

**la direttiva 2007/66/ce: illegittimità' comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti (\*)**

**Sommario:** 1. Le Direttive 89/665/ CEE e 92/13/CEE e la disciplina nazionale pertinente. - 2. Le principali questioni sostanziali ancora aperte. - 3. ... e quelle processuali. - 4. La disciplina imposta dalla Direttiva 07/66/CE: il regime delle "sospensioni" che devono precedere il contratto. - 5. Segue i casi di inefficacia del contratto. - 6. Segue: le sanzioni alternative e i casi di salvezza del contratto. - 7. Possibili effetti indotti della Direttiva nel nostro sistema: il risarcimento del danno e la c.d. pregiudizialità amministrativa. - 8. Segue: il giudice competente a giudicare sulla inefficacia del contratto. - 9. Segue: la sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

\* \* \*

**1. Le Direttive 89/665/ CEE e 92/13/CEE e la disciplina nazionale pertinente.**

Prima delle Direttive 89/665/ CEE e 92/13/CEE, sui mezzi di ricorso, la tutela del concorrente pretermesso in procedure illegittime di appalti pubblici era davvero poca cosa.

Infatti, secondo una giurisprudenza pressoché costante del Giudice ordinario (il Giudice amministrativo non prendeva posizione sul punto e la dottrina si disinteressava pressoché totalmente del problema), l'annullamento dell'aggiudicazione non comportava mai il travolgimento del contratto. Questo poteva essere annullato a sua volta solo in base ad un'ulteriore azione che solo l'amministrazione era legittimata a proporre (e che in concreto non proponeva pressoché mai) davanti al giudice ordinario (<sup>1</sup>).

---

\* Relazione presentata al Convegno su "Gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sui contratti della pubblica amministrazione" tenutosi a Parma il 23-24 maggio 2008.

<sup>1</sup> La tesi è stata sostenuta, ancor di recente, ad esempio da Cass., Sez. I, 13 novembre 2000 n. 14.901; Cass., sez.

Si trattava di soluzione largamente insoddisfacente, perché il ricorrente vittorioso non poteva raggiungere mai il risultato di vedersi aggiudicato il contratto, in luogo di chi lo aveva già stipulato. E, inoltre, non aveva strumenti concreti per impedire – attraverso un ricorso tempestivo – la stipulazione del contratto: non esisteva, all’epoca – né è esistito mai fino a tempi recentissimi – un intervallo temporale imposto tra aggiudicazione e stipulazione del contratto, che consentisse di attivare in tempo i poteri inibitori, per giungere alla decisione di merito prima che la situazione fosse compromessa.

Il *deficit* di tutela era poi aggravato dalla mancanza di un’effettiva tutela risarcitoria (a parte i casi problematici di responsabilità precontrattuale), che impediva comunque di poter ottenere un ristoro commisurato al mancato guadagno dell’appalto, che in ipotesi il ricorrente avesse titolo ad ottenere.

E’ in tale contesto che, sulla base di una particolare ricostruzione degli atti di evidenza pubblica (atti a regime amministrativo, ma a contenuto negoziale), avevo a suo tempo avanzato l’idea della applicazione dell’istituto previsto dagli artt. 23 c. 2 e 25 c. 2 del codice civile <sup>(2)</sup>. A mente dei quali l’annullamento delle delibere delle persone giuridiche non pregiudica i diritti dei terzi, ma solo nel caso in cui siano stati acquisiti in buona fede: il che significa che negli altri casi tali diritti risultano “pregiudicati” e, dunque, risulta caducato il titolo da cui essi derivano.

Tali norme, infatti, paiono esprimere principi civilistici generali in ordine alle vicende degli atti (illegittimi e annullati) delle persone giuridiche e alle conseguenze che possono derivare nei rapporti con i terzi contraenti. E inoltre forniscono una disciplina modulata e attenta a salvaguardare le posizioni meritevoli di tutela, tanto più se si considera che, oltre all’annullamento giurisdizionale, occorre e occorre tener presente anche

---

II, 8 maggio 1996, n. 4269; Cass., sez. I, 29 marzo 1996, n. 2848.

l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione: nell'ambito del quale la posizione che può essere indebitamente sacrificata da un uso disinvolto dei poteri di autotutela era ed è, questa volta, quella del privato contraente.

Le Direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE non si sono occupate del tema, rimettendolo espressamente alla scelta discrezionale degli Stati membri (art. 2 par. 6). Si sono, viceversa, limitate ad imporre un sistema giudiziale (amministrativo o giurisdizionale), che garantisse adeguata tutela cautelare e annullatoria delle decisioni illegittime, oltre che una tutela risarcitoria delle posizioni comunitariamente rilevanti e lese.

Il nostro legislatore ha dato attuazione essenzialmente soltanto a quest'ultimo aspetto delle Direttive (evidentemente ritenendo che il nostro sistema già presentasse adeguati strumenti cautelari e demolitori). Viceversa non si è dato carico di stabilire le conseguenze dell'annullamento della procedura amministrativa sull'appalto (salvo il caso particolare delle infrastrutture strategiche, su cui si tornerà), addossando così interamente il problema alla dottrina e alla giurisprudenza.

Quanto alla tutela risarcitoria, l'art. 13 della legge 19 febbraio 1992 n. 142, ha tra l'altro statuito che *“La domanda di risarcimento è proponibile dinanzi al giudice ordinario da chi ha ottenuto l'annullamento dell'atto lesivo con sentenza del giudice amministrativo”*.

A parte l'aspetto della doppia giurisdizione, tale disciplina confermava nel nostro ordinamento la c.d. pregiudiziale amministrativa. Conformemente, del resto, ad una opzione espressamente prevista dalle due Direttive (art. 2 par. 5 della Direttiva 89/665/CEE e art. 2 par. 1 lett. d) c. 2 della Direttiva 92/13/CEE).

Trattandosi inoltre di risarcimento del danno subito dal concorrente pretermesso –

---

<sup>2</sup> Cfr. I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e privato, Milano, 1986, pag. 130 e ss.

che, presso di noi, è accreditato di una posizione di interesse legittimo (pretensivo) e non di diritto soggettivo -, la cennata disciplina ha superato per prima le presunte preclusioni dommatiche che esistevano in materia <sup>(3)</sup>. Ed ha dato un formidabile impulso alla risarcibilità generale degli interessi legittimi, com'è a tutti noto.

Nel contempo si è registrata una importante accelerazione normativa intorno agli anni 1998-2000. Mi riferisco anzitutto all'attribuzione della giurisdizione esclusiva al Giudice amministrativo in ordine alle procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori servizi e forniture. E mi riferisco, altresì, al generale potere decisorio in tema di risarcimento dei danni attribuito al medesimo Giudice amministrativo (nell'ambito della sua giurisdizione), con conseguente abrogazione della doppia tutela giurisdizionale, di cui si è fatto cenno (cfr. art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205).

E' in tale contesto che il Giudice amministrativo non si è più limitato a pronunciarsi sull'annullamento dell'aggiudicazione, ma si è interrogato sempre più spesso sulla sorte del contratto, anche per poter decidere sul risarcimento del danno (in forma specifica o per equivalente).

Da qui, persistendo l'assenza di una disciplina generale in proposito, tutto un fiorire di teorie e conclusioni sulla sorte, appunto, del contratto. E da qui anche la reiterata remissione della questione all'Adunanza Plenaria <sup>(4)</sup>, non senza trascurare, peraltro, che l'intera problematica risulta anche rivendicata come di competenza propria da parte del Giudice ordinario <sup>(5)</sup>.

Ma, a parte tale ennesimo conflitto di giurisdizioni (su cui si tornerà tra breve), val la pena di ricordare ancora una importante innovazione legislativa in materia. Mi riferisco

---

<sup>3</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 10 novembre 1993 n. 11.077, in Foro it. 1994, I, 3138, che peraltro ha configurato tale risarcibilità come eccezione rispetto alla regola.

<sup>4</sup> Da ultimo con ordinanza della V Sezione in data 28 marzo 2008 n. 1328.

alla ben nota disciplina <sup>(6)</sup> degli appalti pubblici relativi alle infrastrutture e agli insediamenti produttivi strategici, di cui si è già fatto cenno. In tali casi, infatti, l'annullamento dell'aggiudicazione non comporta la caducazione del contratto già stipulato e la tutela del ricorrente è limitata al risarcimento dei danni per equivalente: il tutto secondo un'ulteriore opzione che le Direttive lasciavano agli Stati membri ( art. 2 par. 6 di entrambe le Direttive) e di cui il nostro legislatore ha inteso avvalersi con l'art. 14 del D.Lgs. 190/2002, poi trasfuso con qualche modificazione – essenzialmente terminologica – nell'art. 246 del Codice degli appalti.

Tale disciplina ha rafforzato l'interpretazione – allo stato, senz'altro prevalente – che negli altri casi (e, cioè, in tutti gli altri appalti non riguardanti infrastrutture o insediamenti produttivi) l'annullamento dell'aggiudicazione comporti sempre e comunque la caducazione del contratto. Anche se – è il caso di tenerlo presente – si tratta di soluzione tutt'altro che condivisa nel panorama europeo, ove la stabilità del contratto, una volta stipulato, risulta prevalentemente salvaguardato <sup>(7)</sup>.

## **2. Le principali questioni sostanziali ancora aperte.**

Il problema comunque è ancora aperto. E di fronte, anzi, all'esplosione di teorie

---

<sup>5</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 28 dicembre 2007, n. 27.169.

<sup>6</sup> Altra norma di diritto positivo, questa volta assai meno nota (almeno nel quadro della tematica in oggetto) è quella contenuta nell'art. 1, comma 136 della legge 30 dicembre 2004 n. 311 (legge finanziaria per il 2005). Essa dispone che *“Al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante”*.

Tale disposizione normativa pare implicare la caducazione automatica del contratto, stipulato sulla base di un'aggiudicazione antieconomica, oltre che anti giuridica. Ma, coll'imporre di indennizzare l'eventuale pregiudizio patrimoniale del contraente, indica anche un limite e un onere, che deve sempre accompagnare l'esercizio del potere di autotutela (sull'aggiudicazione), a contratto già stipulato: sicchè pare costituire idoneo contrappeso all'esercizio di un potere con effetti caducanti sul contratto, che, altrimenti, risulterebbe esorbitante e difficilmente giustificabile anche su di un piano di legittimità costituzionale.

<sup>7</sup> Come riferisce l'interessante saggio di **MARCHETTI**, Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto, in *Dir. proc. amm.* 2008, pag. 95 e ss.

variegate in proposito<sup>(8)</sup> e all'ennesimo contrasto tra giurisdizione ordinaria e amministrativa in ordine al Giudice competente, non si può non salutare con soddisfazione la nuova Direttiva comunitaria sui mezzi di ricorso, che è destinata ad incidere profondamente su tali temi e sugli altri problemi di cui pure si è fatto cenno nel paragrafo precedente.

Peraltro, prima di soffermarci su detta Direttiva, può essere utile svolgere qualche considerazione – puramente approssimativa e senza pretesa di completezza – sul dibattito in corso. Che sconta anche contrasti giurisprudenziali più generali (ad esempio, in materia di pregiudizialità amministrativa, ai fini del risarcimento dei danni), che trovano in tema di appalti pubblici frequente modo di manifestarsi, incrementando l'incertezza del quadro complessivo: e in realtà l'attuale “*sistemazione*” della tematica appare sempre più somigliante ad un puzzle impazzito, in cui le singole tessere non combaciano pressoché mai e non sono in grado non solo di completare il quadro, ma neppure di far emergere qualche profilo intelleggibile della figura.

Cominciamo dagli aspetti di diritto sostanziale, limitando l'attenzione al problema della sorte del contratto.

Al riguardo non posso non manifestare anzitutto il mio dissenso sulla tesi, che trae argomento “*a contrariis*” del già menzionato art. 246 c. 4 del Codice degli appalti. Per il che si suole dire che “*se l'eccezione è che il contratto non sia caducato dall'annullamento, la regola è, viceversa, che la sorte del negozio, per il caso di atti di gara inficiati, sia la caducazione*”<sup>(9)</sup>.

Non mi pare che sia così. A parte il rilievo che è arduo trarre argomenti

---

<sup>8</sup> Che si possono leggere in Cons. Stato, sez. V, ordinanza 28 marzo 2008, n. 1328, cit. Per una nitida configurazione e applicazione della tesi della caducazione automatica del contratto, si veda TAR Lombardia, sez. I, 8 maggio 2008 n. 1370

generalizzanti da una norma speciale e di settore (si tratta, come si è detto, del caso di appalti relativi a infrastrutture e insediamenti produttivi strategici), quel che non si può condividere è la perentorietà della conclusione “*a contrariis*” proposta.

Statuisce il più volte citato art. 246 c. 4 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*”. Il tenore complessivo della norma dovrebbe indurre cautela in ordine ad argomenti *a contrariis*, perché, così ragionando, si dovrebbe concludere che anche la sospensione dell’aggiudicazione comporti di regola la caducazione del contratto: il che, mi pare, non sia sostenuto da alcuno.

Ma è soprattutto il ragionamento “*a contrariis*”, che va precisato. La norma muove dalla preoccupazione che il contratto possa essere travolto dall’annullamento dell’affidamento. Ma l’argomento “*a contrario*” che si può ricavare non è che, dunque, in tutti gli altri casi la regola debba essere la caducazione, sibbene, al più, che negli altri casi vi possa essere anche la caducazione.

In altri termini la norma ha una sua portata ben compatibile anche con ricostruzioni della regola generale, che configurino la caducazione del contratto come ipotesi possibile, ma non unica, né tanto meno necessaria. Ad esempio, con la tesi dell’applicabilità dell’art. 23 e 25 del codice civile, dai quali si può desumere che la caducazione del contratto, pur possibile, non si verifica nel caso del contraente in buona fede.

La tesi della caducazione automatica del contratto non può neppure trovare fondamento nel canone (pubblicistico) della illegittimità caducante, contrapposto a quello della illegittimità viziante

Com’è noto tale canone è stato applicato dalla giurisprudenza per i casi di stretta

---

<sup>9</sup> Cfr., ad esempio, **GAROFALI**, Trattato sui contratti pubblici, diretto da M.A. Sandulli, Milano 2008, vol. VI, pag.

consequenzialità di atti amministrativi. Il vincolo con l'atto presupposto è talmente forte che, annullato esso, cade anche l'atto consequenziale, senza necessità di specifica impugnazione.

Detto canone non può essere applicato non già perché tra procedura di aggiudicazione e contratto non vi sia la stretta consequenzialità, che esso presuppone. Tale collegamento – che comporta una chiara connessione tra le due vicende – sicuramente sussiste ed anzi è un elemento a mio modo di vedere fondamentale ai fini della questione di giurisdizione, su cui mi soffermerò di qui a poco.

Il canone non è viceversa applicabile nella specie, perché esso riguarda una forma di trasmissione dell'antigiuridicità e dei relativi effetti, che – fondata o meno che sia – attiene al rapporto tra atti amministrativi. Non è questo il nostro caso. Qui abbiamo un contratto, che è un negozio sicuramente e genuinamente privatistico, sicché le ripercussioni su di esso dell'annullamento dell'aggiudicazione devono essere desunte da una disciplina privatistica e deve essere rinvenuto nel codice civile: tanto più se si considera la sicura valenza (anche) privatistica degli atti della c.d. evidenza pubblica (il bando è un invito ad offrire, l'offerta è offerta anche dal punto di vista civilistico, l'aggiudicazione (definitiva) – se non costituisce più accettazione– individua comunque l'altro contraente e fa sorgere se non altro l'obbligo di contrarre).

Orbene, ricollegare all'annullamento dell'aggiudicazione sempre e comunque la caducazione del contratto significa, in definitiva, assoggettare il contratto alla medesima patologia dell'atto di aggiudicazione (senza alcun vaglio di requisiti autonomi, come ad esempio, la buona o mala fede dell'altro contraente <sup>(10)</sup>). Ovvero, se si crede, subirne le

---

3931.

<sup>10</sup> A differenza di quanto avviene per il caso del risarcimento dei danni. Ove è noto che il semplice annullamento dell'atto non è idoneo a soddisfare a tutti i requisiti della responsabilità extracontrattuale, essendo necessario

vicende, quale che sia il vizio (formale o sostanziale), da cui risulta inficiato e quale che sia l'apporto partecipativo a tale vizio dell'altro contraente.

Tutto ciò implicherebbe (a parte la necessaria pregiudiziale impugnazione) che nella sostanza qualunque vizio del procedimento di aggiudicazione finisca per operare sul contratto conseguenze analoghe a quelle della violazione di norme imperative. Il che appare dommaticamente errato ed ultroneo, per quanto si è cercato di esporre in altra sede<sup>(11)</sup>, oltre che profondamente ingiusto, perché gravemente penalizzante per l'altro contraente (in ipotesi, in buona fede) e per la stessa Amministrazione committente (il cui compito, alla stregua del groviglio del diritto vigente, non è certo agevole, neppure usando la massima diligenza).

Tali soggetti, in caso di caducazione e inefficacia sopravvenuta del contratto, subiscono conseguenze nefaste, che sovente danno luogo – per le implicazioni risarcitorie - ad un duro contenzioso, non sempre preso in considerazione da parte del Giudice Amministrativo (che comunque rimane estraneo a tali vicende).

E si tratta di pregiudizio ingente.

L'appaltatore sin dalla sottoscrizione del contratto – che, in quanto aggiudicatario, ha l'obbligo (e non la facoltà) di stipulare – opera un formidabile sforzo economico-organizzativo, per il pagamento della cauzione definitiva, per l'installazione del cantiere, per l'approvvigionamento dei materiali, ecc.. E' noto, infatti, che nella fase di preparazione e di inizio della esecuzione delle prestazioni l'appaltatore sopporta oneri più che proporzionali rispetto alle fasi successive, come è dimostrato dall'istituto dell'"anticipazione", diretto appunto a consentire di affrontare più agevolmente tali

---

accertare ulteriormente il danno, il nesso di causalità e l'elemento psicologico dell'illecito.

<sup>11</sup> La trasmissione dell'antigiuridicità (dell'atto amministrativo illegittimo), in Dir. proc. amm. 2007 pag. 326 e ss.,

vicende.

Se poi l'appaltatore riesce a “ribaltare” tali danni sull'Amministrazione (vuoi per responsabilità precontrattuale, vuoi per arricchimento senza causa o per altro titolo), quest'ultima finisce per pagare l'appalto due volte e per importi sovente superiori a quel 10%, che è il risarcimento massimo cui può aspirare il concorrente pretermesso.

Se poi a tutto ciò si aggiungono i ritardi gravissimi, che possono derivare nella realizzazione di opere pubbliche e, comunque, i disservizi che possono scaturire da una sostituzione dell'appaltatore nel corso dell'esecuzione delle proprie prestazioni, si dovrà convenire che la soluzione della caducazione automatica e senza limiti può costituire un risultato talvolta sproporzionato <sup>(12)</sup> ed iniquo, oltre che privo di specifico fondamento di diritto positivo.

Vero è che talvolta anche la Cassazione, usando canoni civilistici, parla di caducazione automatica per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione <sup>(13)</sup>. Ma se si considera che ben diversa è l'impostazione che regge altra sentenza delle Sezioni Unite <sup>(14)</sup>, non si può certo parlare di giurisprudenza consolidata.

E se si considera che la tesi (civilistica) del travolgimento automatico si basa su un presunto carattere meramente riproduttivo del contratto, rispetto ad un “accordo già concluso” con l'aggiudicazione, credo che non si possa parlare neanche di ricostruzione conforme al diritto vigente. E' noto, infatti, che, ai sensi dell'art. 11, comma 7, del Codice degli appalti “*l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta*”, sicchè il contratto successivamente stipulato non può dirsi riproduzione di un accordo già

---

pag. 340 e ss..

<sup>12</sup> Si consideri il caso in cui l'intera opera sia stata realizzata e l'appalto completamente eseguito. In tal caso la caducazione del contratto, mentre non può giovare ad alcun terzo, provoca ugualmente ingenti (ed inutili) pregiudizi alle parti, se non altro per la contabilizzazione dei lavori e per i corrispettivi e le indennità, che non possono più essere raggugliati alla disciplina contrattuale.

<sup>13</sup> Cass., Sez. Un., 28 novembre 2007, n. 24658 e Cass., sez. I 15 aprile 2008, n. 9906.

esistente.

In conclusione, la soluzione della caducazione automatica del contratto – e con effetti *ex tunc* – pare non corretta dal punto di vista del diritto positivo, oltre che iniqua, per le ragioni già esposte. E personalmente rimango dell'opinione che la soluzione a suo tempo suggerita – che nel frattempo ha ricevuto importanti riconoscimenti in dottrina <sup>(15)</sup> e in giurisprudenza <sup>(16)</sup> - sia ancora la più attendibile.

Vero è che le decisioni amministrative in materia di procedure d'appalto sono ora prevalentemente adottate da organi monocratici e non più collegiali <sup>(17)</sup>. Ma vero è che gli artt. 23 e 25 cod. civ. sono ben rappresentativi delle manifestazioni di volontà delle persone giuridiche e, tenendo conto non solo di vizi sostanziali, ma anche di possibili vizi formali e procedurali, delle relative deliberazioni, ben si adattano ad essere applicate (almeno analogicamente) alle ripercussioni sul contratto dell'annullamento degli atti ad evidenza pubblica.

Inoltre, considerato che tali atti sono sovente – e sempre più spesso – emanati da amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori aventi la struttura giuridica della Società per azione, risulta del tutto pertinente per essi la disciplina prevista dagli artt. 2377 e 2388 cod. civ. I quali, com'è noto, ribadiscono per le società di capitali quanto disposto dagli artt. 23 e 25 per le associazioni e le fondazioni ed appaiono particolarmente adatti a disciplinare i casi di annullamento (pubblicistico) delle relative deliberazioni.

### **3. ... e quelle processuali.**

Resta da fare un cenno al problema del Giudice competente a delibare la sorte del

---

<sup>14</sup> Cass., Sez. Un., 28 dicembre 2007, n. 27169.

<sup>15</sup> **SCOCA**, Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), pubblicato il 24 gennaio 2007.

<sup>16</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2992; Cons. Stato, sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 2666, cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2004 n. 7346; Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2005, n. 5194.

<sup>17</sup> E' questa la principale possibile obiezione all'applicazione dell'istituto: cfr. Cons. Stato, sez. V, ordinanza 28

contratto, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione. Per il che non pare che la natura schiettamente privatistica del contratto costituisca un ostacolo insormontabile per il Giudice amministrativo.

Infatti, se la giurisdizione esclusiva (quale che sia la sua latitudine) implica il potere del Giudice amministrativo di conoscere “anche” di diritti soggettivi, tale conoscenza non potrà che essere condotta alla stregua del diritto privato. Dato che – soprattutto dopo l'introduzione del comma *1bis* all'art. 1 della legge 241/90- ogni questione che non coinvolge direttamente l'esercizio di poteri autoritativi (e, dunque, ogni questione in cui si facciano valere diritti soggettivi nei confronti di una Amministrazione) è per ciò solo attratta nell'ambito del diritto privato.

Vero è che tale estensione dei poteri cognitori e decisorii del Giudice amministrativo è stata una delle principali preoccupazioni, da cui ha preso le mosse la discussa sentenza 204/2004 della Corte costituzionale, che ha operato la riduttiva (e controversa) perimetrazione della giurisdizione esclusiva, che tutti conosciamo. Vero è, peraltro, che – anche secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale- non possono porsi scrupoli di legittimità costituzionale per tutte quelle questioni di diritto soggettivo, che, risultino variamente “collegate” con l'esercizio del potere: anzi, tale “collegamento” costituisce il parametro per stabilire l'ambito della giurisdizione esclusiva in una determinata materia e, così, le controversie che vi rientrino e quelle ad essa estranee (<sup>18</sup>).

Ora, anche la più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite (<sup>19</sup>) sottolinea a più riprese che la fase di stipulazione del contratto è “*strettamente connessa*” con la procedura pubblicistica “*e ad essa consequenziale*”. Tuttavia ha escluso la competenza del Giudice

---

marzo 2008, n. 1328, cit., punto 6.1.

<sup>18</sup> Su di che si può leggere quanto esposto in Metamorfosi e declino della giurisdizione esclusiva: dalla tutela dei diritti per materia a quella per connessione?, in Dir. proc. amm. 2006, pag. 884 e ss..

amministrativo a conoscere “sulla domanda volta ad ottenere tanto la dichiarazione di nullità quanto quella di inefficacia o l’annullamento del contratto di appalto, a seguito dell’annullamento della delibera di scelta dell’altro contraente, adottata all’esito di una procedura ad evidenza pubblica”: e ciò per la asserita ragione che nel nostro ordinamento vige “il principio generale della inderogabilità della giurisdizione per ragione di connessione, salvo deroghe normative espresse non rinvenibili nella normativa in esame”.

Ma è quest’ultimo passo della sentenza della Cassazione che non si può condividere. Il principio che la connessione delle domande non può derogare al riparto di giurisdizioni vale ove si tratti di giurisdizione generale di legittimità. Ove viceversa si tratti di materie e di controversie assoggettate alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, in tanto vi può essere un intreccio di questioni di diritto soggettivo e di interesse legittimo, in quanto tali questioni siano in qualunque modo riconducibili e collegate all’esercizio, sia pure illegittimo, del potere (così come si è espressa anche la sentenza 191/2006 della Corte Costituzionale <sup>(20)</sup>).

Ma una questione di diritto soggettivo può essere collegata all’esercizio del potere almeno nel caso in cui vi sia connessione. Il che certo si verifica quando tra la questione di legittimità (e di annullamento) di un atto a regime amministrativo e la questione della spettanza o lesione dei diritti soggettivi sussiste, come nel nostro caso, un rapporto di pregiudizialità-conseguenzialità: in mancanza di che non vi sarebbe mai spazio per una cognizione “*principaliter*” del Giudice amministrativo su diritti soggettivi, con conseguente disapplicazione di quanto sancito dall’art. 103, primo comma, secondo periodo, della Costituzione.

---

<sup>19</sup> Sentenza 28 dicembre 2007 n. 27.169, cit..

<sup>20</sup> Sul punto si rinvia a Giurisdizione esclusiva e dintorni: la Corte apre alla tutela meramente risarcitoria davanti al Giudice amministrativo? In Giur. cost. 2006, 1945 e ss..

In conclusione, non so se il criterio individuato dalla Corte costituzionale sia dommaticamente esatto e, dunque, da seguire o meno nella generalità dei casi. Certo è che, al di là dei dubbi applicativi che esso ha ingenerato in altri settori, appare particolarmente calzante nel nostro caso e conduce inequivocabilmente alla giurisdizione del Giudice amministrativo sulla sorte del contratto, tutte le volte in cui tale sorte dipende (ed è collegata) alle vicende dell'aggiudicazione (e cioè, nell'ottica della Corte costituzionale, ad una manifestazione del "potere", cui sono correlate posizioni di interesse legittimo).

**4. La disciplina imposta dalla Direttiva 07/66/CE: il regime delle "sospensioni" che devono precedere il contratto.**

E' nel quadro sinteticamente tratteggiato che irrompe la Direttiva 11.12.2007 n. 66 (07/66/CE), che si presenta come Direttiva modificativa ed integrativa delle precedenti due (89/665/CEE e 92/13/CEE) e che è destinata, per il suo contenuto innovativo, ad incidere profondamente sugli ordinamenti degli Stati membri. Si tratta del resto di una delle pochissime Direttive basate esclusivamente sull'art. 95 del Trattato CE e, dunque, di una Direttiva che, in quanto opera da strumento di armonizzazione e ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri, contribuirà a fornire un impulso significativo al processo di formazione del c.d. diritto amministrativo comune europeo, che allo stato attuale risulta solo abbozzato.

La Direttiva ribadisce innanzitutto taluni canoni e prescrizioni, già contenute nelle precedenti due, a cominciare dalla necessaria predisposizione di strumenti di tutela cautelari, annullatori e risarcitori (art. 2, par. 1 della novellata Direttiva 89/665/CEE). Inoltre, con specifico riferimento alla Direttiva 89/665/CEE (ma analoga disciplina è dettata per i mezzi di ricorso nei settori speciali), essa:

- a) conferma la possibilità che gli Stati membri prevedano la cosiddetta

pregiudizialità amministrativa ai fini del risarcimento del danno (art. 2, par. 6);

b) conferma che –salvo i casi di cui si dirà (artt. 2 *quinquies*-2 *septies*)- spetta agli Stati membri determinare gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto d'appalto (art. 2, par. 7, comma 1);

c) conferma infine –salvo sempre i casi di cui si dirà- che lo Stato membro possa prevedere una tutela soltanto risarcitoria, senza rimettere in discussione il contratto (art. 2, par. 7, comma 2).

Ma, trattandosi come si è visto di facoltà non illimitata, la vera novità della Direttiva la si rinviene là dove essa stessa determina gli effetti sul contratto per i casi di violazioni più gravi del diritto comunitario. E' la prima volta, infatti, che una Direttiva sui mezzi di ricorso si spinge a determinare le conseguenze sul contratto e a prevedere addirittura l'inefficacia dello stesso.

Tale rilevante innovazione è accompagnata da un lato dalla previsione di “sanzioni alternative” –che rafforzano la reazione dell'ordinamento per taluni casi di violazione comunitaria- e, d'altro lato, da tutto un complesso di termini dilatori minimi (cosiddette sospensioni), che devono decorrere prima che sia possibile stipulare il contratto.

Da quest'ultimo istituto, che è il primo in ordine logico e temporale che viene in rilievo, val la pena di iniziare.

L'art. 2 *bis*, par. 2 stabilisce anzitutto un primo “termine sospensivo” obbligatorio, che deve intercorrere tra la comunicazione dei risultati dell'aggiudicazione ai soggetti interessati e la possibilità di stipulare il contratto d'appalto. Tale termine sospensivo è di almeno 10 giorni e l'intero istituto potrebbe apparire privo di particolare ripercussione nel nostro ordinamento, visto che ai sensi dell'art. 11, comma 10, del D. Lgs. 163/2006 è già previsto il ben più ampio termine dilatorio di 30 giorni.

E tuttavia –ferma restando la congruità del termine di 30 giorni- non si deve pensare che l’istituto comunitario sia privo di portata innovativa e che non necessiterà pertanto di particolare adeguamento. E ciò per la saliente ragione che, mentre il nostro termine inizia a decorrere dalla mera comunicazione ai controinteressati del “provvedimento” di aggiudicazione, ben più complesso è l’onere previsto dalla Direttiva comunitaria.

Infatti, ai sensi dell’art. 2 *bis*, par. 2, comma 4, la comunicazione della decisione di aggiudicazione ad ogni offerente e candidato interessato deve essere accompagnata non solo dalla precisa indicazione del termine sospensivo ai fini della stipulazione del contratto, ma anche da una “*relazione sintetica dei motivi pertinenti*”, ai sensi dell’art. 41, par. 2, della Direttiva 04/18/CE. Dunque si deve trattare di una relazione in cui sia indicato per ogni candidato escluso i motivi del rigetto della sua candidatura o della sua offerta, nonché, per ogni offerente che abbia presentato un’offerta selezionabile, “*le caratteristiche e i vantaggi relativi dell’offerta selezionata*” e, in quanto tale, risultata aggiudicataria.

Si tratta, come è facilmente comprensibile, di un onere di comunicazione ben più complesso<sup>(21)</sup> ed è agevole prevedere che esso darà luogo nella pratica a contestazioni e dispute in ordine al *dies a quo* del termine sospensivo fin qui trattato.

Il quale si differenzia dalla disciplina nazionale anche per i casi in cui è possibile derogarvi. Infatti mentre l’art. 11 comma 10, citato, parla soltanto di “*motivate ragioni di particolare urgenza*”, ben diversa è la disciplina comunitaria in materia: l’art. 2 *ter* consente tale facoltà di deroga solo se prevista normativamente dallo Stato membro e con riferimento ai casi di appalti per i quali non è imposta la previa pubblicazione del bando, ovvero di appalti aggiudicati in base ad un accordo quadro o ad un sistema dinamico di

---

<sup>21</sup> Vero è che anche secondo l’art. 79 del Codice degli appalti devono essere fornite analoghe informazioni. Ma ciò solo “*su richiesta scritta della parte interessata*” (comma 3), mentre la comunicazione d’ufficio riguarda soltanto l’esito della gara (comma 4).

acquisizione.

Ne deriva che le “*motivate ragioni di particolare urgenza*” potranno, se del caso, avere rilievo solo all’interno delle specifiche fattispecie testè richiamate. Ma non potranno più valere come causa di esenzione dell’applicazione del termine sospensivo, utilizzabile nella generalità delle procedure aperte, ristrette e negoziate (con bando).

Un secondo termine sospensivo è previsto dal novellato art. 1, par. 5 della Direttiva 89/665/CEE (ma, come si è detto, analoga disciplina sussiste, in questo come in tutti gli istituti presi via via in considerazione, anche per la disciplina dei mezzi di ricorso ex Direttiva 92/13/CEE).

Esso riguarda i casi in cui gli Stati membri esigano che il soggetto interessato proponga in primo luogo un ricorso presso l’Amministrazione aggiudicatrice. Si tratta dunque di un termine sospensivo (della durata minima sempre di 10 giorni), che si inserisce in un istituto facoltativo, che il nostro ordinamento finora non prevede e che è auspicabile che non venga previsto neanche in futuro.

Esso infatti attiene ad una sorta di esigenza di definitività della decisione da impugnare (su ricorso in opposizione?), che il nostro ordinamento ha da tempo abbandonato come presupposto processuale per l’accesso alla tutela giurisdizionale. E non pare il caso di ripristinarlo, solo perché ne è data la facoltà: si tratterebbe infatti di una lungaggine aggiuntiva, priva di particolare efficacia per il ricorrente e produttiva di ulteriori rallentamenti (tenuto conto del primo termine sospensivo di cui si è detto) per l’Amministrazione e l’aggiudicatario.

Del resto l’Amministrazione detiene sempre i suoi poteri di annullamento d’ufficio, almeno fino alla stipulazione del contratto (art. 11 c. 2, D.Lgs. 163/2006). Sicchè potrebbe ben esercitarli una volta che, con la proposizione del ricorso da parte del concorrente

“*interessato*”, si convinca della fondatezza delle censure così denunciate.

Il che ben si concilia col terzo termine sospensivo previsto dalla Direttiva e la cui introduzione è necessaria e obbligatoria, almeno nel caso di impugnazione dell’aggiudicazione.

Infatti mentre l’art. 2 paragrafo 4 enuncia il principio che “*le procedure di ricorso non devono necessariamente avere effetti sospensivi ed automatici*”, ne costituisce espressa eccezione il caso indicato nel paragrafo 3. Il quale prevede che “*Qualora un organo di prima istanza, che è indipendente dall’amministrazione aggiudicatrice, riceva un ricorso relativo ad una decisione di aggiudicazione di un appalto, gli Stati membri assicurano che l’amministrazione aggiudicatrice non possa stipulare il contratto prima che l’organo di ricorso abbia preso una decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso*”.

Si tratta dunque, come si diceva, di un termine sospensivo obbligatorio e non facoltativo, come talvolta è stato considerato in dottrina (<sup>22</sup>). E ancora una volta la sua durata minima è fissata in almeno 10 giorni.

Va da sé che tale termine deve essere dal nostro legislatore adeguatamente incrementato (ad esempio fino a 30 giorni), per consentire che almeno il giudizio cautelare possa essere celebrato. Ed esso costituisce una vera e propria novità nel nostro sistema processuale, che è destinata a mettere in crisi (o comunque a far ripensare) il carattere dell’esecutività, come connotato tipico dell’atto amministrativo.

Quel che par certo, comunque, è che la sua introduzione nel nostro ordinamento renderà pressoché superfluo l’intervento cautelare monocratico “*ante causam*” e “*inaudita altera parte*”: si tratta del resto di un istituto processuale che non pare abbia dato buona

---

<sup>22</sup> Cfr. **LIPARI**, Annullamento dell’aggiudicazione ed effetti del contratto, in *Federalismi.it* n. 9/2008, pag. 10 e 11.

prova di sé e il cui abbandono non dovrebbe essere rimpianto da alcuno.

In conclusione, la delibera di aggiudicazione, oltre ad essere condizionata alla verifica del possesso dei requisiti prescritti per l'appaltatore (art. 11, c. 8 del D.Lgs. 163/2006), è subordinata altresì ad un termine preventivo variabile, a seconda che la delibera medesima sia impugnata o meno. In caso di impugnazione, esso si aggiunge al termine soprassessorio minimo iniziale – che presso di noi è di trenta giorni – e deve essere tale da assicurare l'intervento (cautelare o di merito) del Giudice competente, consentendo così all'iniziativa del ricorrente ampi margini per una tutela effettiva e soddisfacente, prima della conclusione del contratto.

#### **5. Segue i casi di inefficacia del contratto.**

E veniamo alla parte della Direttiva che appare particolarmente innovativa, dato che si occupa per la prima volta direttamente della sorte del contratto.

Essa è contenuta nel nuovo art. 2 *quinques* della Direttiva 89/665/CEE che prevede, in linea di principio, l'inefficacia del contratto nei seguenti casi:

- a) per gli appalti aggiudicati senza pubblicazione di bando (là dove, viceversa, tale pubblicazione è richiesta);
- b) nei casi di violazione di uno dei tre termini di sospensione indicati nel paragrafo precedente, privando così il soggetto interessato della possibilità di avvalersi dei mezzi di ricorso "*prima della stipula del contratto*"; l'inefficacia del contratto in questo caso si verifica solo se alla predetta violazione si aggiunga altra violazione delle Direttive sostanziali (04/18 CE e 04/17/CE) e "*se quest'ultima violazione ha influito sulle opportunità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto*";
- c) nel caso, infine, di violazione delle regole della concorrenza (art.32, par. 4,

secondo comma, secondo trattino, art. 33 par. 5 e 6 della Direttiva 2004/18/CE e analoga disciplina della Direttiva 2004/17/CE), nell'ambito di appalti basati su un accordo quadro o su un sistema dinamico di acquisizione, ove il singolo Stato membro si sia avvalso della facoltà di escludere l'applicazione del primo termine sospensivo, di cui si è già riferito nel paragrafo precedente.

Si tratta nel complesso di poche e limitate <sup>(23)</sup> fattispecie, che peraltro riguardano (o possono riguardare) affidamenti diretti illegittimi –giudicati dalla Corte di Giustizia come le violazioni più gravi del diritto comunitario (13° considerando)- e che rendono particolarmente difficile (per mancanza di pubblicità o di termine sospensivo) l'attivazione di mezzi di ricorso efficaci (cfr. 18° considerando). In tutti questi casi, pertanto, la Direttiva prevede che il contratto “*sia considerato privo di effetti*” da un organo di ricorso indipendente, ovvero che “*la sua privazione di effetti sia la conseguenza di una decisione di detto organo di ricorso.*” (art. 2 *quinqies*, par. 1).

L'alternativa, che spetta al legislatore nazionale risolvere, parrebbe richiamare la distinzione tra una pronuncia dichiarativa e una pronuncia costitutiva. Ma forse non si tratta di una vera alternativa.

Infatti, l'ipotesi di una pronuncia meramente dichiarativa appare smentita dal carattere non automatico (o “*ope legis*”) dell'inefficacia e dalla necessaria intermediazione di un organo autonomo di ricorso (“*la carenza di effetti non dovrebbe essere automatica, ma dovrebbe essere accertata da un organo di ricorso indipendente*”: 13° considerando). Inoltre la tendenzialmente limitata legittimazione attiva (17° considerando) e la sussistenza di termini tutto sommato brevi per l'azione (art. 2 *septies*) non consentono di assimilare l'inefficacia prevista dalla Direttiva alla nostra nullità *ex art.* 1418 cod. civ..

---

<sup>23</sup> Sono considerati, viceversa, “*non marginali per rilevanza e per numero*” da **CORAGGIO**, Annulamento

Tutto ciò pare orientare verso una pronuncia costitutiva o di accertamento costitutivo. E non pare casuale che la Direttiva parli in proposito di “*annullamento dell’appalto*” (23° considerando).

Infatti, trattandosi di vizio genetico e non di un’alterazione sopravvenuta del sinallagma contrattuale, non pare appropriato richiamare l’istituto della risoluzione (24), anziché quello dell’annullamento. Al più si dovrà distinguere tra annullamento totale o parziale del contratto, con effetti *ex tunc* o meno, a seconda delle varie soluzioni consentite dalla Direttiva stessa.

Per quel che concerne, poi, le fattispecie che, come si è visto, sono comunque produttive di “inefficacia” del contratto, occorre sottolineare che esse riguardano per lo più violazioni delle procedure di aggiudicazione e, dunque, atti che noi definiamo di evidenza pubblica, con un proprio e ben noto regime amministrativo (illegittimità-annullabilità). Si pone dunque il problema se tale regime non risulti modificato ed anzi trasformato dalla disciplina dell’art. 2 *quinquies*, par. 1.

Tanto più se si considera che alcuni segmenti delle medesime fattispecie riguardano illegittimità proprie del contratto. Infatti, se si prende in considerazione il caso dell’art. 2 *quinquies*, par. 1, lett b), si deve rilevare che l’inefficacia è ricollegata non solo ad un vizio del procedimento di aggiudicazione, ma anche ad un vizio proprio del contratto, che –dopo l’aggiudicazione- non ha rispettato i termini sospensivi, di cui si è detto nel paragrafo precedente: e tutto ciò crea ulteriori delicati problemi, come si vedrà (*infra*, par. 8), sia in ordine alla ricostruzione complessiva della figura, sia in ordine al Giudice competente a pronunciarsi su detta inefficacia.

In ogni caso, la disciplina delle violazioni sopra elencate è molto severa, anche se non

---

dell’aggiudicazione e sorte del contratto, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

conduce ineluttabilmente alla inefficacia del contratto. E tale severità la si riscontra anche in ordine ai termini di impugnazione delle procedure di aggiudicazione inficiate dai vizi anzidetti.

Infatti mentre i termini per la proposizione di qualsiasi mezzo di ricorso sono disciplinati dall'art. 2 *quater* e prevedono in generale un termine minimo di almeno 10 giorni, i termini per ricorrere nei casi delle violazioni contemplate dall'art. 2 *quinquies*, par. 1 sono disciplinati dall'art. 2 *septies*. Il quale in tal caso prevede un termine non inferiore a 6 mesi dal giorno successivo alla data di stipula del contratto (art. 2 *septies* paragrafo 1, lett. b) ed un termine (che pare cumulativo e non alternativo) di almeno 30 giorni dalla pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione (contenente le ragioni dell'affidamento senza previa pubblicazione di un bando) o dalla comunicazione della stipula del contratto agli offerenti o ai candidati interessati (art. 2 *septies* paragrafo 1 lett. a).

Tutto ciò potrebbe comportare impugnazioni anche a distanza di molto tempo. Il che per noi alquanto inconsueto, in un'ottica di impugnazione degli atti di evidenza pubblica, in generale, e dell'aggiudicazione, in particolare. Mentre risulta assai meno sorprendente, se si concepisse il ricorso *ex art. 2 quinquies* par. 1 come diretto "*tout court*" nei confronti del contratto (*infra*, par. 8).

La maggior durata del termine di impugnazione, unita al regime sostanziale della inefficacia del contratto, manifestano, comunque, il particolare rigore con cui la Direttiva intende trattare le fattispecie di cui all'art. 2 *quinquies*, par. 1. E manifestano, altresì, che ciò che la Direttiva intende particolarmente colpire è il sotterfugio (mancata applicazione dei termini sospensivi) o le operazioni nascoste (per mancanza di pubblicità), che sono

---

<sup>24</sup> Cfr. in tal senso **LIPARI**, Annulamento dell'aggiudicazione, cit., pag. 16.

nell'ottica comunitaria le violazioni più gravi, perché possono comportare affidamenti diretti illegittimi <sup>(25)</sup> e non consentono la tutela preventiva (rispetto alla conclusione del contratto), né da parte dei potenziali concorrenti "interessati", né da parte della Commissione, attraverso il c.d. meccanismo correttore, previsto dall'art. 3.

Si è fatto già cenno, peraltro, che l'inefficacia del contratto non è una conseguenza ineluttabile, pur in presenza dei vizi indicati nel paragrafo 1 dell'art. 2 *quinquies*. A parte il rilievo che spetta allo Stato membro stabilire cosa s'intenda per contratto privo di effetti – e dunque se l'inefficacia operi *ex tunc* o a partire da altro momento (art. 2 *quinquies* par. 2)-, il singolo Stato membro può anche prevedere che il contratto non sia considerato privo di effetti, ove un organo di ricorso indipendente accerti l'esistenza di "esigenze imperative connesse ad un interesse generale", che impongono il mantenimento del contratto (art. 2 *quinquies*, par. 3, comma 1).

La Direttiva non precisa cosa si debba intendere per esigenze imperative connesse ad un interesse generale. Ma si limita solo a precisare che tali non sono, normalmente, gli interessi economici legati direttamente al contratto: di cui opera una meticolosa elencazione, sia pur meramente esemplificativa (art. 2 *quinquies*, par. 3, commi 2 e 3).

Tutto ciò non deve far pensare ad una attenuazione del rigore della Direttiva per quelli che essa considera i casi più gravi di violazione. Se è pur vero, infatti, che gli Stati membri possono attenuare o escludere, ricorrendo particolari circostanze, l'inefficacia *ex tunc* del contratto, è vero d'altra parte che in tali casi devono ricorrere a sanzioni alternative, che a loro volta devono essere effettive, proporzionate e dissuasive<sup>(26)</sup>.

---

<sup>25</sup> Ai sensi del 13° considerando, "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".

<sup>26</sup> Il punto 21 del preambolo precisa che dovrebbero essere applicate "forti sanzioni se gli obblighi derivanti da

## **6. Segue: le sanzioni alternative e i casi di salvezza del contratto.**

Non si tratta di novità in senso assoluto. Infatti, già la Direttiva 92/13/CEE prevedeva all'art. 2, par. 1, lett. c), in alternativa alla sospensione e all'annullamento delle decisioni illegittime, la possibilità di *“imporre il pagamento di una somma determinata nel caso in cui l'infrazione non venga riparata o evitata”*.

Il nostro legislatore non si è avvalso di tale facoltà. E non senza ragione: essa implicherebbe l'intestazione di un potere sanzionatorio in capo ad una qualche Autorità, che non potrebbe certo essere l'Autorità giurisdizionale deputata, nel nostro ordinamento, a garantire la giustizia nel settore degli affidamenti degli appalti pubblici.

Analoghe difficoltà e problematiche applicative comportano le sanzioni “alternative” ora previste dall'art. 2 *sexies*, par. 2. Esse infatti consistono o nell'irrogazione di sanzioni pecuniarie all'amministrazione aggiudicatrice, ovvero nella riduzione della durata del contratto. Con l'ulteriore precisazione che la loro applicazione spetta all'“*organo di ricorso*”, al quale è riconosciuta (o può essere riconosciuta) un'ampia discrezionalità nella relativa modulazione *“al fine di tener conto di tutti i fattori rilevanti”*.

I problemi che tali sanzioni alternative pongono al nostro sistema derivano, come si diceva, dall'ovvia considerazione che il nostro organo di ricorso indipendente è un Giudice (amministrativo o civile, non importa in tale contesto), che non è strutturato, né costituzionalmente preordinato a svolgere funzioni sostanzialmente amministrative: e tanto

---

*un contratto sono già stati adempiuti interamente o quasi interamente”*. In tali casi *“gli Stati membri dovrebbero prevedere sanzioni alternative che tengano conto in che misura il contratto rimane in vigore conformemente al diritto nazionale”*.

Il medesimo punto 21 giunge a prevedere che *“il diritto nazionale dovrà determinare inoltre le conseguenze riguardanti il possibile recupero delle somme eventualmente versate nonché ogni altra forma di possibile restituzione, compresa la restituzione in valore, qualora la restituzione in natura non sia possibile”*.

Il che, oltre a richiamare alla mente l'intransigente disciplina applicata nel settore degli aiuti di Stato comunitariamente incompatibili, evoca l'ulteriore problematica delle conseguenze ripristinatorie dell'inefficacia del contratto. Nell'ambito delle quali si innesta, peraltro, tutta una serie di altri istituti (ad esempio, arricchimento senza causa), che difficilmente consentiranno quelle “restituzioni”, che viceversa sono la regola per il settore degli aiuti.

meno funzioni sanzionatorie.

Ne deriva che, a meno che il nostro legislatore non riesca a risolvere il problema in altro modo (ad esempio prevedendo, ma solo come sanzione alternativa, la riduzione della durata del contratto, ovvero rimettendo l'applicazione concreta della sanzione pecuniaria all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, che tuttavia non è un organo di ricorso indipendente, né è il caso che lo divenga), il nostro ordinamento non potrà avvalersi mai delle sanzioni alternative. Il che significherebbe che, per i casi di cui al primo paragrafo dell'art. 2 *quinquies*, l'inefficacia *ex tunc* del contratto non potrebbe mai essere evitata (neppure ricorrendo "*esigenze imperative connesse ad un interesse generale*"). E significherebbe altresì che anche nel caso previsto dall'art. 2 *sexies*, par. 1 –e, cioè, nel caso della violazione dei termini sospensivi, meno grave di quella prevista dall'art. 2 *quinquies*, par. 1, lett. b), perché non accompagnata dalla violazione di una qualche disciplina sostanziale imposta dalle Direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE- l'Italia non potrebbe mai avvalersi della facoltà di scelta, ivi prevista, tra privazione di effetti del contratto e sanzioni alternative.

Ma anche se così fosse, non pare che le conseguenze risulterebbero inaccettabili o sproporzionate.

Come si è accennato, i casi previsti dall'art. 2 *quinques*, par. 1 (cui si dovrebbe aggiungere anche il caso dell'art. 2 *sexies*, par. 1) sono i più gravi in un'ottica comunitaria e sono tutto sommato molto circoscritti. Sicché se il nostro sistema non potesse avvalersi di sanzioni alternative, che sono imposte solo ove si volesse attenuare il regime dell'inefficacia –*ex tunc* e senza eccezioni- del contratto, non si realizzerebbe nulla di particolarmente sconvolgente rispetto alle conseguenze che sono allo stato prevalentemente

accettate nel nostro sistema e con riferimento, tra l'altro, a qualunque tipo di illegittimità della procedura di evidenza pubblica preordinata al contratto (cfr. *supra* par. 1 e 2).

Viceversa la Direttiva comunitaria non giunge affatto a tali indiscriminate conseguenze. Tant'è che nelle fattispecie indicate nei par. 4 e 5 del medesimo art. 2 *quinquies* esclude l'inefficacia del contratto, senza neppure la necessità di ricorrere in tal caso alle sanzioni alternative, che tanti problemi potrebbero porre.

I casi previsti dai paragrafi 4 e 5 riguardano violazioni gravi (in quanto concernono la mancata pubblicazione del bando e la mancanza di un confronto concorrenziale), ma tuttavia accompagnate da circostanze per così dire esimenti, che per tale ragione non conducono all'inefficacia del contratto. In tali casi – in cui comunque vi è stato un avviso volontario *ex-ante* dell'appalto, ovvero una comunicazione agli offerenti della decisione di aggiudicazione e l'appalto non sia stato concluso prima dello scadere di un termine e di almeno 10 gg. da detta pubblicazione o comunicazione – gli Stati membri prevedono “*che il paragrafo primo del medesimo art. 2 quinquies non si applichi*”: il che pare significare che in tali casi è da escludersi (o debba essere esclusa) l'inefficacia del contratto.

Anche di ciò occorrerà tener conto ai fini delle scelte che gli Stati membri dovranno adottare nell'attuazione della Direttiva.

Ma, prima di affrontare tali temi, con riferimento ovviamente limitato all'ordinamento italiano, val la pena ancora di sottolineare un aspetto segnalato nel Preambolo della Direttiva e che pare attenuare fortemente le conseguenze paralizzanti, che possono derivare dall'inefficacia di un contratto d'appalto. Il punto 23 del Preambolo precisa, infatti, che “*in casi eccezionali*” è consentita l'utilizzazione della procedura negoziata (senza pubblicazione di un bando) “*immediatamente dopo l'annullamento dell'appalto*”.

Vero è che si tratta, appunto, di casi eccezionali in cui “*per esigenze imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, i restanti obblighi contrattuali possono essere in tale fase rispettati dall’operatore economico al quale è stato aggiudicato il contratto*”. Vero è, comunque, che si tratta di una valvola di sicurezza, per evitare –sempre, appunto, in tali casi- che l’opera, il servizio o la fornitura risultino frustrati e immolati definitivamente alle esigenze della trasparenza e della *par condicio* comunitaria.

### **7. Possibili effetti indotti della Direttiva nel nostro sistema: il risarcimento del danno e la c.d. pregiudizialità amministrativa.**

Una volta sintetizzata, nei termini che precedono, la disciplina introdotta dalla nuova Direttiva sui mezzi di ricorso, è possibile trarre qualche indicazione sull’influenza che essa può operare su taluni nodi problematici del nostro sistema nazionale. Mi riferisco, in particolare, alla questione della cosiddetta pregiudizialità amministrativa e alla questione del giudice competente a conoscere della sorte del contratto per le violazioni della disciplina sulle procedure di aggiudicazione (Direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE) e dell’ulteriore disciplina imposta dalla medesima Direttiva 2007/07/CE.

Quanto alla pregiudizialità amministrativa –e dunque alla necessaria impugnazione degli atti della procedura di aggiudicazione ai fini del risarcimento del danno- a me pare che l’istituto risulti rafforzato e non sminuito dalla Direttiva in commento. E non già soltanto perché, come si è sottolineato, l’art. 2, comma 6 prevede espressamente che gli Stati membri possano imporre il previo annullamento della decisione contestata, ma anche per la particolare configurazione dei termini di ricorso previsti dalla Direttiva medesima, nel quadro di una tutela “*quanto più rapida possibile*”(27).

La prima enunciazione, in ordine alla facoltà degli Stati membri di imporre il previo

---

<sup>27</sup> L’art. 1, par. 1, comma 3 parla, più esattamente di “*un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido*

annullamento della decisione contestata, riconduce il problema della pregiudizialità amministrativa ad una scelta di diritto positivo e confuta le impostazioni che escludono tale pregiudizialità, perché incompatibile con la ormai riconosciuta risarcibilità degli interessi legittimi, alla luce anche di esigenze interpretative “*costituzionalmente orientate*”(28).

Trattandosi di scelta di diritto positivo, essa può desumersi anzitutto dal ruolo precettivo riconosciuto all’atto amministrativo nel nostro ordinamento (29). E può trovare testuale conferma nell’art. 7, comma 3, della legge 1034/1971 (così come introdotto dalla legge 205/2000), dato che non è necessario distorcerne il significato, per pretese necessità di ordine più generale.

E, in realtà, la nostra Corte di Cassazione è giunta ad escludere la pregiudizialità amministrativa sulla base del rilievo che “*Ammettere la necessaria dipendenza del risarcimento dal previo annullamento dell’atto illegittimo e dannoso, anziché dal solo accertamento della sua illegittimità significherebbe restringere la tutela che spetta al privato di fronte alla pubblica amministrazione ed assoggettare il suo diritto al risarcimento del danno, anziché alla regola generale della prescrizione, ad una Verwirkung amministrativa, tutta italiana*” (30).

Ma è proprio la Direttiva in commento a confutare tale impostazione.

Infatti, come pure si è accennato, l’art. 2 *quater* prevede un termine unico minimo per tutti i tipi di mezzi di ricorso (salvo quanto previsto dall’art. 2 *septies*) e dunque un

---

*possibile*”.

<sup>28</sup> Cass. Sez. Un., ordinanza 13 giugno 2006, n. 13.659.

<sup>29</sup> Così come in quello comunitario, ove, contrariamente a quanto sovente divulgato, viene giudicata irricevibile la domanda risarcitoria nei casi “*in cui i ricorrenti hanno omissis di impugnare con un ricorso di annullamento gli atti all’origine del danno asseritamene subito, oppure in cui tali ricorsi di annullamento sono stati dichiarati irricevibili, perché presentati tardivamente*” (Tribunale primo grado, sez. II, 12 settembre 2007, in causa T-249/04, punto 44 e ivi altri richiami giurisprudenziali).

<sup>30</sup> Così Cass., Sez. Un., ordinanza 13 giugno 2006 n. 13.659.

termine minimo non solo per l'azione impugnatoria, ma anche per l'azione risarcitoria (<sup>31</sup>).

Vero è che si tratta, appunto, di un termine minimo, che gli Stati membri possono ben ampliare. Ma vero è che si tratta di un termine assai breve e, si direbbe, bruciante. Così dimostrando che l'esigenza di una tutela "*quanto più rapida e possibile*" non riguarda solo la posizione del concorrente "interessato", ma anche le altre parti del giudizio, a cominciare dalla stessa Amministrazione aggiudicatrice.

In tal quadro l'esigenza rappresentata dalla Cassazione che il risarcimento del danno sia sempre e comunque soggetto ad un autonomo termine di prescrizione quinquennale, non condizionato dal rispetto di un breve termine di decadenza, pare ampiamente smentita.

Se infatti il termine minimo previsto dalla Direttiva è di appena 10 giorni, ben sarà compatibile con esso il nostro termine di impugnazione di 60 giorni. E così, la pregiudizialità amministrativa, che tale termine impone di osservare per poter chiedere risarcimento dei danni, non appare affatto in contrasto col sistema comunitario che si viene delineando.

Né paiono fondati gli scrupoli di legittimità costituzionale avanzati dalla medesima Cassazione, a conforto dell'opposta conclusione, di cui si è detto. La nuova Direttiva comunitaria –che si ispira dichiaratamente (36° considerato) alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare per quel che concerne il diritto "*ad un*

---

<sup>31</sup> Infatti, l'art. 2 *quater* si riferisce a "*qualsiasi ricorso avverso una decisione presa da un'Amministrazione aggiudicatrice*".

Né si può ritenere che il termine minimo ivi indicato riguardi solo l'azione cautelare e quella di annullamento, perché sono le uniche rivolte specificamente contro una decisione. Anche l'azione risarcitoria –per illegittimità comunitaria di una procedura di aggiudicazione- è infatti descritta dalla Direttiva come diretta avverso una decisione illegittima.

Infatti, l'art. 1, par. 1, comma 5, statuisce che "*Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che ... le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli da 2 a 2 septies della presente Direttiva, sulla base del fatto che hanno violato il diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono*".

E l'azione risarcitoria, prevista dall'art. 2, par. 1, rientra pienamente in tale contesto di garanzie di tutela, che infatti il medesimo art. 2 par. 1 richiama espressamente. E riguarda, dunque, pur sempre un ricorso avente ad "oggetto" (sia pure nel senso lato sopra indicato) una decisione comunitariamente illegittima.

*ricorso effettivo e ad un Giudice imparziale*” (art. 47 di detta Carta)- non pare proprio che conculchi in alcun modo la tutela giurisdizionale.

Anzi essa risulta particolarmente attenta ad evitare che comportamenti elusivi delle Amministrazioni aggiudicatrici possano pregiudicare detta tutela, come si è visto a proposito dell’art. 2 *septies*.

E, in realtà, tutto lo sforzo della disciplina comunitaria è concentrato nell’obbiettivo che la tutela giurisdizionale dei “candidati interessati” non sia frustrata da carenza di tempestiva informazione, né dai tempi tecnici per proporre ricorso e per ottenere una decisione “*re adhuc integra*”. Ma, una volta salvaguardate tali necessità, la disciplina comunitaria non appare affatto indulgente per quel che concerne i termini (minimi) di ricorso, pretendendo –all’evidenza- ogni adeguata diligenza, da parte dei candidati o concorrenti interessati.

Il che -una volta calato nel nostro ordinamento, ove il termine di ricorso è ben più ampio di quello minimo previsto in sede comunitaria- non pare confliggere con alcun precetto superprimario, costituzionale o meno che sia. L’onere di una tempestiva contestazione dell’illegittimità di un atto amministrativo, sia pure ai fini del risarcimento del danno per equivalente, non pare infatti sproporzionato, né lesivo dei diritti di difesa del cittadino, come l’esperienza ultrasecolare in tema di atti ablatori ha dimostrato.

Tale onere, inoltre, dovrebbe meglio garantire “*il rispetto delle disposizioni comunitarie, soprattutto in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette*” (3° considerando). In un sistema di tutele, che presenta connotazioni oggettive (nell’interesse, cioè, del rispetto della norma) molto più spiccate di quelle del nostro consueto giudizio amministrativo.

#### **8. Segue: il giudice competente a giudicare sulla inefficacia del contratto.**

Passando ora alla diversa questione del Giudice competente, a me pare che risulti rafforzata anche la giurisdizione del Giudice amministrativo in ordine alla sorte del contratto <sup>(32)</sup>.

Vero è che l'art. 2, comma 2 prevede che i poteri decisori (sia quelli indicati nel par. 1 dello stesso art. 2, sia quelli indicati negli artt. 2 *quinquies* e 2 *sexies*) “*possono essere conferiti ad organi distinti responsabili di aspetti differenti della procedura di ricorso*”. Ma vero è che l'organo di ricorso preordinato a pronunciarsi sulla efficacia o inefficacia del contratto (nei casi previsti dalla Direttiva) non pare possa essere diverso dall'organo investito dell'azione di annullamento dell'aggiudicazione (nel nostro caso il Giudice amministrativo).

Infatti, se è consentito al Giudice, pur in presenza dell'accertata sussistenza di una delle fattispecie più gravi di illegittimità comunitaria, di non considerare il contratto privo di effetti in ragione di “*esigenze imperative connesse ad un interesse generale*” (art. 2 *quinquies*, par. 3), tale Giudice non può essere (presso di noi) che il Giudice amministrativo. Cui istituzionalmente è demandato l'accertamento (diretto o indiretto che sia) di esigenze di tal fatta.

Vero è che i problemi relativi alla sorte del contratto scaturiscono non solo dalla illegittimità dell'aggiudicazione, ma in alcuni casi anche (cfr. art. 2 *quinquies*, par. 1, lett. b) o soltanto (art. 2 *sexies*, par. 1) da un vizio proprio del contratto (stipulato in violazione dei termini di sospensione, ove lo Stato membro non preveda sanzioni alternative). E vero è che il giudizio così delineato pare costituire un giudizio di impugnazione diretta anche (o soltanto) del contratto (il 25° considerando parla di “*ricorsi allo scopo di far stabilire che il contratto è privo di effetti*”).

---

<sup>32</sup> Così anche **LIPARI**, Annullamento dell'aggiudicazione, cit., pag. 19 e ss..

Sembrerebbe, pertanto, che il contratto sia considerato pressoché come l'atto terminale della procedura di affidamento dell'appalto e non come un atto giuridicamente e qualitativamente differenziato dall'aggiudicazione. Il che (ove non adeguatamente precisato o adattato alle nostre categorie in sede di attuazione) potrebbe aprire delicati problemi dogmatici di diritto sostanziale, anche perché sembrerebbe attenuarsi, per tali profili, la differenza tra contratto ad evidenza pubblica e accordi *ex art. 11* della legge 241/1990 (<sup>33</sup>).

Il tema meriterebbe ogni opportuno approfondimento. Ma in linea di prima approssimazione si può dire che l'assimilazione con gli accordi non è consentita per la natura schiettamente privatistica del contratto. E, per converso, che la categoria dei contratti ad evidenza pubblica pare conservare –anche a seguito della nuova Direttiva– una sua specifica valenza dommatica, che esclude una lettura meramente privatistica dell'intero istituto: basti considerare che –a parte lo specifico problema dell'art. 2 *quinquies*, par. 1– la procedura di aggiudicazione conserva i suoi ben noti caratteri pubblicistici e i suoi atti sono suscettibili di impugnazione ai fini dell'annullamento come qualunque atto amministrativo.

E ciò vale, si badi, anche per quei vizi della procedura contemplati nell'art. 2 *quinquies*, par. 1, ove non risultino totalmente realizzate le fattispecie ivi indicate (ad esempio, perché alla violazione della Direttiva sostanziale 2004/18/CE non si accompagni la violazione del termine di sospensione previsto dalla lettera b), ovvero sussistano i presupposti stabiliti nei paragrafi 4 e 5 del medesimo art. 2 *quinquies* per la conservazione del contratto. Tali vizi, infatti, possono comunque essere denunciati con idonee impugnazioni, ai fini dell'annullamento dell'aggiudicazione, con ogni ulteriore

---

<sup>33</sup> Per una valutazione unitaria dei due istituti, che prescinde dalla Direttiva in commento, cfr. **MINERVINI**, La patologia dei contratti con la Pubblica Amministrazione, in I contratti con la Pubblica amministrazione, a cura di Franchini, Tomo I, Torino 2007, pag. 583 e ss.

conseguenza, ad esempio, di tipo risarcitorio.

Tutto ciò non è privo di rilievo ai fini del riparto delle giurisdizioni, anche per quel che concerne le fattispecie dell'art. 2 *quinquies* par. 1. Perché se anche in tal caso dovesse essere esperita, ai fini dell'inefficacia del contratto, la previa impugnazione dell'aggiudicazione (secondo uno schema a noi familiare e confermato dall'art. 2, par. 7), non v'è dubbio che giudice competente per l'impugnazione sarebbe il Giudice amministrativo.

Ma il Giudice amministrativo sarebbe competente anche per il mero accertamento della illegittimità della procedura di aggiudicazione, ove si ritenesse che, contrariamente ai nostri schemi, l'art. 2 *quinquies*, par. 1 non contempra –ovvero escluda– la previa impugnazione. Un accertamento di tal fatta rientra, infatti, sicuramente nella sua giurisdizione esclusiva in ordine alle procedure di affidamento degli appalti<sup>(34)</sup> e non può per tale ragione essere demandata ad altro giudice.

Nell'uno e nell'altro caso, poi, la giurisdizione del Giudice amministrativo si estenderebbe sulla sorte (inefficacia) del contratto. Perché l'organo di ricorso indipendente preordinato a giudicare sulla illegittimità della procedura di affidamento, nonché sull'inefficacia del contratto (comprese le illegittimità proprie di quest'ultimo) non può che essere unico, così come è chiaramente indicato dal medesimo art. 2 *quinquies*, par. 1.

Infatti i casi di inefficacia contemplati dalla Direttiva sono stati previsti al deliberato scopo di “*ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati della possibilità di competere*” (14° considerando). Il che significa che, in tali casi, il riaffidamento deve essere quanto più

---

<sup>34</sup> Infatti “*i ricorsi allo scopo di far stabilire che il contratto è privo di effetti*” mettono in discussione “*la certezza giuridica delle decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori*” (punto 25 del preambolo).

celere possibile.

Risulterebbe pertanto incompatibile in tal quadro la previsione di un secondo e diverso giudizio, affidato ad altro Giudice, per accertare quale sorte abbia avuto il contratto<sup>(35)</sup>. E risulterebbe incompatibile quanto preteso ancor di recente dalla nostra Cassazione con la già citata sentenza n. 27169 del 28.12.2007: la cognizione del Giudice ordinario, a seguito di un secondo e diverso giudizio, pregiudicherebbe in radice la riapertura dell'appalto alla concorrenza e precluderebbe definitivamente il raggiungimento degli scopi per i quali la Direttiva ha previsto l'inefficacia del contratto.

In conclusione, pare emergere dalla Direttiva l'assoluta necessità della contestualità della decisione in ordine alla illegittimità della procedura e alla inefficacia del contratto, con conseguente concentrazione delle due questioni presso un unico giudice. E dunque presso il Giudice amministrativo, che risulterà così deputato a conoscere "*principaliter*"<sup>(36)</sup> non solo dell'impugnazione dell'aggiudicazione, ma anche della sorte del contratto.

E la normativa comunitaria finisce così per incidere non solo sulla dommatica dell'evidenza pubblica –ove la nozione di atto amministrativo negoziale potrebbe manifestare una rinnovata capacità ricostruttiva anche rispetto alla nuova fenomenologia, che si va delineando– ma anche sui nostri problemi di riparto di giurisdizione e, in particolare, sulla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo in materia di affidamenti di appalti pubblici. Il che, se non erro, rappresenta, a sua volta, un'assoluta novità.

### **9. Segue: la sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.**

Quanto al problema di fondo della sorte del contratto, a seguito dell'annullamento

---

<sup>35</sup> Cfr., ancora, **LIPARI**, Annullamento dell'aggiudicazione, cit., pag. 20.

<sup>36</sup> Nel senso di una cognizione "*incidenter tantum*", sia pure in un'ottica che pare prescindere sul punto dalla nuova

dell'aggiudicazione, si è visto che la Direttiva disciplina i casi più gravi di illegittimità comunitaria. Si è visto altresì che per tali casi prevede l'inefficacia del contratto, sia pure con significative eccezioni.

Si è pure sottolineato che i casi espressamente disciplinati dalla Direttiva sono tutto sommato assai pochi e ben circoscritti. Sicchè permane per il legislatore nazionale un ampio spazio di intervento per tutte le altre ipotesi di illegittimità della procedura di affidamento degli appalti pubblici.

Tuttavia anche per queste ultime non si può dire che la scelta, che il legislatore nazionale è chiamato a fare, sia totalmente libera. Dalla Direttiva infatti si desumono indubbi criteri di disciplina, che vincolano variamente il nostro legislatore nel compito, che gli è stato confermato (art. 2, par. 7) e che non può più omettere di svolgere.

Tali criteri si desumono non solo dalla parte precettiva della Direttiva, ma anche dal relativo preambolo. E da essi emerge chiaramente che la Direttiva si è sforzata di operare e di imporre un bilanciamento tra effettività della tutela del ricorrente e le necessità di conservazione degli effetti delle decisioni delle Amministrazioni, in generale, e dei contratti stipulati, in particolare.

Espressione di tale seconda esigenza è data dalla previsione di termini (minimi) molto brevi (art. 2 *quater*) per l'impugnazione delle decisioni e per la domanda di risarcimento del danno, come si è visto (*supra* n. 7). E, inoltre dal riconoscimento che *“la necessità di garantire nel tempo la certezza giuridica delle decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori impone di fissare un termine minimo ragionevole di prescrizione o decadenza dei ricorsi allo scopo di far stabilire che il*

---

Direttiva, cfr. **CORAGGIO**, Annulamento dell'aggiudicazione, cit., pag. 6.

*contratto è privo di effetti*”<sup>(37)</sup>.

Espressione delle esigenze di tutela del concorrente pretermesso è data dalla fissazione di un intervallo di tempo (più o meno lungo) tra aggiudicazione e stipulazione del contratto, che dovrebbe evitare che le Amministrazioni pervengano rapidamente alla firma del contratto, allo scopo “*di rendere irreversibili le conseguenze di una decisione di aggiudicazione contestata*” (4° considerando). E nella medesima prospettiva la Direttiva dà il massimo risalto e dichiara di voler “*incoraggiare gli interessati ad avvalersi maggiormente delle possibilità di ricorso con procedura d’urgenza, prima della conclusione del contratto*” (28° considerando). E prevede, come si è già visto, un ulteriore termine sospensivo minimo, “*che non dovrebbe scadere prima che l’organo di ricorso si sia pronunciato nella domanda*” (12° considerando).

In altri termini, la tutela del candidato o del concorrente interessato dovrebbe realizzarsi prima della stipulazione del contratto e prima che, con tale stipulazione, la situazione risulti in qualche modo pregiudicata. Il che trova conferma anche nella particolare configurazione del c.d. meccanismo correttore –di competenza della Commissione-, che può essere attivato soltanto “*prima della stipula del contratto*” (art. 3).

Vero è che nei casi “più gravi” di violazioni della disciplina comunitaria la Direttiva ha previsto addirittura il travolgimento del contratto. Infatti, “*la privazione di effetti è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza*” (14° considerando).

Ma vero è che si tratta, appunto, delle violazioni “più gravi” e nelle quali la tutela anticipata rispetto al contratto non può operare, proprio per la violazione dei doveri di informazione o per mancanza di periodi di sospensione tra aggiudicazione e contratto.

---

<sup>37</sup> Anche il punto 27 del preambolo precisa che “*Per motivi di certezza giuridica, la possibilità di far valere la privazione di effetti di un contratto è limitata ad un determinato periodo. L’effettività di tali termini dovrebbe essere rispettata*”.

Tant'è che anche nei casi in cui sussistano le violazioni previste nell'art. 2 *quinquies*, par. 1, lett. a) e c), con possibile affidamento diretto illegittimo, gli Stati membri dovrebbero prevedere (l'art. 2 *quinquies* par. 4 e par. 5 statuisce che “*gli Stati membri prevedono ...*”) una deroga rispetto alla conseguenza dell'inefficacia del contratto (26° considerando), ove l'onere di informazione e lo *spatium* tra comunicazione dell'aggiudicazione e contratto risultino comunque soddisfatti.

In tale contesto, quale potrebbe essere l'ulteriore disciplina rimessa al legislatore nazionale per tutti i casi (che sono di gran lunga i più numerosi e frequenti) non contemplati espressamente nella Direttiva? O, meglio, quali possono essere le scelte del legislatore –e, in sua assenza, dell'interprete-, che si armonizzino col quadro comunitario?

Dico subito che non pare che la soluzione della caducazione totale –sempre e comunque- del contratto risponda ad un'oculata e proporzionata scelta legislativa. E, infatti, una volta potenziati – nei modi e nei termini che si sono visti - gli strumenti di tutela accordati al ricorrente non si può del tutto obliterare la posizione dell'amministrazione e della parte contraente, che pur sono esposti ai gravi pregiudizi di cui si è fatto cenno (*supra* par. 2): si può dire anzi che la situazione complessiva dei tre protagonisti della vicenda risulti ormai totalmente capovolta rispetto a quella descritta nel par. 1.

In tale contesto, dunque, la soluzione che appare –almeno tendenzialmente- coerente col sistema delineato dalla Direttiva è quella della salvaguardia del contratto, una volta stipulato (<sup>38</sup>). Generalizzando, così, la disciplina già adottata per gli appalti di infrastrutture strategiche ed insediamenti produttivi, secondo un'opzione che, come si è visto, la Direttiva ha confermato (art. 2, par. 7, comma 2).

Che senso ha, infatti, imporre non uno, ma ben due (o addirittura tre) periodi di

---

<sup>38</sup> Non esclude tale soluzione **LIPARI**, Annulamento dell'aggiudicazione, cit., anche se l'Autore prospetta un ampio

sospensione “*ope legis*” della stipulazione del contratto, se questo, una volta stipulato, possa essere sempre e comunque travolto? Tanto varrebbe in tal caso consentire la stipulazione immediata, sia pure esposta al rischio della caducazione.

Viceversa l’aver previsto efficaci strumenti di tutela per il ricorrente, prima della stipulazione del contratto, giustifica ampiamente che tale stipulazione possa poi precludere l’azione di adempimento o il risarcimento in forma specifica, residuando solo il risarcimento per equivalente. Infatti, considerato che il ricorrente ha tutti gli strumenti per ottenere piena soddisfazione impedendo la conclusione del contratto, se non raggiunge lo scopo, vuoi per un ricorso non del tutto tempestivo, vuoi perché non richieda o non ottenga tutela cautelare, non pare una grave discriminazione nei suoi confronti la limitazione della tutela al solo (eventuale) risarcimento per equivalente.

Va da sé che il legislatore nazionale potrebbe ben ampliare i casi di inefficacia del contratto previsti dalla Direttiva. E a tal fine potrebbe avvalersi dei criteri indicati nell’art. 2 *sexies*, par. 2, che riguardano la gravità della violazione, il comportamento dell’amministrazione aggiudicatrice, oltre che la misura in cui il contratto sia stato già eseguito (non senza dimenticare, tra i “fattori rilevanti” anche la buona o la mala fede dell’altro contraente): e in questa prospettiva non dovrebbe essere trascurata la soluzione dell’applicazione degli artt. 23 e 25 codice civile (e degli analoghi articoli relativi alle società per azioni), che è stata riconosciuta come rispondente a “*pregnanti esigenze di equità sostanziale*” (<sup>39</sup>).

Tuttavia proprio il principio di proporzionalità impone di avvalersi con molta cautela della possibilità di ampliamento dei casi di inefficacia. Anche perché la Direttiva comunitaria, col circoscrivere detta inefficacia ai casi non solo ritenuti più gravi di

---

ventaglio di ipotesi e non pare riconnettere alla Direttiva una particolare efficacia limitativa di dette possibili soluzioni.

violazione comunitaria, ma anche impeditivi per gli interessati di mezzi di ricorso efficaci (art. 2 *quinquies* par. 1), ha anche autolimitato il proprio campo di interesse e di possibile intervento delle Istituzioni comunitarie in ordine alla sorte del contratto: ampliare tali casi significherebbe esporre gli appalti pubblici a sempre più penetranti ed estesi controlli in sede comunitaria, che non sono stati imposti e che, dunque, possono essere evitati.

Inoltre, la medesima Direttiva, con l'escludere l'inefficacia nei casi in cui, pur sussistendo tale gravità, non è pregiudicata la possibilità di esperire mezzi di ricorso efficaci (art. 2 *quinquies* par. 4 e 5), ha indicato agli Stati membri precise coordinate, che non è possibile disattendere né tanto meno stravolgere. E non pare proprio che sia facile individuare illegittimità della procedura, che presentino dal punto di vista nazionale un disvalore superiore a quello del mancato confronto concorrenziale, previsto appunto nei citati par. 4 e 5 dell'art. 2 *quinquies*.

Va soggiunto che prevedere la conservazione del contratto per tutte le ipotesi in cui il legislatore comunitario e nazionale non ravvisino una violazione particolarmente grave risponde anzitutto ad esigenze di proporzionalità della sanzione e di tutela del principio dell'affidamento. Ma presenta presso di noi anche l'ulteriore vantaggio di eliminare in radice il problema del Giudice competente ad accertare e a pronunciarsi sulla sorte del contratto (salvo, appunto, i casi di inefficacia previsti direttamente dalla disciplina comunitaria o nazionale).

Mi rendo conto che la soluzione prospettata (il contratto come “punto di non ritorno”) attribuirebbe alla fase cautelare un'importanza dirimente in ordine alla tutela successivamente accordabile al ricorrente <sup>(40)</sup>. Nel senso che, in mancanza di sospensione, la tutela di quest'ultimo non potrebbe più consistere nell'affidamento dell'appalto

---

<sup>39</sup> Così Cons. Stato, sez. V, ordinanza 28 marzo 2008 n. 1328, cit., punto 6.1.

(pronuncia di adempimento), né in un risarcimento in forma specifica (ad esempio, rifacimento della gara), sibbene solo in uno strumento risarcitorio per equivalente.

Si tratta, del resto, di una conseguenza pressoché fisiologica all'esito (negativo) di azioni cautelari. Né, per evitare tale inconveniente, il Giudice amministrativo si deve sentire sempre tenuto ad accordare la misura cautelare: anche nella nuova Direttiva, infatti, è ribadito che *“Gli Stati membri possono prevedere che l'organo responsabile delle procedure di ricorso possa tener conto delle probabili conseguenze dei provvedimenti cautelari per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché per l'interesse pubblico e decidere di non accordare tali provvedimenti qualora le conseguenze negative possano superare quelle positive”* (art. 2, par. 5).

Quel che par certo, comunque, è che la tesi, oggi prevalente, della caducazione automatica del contratto, che si realizza sempre e comunque come conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione, non pare in linea con i parametri comunitari, che si desumono dalla nuova Direttiva. Anzi, a ben vedere, risulta in contrasto aperto con detti parametri e non potrà che essere superata in sede interpretativa ed applicativa, prima ancora che in sede legislativa.

---

<sup>40</sup> Sottolinea l'importanza di tale fase anche **MARCHETTI**, Annulamento dell'aggiudicazione, cit., pag. 103.