

UNIVERSITA' DI BOLOGNA

DOTTORATO DI RICERCA IN

“Istituzioni, mercati e tutele.

Indirizzo: diritto amministrativo”

– XXIV ciclo –

**Area 12 – Scienze giuridiche
12/D Macrosettore: Diritto
amministrativo e tributario
12/D1: Diritto amministrativo**

TESI DI DOTTORATO

**Annullamento della aggiudicazione e
inefficacia del contratto**

Presentata da

ROBERTA RINALDI

COORDINATORE

Prof. Franco Mastragostino

RELATORE

Prof. Giuseppe Caia

INDICE

Annullamento della aggiudicazione e inefficacia del contratto

CAPITOLO I

ANNULLAMENTO DELLA AGGIUDICAZIONE E SORTE DEL CONTRATTO NELL'ITER RICOSTRUTTIVO DELL'ISTITUTO

1. Impostazione della problematica e brevi cenni introduttivi
2. Annullamento in via giurisdizionale ed in via di autotutela del bando: effetti sulla aggiudicazione e tutela del terzo
3. Annullamento in via giurisdizionale ed in via di autotutela della aggiudicazione e sorte del contratto
4. La tesi della annullabilità del contratto
5. La tesi della nullità del contratto
6. La tesi della inefficacia relativa sopravvenuta del contratto
7. La tesi della caducazione automatica del contratto
8. L'intervento della recente giurisprudenza verso un nuovo modello ricostruttivo
9. La "direttiva ricorsi": un contributo decisivo alla costruzione dell'istituto (*cenni e rinvio*).

CAPITOLO II

PROSPETTIVE DI SVILUPPO RECENTI ED INTERVENTI CHIARIFICATORI

1. L'evidenza pubblica tra diritto interno e diritto comunitario.
Il ruolo pregnante della Comunità Europea: la Direttiva ricorsi e la necessaria conformazione del diritto interni ai principi in essa espressi
2. Annullamento della aggiudicazione e sorte del contratto nella recente codificazione legislativa
3. Il nuovo Codice del processo amministrativo: una riflessione in punto di giurisdizione in tema di appalti pubblici
4. Il ruolo del giudice amministrativo: una nuova veste e tanti interrogativi
 - 4.1. Introduzione nell'ordinamento di nuove forme di pregiudizialità amministrativa?
 - 4.2. Il rapporto tra tutela in forma specifica e tutela per equivalente

CAPITOLO III

DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO PRIVATO NEI CONTRATTI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

1. Categorie civilistiche e peculiarità della pubblica amministrazione
 - 1.1. Le categorie civilistiche della nullità, della annullabilità e della inefficacia del contratto nel rapporto con l'appalto pubblico
2. Appalto pubblico e appalto privato: punti di contatto e differenze alla luce del recente quadro normativo di riferimento
3. Il ruolo fondamentale dei principi generali dell'ordinamento giuridico
4. Conclusioni

BIBLIOGRAFIA

CAPITOLO I

ANNULLAMENTO DELLA AGGIUDICAZIONE E SORTE DEL CONTRATTO

NELL'ITER RICOSTRUTTIVO DELL'ISTITUTO

Sommario: 1. Impostazione della problematica e brevi cenni introduttivi – 2. Annullamento in via giurisdizionale ed in via di autotutela del bando: effetti sulla aggiudicazione e tutela del terzo – 3. Annullamento in via giurisdizionale ed in via di autotutela della aggiudicazione e sorte del contratto – 4. La tesi della annullabilità del contratto – 5. La tesi della nullità del contratto – 6. La tesi della inefficacia del contratto – 7. La tesi della caducazione automatica del contratto – 8. L'intervento della recente giurisprudenza verso un nuovo modello ricostruttivo – 9. La “direttiva ricorsi”: un contributo decisivo alla costruzione dell'istituto (cenni).

1. Impostazione della problematica e brevi cenni introduttivi

Una corretta collocazione della problematica oggetto del presente studio ed approfondimento suggerisce l'opportunità di prendere le mosse dalla analisi del procedimento contrattuale pubblico, ripercorrendo le tappe più salienti, dalla sua genesi e fino alla fase esecutiva¹.

¹ Per un inquadramento generale della problematica e per le questioni che si andranno ad affrontare, si veda la seguente bibliografia minima: Angiuli, *Consenso ed autorità nell'evidenza pubblica*, in *Dir. Amm.*, 1998, 167 ss; Barbieri, *Annullamento della gara pubblica ed annullamento del contratto: un problema di giurisdizione*, in *Riv. Trim. app.*, 2001, 721 ss; A. Buscema - S. Buscema, *I contratti della pubblica amministrazione*, Padova, 1987; Bardusco, *La struttura dei contratti della Pubbliche amministrazioni*, Milano, 1974; Benedetti, *I contratti della Pubblica Amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999; Bortolotti, *Contratti della pubblica amministrazione*, voce in *Dig. Disc. Pubbl.*, IV, 1989, p. 46 ss; Buonanno, *Perfezionamento del contratto d'appalto: il punto di vista dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*, in *Urb e app.*, 2002, pp. 1389; Carpentieri, *Aggiudicazione e contratto*, in www.giustizia-amministrativa.it; Cerulli

Occorrerà, quindi, partire dalla disciplina dell'evidenza pubblica che trova originariamente la sua fonte nella Legge Generale sulla contabilità dello Stato e nel regolamento di attuazione².

Molto è stato modificato nell'ordinamento nazionale da quelle "antiche" fonti normative, senza considerare, tra l'altro, il ruolo fondamentale in tal senso giocato dal diritto comunitario che ha coniato un modello di evidenza pubblica comunitaria autonomo, che a poco a poco è entrato nell'ordinamento nazionale, modificandolo in parte ed in parte affiancandosi ad esso, sia, dunque, attraverso le norme dallo stesso analiticamente dettate, sia in forza dei valori e dei principi di cui è portatore, primi fra tutti la

Irelli, *L'annullamento della aggiudicazione e la sorte del contratto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 1195; Gianflone – Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003; Cintioli, *Annullamento della aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico*, in www.giustizia-amministrativa.it; Corpaci, *Revoca e abrogazione del provvedimento amministrativo*, voce in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1997, XIII, 324 ss; Caringella – De Marzo (a cura di), *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, Milano, 2003; Fantini, *Gli effetti sul contratto dell'annullamento dell'aggiudicazione: profili di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Urb. e app.*, 2003, 751 ss; Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, 404 ss; Greco, *I contratti dell'amministrazione fra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986; Lipari, *Aggiudicazione, stipulazione ed approvazione del contratto*, in Villata (a cura di), *L'appalto di opere pubbliche* Padova, 2001; Manfredi, *Aggiudicazione e stipulazione dei contratti dell'amministrazione*, in *Serv. Pubbl. e app.*, 2003, pp. 88 ss.; Massera, *I contratti*, in Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte gen., II, Milano, 2000; Mele, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1993; Monteduro, *Illegittimità del procedimento ad evidenza pubblica e nullità del contratto d'appalto ex art. 1418, comma 1, c.c.: una radicale <<svolta>> della giurisprudenza tra luci e ombre*, in *Foro amm.*, TAR, 2002, p. 2591 ss; Muccio, *Mancata aggiudicazione e autotutela della P.A.*, in *Urb. e App.*, 1999, p. 509 ss; Scalera, *Verbale di aggiudicazione e perfezionamento del contratto*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it; Sticchi Damiani, in *La nozione di appalto. Riflessioni in tema di privatizzazione dell'azione amministrativa*, Milano, 1999, pp. 115 ss.

² La legge di contabilità pubblica è stata approvata con R. D. n. 2420 del 18/11/1923 ed il relativo Regolamento di attuazione con R. D. n. 827 del 23/5/1924.

libertà di concorrenza nel mercato e la *par condicio* fra i concorrenti.

In tema di procedimento contrattuale, due sono state le maggiori teorie dottrinarie che si sono confrontate nel tempo: la cd. “*teoria unitaria*” che sostiene la natura “mista” della procedura di evidenza pubblica; la “teoria pluralista” che, viceversa, teorizza l’esistenza di due procedimenti paralleli in cui si articolerebbe detto procedimento.

La prima, detta anche “teoria mista”, afferma che la procedura ad evidenza pubblica è composta da diversi atti amministrativi idonei a produrre un effetto negoziale, discutendosi se questi siano espressione di attività negoziale della PA, ovvero se siano posti nell’esercizio di un potere amministrativo.

Per la concezione pluralista, viceversa, i due procedimenti atterrebbero, l’uno, alla formazione della volontà contrattuale e sarebbe disciplinato da norme di diritto privato; l’altro, ad un procedimento amministrativo retto da norme di diritto pubblico, attraverso il quale la PA manifesta le ragioni di interesse pubblico sottese alla stipula di quel determinato contratto.

La concezione pluralistica, in realtà, non abbisogna di molti commenti, nel senso che porta agevolmente a dedurre che fino alla aggiudicazione è dominante la serie pubblicistica; dopo tale momento, certamente quella negoziale.

Più complessa è l’analisi dei riflessi dell’altra concezione, quella mista: essa, infatti, postula che la procedura ad evidenza pubblica avrebbe la funzione di regolare la formazione del consenso della pubblica amministrazione, sia rispetto al contenuto dell’accordo stesso, sia rispetto alla scelta del contraente. In questo modo, la citata teoria “legge” le diverse fasi del procedimento pubblicistico, oltre che con la lente del diritto pubblico, anche secondo le categorie del diritto privato relative alla formazione del contratto (e dunque il bando sarà qualificato come invito ad offrire;

l'offerta del privato come proposta contrattuale; l'aggiudicazione come accettazione della proposta; l'approvazione come condizione, sospensiva, del contratto stesso).

Tralasciando, in questa sede, l'esame delle singole fasi della procedura di evidenza pubblica (la delibera a contrarre, il bando, la gara), occorre però – ai fini della corretta impostazione della problematica che ci occupa - fare riferimento, almeno, alla natura giuridica della aggiudicazione e della successiva fase esecutiva della stipula del contratto.

Del resto, non ci pare si possa prescindere da questo, ove si vogliano comprendere a pieno le radici della questione che si analizza in questo lavoro. Non si può non cogliere, infatti, quanto possa essere metodologicamente fuorviante ambire ad analizzare le conseguenze sul contratto dell'annullamento giurisdizionale (e non) del provvedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico, senza aver prima compreso e chiarito quale sia la natura giuridica di questo atto e, di conseguenza, in che rapporto esso si ponga rispetto al contratto stesso.

E' noto quanto si sia dibattuto nel corso degli anni circa la natura giuridica del provvedimento di aggiudicazione e quanto ancora oggi si discuta, considerata anche la nuova linfa che all'istituto è stata data dopo l'entrata in vigore di talune disposizioni del nuovo codice degli appalti, prima, e del processo amministrativo, dopo, di cui si dirà.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale³, di stampo spiccatamente pubblicistico, alla aggiudicazione va riconosciuta natura provvedimento, essendo, essa, un atto con il quale, in sostanza, la pubblica amministrazione si limiterebbe a selezionare l'impresa con la quale, in un momento successivo, stipulerà il

³ Cfr. Cons. St. V, 25 maggio 1998, n. 677; Tar Sicilia, Catania, 10 settembre 1996, n. 1603.

contratto d'appalto, senza, con questo, però, manifestare alcun intento negoziale.

Secondo un diverso orientamento, invece, l'aggiudicazione avrebbe anche natura negoziale⁴, atteggiandosi, dunque, ad un tempo, a provvedimento conclusivo della procedura di gara e atto giuridico con cui la stessa amministrazione manifesta e formalizza la sua volontà di contrarre con quella impresa selezionata nella gara ed alle condizioni dalla stessa offerte.

La prevalenza di questa seconda opzione interpretativa si fonda essenzialmente sulla lettura dell'art. 16, comma 4, della legge di contabilità di Stato, secondo cui l'aggiudicazione tiene luogo del contratto "ad ogni effetto legale"⁵. E' certamente noto quanto questa disposizione normativa abbia condizionato l'interpretazione anche di altre fattispecie correlate alla aggiudicazione di un pubblico appalto (si pensi, ad esempio, ai riflessi sulla posizione giuridica soggettiva dell'aggiudicatario; alla distinzione tra aggiudicazione provvisoria e definitiva; ai termini di decadenza per la proposizione delle singole impugnative e del computo del medesimo termine; al riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario con riferimento al segmento in cui tracciare la linea di demarcazione della competenza dell'uno rispetto all'altro; alla disciplina dello *jus*

⁴ Cfr. Cons. St., IV, 7 settembre 2000, n. 4722; Cons. St., VI, 14 gennaio 2000, n. 244; Cons. St., IV, 21 maggio 2004, n. 3335.

⁵ G. Manfredi nota come questa regola venga già contraddetta dal Regolamento di contabilità dello Stato che, all'art. 88 (R. D. 23 maggio 1924, n. 827) "*pare quasi supporre che questa regola non abbia efficacia generale, ma, piuttosto, speciale, rispetto ad una opposta regola (singolarmente priva di un preciso fondamento positivo nella legge di contabilità), della non coincidenza tra aggiudicazione e stipulazione, ove dispone che <<avvenuta la definitiva aggiudicazione, si procede nel più breve termine alla stipulazione del contratto, salvo i casi in cui il verbale di aggiudicazione tenga luogo del contratto>>*", in *Repertorio degli appalti pubblici*, voce *Aggiudicazione definitiva*, Vol. I, Cedam, 2005, pp. 32 ss.

superveniens e così via), in un'epoca nella quale assurgeva a principio generale quello per cui “*aggiudicazione vale contratto*”.

Il noto principio testè enunciato diventa oggi cedevole al cospetto dell'art. 11, comma 7 del codice dei contratti, in forza del quale l'aggiudicazione definitiva non equivale affatto ad accettazione della offerta, concretizzando, dal punto di vista negoziale, soltanto l'effetto di rendere irrevocabile la proposta finchè non intervenga la stipula del contratto.

La svolta operata dal codice appare netta, nella scelta di distinguere chiaramente la fase della scelta del contraente, attraverso il procedimento di gara, che culmina nella aggiudicazione, dando ad essa un contenuto spiccatamente autoritativo, e la stipulazione del contratto, da cui soltanto scaturisce il diritto soggettivo dell'aggiudicatario alla esecuzione dello stesso⁶.

A conferma, del resto, della scelta del legislatore si pone anche la previsione dell'art. 11, comma 10 del medesimo codice, laddove viene introdotto un termine cd. di *standstill*, nel senso che il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni di avvenuta aggiudicazione definitiva, salvo particolare e motivata urgenza.

Sulla stessa direttrice si pone un'altra novità introdotta dal codice, relativa alla differenziazione tra aggiudicazione provvisoria e definitiva.

La prima si pone a valle del procedimento di gara, con l'individuazione del migliore offerente ed è, normalmente, di

⁶ E' dunque escluso che la posizione giuridica soggettiva dell'aggiudicatario sia qualificabile, prima della stipula del contratto, in termini di diritto soggettivo; secondo alcuni, infatti, egli sarebbe piuttosto titolare di una aspettativa giuridica o, secondo altri, di un interesse legittimo pretensivo, sia pure accompagnato da un affidamento piuttosto intenso.

competenza della Commissione di gara. La aggiudicazione diventa, poi, definitiva solo all'esito della approvazione di quella provvisoria da parte dell'organo competente della stazione appaltante, previo espletamento dei necessari controlli sui requisiti di cui all'art. 38 del Codice degli appalti, sempre che l'aggiudicatario (e il secondo in graduatoria) non vi sia già stato sottoposto, a seguito del sorteggio per il controllo a campione di cui all'art. 48 del codice: verifica che condiziona la sola efficacia, ma non la validità, dell'aggiudicazione stessa.

Per ciò che concerne i rapporti tra le due fasi, la norma provvede a dare contenuto ad una prassi amministrativa dettata dalla necessità che la Commissione si pronunci espressamente sull'esito del procedimento prima che la stazione appaltante abbia la possibilità di svolgere l'attività di verifica finalizzata a recepire le risultanze della gara.

I due provvedimenti si pongono in posizione autonoma l'uno dall'altro; la aggiudicazione definitiva, infatti, non si pone come meramente confermativa o esecutiva di quella provvisoria, ma, anche nel recepire integralmente i risultati emersi in sede di aggiudicazione provvisoria, presuppone una nuova, autonoma valutazione⁷.

⁷ Corollario evidente che ne discende è intanto che risulta ammissibile il ricorso volto all'annullamento dell'aggiudicazione definitiva, anche se non sia stata precedentemente impugnata l'aggiudicazione provvisoria; Cons. St., V, 6 febbraio 2007, n. 484. Così come, ad ulteriore conferma dell'autonomia dei due provvedimenti, si ritiene necessaria l'impugnativa autonoma dell'aggiudicazione definitiva nonostante la precedente contestazione giudiziale dell'aggiudicazione dell'aggiudicazione provvisoria, che è meramente facoltativa (cfr. TAR Liguria, II, 6 aprile 2009, n. 610; TAR Toscana, II, 29 gennaio 2009, n. 149).

A questo orientamento se ne è contrapposto uno minoritario del Consiglio di Stato (V, 17 maggio 2008, n. 2089) secondo cui *“non sussiste la necessità, giustificata da una nuova ed autonoma valutazione, di impugnare l'aggiudicazione definitiva sopravvenuta all'impugnata aggiudicazione provvisoria nel caso in cui l'aggiudicazione definitiva recepisca integralmente i risultati di quella provvisoria”*.

Così come fortemente autonomi – come si è già avuto modo di notare – sono i due momenti della aggiudicazione e della stipulazione del contratto, in forza delle novità contenute nell'art. 11 del codice; una autonomia strutturale che espone altresì l'aggiudicazione ai rischi dell'esercizio dei poteri di "ritiro" in autotutela, in considerazione del fatto che la serie procedimentale di stampo pubblicistico non si è ancora esaurita.

L'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto, se intervenuta, non diventano, infine, efficaci fino a quando non si sia esaurita la fase del controllo che culmina con la approvazione (art. 12 del codice degli appalti). La scelta di rendere detto adempimento, relativo alla approvazione, *condicio juris* di efficacia, ha permesso di superare l'interpretazione più risalente che ricostruiva il contratto in attesa di tale requisito, come contratto claudicante, ritenendolo vincolante soltanto per la parte privata, tenuta ad eseguirlo, e non per l'amministrazione.

A seguito della citata norma del codice, configurata l'approvazione⁸ come *condicio juris* di efficacia, il contratto non è idoneo a produrre i suoi effetti per nessuno dei contraenti, in pendenza della stessa.

Fatte queste brevi premesse circa l'evolversi della disciplina dell'evidenza pubblica all'interno del nostro ordinamento e la natura giuridica degli atti forse più rilevanti in cui essa si sostanzia, l'aggiudicazione e l'approvazione con la stipula finale del contratto, si potrebbe iniziare ad esaminare la problematica prescelta, relativa alla sorte che spetta al contratto di appalto stipulato tra privato e p.a. a seguito dell'annullamento,

⁸ Essenzialmente per le amministrazioni aggiudicatrici statali, ossia quella per le quali è previsto questo ulteriore passaggio che si sostanzia nella approvazione, non essendo, infatti, istituto previsto indistintamente per tutte le amministrazioni pubbliche.

giurisdizionale e non, dell'aggiudicazione e, in generale, di qualcuno degli atti prodromici adesso, non senza, tuttavia, interrogarsi preliminarmente sulle motivazioni, teoriche e pratiche, che hanno reso la risoluzione di tale questione, passaggio cruciale nella disciplina generale dell'appalto pubblico.

Ragioni legate alla effettività della tutela, sia rispetto al soggetto aggiudicatario, sia al terzo pretermesso illegittimamente, appaiono *ictu oculi* svolgere un ruolo primario nell'ipotizzare una genesi nella esigenza di approfondire la questione, ma non solo. Se solo si pensa, ad esempio, alla esigenza di salvaguardare la "certezza" dei contratti pubblici che, diversamente, resterebbero avvolti in una alea di dubbio e di incertezza appunto, che ne minerebbe, per certi versi, la stessa appetibilità per il mercato⁹.

⁹ Pare utile riportare una attenta analisi che della genesi della problematica indagata, proposta da P. Carpentieri, *Sorte del contratto*, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale testualmente afferma "Il tema "sorte del contratto" è emerso, a livello di attenzione della giurisprudenza e della dottrina, agli inizi del decennio appena trascorso. Contribuì in qualche modo ad avviare la discussione una sentenza del Tar Napoli del 2002 (Tar Campania, I, 29 maggio 2002, n. 3177), che, in un contesto di discorso improntato alla priorità logico-giuridica della tutela ripristinatoria dell'ordine legale violato e sull'assunto della pregiudiziale amministrativa, opinò nel senso della nullità relativa speciale del contratto per violazione delle norme imperative sulla scelta del privato contraente e per carenza di "titolo" o legittimazione al contratto". (...) "Il retroterra culturale della soluzione ipotizzata nella sentenza n. 3177 del 2002 si sostanziava dell'idea di una funzione – comunque, al fondo – correttiva della giustizia amministrativa, dove la considerazione dell'interesse pubblico (soggettivo della p.a. procedente) e di quello generale (oggettivo dell'ordinamento giuridico) facesse inevitabilmente parte dell'oggetto del giudizio, che non poteva esaurirsi nella tutela della sola parte che agisce, ma, vertendo sul modo di esercizio della funzione pubblica, intercettava comunque (anche) la considerazione dell'interesse generale/pubblico coinvolto nella fattispecie.

In quel quadro l'idea che la sorte del contratto sfuggisse completamente alla cognizione e/o agli effetti della pronuncia del giudice amministrativo, per rimanere affidata agli incerti sviluppi ulteriori (eventuali) dell'azione amministrativa, sembrava ridurre la tanto declamata "pubblicizzazione" dell'interesse pro-competitivo delle imprese e del mercato a uno slogan vacuo. Parallelamente, l'idea della impermeabilità del contratto agli effetti dell'annullamento del

2. Annullamento in via giurisdizionale ed in via di autotutela del bando, effetti sulla aggiudicazione e tutela del terzo

Attinente alla fase dell'esercizio del potere di autotutela amministrativa, occorre tenere distinto l'annullamento del bando di gara e gli effetti che questo può produrre sulla aggiudicazione, in una fase in cui potrebbe non essere ancora intervenuta la stipula del contratto, e non solo.

In tale evenienza, infatti, diversa si atteggia la responsabilità della pubblica amministrazione, diverso il regime giuridico degli atti, peculiare il riparto di giurisdizione¹⁰. Tuttavia, proprio al medesimo fine di delimitare e chiarire l'ambito entro il quale si intende svolgere la presente ricerca, occorre rapidamente far cenno riguardo anche a tale fattispecie.

All'esito della entrata in vigore della legge n. 15 del 2005 che ha profondamente innovato la legge generale sul procedimento amministrativo (l. n. 241/90), oggi l'esercizio dei poteri di autotutela amministrativa trova la sua fonte normativa negli artt. 21 *quinquies* (revoca del provvedimento) e 21 *nonies* (annullamento d'ufficio), della citata legge.

In particolare, per quel che rileva in questa sede, l'art. 21 *nonies* disciplina l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio del provvedimento illegittimo, "*sussistendone le ragioni di*

provvedimento di aggiudicazione e l'idea della ammissibilità di un'azione di risarcimento senza annullamento sembravano costringere la cognizione amministrativa entro una dimensione puramente soggettiva, identica a quella civile, ridotta nell'ambito angusto del rapporto bilaterale con il soggetto che agisce in sede pretensiva, nei limiti della domanda, con rinuncia a qualsivoglia considerazione, sia pur attraverso il prisma dell'atto e del procedimento, dell'assetto degli interessi generali e pubblici coinvolti nella fattispecie."

¹⁰ Storicamente, il criterio che si è andato consolidando vedeva lo spartiacque tra le giurisdizioni del giudice ordinario, da un lato, e giudice amministrativo, dall'altro, in tema di appalti pubblici, proprio nella fase di esecuzione dell'appalto, dopo la stipulazione dello stesso, dunque.

interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati”.

Poiché si ritiene comunemente che la scelta di ricorrere allo strumento dell'annullamento d'ufficio attiene ad una fase tipicamente procedimentale dell'attività amministrativa, se si pensa di calare l'istituto all'interno del procedimento ad evidenza pubblica, secondo quanto affermato, ci si troverebbe in una fase in cui verosimilmente il contratto non è stato ancora stipulato, ma potrebbe, però, nelle more, essere intervenuto il provvedimento di aggiudicazione definitiva. Tralasciando, in questa sede, le conseguenze collegate ad un esercizio illegittimo del potere di annullamento¹¹, occorre valutarne, comunque, gli effetti sul piano degli atti conseguenti, in un momento in cui non si sia ancora adito il giudice per vedersi riconosciuto l'illegittimo esercizio del potere di annullamento.

A lungo si è discusso in dottrina e giurisprudenza circa l'effetto dirimpente che l'annullamento del bando di gara è potenzialmente idoneo a produrre sui provvedimenti successivi ad esso, in particolare, con riferimento all'alternativa tra effetto caducante o soltanto viziante.

Assimilando dunque, almeno in parte, detti effetti, sia che si ragioni di un annullamento in via di autotutela del bando, nel caso di specie, sia che si tratti di un annullamento derivante da una pronuncia del giudice, si può tentare una ricostruzione congiunta delle fattispecie che ne scaturirebbero.

¹¹ In estrema sintesi, se i poteri di ritiro sono esercitati illegittimamente, si verserà in un caso di violazione di norme di azione, di stampo pubblicistico. Ne consegue, allora, che la tutela del privato è assorbita dall'interesse legittimo e si concretizza nelle consuete tecniche in forma specifica (annullamento dell'atto illegittimo) e per equivalente (risarcimento del danno conseguente). La responsabilità avrà natura extracontrattuale e tenderà all'evento dannoso costituito dalla mancata stipulazione ed esecuzione del contratto.

Se si ritiene, dunque, prevalente la prima tesi, l'annullamento del bando lesivo produce conseguenze caducanti l'intero iter procedimentale successivo alla emanazione dello stesso. E, dal punto di vista strettamente giudiziario, un effetto ulteriore determinerebbe evidentemente la non necessarietà, per il ricorrente, dell'impugnazione degli atti successivi, con particolare riferimento proprio alla aggiudicazione, che verrebbe, comunque, travolta dall'annullamento del bando.

Al contrario, applicando la tesi della invalidità, tutte le fasi della procedura successive alla emanazione del bando illegittimo sarebbero affette da un vizio che sarebbe onere del ricorrente far rilevare attraverso rituali impugnative nei termini di decadenza. Diversamente, il ricorrente che omette di impugnare gli atti successivi che aggravano la lesione già prodottasi, rischierebbe di vedersi dichiarato improcedibile il ricorso avente ad oggetto solo l'atto presupposto per sopravvenuta carenza di interesse.

Naturalmente, è dalla prassi giurisprudenziale scaturita a seguito di giudizi di impugnazione del bando illegittimo, che è derivato un maggior fiorire di teorie ed ipotesi ricostruttive, rispetto al caso di esercizio (legittimo o meno) del potere di annullamento in via di autotutela amministrativa. E da tale prassi giurisprudenziale, è stata ritenuta prevalente la tesi per cui l'impugnazione tempestiva del bando lesivo non obbliga il ricorrente alla impugnazione anche degli atti successivi, che sarebbero automaticamente travolti dall'annullamento dell'atto presupposto, sia che tale annullamento scaturisca da una pronuncia del giudice, sia che essa sia il frutto dell'esercizio di un potere di autotutela della Pubblica amministrazione.

Immediatamente percepibile appare il rischio connesso al verificarsi di tale circostanza, con riferimento, in particolare, alla compromissione del principio del contraddittorio, atteso che, normalmente, i diretti destinatari dei provvedimenti successivi –

come l'aggiudicatario – raramente sono parte del giudizio di impugnazione del bando.

Da qui, la giurisprudenza ha espressamente escluso che l'annullamento dell'atto iniziale (nella specie, il bando di gara), unico atto impugnato dal ricorrente in assenza di controinteressati individuabili, possa determinare la caducazione della aggiudicazione successiva, così producendo conseguenze pregiudizievoli per il terzo in assenza di contraddittorio.

A ciò è seguita l'introduzione dell'art. 1 della legge n. 205/2000 e poi dell'art. 43 del codice del processo amministrativo, che ha disposto l'onere per il ricorrente di proporre motivi aggiunti per impugnare atti successivi connessi all'oggetto del ricorso. In applicazione delle citate norme, si è infatti ritenuto che ove il ricorrente non impugni attraverso motivi aggiunti, da notificare ai controinteressati entro il termine di decadenza, gli atti successivi al bando (si fa in particolare riferimento alla aggiudicazione), non possa operare la caducazione automatica ed il ricorso vada dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Tale interpretazione risulta condivisa, da ultimo, dal Consiglio di Stato, secondo cui la possibilità immediata di impugnazione di un atto lesivo non esonera il ricorrente dal dovere di impugnare l'atto finale¹².

Ad analoghe conclusioni si arriva se si considera l'ipotesi di esercizio di poteri di autotutela nella forma della revoca del

¹² Cons. St., V, 11 febbraio 2002, n. 785. Sulla questione, più recentemente, Cons. St., V, 10 maggio 2010, n. 2766, che, ribadendo il principio citato, aggiunge che l'esonero dalla impugnativa dell'atto finale per il ricorrente che abbia impugnato il solo atto preparatorio, opera soltanto se tra i due atti ci sia un rapporto di presupposizione, consequenzialità immediata, diretta e necessaria, nel senso, cioè, che l'atto finale si ponga come diretta, ineludibile conseguenza di quello preparatorio. Pur se l'atto finale sia affetto da illegittimità derivata dall'atto presupposto, infatti, i suoi vizi devono comunque essere fatti valere attraverso autonoma impugnazione, in mancanza della quale, l'atto dovrà ritenersi valido e consolidato, e, dunque, produttivo di effetti.

provvedimento amministrativo ex art. 21 *quinquies* della legge 241/90.

Naturalmente, diversi sono i presupposti che ne giustificano il ricorso, attenendo la fattispecie al caso in cui vi siano “*sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell’interesse pubblico originario*”. Così come in parte peculiari sono gli effetti che ne scaturiscono, atteso che la norma parla di “*inidoneità del provvedimento revocato di produrre ulteriori effetti*”, riferendosi, quindi, alla inefficacia *ex nunc* del provvedimento, e non *ex tunc* come accade per il caso di annullamento.

Non solo. Infatti l’art. 21, *quinquies*, comma 1-bis e 1-ter, fa espresso riferimento al provvedimento di “*revoca che incida su rapporti negoziali*” arricchendo, dunque, l’istituto generale di caratteristiche idonee a qualificarne, in termini specifici e peculiari, la fattispecie riferita agli atti di gara.

3. Annullamento in via giurisdizionale ed in via di autotutela della aggiudicazione e sorte del contratto.

Come si è accennato, le norme della legge n. 241/90, art. 21 *quinquies*, attribuiscono espressamente alla pubblica amministrazione, attraverso l’istituto della revoca, il potere di incidere su rapporti negoziali. Va da sé, dunque, che occorrerà riferirsi espressamente alla revoca della aggiudicazione, nell’ambito del procedimento di gara, atto a valenza tipicamente negoziale.

Si è ancora, quindi, nell’ambito della fase procedimentale dell’iter di gara che precede la stipulazione del contratto, essendo, comunque, anche la revoca, espressione del più generale principio di autotutela pubblicistica.

Secondo il dettato dell'art. 21 *quinquies*, comma 1 *ter*, “*ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dalla amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico*”. Il legislatore si preoccupa così di prevedere la conseguenza più diretta ed immediata collegata all'esercizio del potere di revoca, il ristoro da riconoscere comunque al contraente per aver, l'amministrazione, vanificato il negozio *in fieri*: ristoro che è rappresentato da un indennizzo calcolato solo sul danno emergente, riconoscendosi alla posizione del contraente consistenza di mero interesse.

Ma in realtà all'istituto sono connesse alcune altre questioni interpretative, che hanno generato non pochi interrogativi e dibattiti.

Primo fra tutti il problema della giurisdizione. Definita già la differenza tra autotutela privata, quella prevista nel codice civile, e autotutela amministrativa sugli atti di gara, rispetto alla quale, laddove legittimamente esercitata, il contraente è titolare di una posizione di mero interesse, il riparto di giurisdizione si risolve diversamente a seconda che si tratti dell'una o dell'altra; più precisamente, a seconda che l'atto adottato dalla pubblica amministrazione incida in via diretta sul contratto stipulato a valle del procedimento di gara pubblica oppure sugli atti del procedimento di affidamento, prodromici alla stipulazione ed esecuzione dello stesso. Nel primo caso, infatti, la giurisdizione è senz'altro del Giudice Ordinario, ma nel secondo caso va ricondotta alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo.

Poiché dunque alla Pubblica Amministrazione possono essere riconosciuti anche poteri di autotutela *lato sensu* contrattuali, assimilabili per certi versi a quelli previsti dal codice civile nei

rapporti interpretati (per esempio, la clausola risolutiva espressa, la diffida ad adempiere, la sospensione dell'esecuzione, l'operatività della clausola *solve et repete*), e idonei ad incidere in via unilaterale, anche con effetto risolutivo, sui rapporti contrattuali, occorrerà, di volta in volta, distinguere che si verta ora nell'una ora nell'altra ipotesi¹³.

Diverso è infine l'istituto del recesso dai contratti, previsto e disciplinato dall'art. 21 *sexies*: la norma si limita a prevedere che il “*recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto*”.

La distinzione fondamentale tra i due istituti è abbastanza evidente, attenendo, la revoca, all'atto amministrativo, mentre il recesso, al negozio giuridico, potendo, la prima, soltanto eventualmente incidere su “rapporti negoziali”, ma non essendo, di per sé, diretta al negozio.

L'orientamento privatistico, oggi prevalente, sostiene che la tipicità dei casi di recesso comporta che non sia possibile, attraverso l'utilizzo della revoca in autotutela, pervenire ai medesimi esiti. Da ciò discenderebbe che la liberazione dal

¹³ In giurisprudenza si ritiene che il provvedimento con cui l'amministrazione annulla l'aggiudicazione, sospende gli effetti del contratto ed aggiudica ad altro contraente, previa nuova selezione, non incide sul contratto privato stipulato successivamente agli atti di gara, ma concerne solo i provvedimenti prodromici. Riguardo quindi all'esercizio del potere di autotutela, è configurabile la giurisdizione del giudice amministrativo, risultando ininfluenza che l'autotutela sia stata esercitata dopo la stipulazione del contratto, trattandosi di esercizio di potestà pubbliche motivate con il richiamo a precisi e concreti interessi pubblici ed espressione, quindi, di potestà autoritative. Cfr. in tal senso, Cass. Civ., SS.UU., 21 giugno 2005, n. 13296; Cons. St., VI, 5 aprile 2006, n. 1763; Cons. St., V, 28 maggio 2004, n. 3470. Per ulteriori approfondimenti, si veda F. Bellomo, *Manuale di diritto amministrativo*, Vol. 2, Padova, 2009, il quale ricorda il contrasto giurisprudenziale risolto dal Consiglio di Stato con Ad. Pl. n. 6/2005, proprio in tema di revoca della aggiudicazione, disposta ai sensi dell'art. 113 del R.D. n. 827 del 1923 per “*gravi motivi di interesse generale*”, nella quale è possibile leggere una approfondita ricostruzione dell'istituto.

contratto deve necessariamente passare attraverso l'impugnazione davanti al Giudice Ordinario¹⁴. Nessun dubbio, viceversa, si pone per il caso di annullamento d'ufficio, che persegue obiettivi diversi dal recesso, legati a vizi della procedura, soggiacendo, peraltro, a vincoli stringenti sul piano dell'ambito temporale e della tutela dell'affidamento¹⁵.

In materia di appalti pubblici occorre, poi, tenere presente che il Codice degli appalti disciplina una ipotesi speciale di recesso, ex art. 134, che si pone come disciplina specifica del settore per il caso che la Pubblica Amministrazione intenda recedere dal contratto di appalto, stabilendo modalità e termini per il corretto esercizio dello stesso.

Per ritornare, infine, alla generale disciplina dell'annullamento della aggiudicazione e delle conseguenze ad essa connesse e prima di esaminare più specificamente i riflessi sul contratto, occorre accennare al regime delle responsabilità, sia per il caso di esercizio legittimo del potere di ritiro, sia per il caso di illegittimità dello stesso.

In generale, potrà, dunque, affermarsi che l'esercizio illegittimo dei poteri pubblicistici di ritiro, diretti ad annullare o revocare l'atto, può dar luogo a responsabilità extracontrattuale, rispetto all'evento dannoso costituito dalla mancata stipulazione ed esecuzione del contratto; la tutela del privato sarà comunque riferibile alla posizione di interesse legittimo e pertanto assorbita

¹⁴ Vi è però giurisprudenza ove si sostiene che le limitazioni previste per l'esercizio del diritto potestativo di stampo privatistico non precludano l'autotutela amministrativa, fondata su diversi presupposti, quali l'interesse pubblico alla rimozione del provvedimento e della liquidazione dell'indennizzo. Si evidenzia anche come, realizzandosi attraverso la revoca, una sorta di aggiramento della tipicità, l'interesse pubblico, posto a base della stessa, debba essere particolarmente qualificato. Cfr. per questo CAAss civ., Sez. Un. 21 giugno 2005, n. 13296.

¹⁵ Cfr. TAR Veneto, I, 17 dicembre 2008, n. 3887.

nell'annullamento dell'atto illegittimo e nel risarcimento per equivalente.

Viceversa, se l'esercizio di questi poteri avviene legittimamente, la tutela dell'aggiudicatario non può che attenersi al rapporto paritetico con la Pubblica amministrazione e riferirsi all'art. 1337 del codice civile.

La responsabilità avrà pertanto natura precontrattuale indirizzandosi sul danno derivante dall'inutile coinvolgimento nel procedimento di formazione del contratto¹⁶.

Naturalmente, occorre tener ben presente che non è il semplice fatto di ritirare gli atti di gara che è sufficiente a determinare un giudizio di responsabilità della Pubblica amministrazione, dovendosi valutare nel complesso la condotta da essa tenuta e verificando se questa sia davvero rimproverabile o se abbia ingenerato nel privato il ragionevole convincimento che il procedimento si sarebbe positivamente concluso, inducendolo ad impegnarsi.

Fatti questi cenni preliminari e nel tentativo di sgomberare il campo da equivoci e sovrapposizioni che talvolta contribuiscono solo a confondere le idee in una materia che è di per sé alquanto complessa, è ora possibile profilare l'ambito più strettamente peculiare rispetto alla tematica oggetto di questo studio: quale sia la sorte che spetta al contratto d'appalto stipulato tra Pubblica Amministrazione e privato all'esito di una procedura ad evidenza

¹⁶ Oltre a questo, vi potrà essere anche una responsabilità da perdita di *chances* che costituisce un danno attuale e si identifica con la perdita della possibilità di conseguire un risultato. In questo caso, però, il privato danneggiato dovrà dimostrare, anche in via presuntiva, la sussistenza di un valido nesso causale tra il danno e la ragionevole probabilità del suo verificarsi e provi che il raggiungimento del risultato sperato è stato impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta.

pubblica, una volta che sia stato disposto l'annullamento della aggiudicazione.

Storicamente, si è trattato di un tema profondamente dibattuto ed infatti l'esame dell'iter di tale dibattito, sia a livello dottrinale¹⁷

¹⁷ Una volta postosi il problema in chiave fortemente problematica nell'ultimo decennio, la Dottrina si è espressa in modo a dir poco "dirompente", ed i contributi che si sono prodotti sono veramente tantissimi. Senza ambire ad essere esaustivi perciò, citiamo i contributi più significativi con cui ci si è confrontati: M. Monteduro, *Illegittimità del procedimento ad evidenza pubblica e nullità del contratto d'appalto ex art. 1418 comma 1 c.c.; una radicale <<svolta>> della giurisprudenza tra luci ed ombre*, in *Foro amm.*, 2002, 2591 e ss.; G. Greco, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. amm.*, 3/2002, 413 e ss.; F. Caringella, *Corso di Diritto Amministrativo*, 2^a ed., tomo II, Milano, 2002, pag. 2037; M. Montanari, *Reintegrazione in forma specifica e risarcimento per equivalente davanti al giudice amministrativo, nella dimensione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2003, 355 ss.; M. Lipari, *Il processo in materia di infrastrutture e di insediamenti produttivi strategici*, in *Diritto e Formazione*, 11/2002, 1519 e ss., *Id.*, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto tra nullità, annullabilità ed inefficacia: la giurisdizione esclusiva amministrativa e la reintegrazione in forma specifica*, *ivi*, 2002, 245 ss.; S. Fantini, *Gli effetti sul contratto dell'annullamento dell'aggiudicazione: profili di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Urb. e App.*, n. 7/2003, 751 e ss.; G. Montedoro, *I rapporti tra evidenza pubblica e contratto di appalto*, nota di commento a Cons. St., sez. VI, 5 maggio 2003 n. 2332, *ivi*, n. 8/2003, 922 ss.; F. Cintioli, *Annullamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico*, nel sito <http://www.giustizia-amministrativa.it>; F. Satta, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. amm.*, 4/2003, 645 ss.; S. Varone, *L'invalidità contrattuale nella dialettica fra atto e negozio nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica*, in *Foro amm. – CdS*, 2003, 1648 ss.; L. Valla, *Annullamento degli atti della procedura di evidenza pubblica e contratto: due decisioni a confronto*, commento a Cons. St., sez. VI, 19 novembre 2003, n. 7470 e *id.* sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666, in *Urb. e App.*, 2/2004, 192 ss.; F. Saitta, *Esecuzione dei contratti ad evidenza pubblica e giudice amministrativo: la (persistente) <<specialità>> della giurisdizione esclusiva alla ricerca di un'identità*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2004, 58 ss.; F. Caringella, *Annullamento della procedura di evidenza pubblica a monte e sorte del contratto a valle: patologia o inefficacia?*, nota a Cons. St., sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666, in *Corr. giur.*, 5/2004, 669. F. Goisis, *In tema di conseguenze sul contratto dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione conclusivo del procedimento ad evidenza pubblica e di giudice competente a conoscerne*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2004, 177 ss.; S. Valaguzza, *Illegittimità della procedura pubblicistica e sue interferenze*

sia a livello giurisprudenziale, appare quanto mai utile per comprendere la portata della problematica e capire, di conseguenza, le motivazioni sottese alle recenti novità legislative.

La forte disputa sul tema si spiega intanto, in termini molto generali, in considerazione del coinvolgimento di rilevanti interessi, non sempre coincidenti.

Da un lato, infatti, si pone l'esigenza di salvaguardare principi quali quello di stabilità e certezza dei rapporti contrattuali in cui è parte la pubblica amministrazione; dall'altro, l'interesse del terzo che abbia proposto positivamente l'impugnativa avverso gli atti di gara illegittimi a che gli venga riconosciuta una tutela reale, piena ed effettiva che, nel caso di impugnazione della

sulla validità del contratto, *ivi*, 284 ss.; L.V. Moscarini, *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2004, 597 ss.; F. Freni, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul negozio*, in *Dir. amm.*, 4/2004, 837 ss.; M. Gavazzi, *L'effetto invalidante del vizio del procedimento di evidenza pubblica sull'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, nota a CGA, ord. 8 marzo 2005, n. 104, *Dir. proc. amm.*, n. 4/2005, 1060 ss.; F. G. Scoca, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm. – Tar*, 2007, 797 ss.; L. Garofalo, *Annullamento dell'aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici*, *Dir. proc. amm.*, 2008, 138; B. Marchetti, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto; esperienze europee a confronto*, *ivi*, 2008, 95 ss.; S. Vinti, *Quali rimedi per la salvaguardia dell'interesse legittimo al cospetto dei negozi giuridici? Il giudice del riparto e i legislatori (comunitario e domestico) alle prese con gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto di appalto pubblico*, *ivi*, 2008, 799 ss.; M. Ramajoli, *L'Adunanza plenaria risolve il problema dell'esecuzione della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione in presenza di contratto*, nota a Cons. Stato, Ad. plen., 30 luglio 2008, n. 9, *ivi*, 2008, 1154 ss.; F. Goisis, *Ordinamento comunitario e sorte del contratto, una volta annullata l'aggiudicazione*, nota a Corte eur. giust., sez. II, 18 luglio 2007, *ivi*, 2009, 112; A. Massera, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: le molte facce di un dialogo asincrono tra i giudici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 2; A. Scacchi, *Profili civilistici dell'incidenza dell'annullamento dell'aggiudicazione sul susseguente contratto*, *ivi*, 2009, 1501 ss.; P. Carpentieri, *Aggiudicazione e contratto*, nel sito <http://www.giustizia-amministrativa.it>, giugno 2003, nonché in *Sospensive*, periodico mensile, n. 9 del 2003, e *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto* (nota a Cons. St., sez. V, 27 ottobre 2003, n. 6666), in *Giorn. dir. amm.*, n. 1/2004, 15 ss

aggiudicazione, si sostanzierebbe nel suo subingresso nel rapporto contrattuale (attraverso una auspicabile forma di risarcimento in forma specifica); ed infine, l'interesse dell'aggiudicatario che potrebbe trovarsi coinvolto in un procedimento di gara illegittimo, senza averne responsabilità, ma solo per responsabilità della pubblica amministrazione appaltante.

Va da sé, dunque, l'importanza di addivenire ad una conclusione chiara circa l'individuazione delle conseguenze dell'annullamento della aggiudicazione sulla sorte del contratto.

Ultima notazione di un certo rilievo attiene, infine, alla circostanza per cui le diverse opzioni interpretative che si sono succedute sul tema, hanno tutte messo in evidenza che la problematica oggetto di indagine investe anche questioni di giurisdizione e di legittimazione ad agire: questioni alquanto importanti nell'ottica di un inquadramento completo della materia.

4. La tesi della annullabilità del contratto

Secondo l'impostazione tradizionale della giurisprudenza civile¹⁸, 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 perviene a tali conclusioni sulla base della considerazione per cui le norme che regolano le procedure ad evidenza pubblica mirano a salvaguardare la corretta formazione della volontà contrattuale della pubblica amministrazione, sicchè la

¹⁸ 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.

loro violazione determina l'insorgere di una volontà negoziale "alterata" in ragione dei vizi che affliggono il procedimento di scelta del contraente privato e che si riversano sul 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.*

Ed ancora, secondo un orientamento più datato, poiché gli atti amministrativi adottati nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica, che precedono la stipulazione dei contratti *jure privatorum* "non sono altro che mezzi di integrazione della capacità e della volontà dell'ente pubblico, sicché 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 ente¹⁹".

Seguendo, dunque, questa impostazione, legittimata a proporre l'azione di annullamento del contratto, a seguito dell'annullamento della aggiudicazione, è la sola pubblica amministrazione, dovendosi applicare il disposto dell'art. 1441 c.c., secondo il quale l'annullamento del contratto può essere domandato solo "dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge".

Ai fini, poi, dell'annullamento del contratto, nel caso di errore, devono ricorrere i requisiti di cui all'art. 1428 e 1429 c.c., deve cioè trattarsi di errore essenziale e riconoscibile dall'altro contraente.

L'adesione a detta tesi reca con sé anche rilevanti conseguenze sul piano processuale, in quanto, da un lato, riconosce – come accennato – alla sola amministrazione la legittimazione ad agire in giudizio per chiedere l'annullamento del contratto, nella implicita convinzione, dunque, che le norme pubblicistiche, la cui

¹⁹ Così Cass. 8 maggio 1996, n. 4269.

violazione inficia il contratto, siano poste nell'esclusivo interesse della pubblica amministrazione; dall'altro, riconosce il radicarsi della giurisdizione del Giudice ordinario sulla questione dell'annullamento del contratto per vizio del consenso o della volontà contrattuale²⁰.

Naturalmente i sostenitori di tale orientamento non mancano di far notare come siffatta ricostruzione, intanto, salvaguardi la certezza dei rapporti giuridici e l'affidamento dei privati. Tuttavia, le critiche mosse contro di essa, recano altrettanti punti di segno contrario che evidenziano dubbi e debolezze dello stesso.

In primis, si è notato come non tutte le norme che governano la contrattazione pubblica siano 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 data alla citata teoria reca con sé il rischio di attribuire alla Pubblica amministrazione un ingiustificato privilegio, a vantaggio di una facile elusione dell'effettività della tutela del privato; in tal senso, appare alquanto incoerente attribuire alla PA, che è risultata soccombente nel giudizio impugnatorio che abbia dichiarato l'illegittimità del suo operato, la facoltà di promuovere il giudizio per l'annullamento conseguente del contratto.

²⁰ Vi è poi una tesi minoritaria secondo cui l'annullamento della procedura ad evidenza pubblica *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 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 contrarre, e, in particolare, come *falsus procurator*.

Ancora, 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.) risulta sprovvista di adeguate chiarificazioni; in particolare, non si comprende, da un lato, quali siano i caratteri costitutivi della presunta incapacità legale della amministrazione, e, da un altro, a quale errore "vizio" tipizzato, seppure in modo elastico, nell'art. 1429 c.c., ci si riferisca²¹.

Infine, il principio della concentrazione della tutela, voluto fortemente dalla normativa comunitaria (previsto dall'art. 6 della legge n. 205/2000 ed oggi trasfuso nell'art. 244 del codice dei contratti), risulta in tal modo ampiamente sacrificato, atteso che per ottenere l'annullamento del contratto, per il quale si radica la giurisdizione del Giudice Ordinario, sia necessario un previo giudizio di annullamento del Giudice Amministrativo.

5. 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 vincolo negoziale sorto sulla base di un presupposto procedimentale invalido, con la conseguente applicazione degli art. 1418 e ss. del codice civile.

²¹ 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".

In particolare, la nullità del contratto viene ricondotta ad una ipotesi di nullità strutturale talvolta per mancanza originaria del consenso da parte della p.a., talvolta per difetto di causa e da ultimo, 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”*, determinando, così, che il bando di gara va qualificato come proposta contrattuale e l'aggiudicazione come accettazione della proposta, come manifestazione espressa della volontà di affidare l'appalto all'impresa selezionata attraverso la procedura di gara, ancorché illegittima.

Presupposto di tale impostazione risiede nel riconoscimento di una duplice natura, negoziale ed amministrativa, della aggiudicazione, in quanto si pone, al contempo, come atto conclusivo della procedura di selezione del contraente e come atto giuridico con cui si manifesta la volontà di contrarre con l'impresa aggiudicataria.

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

In conclusione, dunque, per la menzionata teoria, 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”*. 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, coerente e logica nel suo esplicitarsi, tuttavia, non appare, a seguito della entrata in vigore del codice degli appalti, ad oggi condivisibile. L'art. 11 del d. lgs 163/2006, infatti, ha previsto espressamente (per la verità, riprendendo una precedente disposizione del regolamento attuativo della disciplina relativa ai lavori pubblici, il D.P.R. n. 554/99, art.109), 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.

Altra parte della Dottrina 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.

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”*²², 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.

Su un altro fronte, facendo applicazione dell'art. 1418 del codice civile (sulla cd. nullità virtuale), si pone un altro orientamento che ritiene che conseguenza diretta dell'annullamento della aggiudicazione sia la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative.

²² O. Forlenza, *Contratti della p.a.*, in *Guida al Diritto*, n. 13 del 2008, pp. 110 ss.

Secondo tale impostazione, la nullità del contratto va desunta dal tenore dell'art. 1418 primo comma, sotto il profilo della violazione di norme imperative nel caso in cui 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"²³.

In generale, dunque, esponendo la fattispecie al regime della nullità civilistica, 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 effetti²⁴. Ed in

²³ 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 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.

²⁴ Quella suesposta rappresenta la ricostruzione operata dalla IV sez. del Consiglio di Stato nell'ordinanza n. 3355 del 21 maggio 2004 di remissione 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"*.

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

6. La tesi della inefficacia del contratto

La tesi della inefficacia sopravvenuta del contratto a seguito dell'annullamento di qualcuno (o di tutti) degli atti di gara, presenta caratteri simili alla tesi della nullità sopravvenuta, ma si distingue per alcune specificità.

Intanto si sostiene che il venir meno di alcuno 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, dunque – venuto meno uno dei presupposti di quel negozio, ravvisabile in uno dei provvedimenti tipici del procedimento di gara – 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, interpretando estensivamente gli 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

Nella citata ordinanza, la IV Sezione si fa anche carico dei principali rilievi critici mossi alla suddetta teoria, suesposti, cercando di smontarne puntualmente gli assunti.

buona fede per effetto di atti esecutivi di una deliberazione poi annullata²⁵.

L'inefficacia successiva, al pari della nullità successiva, agisce retroattivamente, ma, a differenza di quest'ultima incontra due importanti ordini di limiti: l'uno, relativamente alle situazioni soggettive già consolidate in capo ai 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 contratto²⁶.

7. La tesi della caducazione automatica del contratto

Nella giurisprudenza amministrativa²⁷ si è poi fatto avanti un ulteriore orientamento, quello della caducazione automatica del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, in virtù di un forte nesso di presupposizione necessaria che collega i due momenti dell'agire amministrativo.

²⁵ In tal senso Cons. St., IV, 27 ottobre 2003, n. 6666.

²⁶ 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”*.

²⁷ 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.

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 giuridici²⁸; 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 non richiederebbe alcuna pronuncia costitutiva sulla "sorte" del contratto, trovando, viceversa, applicazione il 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"*²⁹.

Tuttavia, permangono i 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 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.

²⁸ E' la tesi sostenuta da Cons. St. nn. 2332 del 2003; 2992 del 2003; 4295 del 2006.

²⁹ Cons. St.; VI, 5 maggio 2003, n. 2332.

La tesi ha trovato ulteriore sostegno nella interpretazione che la dottrina ha offerto dell'art. 246 del codice dei contratti, relativo a infrastrutture e insediamenti 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”*.

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.

L’autonoma categoria della caducazione automatica sembrerebbe piuttosto una definizione atecnica di un effetto che potrebbe, come tale, essere riferito tanto all’esito di un annullamento quanto di una risoluzione.

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. Come vedremo questo sarà uno degli snodi più rilevanti che determineranno un’inversione di rotta nella legislazione prima comunitaria e poi nazionale.

8. L’intervento della recente giurisprudenza verso un nuovo modello ricostruttivo

Sembra opportuno, a questo punto della trattazione, fare riferimento ad un importante intervento giurisprudenziale, sia da parte della Corte di Cassazione, che del Consiglio di Stato, che ha chiarito alcuni punti ampiamente dibattuti nel periodo precedente.

La giurisprudenza in parola, infatti, investe questioni, *in primis*, di giurisdizione, e, più o meno direttamente, incide sulla problematica qui indagata, relativa ai rapporti tra la fase pubblicistica e quella privatistica nell'*iter* di formazione del contratto di appalto e, di conseguenza, al corretto inquadramento delle conseguenze derivanti dall'annullamento di atti di natura provvedimentoale rispetto al contratto vero e proprio.

Accennando soltanto alla prima delle due questioni (quella sulla giurisdizione per intenderci, che troverà ampia analisi nel prosieguo), si vuole, tuttavia, in questa sede, preliminarmente, richiamare l'attenzione su una importante precisazione che si pone quasi come necessaria premessa allo studio che si sta conducendo e che va, a nostro avviso, tenuta presente.

L'indagine, infatti, investe, da un lato (anzi, forse in modo prevalente, almeno storicamente) una questione di giurisdizione, atteso che si è molto discusso su quale giudice fosse, ad esempio, competente nelle diverse fasi in cui si articola il procedimento che porta alla stipula del contratto; fino a che punto si spingesse la cognizione del Giudice Amministrativo rispetto a quella del Giudice Ordinario e, quindi, fino a dove vi era manifestazione ed esercizio di potestà pubblicistiche e da quando in poi si era sotto "l'imperio" del diritto privato.

Successivamente, la medesima questione ha finito per coinvolgere, al tempo stesso ed in identica misura, anche questioni di diritto sostanziale.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono, dunque, intervenute, con sentenza 28 dicembre 2007, n. 27169³⁰, sul tema

³⁰ 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

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 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, allorché 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 costituisce 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

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, pertanto, resta definitivamente privato dei suoi effetti giuridici”.

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. Sicchè 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 contratto³¹.

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.

La principale critica che può muoversi contro la consistente indagine ricostruttiva operata dalla Corte, ha riguardo, ancora una volta, alla impossibilità di concepire un sistema di giustizia che non obblighi colui che invoca tale giustizia ad adire, sulla medesima vicenda, due diversi giudici. Conseguenza che appare ineludibile se si opera una discutibile cesura tra i due momenti, pubblicistico e di diritto comune, un attimo dopo la stipulazione del contratto, privando, di fatto, di qualunque rilievo la

³¹ In questi termini il commento alla sentenza di R. Garofoli – G. Ferrari, in *Manuale di diritto amministrativo*, Nel diritto ed., 2010.

connessione, viceversa, tra i due che appare, a onor del vero, intrinsecamente inscindibile.

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.

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 spetta³².

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”*³³.

³² *“Ove poi l'amministrazione non si conformi puntualmente ai principi contenuti nella sentenza oppure non constati le conseguenze 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 soddisfacente 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”*.

³³ 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*

9. La “direttiva ricorsi”: un contributo decisivo alla costruzione dell’istituto (cenni)

La tesi espressa nella citata Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 9 del 2008, relativa, in particolare, alla regola della caducazione automatica del contratto di appalto, a seguito dell’annullamento della aggiudicazione, avallata peraltro da una successiva sentenza della Corte di Cassazione³⁴, rappresenta una novità nel panorama giurisprudenziale del momento, che per la prima volta viene affermata in modo così perentorio.

L’orientamento espresso da Giurisprudenza appare essere sostenuto anche dal Legislatore Comunitario con la Direttiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell’11 dicembre 2007, in tema di miglioramento dell’efficacia delle procedure di ricorso in materia d’aggiudicazione degli appalti pubblici. La Direttiva, infatti, prevede alcuni casi in cui l’illegittimità delle procedura di affidamento deve essere sanzionata con l’inefficacia, da accertarsi da parte del giudice,

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”.

³⁴ Cass., I, n. 9906 del 2008 secondo cui “*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 dell’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 dell’Amministrazione, come la deliberazione di contrattare, il bando o l’aggiudicazione, si trova nella condizione di aver stipulato in iure, privo della legittimazione che gli è stata conferita dai precedenti atti amministrativi*”.

lasciando, poi, agli Stati membri la facoltà di applicare sanzioni più o meno rigorose³⁵.

Rinviando al prosieguo l'esame delle disposizioni della citata Direttiva, vale la pena segnalare una recente pronuncia delle SS. UU. della Cassazione³⁶ 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 proprio la Direttiva Ricorsi, 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.

³⁵ Considerando 13: *“Per contrastare l'aggiudicazione di appalti mediante affidamenti diretti illegittimi, che secondo la Corte di Giustizia rappresenta la violazione più grave del diritto comunitario degli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice o di un ente aggiudicatore, è opportuno prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive. Pertanto, un contratto risultante da un'aggiudicazione mediante affidamenti diretti illegittimi dovrebbe essere considerato in linea di principio privo di effetto. La carenza di effetti non dovrebbe essere automatica ma dovrebbe essere accertata da un organo di ricorso indipendente o dovrebbe essere il risultato di una decisione di quest'ultimo”*.

Considerando 18: *“Per impedire violazioni gravi del termine sospensivo obbligatorio e della sospensione automatica, che sono presupposti essenziali per ricorsi efficaci, si dovrebbero applicare sanzioni effettive. Gli appalti conclusi in violazione del termine sospensivo e della sospensione automatica dovrebbero pertanto essere considerati in linea di principio privi di effetti se in presenza di violazioni della direttiva 2004/18/CE o della direttiva 2004/17/CE nella misura in cui tali violazioni abbiano influito sulle opportunità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto”*.

³⁶ Cass., SS. UU., ord. 10 febbraio 2010, n. 2906, in *Dir. & Giust.*, 2010°, con nota di Palombella.

CAPITOLO II
PROSPETTIVE DI SVILUPPO RECENTI ED INTERVENTI
CHIARIFICATORI

Sommario: 1. L'evidenza pubblica tra diritto interno e diritto comunitario. Il ruolo pregnante della Comunità Europea: la Direttiva Ricorsi e la necessaria conformazione del diritto interno ai principi in essa espressi – 2. Annullamento della aggiudicazione e sorte del contratto nella recente codificazione legislativa – 3. Il nuovo Codice del processo amministrativo: una riflessione in punto di giurisdizione in tema di appalti pubblici - 4. Il ruolo del giudice amministrativo: una nuova veste e tanti interrogativi – 4.1. Introduzione nell'ordinamento di nuove forme di pregiudizialità amministrativa? - 4.2. Il rapporto tra tutela in forma specifica e tutela per equivalente

1.L'evidenza pubblica tra diritto interno e diritto comunitario.

Il ruolo pregnante della Comunità Europea: la Direttiva Ricorsi e la necessaria conformazione del diritto interno ai principi in essa espressi

Fin dalla predisposizione di una disciplina organica in materia di appalti pubblici, in ambito comunitario, (dapprima, Direttiva 92/50/CEE per i servizi; Direttiva 93/36/CEE per le forniture; Direttiva 93/37/CEE per i lavori e Direttiva 93/38/CEE per i cd. settori esclusi; in seguito, Direttive nn. 17 e 18 del 2004), si sono individuate le procedure di selezione finalizzate alla scelta dell'impresa offerente: la procedura aperta, la procedura ristretta e la procedura negoziata ed, in alcuni casi previsti dalle Direttive 92/50 e 93/38, il concorso di progettazione.

La scelta tra procedura aperta e procedura ristretta è normalmente libera: in tali casi, la gara può essere preceduta da un avviso periodico, un bando, un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione; la procedura negoziata - con o senza preventiva pubblicazione di un bando - è invece applicabile soltanto in casi eccezionali specificamente previsti.

E' di tutta evidenza che tali procedure rappresentano il banco di prova per verificare se il procedimento comunitario sia idoneo o meno ad individuare i concorrenti più meritevoli, salvaguardando, così, il principio di libera concorrenza tra le imprese partecipanti.

Le Amministrazioni degli Stati membri, infatti, dovranno rispettare i modelli previsti dalle citate Direttive ogni volta che intenderanno attribuire una commessa pubblica, rispondente alle caratteristiche che la rendono un appalto pubblico, ad un operatore del mercato.

La Comunità Europea si pone storicamente come baluardo di alcuni principi fondamentali che ne ispirano la sua stessa ragion d'essere e che essa mira a tutelare attraverso la predisposizione di regole di condotta cui gli Stati membri dovranno attenersi nello svolgimento dei propri compiti istituzionali.

Oltre alla salvaguardia del principio di libertà di concorrenza, come visto, vengono in rilievo anche il principio di parità di trattamento e di non discriminazione tra gli offerenti e di trasparenza. La necessità di rispettare questi principi fondamentali fa sì che gli Stati siano fortemente condizionati nella scelta di una delle procedure di selezione del contraente individuate dal Diritto comunitario, atteso che il margine di discrezionalità ad essi riconosciuto si assottiglia inevitabilmente, per effetto della garanzia dei principi suddetti.

Il principio di non discriminazione tra gli offerenti, per esempio, va applicato a tutte le fasi della procedura di gara: il fine ultimo delle direttive di settore, consistente nell'aprire il più possibile il mercato degli appalti alla concorrenza intracomunitaria, verrebbe infatti

pregiudicato se un ente potesse gestire una procedura in modo che gli operatori provenienti da un altro Stato fossero dissuasi dal presentare offerte.

Il principio di parità di trattamento, poi, non va scisso da quello di trasparenza cui è tenuta l'amministrazione aggiudicatrice e che consiste nel garantire al potenziale offerente un adeguato livello di pubblicità.

Queste, dunque, le linee essenziali che spiegano, in via generale, le motivazioni per le quali la disciplina dell'evidenza pubblica, propria di un certo Stato membro, non può che trovare origine, innanzitutto, nella disciplina comunitaria cui il legislatore nazionale è fortemente condizionato nel proprio agire³⁷.

³⁷ Un recente studio (B. Marchetti, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in *Dir. proc. Amm.*, n. 1/2008) ha confrontato le tradizioni giuridiche europee più significative sulla relazione esistente tra la fase di scelta del contraente ed il momento della stipula del contratto, evidenziando come, da una parte, vi sia l'esperienza anglosassone di *common law* della disciplina contrattuale, dall'altra, gli ordinamenti francese e spagnolo, che, come quello italiano, sono caratterizzati da una impronta fortemente pubblicistica della fase di formazione della volontà contrattuale. Si mette tuttavia in evidenza, nello studio citato, come la tutela del terzo offerente non dipende tanto dalla capacità di influire più o meno efficacemente sul contratto, quanto dagli strumenti apprestati dagli ordinamenti nella fase precedente alla stipulazione del contratto, e, quindi, gli oneri di comunicazione preventiva che incombono sulla amministrazione aggiudicatrice, per esempio.

La soluzione prevista dagli ordinamenti francese, tedesco ed inglese, infatti, è diretta al mantenimento di una sorta di impermeabilità del contratto rispetto alle vicende patologiche che potrebbe travolgere la fase dell'evidenza pubblica; la Spagna sanziona, invece, con l'annullabilità del contratto le ipotesi in cui ci sia stata violazione delle regole dell'evidenza pubblica, salvo poi il mantenimento della ipotesi di nullità assoluta nel caso di radicali ed evidenti deviazioni dallo schema legale.

Il nostro sistema, invece, pur condividendo con gli altri principali *partners* europei l'impronta fortemente pubblicistica della fase di formazione del contratto, mantiene un legame talmente forte tra la fase della scelta del contraente e quella della stipulazione del contratto, che, a differenza delle altre soluzioni esaminate, l'annullamento della aggiudicazione fa venir meno anche gli effetti del contratto.

Per tornare, in particolare, a quanto rileva per la ricerca in atto - e fatti brevi cenni che spiegano, in qualche modo, le motivazioni sottese alla rilevanza del ruolo della Comunità Europea in materia di appalti – occorre prendere le mosse dalla recente legislazione comunitaria che ha prodotto un effetto dirompente nell’ambito tematico che ci occupa, fornendo, però, al tempo stesso, una importante chiave di lettura e, probabilmente, una efficace soluzione allo stato di *empasse* che si registrava ormai da tempo all’interno del dibattito dottrinario e giurisprudenziale nel nostro Paese, relativamente, appunto, alla sorte del contratto in caso di annullamento di atti di gara.

Si fa, dunque, riferimento, all’art. 9, d. lgs. 20 marzo 2010, n. 53, adottato in attuazione della delega di cui all’art. 44, l. 7 luglio 2009, n. 86 (legge comunitaria 2008), recante “*Attuazione della direttiva 2007/66/CE, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell’efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici*”, che introduce nel Codice dei Contratti pubblici l’art. 245 *bis*, recante “*Inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni*”³⁸.

In particolare, la Direttiva 2007/66/CE dell’11 luglio 2007 del Parlamento europeo e del Consiglio (cd. Direttiva ricorsi), partendo dalla riflessione per cui gli Stati membri devono ritenersi obbligati ad adottare norme idonee a privare di efficacia il contratto stipulato

³⁸ Notevole è stato l’apporto della Dottrina per una disamina più che esauriente sui contenuti e sugli effetti della “direttiva ricorsi”. Fra i numerosi contributi si rinvia a: De Nictolis, *Il recepimento della “Direttiva ricorsi”*, in www.giustiziaamministrativa.it; Bertolini – Fantini, *La nuova Direttiva ricorsi*, in *Urb. e App.*, 2008, 10, 1093; Greco, *La Direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2008, 1029; Lipari, *Annullamento della aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in www.giustamm.it, 2008 e in *Foro amm TAR*, 2008, I, XLV; Rustica, *La “rivoluzione attuata dalla direttiva n. 66/2007*, in www.altalex.it; Bertolini-Fantini-Figorilli, *Il decreto legislativo di recepimento della Direttiva ricorsi*, in *Urb. e app.*, 2010, 6, 638.

in esecuzione di una aggiudicazione illegittima e, quindi, annullata³⁹, individua, a questo preciso scopo, tre diverse fattispecie:

- a) casi, tassativamente previsti, nei quali, a causa della palese e grave violazione di determinati precetti comunitari, la totale privazione degli effetti del contratto deve essere considerata obbligatoria ed integrale, fatte salve alcune eccezioni (sempre tassativamente previste), per le quali è possibile il ricorso a misure sanzionatorie alternative;
- b) casi, sempre gravi, nei quali viene lasciata alla libera valutazione discrezionale degli Stati, stabilire se prevedere anche per essi la sanzione più grave consistente nella privazione totale degli effetti del contratto, ovvero optare, in alternativa, per altri meccanismi sanzionatori, purchè proporzionati e, auspicabilmente, dissuasivi, oltre che ulteriori rispetto al risarcimento del danno;
- c) casi meno gravi nei quali si affida al diritto nazionale il compito di definire gli effetti dell'intervenuta illegittima aggiudicazione sulla sorte del contratto, con la possibilità, dunque, di prevederne la salvezza ma, contestualmente, la condanna al risarcimento del danno patito dal terzo riconosciuto, a seguito di pronuncia giurisdizionale, legittimo aggiudicatario.

La Direttiva lascia, poi, ulteriori spazi alle valutazioni discrezionali dei singoli Stati, dettando, tuttavia, margini alquanto stringenti entro cui tale discrezionalità può esprimersi. Sulla premessa, in particolare, che la privazione totale degli effetti del contratto non sia automatica, ma vada di volta in volta accertata, affida agli Stati la scelta del soggetto cui attribuire tale compito ed imputare tale scelta finale, sotto la condizione, tuttavia, che si tratti di un “*organo di ricorso indipendente*”.

³⁹ La Direttiva 2007/66 fa riferimento, in particolare, alla adozione di norme idonee “*a far sì che i diritti e gli obblighi dei contraenti derivanti dal contratto cessino di essere esercitati ed eseguiti*”, attraverso, dunque, affermazioni che lasciano poco spazio all'equivoco ed al margine di manovra dei singoli Stati membri.

Ancora, si lascia al diritto nazionale il compito di stabilire “*le conseguenze che derivano dalla privazione di effetti di un contratto*”, e, quindi, “*prevedere la soppressione con effetto retroattivo di tutti gli obblighi contrattuali (ex tunc), o, viceversa, limitare la portata della soppressione agli obblighi che rimangono ancora da eseguire (ex nunc)*”, fermo restando l’obbligo di comminare forti sanzioni nel caso che gli obblighi derivanti dal contratto siano stati già adempiuti interamente o quasi.

Infine, viene lasciata agli Stati membri ampia libertà di scelta, nel definire le conseguenze giuridiche derivanti “*dalla obbligatoria privazione degli effetti del contratto*”: che si tratti, in sostanza, di nullità, annullabilità, decadenza, inefficacia sopravvenuta⁴⁰.

Accanto a queste che si pongono come misure estreme per i casi in cui si siano manifestate evidenti incongruenze e violazioni degli schemi procedimentali e contrattuali tipici dell’evidenza pubblica, la Direttiva in esame evidenzia (quarto *considerando*) altresì che “*tra le carenze constatate figura in particolare l’assenza di un termine che consenta un ricorso efficace tra la decisione d’aggiudicazione di un appalto e la stipula del relativo contratto*”, fatto che “*induce talvolta le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori desiderosi di rendere irreversibili le conseguenze di una decisione di aggiudicazione contestata a procedere molto rapidamente alla firma del contratto*” e “*per rimediare a questa carenza, che costituisce un serio ostacolo ad un’effettiva tutela giurisdizionale degli offerenti interessati, vale a dire coloro che non sono stati definitivamente esclusi, è opportuno prevedere un termine sospensivo minimo, durante il quale la stipula del contratto in questione è sospesa, indipendentemente dal fatto che quest’ultima avvenga o meno al*

⁴⁰ Si noti come la fonte comunitaria non si preoccupi di definire a quale istituto corrisponda specificamente la “*privazione di effetti del contratto*”, limitandosi a sancire l’effetto (privazione degli effetti) e demandando agli Stati tale onere di ulteriore specificazione ed inquadramento sistematico.

momento della firma del contratto". La previsione di tale termine sospensivo, secondo il sesto *considerando*, "*dovrebbe concedere agli offerenti interessati sufficiente tempo per esaminare la decisione d'aggiudicazione dell'appalto e valutare se sia opportuno avviare una procedura di ricorso*"⁴¹.

Accanto a questo, la Direttiva pone anche un cd. *still period* processuale, un termine dilatorio processuale, anteriore al giudizio cautelare o di merito.

In sostanza, il legislatore comunitario ha espresso la pressante esigenza che in tutti i Paesi membri il ricorso possa avere una sua definizione, in sede cautelare o di merito, prima della stipulazione del contratto e ciò al fine di tutelare il terzo concorrente che avrebbe dovuto essere dichiarato aggiudicatario o che comunque avrebbe avuto legittimo titolo a partecipare.

La sanzione che la Direttiva riconduce al mancato rispetto di questi termini dilatori è, dunque, la privazione degli effetti del contratto. Essa, in sostanza, non si preoccupa della sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, essendo la prospettiva comunitaria essenzialmente volta ad evitare in radice che il contratto venga stipulato quando la legittimità dell'aggiudicazione sia ancora in discussione, ovvero quando la *chance* del ricorso (ed il probabile suo esito favorevole) promosso contro l'esclusione non si sia esaurita.

Va da sé che siffatta tendenza presupporrebbe, come ineludibile condizione, un sistema di garanzia reale di tempi rapidi di

⁴¹ La Direttiva vieta dunque agli Stati di stipulare il contratto durante il cd. *still period* sostanziale, il termine dilatorio decorrente dalla aggiudicazione dell'appalto. Tale previsione, in realtà, era stata già prevista ed introdotta nel nostro Codice dei Contratti (d. lgs. n. 163/2006, art. 11, comma 10) per il quale il contratto non può essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, salvo motivate ragioni che non consentono alla amministrazione di attendere il decorso del predetto termine.

definizione delle controversie, condizione di difficile attuazione, considerato anche che la disciplina comunitaria e quella nazionale non sembrano essere particolarmente in linea su questo aspetto⁴².

In conclusione, comunque, sembra potersi osservare una generale tendenza del legislatore comunitario, attraverso le disposizioni della citata Direttiva, nel senso di ritenere chiaramente insufficiente il rimedio risarcitorio quale mezzo di piena soddisfazione dell'interesse leso dalla aggiudicazione che sia illegittima, con l'assegnazione, viceversa, di una veste di assoluta centralità nel sistema di tutela, alla rimozione totale del contratto illegittimamente concluso⁴³.

2. Annullamento della aggiudicazione e sorte del contratto nella recente codificazione legislativa

Prima di affrontare questa parte del lavoro, che rappresenta comunque l'esposizione delle novità introdotte a seguito dell'intervento comunitario nella materia che ci occupa, preme

⁴² L'intento del legislatore comunitario, infatti, è quello di separare nettamente la fase della scelta del contraente da quella di stipulazione del contratto, in modo che quest'ultima possa intervenire solo se e quando siano stati eliminati tutti i dubbi sulla legittimità della aggiudicazione stessa, laddove, viceversa, l'intento del legislatore nazionale sembra piuttosto essere quello di accelerare la realizzazione delle opere pubbliche ritenute di preminente interesse, indipendentemente quindi dall'accertamento della legittimità del procedimento di evidenza pubblica.

⁴³ Cfr. in tal senso P. de Lise, *Effettività della tutela e processo sui contratti pubblici*, testo della relazione tenuta il 4 dicembre 2008 in occasione degli "Incontri sul processo amministrativo" promossi dalla Libera Università San Pio V, il quale evidenzia come la Direttiva persegua due finalità molto evidenti: "intende evitare che il contratto possa essere di ostacolo ad una tutela effettiva della pretesa del partecipante a divenire il contraente della pubblica amministrazione; intende altresì garantire, nei limiti del possibile, la stabilità del contratto ed il valore della sicurezza delle relazioni giuridiche che sul contratto poggiano".

riportare alla mente quella che è stata fin dall'inizio la necessaria premessa di questo studio.

Ci si riferisce, in particolare, alla consapevolezza, più volte palesata, per cui l'indagine circa gli effetti che l'annullamento, in via di autotutela o in sede giurisdizionale, del provvedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico ha sul contratto già stipulato tra ente aggiudicatore ed impresa aggiudicataria è questione che – pur avendo ad oggetto, almeno in origine, il problema legato alla individuazione del giudice competente a decidere sulla sorte del contratto – e, dunque, pur proponendo una questione di giurisdizione, ha finito per coinvolgere, al tempo stesso ed in identica misura, questioni di diritto sostanziale e processuale.

E questo rappresenta un dato che, a nostro avviso, dovrebbe essere costantemente tenuto presente, poiché costringe chi scrive, necessariamente, alla assunzione di una duplice prospettiva e ad un duplice punto di vista di cui il lettore deve tenere conto per poter cogliere pienamente la portata delle affermazioni quivi contenute.

Ciò premesso e seguendo l'ordine schematico-temporale che ci si è dati, il legislatore nazionale, recependo le indicazioni di quello comunitario, nel conferire all'Esecutivo la delega⁴⁴ per

⁴⁴ La legge delega presenta un carattere estremamente “aperto” e volutamente poco dettagliato per quello che ci riguarda in questa sede. Si può infatti notare, al riguardo, che il legislatore delegante non si preoccupa nemmeno di riformulare l'espressione “privazione degli effetti”, utilizzata, in modo piuttosto grossolano, nella traduzione italiana della Direttiva, quasi volesse deliberatamente evitare qualsiasi inquadramento concettuale negli istituti generali del diritto interno. Aldilà, quindi, della specificazione dei tre casi di privazione di effetti del contratto e del riconoscimento del ruolo centrale riconosciuto al giudice in questo accertamento, la delega risulta obiettivamente scarna di elementi idonei a delineare la fisionomia dell'istituto. Secondo alcuni, addirittura, tale scelta è stata assolutamente voluta considerata l'opzione di fondo che si è voluto dare al potere del giudice in materia; poiché, dunque, egli avrebbe il potere, amplissimo, di “*rimodellare l'assetto negoziale derivante dalla aggiudicazione annullata, anche in funzione dell'apprezzamento dell'interesse pubblico, non avrebbe alcuna utilità qualificare “astrattamente” la “privazione di effetti del contratto”, secondo i modelli di istituti già presenti nel nostro sistema. Anzi,*

l'introduzione nell'ordinamento di dette prescrizioni (art. 44, comma 1, lett f) ed h), l. n. 88 del 2009), aveva fissato i criteri guida cui la futura disciplina avrebbe dovuto ispirarsi, facendo in particolare riferimento a:

- a) previsione di violazioni gravi cui far conseguire la sanzione della privazione obbligatoria degli effetti del contratto, lasciando al giudice la scelta, in funzione degli interessi coinvolti, tra privazione di effetti retroattiva o meno;
- b) l'alternativa, nell'ipotesi sempre di violazioni gravi, lasciata al giudice di scegliere tra privazione degli effetti e sanzioni alternative;
- c) l'attribuzione allo stesso giudice, in tutti gli altri casi, della scelta tra privazione degli effetti del contratto o risarcimento per equivalente del danno effettivamente subito e comprovato⁴⁵.

A dare attuazione ai principi espressi nella legge delega, l'art. 9, d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, che ha introdotto nel Codice dei contratti pubblici l'art. 245 bis, comma 1 (poi sostituito dall'art. 121 del d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104), che attribuiva al giudice, una volta annullato il provvedimento di aggiudicazione, il potere di definire la sorte del contratto già stipulato tra aggiudicatario e stazione appaltante, e, quindi, di decidere se detto contratto dovesse essere o meno privato dei suoi effetti.

*l'eventuale richiamo a puntuali regole civilistiche rappresenterebbe un "pericolo", determinando una limitazione dei larghi poteri di valutazione del giudice", così M. Lipari, Il recepimento della "Direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto, in *Federalismi.it*, n. 7/2010.*

⁴⁵ Nota come M. Fracanzani evidenzia che "negli ultimi quindici anni la cognizione sulla sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione è stata attratta e sottratta al giudice amministrativo più volte, con disposizioni di legge, pronunce di costituzionalità ed arresti giurisprudenziali di diverso orientamento. Pur nel variare del giudice chiamato a decidere, è significativa l'unitarietà di impostazione sempre mantenuta: ad aggiudicazione illegittima corrisponde contratto viziato", in *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto nel nuovo processo amministrativo: dall'onere di impugnazione alla pronuncia di inefficacia*, in www.giustizia-amministrativa.it, luglio 2010.

Nella disciplina dettata nell'art. 245 *bis*, dunque, la dichiarazione di inefficacia del contratto – benché l'intervenuto annullamento giurisdizionale del provvedimento d'aggiudicazione ne costituisca un presupposto – non era automatica, dovendo essere pronunciata dal giudice, in mancanza della quale il contratto continuava a produrre i suoi effetti e ad essere vincolante tra le parti.

Va da sé che a detta pronuncia non venisse attribuito un valore meramente ricognitivo di una situazione che discendeva automaticamente dall'intervenuto annullamento giurisdizionale della aggiudicazione, essendo, piuttosto, espressione di un potere costitutivo, poiché era ad essa che si doveva la reale ed effettiva rimozione dal mondo giuridico degli effetti di questo contratto.

Tale conclusione discendeva, d'altra parte, dalla istituzione di un cd. “giudice unico” che, in sede di giurisdizione esclusiva, era chiamato a definire in tutte le sue declinazioni, e, quindi, sia nella fase autoritativa che contrattuale⁴⁶, il contenzioso relativo alla individuazione del partecipante alla gara avente effettivamente titolo alla stipula del contratto, accertamento che non poteva subire, certamente, ostacoli dal tenore della relativa istanza proposta dal ricorrente, nell'atto introduttivo, qualora non fosse espressamente diretta alla declaratoria, anche, di inefficacia del contratto oltre che all'annullamento della aggiudicazione.

A conferma di tale ricostruzione si poneva, poi, il disposto dell'art. 245 *quinquies* a tenore del quale aggiudicazione e contratto

⁴⁶ A tali conclusioni giunge anche gran parte della Dottrina e della Giurisprudenza, per cui “*sarebbe infatti contrario a principi di logica, prima ancora che di diritto, ipotizzare che il giudice unico, consapevole del compito che gli era stato assegnato, si sentisse vincolato ad una istanza incompleta o comunque non correttamente formulata dall'interessato e ritenesse per ciò stesso di aver esaurito i suoi compiti nel mero annullamento dell'atto autoritativo da lui riconosciuto illegittimo, mantenendo in vita l'atto patrizio che, sul presupposto della legittimità del primo, era stato stipulato dalla stazione appaltante*”, così G. Ferrari, *Il contenzioso degli appalti pubblici nel nuovo codice del processo amministrativo*, Roma, 2010, pp. 336 ss.

erano condizionati dalla dichiarazione d'inefficacia del contratto in corso, ai sensi degli artt. 245 *bis* e *ter*⁴⁷.

Andando ad analizzare il contenuto dell'art. 245 *bis* nella sua formulazione originaria, venivano distinti i casi in cui la dichiarazione di inefficacia seguiva obbligatoriamente alla obiettiva gravità delle violazioni perpetrate; i casi in cui il contratto restava efficace anche in presenza di tali violazioni, ma in virtù di un prevalente interesse generale a mantenerne in vita gli effetti; infine

⁴⁷ Ecco che la fonte delegata abbandona la formula generica “privazione degli effetti del contratto” per sostituirla con quella di “inefficacia”, secondo le indicazioni del Consiglio di Stato nel parere espresso sullo schema di decreto, trattandosi di espressione decisamente più adeguata al linguaggio tecnico-giuridico del nostro ordinamento. Tuttavia, va sottolineato come il contenuto del decreto risulti ancora piuttosto scarno sul punto, privo, in sostanza, di elementi utili a spiegare la natura e la concreta disciplina di tale “inefficacia”. Infatti, si è già notato come tale formula sia utilizzata frequentemente con una valenza “residuale”, per marcare, cioè, le differenze da altre ipotesi tipiche (nullità, annullabilità, risoluzione), ma ben potrebbe anche essere intesa come espressione onnicomprensiva di tutti i casi in cui un atto giuridico sia privo di effetti. Alla luce di questo, si è detto che *“chi si aspettava una presa di posizione precisa in ordine alle diverse tesi prospettate dalla dottrina e dalla giurisprudenza sul tema della “caducazione del contratto”, quindi, potrebbe restare profondamente deluso, perché le disposizioni omettono qualsiasi esplicito segnale dal quale possa trapelare l’adesione all’una o all’altra delle varie costruzioni proposte. Il “pragmatismo” e la concretezza scelti dalla legge presentano, ovviamente, pregi e difetti. Il pregio maggiore consiste nella affermazione della massima flessibilità delle decisioni riguardanti l’inefficacia del contratto, presumibilmente proiettate verso la realizzazione della più alta “giustizia sostanziale” del caso concreto. Gli svantaggi concernono il forte tasso di incertezza delle soluzioni applicabili alle singole vicende (...) L’imprevedibilità degli esiti delle liti, infatti, potrebbe risultare poco apprezzata dagli operatori economici. Insomma, si può sostenere che il legislatore abbia optato per una idea dell’inefficacia flessibile del contratto, o a “geometria variabile”. E’ pressochè impossibile stabilire a priori se l’annullamento dell’aggiudicazione del contratto determinerà l’inefficacia del contratto o meno. Ancora più difficile prevedere se l’inefficacia sarà pienamente retroattiva e lascerà salve le prestazioni già eseguite. La pluralità dei parametri di apprezzamento e il rilevante potere di apprezzamento del giudice (anche prescindendo dalla qualificazione officiosa delle sue facoltà di cognizione e della sussistenza di una giurisdizione di merito “innominata”) accentuano notevolmente l’elasticità della inefficacia del contratto derivante dall’annullamento della aggiudicazione”, così M. Lipari, *Il recepimento della “Direttiva ricorsi”*, cit.*

quelli nei quali la regola dell'inefficacia del contratto non trovava applicazione.

La sanzione dell'inefficacia trovava allora obbligatoria espressione laddove (comma 1, lett. a e b) l'aggiudicazione fosse avvenuta:

- a) senza preventiva pubblicazione del bando o dell'avviso nella Gazzette Ufficiale Italiana o in quella europea, qualora tale adempimento fosse prescritto dal Codice dei contratti (d. lgs. 163/2006);
- b) con procedura negoziata (art. 56 del Codice) o con affidamento in economia (art. 125 del Codice) fuori dei casi consentiti.

Ancora, la dichiarazione di inefficacia era obbligatoriamente disposta per il caso di:

- a) mancato rispetto del termine dilatorio di cui all'art. 11, comma 10 del Codice, ma se ricorrevano un duplice ordine di condizioni ulteriori, e cioè che per effetto del mancato rispetto di detto termine, il ricorrente fosse stato privato della possibilità di avvalersi di specifici rimedi giudiziari, da un lato, e, da un altro, che tale violazione, insieme agli altri vizi propri del provvedimento, avesse comunque inciso nella possibilità per il ricorrente di aggiudicarsi l'appalto.
- b) mancato rispetto del periodo di sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto, derivante dalla proposizione di ricorso giurisdizionale, sempre che, anche in questo caso, tale violazione avesse comunque inciso nella possibilità per il ricorrente di aggiudicarsi l'appalto.

In questi casi, veniva previsto un meccanismo in forza del quale il giudice competente a dichiarare l'annullamento del provvedimento poteva stabilire se la conseguente inefficacia del contratto si intendesse limitata alle prestazioni ancora da eseguire o fosse retroattiva.

Peraltro, anche in presenza di gravi violazioni come quelle citate, si stabiliva che il contratto restava efficace se “*il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale*” lo avesse in qualche modo imposto, evidentemente per esigenze di “*carattere tecnico*” o “*di carattere economico*”.

Tra le prime, il comma 2 attribuiva importanza prioritaria alla circostanza per cui le rimanenti prestazioni previste in contratto potessero essere effettuate soltanto dall’aggiudicatario attuale. In sostanza, occorre un duplice ordine di fattori: che il contratto fosse ormai giunto ad un avanzato stato di esecuzione e che le rimanenti prestazioni fossero talmente specialistiche da poter essere svolte solo dal medesimo soggetto imprenditoriale.

Tra le esigenze di carattere economico, invece, il criterio era quello per cui gli interessi economici in gioco dovessero assumere il carattere di “*esigenze imperative*”, nel senso, cioè, che la dichiarazione di inefficacia del contratto avrebbe portato a conseguenze evidentemente sproporzionate ed ingiuste.

La Direttiva prevedeva comunque alcune ulteriori eccezioni alla obbligatorietà della dichiarazione di inefficacia, nei casi di cui al comma 1, lett. a (aggiudicazione definitiva senza pubblicazione di bando o avviso), e lett. b (procedura negoziata o affidamento in economia senza pubblicazione di bando o dell’avviso), ove la stazione appaltante avesse dichiarato, con atto motivato, di non essere tenuta ai sensi delle disposizioni codicistiche; ovvero avesse dichiarato di aver pubblicato in Gazzetta Ufficiale (nazionale o comunitaria) un *avviso volontario per la trasparenza preventiva* (art. 79 *bis* del Codice), con il quale manifestava l’intento di concludere il contratto; ovvero, infine, il contratto non fosse stato concluso prima della scadenza di un termine di almeno dieci giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione del citato avviso volontario.

Infine, ai sensi del comma 4 in tutti i casi nei quali, nonostante l'accertamento del ricorrere delle citate violazioni, il contratto fosse da considerarsi efficace, si prevedeva la possibilità di applicare le sanzioni alternative di cui all'art. 245 *quater*.

3. Il nuovo Codice del Processo amministrativo: una riflessione in punto di giurisdizione in tema di appalti pubblici

La disciplina dettata con l'art. 245 *bis* del Codice dei Contratti Pubblici è confluita integralmente, senza variazioni neppure di ordine formale, negli artt. 121 e ss. del Codice del Processo Amministrativo (d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, d'ora in avanti solo C.p.a.).

Con questo si è inteso dimostrare la piena condivisione nelle scelte operate dal Governo in sede di recepimento delle linee della delega, dapprima contenute nella legge diretta all'introduzione delle nuove norme comunitarie contenute nella Direttiva ricorsi; molte delle disposizioni ivi previste erano, infatti, fin dalla loro introduzione originaria, destinate al trasferimento nel Codice del processo, secondo le indicazioni del parere del Consiglio di Stato, già acquisite nello schema del Codice del processo trasmesso alla Commissione Speciale istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

In sintesi, dunque - senza voler ribadire quanto già visto nell'analisi della Direttiva ricorsi - l'art. 121 affida al giudice che ha già provveduto all'annullamento della aggiudicazione, il potere-dovere di dichiarare l'inefficacia del contratto pronunciandosi contestualmente - a seconda della gravità delle violazioni perpetrate, della condotta delle parti e della situazione di fatto - sulla retroattività o meno di detta pronuncia, nei casi ivi previsti. Non solo. L'art. 122, fuori dei casi di cui alla norma precedente, attribuisce al giudice analogo potere-dovere di dichiarare inefficace

il contratto, “*tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell’effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l’aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell’aggiudicazione non comporti l’obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta*”.

Si tratta, in sostanza, di una norma “in bianco”, atteso che non precisa quali siano effettivamente i casi in cui si versa in questa ipotesi, diversamente dalla prima: una norma che attribuisce al giudice un potere di “riempimento”, di per sé foriero di probabili contenziosi e dispute, qualunque posizione egli decida di assumere in forza semplicemente del ricorso ad essa. Già con la disposizione di recepimento della Direttiva, trasfusa poi nel codice dei contratti, si era sottolineato il carattere fortemente “rischioso”, in termini, appunto, di possibili contenziosi, della norma *de qua*, fatto che, evidentemente, non è stato ritenuto dirimente dal legislatore ultimo del C.p.a.

All’art. 123 trova, invece, spazio, in maniera ancora una volta speculare alla analoga disposizione contenuta nel codice dei contratti (art. 245 *quater*), la previsione delle cd. “*sanzioni alternative*”, da applicare alternativamente o cumulativamente (alla inefficacia del contratto, evidentemente), nei casi ivi espressamente contemplati.

L’art. 124, infine, concerne la tutela in forma specifica e per equivalente e l’art. 125 detta “*Ulteriori disposizioni processuali per le controversie relative a infrastrutture strategiche*”.

Fatti questi brevi cenni al contenuto delle nuove norme del codice del processo amministrativo, e che verranno nel dettaglio analizzate più avanti, pare opportuno soffermarsi sulla questione di giurisdizione, in parte accennata nel capitolo precedente e che funge da presupposto di tutto l’argomentare che si pone sullo sfondo delle

attuali soluzioni che sono state recepite ed ora sono contenute nel C.p.a, anche in considerazione del fatto che a partire dal 2010 si è finalmente giunti ad un punto che appare fermo nel panorama delle possibili soluzioni succedutesi nel tempo.

Si è visto, infatti, come la problematica che si è scelto di affrontare in questo studio investa sia profili sostanziali, legati alla sorte del contratto di appalto dopo un annullamento dell'atto che ne funge da presupposto come l'aggiudicazione, ed alle posizioni soggettive degli attori di questo rapporto giuridico, quanto meno rappresentate da tre soggetti: l'amministrazione aggiudicatrice, il soggetto aggiudicatario, ed il terzo/ricorrente, leso dalla aggiudicazione dichiarata poi illegittima ed annullata; sia profili processuali, essendo fin dall'origine discussa la competenza giurisdizionale, la natura del potere esercitabile dai singoli ordini giurisdizionali, i mezzi attraverso i quali tale tutela possa essere esercitata, l'effettività della tutela stessa.

Ripercorrendo l'*iter* logico giuridico seguito dai maggiori Consessi giurisdizionali di questo Paese, si coglie appieno la portata delle questioni affrontate ed è possibile comprendere, di conseguenza, il punto di arrivo dell'attuale quadro normativo.

La questione è stata – come spesso accade – dapprima affrontata dalla Suprema Corte di Cassazione, con sentenza a Sezioni Unite 28 dicembre 2007, n. 27169.

La Corte, adita da un imprenditore con ricorso avverso una sentenza del Giudice amministrativo che aveva dichiarato l'inefficacia del contratto di appalto da lui stipulato prima che il provvedimento di aggiudicazione fosse annullato dallo stesso giudice, fu chiamata a pronunciarsi su alcune eccezioni poste dal ricorrente che investivano questioni sostanziali e decisive sulla problematica di cui si discute.

In particolare, veniva eccepito che con la sottoscrizione del contratto di appalto si instaura tra le parti un rapporto *iure*

privatorum che comporta, per ciò solo, che tutte le controversie attinenti alla sua esistenza ed in generale alla sua esecuzione siano di competenza del giudice ordinario; né – si sostiene – sarebbe ravvisabile una sorta di attrazione alla giurisdizione del giudice amministrativo per il collegamento esistente tra la fase pubblicistica dell'evidenza pubblica e la validità-efficacia del vincolo contrattuale atteso che le relative questioni trascendono la mera cognizione del profilo della legittimità dell'azione autoritativa della P.A., investendo, viceversa, valutazioni prettamente civilistiche, ascrivibili al giudice naturale di esse, e quindi al giudice ordinario.

Il ricorso venne accolto dalla Corte di Cassazione che fece contestualmente salva la giurisdizione del giudice amministrativo unicamente per la fase pubblicistica dell'attività negoziale della P.A., senza, tuttavia, porre alcun accenno a tutta l'impostazione che dottrina e giurisprudenza avevano fino a quel momento dato al problema, relativamente al tipo di invalidità che inficia il contratto, rinunciando, quindi, a tutto il dibattere sul profilo di logica consequenzialità che lega i profili processuali ai profili sostanziali della questione⁴⁸.

⁴⁸ Come non manca di notare Paolantonio, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in www.giustamm.it del 16/2/2009, l'intento della Corte di Cassazione con questa importante pronuncia, era stato quello di riportare il criterio di riparto della giurisdizione verso i canoni tradizionali dettati dall'art. 103 Cost., distinguendo nettamente il piano dell'agire amministrativo e del relativo procedimento da quello negoziale interamente retto dal diritto privato. Si ricordi, infatti, in tal senso, che la citata Giurisprudenza si innesta sotto la vigenza degli artt. 6 e 7 della legge n. 205/2000, in forza della quale la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo doveva intendersi limitata, come in passato, alle controversie relative alle procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, cioè alla fase pubblicistica dell'appalto, in essa ricomprendendo i provvedimenti di non ammissione alla gara o di esclusione, ed espressamente escludendo la fase esecutiva del rapporto instaurato dopo l'aggiudicazione, concernente diritti ed obblighi derivanti, per ognuna delle parti, dal contratto stipulato successivamente agli atti di evidenza pubblica.

La giurisdizione del giudice ordinario trovava quindi il suo fondamento nel fatto che nella fase dell'esecuzione del contratto e per tutta la sua durata i contraenti (Pubblica amministrazione e privato) operano su un piano assolutamente paritetico e le rispettive posizioni soggettive si qualificano come diritti soggettivi e obblighi giuridici, come, d'altra parte, storicamente affermato, senza, in sostanza, che fosse attribuito alcun rilievo alle argomentazioni fino ad allora espresse dalla dottrina e dalla giurisprudenza sulla problematica.

Il Giudice amministrativo, tuttavia, non ha fatto attendere di molto una sua iniziale risposta, attraverso l'Ordinanza 28 marzo 2008, n. 1328, di rimessione alla Adunanza Plenaria dell'esame dell'intera vicenda in posizione opposta a quella scelta dalla Cassazione qualche tempo prima con la citata sentenza⁴⁹.

Il Consiglio di Stato prende le mosse, allora, proprio da quella impostazione data alla questione dalla dottrina e dalla Giurisprudenza ed ignorata dalla Cassazione, che partiva proprio dal ritenere la questione di giurisdizione logicamente successiva a

Non solo. Si tenga infatti presente che siamo all'indomani della sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004, che bacchetta il legislatore per l'ampiezza con cui aveva fino a quel momento riconosciuto anche nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e, contestualmente, allargato le maglie dei poteri connessi a tale tipo di giurisdizione.

Si veda in proposito anche M. Ramajoli, *La Cassazione riafferma la giurisdizione ordinaria sul rapporto contrattuale fra amministrazione e aggiudicatario*, in *Dir. proc. Amm.*, 2008, 526.

⁴⁹ Cfr. Satta, *La resistenza del contratto all'annullamento della aggiudicazione: un problema comunitario?* in www.giustamm.it; Manfredi, *Aggiudicazione e contratto: le decisioni della Plenaria*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2009, 6, 611; Dalla Pietra, *Cassazione e Consiglio di Stato disputano ancora: a chi spetta di pronunciarsi sulla sorte del contratto quando sia annullata l'aggiudicazione?*, in www.giustamm.it; Auletta, *Le conseguenze dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione sul contratto d'appalto: una rassegna in attesa della pronuncia dell'Adunanza Plenaria*, in www.giustamm.it; Galli, *Annulamento della aggiudicazione e "caducazione" del contratto*, in *Rass. Dir. civ.*, 2009, 213; Gili, *In tema di annullamento dell'aggiudicazione di una gara*, in *Foro it.*, 2009, III, 249.

quella, invece, sostanziale, relativa alla sorte del contratto concluso sulla base di una aggiudicazione annullata, e sottopone alla Adunanza Plenaria le questioni relative a :

- a) la sorte del contratto di appalto stipulato sulla base di una aggiudicazione successivamente annullata;
- b) la effettiva sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo;
- c) la applicabilità degli artt. 23 e 25 del codice civile.

Attraverso copioso e preciso argomentare, il Consiglio di Stato dimostra di essere perfettamente a conoscenza dei limiti che la vigenza dell'art. 6 della legge n. 205/2000 impone alla giurisdizione esclusiva del g.a. rispetto ai soli provvedimenti inerenti alle procedure di affidamento degli appalti, con conseguente esplicita esclusione di quelli collocabili nella fase esecutiva, escludendo, con ciò, espressamente i profili attinenti al contratto. Tuttavia, dal ragionamento esposto nella citata ordinanza, esso conclude affermando che il dato testuale della norma non è in grado di impedire una lettura della disposizione che assegni al giudice amministrativo la potestà di conoscere in via diretta le questioni relative alla validità ed alla efficacia del contratto d'appalto, poiché direttamente riferibili (ed anche conseguenti si potrebbe dire) alla presupposta aggiudicazione.

A “soccorrere” in qualche modo il Consiglio di Stato, ma in realtà ad avallare le tesi esposte e ad arricchire il dibattito, interviene, poco dopo la citata ordinanza, il TAR Milano che propone una interessante ricostruzione della dibattuta questione⁵⁰.

⁵⁰ TAR Milano, I sez., 8 maggio 2008, n. 1370. Il Tar, con la sentenza in esame, denuncia espressamente il danno che ai principi di effettività, tempestività e concentrazione della tutela giurisdizionale, è derivato dalla sentenza delle SS.UU della Cassazione. Attraverso l'applicazione dei principi ivi contenuti, infatti, il ricorrente viene costretto a perseguire un “doppio binario di tutela”, per cui, pur essendo risultato vittorioso nel giudizio amministrativo dove ha ottenuto l'annullamento della aggiudicazione ovvero della esclusione dalla gara, viene costretto a

Allo scopo di ridurre il pregiudizio che deriva al ricorrente dalla applicazione delle statuizioni della Cassazione, il Tar propone l'applicazione dell'art. 8 della legge n. 1034/1971, nella parte in cui consente al giudice amministrativo di conoscere *incidenter tantum* di questioni che, ancorché riguardanti diritti, siano pregiudiziali rispetto alla definizione della questione dedotta in via principale, considerato che, nel caso di specie, la questione principale è la pretesa del ricorrente ad ottenere il “bene della vita” costituito dalla aggiudicazione dell'appalto.

Rispetto a questa pretesa, è evidente che la permanenza del contratto – una volta intervenuto l'annullamento della aggiudicazione che ne rappresenta comunque il presupposto – costituisce un elemento impeditivo, tale, quindi, da giustificare una pronuncia del G.A. *incidenter tantum* che, per definizione, non assume l'attitudine ad acquistare autorità di “cosa giudicata”, restando comunque devoluta alla giurisdizione del G.O. la questione relativa alla sorte del contratto nel frattempo stipulato.

In questo quadro tutt'altro che statico nel dibattito giuridico sulla interessante tematica che ci occupa, si innesta quindi la pronuncia del Consiglio di Stato, in Adunanza Plenaria, sollecitato, appunto, dalla Ordinanza finora analizzata, con una sentenza che, tuttavia, sorprende non poco non soltanto i primi commentatori, ma, in genere, tutti coloro che in qualche modo si erano confrontati fino a qual momento con tale tematica⁵¹.

Si tratta, in sostanza, di una vera e propria inversione di rotta, una virata di 360°, rispetto a quanto era stato sostenuto nel tempo dal Consiglio di Stato stesso che a questo punto dichiara di aderire in pieno alla tesi delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, peraltro

rivolgersi al giudice ordinario perché si pronunci sul contratto, per poi ritornare nuovamente dal G.A. per far valere la sua pretesa al risarcimento in forma specifica, con buona pace dell'effettività e della pienezza della tutela.

⁵¹ Si tratta della sentenza A.P. n. 9 del 2008.

con una motivazione alquanto scarna, che dimostra di ignorare del tutto l'argomento, invero assolutamente pertinente e ampiamente argomentato, del giudice remittente, adeguandosi passivamente al *decisum* della Cassazione.

La tesi svolta si fonda, in sostanza, sulla affermazione per cui nel sistema attuale – afferma il Consiglio di Stato – non esiste una norma espressa, a carattere generale, che estenda la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alle controversie che riguardano la fase della esecuzione del contratto d'appalto; tanto basta a far discendere che la domanda avanzata dal ricorrente vittorioso che si sia visto dichiarare l'annullamento dell'aggiudicazione, volta all'accertamento delle conseguenze, sul contratto, di tale sentenza, sia attratta nella sfera di giurisdizione del giudice ordinario.

Il Consiglio di Stato richiama a tal fine l'art. 144 del Codice dei contratti per trarre da esso conferma del fatto che nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo rientrano solo le controversie attinenti alle procedure di affidamento degli appalti di lavori, servizi e forniture, con esclusione di ogni controversia riguardante la fase esecutiva dei relativi contratti. In tal senso, allora, al Giudice amministrativo non rimane che il potere di pronunciarsi sulla richiesta di risarcimento per equivalente del danno economico cagionato dalla aggiudicazione illegittima, ma non anche di reintegrazione in forma specifica che, incidendo sulla fase negoziale e sui diritti soggettivi connessi, esula dai suoi poteri.

Ad avviso dell'Alto Consesso tali conclusioni non comportavano, se valutate anche con riferimento agli artt. 103 e 24 della Costituzione, una diminuzione di tutela per il soggetto che avesse ottenuto l'annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto, essenzialmente per due ordini di motivi:

a) intanto perché la sentenza di annullamento del provvedimento illegittimo determina in capo alla amministrazione

soccombente l'obbligo di conformarsi alle relative statuizioni, costituendo tale annullamento un vincolo ed un limite permanente alla successiva attività dell'amministrazione *“che non può prescindere dall'effetto caducatorio del contratto stipulato”*. Da ciò discende che, in sede di esecuzione della sentenza, l'Amministrazione non può non rilevare la sopravvenuta caducazione del contratto conseguente all'annullamento della aggiudicazione e non conformare la sua ulteriore attività ai principi enunciati nella sentenza di annullamento⁵².

b) In secondo luogo, poiché in caso di mancato adeguamento della pubblica Amministrazione ai contenuti della sentenza di annullamento, l'interessato avrebbe sempre titolo a proporre il giudizio di ottemperanza nel corso del quale il giudice amministrativo, nell'ambito della sua giurisdizione di merito, è legittimato a sindacare in modo pieno ed effettivo (e quindi, in modo anche pienamente soddisfacente per il ricorrente) l'attività posta in essere dalla Amministrazione con conseguente accertamento della eventuale condotta omissiva della stessa⁵³.

⁵² Secondo qualcuno questa affermazione sarebbe *“quantomeno opinabile, perché attribuisce al giudice amministrativo, in quanto autore della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione, il potere di trarre conseguenze e obblighi comportamentali da un fatto (la caducazione del contratto) che, proprio per effetto della decisione dell'Adunanza plenaria non è autorizzato né ad accertare né a dichiarare e che, nel consenso degli interessati, potrebbe anche non verificarsi”*, così G. Ferrari, *Il contenzioso degli appalti*, cit., p. 330 ss. A onore del vero, tuttavia, non sembra potersi trarre questa conclusione dalle affermazioni del Consiglio di Stato, atteso che esso si limita a fare una considerazione meramente conseguente circa il comportamento che la Pubblica Amministrazione dovrebbe tenere una volta intervenuto l'annullamento della aggiudicazione, quasi come si trattasse di una considerazione ovvia e logicamente connessa alla portata dei contenuti della sentenza di annullamento. Non sembra, infatti, che si tratti né di “accertamento”, né di “dichiarazione” che il Giudice Amministrativo non sia legittimato a fare e/o dare.

⁵³ In tal modo il giudice *“può realizzare il contenuto conformativo della sentenza riferibile alla fase pubblicistica successiva all'annullamento ed emanare tutti i provvedimenti idonei ad assicurare al ricorrente vittorioso il bene della vita effettivamente perseguito con il giudizio di*

In questo senso, il Consiglio di Stato dimostra di recuperare in pieno la giurisprudenza espressa dal Tar Milano nella sentenza citata, n. 1370/2008, ma attraverso comunque timidi accenni che non paiono francamente in alcun modo incisivi e, soprattutto, idonei a risolvere un problema di effettività di tutela di cui non sembra volersi avvedere o, comunque, occupare in questo frangente.

Il Consiglio di Stato ritorna infine sulla questione con sentenza, in Adunanza plenaria, n. 12 del novembre 2008, con cui ribadisce, se possibile in modo ancor più scarno del precedente, i medesimi contenuti, continuando ad assestarsi su una posizione piatta e, per certi versi, incomprensibile.

Non si comprende, infatti, in alcun modo come non ci si avveda che si è predisposto un sistema di tutela penalizzante ed assolutamente inefficace per il ricorrente che si sia visto riconoscere l'effettiva legittimità delle proprie ragioni avverso la aggiudicazione nell'ambito dell'ordinario giudizio di primo grado innanzi al Tar competente.

A questo, infatti, egli dovrebbe far seguire un giudizio ordinario per l'accertamento della effettiva caducazione del contratto d'appalto stipulato nelle more con l'aggiudicatario illegittimo, come conseguenza diretta del dichiarato annullamento della

legittimità e reintegrarlo pienamente nella situazione concreta che avrebbe dovuto già conseguire qualora l'Amministrazione non avesse adottato l'atto di aggiudicazione illegittimo, atteso che la funzione del giudizio di ottemperanza è proprio quella di adeguare la situazione di fatto a quella di diritto nascente dal giudicato", così G. Ferrari, cit., che commenta la sentenza della Adunanza Plenaria, il quale continua "il che, sempre ad avviso di chi scrive, costituisce osservazione non pertinente in una vicenda nella quale la riduzione della tutela giurisdizionale per effetto della sentenza delle s.u. della Corte di cassazione veniva fatta discendere dal divieto fatto al giudice amministrativo di dichiarare gli effetti che la sua decisione di annullamento ha sulla sorte del contratto, con la conseguenza che con riferimento a detta questione la suddetta decisione non può recare alcuna affermazione di principio alla quale l'Amministrazione soccombente debba conformarsi e in relazione alla quale, in casi di omissione, possa utilmente instaurarsi un giudizio di ottemperanza".

aggiudicazione stessa e, per finire, qualora l'Amministrazione non si adeguasse a tale statuizione, dovrebbe proporre un giudizio per l'ottemperanza al giudicato, innanzi al giudice amministrativo, che, in questo caso, potrebbe, attraverso la sua giurisdizione estesa al merito, adottare *“tutte le misure, direttamente o per il tramite di un commissario, necessarie ed opportune per dare esatta e integrale esecuzione alla sentenza e per consentire una corretta riedizione del potere amministrativo”*.

4. Il ruolo del giudice amministrativo: una nuova veste e tanti interrogativi

Ripercorso e ricostruito *l'iter* logico giuridico che ha dimostrato la delicatezza della questione di giurisdizione connessa alla problematica oggetto di indagine, vale la pena segnalare la recente pronuncia delle SS. UU. della Cassazione⁵⁴ che - andando in controtendenza rispetto all'orientamento consolidato e anticipando i contenuti di quella che sarà, di lì a breve, la scelta definitiva del legislatore nazionale in tema, appunto, di riparto di giurisdizione - 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 proprio la Direttiva Ricorsi, 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.

⁵⁴ Cass., SS. UU., ord. 10 febbraio 2010, n. 2906, in *Dir. & Giust.*, 2010, con nota di Palombella.

Se da un lato, dunque, la forte spinta innovatrice risiede – come visto in genere per la materia degli appalti pubblici – nella normativa comunitaria, la fonte nazionale che disciplina compiutamente la fattispecie, è contenuta nell'art. 7 del d. lgs. n. 53/2010, secondo cui *“all'art. 244, comma 1, del decreto legislativo n. 163 del 2006 è aggiunto il seguente periodo: <<la giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative>>”*.

Accanto a tale disposizione, si collocano, come visto, le norme che introducendo gli artt. 245-*bis*, *ter*, *quater*, *quinqües*, dettano la disciplina complessiva ed organica della materia, successivamente trasfusa, come visto, nel codice del processo amministrativo.

L'opzione finale per cui si afferma la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo risiede, dunque, intanto, nella esigenza di concentrazione ed effettività della tutela giurisdizionale, ragion per cui si cerca di limitare gli adempimenti cui il ricorrente debba sottoporsi per vedere affermato il proprio diritto ad ottenere il bene della vita per cui ha scelto di agire in giudizio.

In primo luogo, dunque, egli dovrà adire il giudice amministrativo per chiedere l'annullamento della aggiudicazione che ritiene illegittima e lesiva della propria posizione soggettiva e, contestualmente, chiedere il risarcimento in forma specifica che in altro non potrebbe consistere se non nella sua sostituzione all'aggiudicatario illegittimo, previa dichiarazione di inefficacia del contratto nelle more stipulato con quest'ultimo.

In questa estrema schematizzazione della dinamica processuale e sostanziale che vede il ricorrente pretermesso protagonista, insieme al giudice, dell'accertamento sostanziale della fattispecie, tuttavia, si celano diverse questioni di una certa importanza e delicatezza che richiedono, ciascuna, una disamina puntuale e critica che aiuti a coglierne l'intrinseca problematicità che pongono.

Partiamo dalle norme, da ultimo poste e che costituiscono, ad oggi, il punto di riferimento complessivo ed organico di tutta la normativa fino al 2010 sparsa in diverse fonti normative, oggi raccolte in un unico testo di legge: il codice del processo amministrativo.

In primis, la norma di cui all'art. 133, lett. e), n. 1) C.p.a., che afferma la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie *“relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative”*, scelta che è apparsa certamente coerente in considerazione degli interessi coinvolti, della tipologia di accertamento che è demandato al giudice, del rispetto del principio di effettività e di concentrazione della tutela⁵⁵.

⁵⁵ Di fronte a questa previsione normativa che ha finalmente chiarito e posto fine ad evidenti dubbi interpretativi palesati negli anni da dottrina e giurisprudenza e di cui si è dato conto nel lavoro, ci si chiede se abbiano fondamento i dubbi di costituzionalità sollevati da qualcuno. Non è mancato, infatti, chi ha ritenuto che, alla luce della sentenza n. 204/2004, debba escludersi *“che la giurisdizione esclusiva possa estendersi ad atti di diritto privato, nei confronti dei quali il potere amministrativo è esercitato esclusivamente come fonte legittimante a contrarli”*, A. De Siano – F. Rinaldi, *Brevi riflessioni su contratto e giurisdizione in attesa del recepimento della cd. “Direttiva ricorsi”*, in www.giustamm.it, n. 7/2009.

Secondo altri, viceversa, *“la previsione di un unico giudice per un fenomeno che, nella sua commistione di pubblico e privato, è unitario, ci sembra del tutto coerente con la ratio della giurisdizione esclusiva, anche perché la materia dell'adempimento e della violazione di obblighi contrattuali risponde a specifici interessi collettivi, quali l'esatta, pronta e sollecita esecuzione dell'opera pubblica, del servizio o della fornitura”*, così F. Saitta, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n.*

Per quello che rileva nella disamina che si vuole condurre, occorre evidenziare alcune disposizioni, in particolare, all'interno delle nuove norme del C.p.a. Si ponga, dunque, particolare attenzione all'art. 121, allorché stabilisce che “**1. Il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto, precisando, in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva (...); 2. Il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1, qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti (...); 4. Nei casi in cui, nonostante le violazioni, il contratto sia considerato efficace o l'inefficacia sia temporalmente limitata, si applicano le sanzioni alternative di cui all'art. 123(...)**”.

Ancora, l'art. 122 che sancisce che “**Fuori dei casi indicati dall'art. 121, comma 1, e dall'art. 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**”. E, per finire, l'art. 124,

2007/66/CE, in www.giustizia-amministrativa.it, maggio 2010. Ed ancora “la cognizione sui diritti soggettivi derivanti dal contratto si collega strettamente alla verifica del corretto esercizio del potere pubblicistico della stazione appaltante, nella sequenza che conduce all'affidamento del contratto. Il riferimento al “potere amministrativo” emerge con nettezza nelle ipotesi, più frequenti, in cui la domanda di privazione di effetti del contratto, si accompagna alla richiesta di annullamento dell'atto di affidamento”, così M. Lipari, *op. cit.*

comma 1, secondo cui “*L’accoglimento della domanda di conseguire l’aggiudicazione e il contratto è comunque **condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli art. 121, comma 1 e 122. Se il giudice non dichiara l’inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato***”.

In queste poche norme sembra possa affermarsi che sia racchiuso, ordinato e sintetizzato l’intero disegno complessivo della disciplina della annosa questione relativa, sia, alle conseguenze giuridiche dell’annullamento della aggiudicazione rispetto al contratto, da tutti i punti di vista possibili (quindi dall’angolo visuale del terzo ricorrente pretermesso, dell’aggiudicatario illegittimo, della Pubblica amministrazione appaltante), sia del riparto di giurisdizione e dei relativi poteri riconosciuti al giudice competente. Non solo. In esse, infatti, sono racchiusi anche diversi nodi problematici che si tenterà di esplicitare e risolvere.

“*Il giudice che annulla l’aggiudicazione definitiva dichiara l’inefficacia del contratto*”, decidendo, contestualmente, sulla operatività, retroattiva o meno, di detta inefficacia (art. 121) e *negli altri casi, “stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza”* (art. 122).

La prima questione che si palesa in tutta la sua evidenza, aldilà della valutazione sulla opportunità o meno della scelta operata dal Legislatore di affidare al giudice amministrativo un così delicato bilanciamento di interessi, attiene al dubbio che si sia in presenza di una ipotesi di giurisdizione estesa al merito, oltre che esclusiva.

Le opinioni dei primi commentatori alle norme del Codice sono, del resto, tutt’altro che concordi⁵⁶.

⁵⁶ Molti Commentatori si sono posti l’interrogativo relativo alla natura del potere giurisdizionale esercitato dal Giudice amministrativo e le soluzioni proposte sono state le più varie. Vale, però, la pena, a nostro avviso, riportare l’Autorevole opinione di P. Carpentieri, (*Sorte del contratto, cit.*) il quale, nella sua ulteriore veste di Giudice Amministrativo offre certamente una lettura interessante, partendo da un

Pertanto, accanto a chi⁵⁷ ha dato per scontato che si fosse in presenza di una giurisdizione di merito, poiché al giudice amministrativo è attribuito, specie laddove gli si consente di disporre che gli effetti del contratto siano mantenuti per il rispetto di esigenze imperative 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*”, cioè, “*proprio quella scelta discrezionale*

punto di vista peculiare. Secondo l’Autore, infatti “*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, 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*”.*

⁵⁷ 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.

attinente ai profili di opportunità e convenienza dell'agire amministrativo che costituisce il "cuore" del merito amministrativo", c'è stato anche chi, viceversa, ha evidenziato come tale opzione si ponga in contrasto sia con il criterio interpretativo letterale (l'art. 133, lett. e, n. 1) che con quello logico-sistematico *"essendo quantomeno improbabile che il Governo, ove fosse stato intenzionato a prevedere un'ipotesi di giurisdizione estesa al merito, in contrasto con le indicazioni del Consiglio di Stato, non l'avrebbe prevista espressamente"*⁵⁸.

Indubbiamente la dichiarazione di inefficacia del contratto non è automatica a seguito dell'intervenuto annullamento giurisdizionale della aggiudicazione, essendo riconosciuto al giudice sia di calibrarne la portata, decidendo sulla retroattività o meno⁵⁹, sia di escluderne la comminatoria stessa, anche in presenza dei *"casi di gravi violazioni"* di cui all'art. 121, *"qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti"*.

Questo tipo di verifica cui è chiamato il Giudice amministrativo desta qualche perplessità, poiché sembra porsi proprio come una valutazione di vera e propria opportunità sulla conservazione del contratto, attraverso il riconoscimento di forti poteri d'ufficio che connoterebbero, piuttosto, una giurisdizione estesa al merito⁶⁰.

⁵⁸ Così F. Saitta, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione*, cit.

⁵⁹ 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.

⁶⁰ Ancora M. Fracanzani per il quale *"l'inefficacia <<tocca i diritti senza conoscere dei diritti>>, è una categoria destinata ad ampliarsi, inaugurando un nuovo filone, quello di affidare al giudice"*

Significativo a tale riguardo (e non solo) è anche il IV comma dell'art. 121, ove dispone che pur in presenza di violazioni il contratto debba essere mantenuto efficace, ovvero l'inefficacia debba essere ritenuta temporalmente limitata, “*si applicano le sanzioni alternative di cui all'art. 123*”, demandando al giudice, prima, la valutazione relativa al mantenimento del contratto, indipendentemente dalle violazioni che hanno determinato l'annullamento della aggiudicazione, e poi, la ponderazione della sanzione alternativa più idonea⁶¹.

In conclusione, occorre riportare l'attenzione sul dato per cui il legislatore, non senza altalenanti oscillazioni, ha finalmente messo un punto fermo sugli effetti che si producono sul contratto a seguito dell'annullamento della aggiudicazione e sulla natura del vizio da cui, dunque, verrebbe colpito quel contratto.

amministrativo non più blocchi di materie su cui conoscere in via esclusiva, bensì quello di affidargli compiti di amministrazione attiva, di super amministrazione, attraverso lo strumento della sentenza, ben più solido di un provvedimento amministrativo. Certo, è far fare al giudice ciò che non è il suo lavoro, con valutazioni – secondo il disegno normativo – proprie della discrezionalità amministrativa, forse più ampie della stessa giurisdizione di merito, almeno come tradizionalmente era stata fino ad ora concepita. Ma questo è un altro discorso”, op. cit..

⁶¹ Interessante è notare anche un diverso elemento connesso alla disamina di tale disposizione normativa, evidenziato da M. Fracanzani, op. cit., secondo il quale “*ecco la rivelazione: l'inefficacia è una sanzione, la principale sanzione lasciata alla discrezionalità del giudice nel “se” nel “quanto” e nel “quando”, secondo il suo prudente apprezzamento degli interessi in gioco e della gravità delle violazioni, della condotta e della situazione venutasi a creare, con un'assonanza alla previsione dell'art. 133 c.p. che richiama l'intensità del dolo o il grado della colpa nella determinazione della pena. L'inefficacia è sanzione perché ove non sia possibile pronunciarla sono previste sanzioni alternative. (...) e infine, non vi è automatismo tra caducazione dell'aggiudicazione e inefficacia del contratto, poiché ne è liberamente valutabile l'irrogazione, tranne nelle quattro ipotesi più gravi di cui all'art. 121 primo comma*”, e neanche, si direbbe, atteso il tenore dell'art. 121 secondo comma.

Testualmente si tratta di “inefficacia”, ma la scelta per cui non sempre ne rappresenterebbe l’effettiva conseguenza, ha portato qualcuno a definirla, piuttosto, una “*inefficacia flessibile*”, a seconda, cioè, che il giudice ritenga che ricorrano o meno le gravi condizioni per dichiararla, provocando, quindi, ora la nullità del contratto, ora l’annullabilità⁶².

4.1. Introduzione nell’ordinamento di nuove forme di pregiudizialità amministrativa?

Una diversa questione che impone una certa attenzione, poiché idonea a modificare istituti e meccanismi tipici dell’ordinamento processuale e sostanziale amministrativo, attiene al sistema delle pregiudizialità amministrative che sembrano trovare nuovi contenuti nelle recenti disposizioni normative.

In primis, sembra essere stato introdotto come presupposto indefettibile per la dichiarazione di inefficacia del contratto, il previo

⁶² 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”.*

annullamento della aggiudicazione. Il dato emerge, infatti, dal ripetuto riferimento normativo alla formula “*il giudice che annulla l’aggiudicazione (...)*”: in nessun caso, infatti, la nuova normativa contempla ipotesi di dichiarazioni di inefficacia sganciate dal preventivo annullamento dell’aggiudicazione⁶³.

Ma la norma si presta a diverse interpretazioni alternative: da un lato, potrebbe semplicemente ribadire la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ossia nel senso che la dichiarazione di inefficacia spetta al solo giudice titolare del potere di annullamento dell’aggiudicazione, nell’ambito della sua giurisdizione esclusiva; ma la spiegazione appare alquanto superflua, giacchè la giurisdizione esclusiva è già chiaramente espressa in altra disposizione normativa.

Diversamente, la norma potrebbe essere intesa come semplice affermazione del principio secondo cui la questione della sorte del contratto deve essere risolta nell’ambito del giudizio riguardante l’impugnazione della aggiudicazione.

In questo senso, allora, trova spazio la teoria per cui si sia voluto introdurre una precisa pregiudiziale di annullamento della aggiudicazione. L’inefficacia del contratto può essere allora pronunciata soltanto al venir meno dell’atto amministrativo di affidamento; come a dire che con la sentenza che annulla

⁶³ Secondo Carpentieri, cit., alla domanda se si sia introdotto un nuovo caso di pregiudiziale amministrativa: “*La risposta pare debba essere affermativa, nel senso che non possono esservi una domanda e una cognizione di privazione di efficacia del contratto senza una domanda di annullamento dell’aggiudicazione, atteso che, come si è sostenuto supra, il giudice amministrativo conosce non solo del dato accidentale dell’accadimento della caduta del contratto per effetto dell’annullamento, ma conosce anche della validità del contratto, sia pure sotto il solo, limitato profilo della violazione comunitaria e della legittimazione a esserne parte, sicché sembra proprio che sia stata introdotta una pregiudiziale di annullamento condizionante quella particolare forma di tutela ripristinatoria (o di adempimento) consistente nella condanna al subentro nel contratto, a sua volta dipendente dalla previa statuizione caducatoria (di annullamento) del contratto. Questo discorso non preclude, tuttavia, la proponibilità, nell’ambito dell’art. 30 c.p.a., della domanda risarcitoria autonoma, senza previo annullamento dell’aggiudicazione*”.

l'aggiudicazione, il giudice dichiara l'inefficacia del contratto, in connessione, quindi, alla decisione sulla legittimità della aggiudicazione stessa.

Tale impostazione sarebbe, in sostanza, in linea con l'idea, più volte affermata, della concentrazione delle tutele, ma recherebbe con sé ulteriori condizionamenti da tenere ben presenti. Intanto, la domanda volta ad ottenere la dichiarazione di inefficacia del contratto risulterebbe sottoposta ad uno stringente termine di decadenza, poiché dovrebbe essere proposta unitamente al ricorso introduttivo. In secondo luogo, ci sarebbero condizionamenti relativi alla legittimazione alla domanda di inefficacia, riservata, in tal caso, al solo soggetto che può impugnare l'aggiudicazione, salvi i casi di rilevanza d'ufficio.

Tuttavia sembra essere comunque l'interpretazione più rispondente al dato normativo di recente introdotto.

Ulteriore questione, connessa a quest'ultima ed idonea ad introdurre ulteriori spunti di riflessione, attiene alla portata della sentenza che dichiara l'inefficacia del contratto: se si tratti, in sostanza, dell'esercizio di un potere, in qualche misura, "sanzionatorio", d'ufficio, o dell'accoglimento di una specifica domanda di parte.

Si è visto come l'illegittimità, anche gravissima, della procedura di evidenza pubblica, non determini automaticamente la conseguenza dell'inefficacia del contratto, essendo, questa, il frutto di una scelta discrezionale, tra diverse possibili alternative, demandata al giudice amministrativo, che deve appositamente dichiararla.

Occorre, sempre, pertanto, una sentenza dichiarativa del giudice amministrativo.

Tale considerazione – secondo alcuni commentatori – introduce importanti elementi di riflessione, per ciò che attiene alla

qualificazione sistematica dell'inefficacia. Il necessario passaggio attraverso una pronuncia del giudice fornirebbe importanti elementi a favore della tesi che inquadra l'inefficacia nell'ambito degli istituti della "risoluzione giudiziale del contratto", avendo, in sostanza, la pronuncia portata costitutiva.

La questione non è di ordine meramente teorico o meramente qualificatorio, anzi, comportando la necessità di definire le modalità processuali attraverso cui il giudice può pervenire effettivamente alla dichiarazione di inefficacia del contratto⁶⁴.

⁶⁴ La tesi della risoluzione sembra infatti fornire argomenti consistenti per affermare la necessità di una domanda di parte, per esempio. Al contrario, la tesi della nullità-sanzione accentua il potere officioso del giudice, in coerenza con i principi del codice civile sulle invalidità negoziali. La prima tesi, poi, spiegherebbe meglio la conclusione secondo cui l'azione di inefficacia è sottoposta a diversi presupposti processuali (termini decadenziali, proposizione obbligatoria nell'ambito del giudizio di annullamento dell'aggiudicazione). Viceversa, la tesi della inefficacia come nullità potrebbe spiegare la proponibilità dell'azione in termini decadenziali più lunghi (per esempio il termine decadenziale di sei mesi dalla stipulazione del contratto), eventualmente anche sganciata dalla domanda volta ad ottenere l'annullamento della aggiudicazione. Secondo alcuni, tuttavia, *"non vi è alcuna necessità di risolvere il problema in sede astratta e dogmatica, mediante l'inquadramento della nuova disciplina nell'ambito di istituti "tradizionali" del nostro sistema: nulla impedisce di ritenere che l'inefficacia disciplinata dal codice dei contratti assuma una fisionomia a sé stante, presentando aspetti, parziali, di altri istituti già presenti nel nostro ordinamento. Insomma, sembra difficile ambire a una qualificazione più precisa della formula "inefficacia flessibile", che evidenzia i contorni elastici della disciplina voluta dal legislatore"*, così M. Lipari, *Il recepimento della "Direttiva ricorsi"*, cit., pp. 59 ss., il quale conclude schematicamente sintetizzando le conclusioni cui sembra corrispondere la nuova normativa: *"a) l'inefficacia del contratto deriva – sempre – da una pronuncia costitutiva del giudice. b) il veicolo processuale necessario è rappresentato dal giudizio di impugnazione dell'aggiudicazione; c) la domanda di inefficacia del contratto è proponibile solo dalla parte che impugna l'aggiudicazione; d) il giudice può dichiarare d'ufficio l'inefficacia del contratto, nei soli casi di "gravi violazioni"; e) la buona fede del terzo aggiudicatario rileva solo nei casi di violazioni non gravi, ma non preclude, automaticamente, la dichiarazione di inefficacia del contratto"*, con le quali si potrebbe anche concordare *tout court*.

Ultima questione attiene ai profili relativi alla tutela risarcitoria ed alla “questione pregiudiziale” insita nella problematica. Ci si chiede, in sostanza, se la domanda risarcitoria debba passare attraverso la previa rimozione del provvedimento di aggiudicazione⁶⁵, o se la domanda di annullamento della aggiudicazione contenga, implicitamente, tanto la richiesta di rendere inefficace il contratto, quanto quella di risarcimento in forma specifica, opzione, questa, che tenderebbe a salvaguardare la concentrazione delle tutele ed a far sì che il giudizio relativo alla legittimità della aggiudicazione ponga fine anche a tutte le altre questioni connesse. In questa prospettiva, dunque, la sentenza che dichiara l’effettiva illegittimità della aggiudicazione, deve anche stabilire se il contratto è efficace o meno, se il ricorrente ha titolo al risarcimento del danno per equivalente o in forma specifica, se la procedura di gara debba essere rinnovata o meno. Simmetricamente, questo, però, vorrebbe dire che tutte le domande andrebbero poste contestualmente al ricorso principale, e, quindi, nel medesimo termine decadenziale⁶⁶.

⁶⁵ Nell’ambito dello studio condotto dal gruppo istituito presso la Presidenza del Consiglio, per lavorare sul testo del codice del processo, si è comunque optato per escludere la tesi più rigida della pregiudiziale di annullamento, al fine di prevedere la sottoposizione dell’azione risarcitoria autonoma al termine decadenziale di sei mesi.

⁶⁶ M. Lipari, cit., parla in proposito di una sorta di “*super-pregiudiziale biunivoca di annullamento*”, poiché “a) il previo annullamento dell’aggiudicazione è condizione necessaria per la tutela risarcitoria, in forma specifica o per equivalente; b) il previo annullamento dell’aggiudicazione è condizione indispensabile per la dichiarazione di inefficacia del contratto; c) la dichiarazione di inefficacia del contratto è condizione indispensabile per disporre l’esecuzione in forma specifica; d) il giudice deve comunque pronunciarsi sulla sorte del contratto, decidendo sempre la “domanda implicita” proposta dalla parte che impugna la aggiudicazione. In questa impostazione, poi, la “*super-pregiudiziale*” assumerebbe carattere necessariamente biunivoco, perché, la domanda risarcitoria, come pure la domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto, devono essere contestuali alla domanda di annullamento dell’aggiudicazione

La norma in questione è quella dell'art. 124 C.p.a. che testualmente recita: *“1. L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli art. 121, comma 1, e 122. Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato. 2. La condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'art. 1227 del codice civile”*.

La norma tende, dunque, a regolare sia i rapporti tra dichiarazione di inefficacia del contratto e sue conseguenze dal punto di vista risarcitorio per il ricorrente vittorioso, sia il rapporto tra risarcimento per equivalente e reintegrazione in forma specifica, mantenendo sullo sfondo la questione relativa alla pregiudizialità di annullamento.

In tal senso, allora, sembra potersi intanto affermare che la richiesta volta ad ottenere l'aggiudicazione del contratto è comunque subordinata alla dichiarazione di inefficacia del contratto originariamente stipulato. Altrettanto ovvia l'ulteriore conseguenza per cui la previa dichiarazione di inefficacia è condizione necessaria per le eventuali richieste strumentali, dirette, ad esempio, ad ottenere, in luogo dell'affidamento del contratto, ove ciò non sia possibile, ulteriori attività conformative da parte dell'amministrazione, come il rinnovo delle operazioni di gara.

Alla luce di queste considerazioni, sembrano potersi ricavare alcuni corollari, per cui, in mancanza di una esplicita domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto, sarebbe, *in nuce*, inammissibile una richiesta di attribuzione del contratto, mentre sarebbe possibile ipotizzare la validità del principio opposto, per cui la domanda di attribuzione del contratto racchiuderebbe in sé, implicitamente, anche la richiesta di dichiarazione di inefficacia del

contratto stesso. Ancora, in modo altrettanto ovvio, laddove non sia stata dichiarata la sopraggiunta inefficacia del contratto, l'interessato non potrà conseguire la tutela in forma specifica, ma dovrà accontentarsi di quella per equivalente.

4.2. Il rapporto tra tutela in forma specifica e tutela per equivalente

La norma dell'art. 124 C.p.a attiene dunque al rapporto tra due forme tipiche di risarcimento del danno, che, in questa dinamica processuale relativa alle conseguenze dell'annullamento della aggiudicazione e della eventuale dichiarazione di inefficacia del contratto, sono poste evidentemente in alternativa tra loro, essendo strutturalmente diverse e dando luogo a forme molto diverse di soddisfazione per il ricorrente vittorioso.

Non solo: la questione riveste, infatti, anche importanti profili connessi – ancora una volta – con la natura, da un lato, e con i limiti, dall'altro, dei nuovi poteri riconosciuti al giudice amministrativo dalle disposizioni recenti in materia di appalti pubblici. E' evidente, infatti, come l'alternativa che si è visto porsi tra le due citate forme di tutela sia il frutto, anche, di una ponderazione tra diverse scelte di cui il giudice è titolare nell'ambito dei suoi poteri discrezionali, dipendendo, in sostanza, dalla sua decisione di dichiarare inefficace o meno il contratto, l'effettiva possibilità per l'interessato di chiedere ed ottenere l'aggiudicazione dello stesso (*“se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato”*, art. 124, I comma, C.p.a).

L'effettivo “conseguimento” del contratto altro non è che una forma di reintegrazione in forma specifica, essendo questa una forma di reintegrazione dell'interesse del danneggiato mediante una prestazione diversa e succedanea rispetto al contenuto obbligatorio, da non confondere né con l'azione di adempimento, né con

l'esecuzione in forma specifica quale strumento per l'attuazione coercitiva del diritto e non mezzo di rimozione diretta di conseguenze pregiudizievoli⁶⁷.

Sebbene parte della giurisprudenza⁶⁸ abbia storicamente ritenuto che la reintegrazione in forma specifica possa essere disposta soltanto nei casi di giurisdizione estesa al merito, nei quali il giudice può sostituirsi alla amministrazione, il giudice amministrativo, in realtà, ha spesso utilizzato tale forma di tutela anche nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità⁶⁹, utilizzando, dunque, un *modus procedendi* pienamente legittimo atteso che l'attribuzione al giudice amministrativo, in generale, della tutela risarcitoria in caso di esercizio illegittimo della funzione pubblica *“presuppone che quella tutela sia esercitata con la medesima ampiezza, sia per equivalente sia in forma specifica, che davanti al giudice ordinario”*⁷⁰.

Alla luce di tali constatazioni, invero, potrebbe allora ritenersi che le valutazioni demandate al giudice amministrativo ai fini della decisione sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento della aggiudicazione – che rispondono, peraltro, ad esigenze di opportunità rispetto all'assetto di interessi coinvolti con la stipula di un contratto, e non già di un provvedimento amministrativo – siano

⁶⁷ Così CdS, VI, 31 maggio 2008, n. 2622; TAR Calabria, I, 6 febbraio 2009, n. 116

⁶⁸ TAR Lombardia, Milano, III, 31 gennaio 2002, n. 416

⁶⁹ Cass. SS.UU., ord. 9 marzo 2005, n. 5078, ; CdS, IV, 27 ottobre 2003, n. 6666; TAR Veneto, I, 14 novembre 2002, n. 6319. E anteriormente, nel senso che il diritto al risarcimento previsto dal novellato art. 7, comma 3, legge n. 1034/1971 è esercitabile nell'ambito della giurisdizione di legittimità, TAR Friuli Venezia Giulia, 23 aprile 2001, n. 179.

⁷⁰ Cass., SS.UU. 23 dicembre 2008, n. 30254, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 460, con nota di G. Greco, *La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell'interesse legittimo: progresso o regresso del sistema?*.

compatibili con i limiti della giurisdizione generale di legittimità⁷¹. Del resto, la stessa Corte Suprema⁷² ha riconosciuto, in modo quasi scontato, che il giudice amministrativo ha il potere di scegliere e preferire alla reintegrazione in forma specifica, un'eventuale reintegrazione per equivalente “*motivatamente e in relazione agli interessi generali e pubblici oggetto di controversia*”.

⁷¹ F. Saitta, *Contratti pubblici, cit.*, conclude su questo punto, condivisibilmente, notando come analogo potere sia riconosciuto al giudice ordinario, in sede di esecuzione forzata civile.

⁷² Nella nota Ordinanza, più volte citata, n. 2906/2010.

CAPITOLO III

DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO PRIVATO NEI CONTRATTI CON LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Sommario: 1. Categorie civilistiche e peculiarità della pubblica amministrazione – 1.1. Le categorie civilistiche della nullità, della annullabilità e della inefficacia del contratto nel rapporto con l'appalto pubblico - 2. Appalto pubblico e appalto privato: punti di contatto e differenze alla luce del recente quadro normativo di riferimento - 3. Il ruolo fondamentale dei principi generali dell'ordinamento giuridico – 4. Conclusioni

1. Categorie civilistiche e peculiarità della pubblica amministrazione

Storicamente la costruzione della dottrina del diritto amministrativo è consistita proprio nella rivendicazione della specialità di questa branca del diritto rispetto al diritto privato e sulla circostanza per cui esso, pur utilizzando le categorie civilistiche come paradigmi, si è andato formando come diritto del potere unilaterale di un soggetto posto in posizione di supremazia sui cittadini⁷³. Nell'ambito, dunque, della sistematica del diritto amministrativo, incentrata sulla autorità e sull'esercizio del potere pubblico, proiezione, a sua volta, della sovranità dello Stato, “*il diritto pubblico amministrativo ...è regola dell'operare della Pubblica Amministrazione*”⁷⁴, ed il diritto privato sembra porsi come eccezione a mala pena tollerata.

⁷³ Per una attenta ricostruzione storica della specialità del diritto amministrativo e della dottrina del diritto amministrativo, si veda L. R. Perfetti, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 2007, 461 ss.

⁷⁴ Amorth, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1939.

Con l'avvento della Costituzione, poi, sono emersi nuovi e differenti approcci, rispetto alla tradizionale visione della Pubblica Amministrazione; la dottrina ha riletto l'amministrazione e la sua attività alla luce dei principi costituzionali, in parte contribuendo 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 autoritativi⁷⁵ e, più in generale, la compatibilità tra l'esercizio della funzione amministrativa e l'utilizzo di strumenti di diritto privato, pur restando, comunque, viva la tradizionale prospettiva con cui si guarda ai pubblici poteri.

In sostanza, ciò che si coglie agevolmente dalla analisi e dalla rilettura dei contributi per come storicamente collocati, è il rapporto di forte e determinante connessione tra la più generale ricostruzione della teoria generale dello Stato e la questione relativa all'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione, rispetto ad una più che conclamata tendenza della scienza giurispubblicistica italiana verso l'anticontrattualismo⁷⁶.

⁷⁵ Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000.

⁷⁶ 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, nota 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

La costruzione della fattispecie del contratto di cui è parte la Pubblica amministrazione, ricondotta alla generale disciplina del diritto pubblico e la sua conseguente specialità, è stata possibile a seguito del rilievo attribuito dalla dottrina dell'epoca, all'elemento finalistico del negozio, sicchè l'attività da questa posta in essere anche mediante contratti, è da intendersi come attività amministrativa, essendo rivolta alla cura di interessi pubblici, disciplinata dal diritto pubblico e, solo in via residuale, dal diritto privato.

Ne deriva, pertanto, una definizione di contratto di diritto pubblico come di quella particolare modalità di esercizio della funzione pubblica sostenuta da un accordo tra le parti, la quale, tuttavia, si differenzia dal contratto del codice civile in ragione, essenzialmente, di tre tratti distintivi e qualificanti: a) in molti casi, il contratto di diritto pubblico si presenta privo del requisito della patrimonialità, prescritto dalle norme civilistiche (art. 1321 c.c.) quale elemento qualificante del contratto; b) l'oggetto del contratto di diritto pubblico è costituito da beni rimessi nella disponibilità esclusiva della Pubblica Amministrazione e pertanto sottratti alla libera circolazione tra privati; c) la disciplina del rapporto è caratterizzata dalla presenza, talvolta, di clausole ritenute incongrue ed esorbitanti rispetto alla regolamentazione tra privati,

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 contrae sia soggetta, come il privato, alle sole norme del diritto civile, sicchè fonte delle obbligazioni reciproche possano essere solo la legge o il contratto", così p. 481.

Per una visione generale del rapporto tra Stato e Cittadino, nell'evolversi della costruzione dello Stato moderno, sia consentito rinviare al nostro, *La posizione giuridica soggettiva dell'utente di servizi pubblici*, Padova, 2011.

quale, ad esempio, il potere della pubblica amministrazione di sottrarsi unilateralmente agli obblighi assunti con il contratto (cd. *jus poenitendi*).

In quest'ottica, dunque, si comprendono le molteplici ragioni che hanno condotto ad affermare la relazione - in parte enunciata - tra provvedimento amministrativo e contratto: quanto più l'attività negoziale risulta attratta nella sfera del potere pubblicistico dell'ente, tanto più il contratto non godrà di autonomia rispetto al provvedimento, in modo che questa dipendenza totale dell'uno dall'altro faccia sì che la sorte del negozio incida irrimediabilmente anche sul contratto.

Il procedimento ad evidenza pubblica si pone, in tal senso, ad esempio tipico e peculiare della sequenza di atti pubblicistici, sebbene le ragioni dell'inquadramento pubblicistico del procedimento di selezione del contraente “*risultano alquanto sfuggenti a chi, con mentalità moderna, si accinga a ricercarle*⁷⁷”.

Tuttavia, per quanto provvedimenti amministrativi, l'Autorevole Dottrina testè citata, che ha indagato la problematica con particolare scrupolosità ed attenzione, li ha qualificati quali *atti amministrativi negoziali*, giacchè, pur restando provvedimenti hanno effetti privatistici e costituiscono lo strumento con il quale si forma la volontà contrattuale dell'ente pubblico ed hanno le stesse caratteristiche degli atti negoziali del privato, nel senso di rappresentare l'autoregolamentazione della propria sfera giuridica in accordo con un altro soggetto giuridico.

Ancora recentemente la sistematizzazione del diritto amministrativo, nelle sue versioni tradizionali, è stata caratterizzata da una volontaria emarginazione dei moduli consensuali e degli strumenti contrattuali, al fine di lasciare terreno libero al potere unilaterale della Amministrazione. L'entrata in vigore, da ultimo,

⁷⁷ Così Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986

della riforma della legge n. 241/90, operata con le leggi del 2005 (la legge n. 15 e n. 80), ha imposto, sicuramente, una esigenza di ripensamento delle categorizzazioni generali fino a quel momento imperanti; un ripensamento che parte a monte, attraverso il *dictum* del nuovo articolo 1 *bis* della menzionata legge generale sul procedimento amministrativo che afferma a chiare lettere che “*la pubblica amministrazione, nell’adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*”.

Da questo momento in poi occorrerà, dunque, adeguare le tradizionali impostazioni della problematica ad una previsione normativa espressa, che provvede, del resto, a sancire una prassi più che diffusa all’interno dell’attività amministrativa degli enti pubblici; occorrerà, poi, verificare come e quanto detto principio venga attuato⁷⁸.

Per tornare all’ambito tematico che ci occupa, va evidenziato come il contratto di appalto d’opera pubblica costituisca, senza dubbio, il paradigma dell’attività contrattuale della amministrazione, tanto che in dottrina si è ritenuto sufficiente “*circoscrivere l’indagine ad un singolo tipo di contratto, l’appalto di opere pubbliche, che presenta una ricchezza di istituti, anche pubblicistici, che non ha pari negli altri contratti; dato il suo*

⁷⁸ Secondo F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, “*La norma de qua codifica il principio pretorio dell’accesso della P.A. agli strumenti privatistici come alternativa generale all’esercizio del potere: viene, dunque, riconosciuta alla P.A. la facoltà di curare l’interesse pubblico instaurando rapporti di carattere privatistico con i soggetti interessati in alternativa all’utilizzo dello strumento procedimentale e del provvedimento unilaterale. In quest’ottica, il rapporto paritetico viene affiancato al rapporto autoritativo tra P.A. e privato e il negozio giuridico di diritto privato viene considerato, nell’esercizio della funzione pubblica, equivalente al provvedimento amministrativo. Ne consegue che la disposizione in esame (l’art. 1, comma 1-bis), non sancisce la doverosità o la prevalenza del diritto privato, ma al più esprime una non vincolante preferenza per strumenti meno invasivi della sfera giuridica altrui. La P.A. agisce secondo il diritto privato laddove non decida di ricorrere all’esercizio del potere autoritativo; essa non ha l’obbligo di agire secondo il diritto privato, ma ne ha la facoltà, laddove lo ritenga opportuno*”.

sicuro carattere paradigmatico, non sarà difficile da esso desumere interpretazioni generalizzanti".⁷⁹

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.); si tratta, pertanto, di un 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.

Tipico e centrale nella disciplina del contratto d'appalto civilistico è il cd. *intuitus personae*, quel particolare rapporto di fiducia che lega i due soggetti contrattuali e che condiziona, pertanto, 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.

Occorre, allora, chiedersi se il contratto di appalto in cui sia parte la Pubblica Amministrazione combaci con l'istituto disciplinato dal codice civile o se se ne differenzi per tratti qualificanti, rilevando - quasi contestualmente al porsi tale interrogativo - la molteplicità di interpretazioni e tesi dottrinarie che si sono succedute sul punto, che confermerebbero in parte, ed in parte riempirebbero di contenuti l'assunto iniziale per cui si è rilevata la difficile compatibilità e convivenza di istituti retti e disciplinati dal diritto pubblico con categorie di ispirazione prettamente civilistica.

⁷⁹ Così Greco, *ult op cit.*

Preliminare distinzione attiene alle 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, a carattere propriamente pubblicistico e, come tali, riservati esclusivamente alla Pubblica Amministrazione contraente, talvolta ritenuti, anche, espressione di discrezionalità amministrativa, farebbe sì che questo tipo di appalto non sia compatibile con la nozione stessa di rapporto sinallagmatico secondo le categorie civilistiche.

Non solo. Secondo questa tesi, la stessa 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, modellata in vista del soddisfacimento dell'interesse pubblico, ed una controprestazione, altrettanto caratterizzata da un nesso giuspubblicistico, costituito dall'impiego di risorse finanziarie pubbliche, a ciò destinate ed impegnate⁸⁰.

Viceversa, l'orientamento opposto, pur riconoscendo la ricorrenza di particolari prerogative in capo alla Pubblica Amministrazione, talvolta esercitate in via unilaterale, afferma che al più ricorrerebbero profili di specialità nella disciplina dell'appalto pubblico, senza che, però, venga posta in discussione la natura privatistica del contratto che lega la Pubblica amministrazione all'appaltatore, essendo - rispetto all'appalto tra privati - identica la causa (scambio tra prestazione di un'opera e pagamento di un corrispettivo), l'oggetto (attività che non ricade

⁸⁰ Così 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.

nella disponibilità della PA) e gli effetti giuridici (costituzioni di posizioni soggettive reciproche di diritti ed obblighi)⁸¹.

Come si è già avuto modo di rilevare, le differenti tesi interpretative nascono dalle diverse impostazioni che a monte vengono in rilievo rispetto al tema più generale del contratto di diritto pubblico, e che, quindi, attribuiscono una diversa consistenza alla espressione di volontà contrattuale in capo alla Pubblica Amministrazione.

Se si legge anche la giurisprudenza sul tema, non si può non rilevare come ci sia una forte convergenza sull'idea della specialità della disciplina dell'appalto pubblico e sul suo carattere talvolta derogatorio che si manifesta con particolare incidenza ed evidenza, nella fase dello svolgimento del contratto, più che nella fase genetica.

Se si pone mente, infatti, alla disciplina dettata in generale, in tema, ad esempio, di consegna dei lavori, ordini di servizio, varianti e sospensione dei lavori, non può non rilevarsi come i poteri riconosciuti in capo alla pubblica amministrazione siano certamente peculiari, non trovando alcun omologo nel codice civile.

Quel che, però, colpisce particolarmente in questo senso, è la disciplina dettata in tema di estinzione anticipata del rapporto, ove si manifesta, con lapalissiana evidenza, la specialità dell'appalto pubblico rispetto al modello privatistico, benchè anche questa ipotesi sia variamente interpretata dalla dottrina.

L'amministrazione, *ex art. 134 del codice dei contratti (d. lgs. n. 163/2006)* “*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*”; si tratta, a ben vedere, più che di una

⁸¹ Per tutti, si veda Greco, *ult. op cit.*

facoltà, di un vero e proprio diritto riconosciuto alla amministrazione di porre fine, unilateralmente e discrezionalmente, al contratto in vista di un diverso e migliore raggiungimento degli interessi pubblici connessi alla realizzazione dell'opera.

Secondo i sostenitori della generale corrispondenza e compatibilità dei due modelli di appalto, analoga previsione risiederebbe nell'art. 1671 del c.c., laddove si prevede che *“il committente può recedere dal contratto anche se è stata iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio, purchè tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno”*; unica vera differenza consisterebbe nell'integrale risarcimento del danno all'appaltatore in quest'ultima ipotesi, rispetto a quanto previsto nell'art. 134 del cod. contratti.

Tuttavia non può non rilevarsi come diversa sia anche la causa sottesa all'esercizio del recesso, poiché nel caso dell'appalto pubblico non può che essere l'interesse pubblico ad una migliore esecuzione dell'opera o, anche, alla non esecuzione della stessa per sopraggiunte motivazioni di inopportunità, ad esempio. Ed è proprio questa diversità di causa che ne qualifica la intrinseca diversità rispetto ai moduli di stampo privatistico e che se non ne determina una peculiarità di disciplina o di utilizzo di strumenti, ne qualifica, però, una specialità che non può non essere rilevata⁸².

⁸² Attenta Dottrina rileva come in alcuni casi *“la tesi della specialità si risolve in un mero pregiudizio, giacché il committente pubblico non esercita poteri diversi per natura dai diritti potestativi riservati a quello privato e, tuttavia, in ragione dell'unilateralità del loro esercizio, dell'anticontrattualismo della nostra tradizione e della presunzione che l'amministrazione operi generalmente attraverso provvedimenti pubblicistici, hanno originato la loro lettura come se si trattasse di provvedimenti amministrativi discrezionali; si tratta, in questi casi, di un errore interpretativo che trova la sua spiegazione nelle ragioni della nostra tradizione”*, L.R. Perfetti, *Manuale*, cit., 514 ss.

Anche la tesi che vede la essenziale corrispondenza dei due tipi di appalto, non manca di ammettere la non contestabilità 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, sicchè 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 da luogo a provvedimenti amministrativi unilaterali*”⁸³.

Senza mancare di sottolineare la indubbia suggestione che la citata teoria esercita, non può non esprimersi, tuttavia, una sostanziale divergenza di opinioni, atteso che proprio il ricorrere di una fonte normativa eterologa rispetto al rapporto contrattuale (che la teoria incidentalmente richiama senza darvi il necessario risalto), che determina, però, il contenuto stesso del medesimo rapporto contrattuale, costituisce elemento del tutto peculiare dell'appalto pubblico e che, per ciò solo, ne qualifica una specialità di disciplina, talvolta derogatoria, che non può risolversi in un “mero scostamento” dalla disciplina codicistica, poiché si tratta, invero, del contenuto tipico della disciplina dell'appalto di opera pubblica.

⁸³ 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 ipotizzare che per ciò solo il committente privato si trovi ad esercitare poteri pubblicistici unilaterali.*”

Né vale, a tal fine, richiamare le singole clausole contrattuali (da cui, secondo la teoria citata, discenderebbero le eventuali deroghe alla disciplina codicistica), poiché si tratta comunque di clausole eterodeterminate *ex lege* e che pertanto non sono nella disponibilità e nella libera contrattazione tra le parti, atteso che il contraente pubblico è tenuto a inserirle nei contratti, senza possibilità, dunque, di fare diversamente⁸⁴.

1.1. Le categorie civilistiche della nullità, della annullabilità e della inefficacia del contratto nel rapporto con l'appalto pubblico

Nel continuare questa indagine sul rapporto e sulla verifica di compatibilità tra istituti paradigmaticamente disciplinati nel codice civile e trasposti nell'ambito del diritto pubblico, rileva, con particolare enfasi, l'analisi degli istituti della nullità, annullabilità ed inefficacia del contratto che abbiamo visto essere ampiamente richiamati dalle diverse teorie succedutesi, circa la disciplina degli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione (o, in generale, di atti del procedimento ad evidenza pubblica) sul contratto di appalto pubblico.

⁸⁴ 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*”.

Le teorie diversamente atteggiatesi sul tema hanno di volta in volta richiamato tali istituti tipici del diritto civile, non sempre, tuttavia, compatibili con le specificità della disciplina pubblicistica.

Senza voler richiamare nel dettaglio ciascuna delle ipotesi ricostruttive già esaminate, occorrerà limitarsi a verificare, appunto, la compatibilità della struttura dei singoli istituti, per comprendere, al fine, quanto ci possa essere di tipicamente privatistico, nella trattazione di una particolare forma di patologia del contratto di appalto pubblico.

In primis, si è osservato come siano state tirate in gioco, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, le norme di cui agli artt. 1425 c.c. (annullabilità per incapacità legale a contrattare della Pubblica Amministrazione) e 1427 c.c. (annullabilità per vizi del consenso, con particolare riferimento all'errore), per individuare l'effetto sul contratto derivante dall'annullamento della aggiudicazione.

Declinando, dunque, la disciplina civilistica – poiché non basta richiamare ed affermare la riconducibilità ad un certo istituto senza poi andare a verificare la successiva compatibilità del regime conseguente - dovranno trovare applicazione, da un lato, l'art. 1441 c.c. che prevede che l'annullamento del contratto può essere domandato solo “*dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge*” e, dall'altro, gli artt. 1428 e 1429 c.c., dovrà, cioè, trattarsi di errore essenziale e riconoscibile dall'altro contraente.

Si è in parte già accennato alle principali critiche cui si è esposta tale ricostruzione interpretativa, ma per quel che rileva in questo contesto, preme piuttosto evidenziare il rilievo per cui la riconducibilità dell'annullamento dell'aggiudicazione ad una incapacità di contrattare della PA (art. 1425 c.c.) o ad un vizio del

consenso (art. 1427) risulta – ad avviso della dottrina civilistica⁸⁵ – sprovvista di argomentazioni univoche: non vengono, infatti, esplicitati i caratteri costitutivi di questa presunta incapacità legale dell'Amministrazione e, sull'altro fronte, si rileva come non sia possibile ricondurre ad un presunto errore vizio qualunque ipotesi di illegittimità della procedura ad evidenza pubblica, poiché, infatti, dovrebbe trattarsi, *ex art. 1429 c.c.*, di un errore di diritto che deve consistere nella ignoranza o nella falsa conoscenza di norme di legge o di regolamento e non può, dunque, concretizzarsi in un errore su una mera situazione di fatto.

Ancora, si è fatto ricorso all'istituto della nullità e all'art. 1418 c.c..

In particolare, la nullità del contratto viene ricondotta ad una ipotesi di nullità “strutturale”, talvolta per mancanza originaria del consenso da parte della Pubblica Amministrazione, talvolta per difetto di causa ed, infine, per impossibilità dell'oggetto.

In applicazione della prima soluzione, la giurisprudenza conforma l'intero procedimento ad evidenza pubblica secondo le categorie e gli istituti privatistici, per cui il bando di gara diventa un invito ad offrire, l'offerta del concorrente, una proposta contrattuale, e l'aggiudicazione una accettazione della proposta con cui l'Amministrazione manifesta il suo consenso ad obbligarsi.

Alla luce di questa impostazione, dunque, l'annullamento della aggiudicazione implica la nullità del contratto *ex artt. 1418, co.2 e 1325, co. 1, n. 1*, perché fa venir meno l'atto generativo del consenso di una delle parti, e, dunque, per mancanza dell'accordo.

⁸⁵ Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999, 166 ss; Barcellona, *Errore, c) Diritto privato*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, 253 ss; Pietrobon, *Errore, I) Diritto civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIII, 1989; Trabucchi, *Errore (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, VI, Utet, 1960, 665. Scacchi, *Profili civilistici dell'incidenza dell'annullamento dell'aggiudicazione sul susseguente contratto*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2009, 1501 ss.

A tale interpretazione osta, tuttavia, ancora, la disciplina speciale di stampo pubblicistico, dettata in materia di evidenza pubblica, per cui *ex art. 11 del Codice dei contratti*, vale l'opposto ed incompatibile principio, in forza del quale "*l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta*".

Secondo un altro orientamento, si richiama l'art. 1418, co.1 c.c., per cui il contratto stipulato in violazione delle norme che disciplinano l'evidenza pubblica è nullo per violazione di norme imperative.

Anche l'applicazione dell'istituto della nullità virtuale *ex art. 1418 c.c.*⁸⁶, nell'ambito della materia che ci interessa, appare piuttosto una forzatura.

E' innegabile il pregio della citata teoria che valorizza le norme sull'evidenza pubblica, facendole "risalire" al rango di norme imperative; tuttavia, non sfugge quanto esse siano piuttosto configurabili come norme procedurali che attengono alla corretta formazione e manifestazione della volontà contrattuale della Pubblica Amministrazione, e non, viceversa, come norme contenenti principi imperativi⁸⁷.

In tal senso, allora, ricondurre la nullità del contratto ad evidenza pubblica all'art. 1418, co. 1, c.c., comporterebbe la necessità di una ricostruzione argomentativa complessa e piuttosto

⁸⁶ A ciò si aggiunga che parte della dottrina civilistica ha evidenziato il carattere "residuale" della nullità virtuale, in forza dell'inciso finale dell'art. 1418, comma 1 c.c., secondo cui il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative "*salvo che la legge disponga diversamente*"; in tal senso, cfr. Di Majo, *La nullità*, in *Trattato Bessone, Il contratto in generale*, VII, Giappichelli, 2002, 74 ss; Gentili, *Le invalidità*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, a cura di Gabrielli, Torino, 1999, II, 1333 ss; De Nova, *Il contratto contrario a norme imperative*, I, in *Trattato Sacco*, Utet, 2004.

⁸⁷ In tal senso, cfr. Scacchi, *cit.*, 1524, laddove afferma che "*le norme sull'evidenza pubblica sono fondamentalmente norme procedurali, che pongono limiti alla generale capacità negoziale del soggetto pubblico rispetto ai singoli negozi di diritto privato disciplinati dal codice dei contratti pubblici e non dettano, pertanto, prescrizioni in ordine al concreto contenuto del regolamento contrattuale*".

contorta che non darebbe, probabilmente, alcuna certezza interpretativa.

Infine, si è fatto riferimento alla “caducazione automatica” del contratto per effetto dell’annullamento dell’aggiudicazione.

La prima giurisprudenza che ha accolto tale impostazione si è genericamente riferita alla caducazione come invalidità, o, meglio, nullità derivata, del contratto ritenuto atto consequenziale del provvedimento presupposto annullato, che ne rappresenta, dunque, il necessario presupposto.

Ancora, si è ricondotta la caducazione alla categoria della “inefficacia successiva”, da intendersi come “inidoneità funzionale” del negozio a spiegare ulteriori effetti dopo l’annullamento dell’aggiudicazione⁸⁸.

Tuttavia, nonostante l’apprezzabile sforzo operato dalla Giurisprudenza, non può non rilevarsi, ancora una volta, una difficile convivenza tra le categorizzazioni proposte ed il diritto privato: la nozione di inefficacia del contratto proposta, infatti, potrebbe essere ricondotta, nell’ordinamento civile, alla mancanza o alla perdita degli effetti giuridici di un negozio, fatto che però si riconnette – come conseguenza e non come categoria autonoma – ora alla nullità, all’annullabilità, alla risoluzione o rescissione del contratto, o al verificarsi di una condizione risolutiva⁸⁹.

⁸⁸ Cfr. in proposito, Cons. St., V, 14 dicembre 2006, n. 7402

⁸⁹ Il TAR Milano, con sentenza n. 1370 del 2008, afferma che “*la caducazione del contratto è un termine atecnico estraneo alle categorie abituali del diritto privato e del diritto pubblico*” e provvede a definirla come “*fenomeno oggettivo di privazione degli effetti del contratto, originato dalla violazione di norme di azione dell’agire amministrativo, non assimilabile alle categorie tipiche della nullità e dell’annullabilità del contratto...ma piuttosto riconducibile all’inefficacia in senso lato*”. Ed ancora, secondo anche quanto eccepito nel tetso, afferma che la inefficacia in senso lato, “*non costituisce nel diritto civile una categoria autonoma ma un modo di essere del contratto che accomuna in via descrittiva ipotesi disparate*”.

L’inefficacia successiva del contratto, a giudizio del TAR Milano, si determinerebbe “*in forza di un fatto sopravvenuto alla stipula del*

Si rileva, in sostanza, un forte scetticismo rispetto alla possibilità di rendere compatibile con l'ordinamento civile un istituto, quale quello della caducazione, intesa come una particolare categoria di inefficacia, di cui, però, non c'è traccia nell'attuale codice civile.

E, a tal proposito, ci si chiede se, ancora una volta la specialità riscontrata nello studio e nella disciplina del contratto d'appalto pubblico, anche in una fase particolare dello stesso, relativa alla patologia derivata dall'illegittimità della procedura di gara, non possa far deporre per una specialità della materia in sé e, di conseguenza, far propendere, forse, per la inutilità del faticoso sforzo di volerla rendere compatibile con il codice civile ed i suoi istituti tipici.

2. Appalto pubblico e appalto privato: punti di contatto e differenze nel recente quadro normativo di riferimento

All'indomani dell'entrata in vigore del "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture", emanato con d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, la riforma è stata salutata con grande entusiasmo considerata la rilevante importanza giuridica rivestita dall'istituto, proprio per la sua idoneità a coinvolgere il diritto privato ed il diritto pubblico, ma anche l'economia e l'ingegneria, o l'ambiente e le bellezze naturali.

Ma non solo. Parte dell'entusiasmo era dovuto anche al fatto che la riforma veniva annunciata come "La" regolamentazione,

contratto, l'annullamento della aggiudicazione, cui il contratto si ricollega in via funzionale (...) il meccanismo richiamerebbe, in realtà, l'istituto della condizione risolutiva e, in particolare, la figura della condicio iuris che ricorre ogni qual volta la legge fa dipendere l'efficacia del contratto da un particolare evento futuro e incerto che sarebbe dato, al lume dell'art. 246 co. 4 d. lgs 163/2006, dall'annullamento (o dalla sospensione) dell'aggiudicazione".

finalmente unitaria, di una materia disciplinata storicamente in una molteplicità di testi normativi, frammentari e non coordinati tra loro.

Il testo raccoglie, dunque, organicamente, in un unico corpo normativo la disciplina di tutti i contratti pubblici, superando l'originaria tripartizione e assicurando la conformità al diritto comunitario.

La lettura del codice di settore, parzialmente modificato rispetto al suo assetto originario, a causa di ripetuti interventi correttivi⁹⁰ e modifiche specifiche, offre un panorama assai ampio di norme e regole, un *corpus* normativo di ampio respiro, da cui emerge, con una certa chiarezza, l'importanza degli strumenti di diritto privato comune, utilizzati, alle volte, con una automatica (e pacifica) applicazione, altre volte in parziale contrasto con le regole del codice civile⁹¹.

D'altra parte, non va dimenticato che è proprio il codice dei contratti ad optare per questa importante scelta di fondo, quando, all'art. 2, comma 4, afferma che *“per quanto non espressamente previsto nel presente codice, l'attività contrattuale dei soggetti di cui all'art. 1 si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal codice civile”*.

La norma sembra voler descrivere un rapporto di *genus a species*, in cui l'appalto pubblico è una *species* dell'appalto

⁹⁰ D. lgs. 26/1/2007, n. 6, I decreto correttivo; D. lgs. 31/7/2007, n. 113, II decreto correttivo; D. lgs. 11/9/2008, n. 152, III decreto correttivo, fino al c.d. *“decreto Salva Italia”*.

⁹¹ E' il caso, ad esempio, del *project financing*, che può essere considerato come una importante applicazione di un meccanismo di origine privatistica nel diritto amministrativo, e che è considerato spesso come emblematico di un processo di cd. privatizzazione del diritto amministrativo.

privato, con le sue specificità, tanto da porre anche un problema qualificatorio rispetto a quello di cui all'art. 1655 c.c.⁹²

Occorre poi coordinare quanto si è detto circa la convivenza di moduli di diritto comune a principi tipici del diritto pubblico, anche considerando l'impatto che le recenti modifiche ed integrazioni alla legge 241/90 ha avuto sul sistema in generale, allorquando si è affermato il principio per cui la Pubblica Amministrazione, nella adozione di atti di natura non autoritativa, deve operare secondo le norme di diritto privato.

Nonostante l'emanazione della citata normativa, infatti, continuano a persistere spiccate ambiguità nel sistema perché, da una parte, si riconosce al contraente pubblico la qualità di soggetto di diritto comune, con relativa capacità giuridica, e, dall'altra, si afferma la necessità di una disciplina speciale di natura pubblicistica, dove predomina l'autoritarità, dando luogo ad una sorta di convivenza di principi contrastanti: quello della parità di posizioni soggettive, con quello della supremazia della parte pubblica, per esempio, che danno vita a discipline distinte, a seconda del tipo di accordo o della fase dell'attività contrattuale o ancora del soggetto pubblico che si obbliga⁹³.

⁹² Secondo V. Di Gregorio, *Appalto privato e appalto pubblico: punti di contatto e differenze alla luce della nuova disciplina introdotta dal Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in *La disciplina dell'appalto tra pubblico e privato*, Napoli, 2010, "si pone il quesito della chiave di lettura da dare al codice dei contratti pubblici in rapporto alla disciplina generale del codice. Diritto comune, speciale o eccezionale? Ci si dovrebbe chiedere forse se il codice continui a svolgere la funzione di norma primaria suppletiva e integrativa di quanto non previsto dal codice di settore e se il codice di settore sia potenzialmente idoneo a comporre la materia in un quadro organico, in cui si possano registrarsi anche vantaggi sotto il profilo del controllo del tasso giudiziale o se si debba piuttosto pensare che quelli che definivano i microsistemi espressivi delle logiche di settore in tema di appalto abbiano prodotto una stratificazione normativa che non possa dichiararsi soddisfacente e coerente sul piano dell'armonizzazione e della semplificazione della produzione normativa."

⁹³ Sviluppa questo aspetto anche C. Franchini, *Diritto pubblico e diritto privato nei contratti della pubblica amministrazione*, in *La disciplina*

Tradizionalmente, infatti, proprio il tema dei contratti pubblici veniva utilizzato come emblema della dialettica pubblico-privato e della difficile armonizzazione dei due ambiti; oggi, invece, si ritiene, più serenamente, che in questa materia convivono discipline diverse, variabili, *“una concorrenza di norme che si combinano tra loro, dando luogo a intrecci continui, che si accompagna ad una presunta fungibilità dell’attività a essere svolta secondo moduli privatistici ovvero pubblicistici”⁹⁴*.

Ma se da un lato è vero questo, si assiste, da un altro lato, all’imperversare di una situazione di incertezza che mina gli equilibri del sistema e che fa dire a qualche attento osservatore che *“attualmente il sistema amministrativo si rivela del tutto disarticolato. Non vi è più una pubblica amministrazione che*

dell’appalto cit., secondo cui “in tale prospettiva, è evidente che la disciplina dei contratti della pubblica amministrazione va oltre il diritto comune dei contratti, in quanto si interessa di profili che quest’ultimo di solito non regola. Le scelte amministrative possono essere effettuate esclusivamente a seguito di una adeguata ponderazione degli interessi coinvolti, nonché del rapporto costi benefici, sulla base dei canoni tipici che informano l’attività discrezionale. Di conseguenza, diventa necessario imporre prescrizioni di natura derogatoria che siano dirette, per un verso, a limitare l’esercizio del potere discrezionale, prevenendone le patologie, e, per l’altro, ad assicurare la correttezza delle scelte effettuate dall’autorità amministrativa, anche in considerazione degli interessi privati coinvolti”.

⁹⁴ Così Franchini, cit., *“questa situazione trae origine dalla recente affermazione di due tendenze contrapposte, che sono espressione di un differente atteggiamento del legislatore: quello della privatizzazione del diritto amministrativo e quella della estensione delle discipline pubblicistiche. Si tratta di due tendenze che sono connesse, nel senso che si influenzano reciprocamente. (...) Si noti come questo processo evolutivo favorisce sempre più l’affermazione di uno statuto unitario dell’attività amministrativa per contratti, dove le categorie classiche della discrezionalità amministrativa e dell’autonomia privata vengono ad assumere connotati peculiari, soprattutto per tre ragioni: sia perché le scelte effettuate sono direttamente connesse alle finalità che la pubblica amministrazione deve perseguire, sia perché trovano comunque applicazione alcuni principi di natura universale – come quelli di ragionevolezza, di proporzionalità, di logicità, di giustizia sostanziale e così via – che prescindono dal regime giuridico dei singoli atti, siano essi accordi, contrattati, o convenzioni, sia, infine, perché va considerata la posizione del privato che è il destinatario dell’azione amministrativa”.*

agisce secondo le regole pubblicistiche in via autoritativa e, al contrario, secondo quelle privatistiche in via paritaria. Vi è, invece, una pubblica amministrazione che opera sulla base di discipline miste, caratterizzate dall'intreccio di norme di diversa natura. Si frantuma lo schema classico della separazione tra le due sfere del diritto: l'ambito tradizionale del diritto amministrativo viene abbandonato per passare ad un sistema dove diritto pubblico e diritto privato si combinano integrandosi in relazione a concrete manifestazioni dell'attività amministrativa⁹⁵".

Aldilà delle valutazioni critiche su tale normativa, e aldilà della effettiva e reale portata delle disposizioni in essa contenute, resta comunque il fatto che il legislatore ha inteso cristallizzare il principio secondo il quale l'azione della pubblica amministrazione si può svolgere anche attraverso strumenti privatistici per cui il modello dell'attività autoritativa non sembrerebbe essere più quello predominante. Con la conseguenza che il contratto potrebbe divenire lo strumento alternativo al provvedimento amministrativo per la cura di un interesse pubblico e l'attività consensuale essere

⁹⁵ Franchini, cit., p. 93 ss, secondo cui *“la coesistenza di due ordini normativi differenti determina una complessa serie di rapporti o di istituti, che non incidono solamente sulla natura dei soggetti o sugli strumenti della loro azione, ma soprattutto sulla disciplina dell'attività. Con la conseguenza che, omogeneizzandosi in particolare l'azione dei soggetti pubblici a quella dei soggetti privati, la stessa posizione dell'amministrazione viene a modificarsi in un'ottica di unitarietà dell'ordinamento e di integrazione tra regole pubblicistiche e privatistiche. Si noti come questo processo evolutivo favorisce sempre più l'affermazione di uno statuto unitario dell'attività amministrativa per contratti, dove le categorie classiche della discrezionalità amministrativa e dell'autonomia privata vengono ad assumere connotati peculiari, soprattutto per tre ragioni: sia perché le scelte effettuate sono direttamente connesse alle finalità che la pubblica amministrazione deve perseguire, sia perché trovano comunque applicazione alcuni principi di natura universale – come quelli di ragionevolezza, di proporzionalità, di logicità, di giustizia sostanziale e così via – che prescindono dal regime giuridico dei singoli atti, siano essi accordi, contratti o convenzioni, sia, infine, perché va considerata la posizione del privato che è il destinatario dell'azione amministrativa”*.

in posizione di equiordinazione rispetto alla attività autoritativa tradizionale.

Tuttavia, proprio il richiamo alla normativa di stampo pubblicistico, relativa all'attività amministrativa procedimentalizzata, condensata nella legge n. 241/90, apre nuovi scenari che si intersecano con quelli appena accennati in un intreccio tra diritto amministrativo privatizzato e diritto privato pubblicizzato, e che determinano la necessità di introdurre, forse, alcuni correttivi ed alcune cautele nel ritenere definitivamente superato il modello tradizionale di pubblica amministrazione.

Il contraente pubblico, in ragione della specifica qualificazione soggettiva che lo lega indissolubilmente al fine del raggiungimento del pubblico interesse, dispone, infatti, non solo degli strumenti di autotutela cd. privata di cui si occupa il codice civile, ma anche di quelli propri del diritto pubblico, attinenti specificamente all'esercizio dei poteri di autotutela amministrativa, che – laddove esercitati legittimamente – procurano al contraente privato una posizione di mero interesse legittimo.

Di conseguenza, la Pubblica Amministrazione potrà ricorrere, da un lato, agli istituti del codice civile, da rinvenirsi nella eccezione di inadempimento *ex art. 1460 c.c.*, nella sospensione della esecuzione *ex art. 1461 c.c.*, nella clausola risolutiva espressa e nella caparra confirmatoria; dall'altro, agli istituti di matrice pubblicistica, da rinvenirsi negli artt. 21-*quinquies* relativo alla revoca, 21 – *nonies* relativo all'annullamento d'ufficio.

L'ampliamento della offerta dello strumentario disponibile ed utilizzabile rende, dunque, la Pubblica Amministrazione soggetto certamente speciale rispetto agli altri contraenti privati, fatto che

difficilmente può far propendere per una sicura “parità delle parti”⁹⁶.

3. Il ruolo fondamentale dei principi generali dell’ordinamento giuridico

Un diverso ambito, altrettanto interessante, nel quale possono rilevare peculiari interferenze tra diritto privato e diritto pubblico, pur restando contestualmente nella disciplina generale degli appalti, pubblici e privati, è rappresentato dai principi generali dell’ordinamento giuridico, spesso richiamati per le contingenze più varie: ora come contenuto, ora come limite dell’agire dei soggetti coinvolti nel contratto d’appalto, sia che si tratti della fase genetica dello stesso, sia che si tratti della fase esecutiva e/o patologica.

E’ noto come nel diritto amministrativo si rinvergono sia principi relativi alla funzione amministrativa – intesa nel senso di trasformazione del potere in atto – sia riguardanti il procedimento amministrativo, inteso come strumento, mezzo per l’attuazione

⁹⁶ Anche secondo Caringella, *op. cit.*, “il riconoscimento dell’autonomia negoziale della P.A. incontra, peraltro, i limiti derivanti dalla soggettività pubblica della stessa, e, dunque, l’attività contrattuale dell’amministrazione soggiace non solo, come nel caso di ogni altro soggetto di diritto, al vaglio della meritevolezza degli interessi ex art. 1322 c.c., ma anche al vincolo della funzione istituzionale legislativamente attribuita alla P.A. contraente. Il potere di autonomia privata della pubblica amministrazione deve infatti sempre e comunque esplicarsi nel rispetto dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e di tutela del terzo, nonché dei principi normativi che governano l’azione amministrativa. Si tratta pertanto di una autonomia negoziale ‘limitata’ e ‘funzionale’, in quanto i fini dell’agire sono sempre e necessariamente predeterminati dalla legge ed indisponibili, e devono essere perseguiti secondo canoni di doverosità e di continuità, senza discriminazioni e senza che il ricorso al negozio giuridico possa surrettiziamente limitare il diritto di azione dei terzi a tutela degli interessi legittimi. L’adozione del modulo privatistico in alternativa a quello di diritto pubblico, infatti, rende necessario, al fine di garantire gli stessi livelli di tutela assicurati ai terzi dal procedimento amministrativo, l’impiego di tutele atte a preservare le legittime aspettative dei soggetti coinvolti nell’azione amministrativa e, perciò, aventi titolo al controllo della buona fede e della correttezza della P.A.”

della decisione pubblica. Ad essi viene riconosciuta ora una funzione interpretativa delle norme di dettaglio, ora una funzione integrativa di tali norme, venendo posti sia dalla legge - di cui la l. n. 241/90 ne è esempio emblematico - sia da norme costituzionali e comunitarie. In particolare, è opportuno ricordare come proprio la citata fonte normativa, la l. 241/90, faccia espresso riferimento ai *principi* dell'ordinamento comunitario.

In particolare, nell'ambito che ci occupa, è altresì noto come tra il più ampio novero dei principi generali dell'ordinamento giuridico, rilevino particolarmente il principio di buona fede, il principio di legittimo affidamento, e, negli ultimi tempi anche il principio di tempestività e ragionevolezza, in una particolare declinazione di cui si dirà.

Proprio con riferimento a detti principi, l'ispirazione comunitaria è evidente: il principio della tutela del legittimo affidamento è stato elaborato, infatti, fin da tempi remoti, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia CE (12/7/1057, C-7/56; 3/5/1978, C-112/77), sulla scia del concetto di buona fede in senso soggettivo, così come concepito nel diritto interno.

Senza volersi soffermare nel dettaglio di tematiche peraltro note, sarà soltanto utile ricordare che nonostante l'impiego differenziato della nozione di buona fede in senso soggettivo, intesa come stato soggettivo della coscienza, e di buona fede in senso oggettivo, nel senso di regola (oggettiva) di comportamento, cui si inscrivono le norme espresse degli articoli 1175 codice civile, 1337 cos. civ., e 1375 cod. civ., questo non ha favorito il consolidarsi di una nozione di buona fede univoca e determinata nei contenuti, tanto che ad oggi, in dottrina e giurisprudenza, non sembra rinvenirsi una vera e propria definizione di buona fede.

Il principio di buona fede in senso oggettivo trova applicazione sia nell'ambito del diritto civile che in quello del diritto pubblico, tuttavia anche nell'ambito del diritto

amministrativo non sembra trovare connotazioni specifiche, tali da differenziarlo dalla nozione di teoria generale e di diritto privato.

Il concetto di buona fede in senso soggettivo, invece, è stato – come si accennava – arricchito e valorizzato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che lo ha posto a base per la elaborazione del principio di legittimo affidamento.

In generale, esso si atteggia come convinzione erronea di agire in conformità alla legge ed ignoranza, viceversa, di ledere l'altrui sfera giuridica, ovvero come affidamento in una situazione giuridica apparente. L'effetto giuridico che viene riconosciuto a tale situazione soggettiva consiste, di volta in volta, nella conservazione della situazione o degli effetti prodottisi nei quali il soggetto aveva confidato, oppure nella limitazione o esclusione di responsabilità o di effetti giuridici negativi.

Il principio di legittimo affidamento, così come concepito dalla giurisprudenza comunitaria, si differenzia dunque dalla nozione interna di buona fede in senso oggettivo, poiché non costituisce una regola destinata a disciplinare i soli comportamenti della amministrazione, ma è volta, anche, a limitare la funzione amministrativa.

Il principio comunitario di legittimo affidamento, divenuto ormai anche principio generale di diritto interno, in virtù dell'art. 1, comma 1 della legge n. 241/90, impone la necessità che le eventuali situazioni di vantaggio assicurate al privato da un determinato atto della amministrazione non vengano rimosse *sic et simpliciter*, salvo che questo non sia strettamente necessario per l'interesse pubblico, e comunque dietro corresponsione di un congruo indennizzo. Il passare del tempo determina il consolidamento dell'affidamento ingenerato nei privati da un precedente operato della amministrazione, laddove viene in rilievo il principio di tempestività dell'azione “di ripensamento”

dell'amministrazione, oltre che il principio di proporzionalità e ragionevolezza.

Salve le specifiche applicazioni del principio del legittimo affidamento di matrice comunitaria, l'ambito di maggiore espressione del suddetto principio appare senza dubbio quello del più generale "farsi" del procedimento amministrativo e, per quel che ci riguarda più da vicino, dell'esercizio del potere di autotutela amministrativa, in una fase, dunque, precontrattuale e nell'ambito dei canoni di comportamento della parti durante le trattative.

Oggi è pacifico affermare che, anche nell'ambito delle procedure di gara, il potere di autotutela costituisce il luogo privilegiato in cui può verificarsi la lesione dell'affidamento del privato ed in cui può essere configurata la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante, sebbene l'approdo a tale riconoscimento sia stato lungo e tormentato. Si ricordi, infatti, come, proprio nell'ambito del procedimento ad evidenza pubblica esperito per la scelta del contraente, non fosse configurabile la responsabilità della PA per violazione del dovere di correttezza ex art. 1337 c.c., sulla scorta dell'argomentazione per cui la posizione giuridica soggettiva del partecipante alla gara fosse di interesse legittimo al corretto svolgimento della procedura e non di diritto soggettivo alla aggiudicazione della stessa.

La giurisprudenza della Suprema Corte (con la notissima sentenza n. 500/99), cui sono seguiti importanti interventi del legislatore⁹⁷, ha preso posizione proprio sulla introduzione della responsabilità precontrattuale della Pa per la violazione dei principi generali di buona fede e correttezza nelle procedure di scelta del

⁹⁷ Da ultimo l'introduzione del codice dei contratti pubblici che, con la previsione dell'art. 11, ha operato una netta distinzione tra aggiudicazione provvisoria e definitiva scindendo i due momenti, in due autonomi adempimenti della amministrazione.

contraente, atteso che tali principi costituiscono cardini dell'ordinamento che non possono essere violati⁹⁸.

Tuttavia, prima che detti principi assumessero la "forza" di principi cardine dell'ordinamento giuridico, il cammino è stato lungo, se solo si considera per quanto tempo, ad esempio, la giurisprudenza del giudice amministrativo abbia escluso la possibilità di utilizzare il criterio della buona fede e della correttezza a fronte dell'attività provvedimento della Pa nell'ambito del procedimento ad evidenza pubblica, sulla base della argomentazione circa la peculiarità di detta procedura e della relazione non paritetica esistente tra stazione appaltante e concorrenti.

Senza volersi soffermare sulla problematica della ricostruzione di tale specie di responsabilità in termini di responsabilità aquiliana speciale o in termini di responsabilità da "contatto", che, d'altro canto, rappresenta di per sé una pagina significativa della dinamica oggetto delle presenti riflessioni, volta proprio a definire il ruolo di quei principi nel rapporto tra un diritto privato che si potrebbe definire "impuro", - volendone evidenziare il carattere di elasticità laddove lo si adopera piegandolo alle esigenze del diritto pubblico - ed un diritto amministrativo che si adatta anch'esso a recepire istituti e categorie proprie di altri ordinamenti, resta il punto d'arrivo del riconoscimento di tale forma di responsabilità con tutte le conseguenze del caso.

L'alveo nel quale tale forma di responsabilità trova la sua naturale collocazione è, allora, per quel che ci riguarda, l'ambito dell'esercizio del potere di autotutela che deve essere esercitato nel rispetto dei principi di legalità e giusto procedimento, ma deve, contestualmente, tenere conto dell'affidamento ingenerato nel privato in relazione al provvedimento originario, in ragione e per

⁹⁸ Cass. 18 giugno 2005, n. 13164.

effetto del decorso di un lasso di tempo significativo. Naturalmente, anche nell'ambito di cui si discute, molteplici sono i presupposti per l'esercizio legittimo del potere di autotutela, fermo restando il rispetto dell'affidamento che può dar luogo, anche in questo caso, al versamento di un congruo indennizzo.

Ritornando, tuttavia, al ruolo dei principi generali dell'ordinamento, tra cui si è ricompreso il principio di buona fede e di legittimo affidamento, essi sembrano seguire l'attività della Pa anche una volta superata la fase della trattativa precontrattuale, precedente alla stipulazione del contratto, nella quale storicamente si riteneva insussistente alcuna forma di responsabilità pubblica.

Stipulato il contratto, dunque, i principi generali di buona fede e tutela dell'affidamento sembrano rilevare in quanto limite, argine per circoscrivere ancora una volta l'eventuale esercizio del potere di ritiro degli atti esercitato d'ufficio dalla Pa che, diversamente, non conoscerebbe limiti all'esercizio della proprie, unilaterali, prerogative.

La distinzione operata poi dalla recente legislazione settoriale tra aggiudicazione provvisoria e definitiva, per esempio, se, da un lato, ha contribuito al farsi strada all'interno dell'ordinamento della categoria della responsabilità precontrattuale della Pa, ha determinato, d'altro canto, l'emergere di altre problematiche, tra cui, ad esempio, la differente consistenza della tutela riservata al privato se si versi in un frangente relativo all'una o all'altra, se solo si pone mente, a titolo meramente esemplificativo, alla disciplina della comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7 della legge n. 241, letto in combinato disposto con l'art. 11 del d.lgs. 163/2006. Una differente disciplina che trova la propria giustificazione nella natura giuridica della aggiudicazione provvisoria, che costituisce un atto endoprocedimentale che si inserisce nell'ambito del procedimento di gara come momento necessario ma soggetto a verifica, controllo e approvazione da

parte della stazione appaltante; da tale peculiarità deriva che la posizione giuridica soggettiva dell'aggiudicatario provvisorio sia, rispetto all'atto di aggiudicazione definitiva, di mera aspettativa.

La problematica ora brevemente accennata pone, dunque, importanti interrogativi circa le conseguenze che possono prodursi sul contratto per effetto proprio dell'annullamento di atti di gara.

In tal senso rileva allora proprio l'esercizio del potere di autotutela: l'avvenuta stipulazione del contratto, infatti, non elide la possibilità di un riesame degli atti del procedimento di evidenza pubblica, non costituendo un limite a priori al potere di ritiro (come si evince dall'esistenza di norme che disciplinano la revoca e l'annullamento, incidenti su rapporti negoziali).

Il limite è rappresentato, però, anche in questo caso, dalla tutela del legittimo affidamento poiché naturalmente il semplice fatto di ritirare gli atti di gara non è elemento sufficiente a radicare un giudizio di responsabilità, occorrendo valutare se la condotta complessivamente tenuta dalla amministrazione abbia generato nel privato un ragionevole convincimento che il procedimento si sarebbe positivamente concluso, inducendolo così ad impegnarsi in tal senso.

Prescindendo, in questa sede, dall'analisi della problematica connessa all'esercizio legittimo o illegittimo del potere di ritiro che determina, evidentemente, conseguenze diverse e pone interrogativi diversi, si vuole attirare l'attenzione proprio sul ruolo dei principi generali anche in questo frangente, costituendo, essi, ad un tempo, *limite* e *contenuto* della funzione amministrativa esercitata attraverso il potere di autotutela.

In sostanza, ciò che connota la legittimità dell'operato della Pa in questa circostanza altro non è che il rispetto di quei principi generali, la cui violazione determina, viceversa, l'illegittimità della azione amministrativa.

Nuovo vigore pare che assumano oggi i principi enunciati.

Alla luce delle recenti novità legislative di cui si è ampiamente dato conto, i suddetti principi sembrano essere stati nuovamente riportati in auge, rilevando, ora, anche sotto altri profili.

Se si punta infatti l'attenzione sul ruolo di quei principi generali, alla luce dei contenuti espressi, infine, nel codice del processo amministrativo, essi sembrano assumere nuovo rilievo delineando lo spazio entro cui, ora, è il giudice a doversi muovere nell'esercizio del potere che gli viene attribuito nell'ambito dell'accertamento degli effetti del contratto a seguito dell'annullamento di atti di gara illegittimi.

Il profilo che in questa sede ci interessa particolarmente evidenziare, attiene dunque alla individuazione dei parametri cui il giudice deve far ricorso per statuire, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, anche, della sorte del contratto, nella specie della privazione degli effetti dello stesso. E numerose sembrano essere le valutazioni cui egli è chiamato, con gli evidenti interrogativi (già posti) circa la natura di questa giurisdizione esclusiva che sembra così fortemente tendere verso la giurisdizione di merito, prima fra tutte la valutazione circa "gli interessi delle parti", *alias*, il bilanciamento degli interessi delle parti, ponendosi, da una parte, l'esigenza di tutelare il terzo ricorrente non aggiudicatario e, dall'altra, il soggetto contraente.

E' evidente, allora, come la valutazione della "buona fede" delle parti sia imprescindibile in questo che sembra essere un accertamento molto complesso che viene affidato al GA; in misura minore, forse, per il caso delle "gravi violazioni", rispetto alle quali la buona fede del terzo assume carattere decisamente recessivo. D'altro canto siamo di fronte ad affidamenti diretti, o a stipulazioni avvenute prima della scadenza dei prescritti termini dilatori e sospensivi: tutte circostanze "gravi", che, essendo agevolmente valutabili dal contraente privato, rendono la buona

fede del terzo, intesa in senso “oggettivo”, difficilmente riscontrabile.

Sembra, piuttosto, che sia la diversa casistica relativa alle “altre violazioni” che potrebbe creare qualche difficoltà applicativa al GA, chiamato a questo nuovo adempimento: egli, infatti, dovrà bilanciare gli interessi delle parti, evitando di sacrificare il legittimo affidamento del contraente privato, in nome della dichiarazione di inefficacia del contratto, per violazioni di cui comunque è responsabile la PA.

Ecco che, allora, la corretta qualificazione del principio del legittimo affidamento del privato sembra giocare in questa circostanza un ruolo molto importante, fungendo, in un certo senso, da cornice entro la quale il GA dovrebbe muoversi nell'accertamento cui è chiamato, una sorta di limite alla discrezionalità del giudice.

Così come si era osservato nel caso di esercizio del potere di autotutela, anche in questo caso, alla luce delle citate riforme legislative, i principi generali dell'ordinamento, nella specie di quelli individuati come propri e tipici del più generale procedimento di evidenza pubblica, assumono il ruolo fondamentale di definizione degli ambiti per l'esercizio del potere di cognizione e del potere decisorio del Giudice, nella nuova competenza che gli viene affidata.

4. Conclusioni

Sulla scia di queste brevi riflessioni ci si avvia alle conclusioni, non senza prima delineare una idea che si è maturata nel corso proprio della stesura di quest'ultima parte del lavoro.

E' senza dubbio vero che il tema prescelto se solo fino a tre anni fa recava in sé profili di grande interesse poiché conteneva

ampi margini di incertezze interpretative, in assenza di una puntuale e chiara disciplina legislativa, rappresenta oggi un terreno di analisi e studio ampiamente approfondito e sviscerato in tutte le sue pieghe, grazie alle nuove fonti normative poste recentemente che hanno consentito di porre finalmente punti fermi a quelle che erano state fino a questo punto soltanto interpretazioni e congetture. Questo dato avrà in qualche modo certamente reso meno “avvincente” la lettura del lavoro, sebbene vi siano – a nostro avviso – comunque degli aspetti della disciplina peculiari e che comunque sembrano contenere soluzioni argomentative più “moderne” e più “spinte” rispetto al punto in cui si era finora assestata la dottrina e la giurisprudenza, nel ricercare soluzioni di volta in volta più consone alla risoluzione delle questioni.

Certamente il disegno del nuovo ruolo del Giudice amministrativo come lo si è analizzato rappresenta uno di questi ambiti; la consistenza dei poteri ad esso attribuiti, ne costituisce certamente uno ulteriore; e probabilmente anche la stessa forma di sanzione che si ricollega al contratto a seguito della dichiarazione di illegittimità della aggiudicazione, nei termini che si sono esplicitati che modellano un nuovo tipo di inefficacia, detta “*inefficacia flessibile*”, rappresenta una novità nello scenario delle ipotesi ricostruttive delineate prima della codificazione.

Sicuramente interessante sarà verificare la prassi applicativa dei “nuovi” istituti forgiati dalla mente del legislatore e verificare come nella pratica i giudici amministrativi faranno (buon) uso dei loro nuovi poteri; in che termini e in quali forme, in sostanza, si spiegherà l’ampia discrezionalità che gli è stata riconosciuta in una materia fortemente strategica nel sistema economico pubblico, e non solo.

Resta da delineare solo un’ultima suggestione che è maturata in questo ultimo frangente e relativa ad un tema ad oggi poco indagato e piuttosto nuovo che potrebbe rappresentare un terreno

fertile su cui innestare una nuova direttrice di ricerca per il futuro, relativamente, in particolare, alla commistione tra pubblico e privato – in questa normativa settoriale in tema di appalti pubblici – nel più generale ambito giurisdizionale, con riferimento, dunque, ai poteri del giudice amministrativo.

BIBLIOGRAFIA

- Amorth, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1939
- Angiuli, *Consenso ed autorità nell'evidenza pubblica*, in *Dir. Amm.*, 1998
- Auletta, *Le conseguenze dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione sul contratto d'appalto: una rassegna in attesa della pronuncia dell'Adunanza Plenaria*, in www.giustamm.it;
- Barbieri, *Annullamento della gara pubblica ed annullamento del contratto: un problema di giurisdizione*, in *Riv. Trim. app.*, 2001
- Barcellona, *Errore, c) Diritto privato*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966
- Bellomo, F. *Manuale di diritto amministrativo*, Vol. 2, Padova, 2009
- Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tre specialità e diritto comune* Torino, 1999;
- Berti, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988
- Bertolini – Fantini, *La nuova Direttiva ricorsi*, in *Urb. e App.*, 2008, 10
- Bertolini-Fantini-Figorilli, *Il decreto legislativo di recepimento della Direttiva ricorsi*, in *Urb. e app.*, 2010, 6, 638.
- Bortolotti, *Contratti della pubblica amministrazione*, voce in *Dig. Disc. Pubbl.*, IV, 1989
- Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996
- Buonanno, *Perfezionamento del contratto d'appalto: il punto di vista dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*, in *Urb e app.*, 2002
- Buscema - S. Buscema, *I contratti della pubblica amministrazione*, Padova, 1987
- Bardusco, *La struttura dei contratti della Pubbliche amministrazioni*, Milano, 1974
- Caponigro, R., *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010
- Caringella – De Marzo (a cura di), *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, Milano, 2003
- Caringella, F. *Annullamento della procedura di evidenza pubblica a monte e sorte del contratto a valle: patologia o inefficacia?*, nota a Cons. St., sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666, in *Corr. giur.*, 5/2004
- Caringella, F. *Corso di Diritto Amministrativo*, 2^a ed., tomo II, Milano, 2002
- Carpentieri, *Aggiudicazione e contratto*, in www.giustizia-amministrativa.it;
- Carpentieri, P. *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto* (nota a Cons. St., sez. V, 27 ottobre 2003, n. 6666), in *Giorn. dir. amm.*, n. 1/2004, 15 ss
- Carpentieri, P. *Aggiudicazione e contratto*, nel sito <http://www.giustizia-amministrativa.it>, giugno 2003,
- Carpentieri, P. in *Sospensive*, periodico mensile, n. 9 del 2003

Carpentieri, P. *Sorte del contratto*, in www.giustizia-amministrativa.it,

Cerulli Irelli, *L'annullamento della aggiudicazione e la sorte del contratto*, in *Giorn dir. amm.*, 2002,

Cianflone – Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003

Cintioli, *Annulamento della aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico*, in www.giustizia-amministrativa.it

Cintioli, F. *Annulamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico*, nel sito <http://www.giustizia-amministrativa.it>

Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997

Corpaci, *Revoca e abrogazione del provvedimento amministrativo*, voce in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1997, XIII

Dalla Pietra, *Cassazione e Consiglio di Stato disputano ancora: a chi spetta di pronunciarsi sulla sorte del contratto quando sia annullata l'aggiudicazione?*, in www.giustamm.it

de Lise, P., *Effettività della tutela e processo sui contratti pubblici*, testo della relazione tenuta il 4 dicembre 2008 in occasione degli "Incontri sul processo amministrativo" promossi dalla Libera Università San Pio V

De Nictolis, *Il recepimento della "Direttiva ricorsi"*, in www.giustiziaamministrativa.it

De Nova, *Il contratto contrario a norme imperative*, I, in *Trattato Sacco*, Utet, 2004

De Siano, A. – F. Rinaldi, *Brevi riflessioni su contratto e giurisdizione in attesa del recepimento della cd. "Direttiva ricorsi"*, in www.giustamm.it, n. 7/2009.

Di Gregorio, V. *Appalto privato e appalto pubblico: punti di contatto e differenze alla luce della nuova disciplina introdotta dal Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in *La disciplina dell'appalto tra pubblico e privato*, Napoli, 2010

Di Majo, *La nullità*, in *Trattato Bessone, Il contratto in generale*, VII, Giappichelli, 2002

Fantini, *Gli effetti sul contratto dell'annullamento dell'aggiudicazione: profili di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Urb. e app.*, 2003

Ferrari, G., *Il contenzioso degli appalti pubblici nel nuovo codice del processo amministrativo*, Roma, 2010, pp. 336 ss.

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

Fracanzani M., *Annulamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto nel nuovo processo amministrativo: dall'onere di impugnazione alla pronuncia di inefficacia*, in www.giustizia-amministrativa.it, luglio 2010

Freni, F., *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul negozio*, in *Dir. amm.*, 4/2004

Galli, *Annulamento della aggiudicazione e "caducazione" del*

contratto, in *Rass. Dir. civ.*, 2009, 213

Garofalo, *Annullamento dell'aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e*

Garofoli R.– G. Ferrari, in *Manuale di diritto amministrativo*, Nel diritto ed., 2010

Gavazzi, M., *L'effetto invalidante del vizio del procedimento di evidenza pubblica sull'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, nota a CGA, ord. 8 marzo 2005, n. 104, *Dir. proc. amm.*, n. 4/2005

Gentili, *Le invalidità*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, a cura di Gabrielli, Torino, 1999, II

Giannini, M.S. *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II

Gili, *In tema di annullamento dell'aggiudicazione di una gara*, in *Foro it.*, 2009, III, 249

Goisis, F. *In tema di conseguenze sul contratto dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione conclusivo del procedimento ad evidenza pubblica e di giudice competente a conoscerne*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2004

Goisis, F., *Ordinamento comunitario e sorte del contratto, una volta annullata l'aggiudicazione*, nota a Corte eur. giust., sez. II, 18 luglio 2007, *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 112

Greco, G. *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. amm.*, 3/2002

Greco, G., *La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell'interesse legittimo: progresso o regresso del sistema?*, nota a Cass., SS.UU. 23 dicembre 2008, n. 30254, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 460,

Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986

Greco, *La Direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2008, 1029;

Lipari, *Aggiudicazione, stipulazione ed approvazione del contratto*, in Villata (a cura di), *L'appalto di opere pubbliche* Padova, 2001;

Lipari, *Annullamento della aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in www.giustamm.it, 2008 e in *Foro amm TAR*, 2008, I, XLV

Lipari, *Il processo in materia di infrastrutture e di insediamenti produttivi strategici*, in *Diritto e Formazione*, 11/2002

Lipari, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto tra nullità, annullabilità ed inefficacia: la giurisdizione esclusiva amministrativa e la reintegrazione in forma specifica*, *ivi*, 2002

Lipari, M., *Il recepimento della "Direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, in *Federalismi.it*, n. 7/2010.

Manfredi G. voce *Aggiudicazione definitiva* in *Repertorio degli*

appalti pubblici, , Vol. I, Cedam, 2005

Manfredi, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001

Manfredi, *Aggiudicazione e contratto: le decisioni della Plenaria*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2009, 6, 611;

Manfredi, *Aggiudicazione e stipulazione dei contratti dell'amministrazione*, in *Serv. Pubbl. e app.*, 2003,

Marchetti, B., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto; esperienze europee a confronto*, *Dir. Proc. Amm.*, 2008

Massera, A., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: le molte facce di un dialogo asincrono tra i giudici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 2

Massera, *I contratti*, in Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte gen., II, Milano, 2000

Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000

Mele, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1993

Montanari, M. *Reintegrazione in forma specifica e risarcimento per equivalente davanti al giudice amministrativo, nella dimensione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2003

Montedoro, G. *I rapporti tra evidenza pubblica e contratto di appalto*, nota di commento a Cons. St., sez. VI, 5 maggio 2003 n. 2332, *ivi*, n. 8/2003

Monteduro, M. *Illegittimità del procedimento ad evidenza pubblica e nullità del contratto d'appalto ex art. 1418 comma 1 c.c.; una radicale <<svolta>> della giurisprudenza tra luci ed ombre*, in *Foro amm.*, 2002

Moscarini, L.V. *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2004

Moscarini, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Padova, 1988

Muccio, *Mancata aggiudicazione e autotutela della P.A.*, in *Urb. e App.*, 1999

Paolantonio, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in www.giustamm.it del 16/2/2009

Perfetti, L.R. *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 2007

Pietrobon, *Errore, I) Diritto civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIII, 1989

Ramajoli, M., *L'Adunanza plenaria risolve il problema dell'esecuzione della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione in presenza di contratto*, nota a Cons. Stato, Ad. plen., 30 luglio 2008, n. 9, *Dir. Proc. Amm.*, 2008, 1154

Ramajoli, M., *La Cassazione riafferma la giurisdizione ordinaria sul rapporto contrattuale fra amministrazione e aggiudicatario*, in *Dir. proc. Amm.*, 2008, 526.

Rinaldi, R., *La posizione giuridica soggettiva dell'utente di servizi pubblici*, Padova, 2011

Rustica, *La "rivoluzione attuata dalla direttiva n. 66/2007*, in www.altalex.it

Saitta, F. *Esecuzione dei contratti ad evidenza pubblica e giudice amministrativo: la (persistente) <<specialità>> della giurisdizione esclusiva alla ricerca di un'identità*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2004

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

Sandulli, *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della p.a.*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1965

Satta, F. *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. amm.*, 4/2003

Satta, *La resistenza del contratto all'annullamento della aggiudicazione: un problema comunitario?* in www.giuustamm.it

Scacchi, *Profili civilistici dell'incidenza dell'annullamento della aggiudicazione sul susseguente contratto*, in *Riv. It. Di diritto pubbl. comunitario*, 2009

Scalera, *Verbale di aggiudicazione e perfezionamento del contratto*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it

Scoca, F. G., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm. – Tar*, 2007,

Sticchi Damiani, E., *La nozione di appalto pubblico. Riflessioni in tema di privatizzazione dell'azione amministrativa*, Milano, 1999

Sticchi Damiani, in *La nozione di appalto. Riflessioni in tema di privatizzazione dell'azione amministrativa*, Milano, 1999

Trabucchi, *Errore (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, VI, Utet, 1960, 665.

Trimarchi Banfi, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. Amm.*, 2004; 676

Valaguzza, S. *Illegittimità della procedura pubblicistica e sue interferenze sulla validità del contratto, svolgimenti sistematici*, *Dir. proc. amm.*, 2008

Valla L., *Annullamento degli atti della procedura di evidenza pubblica e contratto: due decisioni a confronto*, commento a Cons. St., sez. VI, 19 novembre 2003, n. 7470 e id. sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666, in *Urb. e App.*, 2/2004

Varone S., *L'invalidità contrattuale nella dialettica fra atto e negozio nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica*, in *Foro amm. – CdS*, 2003

Vinti, S. *Quali rimedi per la salvaguardia nell'interesse legittimo al cospetto dei negozi giuridici? Il giudice del riparto e i legislatori (comunitario e domestico) alle prese con gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto di appalto pubblico*, *Dir.proc.Amm.*, 2008, 799