

Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto¹

di *Roberto Caponigro*

1. Il rapporto di presupposizione tra aggiudicazione e contratto – 2. La qualificazione giuridica degli effetti prodotti sul contratto dall'annullamento dell'aggiudicazione - 3. Il “falso” problema del riparto di giurisdizione – 4. Il “vero” problema della satisfattività della tutela dell'interesse sostanziale - 5. Il rapporto tra annullamento dell'aggiudicazione e contratto nell'esperienza europea - 6. Le prospettive evolutive a seguito della direttiva ricorsi 2007/66/CE – 7. Conclusioni.

1. Il rapporto di presupposizione tra aggiudicazione e contratto

Lo studio degli effetti prodotti dall'annullamento dell'aggiudicazione, in via di autotutela o in sede giurisdizionale, sul contratto di appalto *medio tempore* stipulato tra la stazione appaltante e l'impresa aggiudicataria della gara pubblica involge complesse e delicate questioni di tipo sia sostanziale sia processuale, le quali, almeno in parte, potranno essere superate con il recepimento della c.d. direttiva ricorsi.

Un contratto di appalto stipulato da una amministrazione pubblica o, comunque, da un soggetto aggiudicatore ai sensi del codice dei contratti pubblici si distingue da un analogo contratto stipulato tra soggetti privati essenzialmente per la rilevanza giuridica assunta dai motivi che spingono la parte pubblica a contrarre, ma anche, e soprattutto, per le modalità di scelta del contraente.

La libertà di scelta del contraente costituisce uno dei fondamentali pilastri dell'autonomia negoziale, per cui il contraente privato, di norma, può scegliere

¹ Relazione al corso di formazione per magistrati amministrativi, Roma, 27 novembre 2009.

discrezionalmente con chi contrarre, mentre la pubblica amministrazione è tenuta a scegliere il proprio contraente in esito ad una apposita procedura ad evidenza pubblica.

Di talché, sussiste una linea di netta demarcazione tra il procedimento di scelta del contraente, disciplinato da norme pubblicistiche, all'interno del quale vivono posizioni giuridiche soggettive di interesse legittimo perché contrapposte ad un'amministrazione che agisce nell'esercizio del potere², e l'esecuzione del contratto, disciplinato da norme di diritto privato e fonte di obbligazioni e diritti soggettivi.

Il provvedimento conclusivo del procedimento ad evidenza pubblica di scelta del contraente è costituito dall'aggiudicazione definitiva, che, ai sensi dell'art. 11, co. 7, d. lg. 163/2006, non equivale anche ad accettazione dell'offerta.

Pertanto, mentre prima dell'entrata in vigore del "codice" si riteneva che, accanto alla natura provvedimentale, l'aggiudicazione avesse solitamente anche natura negoziale di adesione dell'amministrazione all'offerta migliore³, nel sistema attuale non può esservi dubbio che l'aggiudicazione ha natura esclusivamente provvedimentale, in quanto costituisce l'ultimo atto, effettivamente lesivo della sfera giuridica degli altri aspiranti, della sequenza di scelta del contraente, e non ha affatto natura negoziale.

La stipulazione del contratto tra stazione appaltante ed impresa aggiudicataria, invece, dà luogo al rapporto paritetico e costituisce il primo atto della fase privatistica attinente alla esecuzione del rapporto.

La manifestazione di volontà dell'amministrazione, quindi, è espressa con la scelta del contraente ed è doppiata, ai fini negoziali, con la stipulazione del contratto, per cui sussiste un rapporto di strettissima connessione ed, anzi, di presupposizione necessaria tra gli atti del procedimento ad evidenza pubblica volto all'individuazione del contraente, di cui

² Sull'essenza dell'interesse legittimo, sia consentito rinviare ad R. Caponigro, La pregiudiziale amministrativa tra l'essenza dell'interesse legittimo e l'esigenza di tempestività del giudizio, in *Giurisprudenza Amministrativa*, Roma, 9/2007.

³ Cfr. Cons. Stato, VI, 15 novembre 2005, n. 6368, in cui, pur dando atto, ai fini della qualificazione in termini di interesse legittimo della posizione soggettiva degli aspiranti all'aggiudicazione e della conseguente giurisdizione amministrativa, della natura amministrativa di accertamento costitutivo dell'aggiudicazione, si afferma che la stessa, quasi sempre, contiene anche la manifestazione di volontà negoziale della pubblica amministrazione in ordine al contratto da stipulare.

l'aggiudicazione costituisce il provvedimento conclusivo, ed il contratto stipulato con il soggetto aggiudicatario.

Peraltro, mentre le questioni che tradizionalmente sono state oggetto di approfondimento riguardano la qualificazione giuridica degli effetti che si producono sul contratto di appalto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione ed il plesso giurisdizionale competente a giudicare sui vizi del contratto derivanti da illegittimità del provvedimento di aggiudicazione o degli altri atti di gara, sono meritevoli di un'attenta analisi anche e soprattutto i correlati argomenti delle modalità di effettiva tutela dell'interesse sostanziale dell'aspirante all'aggiudicazione vittorioso in giudizio e, in una prospettiva evolutiva, delle possibilità che ha il legislatore nazionale di rendere più efficace il sistema attraverso il recepimento della direttiva ricorsi 2007/66/CE.

2. La qualificazione giuridica degli effetti prodotti sul contratto dall'annullamento dell'aggiudicazione.

La questione relativa alla qualificazione giuridica degli effetti che si producono sul contratto di appalto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione può essere utilmente affrontata partendo dall'esame degli artt. 246, co. 4, d.lg. 163/2006 e 20, co. 8, d.l. 185/2008.

L'art. 246, co. 4, del codice dei contratti pubblici, recante norme processuali per le controversie relative a infrastrutture e insediamenti produttivi, stabilisce che la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la "caducazione" del contratto già stipulato⁴.

Analogamente, ai sensi dell'art. 20, co. 8, d.l. 185/2008, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 l. 2/2009 - recante norme straordinarie per la velocizzazione delle procedure esecutive di progetti facenti parte del quadro strategico nazionale e simmetrica

⁴ Il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente.

modifica del relativo regime di contenzioso amministrativo - le misure cautelari e l'annullamento dei provvedimenti impugnati non possono comportare, in alcun caso, la sospensione o la "caducazione" degli effetti del contratto già stipulato⁵.

Tali norme, attribuendo la massima rilevanza all'interesse pubblico alla sollecita realizzazione dell'opera, dispongono che il contratto già stipulato sia "insensibile" alla pronuncia giurisdizionale di annullamento degli atti di gara, sicché, può ben affermarsi che esse, avendo carattere derogatorio, postulano un principio opposto, vale a dire che, al di fuori di quella determinata tipologia di controversie⁶, l'annullamento dell'aggiudicazione determina la "caducazione" del contratto, a prescindere dallo stato di esecuzione dello stesso⁷.

In altri termini, considerato che nell'ipotesi in cui il legislatore ha voluto attribuire la massima rilevanza all'interesse pubblico alla sollecita realizzazione dell'opera, preservando il contratto dalla "caducazione" derivante dall'annullamento dell'aggiudicazione, lo ha sancito espressamente, occorre ritenere che nelle ipotesi ordinarie ha inteso qualificare in termini di "caducazione" la patologia che affligge il contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione⁸.

⁵ Il legislatore, anche in tale ipotesi, con norma più dettagliata, prevede che, in caso di annullamento degli atti della procedura, il giudice può esclusivamente disporre il risarcimento degli eventuali danni, ove comprovati, solo per equivalente, fermo restando che il risarcimento per equivalente del danno comprovato non può comunque eccedere la misura del decimo dell'importo delle opere che sarebbero state eseguite se il ricorrente fosse risultato aggiudicatario, in base all'offerta economica presentata in gara.

⁶ La intangibilità del contratto già stipulato è estesa dall'art. 246, co. 5, d.lg. 163/2006 alle controversie relative alle procedure di cui all'art.140 del codice, ossia alle procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'esecutore, ipotesi in cui è parimenti presente, dovendosi presumere che l'appalto sia stato in buona parte eseguito, la centralità dell'interesse pubblico alla sollecita conclusione delle prestazioni.

⁷ In proposito, tra gli altri: M. Lipari, Trattato sui contratti pubblici (diretto da M.A Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli), VI, Il Contenzioso, pagg. 4360 e ss, Milano, 2008; L. Garofalo, Annullamento dell'aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici, www.Giustamm.it, settembre 2007.

⁸ Per G. Coraggio, Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto, in www.giustizia-amministrativa.it, giugno 2008, non è difficile desumere *a contrario*, dall'art. 246, co. 4, del codice dei contratti pubblici, che, nelle ipotesi diverse da quelle relative alle grandi opere infrastrutturali, la caducazione del contratto si verifica e si realizza il caso di inefficacia del contratto previsto dalla normativa europea.

L'art. 14, co. 2, d.lg. 190/2002, decreto abrogato dall'art. 256 d.lg. 163/2006, invece, qualificava in termini di "risoluzione" gli effetti spiegati sul contratto dall'annullamento dell'aggiudicazione.

Il passaggio dal concetto di "risoluzione" a quello di "caducazione" deve verosimilmente essere ricollegato al fatto che l'illegittimità dell'aggiudicazione si concreta in un vizio dell'atto presupposto, non del rapporto contrattuale, per cui la pronuncia di annullamento giurisdizionale, da cui deriva il travolgimento del contratto, non può comportarne la risoluzione, che è legata ad un'alterazione funzionale del sinallagma contrattuale e non ad un vizio genetico dello stesso il quale, invece, potrebbe eventualmente determinare la nullità del contratto.

Le fasi dell'evidenza pubblica mirano a tutelare interessi sia generali sia dei soggetti partecipanti alla procedura e sono espressione dei principi fondamentali di concorrenza, imparzialità e buon andamento, sicché la procedura di evidenza pubblica è considerata presupposto o condizione legale di efficacia del contratto.

In altri termini, la legittimità dell'aggiudicazione costituisce un requisito indispensabile ai fini della rispondenza del titolo al modello legale di riferimento e della validità del contratto, fermo restando che la sua invalidità, ove dipendente dall'assenza di tale presupposto, ossia dall'illegittimità dell'aggiudicazione, non dà luogo a nullità, annullabilità o rescindibilità, ma a caducabilità, destinata a convertirsi in caducazione del contratto con la sentenza di annullamento dell'aggiudicazione⁹.

Il complessivo sistema normativo, in sostanza, consente di ritenere che l'illegittimità dell'aggiudicazione genera un vizio del titolo negoziale particolarmente grave in quanto lede non solo l'interesse pubblico a che la stazione appaltante stipuli con il "miglior" contraente possibile, ma anche l'interesse pubblico, e privato dei singoli imprenditori, alla tutela della libertà di concorrenza tra le imprese, per cui l'annullamento giurisdizionale del provvedimento travolge il contratto in via automatica.

⁹ L. Garofalo, Annullamento dell'aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici, cit.

L'adesione alla tesi della caducazione automatica del contratto come effetto della sentenza di annullamento degli atti di gara, basata sul vigente corpus normativo ed in particolare argomentando *ex artt.* 246, co. 4, d.lg. 163/2006 e 20, co. 8, d.l. 185/2008, porta a superare le tesi prevalentemente emerse in passato nel dibattito dottrinario e giurisprudenziale¹⁰.

La tesi tradizionale della giurisprudenza civile optava per l'annullabilità del contratto stipulato sulla base di un'aggiudicazione illegittima ai sensi degli artt. 1425 c.c. (incapacità legale di contrarre) o 1427 c.c. (vizio del consenso) in quanto le norme che regolano le procedure ad evidenza pubblica sono finalizzate a consentire la corretta formazione della volontà del contraente pubblico, sicché la loro violazione implicherebbe un vizio del consenso manifestato dalla pubblica amministrazione o, secondo altra ricostruzione dogmatica, ne rivelerebbe l'incapacità a contrarre¹¹.

La conseguenza più problematica di tale impostazione è stata individuata nel fatto che la sola stazione appaltante sarebbe legittimata alla proposizione della domanda di annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1441 c.c., laddove le norme sull'evidenza pubblica, come detto, sono poste non solo nell'interesse della parte pubblica ad individuare il "miglior" contraente, ma anche a tutela della par condicio tra le imprese e, quindi, a tutela della libertà di concorrenza^{12 13}.

¹⁰ Una disamina delle varie tesi sulla qualificazione giuridica degli effetti sul contratto dell'annullamento dell'aggiudicazione è contenuta, tra gli altri, in: Cons. St., IV, 21 maggio 2004, n. 3355; R. Garofoli, Trattato sui contratti pubblici (diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli), VI, Il contenzioso, pagg. 3913 ss., Milano, 2008; F. Caringella, Manuale di diritto amministrativo, parte III, cap. XI, par. 8, Milano, 2008; N. Durante, Gli effetti giuridici dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto, nell'evoluzione della giurisprudenza e del diritto, interno e comunitario, in www.giustizia-amministrativa.it, novembre 2008.

¹¹ Ex multis: Cass. Civ., I, 17 novembre 2000, n. 14901; Cass. Civ., II, 8 maggio 1996, n. 4269; da ultimo la tesi dell'annullabilità del contratto è stata affermata da Cass. Civ., III, 9 aprile 2009, n. 8707.

¹² L'amministrazione non utilizza più *sic et simpliciter* il mercato per scegliere il contraente migliore sotto i profili qualitativo e quantitativo, ma è chiamata a disciplinare il suo corretto funzionamento al fine di tutelare il libero gioco della concorrenza, al punto che, da soggetto che utilizza il mercato per scopi propri, è divenuta garante del corretto andamento dello stesso per fini ulteriori, ispirati principalmente dall'ordinamento comunitario; in tal senso, la stessa amministrazione è assoggettata al mercato e le regole dell'evidenza pubblica non sono più soltanto funzionali ad ottenere le migliori condizioni ed il più affidabile contraente, ma sono anche finalizzate alla tutela della concorrenza, per cui può affermarsi che l'interesse delle imprese e del

L'attribuzione al solo contraente pubblico della legittimazione a chiedere l'annullamento del contratto, insomma, ostacola una tutela piena dell'interesse sostanziale dell'impresa ricorrente vittoriosa in giudizio, anche se, a fronte dell'inerzia dell'amministrazione rispetto all'obbligo di conformarsi al giudicato di annullamento dell'aggiudicazione, è stato comunque ritenuto ammissibile il giudizio di ottemperanza dinanzi al giudice amministrativo¹⁴.

Una diversa opzione esegetica ha portato a ritenere che il contratto concluso a seguito di un'aggiudicazione illegittima sia affetto da nullità assoluta ai sensi dell'art. 1418, co. 1, c.c. per violazione di norme imperative in ragione della natura inderogabile delle disposizioni che regolano la scelta del contraente ai fini dell'affidamento di un appalto pubblico, le quali conterrebbero un implicito divieto di stipulare con soggetti che non siano risultati legittimi vincitori della gara¹⁵.

Secondo altra ricostruzione, la nullità del contratto deriverebbe dal fatto che l'annullamento, in sede giurisdizionale o amministrativa, degli atti di gara per motivi di legittimità, facendo venire meno *ex tunc* il provvedimento di aggiudicazione, determinerebbe una mancanza originaria del consenso dell'amministrazione all'assunzione del vincolo negoziale, per cui il difetto genetico del consenso, impedendo la formazione dell'*idem consensus*, produrrebbe la nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418, co. 2, c.c.¹⁶.

mercato è ora tutelato al pari dell'interesse pubblico che l'amministrazione è chiamata ontologicamente a perseguire e, anzi, è divenuto anch'esso un valore collettivo da realizzare, ed in questo può cogliersi un cambio di prospettiva.

¹³ In proposito, sia consentito il richiamo a R. Caponigro, Le motivazioni della scelta del contraente negli appalti aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, su Il Foro amministrativo – TAR, Milano, 9/2008, e www.giustizia-amministrativa.it, ottobre 2008.

¹⁴ Cass. Civ., SS.UU., 15 gennaio 1987, n. 252, che ha stabilito la giurisdizione del giudice amministrativo per la nomina, nell'ambito di un giudizio di ottemperanza, di un commissario *ad acta* in ragione dell'inerzia dell'amministrazione pubblica nel promuovere il giudizio civile conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione in esito ad un procedimento ad evidenza pubblica.

¹⁵ Ex multis: Cons. St., V, 5 marzo 2003, n. 1218; T.A.R. Lazio, Roma, II, 6 febbraio 2007, n. 905; T.A.R. Campania, Napoli, I, 29 maggio 2002, n. 3177.

¹⁶ Ex multis: T.A.R. Sardegna, 25 luglio 2003, n. 913; T.A.R. Basilicata, 18 luglio 2003, n. 781; T.A.R. Puglia, Bari, I, 28 gennaio 2003, n. 394.

La tesi della nullità presenta delle indubbe criticità in quanto la patologia del contratto potrebbe essere accertata, senza limiti di prescrizione, su iniziativa di chiunque vi abbia interesse, con evidente pregiudizio delle esigenze di certezza e di stabilità dei rapporti giuridici della pubblica amministrazione.

Sulla base di una impostazione ancora diversa, è stato sostenuto che l'annullamento, in sede giurisdizionale o in via di autotutela, determina che la stazione appaltante abbia stipulato senza la necessaria legittimazione, che era stata conferita dagli atti amministrativi poi annullati, e ciò comporterebbe l'inefficacia sopravvenuta del contratto in quanto, nei contratti ad evidenza pubblica, gli atti della serie pubblicistica e quelli della serie privatistica sono indipendenti quanto alla validità, ma i primi condizionano l'efficacia dei secondi, nel senso che, venendo meno per qualsiasi causa uno degli atti del procedimento, il contratto diviene ab origine inefficace¹⁷.

L'inefficacia sarebbe di tipo relativo, per cui potrebbe essere chiesta solo dalla parte che abbia ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione, sicché, di regola, il contratto rimarrebbe vincolante *inter partes*, nonostante l'intervenuto annullamento dell'aggiudicazione in sede giurisdizionale, fino all'adozione di iniziative da parte dei privati interessati, atte a far valere il vizio¹⁸.

L'interesse dall'amministrazione a far venire meno situazioni riconosciute ormai illegittime, quindi, sarebbe in qualche modo penalizzato, fermo restando che la stazione appaltante potrebbe comunque annullare in via amministrativa gli atti di gara esercitando il proprio potere di autotutela.

L'inefficacia successiva del contratto *medio tempore* stipulato, comunque, non pregiudicherebbe i diritti acquistati dai terzi in buona fede, in applicazione analogica della normativa dettata dagli artt. 23 e 25 c.c. per le associazioni e fondazioni, ritenuta estensibile anche alla pubblica amministrazione quale persona giuridica *ex art. 11 c.c.*

¹⁷ Cfr. Cons. St., V, 12 febbraio 2008, n. 490; Cons. St., V, 28 maggio 2004, n. 3465; Cons. St., IV, 27 ottobre 2003, n. 6666.

¹⁸ R. Garofoli, Trattato sui contratti pubblici (diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli), VI, Il contenzioso, cit.; N. Durante, Gli effetti giuridici dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto, nell'evoluzione della giurisprudenza e del diritto, interno e comunitario, cit.

In definitiva, ad avviso di chi scrive, militano a favore della qualificazione giuridica in termini di caducazione automatica degli effetti del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione una serie di ragioni di tipo sia letterale che sistematico.

In primo luogo, come detto, gli artt. 246, co. 4, d.lg. 163/2006 e l'art. 20, co. 8, d.l. 185/2008, convertito in l. 2/2009, avendo carattere derogatorio, postulano il principio che, al di fuori delle controversie afferenti alla realizzazione delle "grandi opere", l'annullamento dell'aggiudicazione determina la "caducazione" degli effetti del contratto, a prescindere dallo stato di esecuzione dello stesso.

Sotto un profilo sistematico, occorre poi ribadire che le norme dell'evidenza pubblica non possono essere limitate al piano della tutela dello specifico interesse del contraente pubblico, atteso che la relativa normativa, specie di origine comunitaria, è finalizzata anche alla tutela dei principi fondamentali della concorrenza e del mercato e, quindi, alla tutela della *par condicio* tra i partecipanti alla gara, sicché nel complesso rapporto amministrativo plasmato dalle norme sull'evidenza pubblica la stazione appaltante è tenuta ad osservare ed a garantire il rispetto di norme a tutela di un interesse della collettività anche trascendente l'interesse specifico del contraente pubblico.

La ricostruzione secondo cui l'aggiudicazione costituisce il presupposto determinante del contratto, inoltre, conduce ragionevolmente a ritenere, secondo la logica dell'effetto caducante automatico, che l'eliminazione dal mondo giuridico del provvedimento amministrativo, travolto *ex tunc* dall'annullamento, comporta anche la caducazione automatica, non necessitante di pronunce costitutive, degli effetti del negozio.

A sostegno della tesi dell'efficacia caducante, nel caso di annullamento giurisdizionale, così come in quello di annullamento in via di autotutela o a seguito di ricorso giustiziale, dell'aggiudicazione o, comunque, degli atti di gara, depone la valorizzazione del rapporto di consequenzialità necessaria tra il procedimento di scelta del contraente ed il contratto successivamente stipulato, atteso che il previo esperimento del procedimento di evidenza pubblica, anche nella richiamata prospettiva comunitaria di tutela

della libertà di concorrenza e del mercato, assume la fisionomia propria di un presupposto o di una condizione legale di efficacia del contratto¹⁹.

L'annullamento, quindi, segna la carenza in via retroattiva di uno dei presupposti di efficacia del contratto che, in tal modo, resta definitivamente privato dei suoi effetti giuridici, allo stesso modo che nel diritto civile, in virtù del nesso inscindibile di connessione che avvince più negozi giuridici collegati in via necessaria, la perdita di efficacia di uno dei contratti non ingenera un'ipotesi di invalidità degli altri contratti, ma innesca un fenomeno di perdita di efficacia di una fattispecie pattizia che non può sopravvivere orfana delle altre tessere del mosaico negoziale, fenomeno scolpito dal brocardo *simul stabunt simul cadent*²⁰.

Il meccanismo dell'effetto caducante, insomma, costituisce espressione di un principio generale che coglie il nesso di connessione inscindibile tra una pluralità di atti – siano essi solo negozi giuridici di diritto privato, solo atti amministrativi ovvero, come nel caso di specie, costituiscano una fattispecie mista di collegamento tra provvedimento amministrativo e contratto di diritto privato – relativi ad una vicenda sostanzialmente unitaria.

D'altra parte, la stessa giurisprudenza civile ha recepito la tesi della caducazione automatica del contratto, rilevando che la fase esecutiva del rapporto è priva di autonomia propria, in quanto destinata a subire gli effetti del vizio che inficia il provvedimento amministrativo cui è collegata nonché a restare immediatamente travolta in conseguenza del suo annullamento senza richiedere pronunce costitutive di caducazione o atti di ritiro dell'amministrazione²¹.

¹⁹ Cfr. Cons. St., VI, 19 novembre 2003, n. 7470; Cons. St., VI, 5 maggio 2003, n. 2332; T.A.R. Lazio, Roma, II, 15 settembre 2008, n. 8238; T.A.R. Liguria, II, 9 novembre 2007, n. 1925; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, 10 maggio 2006, n. 566.

²⁰ Cons. St., VI, 19 novembre 2003, n. 7470; Cons. St., VI, 5 maggio 2003, n. 2332.

²¹ Cass. Civ., SS.UU., 28 novembre 2007, n. 24658, secondo cui il sopravvenuto annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione comporta che esso pone nel nulla l'intero effetto-vicenda derivata dall'aggiudicazione a cominciare dal contratto di appalto, che non ha alcuna autonomia propria e non costituisce la fonte dei diritti ed obblighi tra le parti, ma, assumendo il valore di mero atto formale e riproduttivo dell'accordo già concluso, è destinato a subire gli effetti del vizio che inficia il provvedimento cui è inscindibilmente collegato ed a restare automaticamente ed

In particolare, è stato evidenziato che la caducazione, in sede giurisdizionale o amministrativa, di atti della fase di formazione della volontà contrattuale dell'amministrazione priva quest'ultima, con efficacia *ex tunc*, della legittimazione a negoziare, per cui 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 pubblica amministrazione, come la deliberazione a contrarre, il bando o l'aggiudicazione, si trova nella condizione di avere 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, viene privato dei suoi effetti giuridici²².

In tal senso, infine, come meglio si vedrà *infra*, la decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 30 luglio 2008, n. 9.

La qualificazione giuridica degli effetti prodotti dall'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto stipulato *medio tempore* ha significativi risvolti in ordine al riparto tra le giurisdizioni e, soprattutto, alla complessa questione della effettività della tutela dell'imprenditore illegittimamente pretermesso.

In proposito, è stato evidenziato che, ove si optasse per la tesi dell'annullamento, della risoluzione del contratto e, forse, dell'inefficacia relativa, trattandosi di pronunce costitutive, sarebbe necessaria la proposizione di domande intese a conseguire una statuizione che elimini gli effetti del contratto, risultandone precluso ogni apprezzamento incidentale della sua inefficacia, mentre, optando per la tesi della caducazione automatica (o anche della nullità), l'inefficacia del contratto si produce automaticamente e tale

immediatamente caducato, senza necessità di pronunce costitutive del suo cessato effetto o di atti di ritiro dell'amministrazione, in conseguenza della pronunciata inefficacia del provvedimento amministrativo *ex tunc* travolto dall'atto giurisdizionale; Cass. Civ., I, 26 maggio 2006, n. 12629. La stessa Cass. Civ., SS.UU., 28 dicembre 2007, n. 27169, che ha dichiarato la giurisdizione del giudice ordinario nelle fattispecie *de quibus*, non ritiene tale tesi in contrasto con le conclusioni cui è pervenuta.

²² Cass. Civ., I, 15 aprile 2008, n. 9906.

conseguenza, da accertare con pronunce dichiarative, può anche essere deliberata in via incidentale²³.

3. Il “falso” problema del riparto di giurisdizione.

L’art. 244 d.lg. 163/2006 devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, servizi e 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; sono altresì devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative ai provvedimenti sanzionatori emessi dall’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici nonché quelle relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti, alla clausola di revisione del prezzo ed al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica e quelle relative ai provvedimenti applicativi dell’adeguamento dei prezzi.

La linea di demarcazione tra la fase pubblicistica della scelta del contraente e la fase privatistica dell’esecuzione del contratto è costituita dalla stipulazione del contratto, da cui origina il rapporto paritetico.

Peraltro, rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo, sebbene relative ad atti successivi alla stipulazione del contratto, le controversie che attengono all’esercizio, da parte della pubblica amministrazione, di poteri autoritativi incidenti sull’aggiudicazione e, di riflesso, sul contratto, come, ad esempio, la revoca dell’aggiudicazione, mentre gli atti di autotutela che incidono direttamente sul contratto, quali il recesso o la risoluzione, sono atti privatistici con conseguente giurisdizione del giudice ordinario²⁴.

²³ Cons. St., IV, ordinanza 21 maggio 2004, n. 335 di rimessione della questione all’Adunanza Plenaria, sulla quale non è intervenuta pronuncia di merito per la rinuncia al ricorso in appello.

²⁴ Cfr. Cass. Civ., SS.UU., 17 dicembre 2008, n. 29425, secondo cui nelle procedure aventi ad oggetto l’affidamento di lavori, servizi e forniture, la cognizione di comportamenti ed atti assunti prima dell’aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l’aggiudicazione e la stipula del

In altri termini, dopo la stipula del contratto occorre di volta in volta accertare la consistenza delle posizioni soggettive incise al fine di applicare l'ordinario criterio di riparto della giurisdizione²⁵.

Sulla base della norma attributiva della giurisdizione esclusiva in ordine alle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici (ora art. 244 d.lg. 163/2006, in precedenza art. 6, co. 1, l. 205/2000), il giudice amministrativo ha sovente ritenuto la propria giurisdizione anche in ordine agli effetti sul contratto *medio tempore* stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima²⁶.

Di contro, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione²⁷ - evidenziato che, dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004, non sono più possibili dubbi ermeneutici sulla possibile estensione della giurisdizione esclusiva che può essere istituita o ampliata, per esigenze di concentrazione della tutela, per impedire la moltiplicazione dei giudizi e comunque per garantire pienezza di tutela al cittadino attraverso un unico giudizio, soltanto a condizione che le posizioni di diritto soggettivo fatte valere si collochino in un'area di rapporti nella quale la pubblica amministrazione agisce attraverso poteri autoritativi, ovvero si avvalga della facoltà riconosciuta dalla legge di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo ai sensi dell'art. 11 L. 241/1990 - hanno rilevato che nelle attività di diritto privato quanto evidenziato si verifica soltanto nella fase di scelta del contraente privato, mentre il provvedimento di aggiudicazione, che individua il contraente, costituisce il confine estremo della fase pubblicistica, e nella seconda fase, pur strettamente

contratto, ivi compresa la revoca dell'aggiudicazione, spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, mentre la successiva fase contrattuale, afferente all'esecuzione del rapporto, spetta alla giurisdizione del giudice ordinario.

²⁵ Cfr. Cons. St., V, 10 novembre 2008, n. 5588.

²⁶ Ex multis: Cons. St., V, 28 settembre 2005, n. 5196; T.A.R. Puglia, Lecce, II, 14 giugno 2004, n. 3721; T.A.R. Molise, 11 dicembre 2006, n. 1009; T.A.R. Lombardia, Brescia, 15 marzo 2007, n. 263, il quale evidenzia che, in tale caso, non si dibatte di una vicenda propria del contratto, ossia di una sua patologia, ma degli effetti automaticamente prodottisi sulla fattispecie pattizia a seguito dell'annullamento della procedura amministrativa, da cui deriva il corollario, coerente con le esigenze di concentrazione e pienezza della tutela, secondo cui il giudice amministrativo, dotato di giurisdizione esclusiva sulle procedure di affidamento, deve poter indagare anche sugli effetti prodotti dall'annullamento della procedura, per cui il giudice amministrativo è fornito di giurisdizione per dichiarare l'inefficacia di un contratto stipulato da una pubblica amministrazione.

²⁷ Cass. Civ., SS.UU., 28 dicembre 2007, n. 27169.

connessa con la precedente e ad essa consequenziale, che ha inizio con l'incontro delle volontà delle parti per la stipulazione del contratto e prosegue con tutte le vicende in cui si articola la sua esecuzione, pubblica amministrazione e privato si trovano in una posizione paritetica e le rispettive situazioni soggettive si connotano del carattere, rispettivamente, di diritti soggettivi ed obblighi giuridici a seconda delle posizioni assunte in concreto.

Di talché, considerato che nell'ordinamento processuale vige il principio generale della inderogabilità della giurisdizione per ragioni di connessione, salve deroghe normative espresse non rinvenibili nella fattispecie, il giudice della giurisdizione ha ribadito che i riflessi sul contratto d'appalto del sistema delle irregolarità-illegittimità che affliggono la procedura amministrativa a monte devono essere scrutinati in ogni caso dal giudice ordinario, atteso che la controversia non ha ad oggetto i provvedimenti relativi alla scelta del contraente, ma il successivo rapporto di esecuzione.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione, quindi, è consolidata nel ritenere che spetta al giudice ordinario la giurisdizione sulla domanda volta a conseguire tanto la dichiarazione di nullità quanto quella di inefficacia, ovvero l'annullamento, del contratto di appalto pubblico a seguito dell'annullamento della delibera di scelta del contraente privato adottata all'esito di una procedura ad evidenza pubblica in quanto la controversia non ha ad oggetto i provvedimenti riguardanti la scelta del contraente, ma il successivo rapporto di esecuzione del contratto derivante dalla sua stipulazione rispetto al quale gli interessati invocano l'accertamento di un aspetto patologico al fine di impedirne l'adempimento, sicché, per un verso, gli interessati esibiscono situazioni giuridiche soggettive aventi consistenza di diritti soggettivi, per altro verso, si postula una verifica, da parte del giudice, di conformità alla normativa positiva delle regole in base alle quali l'atto negoziale è sorto ovvero è destinato a produrre i suoi effetti tipici²⁸.

La giurisdizione del giudice ordinario, pertanto, sussiste quando si tratta di individuare, con statuizioni idonee a passare in giudicato, le conseguenze prodotte sul

²⁸ Da ultimo, Cass. Civ., SS.UU., 21 luglio 2009, n. 16911.

contratto dalla sentenza del giudice amministrativo di annullamento dell'aggiudicazione della gara²⁹.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con decisione 30 luglio 2008, n. 9³⁰, ha ritenuto di non doversi discostare dal descritto orientamento della Corte di Cassazione, secondo cui sussiste la giurisdizione del giudice ordinario sulla domanda volta ad ottenere, con efficacia di giudicato, l'accertamento dell'inefficacia del contratto, la cui aggiudicazione sia stata annullata dal giudice amministrativo, atteso che nel vigente sistema non sussiste una espressa previsione normativa di carattere generale sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine alle controversie riguardanti la fase di esecuzione del contratto d'appalto, sicché nel caso di una specifica domanda proposta da chi abbia chiesto ed ottenuto dal giudice amministrativo l'annullamento dell'aggiudicazione, sussiste la giurisdizione civile quando si intendano far accertare, con efficacia di giudicato, le conseguenze che la medesima sentenza di annullamento ha prodotto sul contratto³¹.

La decisione dell'Adunanza Plenaria ha però specificato, e questo mi sembra essere il punto nevralgico della decisione, che - sebbene alla richiesta di annullamento dell'aggiudicazione al giudice amministrativo non possa accompagnarsi la domanda di reintegrazione in forma specifica che, incidendo necessariamente sul contratto e quindi sulla fase negoziale e sui diritti soggettivi, esula dai poteri giurisdizionali amministrativi - sul piano del sistema della giustizia amministrativa non vi è una diminuzione di tutela del soggetto che abbia ottenuto l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione in quanto la sentenza di annullamento dell'aggiudicazione determina in capo all'amministrazione

²⁹ Cass. Civ., SS.UU., 23 aprile 2008, n. 10443.

³⁰ La Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con decisione parziale 28 marzo 2008, n. 1328, aveva rimesso all'Adunanza Plenaria le questioni relative alle conseguenze che l'annullamento dell'aggiudicazione comporta sugli effetti del contratto già stipulato ed alla determinazione del giudice competente a conoscerne.

³¹ Analogamente, in sede consultiva, Cons. St., III, 5 maggio 2009, n. 450, ha evidenziato che il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto segna il momento terminale della fase pubblicistica devoluta dal legislatore alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, mentre la fase successiva, che ha inizio con la stipulazione del contratto, resta attribuita alla giurisdizione del giudice ordinario, come le controversie rivolte ad accertare le condizioni di validità e di efficacia del contratto e ad ottenerne la declaratoria di nullità o inefficacia.

soccombente l'obbligo di conformarsi alle relative statuizioni, nell'ambito degli ulteriori provvedimenti che rimangono salvi ai sensi dell'art. 26 l. 1034/1971.

In altri termini, l'annullamento dell'aggiudicazione è costitutivo di un vincolo permanente e puntuale sulla successiva attività dell'amministrazione, il cui contenuto non può prescindere dall'effetto caducatorio del contratto stipulato, sicché, in sede di esecuzione della sentenza, l'amministrazione deve rilevare la sopravvenuta caducazione del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione e, ove l'amministrazione non si conformi puntualmente ai principi contenuti nella sentenza ovvero in caso di sua inerzia, l'interessato può instaurare il giudice di ottemperanza, nel quale il giudice amministrativo, nell'esercizio della sua giurisdizione di merito, ben può sindacare in modo pieno e completo 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 *ad acta*, necessarie ed opportune per dare esatta ed integrale esecuzione alla sentenza e per consentire un corretto riesercizio del potere amministrativo, assicurando al ricorrente vittorioso in giudizio il bene della vita effettivamente perseguito attraverso il giudizio di legittimità³².

La carenza di giurisdizione del giudice amministrativo sull'accertamento degli effetti del contratto *medio tempore* stipulato a seguito dell'aggiudicazione illegittima, tuttavia, continua ad essere contestata³³.

In particolare, è stato sostenuto, da un lato, che, escludendo le controversie sulla sorte del contratto dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la norma

³² La sentenza di accoglimento di un ricorso in cui è stato dedotto un interesse legittimo pretensivo, volto al conseguimento di una *utilitas*, infatti, richiede un'attività amministrativa esecutiva della pronuncia al fine di soddisfare l'interesse sostanziale dedotto in giudizio e tale attività esecutiva, resa dall'Autorità amministrativa o in sede di giudizio di ottemperanza nel caso di inerzia di quest'ultima, ha caratteri sensibilmente diversi a seconda delle statuizioni conformative contenute nella sentenza. In proposito, sia consentito il richiamo a R. Caponigro, La pregiudiziale amministrativa tra l'essenza dell'interesse legittimo e l'esigenza di tempestività del giudizio cit.

³³ Per C. Lamberti, La sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione, Il corriere del merito, Milanofiori Assago, 12/2008, più che un'affermazione della propria giurisdizione ad opera di ciascun giudice, sarebbe stata maggiormente consona all'interesse dei contraenti, soprattutto dell'amministrazione, una soluzione volta a privilegiare l'unità processuale e l'effettività della tutela giurisdizionale, sicuramente compromessa dalla *translatio iudicii* al giudice ordinario della pronuncia di annullamento del contratto, una volta annullata l'aggiudicazione ad opera del giudice amministrativo.

attributiva della giurisdizione esclusiva sarebbe del tutto inutile, dall'altro, che la stipulazione del contratto, ai sensi dell'art. 11 d.lg. 163/2006, è compresa nella fase della procedura di affidamento³⁴.

L'inclusione della stipulazione del contratto nell'ambito della procedura di affidamento è stata ipotizzata in quanto l'aggiudicazione, nella prospettiva dell'art. 11 d.lg. 163/2006, costituisce un momento predeterminativo fondamentale, per quanto inidoneo a rendere completa la fase dell'affidamento, e svolge, nei confronti della stipulazione, un ufficio analogo, nella struttura e funzione dei provvedimenti amministrativi, a quello delle deliberazioni preliminari e dei pareri conformi, implicando necessariamente un ulteriore momento nel quale l'affidamento interviene in concreto e spostando così l'affidamento al momento della stipulazione del contratto.

E' stato altresì ritenuto che, sostituendo il vecchio termine "risoluzione" con il nuovo "caducazione", la previsione normativa di cui all'art. 246, co. 4, d.lg. 163/2006 potrebbe prestarsi ad un'interpretazione *a contrario* in quanto, se l'eccezione è che il contratto non sia caducato dall'annullamento, la regola, viceversa, è che la sorte del negozio, per il caso di atti di gara illegittimi, sia la caducazione; in tal modo, il legislatore avrebbe riportato il giudizio sulla sorte del contratto da procedura viziata nell'alveo della giurisdizione amministrativa, reputando che l'annullamento dell'aggiudicazione, come di altri atti del procedimento, determini *ipso jure* l'inefficacia istantanea del negozio giuridico stipulato³⁵.

Seguendo tale traiettoria argomentativa, il giudice amministrativo, annullando la gara, avrebbe il potere – dovere di dichiarare caducato il contratto in quanto l'annullamento della gara ha efficacia caducante dell'intera fase negoziale in virtù del rapporto di

³⁴ F. D'Agostino, Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto, in www.giustizia-amministrativa.it, giugno 2008.

³⁵ R. Garofoli, Trattato sui contratti pubblici (diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli), VI, Il contenzioso, cit.. Anche F. D'Agostino, Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto, cit., argomentando *a fortiori* ed *a contrariis* dall'art. 246, co. 4, d.lg. 163/2006, rileva che, se è vera la formulazione negativa, a maggiore ragione deve ammettersi la formulazione positiva, nel senso che di norma non è precluso al giudice amministrativo il potere di pronunciare la caducazione del contratto.

conseguenzialità necessaria tra la procedura di evidenza pubblica ed il contratto successivamente stipulato.

Una giurisprudenza successiva alla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 27169/2007 - partendo dall'assunto già evidenziato dalla Quarta Sezione del Consiglio di Stato nell'ordinanza di rimessione 21 maggio 2004, n. 3355, secondo cui, per un verso, l'attribuzione delle controversie relative alle procedure di affidamento degli appalti pubblici alla giurisdizione amministrativa esclusiva risulterebbe del tutto inutile se non si intendesse tale ambito di competenza come comprensivo anche delle questioni relative alla validità ed all'efficacia del contratto e, per altro verso, l'esclusione di tali questioni dal novero di quelle conoscibili dal giudice amministrativo determinerebbe l'inaccettabile conseguenza di costringere il ricorrente ad un faticoso, farraginoso e dispendioso itinerario giurisdizionale, dal giudice amministrativo (per l'annullamento dell'aggiudicazione) a quello ordinario (per la statuizione relativa alla sorte del contratto) e, forse, di nuovo a quello amministrativo (per il risarcimento del danno) per ottenere giustizia di un'unica vicenda sostanziale – ha, aderendo allo schema della caducazione automatica degli effetti del contratto, ritenuto la propria giurisdizione dichiarando inefficace la convenzione *medio tempore* stipulata³⁶.

La questione del riparto di giurisdizione in *subiecta materia* costituisce, ad avviso di chi scrive, un falso problema.

Infatti - una volta condivisa la tesi della caducazione automatica del contratto³⁷ e rilevato che, a prescindere dalla possibilità del suo accertamento in via incidentale, la sentenza di annullamento dell'aggiudicazione determina in capo all'amministrazione soccombente l'obbligo di conformarsi alle relative statuizioni in quanto l'annullamento dell'aggiudicazione è costitutivo di un vincolo permanente e puntuale sulla successiva

³⁶ T.A.R. Lazio, Roma, II, 15 settembre 2008, n. 8238.

³⁷ La tesi della caducazione automatica, si ribadisce, è ormai nettamente prevalente nella giurisprudenza amministrativa ed è stata seguita dalla stessa Adunanza Plenaria n. 9/2009, così come è ampiamente presente nella giurisprudenza della Cassazione civile e non è stata ritenuta incompatibile con la giurisdizione ordinaria sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione dalla stessa sentenza delle Sezioni Unite n. 27169/2007.

attività dell'amministrazione, il cui contenuto non può prescindere dall'effetto caducatorio del contratto stipulato - non vi è alcun motivo di negare la giurisdizione del giudice ordinario quando si tratta di individuare, con statuizioni idonee a passare in giudicato, le conseguenze prodotte sul contratto dalla sentenza del giudice amministrativo di annullamento dell'aggiudicazione della gara.

La chiave di volta della soluzione del problema, invece, è nella qualificazione, in termini di caducazione automatica degli effetti, del vizio dell'attività negoziale, la qual cosa garantisce sia il rispetto della giurisdizione del giudice ordinario sia la completezza ed effettività della tutela affidata al giudice amministrativo in ragione della portata conformativa della sentenza di annullamento³⁸.

Di talché, ove il ricorrente non si limiti a chiedere l'annullamento degli atti, ma formuli una richiesta volta ad ottenere anche una pronuncia sul contratto *medio tempore* stipulato dalla aggiudicataria controinteressata con la stazione appaltante, ritengo che il giudice amministrativo debba dichiarare il proprio difetto di giurisdizione in relazione all'azione di accertamento, potendo però, nel caso di accoglimento del ricorso e conseguente annullamento degli atti di gara, indicare in motivazione, per quanto attiene alla portata conformativa della sentenza, che gli effetti del contratto devono ritenersi automaticamente caducati^{39 40 41}.

³⁸ La tesi è sostanzialmente seguita da G. Coraggio, Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto cit., il quale aggiunge che, riconosciuto che l'annullamento dell'aggiudicazione si traduce in un'inefficacia *ex lege* del contratto, deve anche ammettersi che il giudice amministrativo sia legittimato a conoscere tale situazione in via incidentale.

³⁹ T.A.R. Lazio, Roma, I, 24 novembre 2009, n. 11593.

⁴⁰ Altra giurisprudenza ritiene che sia anche possibile pronunciare, in via incidentale, la caducazione automatica degli effetti del contratto, in tal senso: Cons. St., VI, 3 marzo 2008, n. 796; Cons. St., VI, 29 novembre 2007, n. 6071; T.A.R. Lombardia, Milano I, 8 maggio 2008, n. 1370, la quale sentenza ha pronunciato incidentalmente sul contratto nel senso della sua caducazione per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione che ne costituisce il presupposto, con un dispositivo che ha annullato gli atti impugnati "con gli effetti indicati in motivazione", ma tale statuizione è stata ritenuta ultronea in sede di appello da Cons. St., V, 19 maggio 2009, n. 3070 in considerazione del contenuto della decisione dell'Ad. Plenaria Cons. St. n. 9/2008.

⁴¹ C. Varrone, L'eterno tormentone della tutela risarcitoria dell'interesse legittimo, in www.giustamm.it, 1/2008, ritiene possibile che il giudice amministrativo possa pronunciarsi in via incidentale sul diritto spettante al controinteressato se il contratto concluso dall'amministrazione funge da ostacolo per il riconoscimento del diritto di contenuto eguale e contrario del ricorrente, con la specificazione però che il giudice amministrativo è tenuto a fare ciò quando il ricorrente non si

Peraltro, anche nel caso in cui il ricorrente abbia proposto la sola azione impugnatoria avverso l'aggiudicazione, la portata conformativa della sentenza di annullamento determina, come chiaramente indicato dalla richiamata decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9/2008, che l'amministrazione, in sede di esecuzione della sentenza, deve rilevare la sopravvenuta caducazione del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione con la conseguenza che, in caso contrario, l'interessato può instaurare il giudizio di ottemperanza nel quale il giudice amministrativo, nell'esercizio della propria giurisdizione di merito, adotta tutte le misure necessarie all'integrale esecuzione della sentenza⁴².

Il dovere dell'amministrazione di eseguire la sentenza, infatti, non riguarda solo gli effetti eliminatori e ripristinatori della pronuncia giurisdizionale, ma anche il momento rinnovatorio, del riesercizio del potere, rispetto al quale rileva particolarmente l'effetto conformativo della sentenza⁴³.

In particolare, quando il giudice amministrativo annulla l'atto amministrativo, lo elimina perché ritiene che l'assetto del rapporto, fra ricorrente ed amministrazione (ed eventuali controinteressati) non possa essere regolato da quell'atto, sia pure sotto il profilo dei vizi dedotti dal ricorrente, e tale statuizione, se produce certamente l'effetto di vietare all'amministrazione di riprodurre l'atto annullato, ove l'unica alternativa possibile in senso soddisfacente per il ricorrente è quella dell'emanazione di un altro atto con un certo contenuto, assume anche un carattere ripristinatorio qualificato, perché l'assetto del rapporto non potrà essere ormai definito che con l'emanazione di quell'atto, il che significa che il giudicato produce, unitamente all'effetto demolitorio ed a quello preclusivo, anche un effetto ordinatorio direttamente incidente sul rapporto⁴⁴.

limiti a chiedere l'annullamento della gara, ma di pronunciarsi anche sulla pretesa risarcitoria in forma specifica.

⁴² La ben possibile convivenza delle due giurisdizioni è teorizzata anche da F. Cintioli, Il caso Alitalia-Volare: ancora su invalidità del contratto e giudizio di ottemperanza, in www.giustamm.it, 3/2008.

⁴³ A. Travi, Lezioni di giustizia amministrativa, Torino, 2002, pag. 314.

⁴⁴ V. Caianiello, Manuale di diritto processuale amministrativo, Torino, 2003, pag. 961, il quale pone in rilievo che il vincolo dell'amministrazione appare comprensibile solo se si ammetta che la pronuncia del giudice attraverso il sindacato sulla validità dell'atto investe il rapporto intercorrente

In definitiva, accanto all'effetto demolitorio e ripristinatorio, direttamente derivanti dal dispositivo di annullamento, il giudicato produce l'effetto conformativo della successiva attività amministrativa, in relazione al quale assume rilievo fondamentale la motivazione della sentenza.

E' possibile, allora, ritenere che il giudice amministrativo, sebbene investito dalla sola azione di annullamento dell'atto, possa e, forse, debba opportunamente pronunciarsi in motivazione sulla caducazione automatica degli effetti del contratto, al fine di indirizzare l'autorità amministrativa, che sovente è incerta su quale sia la effettiva portata conformativa di una pronuncia giurisdizionale di annullamento, ad una corretta esecuzione della sentenza⁴⁵.

4. Il "vero" problema della satisfattività della tutela dell'interesse sostanziale.

Il problema derivante dell'annullamento dell'aggiudicazione, ad avviso di chi scrive, non è tanto "chi giudica che cosa", quanto l'effettività della tutela dell'interesse legittimo dedotto innanzi al giudice amministrativo e, quindi, la strutturazione di un sistema che, in linea con le coordinate comunitarie, sia in grado di coniugare la piena tutela del ricorrente vittorioso in giudizio con la tutela dell'interesse pubblico all'individuazione del "giusto" contraente ed al rispetto della libertà di concorrenza tra le imprese.

Il punto dal quale partire è la considerazione che due o più soggetti privati aspirano al medesimo bene della vita, che può essere loro attribuito solo dalla stazione appaltante, ponendo a fondamento delle rispettive pretese titoli giuridici tra loro incompatibili.

fra le parti, sia pure attraverso la puntualizzazione che di questo traspare nel prisma dell'atto impugnato.

⁴⁵ In proposito, anche D. Zonno, Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: le nuove frontiere della "tutela reale" dinanzi al giudice amministrativo, in www.giustizia-amministrativa.it, marzo 2009, secondo cui non può precludersi al giudice della cognizione di specificare puntualmente quale sia l'effetto conformativo della sentenza, anche a fini collaborativi con l'amministrazione ed al fine di evitare futuro contenzioso.

La delicatezza e la complessità della questione discendono anche dalla considerazione che gli interessi coinvolti sono plurimi e contrapposti in quanto, oltre a quello dell'amministrazione aggiudicatrice, sussistono quantomeno l'interesse legittimo pretensivo del ricorrente, che ritiene di essere stato illegittimamente pretermesso dall'aggiudicazione o dalla partecipazione alla gara e che aspira ad ottenere l'aggiudicazione o una nuova possibilità di partecipazione, e l'interesse legittimo oppositivo del controinteressato aggiudicatario che aspira alla conservazione del bene della vita.

E' stato lucidamente evidenziato che le motivazioni sostanziali a base dell'indirizzo giurisprudenziale del giudice amministrativo in favore della sua giurisdizione affondano nella situazione di impotenza in cui la giustizia amministrativa si è venuta a trovare quando l'annullamento dell'aggiudicazione seguiva ad una precedente stipulazione del contratto e, allo stesso tempo, esisteva una ferma giurisprudenza del giudice ordinario che qualificava il contratto come meramente annullabile su richiesta dell'amministrazione interessata; la controversia, infatti, finiva con il trovare la sua soluzione reale nella fase cautelare, poiché solo la sospensione dell'efficacia dell'aggiudicazione poteva evitare che si pervenisse alla stipulazione di un contratto poi inattaccabile dal concorrente leso dall'illegittima aggiudicazione, mentre, una volta stipulato il contratto, in assenza anche di un'azione di risarcimento, al privato non rimaneva che "mettere in cornice" la sentenza di annullamento quale soddisfazione di un interesse meramente morale⁴⁶.

Non a caso, l'art. 13 l. 142/1992, abrogato poi dall'art. 35 d.lg. 80/1998, aveva introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento la possibilità del risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo pretensivo proprio con riferimento alla materia degli appalti pubblici, riconoscendo la possibilità di chiedere all'amministrazione aggiudicatrice il risarcimento del danno ai soggetti che avevano subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario e delle relative norme interne di recepimento.

Né, però, è possibile immaginare che l'eventuale risarcimento dei danni per equivalente patrimoniale possa essere il rimedio per tutti i mali.

⁴⁶ G. Coraggio, Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto, cit.

Una domanda di risarcimento avanzata in sede cognitoria, infatti, non può che essere subordinata alla verifica della possibile esecuzione del giudicato in forma specifica poiché una tale scansione delle domande è l'unica coerente con la tradizione e l'esperienza del giudice amministrativo, la cui azione è diretta in primo luogo alla correzione dell'attività amministrativa e al recupero della sua correttezza nell'interesse pubblico non meno che di quello privato⁴⁷; in sostanza non può essere disconosciuta la natura principalmente impugnatoria dell'azione innanzi al giudice amministrativo, cui spetta non solo di tutelare l'interesse privato ma di considerare e valutare gli interessi collettivi che con esso si confrontano e, non solo di annullare, bensì di conformare l'azione amministrativa affinché si realizzi un soddisfacente e legittimo equilibrio tra l'uno e gli altri interessi⁴⁸.

La funzionalizzazione dell'annullamento al solo risarcimento del danno, inoltre, svuota la funzione cognitoria del processo amministrativo di legittimità di una componente essenziale, vale a dire la possibilità di ripristinare effettivamente la situazione giuridica violata, assicurando all'interessato il pieno soddisfacimento della posizione sostanziale⁴⁹.

La tutela risarcitoria, quindi, non può dirsi nemmeno totalmente soddisfacente dell'interesse sostanziale dell'imprenditore, vittorioso in giudizio, che abbia partecipato alla gara con effettive speranze di aggiudicazione in quanto, a prescindere dalla mera eventualità del risarcimento del danno subordinato, come noto, alla contestuale sussistenza di una serie di presupposti, l'interessato non potrà comunque conseguire le qualificazioni e gli accreditamenti derivanti dalla effettiva esecuzione della prestazione e, tra questi, i titoli professionali richiesti dalle stazioni appaltanti in altre gare, i quali, invece, andranno a beneficio del soggetto aggiudicatario in base ad un provvedimento illegittimo.

⁴⁷ G. Coraggio, *Annulamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, cit., il quale precisa che non si tratta di una specificità solo italiana perché nelle direttive comunitarie e, in specie, nell'ultima (direttiva ricorsi 66/2007) è dedicata un'attenzione tutta particolare a quel complesso di poteri cautelari e di vincoli, nel senso di termini dilatori per la stipula del contratto, che mirano a garantire la possibilità di recupero della correttezza sostanziale delle procedure.

⁴⁸ Cfr. *Adunanza Plenaria Cons. St.*, 22 ottobre 2007, n. 12.

⁴⁹ C. Lamberti, *La sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione*, cit., secondo cui la chiarezza della demarcazione del limite della giurisdizione amministrativa ha prodotto il venire meno di un sottile equivoco, quello della equivalenza, ai fini della tutela risarcitoria, del ripristino del pregiudizio per equivalente e della reintegrazione in forma specifica.

Per indagare sulla effettività della tutela assicurata al concorrente illegittimamente pretermesso, occorre distinguere varie ipotesi.

Il ricorrente vittorioso in un giudizio di annullamento degli atti di gara, qualora il contratto non sia stato ancora stipulato, può senz'altro conseguire il bene della vita, sia esso costituito dall'aggiudicazione sia esso costituito da una mera *chance* di partecipazione, cui aspirava con la proposizione del ricorso, attraverso il nuovo esercizio del potere amministrativo che segue l'annullamento giurisdizionale.

La situazione inevitabilmente si complica quando *medio tempore* la stazione appaltante abbia stipulato il contratto con l'aggiudicatario la cui aggiudicazione sia successivamente riconosciuta illegittima.

L'annullamento dell'aggiudicazione, travolgendo il contratto *medio tempore* stipulato, potrebbe comunque determinare l'integrale soddisfazione del bene della vita quando le prestazioni non siano ancora state eseguite, mentre l'esecuzione totale delle prestazioni oggetto del contratto determina che il ricorrente vittorioso in giudizio possa solo ottenere il risarcimento per equivalente patrimoniale e l'esecuzione parziale delle stesse, invece, può determinare, ove esigenze oggettive non impediscano un'interruzione delle prestazioni, un'ipotesi mista di tutela in forma specifica, per le prestazioni ancora da eseguire, e per equivalente patrimoniale, per le prestazioni già eseguite.

Tali soluzioni sono senz'altro possibili ed, anzi, costituiscono l'essenza dell'attività amministrativa da porre in essere in esecuzione della sentenza di annullamento.

Il giudizio amministrativo, in sostanza, guarda non solo al passato, ma anche al futuro in quanto l'effettività della tutela dipende dal modo in cui la sentenza vincola il successivo comportamento dell'amministrazione, identificando il modo corretto di esercizio del potere e fissando la corretta sistemazione degli interessi, ed in questo si concreta il suo effetto conformativo⁵⁰.

⁵⁰ M. Nigro, Giustizia amministrativa (a cura di E. Cardi e A. Nigro), Bologna, 2002, pagg. 313 e ss., che evidenzia come la dottrina abbia avvertito con raffinata sensibilità questa maggiore ricchezza di efficacia della pronuncia del giudice amministrativo rispetto al semplice annullamento ed all'effetto relativo, valorizzando anche la motivazione della pronuncia come utile a stabilire il contenuto della sentenza quanto e più del dispositivo.

La questione centrale, in tale ottica, è costituita dalla individuazione della consistenza del vincolo posto alla successiva attività amministrativa, che dipende dalla natura, discrezionale o vincolata, del potere amministrativo esercitato nel caso di specie e dal vizio di legittimità per il quale è stato accolto il ricorso e, per l'effetto, annullato l'atto, nel senso che tanto più penetranti sono le statuizioni contenute nella pronuncia giurisdizionale quanto più ne risulta conformato l'esercizio del potere che l'amministrazione è tenuta ad esercitare nella esecuzione della sentenza⁵¹.

Peraltro, con la caducazione automatica del contratto stipulato, quando lo stesso sia stato in tutto o in parte eseguito, occorre indagare anche la sorte delle obbligazioni adempite che hanno avuto nel medesimo contratto la loro fonte.

La giurisprudenza amministrativa ha sovente ritenuto che, in applicazione del principio di tutela dei diritti acquistati in buona fede, l'inefficacia non incide sugli atti compiuti *medio tempore* in base al contratto già stipulato⁵².

In particolare, è stato sottolineato che l'amministrazione pubblica, in forza dell'art. 11 c.c., è pur sempre una persona giuridica ed è pertanto soggetta, oltre che alle norme di diritto pubblico, alle norme civilistiche essenziali che disciplinano le persone giuridiche, per cui l'annullamento della delibera deve operare, per principio generale, senza pregiudizio dei diritti acquistati dai terzi di buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione medesima (art. 23, co. 2, c.c.), circostanza questa che consente di integrare l'esigenza del rispetto delle norme di diritto pubblico disciplinanti l'evidenza pubblica con il rispetto dei diritti dei terzi⁵³.

⁵¹ La tendenziale trasformazione in atto nel giudizio amministrativo è evidenziata in P. de Lise, Lo statuto del provvedimento amministrativo, www.giustizia-amministrativa.it, ottobre 2008, secondo cui il giudice amministrativo, in sede di cognizione, è chiamato sempre più a portare il suo esame sul rapporto, in modo da assicurare una tutela piena e soddisfacente all'interesse del privato.

⁵² Ex multis: Cons. St., VI, 4 aprile 2007, n. 1523; T.A.R. Lazio, Roma, III *bis*, 10 dicembre 2007, n. 12769.

⁵³ Cfr. Cons. St., VI, 30 maggio 2003, n. 2992 che, peraltro, evidenzia come terzi di buona fede di norma non potranno essere i soggetti che hanno partecipato al giudizio amministrativo di annullamento, salvo i casi in cui il contratto sia stato stipulato prima della proposizione del giudizio, poiché i soggetti coinvolti nel giudizio non potevano confidare nel consolidamento della loro posizione contrattuale.

La tesi, che sembra condivisibile, non è unanimemente accettata, tanto che in dottrina, a seguito del venire meno con effetto *ex tunc* delle obbligazioni generate dal contratto caducato, è stata ipotizzata per le prestazioni già eseguite l'applicabilità dell'art. 936 c.c. il quale, in relazione alle opere fatte da un terzo con materiali propri, obbliga il proprietario del fondo a pagare a sua scelta il valore dei materiali e il prezzo della mano d'opera oppure l'aumento di valore del fondo, ovvero degli artt. 2041 e 2042 c.c. tema di azione generale di arricchimento⁵⁴.

La giurisprudenza civile, anzi, è orientata a ritenere che quanto dovuto all'aggiudicatario, la cui aggiudicazione è stata annullata, per i lavori posti in essere risponde a logiche diverse da quelle che presiedono alla controprestazione, così da non potersi definire prezzo o comunque corrispettivo della prestazione resa, ma esclusivamente indennità derivanti dall'art. 2041 c.c.⁵⁵.

Altra interessante questione riguarda gli esatti contorni dell'art. 246, co. 4, d.lg. 163/2006, secondo cui, come più volte evidenziato, la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato ed il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente.

Tale norma esclude senz'altro che il contratto sia travolto dall'annullamento dell'aggiudicazione, anche se è stato osservato come la norma non esclude affatto che, intervenuto l'annullamento dell'aggiudicazione, il titolo sia caducato se l'amministrazione dichiara di volere proprio questo effetto, vale a dire che, se l'annullamento dell'aggiudicazione di per sé non produce alcun effetto sul contratto già stipulato, l'amministrazione, una volta accertata in sede giurisdizionale l'illegittimità degli atti di gara, potrebbe valutare, in relazione al caso concreto e sussistendone i relativi presupposti, l'opportunità di invocare in via di autotutela l'effetto caducante⁵⁶.

⁵⁴ L. Garofalo, Annullamento dell'aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici, cit.

⁵⁵ Cfr. Cass. Civ., I, 15 aprile 2008, n. 9906; Cass. Civ. I, 27 marzo 2007, n. 7481, secondo cui tale attività, una volta annullata l'aggiudicazione, è destinata ad assumere le connotazioni di un'attività di fatto in forza della proiezione *ex tunc* degli effetti dell'annullamento.

⁵⁶ L. Garofalo, Annullamento dell'aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici, cit.

La suggestiva tesi coglie importanti profili dell'assetto di interessi che si delinea a seguito della pronuncia giurisdizionale, ponendo in rilievo come occorrerebbe valutare caso per caso onde verificare se alla stazione appaltante effettivamente convenga far eseguire la prestazione dal contraente la cui aggiudicazione è stata riconosciuta illegittima e risarcire il danno per equivalente al ricorrente vittorioso in giudizio ovvero differire l'esecuzione dei lavori, non ancora iniziati o comunque non ultimati, ove valuti non sussistere un pressante interesse ad una loro immediata realizzazione.

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, non è persuasiva atteso, da un lato, che la valutazione del preminente interesse pubblico alla sollecita realizzazione dell'opera, così nell'art. 246, co. 4, d.lg. 163/2006 come nell'art. 20, co. 8, d.l. 185/2008 convertito in l. 2/2009, è compiuta "a monte" dal legislatore, per cui la stazione appaltante "a valle" non ha più il potere di rimetterla in discussione, dall'altro, che, essendo escluso per legge l'effetto caducante dell'annullamento dell'aggiudicazione, il contratto potrebbe essere sciolto solo per mutuo consenso e non con un atto unilaterale dell'amministrazione essendo stato l'atto di aggiudicazione già annullato senza che, in virtù della norma di legge, il contratto sia venuto meno.

Ne consegue che, pur dando atto che la norma può non essere sempre coincidente con l'interesse pubblico che concretamente la singola amministrazione aggiudicatrice avrebbe perseguito se fosse stata investita dalla valutazione, il contratto relativo alla realizzazione delle opere *de quibus*, una volta stipulato, è comunque "insensibile" alle vicende degli atti di gara⁵⁷.

La considerazione della intangibilità del contratto oramai stipulato ad un eventuale giudicato di annullamento ha portato la giurisprudenza a ritenere improcedibili i ricorsi principale ed incidentale proposti avverso gli atti di gara quando, dopo l'introduzione del giudizio, sia stato stipulato il contratto con l'aggiudicataria, senza che tale dichiarazione di improcedibilità si riflettesse però sull'ammissibilità dell'azione risarcitoria che, nella

⁵⁷ F.G. Scoca, Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto, in www.giustamm.it, 1/2007, ritiene che la salvezza in qualunque caso e a qualunque condizione del contratto sia una soluzione drastica e che tale soluzione sia squilibrata a favore dell'amministrazione.

fattispecie, essendo divenuto impossibile conseguire il bene della vita a seguito della sentenza di annullamento, costituiva l'unico mezzo effettivo di tutela della posizione giuridica dedotta in giudizio.⁵⁸

Peraltro, essendo stati avanzati dubbi di compatibilità costituzionale della norma, è stato rilevato che il richiamato art. 246 non impedisce in modo rigido e meccanico il conseguimento di una tutela piena dell'impresa ricorrente, non limitata al risarcimento del danno, ma soltanto rende più difficile e laboriosa la protezione specifica dell'interesse ad ottenere, in caso di fondatezza del ricorso, l'affidamento del contratto.

La tutela alla reintegrazione in forma specifica, infatti, è subordinata alla duplice condizione che il ricorso sia proposto prima della stipulazione del contratto e che, nello stesso termine, sia adottata una pronuncia cautelare favorevole, non riformata in appello, e poi assorbita dalla definitiva sentenza di annullamento dell'aggiudicazione, atteso che, in tal modo, la sospensione prima e l'annullamento poi impediscono in radice la stessa stipulazione del contratto⁵⁹.

Seguendo tale traiettoria argomentativa, la differenza di tutela rispetto all'ipotesi generale non sarebbe di carattere qualitativo, nel senso che risulta comunque possibile determinare l'effetto di soddisfazione piena del ricorrente, ma quantitativo, nel senso che tale possibilità richiede una velocità di reazione giurisdizionale più elevata.

Il quadro dei problemi afferenti alla tutela dell'imprenditore vittorioso in giudizio va completato con riferimento all'ipotesi in cui la sentenza di primo grado, che ha annullato l'aggiudicazione, sia poi ribaltata nel giudizio di appello.

In tal caso, l'amministrazione, nel conformarsi alla sentenza esecutiva del giudice di primo grado, può stipulare il contratto e ricevere le prestazioni da un soggetto che, all'esito

⁵⁸ T.A.R. Lazio, Roma, I, 19 novembre 2007, n. 11330.

⁵⁹ M. Lipari, Trattato sui contratti pubblici (diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli), VI, Il Contenzioso, pagg. 4370 e ss, Milano, 2008, il quale fa presente che, sussistendo il termine dilatorio di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione che deve precedere, ai sensi dell'art. 11, co. 10, d.lg. 163/2006, la stipulazione del contratto, la parte che non voglia accontentarsi del risarcimento del danno dovrà proporre il ricorso in tale termine, fermo restando che l'eventuale diniego della sospensiva dell'aggiudicazione consente all'amministrazione di stipulare il contratto.

complessivo del giudizio, non è il legittimo aggiudicatario escludendo colui che legittimamente era stato collocato al primo posto in graduatoria.

L'originario aggiudicatario, pretermesso in esecuzione della sentenza di primo grado, anche a tacere delle qualificazioni, degli accreditamenti e dei titoli professionali che avrebbe potuto conseguire eseguendo il contratto, riceve senza dubbio un pregiudizio patrimoniale.

Tuttavia, non può certo ritenersi responsabile di tale pregiudizio l'amministrazione aggiudicatrice, la quale non ha dato causa alla pronuncia di primo grado, poi riformata in appello, né avrebbe potuto sottrarsi all'esecuzione della pronuncia di primo grado⁶⁰.

In proposito, è stato condivisibilmente ritenuto che l'amministrazione non è tenuta al risarcimento del danno non perché la causazione del danno non le sia ascrivibile, ma perché, pur ricollegabile all'amministrazione, la causazione del danno è avvenuta *iure*, in ragione del contenuto del *dictum*, di per sé esecutivo, del giudice di primo grado, al quale l'amministrazione stessa era vincolata a dare attuazione, mentre al danneggiato potrebbe essere attribuita un'indennità ai sensi dell'art. 2045 c.c.⁶¹.

5. Il rapporto tra annullamento dell'aggiudicazione e contratto nell'esperienza europea.

Un apprezzabile studio ha posto a confronto le tradizioni giuridiche europee più significative sulle relazioni esistenti tra il momento della scelta del contraente ed il momento della stipulazione del contratto, evidenziando in via preliminare come, da una parte, vi siano l'esperienza giuridica anglosassone, che appare dominata dall'anima di *common law* della disciplina contrattuale, e quella tedesca, che si regge sull'attribuzione alla pubblica amministrazione di un'autonomia negoziale in tutto simile a quella di ciascun

⁶⁰ Cfr. Cons. Giust. Amm., 19 ottobre 2006, n. 587.

⁶¹ L. Garofalo, Annullamento dell'aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici, cit., il quale ritiene plausibile, ricorrendo un fatto dannoso non illecito, che un ristoro all'operatore economico che ha subito il pregiudizio possa essere attribuito sulla scorta dell'art. 2045 c.c., relativo allo stato di necessità, che attribuisce all'equo apprezzamento del giudice la determinazione della misura di un'indennità a favore del danneggiato.

soggetto dell'ordinamento, dall'altra, gli ordinamenti francese e spagnolo, che, come quello italiano, sono caratterizzati da un'impronta fortemente pubblicistica della fase di formazione della volontà contrattuale dell'amministrazione, alla quale consegue il regime di sindacabilità degli atti amministrativi che la compongono⁶².

Nel rispetto dei principi di pubblicità e concorrenza che sono funzionali al mercato unico europeo, peraltro, l'atto di scelta del contraente diviene, negli appalti di importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria, sindacabile ed annullabile in ogni ordinamento.

Il lavoro richiamato, tuttavia, mette in rilievo che la tutela dei terzi offerenti non dipende tanto dalla possibilità di influire sul contratto quanto dagli strumenti specifici apprestati dalle discipline nazionali nella fase precedente alla stipulazione del contratto e, in questi termini, appaiono particolarmente significativi sia gli oneri di comunicazione preventiva di rigetto dell'offerta sia la normativa processuale volta a prevedere una tutela cautelare immediata ed efficace, in grado di precludere all'amministrazione aggiudicatrice la successiva stipulazione del contratto.

La soluzione prescelta negli ordinamenti francese, inglese e tedesco, infatti, è il mantenimento della assoluta impermeabilità del contratto stipulato alle vicende patologiche della fase preparatoria, mentre la Spagna sanziona con l'annullabilità del contratto le ipotesi in cui vi sia stata violazione delle regole dell'evidenza pubblica, salvo ricollegare la nullità assoluta ad ipotesi radicali di deviazione dallo schema legale.

L'ordinamento italiano, quindi, sebbene condivida con gli ordinamenti francese e spagnolo l'impronta fortemente pubblicistica della fase di formazione della volontà contrattuale dell'amministrazione, ha la caratteristica di un legame talmente forte tra il momento di scelta del contraente e quello della stipulazione del contratto che, a differenza che negli altri ordinamenti esaminati, l'annullamento dell'aggiudicazione determina l'automatica caducazione degli effetti del contratto, conseguenza che, come detto, è

⁶² B. Marchetti, Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: Esperienze europee a confronto, in *Diritto Processuale Amministrativo*, Milano, 1/2008.

sconosciuta agli altri ordinamenti, ad eccezione in parte di quello spagnolo, i quali, nel ritenere intangibile il contratto stipulato, hanno però sviluppato sistemi procedimentali, sotto forma di comunicazioni preventive e termini dilatori tra comunicazione e stipulazione del contratto, e processuali, sotto forma di tutele cautelari particolarmente efficaci, che rendono la complessiva protezione del terzo illegittimamente pretermesso più incisiva nella fase precedente alla stipulazione del contratto.

Meccanismi di comunicazione e tutela preventiva sono stati introdotti anche nell'ordinamento nazionale soprattutto in ragione delle spinte fornite dal diritto comunitario.

In particolare, l'art. 11 d.lg. 163/2006, da un lato, nell'escludere, al settimo comma, qualunque valenza negoziale del provvedimento di aggiudicazione distingue decisamente la fase di scelta del contraente, che si conclude appunto con l'aggiudicazione, dalla fase di esecuzione del contratto, che ha avvio con la stipulazione del contratto, dall'altro, prevede al decimo comma un termine di trenta giorni, a partire dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, nel quale il contratto non può essere stipulato⁶³.

Sul versante della tutela cautelare, l'art. 245, co. 3, d.lg. 163/2006 ha introdotto in materia di contratti pubblici la tutela cautelare c.d. *ante causam*, stabilendo che, in caso di eccezionale gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la previa notifica del ricorso, il soggetto legittimato può proporre istanza per l'adozione di misure interinali e provvisorie che appaiono indispensabili durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito e della ordinaria domanda cautelare⁶⁴.

⁶³ Anche tali profili sono ben evidenziati in B. Marchetti, Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: Esperienze europee a confronto, cit.

⁶⁴ L'introduzione dell'istituto della tutela cautelare *ante causam* è stato sollecitato dalla Corte di Giustizia CEE che, con ordinanza 29 aprile 2004, ha statuito, nella causa C-202/03, sulla questione pregiudiziale proposta alla Corte a norma dell'art. 244 CE dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, stabilendo che l'art. 2, n. 1, lett. a), della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, in materia di appalti pubblici di forniture e lavori, deve essere interpretata nel senso che gli Stati membri sono tenuti a conferire ai loro organi competenti a conoscere dei ricorsi la facoltà di adottare, indipendentemente dalla previa proposizione di un ricorso di merito, qualsiasi provvedimento provvisorio, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica dell'appalto in esame.

Nella stessa ottica, volta, per quanto possibile, alla definizione dei giudizi in materia di appalti con la celerità utile ad evitare che l'eventuale annullamento dell'aggiudicazione possa essere inutile alla soddisfazione in forma specifica dell'interesse sostanziale del ricorrente, le norme acceleratorie di cui all'art. 23 *bis* l. 1034/1971, introdotte dall'art. 4 l. 205/2000.

Il diritto comunitario è il motore delle prospettive evolutive in materia.

La direttiva n. 2007/66/CE, c.d. direttiva ricorsi, apporta consistenti innovazioni alla precedente normativa comunitaria per il miglioramento dell'efficacia delle procedure contenziose in materia di appalti pubblici, atteso che (considerando n. 3) “le consultazioni delle parti interessate e la giurisprudenza della Corte di giustizia hanno evidenziato una serie di lacune nei meccanismi di ricorso esistenti negli Stati membri”.

L'obiettivo principale della direttiva è quello di evitare che la stipulazione del contratto costituisca un ostacolo alla tutela effettiva del partecipante che contesta la legittimità dell'aggiudicazione della gara aspirando a divenire contraente della pubblica amministrazione.

L'effettività della tutela, pertanto, si presenta come una via obbligata per stare al passo con l'Europa⁶⁵.

6. Le prospettive evolutive a seguito della direttiva ricorsi 2007/66/CE.

L'art. 44 l. 88/2009, legge comunitaria 2008, contiene la delega al Governo per l'attuazione della direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto

⁶⁵ P.M. Zerman, Annullamento dell'aggiudicazione illegittimità ed effettività della tutela giurisdizionale: la sorte del contratto medio tempore stipulato (commento alla decisione del Consiglio di Stato, Sez. V, 19 maggio 2009, n. 3070), in www.giustizia-amministrativa.it, luglio 2009.

riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici.

La direttiva, il cui termine di recepimento è fissato nel 20 dicembre 2009, pone alcuni precisi vincoli normativi ed offre notevoli opportunità al legislatore nazionale⁶⁶.

La *ratio* delle norme comunitarie può essere individuata nella preoccupazione, essendo difficilmente reversibili le conseguenze giuridiche e materiali di un contratto stipulato con il concorrente la cui aggiudicazione è contestata, di non assicurare una tutela pienamente soddisfattiva al concorrente che propone un ricorso.

Di conseguenza, il legislatore comunitario mira, attraverso rimedi preventivi, ad evitare, per quanto possibile, che il contratto sia stipulato quando l'aggiudicazione sia o possa ancora essere contestata.

Il quarto considerando, nell'evidenziare che “fra 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” fa presente che “ciò induce talvolta le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori desiderosi di rendere irreversibili le conseguenze di una decisione d'aggiudicazione contestata a procedere molto rapidamente alla firma del contratto” 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 ancora 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 momento della firma del contratto”.

Il termine sospensivo, ai sensi del 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”.

⁶⁶ Una completa disamina delle possibilità offerte dalla direttiva ricorsi è contenuta in M. Lipari, Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario, in www.federalismi.it, n. 9/2008.

La direttiva, pertanto, vieta alla stazione appaltante di stipulare il contratto durante il termine dilatorio decorrente dall'aggiudicazione dell'appalto (*still period* sostanziale)⁶⁷.

L'art. 2 *bis*, paragrafo 2, della direttiva, infatti, prevede che la conclusione di un contratto non può avvenire prima dello scadere di un termine a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione di aggiudicazione dell'appalto è stata inviata agli offerenti.

Il considerando n. 12, inoltre, stabilisce che “la proposizione di un ricorso poco prima dello scadere del termine sospensivo minimo non dovrebbe privare l'organo responsabile delle procedure di ricorso del tempo minimo indispensabile per intervenire, in particolare per prorogare il termine di sospensione per la conclusione del contratto”, sicché è “necessario prevedere un termine sospensivo minimo autonomo, che non dovrebbe scadere prima che l'organo di ricorso si sia pronunciato sulla domanda”.

L'art. 2, paragrafo 3, della direttiva, di conseguenza, 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.

Pertanto, accanto al termine dilatorio sostanziale, quando è proposto il ricorso, è previsto un termine dilatorio prima del giudizio cautelare o di merito (*still period* processuale)⁶⁸.

⁶⁷ Analoga previsione, sfornita di sanzione, è già contenuta nell'art. 11, co. 10, d.lg. 163/2006, secondo cui il contratto non può essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, salvo motivate ragioni che non consentono all'amministrazione di attendere il decorso del predetto termine; il termine di trenta giorni, peraltro, è asimmetrico rispetto a quello di sessanta giorni previsto dall'art. 21 l. 1034/1971 per la proposizione del ricorso, per cui non è sufficiente ad assicurare che la stipulazione del contratto avvenga quando l'amministrazione sia a conoscenza che gli atti di gara non sono stati impugnati.

⁶⁸ L'art. 1, paragrafo 5, della direttiva stabilisce che sia previsto un periodo di sospensione prima della conclusione del contratto anche nel caso di proposizione di un ricorso amministrativo presso l'amministrazione aggiudicatrice.

In sostanza, il legislatore comunitario ha avvertito la pressante esigenza che in tutti gli Stati membri il ricorso possa avere una sua definizione, in sede cautelare o di merito, prima della stipulazione del contratto e ciò al fine di garantire l'esaustività della tutela del concorrente che avrebbe dovuto essere il legittimo aggiudicatario o che comunque avrebbe avuto legittimamente titolo a competere, fermo restando che, ove la fase cautelare si definisca senza la sospensione dell'atto impugnato, il contratto potrà essere stipulato.

La sanzione che la c.d. direttiva ricorsi stabilisce per il mancato rispetto dei suddetti termini dilatori è la privazione degli effetti del contratto; tale privazione e la relativa decorrenza, ai sensi degli artt. 2 *quinquies* e 2 *sexies*, non sono del tutto automatiche^{69 70}.

Il diritto comunitario, pertanto, non reca alcun riferimento alla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, se non prevedendo la privazione degli effetti, totale o parziale, dello stesso quando i termini dilatori non siano stati rispettati o se l'appalto è stato illegittimamente aggiudicato, con affidamento diretto, senza previa pubblicazione del bando nella GUCE.

Viceversa, la prospettiva comunitaria, come detto, è quella di cercare di evitare in radice che il contratto possa essere stipulato quando la legittimità dell'aggiudicazione è ancora in discussione, vale a dire che il legislatore comunitario, consapevole delle difficoltà di eliminare gli effetti irreversibili di un contratto già stipulato, tende ad eliminare preventivamente incertezze sulla sorte del contratto.

⁶⁹ L'art. 2 *quinquies* prevede che l'aggiudicazione di un appalto in assenza della previa pubblicazione del bando nella GUCE senza che ciò sia consentito ovvero la violazione dei termini dilatori sostanziali e processuali, qualora, ai sensi del primo comma lett. b), tale violazione abbia privato l'offerente che presenta ricorso della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto, quando tale violazione si aggiunge ad una violazione che ha influito sull'opportunità dell'offerente di ottenere l'appalto, determinano che il contratto sia considerato privo di effetti, fermo restando che il diritto nazionale può prevedere la soppressione con effetto retroattivo di tutti gli obblighi contrattuali o limitare la portata della soppressione agli obblighi che rimangono ancora da adempiere ed in tal caso prevedono l'applicazione di sanzioni alternative quali l'irrogazione di sanzioni pecuniarie all'amministrazione aggiudicatrice o la riduzione della durata del contratto.

⁷⁰ L'art. 2 *sexies* stabilisce che nel caso di violazione dei termini dilatori sostanziali e processuali al di fuori delle condizioni previste dall'art. 2 *quinquies*, co. 1, lett. b), gli Stati membri possono prevedere che l'organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice decida, dopo avere valutato tutti gli aspetti pertinenti, se il contratto debba essere considerato privo di effetti o se debbano essere irrogate sanzioni alternative.

Va da sé che tale finalità può essere realizzata soltanto con la previsione di un sistema che garantisca la definizione in tempi rapidi degli eventuali contenziosi sorti con riferimento all'aggiudicazione ed agli atti di gara e, non a caso, l'art. 2 *septies* demanda agli Stati membri la previsione dei termini per la proposizione dei ricorsi.

Le disposizioni dettate in sede comunitaria, le quali mirano a sollecitare la creazione di sistemi nazionali strutturati in modo tale da garantire al ricorrente vittorioso in giudizio la piena soddisfattività dell'interesse sostanziale e, a tal fine, che il contenzioso in materia di appalti abbia una rapida definizione, sono in qualche modo convergenti con le norme dettate dal legislatore nazionale attraverso l'art. 20, co. 8, d.l. 185/2008, convertito in l. 2/2009, in cui è prevista una sensibile riduzione, molto più significativa di quella già introdotta dall'art. 23 *bis* l. 1034/1971, di tutti i termini processuali relativi alle controversie afferenti agli interventi programmati nel quadro strategico di programmazione nazionale⁷¹.

Tuttavia la *ratio* delle norme comunitarie appare significativamente diversa da quella che ha ispirato il legislatore nazionale con l'introduzione del richiamato art. 20.

L'intento del legislatore comunitario, infatti, è quello di separare nettamente il momento procedimentale di individuazione del contraente da quello della stipula del contratto in modo da giungere alla formazione del contratto soltanto, se possibile, dopo avere eliminato eventuali incertezze sulla legittimità della aggiudicazione, laddove l'intento del legislatore nazionale è quello di accelerare la realizzazione delle opere pubbliche che ritiene di preminente interesse.

In particolare, mentre la direttiva ricorsi prevede un termine di sospensione tra l'aggiudicazione dell'appalto e la stipulazione del contratto, la norma nazionale - stabilendo che le misure cautelari e l'annullamento dei provvedimenti impugnati non possono

⁷¹ Il termine per la notificazione del ricorso è fissato in trenta giorni, quello per il deposito in cinque giorni dalla scadenza del termine di notificazione, il ricorso incidentale può essere proposto entro dieci giorni dal ricevimento della notifica ed il relativo deposito deve essere effettuato entro cinque giorni dalla scadenza del termine per la proposizione, mentre i motivi aggiunti possono essere proposti entro dieci giorni dall'accesso agli atti e vanno notificati e depositati secondo le modalità previste per il ricorso principale. Il processo è definito, con sentenza redatta in forma semplificata, ad una udienza da fissarsi entro quindici giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente.

comportare, in alcun caso, la sospensione o la caducazione degli effetti del contratto già stipulato e che, in caso di annullamento degli atti della procedura, il giudice può esclusivamente disporre il risarcimento degli eventuali danni, ove comprovati, per equivalente - postula che non vi è alcun motivo per ritardare la formazione del contratto, ma anzi sollecita alla rapida stipulazione⁷².

Di conseguenza, essendo completamente diverse le prospettive dei due legislatori, il risarcimento per equivalente patrimoniale è previsto dalla direttiva ricorsi solo ove non sia possibile attribuire al ricorrente illegittimamente pretermesso il bene della vita costituito dall'aggiudicazione, tanto che l'art. 2 *sexies*, paragrafo 2, ultimo periodo, indica che la concessione del risarcimento danni non rappresenta una sanzione adeguata ai fini di quanto indicato nel paragrafo, mentre nell'art. 20 costituisce l'unica forma di tutela.

L'art. 44 l. 88/2009, legge comunitaria 2008, nel delegare il Governo ad adottare entro il 20 dicembre 2009, uno o più decreti legislativi volti a recepire la direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, ha indicato tra i criteri direttivi sia la fissazione di termini dilatori sostanziali (tra la comunicazione dell'aggiudicazione e la stipulazione del contratto) e processuali (tra la proposizione del ricorso e la stipulazione del contratto)⁷³ sia la previsione di un rito particolarmente accelerato, con un termine per l'impugnazione non superiore a trenta giorni.

I criteri direttivi attribuiscono al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti

⁷² L'inserimento, operato dalla l. 2/2009 in sede di conversione del d.l. 185/2008, dell'inciso "in caso di annullamento degli atti della procedura" prima della indicazione per cui il giudice può disporre il risarcimento solo per equivalente ha portato attenta dottrina ad individuare un nuovo elemento per riaffermare la pregiudiziale amministrativa o almeno per riflettere con maggiore attenzione sul tema. M.A. Sandulli, Il legislatore dà nuovi spunti al dibattito sulla pregiudiziale? (riflessioni a margine della legge n. 2 del 2009, di conversione del d.l. n. 185 del 2008), in www.giustamm.it, febbraio 2009.

⁷³ La preclusione alla stipulazione del contratto opera fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare definitivo, ovvero fino alla pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado, in udienza o entro i successivi sette giorni, se la causa può essere decisa nel merito nella camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare.

retroattiva o limitata alle prestazioni da eseguire⁷⁴, tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, e sanzioni alternative⁷⁵, tra privazione degli effetti del contratto e relativa decorrenza, ovvero risarcimento per equivalente del danno subito e comprovato⁷⁶.

Di talché, avendo altresì stabilito di recepire i relativi articoli della direttiva comunitaria nell'ambito di una giurisdizione esclusiva e di merito, il legislatore nazionale ha evidentemente deciso di attribuire al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva non solo sulle controversie afferenti agli atti della gara, ma anche, in sede di cognizione, sulla efficacia del contratto *medio tempore* stipulato nonché una giurisdizione di merito in quanto gli apprezzamenti che il giudice è chiamato a compiere implicano valutazioni sostitutive dell'attività amministrativa.

7. Conclusioni.

La soluzione più convincente della questione relativa alla qualificazione giuridica degli effetti prodotti sul contratto dall'annullamento dell'aggiudicazione, sulla base dell'attuale *corpus* normativo, è quella della caducazione automatica.

Nel complesso rapporto amministrativo plasmato dalle norme sull'evidenza pubblica, infatti, la stazione appaltante è tenuta a garantire il rispetto di un interesse della collettività anche trascendente l'interesse specifico del contraente pubblico, vale a dire che deve garantire il rispetto della libertà di concorrenza tra le imprese e la *par condicio* tra i partecipanti alla gara non meno dello specifico interesse a contrarre con il "miglior" offerente, per cui il travolgimento automatico degli effetti del contratto a seguito

⁷⁴ Il riferimento è all'aggiudicazione di un appalto in assenza di previa pubblicazione del bando nella GUCE senza che ciò sia consentito ed alla violazione dei termini dilatori, sostanziali o processuali, qualora tale violazione abbia privato il concorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto e si aggiunga ad una violazione che abbia influito sull'opportunità del concorrente ricorrente di ottenere l'appalto.

⁷⁵ Il riferimento è alla violazione dei termini dilatori, sostanziali o processuali, quando non ricorrono le condizioni indicate nella nota precedente.

⁷⁶ Il riferimento è a tutti gli altri casi di annullamento dell'aggiudicazione.

dell'illegittimità del procedimento di gara, senza la necessità che un soggetto legittimato si attivi per chiedere una pronuncia costitutiva presso un altro plesso giurisdizionale, appare più coerente con le esigenze complessive del sistema.

D'altra parte, gli artt. 246, co. 4, d.lg. 163/2006 e l'art. 20, co. 8, d.l. 185/2008, nell'escludere in via eccezionale che l'annullamento dell'aggiudicazione possa comportare la caducazione degli effetti del contratto già stipulato, postulano il principio che, normalmente, l'annullamento dell'aggiudicazione comporta la caducazione degli effetti del contratto.

Il rapporto di presupposizione necessaria sussistente tra l'aggiudicazione ed il contratto, infine, induce a ritenere che il venire meno con effetto retroattivo del provvedimento amministrativo presupposto comporta anche l'automatica caducazione degli effetti del negozio giuridico conseguente.

La qualificazione in termini di caducazione automatica degli effetti del vizio dell'attività negoziale può costituire la chiave di volta per la soluzione del problema inerente al riparto di giurisdizione in quanto garantisce sia il rispetto della giurisdizione ordinaria, quando si tratta di individuare, con statuizioni idonee a passare in giudicato, le conseguenze prodotte sul contratto dalla sentenza del giudice amministrativo di annullamento dell'aggiudicazione della gara, sia l'effettività della tutela affidata al giudice amministrativo.

La sentenza di annullamento dell'aggiudicazione, infatti, obbliga l'amministrazione soccombente a conformarsi alle relative statuizioni, costituendo un vincolo permanente e puntuale sulla successiva attività amministrativa, il cui contenuto non può prescindere dall'effetto caducatorio del contratto stipulato.

Di conseguenza, in ragione dell'efficacia conformativa della sentenza di annullamento e prendendo sempre maggiore coscienza del fatto che il giudizio amministrativo è soprattutto un giudizio sul rapporto, la questione del riparto di giurisdizione, a mio avviso, costituisce un falso problema, mentre il problema reale è

costituito dalla ricerca della migliore forma di tutela dell'interesse legittimo dedotto innanzi al giudice amministrativo.

In quest'ottica, notevoli opportunità sono offerte dal recepimento della c.d. direttiva ricorsi che, al fine di garantire la pienezza della tutela del concorrente che avrebbe dovuto essere il legittimo affidatario o che avrebbe avuto titolo a competere, prevede meccanismi tali da impedire la conclusione del contratto prima dello scadere del termine per l'impugnazione degli atti di gara e da favorire, per quanto possibile, la definizione di un eventuale ricorso giurisdizionale prima della stipulazione del contratto, nella consapevolezza della difficoltà di rendere reversibili gli effetti giuridici e materiali compiuti in sua esecuzione.

Peraltro, ove i rimedi preventivi non abbiano sortito l'esito sperato ed il contratto sia stato stipulato, la scelta di attribuire alla giurisdizione del giudice amministrativo, in sede esclusiva e di merito, le decisioni anche in ordine alla privazione degli effetti dei contratti, da un lato, pone fine ad un dibattito sovrabbondante e sostanzialmente inutile, dall'altro, è sicuramente funzionale, attraverso la concentrazione della tutela in un unico giudizio, a rendere la stessa più rapida ed effettiva.

L'attribuzione al giudice amministrativo di una giurisdizione esclusiva e di merito in ordine alla privazione degli effetti del contratto, infatti, consente di abbandonare definitivamente la necessità non solo della doppia giurisdizione ma anche della proposizione del giudizio di ottemperanza per ottenere la piena tutela dell'interesse sostanziale dedotto in giudizio, spettando al plesso giurisdizionale amministrativo, in sede di cognizione ed anche attraverso un'attività sostitutiva dell'amministrazione, la decisione in merito agli effetti sul contratto prodotti dall'annullamento dell'aggiudicazione.

Di talché, le annose e complesse dispute sulla qualificazione giuridica degli effetti sul contratto derivanti dall'annullamento dell'aggiudicazione e sul riparto di giurisdizione in materia sembrano ormai consegnate alla "storia" del diritto.

La considerazione che la norma comunitaria è strutturata in modo da riconoscere il risarcimento del danno per equivalente patrimoniale solo ove non sia possibile soddisfare

l'interesse sostanziale del concorrente illegittimamente pretermesso con il bene della vita al quale aspira conferma, a mio avviso, che il risarcimento dei danni non è la panacea per tutte le situazioni patologiche e che non può essere affatto posto sullo stesso piano della soddisfazione in forma specifica dell'interesse sostanziale, rispetto alla quale si pone in rapporto di sussidiarietà e non di alternatività.

In proposito, occorre rilevare che la soddisfazione in forma specifica dell'interesse sostanziale, vale a dire l'attribuzione del bene della vita, costituisce un effetto "naturale" dell'esecuzione della sentenza di annullamento e che il risarcimento del danno, di contro, contrasta con l'interesse pubblico che l'amministrazione aggiudicatrice è chiamata ontologicamente a perseguire sia perché determina che la prestazione venga eseguita da chi non è il "giusto" ed il "miglior" contraente sia perché comporta per la finanza pubblica un aggravio di spesa dovendo la stazione appaltante compensare le prestazioni rese dall'illegittimo aggiudicatario e risarcire il danno, ricorrendone i presupposti, all'imprenditore che sarebbe stato legittimo aggiudicatario o legittimo concorrente e contrasta altresì con l'interesse del ricorrente vittorioso in giudizio che perde comunque la possibilità di conseguire le qualificazioni ed i titoli professionali relativi all'esecuzione dell'appalto.

Di notevole rilievo, perciò, appare la previsione che, sulla base delle informazioni relative allo schema di decreto di recepimento della direttiva, dovrebbe escludere l'alternatività tra domanda volta alla soddisfazione in forma specifica dell'interesse sostanziale e domanda volta ad ottenere il risarcimento per equivalente patrimoniale, facendo propendere per la subalternità della seconda.

Infatti - stabilire che la domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione si intende sempre comprensiva della domanda volta a conseguire l'aggiudicazione e il contratto, nonché della domanda di privazione degli effetti del contratto, ove nel frattempo stipulato, anche in difetto di espressa indicazione - chiarisce che l'attribuzione del bene della vita costituisce un effetto "naturale" dell'esecuzione della

sentenza di annullamento, per cui non occorre che sia formulata una specifica richiesta, e determina una priorità delle domande giurisdizionali sottratta alla disponibilità delle parti.

La costruzione logico-giuridica che porta a sottrarre alla parte la possibilità di chiedere, in sede di azione di annullamento, il solo risarcimento del danno per equivalente, da accordare eventualmente in via subordinata, porterebbe anche a ritenere che sia da escludere la facoltà di esperire un'azione risarcitoria del tutto indipendente da un'azione impugnatoria degli atti lesivi e causativi del danno patrimoniale; in proposito è stato ipotizzato che non può aspirare al risarcimento per equivalente del lucro cessante da mancata aggiudicazione il concorrente che, impugnando atti di gara diversi, non ha impugnato l'aggiudicazione.

Roberto Caponigro

Consigliere TAR Lazio