazione, prende posizione sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento della aggiudicazione, e lo fa con due importanti pronunce in Adunanza Plenaria (nn. 9 e 12 del 2008).

Tuttavia, il Consiglio di Stato conferma l'orientamento espresso dalla Cassazione, condividendone l'impostazione di fondo, con particolare riferimento al riparto di giurisdizione tra Giudice Ordinario e Giudice Amministrativo ed affermando, anche, l'esclusione, di conseguenza, della cognizione da parte dello stesso GA della domanda di reintegrazione in forma specifica che, attenendo alla fase della esecuzione dei rapporti contrattuali, fuoriesce dal suo ambito di competenza.

Viceversa, si afferma che alla domanda di annullamento della aggiudicazione può conseguire, da parte del GA, solo il risarcimento del danno per equivalente.

⁹⁷ In questi termini il commento alla sentenza di R. Garofoli – G. Ferrari, in *Manuale di diritto amministrativo*, Nel diritto ed., 2013.

Appare utile, in questa sede, riportare i passaggi più salienti della sentenza della Adunanza Plenaria n. 9/2008:

"La sentenza di annullamento della aggiudicazione determina in capo all'amministrazione soccombente l'obbligo di conformarsi alle relative statuizioni, nell'ambito degli ulteriori provvedimenti che rimangono salvi ai sensi dell'art. 26 della legge n. 1034 del 1971: in altri termini, l'annullamento dell'aggiudicazione è costitutivo di un vincolo permanente e puntuale sulla successiva attività dell'amministrazione (Cons. Stato, Ad. Plen. 19 marzo 1984, n. 6), il cui contenuto non può prescindere dall'effetto caducatorio del contratto stipulato.

In sede di esecuzione della sentenza, pertanto, l'amministrazione non può non rilevare la sopravvenuta caducazione del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione (secondo quanto, del resto, ribadito dalla Corte di Cassazione, sez. I, 15 aprile 2008, n. 9906), similmente a quanto avviene nel caso di annullamento di una graduatoria di un pubblico concorso che comporta la caducazione degli effetti del contratto di lavoro su di essa fondato, ovvero di annullamento di una concessione di un bene o di un servizio pubblico che comporta la caducazione degli effetti dell'accordo accessivo.

Anche nell'emanare i provvedimenti ulteriori che conseguono all'effetto caducatorio dell'annullamento dell'aggiudicazione della gara, l'amministrazione deve tenere conto dei principi enunciati nella sentenza di annullamento e delle conseguenze giuridiche determinate dal suo contenuto ed orientare conseguentemente la sua ulteriore azione.

Rispetto a tali provvedimenti il sindacato del giudice amministrativo è pieno e completo, investendo situazioni che restano esclusivamente nel campo del diritto

pubblico e che non si intersecano mai con il piano dei diritti soggettivi sorti dal vincolo contrattuale imperniato sull'aggiudicazione annullata".

Il Consiglio di Stato, pur se focalizzato sulla questione di giurisdizione, non omette di pronunciarsi, indirettamente, sulla questione di merito relativa ai rapporti tra aggiudicazione e contratto ed arriva ad affermare, sia pure implicitamente, la caducazione automatica del contratto conseguente ad una aggiudicazione illegittima, in quanto il venir meno del contratto è collegato all'iniziativa del privato, terzo rispetto al contratto concluso, e necessita di una previa pronuncia costitutiva del giudice. Rilievo, questo, che, però, non spetta al Giudice Amministrativo, ma spetta alla Pubblica Amministrazione in sede di rinnovazione del procedimento per conformarsi al giudicato di annullamento.

Come corollario dell'estensione al rapporto negoziale dell'effetto conformativo della sentenza di annullamento, viene infine riconosciuta la possibilità al Giudice amministrativo, in sede di ottemperanza, di accertare la caducazione del contratto, al fine di assicurare i provvedimenti conseguenti per riconoscere al ricorrente il bene della vita che gli spetta⁹⁸.

[&]quot;Ove poi l'amministrazione non si conformi puntualmente ai principi contenuti nella sentenza oppure non constati le conseguenza giuridiche che da essa discendono, ovvero, ancora nel caso di successiva sua inerzia, l'interessato può instaurare il giudizio di ottemperanza, nel quale il giudice amministrativo – nell'esercizio della sua giurisdizione di merito – ben può sindacare in modo pieno e completo (e satisfattivo per il ricorrente) l'attività posta in essere dall'amministrazione o anche il suo comportamento omissivo, adottando tutte le misure (direttamente o per il tramite di un commissario) necessarie ed opportune per dare esatta ed integrale esecuzione alla sentenza e per consentire una corretta riedizione del potere amministrativo. In tal modo, il giudice amministrativo può realizzare il contenuto conformativo della sentenza, di per sé riferibile alla fase pubblicistica successiva all'annullamento ed emanare tutti i provvedimenti idonei ad assicurare al ricorrente vittorioso il bene della vita effettivamente perseguito attraverso il giudizio di legittimità e reintegrarlo pienamente nella situazione concreta che avrebbe dovuto già conseguire qualora l'amministrazione non avesse adottato l'atto di aggiudicazione illegittimo: ciò perché la funzione del giudice dell'ottemperanza è proprio quella di adeguare la situazione di fatto a quella di diritto nascente dal giudicato, nell'esercizio della potestà di riformare l'atto illegittimo o sostituirlo, espressamente conferitagli dall'art. 26 della legge n. 1034 del 1971".

Ciò comporta che "nel giudizio di ottemperanza può essere attuata la tutela specifica preclusa in sede di cognizione dell'assenza di giurisdizione sulla fase esecutiva del contratto, mercè sostituzione dell'aggiudicatario con il ricorrente vittorioso, al quale sarebbero spettati l'aggiudicazione e la stipula del contratto in assenza di illegittimità"⁹⁹.

Prima di procedere all'analisi degli approdi a cui è giunto il Codice sul processo amministrativo, vale la pena segnalare un'ulteriore precedente pronuncia delle SS. UU. della Cassazione¹⁰⁰ che, andando in controtendenza rispetto all'orientamento consolidato, ha affermato sussistere la giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo in relazione alle conseguenze dell'annullamento della aggiudicazione sul contratto *medio tempore* stipulato.

Origine della motivazione fatta propria dalla Cassazione è la Direttiva Ricorsi, oggetto di specifica trattazione nel prossimo capitolo, ed il principio per cui le disposizioni di legge interne devono essere armonizzate ed interpretate alla luce dei principi comunitari, anche se il risultato di questa operazione ermeneutica possa, in linea teorica, produrre conseguenze apparentemente difformi dalla interpretazione consolidata di una certa questione.

⁹⁹ Così F. Bellomo, Manuale di diritto amministrativo, Vol. II; Padova, 2009, p. 1084 ss., il quale prosegue affermando che "la pronuncia in esame si pone solo apparentemente in dissenso con l'orientamento volto a devolvere al giudice amministrativo – anche in sede di legittimità – tutti i diritti di natura risarcitoria che originano dall'annullamento di atti amministrativi e – in sede esclusiva – tutti i rapporti aventi ad oggetto diritti soggettivi che siano connessi all'esercizio di poteri amministrativi, sia pure successivamente demoliti. A ben guardare, infatti, la sorte del rapporto contrattuale già concluso, sia pure su presupposti amministrativi illegittimi, non appartiene né al novero delle questioni patrimoniali consequenziali all'annullamento, né ricade tra i diritti soggettivi devoluti alla giurisdizione esclusiva in materia di contratti".

¹⁰⁰ Cass., SS. UU., ord. 10 febbraio 2010, n. 2906, in *Dir. & Giust.*, 201, con nota di Palombella.

4. La disciplina del nuovo Codice sul processo amministrativo

Una volta enucleati i vari orientamenti giurisprudenziali e dottrinali circa le sorti del contratto pubblico stipulato sulla base di un provvedimento di aggiudicazione divenuto illegittimo, si intende illustrare la disciplina di recente introdotta dal d.lgs. n. 104/10, al fine di valutare le scelte operate dal Legislatore e i poteri attribuiti al Giudice amministrativo¹⁰¹.

Tra le varie tesi poc'anzi esposte circa la natura giuridica del vizio inficiante il contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, il Codice del processo amministrativo ha scelto la categoria concettuale di più difficile inquadramento¹⁰².

Il vizio dell'inefficacia, infatti, è assai variegato e disomogeneo.

Sono da chiarire, infatti, molti aspetti inerenti alla natura e al regime dell'inefficacia, con particolare riferimento all'eventuale natura sanzionatoria dell'inefficacia, conseguenziale ad una patologia del contratto, oppure ad una semplice risoluzione.

Si ritiene opportuno, pertanto, soffermarsi sulla lettera delle norme contenute nel Codice del processo amministrativo.

. т

¹⁰¹ Per una ricostruzione, si veda MORBIDELLI, Codice del processo amministrativo, Giuffrè.

¹⁰² In tal senso cfr. P. Carpentieri, Sorte del contratto cit., che afferma "la sorte del contratto si configura – a voler tentare una costruzione dogmaticamente corretta - in termini non già di mera inefficacia, ma di invalidità, per contrasto con norme proibitive e imperative, con riflessi indiretti anche sul piano della menomazione strutturale del negozio (carenza di titolo a contrattare). Premesso che la distinzione nullità/annullabilità, nel genus "invalidità", va sfumando e perdendo rilievo anche in diritto civile, si potrà ipotizzare un'invalidità "flessibile", declinata in termini di nullità nei casi di privazione totale degli effetti con pronuncia (anche officiosa) di natura dichiarativa (nullità speciale, non virtuale, ma nominata, per effetto delle norme dell'art. 121 c.p.a., e relativa, a legittimazione ristretta a chi abbia impugnato nei termini l'aggiudicazione, oppure abbia proposto azione risarcitoria autonoma nei 120 giorni di cui all'art. 30 c.p.a., potendo dimostrare che avrebbe avuto titolo alla gara o all'aggiudicazione); declinata in termini di annullabilità nei casi (artt. 121, comma 2, e 122) di privazione solo parziale o di mancata privazione degli effetti con pronuncia costitutiva su domanda di parte. La mancata privazione di effetti pur in presenza di una invalidità non costituisce una novità nel regime giuridico dell'annullabilità (inopponibilità, non annullabilità ex art. 21-octies l. n. 241 del 1990, etc.). La flessibilità della risposta sta non solo nel gioco "nullità-annullabilità", ma soprattutto nella graduazione della privazione di effetti (totale, parziale, nulla), dipendente dalla concreta fattispecie esaminata".

La disciplina è contenuta negli artt. 121 ss. del Codice del processo ed è imperniata sulla declaratoria di inefficacia del contratto in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione, a tal fine, si distingue tra due gruppi di ipotesi prese in considerazione dall'art. 121 c.p.a., con riferimento alle c.d. violazioni gravi e dal successivo art. 122, con riferimento alle ipotesi di violazione residuali¹⁰³.

Nelle ipotesi di cui all'art. 121¹⁰⁴ il giudice è tenuto a dichiarare l'inefficacia del contratto, con la precisa indicazione se la stessa debba intendersi *ex tunc* o *ex nunc*. I parametri in base ai quali il giudice è chiamato valutare attengono alle deduzioni delle parti, alla gravità della condotta della stazione appaltante ed alla situazione di fatto.

¹⁰³ In generale si vedano G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d. lgs.* 53/2010, in www.giustamm.it, n. 7/2010, § 2, e in Riv.it. dir. pubbl. comun., 2010, 735-737; 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, 1067 ss., spec. 1091-1094; P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, in www.giustamm.it, 2011, e in Dir. proc. amm., 2011, 664 ss.; F. ASTONE, *Interesse pubblico, contratti delle pubbliche amministrazioni e tutela giurisdizionale: la prospettiva comunitaria (e quella interna, dopo il recepimento della direttiva ricorsi ed il Codice del processo amministrativo), in Studi in onore di Alberto Romano, Napoli, 2011*, vol. III, 1765 ss., spec.1831-32.

¹⁰⁴ L'art. 121 citato elenca i seguenti casi: "a) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta 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, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; b) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; c) se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'articolo 11, comma 10, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento; d) se il contratto è stato stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'articolo 11, comma 10-ter, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento".

Con particolare riguardo alle lett. *a)* e *b)*, il comma 1 dell'art. 121 prescrive che, qualora l'aggiudicazione definitiva sia avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso, oppure con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o dell'avviso con cui si indice una gara, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto.

Tale disposizione sembra ispirata ad una piena garanzia della concorrenza. Al comma 2 si precisa, però, che il contratto resta efficace qualora ciò sia imposto da esigenze imperative connesse ad un interesse generale¹⁰⁵.

Nel caso in cui vi sia un interesse generale tale da imporre la conservazione del contratto, infatti, il carattere apparentemente vincolato della dichiarazione di inefficacia ("*Il giudice dichiara*") viene sostituito da un vincolo di natura apparentemente opposta (il contratto "*resta*" efficace)¹⁰⁶.

Ancora una volta, si sofferma l'attenzione sulla discrezionalità attribuita al Giudice amministrativo di verificare se le esigenze imperative siano connesse a interessi economici¹⁰⁷.

. .

¹⁰⁵ Si vedano, sul punto, F. MERUSI, Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto, in Foro amm.-TAR, 2004, 3, 569; F.G. SCOCA, Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto, in Foro amm.-TAR, 2007, 5, 797 ss.; G. GRECO, La direttiva 2007/66/CE.

¹⁰⁶ Cfr. MORBIDELLI, Codice amm., cit.

¹⁰⁷ Cfr. Carpentieri, Sorte del contratto, cit. secondo cui "Volendo proporre un richiamo romanistico, potrebbe dirsi che si ha a che fare non con un judicium strictum (o stricti juris), bensì con un judicium bonae fidei, "in forza del quale al giudice era attribuito un largo margine di valutazione discrezionale, e cioè il potere di stabilire "quidquid dare facere oportet ex fide bona". Insomma, i regolamenti dei conti successivi all'annullamento dell'aggiudicazione e alla sua possibile incidenza sul contratto, le restituzioni, il subentro nel contratto, il suo dies a quo, la sostituzione e la riforma di atti etc., sono vicende non predefinite stricti juris dalla legge processuale, ma da questa rimesse, con l'uso abbondante di concetti giuridici indeterminati, al potere discrezionale del giudice creativo di diritto e integrativo ex fide bona del precetto giuridico indeterminato. In questo quadro il richiamo alla equità correttiva appare sicuramente pertinente e utile, poiché, in effetti, è questo tipo di potere, molto elastico e duttile, atipico, che è attribuito al giudice, anche in diritto civile, allorquando si tratti di ricomporre il rapporto giuridico pregiudicato da atti o fatti illeciti mediante restituzioni, ripetizioni,

Il giudice dovrà, infatti, tener conto di una serie di parametri valutativi¹⁰⁸ e, in particolare, sarà spinto a conservare l'efficacia del contratto solo quando l'inefficacia non sia funzionale al soddisfacimento delle pretese del ricorrente¹⁰⁹.

Da questi brevi cenni alle disposizioni processuali dettate dal Codice sul processo amministrativo emerge quindi la contrapposizione o, in ogni caso, la ricerca di bilanciamento tra tutela della concorrenza conformata al concreto interesse del ricorrente e gli interessi pubblici sottesi al contratto.

In particolare, dinanzi all'interesse pubblico alla conservazione del contratto, la tutela della concorrenza sembra coincidere sempre di più con l'interesse del ricorrente al subentro.

L'art. 121, c.p.a., pertanto, configura l'emblema della forte complessità della nozione di inefficacia, nella parte in cui, quando individua il regime applicabile nell'ipotesi di gravi violazioni, esso stabilisce che, in caso di violazioni degli obblighi pubblicitari (lett. a-b), il contratto resta comunque

risarcimenti (1226, 1227, 1450 e 1467, terzo comma, sulla reductio ad aequitatem, 2058)." "Orbene, sostenere, come sembra fare la prevalente dottrina che sinora si è interrogata su questi temi, che questi poteri, benché "specialissimi", si contengono adeguatamente entro la forma (per quanto dilatata) della giurisdizione generale di legittimità ed esclusiva (ossia estesa anche alla cognizione di diritti soggettivi), costituisce sicuramente la soluzione più rispettosa del codice, che ancora conosce dei tria genera jurisdictionis (legittimità, esclusiva, merito), ma, forse, può non essere sufficiente o del tutto appagante" (...) "Ragion per cui, forse, proprio di giurisdizione estesa al merito si tratta, anche se l'istituto è considerato obsoleto perché postula una nozione "ristretta" di cognizione (di legittimità ed esclusiva) ordinaria del giudice amministrativo. La conclusione sul punto resta, dunque, allo stato, ancora perplessa: sembra trattarsi di giurisdizione esclusiva speciale rafforzata da attribuzioni di equità giudiziale correttiva e integrativa".

¹⁰⁸ R. Caponigro, per il quale "gli apprezzamenti che il giudice è chiamato a compiere implicano valutazioni sostitutive dell'attività amministrativa", in La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010.

¹⁰⁹ A questo proposito, secondo M. Fracanzani, invece, l'art. 121 del Codice "vede l'inefficacia quale conseguenza dell'annullamento della aggiudicazione, ma a differenza della regola generale, qui, trattando delle violazioni più gravi, l'an è sottratto alla disponibilità del giudice, cui residua il potere solo di stabilirne l'estensione temporale, se per la parte di esecuzione che ne residua alla data di pubblicazione del dispositivo ovvero anche in via retroattiva per le parti di lavoro già fatte (e comunque da pagarsi?) e ciò valutando la gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto che si è venuta a creare", op. cit., sub III.

efficace in presenza di esigenze imperative connesse a un interesse generale, alla stregua di una serie di parametri da utilizzarsi da parte del giudice.

In tal caso, quindi, l'interesse pubblico sotteso al contratto può addirittura prevalere sulla tutela della concorrenza, sebbene questa sia stata gravemente incisa dalla violazione degli obblighi pubblicitari.

Anche la seconda delle violazioni previste dall'art. 121, quella inerente il mancato rispetto dello "stand still period" (lett. c e d), non comporta necessariamente, pur nel pregiudizio alle regole della concorrenza, l'inefficacia del contratto, qualora tale violazione non abbia inciso sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

Appare evidente, allora, che l'interesse del ricorrente a conseguire l'aggiudicazione si pone come un interesse forte all'interno del confronto che presiede la possibile declaratoria di inefficacia, affidata alla valutazione del giudice.

La disciplina delle violazioni "ordinarie" di cui all'art. 122¹¹⁰, conferma la funzionalizzazione della declaratoria di inefficacia alla possibilità di subentro del ricorrente.

Tale disciplina prevede, infatti, che l'interesse del ricorrente al subentro nell'aggiudicazione e nel contratto non costituisce elemento di valutazione da parte del giudice. Esso si pone, invece, come presupposto, affinché il giudice

76

¹¹⁰ L'art. 122, c.p.a. prevede che "Fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta".

possa scegliere tra efficacia ed inefficacia del contratto, previa espressa domanda di subentro.

In assenza di tali presupposti, il giudice non può dichiarare l'inefficacia del contratto.

I parametri indicati dall'art. 122 cui il giudice è tenuto a fare riferimento sono riconducibili all'accoglibilità della domanda di subentro, e ciò anche in considerazione dell'interesse pubblico sotteso al contratto.

Di notevole importanza è, inoltre, la previsione dell'art. 123, comma 3. c.p.a. che, per le violazioni dello "stand still period" che non abbiano influito sulla possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento, prevede espressamente l'obbligatoria applicazione delle sanzioni alternative all'inefficacia, escludendo la possibile declaratoria dell'inefficacia del contratto.

Come emerge dai brevi cenni appena riportati, il carattere principale della disciplina codicistica in tema di conseguenze sul contratto a fornte dell'annullamento dell'aggiudicazione è l'estrema flessibilità, a seconda della specifica controversia.

In dottrina, infatti, si parla di *inefficacia flessibile*, in considerazione delle svariate gradazioni che essa conosce o può conoscere ed a seconda dei poteri esercitati dal giudice.

Tale inefficacia può essere interpretata come inefficacia sanzionatoria e, quindi, configurerebbe la sanzione che l'ordinamento impone al contratto in considerazione della nullità che lo inficia.

Tale impostazione deriverebbe il suo fondamento nella considerazione dell'imperatività delle norme violate, quali le norme imperative e le norme comunitarie sull'evidenza pubblica e opererebbe, così, nell'alveo della classica nullità del contratto per violazione di norme imperative, *ex* art. 1418 co. 1° c.c..

L'assunto è confermato dalla terminologia usata dal legislatore che si esprime nel senso della "dichiarazione" dell'inefficacia.

Si tratterebbe, pertanto, di una pronuncia non costitutiva, ma dichiarativa, com'è tipico della nullità.

Conseguenze di questa impostazione sarebbero, innanzitutto, l'assenza dei termini per agire ai fini della nullità. Ne deriva che l'azione sarebbe imprescrittibile. La nullità è opponibile ai terzi indipendentemente dalla buona fede, in base alle regole specifiche di cui al codice civile.

In terzo luogo, opererebbe il principio della rilevabilità d'ufficio della nullità di cui agli artt. 1421 e s.s. c.c.

Secondo un altro orientamento, mancherebbero invece i profili caratterizzanti della nullità, quali, in particolare, l'automatismo della pronuncia e l'originarietà del vizio contrattuale. Pertanto, non si tratterebbe di un'inefficacia derivante da nullità, ma di una risoluzione giudiziale, essendo conferito al giudice il potere di risolvere sul piano degli effetti il contratto.

I sostenitori di tale teoria affermano che l'inquadramento dell'inefficacia del contratto in termini di risoluzione renderebbe ragione della discrezionalità del potere attribuito al giudice, in quanto si configurerebbe una risoluzione giudiziale in cui la natura della pronuncia assume portata costitutiva.

Per un ultimo orientamento, infine, la categoria dell'inefficacia contenuta nella disciplina codicistica potrebbe graduarsi in maniera differente a seconda che si consideri il regime giuridico di cui all'art. 121 o quello di cui all'art.122. L'inefficacia dell'art. 121 si configurerebbe, così, come un'inefficacia sanzionatoria inquadrabile nel *genus* della nullità e ciò avuto riguardo della gravità della violazione e dell'intensità del potere discrezionale del giudice.

L'inefficacia facoltativa dell'art. 122 potrebbe, invece, essere inquadrata nell'ambito dell'inefficacia derivante da risoluzione.

Le varie soluzioni sin qui descritte sono di rilevante importanza per comprendere quale sia il ruolo del Giudice amministrativo all'interno della materia dei contratti pubblici.

Tale complessa tematica è oggetto di trattazione nel capitolo successivo.

4.1 La disciplina del nuovo Codice sul processo amministrativo. Problemi pratici e soluzioni giurisprudenziali

Sulla base dell'analisi letterale compiuta sulle norme del Codice, si ritiene opportuno soffermare l'attenzione su alcuni casi pratici aventi ad oggetto l'interpretazione degli artt. 121 e ss. c.p.a.

In primo luogo, i Giudici nazionale ed europeo si sono interrogati circa il rapporto tra gli artt. 121 e 122 e sulla discrezionalità del Giudice di dichiarare l'inefficacia del contratto.

In particolare, a fronte dell'annullamento degli atti di una procedura negoziata avviata senza previa pubblicazione del bando, il Giudice di primo grado¹¹¹, circa la domanda tesa ad ottenere l'inefficacia del contratto, rileva che, nonostante l'Amministrazione avesse agito in linea con quanto stabilito dal quinto comma dell'art. 121 c.p.a. in quanto aveva pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea un avviso volontario per la trasparenza preventiva ai sensi dell'articolo 79-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, non significasse che lo stesso contratto non potesse essere dichiarato inefficace ai sensi dell'art. 122 c.p.a., secondo cui "fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta"; in questo senso, il Giudice amministrativo trae, dalla formulazione letterale delle due norme in esame, un alto grado di

-

¹¹¹ Cfr. TAR Lazio, n. 4997 del 1.06.2012.

discrezionalità, anche relativo alla dichiarazione di inefficacia del contratto, pur essendo sussistenti le condizioni di pubblicità di cui all'art. 121, co. 1, lett. b¹¹².

¹¹² Di seguito, la motivazione della sentenza: "Circa la domanda tesa ad ottenere l'inefficacia della convezione quadro stipulata in data 31.12.2011, il Collegio rileva che, ai sensi dell'art. 121 c.p.a. (Inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni): - il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi: ... b) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (comma 1); - tuttavia, la inefficacia del contratto prevista dal comma 1, lettera b) , non trova applicazione quando la stazione appaltante: ... b) abbia pubblicato, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia, nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana un avviso volontario per la trasparenza preventiva ai sensi dell'articolo 79-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto (comma 5). Nel caso di specie, l'Amministrazione ha agito in linea con quanto stabilito dal quinto comma dell'art. 121 c.p.a. in quanto ha pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea un avviso volontario per la trasparenza preventiva ai sensi dell'articolo 79-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, con il quale ha manifestato l'intenzione di concludere il contratto (cfr. l'avviso in data 15.12.2011. doc. 8 Telecom Italia S.p.A.). Riguardo a tale adempimento la parte ricorrente ha rilevato che l'avviso volontario per la trasparenza preventiva è stato inviato il 15.12.2011 senza indicare l'operatore economico aggiudicatario in quanto l'affidamento è stato disposto successivamente (23.12.2011) violando, in tal modo, l'art. 79-bis d.lgs. n. 163/2006 il quale stabilisce che l'avviso volontario per la trasparenza preventiva contiene, tra l'altro, la denominazione ed il recapito dell'operatore economico a favore del quale è avvenuta l'aggiudicazione definitiva. A parere del Collegio, nel caso di specie la ratio sottesa all'espletamento dell'adempimento previsto dalla legge è stata rispettata perché l'avviso volontario reca l'indicazione del fornitore (Telecom Italia SpA) individuato dall'Amministrazione (cfr. pag. 2 del doc. 8 di Telecom Italia SpA), anche se al momento della spedizione dell'avviso (15.12.2011) non si era ancora perfezionato l'affidamento (intervenuto il 23.12.2011). L'avviso, infatti, ha lo scopo di informare dell'intenzione di affidare l'appalto ad un determinato operatore economico e, quindi, precede e non segue l'aggiudicazione (rectius, l'affidamento), come emerge anche dall'art. 64 Dir. 2009/81CE. Tuttavia, il fatto che la convenzione quadro datata 31.12.2011 non 'debba' essere dichiarata inefficace ex art. 121 c.p.a. non significa che lo stesso non 'possa' essere dichiarato tale ai sensi dell'art. 122 c.p.a. il quale stabilisce che al di "fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta.". 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. Per quanto concerne la decorrenza dell'inefficacia della convenzione quadro settennale datata 31.12.2011, il Collegio – tenendo conto dei tempi e dei profili tecnici

Diversamente, il Giudice europeo, pronunciandosi sullo stesso caso, opta per una soluzione del tutto diversa; secondo la Corte di Giustizia, infatti, "il legislatore dell'Unione si propone di conciliare i diversi interessi in gioco, ossia quelli dell'impresa lesa, cui preme riservarsi la possibilità di avviare un procedimento sommario precontrattuale e l'annullamento del contratto illegittimamente concluso, con quelli dell'amministrazione aggiudicatrice e dell'impresa selezionata, i quali implicano di evitare l'incertezza giuridica che potrebbe derivare dalla privazione di effetti del contratto".

Alla stregua di tale motivazione, tale Giudice afferma che la normativa europea deve essere interpretata nel senso che, "qualora un appalto pubblico sia aggiudicato senza previa pubblicazione di un bando di gara nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea quando ciò non era consentito a norma della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, tale disposizione esclude che il corrispondente contratto sia dichiarato privo di effetti laddove ricorrano le condizioni che essa stessa pone, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare".

Un secondo caso di particolare interesse per analizzare i rapporti tra aggiudicazione definitiva e stipulazione del contratto è quello portato all'attenzione del Tar Lazio, nella pronuncia n. 12400 del 2015, nella quale si esaminano gli strumenti giuridici a disposizione della parte che intenda stipulare il contratto, a fronte dell'inerzia della Stazione appaltante.

Come precisato dal Giudice amministrativo, infatti, "lo iato temporale intercorrente tra l'aggiudicazione definitiva, momento conclusivo, come detto, della

necessari per espletare una procedura selettiva nel caso di specie e di tutte le esigenze dell'Amministrazione sopra evidenziate, con particolare riferimento alla necessità di non interrompere i delicati servizi oggetto di affidamento e di prevedere tempi adeguati per garantire una eventuale migrazione degli stessi ad altro fornitore –

procedura ad evidenza pubblica di scelta del contraente, e la stipulazione del contratto, momento iniziale del rapporto negoziale tra la stazione appaltante ed il contraente scelto, è stato tradizionalmente considerato una "zona grigia" in cui le posizioni giuridiche soggettive assumono una natura al limite tra l'interesse legittimo ed il diritto soggettivo"; si deve pertanto individuare quale possa essere la natura della posizione giuridica fatta valere dall'operatore economico che intenda stipulare il contratto e porre rimedio al silenzio dell'amministrazione.

Al riguardo, il Tar Lazio afferma che "Una volta esclusa dall'art. 11, comma 7, del codice dei contratti pubblici l'idoneità dell'atto di aggiudicazione ad instaurare una relazione negoziale tra stazione appaltante e privato aggiudicatario, la quale sorge solo per effetto della stipulazione, l'aggiudicazione ha esclusivamente natura di provvedimento amministrativo ampliativo della sfera soggettiva del destinatario che, per effetto della stessa, così come diviene titolare di un interesse legittimo oppositivo alla sua conservazione, diviene al contempo titolare di un interesse legittimo pretensivo alla stipulazione del contratto, sicché nessuna posizione di diritto soggettivo a detta stipula può essere riconosciuta all'impresa aggiudicataria. (...) In conclusione, le controversie concernenti la legittimità di atti o comportamenti afferenti a procedure di evidenza pubblica assunti non solo prima dell'aggiudicazione, ma anche nel successivo spazio temporale compreso tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto rientrano nella giurisdizione amministrativa perché attengono all'esercizio di potestà amministrativa sottoposto a norme di carattere pubblicistico, a fronte del quale la posizione giuridica dell'interessato ha consistenza di interesse legittimo e non di diritto soggettivo in quanto la stazione appaltante, sia pure intervenuta l'aggiudicazione, conserva sempre il potere di non procedere alla stipulazione del contratto in ragione di valide e motivate ragioni di interesse pubblico".

Alla stregua di tali riflessioni, lo strumento esperibile dall'impresa aggiudicataria a fronte dell'inerzia serbata dalla Stazione appaltante è l'azione avverso il silenzio, di cui agli artt. 31 e 117, c.p.a.

Altro dubbio interpretativo sollevato dal Giudice amministrativo è quello relativo alla vera natura dell'inefficacia del contratto stabilita dagli artt. 121 e ss. c.p.a., a fronte dell'annullamento dell'aggiudicazione e i rapporti tra annullamento giudiziale e annullamento in autotutela della stessa.

Con una suggestiva e innovativa pronuncia, il Tar Piemonte afferma che "la novella del 2010, in linea di continuità con i principi desumibili dall'ordinamento giuridico precedente, sottende la nullità quale patologia che colpisce il contratto stipulato sulla base di una aggiudicazione annullata. Il punto di innovazione sta nel trattamento giuridico sostanziale che il legislatore ha inteso riservare a tale nullità, evidentemente sulla constatazione che privare il contratto degli effetti ex tunc sempre ed in ogni situazione può rilevarsi inopportuno: da qui la necessità, prima di tutto, di non annettere conseguenze automatiche all'annullamento della aggiudicazione; poi di accettare la possibilità di recuperare, in tutto o in parte, il contratto nullo; quindi di affidare la decisione relativa alla sorte del contratto ad un terzo imparziale, e cioè il giudice al quale è stato sollecitato il controllo sugli atti della gara. In questa prospettiva l'eventuale decisione del giudice di mantenere fermi gli effetti del contratto, per un tempo o per tutta la durata inizialmente prevista, diventa il mezzo mediante il quale si attua una operazione di "salvataggio" del contratto nullo, "salvataggio" che prima della entrata in vigore della novella giammai avrebbe potuto aver luogo".

La soluzione prospettata dal Giudice amministrativo comporta conseguenze di non poco rilievo nel sistema codici stico delineato dagli artt.

121 e ss. c.p.a.; in primo luogo, la sostanzial nullità del contratto può essere rilevata anche in un giudizio autonomo, successivo all'annullamento dell'aggiudicazione e, in secondo luogo, ai fini degli effetti sul contratto dell'annullamento dell'aggiudicazione non muta a seconda che si tratti di annullamento giudiziale o in autotutela.

Tuttavia, tale ultima affermazione non sembra compatibile con il regime giuridico proprio dell'annullamento d'ufficio, in cui, al contrario dell'annullamento giudiziale, l'Amministrazione compie una valutazione comparativa degli opposti interessi che non può non rilevare ai fini della dichiarazione di inefficacia – rectius nullità – del contratto medio tempore stipulato.

CAPITOLO III

IL RUOLO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE SORTI DEL CONTRATTO PUBBLICO, ALLA LUCE DELL'ORDINAMENTO INTERNO ED EUROPEO

SOMMARIO: **1**. Il ruolo del Giudice amministrativo sulle sorti del contratto pubblico, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione. Un'ipotesi di giurisdizione "innominata" di merito; **2**. Segue. Un'ipotesi "speciale" di giurisdizione esclusiva; **3**. Il ruolo del Giudice amministrativo nell'ambito dei contratti pubblici, alla luce delle indicazioni provenienti dall'ordinamento europeo. La direttiva n. 2007/66/CE; **3.1** Segue. Le indicazioni provenienti dalle nuove direttive europee del 2014; **4**. Prime riflessioni sul Nuovo Codice dei Contratti Pubblici; **5**. Conclusioni

1. Il ruolo del Giudice amministrativo sulle sorti del contratto pubblico, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione. Un'ipotesi di giurisdizione "innominata" di merito

Nei capitoli che precedono, si è descritta la rilevanza che ha assunto negli studi sul diritto amministrativo dell'attività contrattuale della Pubblica amministrazione, come ambito, per certi versi, a cavallo tra una disciplina puramente civilistica e una disciplina di carattere pubblicistico.

Tale difficile inquadramento dell'ambito oggetto di esame si riflette anche sulle norme processuali che regolano la giurisdizione del Giudice amministrativo sulle controversie attinenti ai contratti pubblici e, soprattutto, sui poteri da esso esercitabili sul negozio a fronte dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione.

Alla luce della disciplina codicistica in tema di poteri del G.A. sul contratto, contenuta negli artt. 121-124, c.p.a., si è sollevato un interessante

dibattito volto a precisare che natura abbia la giurisdizione esercitata dall'organo giurisdizionale amministrativo.

Tale dibattito, peraltro, risente anche degli orientamenti normativi provenienti dall'ordinamento europeo, dapprima con la Direttiva Ricorsi e poi con le nuove direttive del 2014 che, pur non fornendo indicazioni puntuali in termini di giurisdizione e disciplina processuale, possono comunque dettare delle linee di indirizzo per l'interpretazione della normativa interna. Tale punto sarà oggetto di specifica trattazione nei successivi paragrafi.

Tornando alla rappresentazione delle varie tesi che si sono succedute nel tempo circa la vera natura della giurisdizione esercitata dal G.A. in tema di contratti pubblici ed anche a fronte del chiaro disposto dell'art. 133, c.p.a., c'è chi ha sostenuto si tratti di un'ipotesi speciale e innominata di giurisdizione di merito.

Tale assunto si fonda sulla circostanza che "gli apprezzamenti che il giudice è chiamato a compiere implicano valutazioni sostitutive dell'attività amministrativa", non soltanto alla luce di quanto contenuto nella legge delega (art. 44, lett. h) n. 88/2009¹¹³, ma anche dopo che nel Codice del processo amministrativo le controversie in tema di contratti pubblici sono state ricomprese nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva.

A sostegno di tale interpretazione, si afferma che al giudice amministrativo è attribuito, soprattutto con riguardo al potere discrezionale di bilanciare le esigenze private con quelle connesse ad un interesse generale, "anche il potere-dovere di esercitare un'attività di valutazione dell'interesse pubblico sostitutiva di quella che potrebbe essere svolta dall'amministrazione", e cioè "proprio

¹¹³ Così R. CAPONIGRO, Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto, in Foro amm. – CdS, 2009, 2450.

quella scelta discrezionale attinente ai profili di opportunità e convenienza dell'agire amministrativo che costituisce il 'cuore' del merito amministrativo".

Anche in virtù delle consiredazioni appena esposte, la soluzione positivizzata dal Codice del processo amministrativo è stata fortemente criticata¹¹⁴ poiché sostanzialmente in contrasto con quanto già ndicato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella pronuncia del 2008 già analizzata, oltre che da quanto prescritto nella legge delega di introduzione del Codice, per poi trovare conferma nei contenuti invasivi del potere attribuito al giudice dagli artt. 121 e ss., c.p.a.

A tal riguardo, autorevole indirizzo dottrinale¹¹⁵, ha giustificato l'esclusione di questo contenzioso dall'ambito della giurisdizione di merito in virtù della restrizione dell'area di giurisdizione di merito configurata dal c.p.a., riflesso del consistente aumento di poteri cognitori e di giudizio nell'ambito delle ulteriori forme di giurisdizione attribuita al G.A.

In questo senso, si è detto che non rileva tanto che i poteri che esercita il G.A. nella materia dei contratti pubblici non siano equivalenti a quelli esercitati negli ambiti devoluti allo stesso dalla giurisdizione di merito, ma che, più radicalmente, si andrebbe ridimensionando la nozione stessa della giurisdizione di merito, e, di conseguenza, il suo ambito di estensione, definito dagli artt. 7, comma 6, e 34, comma 1, lett. *d*), c.p.a.

¹¹⁴ Cfr. R. POLITI, *Il contenzioso in materia di appalti: dal recepimento della Direttiva ricorsi al Codice del processo amministrativo*, al sito www.giustizia-amministrativa.it; oltre a R. CAPONIGRO, *opp. citt.* alle precedenti note 23 e 24; ed a M. SANINO, *Aggiudicazione illegittima e inefficacia del contratto, cit.*, 1580, secondo il quale la penetrante valutazione compiuta dal giudice amministrativo sulle vicende contrattuali, ovvero l'apprezzamento della congruità di una sanzione pecuniaria in alternativa ad una pronuncia di inefficacia del contratto, inducono a pensare che, nei casi in parola, "la consistenza della giurisdizione sia davvero estesa al merito dell'assetto degli interessi tra le parti contendenti".

¹¹⁵ Cfr. E. FOLLIERI, op. cit., 1075 e; in senso conforme G. TROPEA, op. cit., 1032-1033.

Un altro orientamento, inoltre, ha precisato che la giurisdizione di merito risulta "difficilmente compatibile con la cognizione di diritti soggettivi" ¹¹⁶ e che nella fattispecie essa non ricorre in quanto ha ad oggetto non già un atto amministrativo, ma un contratto ¹¹⁷.

Ciò non toglie che lo stesso orientamento ha poi confermato che il complesso e composito sindacato esercitato dal G.A. abbia comunque ad oggetto "valutazioni di opportunità e convenienza che sono il tratto tipico del merito amministrativo, normalmente non sindacabile nella sede della legittimità" ¹¹⁸.

Si rileva, inoltre, che questa tesi è stata, poi, confermata sia da parte della giurisprudenza¹¹⁹ sia, successivamente, dalla dottrina¹²⁰.

¹¹⁶ Cfr. M. LIPARI, *Il recepimento della direttiva ricorsi, il nuovo processo super accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010,* in *Foro amm.-TAR, Osservatorio* n. 1/2010, LXXXII- LXXXIII, che comunque evidenzia l'assegnazione al giudice amministrativo di forti poteri di ufficio comprendenti una valutazione di "vera e propria opportunità sulla conservazione del contratto". *Contra,* invece, F. SAITTA, *La dichiarazione di inefficacia del contratto, cit.*, § 4, 4, il quale obietta che, viceversa, la recente scelta del legislatore di devolvere alla giurisdizione, al contempo esclusiva (per espressa previsione dell'art. 21-*septies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990) e di merito (in quanto la sede in cui si affrontano simili questioni è il giudizio di ottemperanza), l'azione di nullità per violazione e/o elusione del giudicato dimostra la piena compatibilità tra sindacato esteso al merito e diritti soggettivi.

¹¹⁷ Cfr. G. GRECO, Illegittimo affidamento dell'appalto, cit., 738.

¹¹⁸ Così P. CARPENTIERI, op. cit., 23-24, e nota 61, ove l'A. – dopo essersi rifatto a G. CORAGGIO, voce Merito amministrativo, in Enc. dir., vol. XXVI, Milano, 1976, 130 ss., ed a A. ROMANO TASSONE, Sulle vicende del concetto di "merito", in Dir. amm., 2008, 539 ss. - asserisce, conclusivamente, che se è vero che è precluso al giudice di legittimità di effettuare "una comparazione tra il grado di ragionevolezza di due scelte alternative, che rientra nel merito, riservato all'autorità amministrativa", come rilevato anche da Cons. Stato, sez. IV, 22 gennaio 1999, n. 53 (in Foro amm., 1999, 63), allora dovrebbe ritenersi che nel caso dei poteri del giudice sulla sorte del contratto, si abbia a che fare proprio con un caso del genere, di "valutazione comparativa di alternative lecite in base a criteri di convenienza e opportunità", anche rispetto all'interesse pubblico della stessa stazione committente, "ciò che sembrerebbe essere, per l'appunto, merito". Di recente, in termini, circa la tradizionale distinzione fra la categoria della legittimità e quella del merito, al fine anche di comprendere quanto di ciò che viene attualmente considerato come merito coincida veramente con i margini che la legge 'riserva' all'amministrazione, cfr. A. TRAVI, Presentazione di E. GARCIA DE ENTERRIA, Le trasformazioni della giustizia amministrativa (Madrid, 2007), traduzione italiana, Milano, 2010, XV-XVI. 119 Cfr. T.a.r. Lazio-Roma, sez. III bis, 16 giugno 2010, n. 18131, in www.giustamm.it, n. 6/2010, che sottolinea gli incisivi poteri attribuiti al giudice "in ordine alla valutazione, all'opportunità ed alla convenienza di mantenere l'efficacia del contratto stipulato ovvero di porla nel nulla eventualmente con effetto retroattivo"; nonché Cons. St., sez. III, 19 dicembre 2011, n. 6638, in www.giustizia-

Infine, si intende soffermare l'attenzione su un ulteriore indirizzo che, suggerendo una ricostruzione più attuale ed aggiornata della giurisdizione di merito, afferma come tale tipo di giurisdizione si caratterizzerebbe "non più per la circostanza che il giudice amministrativo compirebbe in essa valutazioni di opportunità, o conoscerebbe pienamente e direttamente del fatto (il che avverrebbe, ormai, anche nella giurisdizione generale di legittimità), ma per la circostanza che essa ricorrerebbe essenzialmente in quei casi in cui eccezionalmente si rende necessaria una contestualità tra la tutela delle situazioni di interesse legittimo dei privati e la tutela delle ragioni dell'interesse pubblico"; esattamente come avviene nelle ipotesi di cui agli artt. 121 ss. c.p.a., in materia di stipulazione di contratti di appalto pubblico, in cui si tende a "conformare alla misura di tutela delle ragioni del privato le ragioni dell'interesse pubblico obiettivo"¹²¹.

amministrativa.it, secondo la quale – dal momento che è attribuito al giudice dell'ottemperanza anche la cognizione della pretesa a conseguire l'aggiudicazione dell'appalto in termini di risarcimento in forma specifica, non può dubitarsi che la cognizione dello stesso si estenda in tal caso anche all'accertamento costitutivo della relativa condizione, data dall'inefficacia del contratto a séguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, disposto nella precedente fase di cognizione; tanto perché la richiesta di tutela risarcitoria in forma specifica si esplica e realizza appunto con la domanda di caducazione del contratto d'appalto concluso in attuazione della gara svoltasi con procedura illegittima - sono da ricondurre alla giurisdizione di merito (di cui all'art. 134, comma 1, lett. *a*, c.p.a.) "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".

¹²⁰ Cfr. E. STICCHI DAMIANI, Annullamento dell'aggiudicazione, cit., 263-264, secondo il quale a questo punto potrebbe aprirsi un ampio di battito circa la "possibile amministrativizzazione del giudice", che, nella concreta ponderazione degli interessi antagonisti, sembra potersi avvalere di "una discrezionalità più propriamente pertinente all'esercizio del potere amministrativo". Ed in proposito conclude: "che si tratti di un potere sostanzialmente di merito limitato dal solo parametro della ragionevolezza non sembra possibile dubitare; e però non sembra trattarsi di un potere 'nuovo' essendovi vari esempi di attribuzione al giudice di valutazione discrezionale di carattere concreto e specifico". E sarebbe ipotizzabile, forse, anche un parallelo con la volontaria giurisdizione, che è un caso "classico" di amministrazione affidata ad organi giudiziari.

¹²¹ Così A. POLICE, Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo, in Studi in onore di Alberto Romano, Napoli, 2011, vol. II, 1437 ss., spec. 1450-1452; ID., Le forme della giurisdizione, in F.G. SCOCA (a cura di), Giustizia amministrativa, IV ed., Torino, 2011, 105. Da ultimo, si tenga presente il parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato 25 gennaio 2010, cit., 66, ove si legge – come visto - che le controversie in questione hanno ad oggetto "aspetti di natura civilistica"

Ovviamente, gli indirizzi in commento, relativi alla sussistenza di una giurisdizione 'innominata' di merito non è esente da critiche. Innanzitutto, tale indirizzo si pone in contrasto con il criterio interpretativo letterale di cui all'art. 133, comma 1, lett. *e*.1), c.p.a. che parla di giurisdizione esclusiva e non di merito.

Inoltre, tale tesi non tiene conto del principio della tassatività dei casi di giurisdizione estesa al merito¹²², così come prescritto dall'art. 7, comma 6, c.p.a.: tra le materie devolute a tale giurisdizione (elencate nell'art. 134 dello stesso codice), infatti, non è in alcun modo contemplato il caso qui in esame¹²³.

In definitiva, risulta difficile sostenere che nella recente disciplina processuale in tema di contratti pubblici, si sia in presenza di una giurisdizione di merito "innominata"¹²⁴.

inerenti l'effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto che mal si conciliano con l'esercizio dei poteri della giurisdizione di merito

¹²² Cfr., per tutte, al riguardo Cons. St., sez. IV, 10 ottobre 2007, n. 5310, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹²³ Osservazione, quest'ultima, condivisa da M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione, cit.*, § 7, secondo cui nel codice "l'elenco delle tassative ipotesi di giurisdizione di merito non fa alcun cenno alle controversie in materia di inefficacia del contratto".

¹²⁴ Cfr. M. LIPARI, *ibidem*. Infine, contro la ricostruzione della giurisdizione in questione in termini di giurisdizione di merito, in cui il giudice amministrativo, sostituendosi all'amministrazione, potrebbe, in via del tutto eccezionale, valutare discrezionalmente "circa l'opportunità di tenere in vita un certo contratto", si è espresso F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici, cit.*, 22-23, il quale tuttavia obietta, in maniera che non appare in verità del tutto pertinente, che "la p.a. non ha il potere di decidere sulle sorti dei negozi giuridici privati

2. Segue. Un'ipotesi "speciale" di giurisdizione esclusiva

Una volta descritte le insormontabili censure alla tesi che configura la giurisdizione del Giudice amministrativo in tema di contratti pubblici quale giurisdizione innominata di merito, si intende soffermare l'attenzione su un'interpretazione più approfondita del dato legislativo, caratterizzato dall'art. 133, c.p.a., il quale riconduce alle materie di giurisdizione esclusiva anche le controversie oggetto di analisi; in questo senso, è stato affermato che l'attribuzione al giudice amministrativo della sola giurisdizione esclusiva di legittimità comporta una rilevante complessità del sindacato di tale organo giurisdizionale, anche sul contratto, valutando una importante serie di elementi¹²⁵.

Si tratta, infatti, di un sindacato particolarmente incisivo su tutti gli aspetti della controversia, di fatto, tecnici e di opportunità, nonché sulle conseguenti misure da adottare, potendo addirittura far subentrare un altro contraente privato a quello originariaente individuato a valle della selezione pubblica.

In questo senso, alcuni autori hanno parlato di una giurisdizione di legittimità, ma "piena", sia con riferimento al potere di accertamento completo

¹²⁵ Tra i quali – come ben sintetizzato da E. FOLLIERI, *op. cit.*, 1075 ss. - sono da annoverare, tra gli altri: la gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto (art. 245-*bis* d.lgs. n. 163/2006, introdotto dall'art. 9 d.lgs. n. 53/2010, e art. 121 c.p.a.); il mantenimento degli effetti del contratto qualora lo richiedano "esigenze imperative connesse ad un interesse generale" (art. 245-*bis*, secondo comma, d.lgs. n. 163/2006, cit., e art. 121 c.p.a.); fuori dei casi di dichiarazione necessaria di inefficacia del contratto (o di applicazione delle sanzioni alternative qualora si ritenga, in via eccezionale, di non dichiarare la inefficacia necessaria), gli interessi delle parti, l'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, lo stato di esecuzione del contratto e la possibilità di subentrare nel contratto, *ai fini della dichiarazione (eventuale) di inefficacia del contratto*.

esercitato dal giudice, sia con riguardo all'indagine volta ad assicurare al ricorrente l'utilità cui aspira con l'introduzione del giudizio innanzi al G.A.¹²⁶.

Come osservato da un attento studioso, "la particolare materia oggetto di questa giurisdizione esclusiva pone, insomma, i poteri cognitori del giudice su un piano di specialità e di diversità rispetto alle altre materie, pure rientranti nella giurisdizione esclusiva"¹²⁷.

In questi termini, si è specificato che il giudice amministrativo è chiamato a riempire di contenuti quei "concetti giuridici indeterminati" enunciati dalle

¹²⁶ In argomento cfr. A. POLICE, *Le forme della giurisdizione*, cit., 121 ss. e, *amplius*, dello stesso A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Padova, 2000 e II, Padova, 2001, il quale prospetta una visione unificante delle giurisdizioni amministrative, che mirano ad assicurare una tutela piena della situazione giuridica soggettiva fatta valere dal ricorrente, mentre il tipo di giurisdizione tende a divenire irrilevante. Cfr. altresì A. FABRI, *Giurisdizione esclusiva: i modelli processuali*, Torino, 2002, secondo il quale – dopo un'attenta verifica - nelle varie materie di giurisdizione esclusiva i poteri del giudice amministrativo sono disciplinati diversamente e non è possibile fare riferimento ad un quadro di poteri giudiziali esattamente definito in via generale.

¹²⁷ Cfr. ancora E. FOLLIERI, *op. cit.*, 1076, 1091, ad avviso del quale nella materia di cui ci stiamo occupando "si realizza quella conoscenza del rapporto di cui si discute da tempo". Sotto altro profilo,

occupando "si realizza quella conoscenza del rapporto di cui si discute da tempo". Sotto altro profilo, nel senso che le potenzialità di tutela conseguibili nella giurisdizione di merito sono ormai sostanzialmente raggiungibili nella giurisdizione di legittimità, in virtù di un penetrante sindacato sull'eccesso di potere, cfr. M. MAZZAMUTO, Art. 134, in A. QUARANTA – V. LOPILATO (a cura di), op. cit., 1094-1095. Secondo P. CARPENTIERI, op. cit., 28, 36, ancorché la conclusione sul punto in questione resti, allo stato, ancora perplessa (abbisognando di più significativi test giurisprudenziali, non ancora disponibili), sembra trattarsi di giurisdizione esclusiva speciale "potenziata" e "rafforzata" da attribuzioni di equità giudiziale correttiva e integrativa, con i tratti propri di un judicium bonae fidei, di romanistica reminescenza, e con una pronuncia dispositiva o determinativa del diritto del caso singolo, ciò che tipico del giudizi di equità. In termini assai vicini all'opinione, sopra riferita, di E. Follieri, si esprime F. SAITTA, La dichiarazione di inefficacia del contratto, cit., § 4, 5, secondo cui il fatto che si sia in presenza di un'ipotesi di giurisdizione (soltanto) esclusiva non impedisce l'esistenza, nella specie di "profili di specialità", ben potendosi configurare una giurisdizione differente, sotto certi aspetti, da quella, pure esclusiva, esercitata in altre materie. La giurisdizione sul la sorte del contratto è, infatti, connotata dalla "pienezza dei poteri cognitori", indispensabile per l'adeguata considerazione di tutti gli interessi in contesa al fine di pervenire alla decisione sull'efficacia del contratto. Quest'ultimo A., op. ult. cit., con riferimento all'istituto della reintegrazione in forma specifica nella fattispecie de qua - di cui all'art. 124 c.p.a. rubricato "Tutela in forma specifica e per equivalente" che disciplina la "domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto" da parte dell'aggiudicatario escluso e vittorioso in giudizio - osserva ancora che anche la reintegrazione in forma specifica può ben essere disposta dal giudice amministrativo anche nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, operando anche in quella sede le valutazioni in ordine all'eccessiva onerosità per il pubblico interesse e per la collettività che, ex art. 2058 c.c., ostano, ad esempio, al subentro del concorrente pregiudicato dall'illegittima aggiudicazione nel rapporto contrattuale in corso.

nuove disposizioni, mediante approfondite valutazioni di carattere discrezionale¹²⁸.

In questo senso, allora e contrariamente a quanto sostenuto nella tesi precedentemente esposta, non è ipotizzabile una sostituzione del potere giurisdizionale dell'amministrazione nella cura dell'interesse pubblico, poiché le valutazioni sull'interesse generale sono state riservate dal legislatore direttamente al giudice¹²⁹.

In altri termini, i penetranti poteri concessi al Giudice amministrativo non si spiegano in virtù di una pretesa di sostituzione all'amministrazione nell'individuazione della decisione amministrativa, ma per scegliere le modalità di tutela processuale migliori per soddisfare il bene della vita a cui il ricorrente aspira, in un'ottica costituzionalmente orientata di garanzia del principio di effettività della tutela giurisdizionale¹³⁰.

In definitiva, con l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di dichiarare l'inefficacia del contratto, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione definitiva, è stato affidato a tale "il compito di valutare se ed entro quali limiti il prioritario interesse al ripristino di una situazione di concorrenza

¹²⁸ Così F. LIGUORI, Appunti sulla tutela processuale e sui poteri del giudice, cit., secondo cui "occorre considerare come non sia affatto detto che una valutazione comparativa degli interessi debba necessariamente implicare una valutazione riconducibile al merito", poiché "anche il codice civile (artt. 2058, 2933) detta disposizioni che subordinano la pronuncia del giudice a presupposti quali la possibilità, l'eccessiva onerosità, il non contrasto con l'interesse nazionale". In senso conforme A. CARULLO, op. cit., 1016-1017, e F. SAITTA, La dichiarazione di inefficacia del contratto, cit..

¹²⁹ Cfr. F.G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, n. 2/2011, § 2.3; G. Greco, *Illegittimo affidamento dell'appalto*, *cit.*, 738. In giurisprudenza cfr. C.G.A. Sicilia, sez. giur., 26 luglio 2006, n. 440, in *Giust civ.*, 2006, 2671, secondo cui "l'attribuzione al giudice amministrativo di una giurisdizione che si estenda al merito del provvedimento emanando (dallo stesso giudice) – al di fuori della peculiare ipotesi del giudizio di ottemperanza e, in questo caso, persino senza un'espressa attribuzione di legge – sembra violare, insieme ai principi costituzionali di divisione dei poteri e di buona amministrazione, anche il principio della terzietà del giudice".

¹³⁰ Così L. LAMBERTI, *op. cit.,*, e 386, la quale pure conviene che non appare condivisibile qualificare la giurisdizione in parola come giurisdizione di merito, trattandosi invece di una giurisdizione esclusiva di (sola) legittimità ma "differente da quella pure esclusiva esercitata in altre materie".

effettiva" attraverso la misura specifica – coincidente con l'interesse all'attuazione della pretesa – debba cedere il passo all'"interesse – del pari di rilevanza comunitaria – alla stabilità dei rapporti contrattuali", ossia "si tratta di graduare la condanna dell'amministrazione, senza compiere alcuna valutazione di opportunità"¹³¹.

I principi che devono guidare il giudice amministrativo nell'analisi del caso concreto sottoposto alla sua attenzione, dunque, non possono che essere quelli costituzionalmente previsti anche dall'art. 111 Cost, relativamente all' imparzialità, ragionevolezza e proporzionalità¹³².

L'elemento essenziale, allora, è come il giudice amministrativo si ponga a fronte delle cd. "clausole generali" o "concetti giuridici indeterminati"¹³³, ad esempio, relativamente al se un annullamento d'ufficio sia stato disposto "entro un termine ragionevole" (art. 21- nonies della stessa legge); o quando deve decidere un'istanza cautelare (art. 55 c.p.a.), effettuando una comparazione di interessi, con riguardo anche all'interesse generale.

cfr. A. ANGIULI, *op. cit.*, 900-901, la quale rileva, altresì, che l'attribuzione di giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo in ordine alla "privazione degli effetti" del contratto, sta ad indicare che "la pretesa sostanziale dell'operatore economico in materia va fatta valere immediatamente; che la relativa controversia deve esser definita con altrettanta celerità; che le regole processuali devono essere strutturate in modo da evitare la progressione del procedimento con la stipula del contratto in un ambito di sospetta illegittimità". L'A. osserva inoltre (*op. cit.*, 910) che la figura contrattuale risultante da una disciplina così tipicamente caratterizzata – qual'è quella che scaturisce dagli artt. 121 ss. c.p.a. – presenta molteplici analogie con il "contrat administratif" dell'ordinamento francese (e *ivi* dottrina francese citata al riguardo).

¹³² Cfr. G. GRECO, Illegittimo affidamento dell'appalto, cit., § 5, il quale ammette quindi, da un lato, la sostenibilità di un'interpretazione delle disposizioni in parola compatibile con il giudizio di legittimità, e, dall'altro, la sussistenza di vari profili di assimilazione tra il caso de quo e l'art. 2058, comma 2, c.c. Nello stesso scritto, § 4, nota 28, l'A. sostiene pure – ma la tesi non è condivisa da F. SAITTA, La dichiarazione di inefficacia del contratto, cit., § 4, 5 – che, a differenza delle ipotesi di cui all'art. 2058, comma 2, (Risarcimento in forma specifica), ed all'art. 2933, comma 2, c.c. (Esecuzione forzata degli obblighi di non fare), ecc., nel caso che ci occupa non v'è neppure la regola cui il giudice deve attenersi allorché i parametri normativi siano in tutto o in parte sussistenti. Sul principio di proporzionalità è d'obbligo il richiamo a F. MERUSI, Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo, in Riv. trim. dir. pubbl., 1974, 359 ss.

¹³³ Cfr. A. TRAVI, Lezioni di giustizia amministrativa, cit., 354-355

Tale orientamento, pertanto, sostiene che si tratti, in sostanza, di effettuare valutazioni discrezionali attribuite al giudice in luogo dell'amministrazione committente, ma che "non fuoriescono dall'ambito della giurisdizione esclusiva di sola legittimità e che comportano un sindacato giudiziale diretto sul contratto stipulato e l'esercizio del potere di pronunciare una sentenza dichiarativa della sua inefficacia" ¹³⁴.

¹³⁴ Cfr. R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva, cit.*, osserva che la declaratoria di inefficacia del contratto presenta "connotati spiccatamente discrezionali" quando il giudice è chiamato a fare una precisa scelta tra la permanente efficacia o la declaratoria di inefficacia "negli altri casi" di cui all'art. 122 c.p.a. In termini analoghi si pronuncia C. SGUBIN, *Commento agli artt.* 120-125, in E. PICOZZA, (a cura di), *Codice del processo amministrativo* (*D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, commento articolo per articolo*), Torino, 2010, 242 ss., 244, 283, secondo cui negli altri casi (ex art. 122 c.p.a.) si ha "una sorta d'inversione della sanzione, tale per cui l'inefficacia non è più tassativamente prevista ma diventa una valutazione discrezionale del Giudice, tenendo conto degli interessi dell'aggiudicatario. La norma impone al Giudice di bilanciare gli interessi coinvolti, e cioè l'interesse pubblico alla prosecuzione senza interruzioni dell'esecuzione del contratto rispetto all'interesse dell'operatore economico ricorrente ad eseguire senza ritardo la propria prestazione".

3. Il ruolo del Giudice amministrativo nell'ambito dei contratti pubblici, alla luce delle indicazioni provenienti dall'ordinamento europeo. La direttiva n. 2007/66/CE.

Le importanti riflessioni descritte nei paragrafi precedenti circa la natura ed i caratteri essenziali della giurisdizione del Giudice amministrativo nella materia dei contratti pubblici devono essere integrate anche dalle indicazioni fondamentali provenienti dall'ordinamento europeo.

In primo luogo, allora, si ritiene utile soffermare l'attenzione sulla direttiva n. 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007, che, nonostante si disinteressi 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".

In rima battuta, allora, ci si chiedeva se la scelta di affidare al giudice amministrativo le controversie in materia di privazione degli effetti del contratto fosse imposta o quantomeno suggerita dal legislatore comunitario. In realtà, dalla mera lettura del testo della direttiva non sembrano esserci disposizioni a tal punto specifiche da legittimare una sorta di imposizione, dal momento che come da tradizione nell'ordinamento europeo, il Legislatore dell'Unione europea ha lasciato alla libera scelta degli Stati membri di

individuare il giudice competente, senza tuttavia transigere circa il rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

In tal senso, nella direttiva è chiaramente evincibile come la pronuncia con cui quello l' "organo di ricorso indipendente" delibera la perdita di efficacia del contratto non può essere automatica, ma deve essere il frutto di una scelta ponderata sulla base dei vari e diversificati interessi coinvolti. 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 il rispetto del principio di effettività, non ha detto esplicitamente che la soluzione per il raggiungimento di tale obiettivo fosse la concentrazione delle tutele presso un solo giudice, ma è chiaro un sistema rigidamente imperniato sul dualismo tra Giudice ordinario e Giudice amministrativo, come nel sistema previgente al Codice del processo amministrativo, non potesse essere considerato conforme ai dettami del Legislatore europeo, né con il principio costituzionale della ragionevole durata del processo.

Ne consegue, ad un primo livello di analisi, 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. A ben vedere, tale scelta e il fondamento di essa è stata accolta con favore dal Consiglio di Stato che, nell'ambito del parere¹³⁵ formulato sullo schema del decreto legislativo, ha ritenuto che la direttiva ora in commento debba essere

¹³⁵ Cons. Stato, Comm. spec., par. 1 febbraio 2010, n. 368/2010.

interpretata 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".

3.1 Segue. Le indicazioni provenienti dalle nuove direttive europee del 2014

Come già chiarito nel capitolo precedente, il Legislatore europeo non si occupa di individuare l'organo giurisdizionale dinanzi al quale devono essere trattate le controversie in tema di contratti pubblici; tuttavia, gli indirizzi normativi provenienti dall'ordinamento europeo sono di fondamentale importanza anche per comprendere quali caratteri e quali esigenze devono essere rispettate per garantire una effettiva tutela giurisdizionale.

Con riguardo alle nuove direttive europee in tema di contratti pubblici, si evidenzia, innanzitutto, che anche in tal caso non vi sono disposizioni specificatamente inerenti l'assetto processuale della materia o prescrizione di ordine processuali che gli Stati membri debbano rispettare.

Ciò non toglie, ai fini che interessano, che da tali interventi normativi possano trarsi importanti considerazioni con riferimento al ruolo del Giudice amministrativo nell'ambito della materia contrattualistica pubblica.

Nel primo capitolo del presente lavoro, in particolare, si era evidenziato un mutamento di approccio del diritto europeo alla materia dei contratti pubblici, non più vista soltanto come insieme di regole ispirate ad una logica concorrenziale ed idonee a favorire la parità di trattamento tra gli operatori economici nell'allocazione di risorse pubbliche, ma come vero e proprio stimolo di crescita sociale, tecnologica, ambientale e anche economica; in altri termini, si è sottolineato come la fissazione di norme e principi volti a regolare l'acquisizione di beni e servizi da parte della Pubblica amministrazione sul mercato sia necessaria non più soltanto per esigenze di integrazione puramente economica tra gli Stati, ma anche per la realizzazione di valori

comuni ulteriori, quale quello di tutela dell'ambiente, di sviluppo sostenibile, di integrazione sociale e di innovazione.

Tali ulteriori valori devono, per la prima volta con le nuove direttive, misurarsi anche con riferimento al contratto pubblico e alla fase della sua esecuzione.

Il tema dell'esecuzione del contratto pubblico, infatti, è stato sempre considerato marginale, o quantomeno secondario, dal Legislatore europeo, il quale gli dedicava solo poche norme della direttiva precedentemente in vigore in tema di appalti pubblici, ed era priva di una disciplina organica che ne delineasse gli aspetti e caratteristiche fondamentali¹³⁶.

Tale indifferenza trovava la sua ragion d'essere nella circostanza per cui la normativa comunitaria dei contratti pubblici era preordinata esclusivamente alla disciplina della procedura di selezione del contraente da parte della stazione appaltante, in un'ottica volta al perseguimento dei principi di concorrenza, trasparenza e non discriminazione. Oltre che nello stesso titolo della direttiva 2004/18/CE del Parlamento e del Consiglio del 31 marzo 2004¹³⁷, tale indifferenza trova conferma nella struttura complessiva dell'intervento normativo appena menzionato, in cui spicca l'assenza di un capo dedicato esclusivamente alla fase di esecuzione del contratto.

e ss. Sul piano dell'elaborazione normativa e dottrinale interna in tema di esecuzione del contratto pubblico, peraltro, si veda A. Giannelli, Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici, Editoriale scientifica 2012, secondo cui "Alla fase di esecuzione, viceversa, è stata riservata da parte della letteratura scientifica, un'attenzione piuttosto sporadica. Questa circostanza si associa, peraltro, ad un limitato interesse mostrato dallo stesso legislatore rispetto al segmento della vicenda negoziale che segue la procedura di individuazione del contraente". Sul tema, in generale, si vedano anche R. Villata, I contratti pubblici di lavori servizi e forniture, Cedam, 2014; C. Franchini, F. Sciaudone (a cura di), Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni: elementi critici e opportunità, Editoriale scientifica, 2015; C.E. Gallo (a cura di), Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014, Torino, Giappichelli, 2014.

Nonostante l'atteggiamento indifferente dimostrato dal Legislatore comunitario circa la fase di esecuzione del contratto pubblico, la Corte di Giustizia Europea è intervenuta in più occasioni a sottolineare che il diritto europeo e i valori da esso desumibili assumono rilevanza anche successivamente all'aggiudicazione della gara e alla stipula del contratto da parte dell'impresa aggiudicataria, soprattutto nei casi di modifica dell'assetto contrattuale predeterminato dall'amministrazione aggiudicatrice in esito alla procedura di selezione.

Segnatamente, con la decisione *Altmark*¹³⁸, il Giudice europeo afferma che la possibile violazione del principio di divieto di aiuti di Stato non è riscontrabile nella sola fase di aggiudicazione e che di conseguenza anche le modifiche dei termini contrattuali successivi all'aggiudicazione devono essere esaminate alla luce di quanto prescritto dagli artt. 107 e ss. TFUE; in altri termini, la distorsione del principio di concorrenza è sempre valutabile non soltanto durante le operazioni di scelta del contraente privato, ma anche nel corso dell'intera vita del contratto, compresa la sua esecuzione. Analogamente, nella sentenza *Succhi di frutta*¹³⁹, la Corte di Giustizia precisa che i principi di parità di trattamento tra gli offerenti e di trasparenza devono essere perseguiti dalla stazione appaltante non solo durante le fasi di valutazione delle offerte presentate, bensì fino al termine dell'esecuzione del contratto di cui si tratta¹⁴⁰.

¹³⁸ Decisione C(2002) 3578 del 2 ottobre 2002, *United Kingdom Underground Public Private partnership*. ¹³⁹ C. giust. CE, 29 aprile 2004 (causa C – 496/99P).

¹⁴⁰ Cfr. Punti 115 e 116, secondo cui "In un simile contesto spetta conseguentemente alla Commissione, nella sua veste di autorità aggiudicatrice, rispettare rigorosamente i criteri da essa stessa fissati non solamente nel corso della procedura di appalto come tale, che ha ad oggetto la valutazione delle offerte e la scelta dell'aggiudicatario, ma, più in generale, fino al termine della fase di esecuzione dell'appalto di cui si tratta. Se, dunque, un'offerta che non sia conforme alle condizioni fissate deve, come è evidente, essere scartata, non per questo l'autorità aggiudicatrice è autorizzata ad alterare l'economia generale dell'appalto modificando successivamente e unilateralmente una delle condizioni essenziali dello stesso e, in particolare, una disposizione

Ancor più recentemente, nel caso *Pressetext*¹⁴¹, il Giudice europeo si spinge a verificare se una modifica del contratto di appalto pubblico introdotta successivamente all'aggiudicazione e durante l'esecuzione dello stesso possa essere qualificata non come semplice modifica, ma come vera e propria risoluzione dell'originario contratto e conclusione di uno nuovo, in palese violazione del principio di concorrenza; anche in tal caso, quindi, la Corte ribadisce che il diritto europeo deve essere preso a parametro di legittimità anche durante la fase di esecuzione del contratto pubblico, assoggettata ai medesimi valori informanti la disciplina comunitaria degli appalti pubblici.

Le direttive 2014/23/UE 2014/24/UE 2014/25/UE costituiscono il punto di approdo del percorso descritto sommariamente nei paragrafi che precedono; costituiscono, come visto, espressione di una scelta politica tesa al perseguimento di principi e valori non più soltanto di impronta marcatamente economica (come quello di libera concorrenza, parità di trattamento e libera circolazione delle merci), ma riguardanti anche la sostenibilità ambientale, l'occupazione e l'inclusione sociale.

Per quanto d'interesse nel presente lavoro, tale scelta di tipo prettamente politico è emblematicamente esplicitata già nei consideranda delle nuove direttive laddove si afferma che "l'articolo 11 TFUE impone che le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente siano integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile. La presente direttiva chiarisce in che modo le amministrazioni aggiudicatrici possono contribuire alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello

che, se presente nel bando di gara, avrebbe consentito agli offerenti di presentare un'offerta sostanzialmente differente".

¹⁴¹ C. giust. CE, 19 maggio 2008, (causa C – 454/06).

sviluppo sostenibile, garantendo loro la possibilità di ottenere per i loro appalti il migliore rapporto qualità/prezzo"¹⁴²; in altri termini, la disciplina in tema di contratti pubblici è vista come uno degli strumenti principali per realizzare la politica dell'Unione in tema di ambiente, cercando di contemperare due distinte esigenze: perseguire i valori della tutela dell'ambiente e della promozione dello sviluppo sostenibile, mediante l'integrazione della tematica ambientale in tutto il ciclo di vita del contratto e, al contempo, garantire comunque alle pubbliche amministrazioni la possibilità di acquisire una prestazione caratterizzata dal migliore rapporto qualità/prezzo.

Proprio in virtù della strumentalità della normativa in tema di contratti pubblici alla realizzazione delle politiche europee in tema di ambiente, si spiega la particolare attenzione che il Legislatore europeo ha dedicato alla fase di esecuzione del contratto, come ulteriore momento di attuazione e verifica di determinati valori comuni¹⁴³; tale attenzione emerge chiaramente sin dai principi generali espressi dalle direttive.

Ci si riferisce, innanzitutto, all'introduzione del concetto di ciclo di vita del contratto. Tale concetto abbraccia "tutte le fasi consecutive e/o interconnesse, compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del

¹⁴² Cfr. Considerando 91 della direttiva 24/2014/UE.

¹⁴³ Cfr., a tal proposito, anche quanto contenuto nel Libro Verde della Commissione cit. in precedenza, secondo cui "alcuni problemi che si verificano durante la fase di esecuzione dell'appalto possono (...) avere gravi conseguenze in relazione alla non discriminazione degli offerenti e in relazione alla solidità degli acquisti pubblici in generale". Ancora, si veda L. Arecchi, La tutela delle esigenze ambientali, sociali ed occupazionali nelle nuove Direttive in materia di contratti pubblici, secondo cui "data la trasversalità delle politiche sottese alle esigenze sociali, ambientali ed occupazionali, nonché il ruolo attribuito ai contratti pubblici nella loro implementazione, oltre che nel perseguimento degli obiettivi di Europa 2020, l'intervento normativo non può che essere di tipo trasversale, affinché la disciplina prevista abbracci in sé tutta la procedura di aggiudicazione, fin dai principi generali, e tutto il ciclo di vita del contratto ed in tal modo sia possibile anche preservare il sistema da possibili forme elusive e garantire al contempo il perseguimento di politiche a tutela di interessi di rango primario".

lavoro o della prestazione del servizio, dall'acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, allo smantellamento e alla fine del servizio o all'utilizzazione"¹⁴⁴; ebbene, come emerge da una mera interpretazione letterale della definizione appena trascritta, con la nozione di ciclo di vita, il Legislatore europeo ha inteso sottoporre alle regole e ai principi imposti dalle direttive l'intera prestazione oggetto del contratto, dalla fase di realizzazione a quella di utilizzazione, al fine di integrare i valori con esse perseguiti anche oltre la mera scelta del contraente privato.

Le considerazioni sin qui sommariamente esposte non possono essere considerate del tutto irrilevanti anche per l'oggetto del presente elaborato, relativo ai poteri del Giudice amministrativo sul contratto pubblico.

Infatti, si ritiene che l'attenzione posta dalle nuove direttive circa gli ulteriori valori che devono essere rispettati dagli operatori economici anche nella fase dell'esecuzione del contratto spingano sempre più verso una tutela giurisdizionale unitaria ed effettiva.

Il minimo comun denominatore tra la Direttiva ricorsi e le direttive del 2014, infatti, è proprio quello di garantire che anche in sede giurisdizionale, un unico organo giurisdizionale possa garantire una tutela ispirata ai principi del giusto processo, cioè volta a realizzare un processo rapido, certo e processualmente economico, senza cioè frazionare la tutela giurisdizionale innanzi a giurisdizioni diverse.

La strada intrapresa dal Codice del processo amministrativo, pertanto, sembra collocarsi nella scia delle prescrizioni avanzate dal Legislatore europeo, in un'ottica di unificazione dei giudizi e di conferimento ad un unico organo

¹⁴⁴ Art. 2 direttiva 24/2014/UE.

giurisdizionale del potere di sindacare larga parte della materia dei contratti pubblici, dalla procedura di selezione del contraente al contratto stipulato, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

4. Prime riflessioni sul Nuovo Codice dei Contratti Pubblici

Il D.L.gs. n. 50 del 2016, recentemente approvato, ha recepito le Direttive europee poc'anzi esaminate.

Per quanto attiene specificatamente al tema oggetto della presente trattazione, tale intervento normativo sembra confermare l'impianto codicistico desumibile dagli artt. 121 e ss., c.p.a., dovendo, in ogni caso, attendere gli eventuali interventi correttivi per poter proporre una trattazione completa ed esaustiva.

Ciò non toglie, tuttavia, che il recente intervento normativo introduca un regime di impugnazione degli atti delle procedure pubbliche di affidamento assolutamente innovativo, la cui conformità alle norme e ai principi del Codice del processo amministrativo e della stessa Costituzione non appare scontata.

In particolare, l'art. 204, d.lgs. n. 50 del 2016, novellando l'art. 120 c.p.a., afferma che "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"

La disposizione in esame, quindi, tende a delimitare il termine di impugnazione dei provvedimenti di esclusione e ammissione alla gara dalla data di pubblicazione dell'elenco degli ammessi e degli esclusi, precludendo la possibilità di far valere tali vizi, anche a mezzo di ricorso incidentali, in fasi successive della gara.

Ebbene, ci si limita, in questa sede a sottolineare come dovrà essere valutata la rispondenza di tale impianto al principio immanente nel processo amministrativo e scolpito in diverse norme del Codice di procedura (D.Lgs. n. 104/2010) che attribuisce a ciascun soggetto l'onere di impugnare un provvedimento amministrativo in quanto vi sia una situazione di specifico interesse (e nel caso della gara di appalto, l'interesse alla contestazione dell'ammissione di altro concorrente viene in rilievo solo con l'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva della commessa) e purché tale soggetto abbia la possibilità di conoscere (mediante accesso) tutti gli atti e documenti presupposti all'adozione del provvedimento di ammissione alla gara; in altri termini, senza interesse a ricorrere e senza ostensione dei documenti e delle informazioni non può verificarsi una situazione di lesività.

5. Conclusioni

Al termine della presente ricerca, si intendono offrire delle riflessioni conclusive sul ruolo ricoperto dal Giudice amministrativo nella materia dei contratti pubblici, con particolare riferimento all'ipotesi della sorte del contratto successivamente l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione.

Come si è visto nella trattazione che precede, tutte le norme recentemente introdotte dal Codice del processo amministrativo, nonché gli indirizzi interpretativi desumibili dalla normativa europea, comportano l'attribuzione di una forte e penetrante discrezionalità del Giudice amministrativo circa le sorti del contratto pubblico, che, parte della dottrina qualifica addirittura come "speciale".

A parere di chi scrive, è sicuramente vero che dalle disposizioni di legge poc'anzi analizzate emerga un delicato "ruolo di valutazione comparativa di tutti gli interessi in gioco in capo al Giudice amministrativo; è pur vero, però, che, in un'ottica costituzionalmente orientata, un giudice non può diventare un 'amministratore', in quanto deve effettuare valutazioni non di opportunità politica ma prettamente giuridiche" basate sulla conoscenza del fatto e sull'applicazione della legge.

In questo senso si ritiene che i pur penetranti poteri attribuiti al Giudice amministrativo debbano comunque essere ricompresi nella cornice del sindacato di legittimità tradizionalmente ad esso attribuito.

¹⁴⁵ Cfr., ancora, R. DE NICTOLIS, op. ult. cit..

Sotto tale profilo, inoltre, un ruolo importante che pare assegnato al giudice amministrativo, anche alla luce delle riflessioni avanzate nel paragrafo precedente, risulta quello di una sorta di garante della legalità comunitaria, con riferimento alla tutela del primario valore della concorrenza e anche degli ulteriori valori a fondamento della nuova disciplina in tema di contratti pubblici.

Ci si deve interrogare, allora, se tale ruolo possa considerarsi in linea, da un lato, col dato costituzionale relativo ai principi di separazione dei poteri e del giusto processo e, dall'altro, con la logica impugnatoria che connota il giudizio amministrativo.

In questo senso, non può trascurarsi l'impatto che sul nostro ordinamento e sulla nostra tradizione giuridica hanno le diverse logiche europee, molto diverse da quelle interne¹⁴⁶ perché imperniate esclusivamente all'esigenza di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale e la realizzazione dei valori fondanti l'ordinamento europeo.

Il recepimento delle nuove direttive in tema di contratti pubblici, allora, può essere la giusta sede in cui interrogarsi anche sull'attualità dell'assetto giurisdizionale delineato dal Codice del processo amministrativo e se, nella materia dei contratti pubblici, ci sia bisogno di intervenire sui poteri dell'organo giurisdizionale per uniformarsi alle linee di indirizzo sancite dal diritto europeo.

¹⁴⁶ Così F. FRACCHIA, Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto, cit..