

**CATEGORIE CONTRATTUALI, CONTRATTI PUBBLICI E I NUOVI
RIMEDI PREVISTI DAL DECRETO LEGISLATIVO N. 53 DEL 2010 DI
ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA RICORSI¹.**

di

Vincenzo Lopilato

Sommario: 1. Diritto comunitario, diritto interno, tutela del mercato e categorie contrattuali. 2. Contratti pubblici, principio di legalità e interessi pubblici. 3. Inquadramento tradizionale dei contratti pubblici e rilevanza “esterna” dell’interesse pubblico prima del decreto n. 53 del 2010. 3.1. *Segue*: ... e rimedio della inefficacia automatica da contratto valido. 4. Descrizione e analisi della nuova disciplina. 4.1. “Violazione grave”, regola dell’inefficacia del contratto, azione risarcitoria e sanzioni alternative. 4.2. «Inefficacia del contratto negli altri casi», rimedio risarcitorio e sanzioni alternative. 5. Rilevanza “interna” dell’interesse pubblico e “categoria” dei contratti pubblici. 5.1. *Segue*: natura del sindacato giudiziale e dubbi sull’ampiezza del “potere”. 5.2. Rapporto tra contratto e mercato nella prospettiva comunitaria. 6. La natura della inefficacia. Nullità speciale. Illiceità del contratto per violazione dell’ordine pubblico economico e nullità di disvalore. 6.1. Il regime giuridico della “inefficacia”. 6.2. Natura delle sanzioni alternative e poteri del giudice. 7. Brevi note conclusive.

1. Diritto comunitario, diritto interno, tutela del mercato e categorie contrattuali.

Oggetto di analisi della presente relazione sono i nuovi rimedi contemplati dal decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53, di attuazione della direttiva 2007/66/CE e, in particolare, il rimedio dell’inefficacia del contratto.

In via preliminare, appare opportuno valutare quale incidenza abbia avuto il recepimento della direttiva ricorsi sulla qualificazione sistematica dei contratti pubblici al fine procedere poi all’esatto inquadramento degli strumenti di tutela previsti dal decreto.

Come è noto, negli ultimi anni il legislatore comunitario è più volte intervenuto per disciplinare il fenomeno contrattuale² al fine di *regolare il mercato*, tutelare la concorrenza tra le imprese che in esso vi operano ed evitare, in presenza di talune fattispecie negoziali, forme di abusi della libertà negoziale degli operatori economici che si trovano in una condizione di maggiore forza contrattuale nei confronti del cosiddetto contraente debole. Le misure introdotte sono il risultato della consapevolezza che, essendo il contratto lo strumento principale con cui si realizzano gli scambi nei mercati concorrenziali, attraverso la *regolazione dei contratti*, attuata normalmente mediante norme restrittive della libertà negoziale, si incide sulla *regolazione del mercato*.

¹ Il presente scritto riprende, con integrazioni, il contenuto della relazione tenuta all’incontro di studi su: «Il sistema delle tutele in materia di aggiudicazione di appalti pubblici dopo il decreto 53/2010 di recepimento della direttiva ricorsi», organizzato dall’Università degli studi di Roma tre e tenutosi il 28 aprile 2010.

² L’elencazione delle direttive comunitarie più rilevanti che hanno concorso a formare il diritto europeo dei contratti è, da ultimo, contenuta nello scritto di V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Da contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, 267 e ss.

L'esistenza di una pluralità di direttive comunitarie, aventi invero contenuto eterogeneo ed accomunate dall'esigenza di garantire l'*ordine giuridico del mercato*³, ha portato alla creazione di un vero e proprio *diritto contrattuale europeo*.

Il legislatore italiano, nel recepire nel nostro ordinamento le prescrizioni comunitarie, ha proceduto alla "codificazione" di nuove categorie contrattuali e alla disciplina di nuovi istituti che hanno rotto l'*unitarietà del sistema contrattuale*. Oggi non esiste più il solo *contratto di diritto comune*, costruito in ossequio al principio di irrilevanza dello *status* soggettivo delle parti e alla garanzia della più ampia libertà contrattuale, ma sono state configurate una *pluralità di categorie contrattuali* in attuazione di principi di derivazione comunitaria che limitano fortemente l'autonomia negoziale per assicurare la protezione di una parte del rapporto e un corretto ed effettivo assetto concorrenziale⁴. In particolare, accanto ai contratti ordinari, esistono i contratti dei consumatori e i contratti di impresa asimmetrici che recente dottrina civilistica ha ricondotto ad una nuova categoria, qualificata "terzo contratto"^{5 6}.

Al processo di moltiplicazione dei modelli e alla conseguente frammentazione del sistema contrattuale ha fatto seguito anche il processo di elaborazione di nuovi *rimedi normativi* che tengono conto della peculiarità della fattispecie negoziale e delle esigenze imperative di tutela di determinati interessi di rilevanza particolare e generale.

Alla luce di quanto sin qui sinteticamente esposto può, pertanto, dirsi che, se è pur vero – come è generalmente affermato e riconosciuto nello stesso parere del Consiglio di Stato, commissione speciale del 25 gennaio 2010, reso sullo schema del decreto in esame – che il diritto comunitario demanda agli Stati membri il compito di procedere all'esatto inquadramento sistematico degli istituti nell'ambito delle categorie interne, è altrettanto vero che la regolamentazione europea di particolari istituti determina spesso la necessità di creare nuove categorie o di rivedere e adattare quelle esistenti al fine di tenere conto delle esigenze e degli interessi di rilevanza europea.

2. Contratti pubblici, principio di legalità e interessi pubblici.

³ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, 2004.

⁴ F. DI MARZIO, *Introduzione. Verso il nuovo diritto dei contratti*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti*, Milano, 2004, 1 ess.; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2005; G. DE NOVA, *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 636; F. GALGANO, *La categoria dei contratti alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, 919; P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 545.

⁵ G. GITTI-G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto, l'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Mulino, 2008.

⁶ E' bene puntualizzare che la tendenza alla creazione di plurimi modelli contrattuali è conseguenza anche di processi interni al nostro sistema innescati dalla consapevolezza che esistono esigenze particolari di tutela che giustificano una deviazione forte dalla categoria dei contratti "ordinari": si pensi ai contratti societari e alla rilevanza, anche alla luce della riforma societaria attuata con il d.lgs. 28 giugno 2003 n. 181, del momento contrattuale e del momento istituzionale, con la conseguente questione relativa alla tutela di interessi *ulteriori* rispetto a quelli dei soci (cfr. C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2005, spec. 5).

Occorre a questo punto valutare come il diritto comunitario abbia inciso sulla regolamentazione e qualificazione dei contratti pubblici e dei rimedi azionabili, valutando lo stato del dibattito esistente prima e dopo la riforma del 2010.

Preliminarmente, è bene svolgere una breve premessa sulla valenza e sulla portata che l'interesse pubblico riveste nel settore in esame.

Come è noto, anche l'attività contrattuale dell'amministrazione è retta dal principio di legalità che vuole, in particolare, che lo strumento consensuale sia finalizzato, nei modi che si diranno, al perseguimento dell'interesse pubblico. Il percorso volto alla individuazione della effettiva natura degli interessi che devono essere perseguiti dalle amministrazioni ha conosciuto nel corso degli anni – anche e soprattutto per l'influsso del diritto europeo e per la consequenziale presenza di diverse fonti di regolazione – una complessa evoluzione di cui in questa sede si riporta, per ragioni di sintesi, soltanto l'approdo finale.

Sul versante comunitario, rileva essenzialmente l'interesse pubblico alla tutela della concorrenza⁷ che, nella specie, è essenzialmente strumentale a garantire la libera circolazione delle persone e delle merci. A livello normativo le libertà comunitarie sono tutelate mediante la previsione di procedure di gara che contemplano metodi di scelta del contraente idonei ad assicurare la massima partecipazione degli operatori economici del settore: c.d. concorrenza “per il mercato”⁸.

Sul versante interno, rileva, innanzitutto, l'interesse pubblico finale contemplato di volta in volta dalla legge, che sta alla base della determinazione dell'amministrazione di realizzare un'opera, fornire un bene o svolgere un servizio. Il perseguimento di tale interesse ha una rilevanza costituzionale, rinvenendo il proprio fondamento nel principio democratico che vuole che sia la legge a determinare gli scopi che l'amministrazione deve perseguire (art. 1 Cost.).

Vengono in rilievo anche gli interessi pubblici all'imparzialità e al buon andamento che devono guidare l'azione della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost., i quali, oltre ad avere una loro autonomia per espressa previsione costituzionale, sono anche funzionali al migliore soddisfacimento dello stesso interesse pubblico finale. A titolo esemplificativo, la previsione di metodi di gara volti a consentire la «massima partecipazione» degli operatori economici assicura la scelta dell'offerta migliore (efficacia) e più conveniente (efficienza) e, dunque, la più incisiva tutela degli interessi pubblici finali sottesi a quello specifico contratto di appalto. A loro volta, questi risultati in termini di buon andamento dell'azione amministrativa

⁷ G. CORAGGIO, *Effettività del giudicato e invalidità del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 777.

⁸ Corte cost. n. 401 del 2007; per maggiori approfondimenti in argomento sia consentito rinviare a V. LOPILATO, *Appalti e servizi pubblici fra Stato e Regioni*, in P. CAVALERI (a cura di), *Temî di diritto regionale nella giurisprudenza costituzionale dopo le riforme*, Torino, 2008.

si possono raggiungere soltanto se l'azione della p.a. risulti, altresì, improntata al rispetto del principio di imparzialità⁹.

Alla tutela di questi interessi pubblici occorre aggiungere la tutela degli “interessi privati” che fanno capo agli operatori economici che intendono concorrere, nell'esercizio della propria libera iniziativa economica, in un determinato mercato per l'ottenimento del bene della vita rappresentato dall'aggiudicazione dell'appalto: è questa quella che viene normalmente definita concorrenza in senso soggettivo¹⁰.

È bene, infine, aggiungere che assicurare la concorrenza “per il mercato” implica anche proteggere in via indiretta la posizione dei consumatori: l'esistenza di più imprese nella fase competitiva, garantendo normalmente la scelta della offerta migliore, sia in relazione agli aspetti attinenti alla tipologia di prestazione che al corrispettivo dovuto dall'amministrazione aggiudicatrice, produce, infatti, effetti benefici per i consumatori non soltanto sul piano della fiscalità ma anche in relazione ai costi dei beni o dell'attività che eventualmente, a sua volta, l'amministrazione rivolge all'utenza.

3. Inquadramento tradizionale dei contratti pubblici, rilevanza “esterna” dell'interesse pubblico prima del decreto n. 53 del 2010.

Occorre a questo punto valutare come l'interesse pubblico, nelle sue diverse accezioni sopra sinteticamente indicate, possa essere tutelato.

Come è noto, nell'impostazione tradizionale¹¹ – che assume, quale modello di riferimento, il contratto di diritto comune – l'interesse pubblico, connotando l'attività di una sola delle parti del contratto, è un motivo giuridicamente irrilevante, con la conseguenza che la sua eventuale violazione non potrebbe incidere sul regolamento contrattuale.

È stata la contestuale valutazione dell'esigenza, imposta dal principio di legalità, di rispettare l'interesse pubblico e la presa d'atto della refrattarietà del contratto al piano assiologico degli interessi, che ha portato, in particolare, Massimo Severo Giannini ad

⁹ E. CANNADA-BARTOLI, *Imparzialità e buon andamento in tema di scrutini di merito comparativo*, in *Foro amm.*, 1964, II, 72, ha posto chiaramente in evidenza come l'imparzialità sia lo strumento del buon andamento, in quanto garanzia che siano adottate scelte ottimali secondo criteri oggettivi.

¹⁰ A tal proposito, si veda, G. CORSO, *Tutela della concorrenza*, in G. CORSO – V. LOPILATO, *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, parte speciale, volume primo, Milano, 2006, 4-5; M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 1429 ss.; ID., *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, 433 e ss.

¹¹ Tra gli altri, G. PERICU, *L'attività consensuale della Pubblica amministrazione*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO -F.A. ROVERSI MONACO-F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 293; G. FARES, *Annullamento dell'aggiudicazione e ripercussioni sul contratto: qualche riflessione alla luce dei più recenti indirizzi interpretativi*, in *Foro amm.-Tar*, 2004, 2682; F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubb.*, 1998, 35.

elaborare la categoria dei contratti ad evidenza pubblica o, per meglio dire, dei procedimenti ad evidenza pubblica¹².

In questa prospettiva, la tutela dell'interesse pubblico era affidata *esclusivamente* agli atti e ai provvedimenti che precedono la stipulazione del contratto e che danno vita, appunto, al procedimento amministrativo di evidenza pubblica. Nell'ottica strettamente contrattuale veniva in rilievo invece il solo procedimento negoziale che “doppia” quello amministrativo¹³.

Più in particolare, le regole poste dalle norme di diritto pubblico, che disciplinano il procedimento amministrativo che precede la stipulazione del contratto, sono *regole di validità* che si rivolgono *direttamente agli atti e provvedimenti amministrativi* e non al contratto. Le regole poste dalle norme di diritto privato, che disciplinano il procedimento negoziale che precede anch'esso la stipulazione del contratto, sono *regole di condotta* che si rivolgono direttamente al contratto e la cui violazione, sussistendo determinati presupposti, potrebbe determinare responsabilità precontrattuale della p.a.¹⁴

È evidente, pertanto, come l'orientamento tradizionale – muovendo dall'analisi del dato normativo e dalla considerazione dei contratti pubblici quali «fattispecie contrattuali come tutte le altre»¹⁵ – fosse dell'avviso che l'interesse pubblico rimanesse *esterno* rispetto al contratto, dovendo lo stesso essere tutelato mediante gli ordinari rimedi di diritto amministrativo e cioè attraverso l'annullamento dei provvedimenti illegittimi.

Questa impostazione era guidata dall'esigenza di mantenere sostanzialmente inalterato, in mancanza, si ribadisce, di una disciplina che si occupasse della fase genetica del contratto, il modello tradizionale che – in ragione della sua struttura connotata dalla valenza paritaria dei soggetti e dalla consequenziale irrilevanza degli interessi appartenenti ad uno solo di essi – non avrebbe consentito di assegnare agli interessi pubblici una valenza *interna* alla fattispecie negoziale.

La ricostruzione proposta è stata mantenuta ferma anche successivamente all'emanazione di una serie di direttive comunitarie, comprese le fondamentali direttive n. 17 e n. 18 del 2004, che hanno regolamentato in maniera innovativa il settore e a cui è stata data attuazione con il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture)¹⁶. Si è preso atto della effettiva natura degli interessi pubblici tutelati e della loro complessità in

¹² M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, 363 ss.

¹³ Cfr. G. ROMEO, *Aggiudicazione e contratto: un tentativo fallito di pubblicizzare il contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1043, secondo cui «la vicenda *contrattuale*, così come disciplinata dal diritto civile, resta separata dalla vicenda *amministrativa*, altrettanto puntualmente disciplinata dal diritto positivo».

¹⁴ Tar Calabria, sede di Catanzaro, sez. II, 9 giugno 2009, n. 627, in *Corr.giur.*, 2010, 536 e ss., con nota di A. DI MAJO, *Regole di validità e di comportamento nei contratti con la p.a.*, 540 e ss.

¹⁵ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 366.

¹⁶ M.A. SANDULLI, *L'oggetto*, in *I principi generali – I contratti pubblici – I soggetti*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICIOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano 2008, 5 e ss.

una prospettiva europea e nazionale ma, permanendo l'assenza di una regolamentazione del contratto, è rimasta ferma l'impostazione tradizionale legata alla categoria del contratto di diritto comune.

3.1. *Segue: ... e rimedio della inefficacia automatica da contratto valido.*

La mancanza di una costruzione autonoma della categoria dei contratti pubblici ha condizionato anche la questione relativa alla individuazione dei rimedi azionabili, sul piano contrattuale, in presenza di una accertata violazione dell'interesse pubblico. In particolare, le premesse metodologiche di fondo sopra esposte hanno condizionato e reso estremamente complessa l'analisi dei rapporti tra fase provvedimentale e fase negoziale.

Nell'esame di tale tematica ha sempre assunto un ruolo centrale lo studio delle *ripercussioni indirette* che l'accertata *invalidità provvedimentale* e la conseguenziale violazione dell'interesse pubblico potessero avere sulle *sorti del contratto*. In altri termini, in mancanza di una espressa regolamentazione normativa dei rapporti tra provvedimento e contratto, ci si è sempre posti il problema, muovendo dalla struttura e dalla funzione della procedura di evidenza pubblica¹⁷, di quale fosse l'incidenza della violazione dell'interesse pubblico, interno e comunitario, sul regolamento contrattuale morfologicamente refrattario al piano assiologico degli interessi.

Come è noto, la prevalente giurisprudenza amministrativa¹⁸ riteneva che l'annullamento del provvedimento di scelta del contraente determinasse la *inefficacia* del contratto da *caducazione automatica*. Non è questa la sede per analizzare nei dettagli i diversi percorsi argomentativi seguiti per giungere a tale conclusione¹⁹, essendo sufficiente mettere in evidenza come il presupposto dommatico comune fosse rappresentato dalla rilevanza *esterna* degli interessi pubblici.

In questa prospettiva, tale tipologia di inefficacia costituiva il rimedio più coerente con la impostazione che, si ribadisce, riteneva, in linea con la normativa europea e nazionale vigente, che l'interesse pubblico venisse tutelato non (anche) mediante *regole di validità del contratto* ma esclusivamente attraverso norme imperative indirizzate agli atti e provvedimenti posti in essere nel procedimento amministrativo di scelta del contraente.

Pertanto, il contratto, non coinvolto *direttamente* dal giudizio di validità imposto dalle norme di tutela dell'interesse pubblico, poteva ritenersi *valido ma inefficace* realizzando quella che si definisce comunemente *inefficacia in senso stretto*. Tale tipologia di inefficacia presuppone che gli effetti del contratto vengano meno in ragione dell'incidenza sull'assetto contrattuale di un

¹⁷ Sul punto sia consentito rinviare a V. LOPILATO, *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali*, in *Foro amm.-Tar*, 2006,1521 e ss.

¹⁸ Tra le altre, Consiglio Stato sez. V, 9 novembre 2009, n. 6966; Id., sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332.

¹⁹ V. F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *www.giustamm.it*, gennaio 2007; G. FARES, *Annullamento dell'aggiudicazione e ripercussioni sul contratto: qualche riflessione alla luce dei più recenti indirizzi interpretativi*, cit.

elemento esterno in grado di privare la fonte contrattuale della sua idoneità a realizzare il piano programmato dalle parti.

Logica e coerente conseguenza di tale ricostruzione era rappresentata dalla *automatica privazione di effetti* della fattispecie contrattuale conseguente al giudizio di invalidità del provvedimento amministrativo di aggiudicazione. L'autorità giudiziaria avrebbe dovuto, pertanto, limitarsi – qualunque fosse la natura e la portata del vizio del provvedimento amministrativo – a prendere atto della sopravvenienza rappresentata dalla sentenza di annullamento dell'atto di aggiudicazione e dichiarare inefficace il contratto.

In questa prospettiva è anche plasticamente percepibile come il complesso fenomeno in esame incidesse direttamente sugli effetti del rapporto contrattuale secondo schemi che evocano, pur nella diversità del presupposti, gli istituti della condizione risolutiva ovvero della sopravvenienza di una legge successiva non avente efficacia retroattiva. Parte della giurisprudenza amministrativa, invero, per spiegare il rapporto tra provvedimento e contratto, pur in presenza di atti aventi natura eterogenea, ha anche evocato il meccanismo del collegamento negoziale e della regola del *simul stabunt simul cadent*.²⁰

4. Descrizione e analisi della nuova disciplina.

4.1. “Violazione grave”, regola dell'inefficacia del contratto, azione risarcitoria e sanzioni alternative.

Giunti a questo punto dobbiamo valutare quale incidenza abbia avuto il nuovo decreto n. 53 del 2010 sull'esatto inquadramento dei contratti pubblici e sui rimedi azionabili in presenza della accertata violazione dell'interesse pubblico²¹.

In via preliminare e a questi fini appare opportuno descrivere il contenuto della nuova disciplina che interessa in questa sede, con contestuale indicazione di taluni profili di criticità.

Il legislatore nazionale, recependo le prescrizioni contenute nella direttiva comunitaria del 2007, ha introdotto un sistema che fa leva essenzialmente su rimedi di *natura preventiva* che impongono l'obbligo di non stipulare il contratto prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva. Si è, inoltre, previsto che «se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che

²⁰ Consiglio di Stato, sez. VI. 5 maggio 2003, n. 2332.

²¹ Per un commento all'intero decreto si v. R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, maggio 2010; M. LIPARI, *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia “flessibile” del contratto*, *ivi*, aprile 2010; prima dell'approvazione del predetto decreto si v. V. CERULLI IRELLI, *Osservazione sulla bozza di decreto legislativo attuativo della delega di cui all'art. 44 legge n. 88/99 (presentate alla commissione giustizia della Camera dei deputati, l'11.2.2010)*, in *www.giustamm.it*, febbraio 2010.

entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione nel merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva» (art. 1).

Il legislatore, sempre in attuazione delle prescrizioni europee, ha altresì contemplato *rimedi di natura successiva* azionabili qualora il contratto sia stato stipulato, prevedendo norme che distinguono due diverse fattispecie, l'una relativa alla «inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni», l'altra alla «inefficacia del contratto negli altri casi».

Le violazioni gravi si hanno, in primo luogo, quando l'amministrazione abbia svolto una procedura di gara senza pubblicazione del bando o dell'avviso, ovvero abbia proceduto all'aggiudicazione con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti. In queste ipotesi, a rigore, potrebbe anche mancare la stessa fase amministrativa e conseguentemente gli atti e i provvedimenti che la compongono.

In secondo luogo, la violazione grave può essere conseguenza della concomitanza dei seguenti fattori: i) mancato rispetto del termine dilatorio di sospensione, con impossibilità del ricorrente di avvalersi dei mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto; ii) “vizio proprio” dell'aggiudicazione; iii) incidenza del vizio «sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento»²², con conseguente giudizio prognostico su quale sarebbe stato l'esito della gara.

In questi casi la regola è la declaratoria di inefficacia del contratto che può essere esclusa qualora il giudice ravvisi «esigenze imperative connesse ad un interesse generale». La norma puntualizza che integrano tali esigenze, «tra l'altro», «quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale».

Come risulta anche dalla “esemplificazione legislativa” si deve ritenere che le ragioni idonee ad evitare la dichiarazione di inefficacia attengono essenzialmente alle esigenze di tutela dell'interesse pubblico che sta alla base della decisione dell'amministrazione di indire quella determinata procedura di gara.

Si è previsto, inoltre, che «gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate»; la disposizione prosegue puntualizzando che, in tale valutazione, il giudice deve anche avere riguardo «all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara». Il legislatore ha cura, altresì, di precisare che «non costituiscono

²² Sul punto, la formulazione della norma è imprecisa: dal suo tenore letterale sembra che sia la violazione del termine di sospensione e non il “vizio” dell'aggiudicazione ad avere «influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'appalto».

esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono, tra l'altro, i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia»²³.

Non è condivisibile la scelta del legislatore, non contemplata dal diritto comunitario, di indicare, tra gli interessi economici non afferenti al contratto, quelli conseguenti alla mancata proposizione della domanda di subentro. Se si fosse voluto assegnare valenza a tale domanda si sarebbe dovuto espressamente prevederla quale "condizione" stessa della dichiarazione di inefficacia del contratto. L'art. 11 impone, invece, come si dirà, che il ricorrente formuli espressamente la «domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto» ma non anche quella di subentrare nel rapporto contrattuale in corso o per meglio dire sembra che si sia ritenuto, correttamente, implicito nella domanda di conseguire il contratto anche quella di subentrare eventualmente nel rapporto contrattuale. Ma se fosse così non si comprende perché si richieda espressamente una dichiarazione di volere succedere nel rapporto ai fini del giudizio sulla validità del contratto. In tale prospettiva, sembra eccessivo, anche sul piano delle prescrizioni comunitarie, ritenere che il giudice nella valutazione sulla "sorte" del contratto possa non dichiararne la inefficacia assegnando una particolare valenza impeditiva alla mancata proposizione della domanda di subentro.

Sotto altro profilo, la domanda in esame non afferisce propriamente, come invece ritenuto dal legislatore, agli "interessi economici", in quanto la sua assenza incide al più sull'attuazione degli interessi pubblici connessi alla realizzazione del piano programmato con il contratto di appalto.

L'art. 12 prevede che se il giudice amministrativo decide, alla luce dei criteri indicati dalla legge, di non dichiarare l'inefficacia del contratto dispone, su domanda e a favore del solo ricorrente avente titolo all'aggiudicazione, il risarcimento per equivalente del danno da questi subito e provato.

Anche tale ultima previsione presenta taluni profili di criticità.

In primo luogo, avendo riguardo alla formulazione letterale della stessa, sembra che il risarcimento del danno possa essere richiesto soltanto quando il giudice amministrativo non dichiara la inefficacia del contratto. Invero, dovrebbe essere consentito al ricorrente di chiedere contestualmente la tutela specifica e risarcitoria, qualora ovviamente dimostri che, in particolare, il ritardato riconoscimento del "diritto" al bene della vita gli ha cagionato un effettivo pregiudizio.

²³ E' alquanto incerta la distinzione che la norma introduce, in attuazione di quanto stabilito a livello europeo, tra interessi economici e non economici afferenti al contratto.

In secondo luogo, risulta non condivisibile la scelta legislativa di limitare il risarcimento del danno soltanto a favore del ricorrente che dimostri di «avere titolo all'aggiudicazione», escludendo la risarcibilità del danno da perdita di *chances*²⁴. Inoltre, sarebbe alquanto anomala la previsione di due condizioni diverse, in relazione al profilo in esame, per ottenere la tutela reale e risarcitoria: per la dichiarazione di inefficacia del contratto nei casi gravi si deve dimostrare che il vizio dell'aggiudicazione abbia «influito sulle *possibilità* del ricorrente di ottenere l'aggiudicazione» (corsivo aggiunto); per la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno è necessario che sussista il requisito della *certezza*, occorrendo dimostrare «il diritto all'aggiudicazione». In definitiva, il ricorrente che non abbia ottenuto – pur in presenza di un vizio dell'aggiudicazione avente la natura richiesta dalla norma per la concessione della tutela reale – la declaratoria di inefficacia del contratto, per la sussistenza di contrarie «esigenze imperative», deve potere avere diritto, sussistendone i presupposti, almeno al risarcimento del danno che deve essere ancorato al requisito della *possibilità*.

È bene aggiungere che se la inefficacia non viene dichiarata perché manca la domanda del ricorrente il secondo comma dell'art. 12 prevede che la condotta processuale della parte, che «senza giustificato motivo» non ha formulato la domanda volta ad ottenere l'aggiudicazione e il contratto «o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto», è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile.

Inoltre, il giudice amministrativo – sempre se decide di non dichiarare l'inefficacia del contratto ovvero di non estendere tale dichiarazione alle prestazioni già eseguite – applica le sanzioni alternative previste dall'art. 11 dello stesso decreto in esame.

In particolare, tale disposizione contempla due diverse tipologie di sanzioni alternative: la riduzione della durata del contratto e la sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante.

In relazione alla prima il comma 1, lettera b), dell'art. 11 prevede la riduzione della durata del contratto «ove possibile, da un minimo del 10% ad un massimo del 50% della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo».

In relazione alla seconda, si prevede l'applicazione alla stazione appaltante di una sanzione pecuniaria di importo che va dallo 0,5 per cento al 5 per cento del valore del contratto, inteso come prezzo di aggiudicazione che è versato all'entrata del bilancio dello Stato²⁵.

²⁴ M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, cit.; G. PELLEGRINO, *Il Codice ad un passaggio decisivo. Tra grande occasione e strani paradossi*, in www.giuristamm.it, aprile, 2010.

²⁵ Sulla natura delle sanzioni v. successivo par. 6.2.

4.2. «Inefficacia del contratto negli altri casi», rimedio risarcitorio e sanzioni alternative.

Il legislatore comunitario ha imposto la privazione di effetti del contratto, quale regola, in presenza delle fattispecie sopra esposte. «Negli altri casi», salvo ciò che diremo oltre con riferimento all'applicazione delle sanzioni alternative, ha demandato alla discrezionalità dei singoli Stati membri di prevedere il rimedio ritenuto più adatto a tutelare gli interessi in gioco.

L'art. 10 del d.lgs. n. 45 del 2010 stabilisce che, fuori dalle ipotesi contemplate dalla disposizione di cui ci siamo occupati e dell'ipotesi in cui, come si dirà, trova applicazione "solo" la sanzione alternativa, «il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentro nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la relativa domanda sia stata proposta».

Come risulta dal tenore letterale della norma, la individuazione delle fattispecie in essa contemplate deve avvenire in via residuale rispetto a quelle "più gravi" previste dalla precedente disposizione.

È bene da subito chiarire che il rapporto di residualità non è utilizzabile, in ragione del peculiare contenuto precettivo della norma, con riferimento alle gravi fattispecie rappresentate dalla violazione delle minime regole di garanzia per la previsione di forme di affidamento diretto: in questi casi, il rimedio, con le eccezioni delle esigenze imperative connesse ad un interesse generale, deve essere quello della inefficacia.

Per individuare, pertanto, le ipotesi in cui il legislatore può scegliere il rimedio da applicare occorre avere riguardo alla seconda evenienza in cui concorrono più elementi a definirla (violazione del termine, "vizio proprio dell'aggiudicazione", giudizio prognostico favorevole al ricorrente). Orbene, fermo restando ovviamente che deve sussistere un "vizio proprio dell'aggiudicazione", le variabili sono rappresentate dalla violazione del termine e dal giudizio prognostico. Si può, pertanto, ipotizzare che: i) non è stato osservato il termine di sospensione, ma nondimeno manca il requisito della incidenza del vizio della procedura amministrativa sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento; ii) è stato osservato il termine, il contratto viene stipulato dopo il periodo di sospensione (non avendo, ad esempio, il g.a. ritenuto di accogliere la domanda cautelare di sospensione), ma nella definizione della controversia, nel merito, si riscontra la sussistenza di un vizio dell'aggiudicazione che ha inciso ovvero (più realisticamente) non ha inciso sulle possibilità di affidamento. In altri termini, mi sembra che l'alternativa che deve sussistere per l'applicazione dell'art. 10 sia la seguente:

violazione procedimentale ma non sostanziale “grave”; violazione sostanziale (“grave” e) non “grave”, ma non procedimentale.

In tutti questi casi, che non rientrano nell’ambito applicativo della norma di stretta imposizione comunitaria, il giudice potrebbe decidere di dichiarare ugualmente l’inefficacia del contratto all’esito di un bilanciamento degli interessi effettuato alla luce dei criteri indicati dalla norma stessa.

L’art. 10, però, ha un contenuto “incompleto” perché non stabilisce quale rimedio si applichi se il giudice decida di non dichiarare la inefficacia del contratto. Il completamento della fattispecie normativa dovrebbe avvenire mediante la lettura dell’art. 12, il quale prevede, come già sottolineato, che quando il giudice non dichiara l’inefficacia del contratto dispone, «su domanda e a favore del solo ricorrente avente titolo all’aggiudicazione, il risarcimento per equivalente del danno da questi subito e provato».

Alla luce di quanto esposto è evidente che tale completamento della fattispecie normativa è solo parziale, in quanto si limita in maniera non ragionevole, anche in questo caso, il risarcimento del danno soltanto a favore del soggetto avente titolo all’aggiudicazione, escludendo la risarcibilità del danno per perdita di *chances* che dovrebbe, invece, essere riconosciuta, sempre che, ovviamente, ne sussistano, in relazione alla natura della controversia, i presupposti.

Per quanto attiene poi all’applicazione delle sanzioni alternative l’art. 11 del decreto prevede che, oltre che nei già esaminati casi gravi in cui non si dichiara la inefficacia, le sanzioni alternative si possono applicare soltanto quando è violato il solo termine di sospensione.

Ne dovrebbe conseguire che nella fattispecie in esame il giudice amministrativo non possa applicare alcuna sanzione in quanto è certamente presente, oltre la violazione del predetto termine, anche un “vizio proprio” dell’aggiudicazione.

La disposizione è, sul punto, criticabile, in quanto desta dubbi la circostanza che sia prevista, in linea con le indicazioni contenute nel parere del Consiglio di Stato, l’applicazione della sanzione soltanto in presenza della mera violazione del termine e non anche in presenza di un vizio proprio dell’aggiudicazione. Potrebbe risultare non ragionevole escludere la sanzione in una ipotesi che è più grave rispetto a quella della “mera violazione”. In altri termini, stando al tenore letterale della norma, si dovrebbe fare applicazione della sanzione quando, oltre alla violazione del termine non sussiste anche un “vizio proprio dell’aggiudicazione”, mentre quando tale vizio sussiste, sempre unitamente alla violazione del termine, non dovrebbe applicarsi alcuna sanzione. A me sembra che il diritto comunitario imponesse, sia pure con una previsione non chiarissima (art. 2-*sexies*), la scelta tra inefficacia e sanzioni non soltanto in presenza della “mera violazione” del termine ma anche di un vizio

proprio dell'aggiudicazione che, però, non abbia influito sulle opportunità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto.

Si sarebbe, invero, potuto optare – considerata la particolare natura sanzionatoria del rimedio in esame e la sua assoluta peculiarità nel nostro sistema di tutela – per una interpretazione “restrittiva” della direttiva comunitaria e ritenere applicabile la sanzione soltanto in presenza di un “vizio proprio dell'aggiudicazione”²⁶. Se l'obiettivo è quello di introdurre nel sistema meccanismi con effetto deterrente nei confronti delle parti pubbliche e private può ritenersi che l'analisi complessiva dei rimedi previsti riesca già ad assicurare il perseguimento degli obiettivi posti²⁷.

5. Rilevanza “interna” dell'interesse pubblico e “categoria” dei contratti pubblici.

Descritte le linee essenziali della nuova disciplina, occorre adesso valutare, innanzitutto, come essa abbia inciso sull'inquadramento sistematico dei contratti pubblici.

Da quanto sin qui esposto risulta come il legislatore italiano, dando attuazione a precise prescrizioni comunitarie, abbia attribuito diretta rilevanza all'interesse pubblico all'interno dell'operazione negoziale. Sono, infatti, state contemplate *regole imperative sul contratto* che si *indirizzano* al regolamento negoziale, conformandone la natura e la struttura a tutela del mercato.

In particolare, il legislatore europeo ha voluto prevedere dei rimedi uniformi vincolanti per tutti gli Stati membri al fine di evitare che si possano realizzare distorsioni della concorrenza e la conseguente violazione delle libertà comunitarie di circolazione delle persone e delle merci. Si tenga conto che, prima dell'emanazione della direttiva ricorsi del 2007, esistevano ordinamenti, quali quello inglese e tedesco, per i quali le eventuali illegittimità riscontrate nella fase procedimentale non erano idonee ad incidere sulla stabilità del contratto stipulato²⁸.

Il legislatore nazionale, recependo la direttiva comunitaria, ha confermato la essenzialità di un giudizio sul contratto e ha completato, così, un percorso legislativo complesso che,

²⁶ E' sì vero che il 19° considerando della direttiva ricorsi fa riferimento, ai fini dell'applicazione delle sanzioni alternative, alle «violazioni di requisiti formali», ma ciò non esclude che il legislatore avrebbe potuto ritenere che si debba comunque ricadere nell'ambito applicativo della norma che disciplina la «inefficacia negli altri casi» e quindi stabilire che si applicano le sanzioni alternative quando il g.a. ritenga che il vizio proprio dell'aggiudicazione, unitamente alla valutazione degli altri elementi, non sia idoneo a condurre ad una declaratoria di inefficacia del contratto.

²⁷ Sotto altro aspetto, non si comprende la previsione dell'ultimo inciso del comma 3 dell'art. 11 nella parte in cui prevede che si applica la sanzione «quando la violazione non abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e non abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'appalto». Questa specificazione aveva un senso nello schema originario del decreto quando era prevista l'alternatività tra sanzioni alternative e inefficacia del contratto in presenza di un “vizio dell'aggiudicazione” che non avesse però influito, appunto, sulla possibilità del ricorrente di ottenere l'appalto. Lo stesso dicasi per il riferimento alla possibilità del ricorrente di avvalersi dei mezzi del ricorso prima della stipulazione del contratto.

²⁸ Cfr. B. MARCHETTI, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 135.

mediante la codificazione di settore, ha portato alla più nitida definizione e autonomia della categoria contratti pubblici rispetto al modello tradizionale dei contratti di diritto comune.

L'interesse pubblico, da elemento esterno al contratto, è divenuto elemento di valutazione interno all'assetto negoziale con conseguente necessità che il giudice valuti, all'esito del giudizio di bilanciamento degli interessi, se il contratto, per il suo "contenuto", alteri le regole del mercato nonché violi esigenze aventi un fondamento costituzionale. Lo svolgimento di tale giudizio è necessariamente più complesso rispetto a quello effettuato con riferimento alla legittimità del solo provvedimento amministrativo in quanto, una volta instaurato il rapporto contrattuale, devono essere valutati altri interessi pubblici soprattutto di valenza "interna" e relativi all'attività oggetto del contratto stesso²⁹. La violazione di regole imperative rivolte al contratto può comportare, come si è visto, la drastica misura della inefficacia ovvero l'applicazione di rimedi diversi quali, ad esempio, la sanzione della riduzione della durata del contratto o l'applicazione di una sanzione pecuniaria.

È bene puntualizzare che quanto sin qui detto non significa che l'interesse pubblico sia divenuto la funzione economico-individuale perseguita dal contratto, concorrendo ad integrare la causa in concreto e cioè la ragione pratica dell'affare. La completa estraneità della parte privata rispetto a tale assetto di interessi impedisce qualunque costruzione che, prendendo spunto dalle nuove concezioni sulla causa del contratto³⁰, intenda, almeno allo stato della legislazione, porre al centro dell'analisi elementi strutturali della fattispecie contrattuale.

Né può ritenersi che l'amministrazione stipuli il contratto nell'esercizio di un potere amministrativo, in quanto, come chiaramente riconosciuto anche dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 401 del 2007, la p.a. agisce pur sempre nell'esercizio della propria autonomia negoziale: una volta stipulato il contratto e superata la soglia procedimentale, l'amministrazione, salvo talune eccezioni afferenti alla fase esecutiva, agisce come contraente e non mediante la spendita di potestà pubblicistiche.

Ne consegue che l'interesse pubblico assume una valenza *interna* al contratto, non attraverso il mezzo civilistico della causa, né quello pubblicistico del potere amministrativo, ma per il tramite della previsione di *norme imperative* indirizzate al contratto che, al fine di tutelare essenzialmente l'assetto concorrenziale del mercato, hanno conformato la regola contrattuale limitando in maniera stringente l'autonomia contrattuale delle parti. È bene, inoltre, chiarire

²⁹ Rimane comunque un nucleo comune di valutazioni che devono essere svolte nel sindacato sull'atto e sul contratto, il che giustifica, tra l'altro, l'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva in relazione alla sorte del contratto. Sulla necessità, al fine di garantire il principio di effettività della tutela, di assegnare ad un unico giudice le controversie che involgono la fase amministrativa e la fase della successiva stipulazione del contratto si v. P. de LISE, *Effettività della tutela e processo sui contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, dicembre 2008; ritiene, invece, che la giurisdizione sul contratto dovrebbe spettare al giudice ordinario G. ROMEO, *Aggiudicazione e contratto: un tentativo fallito di pubblicizzare il contratto*, cit., 1044 e ss.

³⁰ Da ultimo, Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947.

che, almeno sul piano astratto, il rapporto dell'amministrazione con il pubblico interesse è diverso nella fase amministrativa e in quella negoziale: nel primo caso la p.a. agisce come autorità e deve perseguire, per il tramite dei provvedimenti amministrativi, l'interesse pubblico; nel secondo caso agisce come contraente e pertanto deve, unitamente alla parte privata, evitare di dare vita ad un assetto contrattuale *contrario* agli interessi pubblici rilevanti.

5.1. *Segue*: natura del sindacato giudiziale e dubbi sull'ampiezza del "potere".

Alla luce di quanto sopra esposto occorre, pertanto, tenere distinto il *sindacato sull'atto e sull'esercizio del potere amministrativo* e il *sindacato sul contratto e sull'esercizio dell'autonomia negoziale*.

Nel primo caso opera rigorosamente il principio di separazione tra poteri e la conseguente impossibilità, tranne negli eccezionali casi di giurisdizione estesa al merito, per il giudice di sostituirsi all'amministrazione.

Anche nel secondo caso, invero, il giudice non potrebbe sovrapporre proprie valutazioni a quelle riservate all'autonomia contrattuale ma può comunque svolgere un sindacato forte, consentito da norme imperative, per tutelare gli interessi pubblici rilevanti nel settore in esame.

In questa prospettiva, che distingue potere amministrativo e autonomia negoziale, può spiegarsi l'affermazione contenuta nel citato parere del Consiglio di Stato secondo cui non si sarebbe in presenza di una «giurisdizione di merito» che «presuppone che la legge autorizzi il giudice amministrativo a "sostituirsi" all'amministrazione, effettuando, in luogo di questa, scelte discrezionali conformi a regole non giuridiche di buona amministrazione, che attengono a profili di opportunità e di convenienza del provvedimento amministrativo»; aggiungendosi come tale carattere di giurisdizione «mal si attaglia a controversie aventi ad oggetto aspetti, di natura civilistica, inerenti l'effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto già stipulato»³¹.

Chiarito ciò, occorre, però, valutare, analizzando attentamente il testo normativo, se, per caso, dietro lo schermo formale del controllo dell'autonomia contrattuale non si nascondano forme anomale di attribuzione al giudice amministrativo di valutazioni che spettano alla pubblica amministrazione.

A tale proposito, riprendendo le verifiche che, ad esempio, devono essere svolte nei «casi gravi», nessun problema sorge ovviamente con riguardo all'accertamento della violazione del termine di sospensione e della sussistenza del "vizio proprio dell'aggiudicazione". Ma nessun problema pone anche, a mio avviso, il giudizio prognostico volto a stabilire se il predetto vizio «abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento» e dunque se lo stesso

³¹ Per maggiori approfondimenti sul punto si v. F. SAITTA, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, in www.giustamm.it, aprile 2010.

abbia inciso effettivamente sul “rapporto”³². Una volta che il potere amministrativo è stato esercitato con l’emanazione dell’atto di aggiudicazione a cui poi è seguita la stipulazione del contratto, è ben possibile che il giudice possa “ripercorrere” virtualmente la procedura di gara per valutare l’incidenza sugli interessi pubblici dell’illegittimità riscontrata. Del resto, tale giudizio il g.a. può svolgere anche quando deve stabilire se sussiste un danno risarcibile nei casi in cui non sia più possibile ottenere quel bene della vita; senza contare, poi, che se si ammette l’azione risarcitoria autonoma, nei limiti e secondo le modalità prefigurate dallo schema di decreto di approvazione del codice del processo amministrativo³³, dovrebbe essere normale l’effettuazione del giudizio prognostico.

Problemi pone, invece, la valutazione giudiziale relativa all’accertamento in ordine alla sussistenza di «esigenze imperative connesse ad un interesse generale». Sul punto, la norma si limita a stabilire che tra tali esigenze rientrano «quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall’esecutore attuale». Ma l’esemplificazione è preceduta da un «fra l’altro» che di fatto costituisce una “delega in bianco” da riempire da parte dell’autorità giudiziaria nell’esercizio di un sindacato sganciato da qualunque elemento fattuale idoneo ad orientare il sindacato stesso. È questa una anomalia nell’attuale sistema di tutela sia pubblicistico sia privatistico.

Del resto, l’attuazione nel nostro ordinamento di tale prescrizione era facoltativa. Una volta, però, che il legislatore italiano ha deciso di tradurre in norma anche tale aspetto, avrebbe dovuto, a mio avviso, indicare, ancorché con formulazione ampia, i presupposti di fatto che il giudice dovrebbe tenere presente nell’effettuazione del giudizio sul contratto. In altri termini, mi sembra poco compatibile con i limiti che l’autorità giudiziaria incontra anche quando sindacava l’esercizio delle autonomie negoziali la previsione di una norma la quale stabilisca che il giudice deve valutare la sussistenza di un “interesse generale” non meglio specificato e identificato. L’anomalia della previsione si può cogliere ancora di più se si considera che l’estrema genericità della previsione potrebbe porre un problema di rispetto del principio di legalità anche se la disposizione in esame avesse quale suo destinatario non il giudice ma la pubblica amministrazione.

5.2. Rapporto tra contratto e mercato nella prospettiva comunitaria.

³² In generale, sull’arricchimento delle tecniche di tutela nel processo amministrativo si v. P. de LISE, *Verso il Codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, aprile 2010.

³³ Come è noto, tale decreto, approvato dal Consiglio di ministri nella seduta del 16 aprile 2010, dà attuazione all’art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile); in argomento si v. A. PAJNO, *La giustizia amministrativa all’appuntamento con la codificazione*, *Dir. proc. amm.*, 2010, 119 e ss-

Fermi restando gli aspetti di criticità sopra esposti, può ritenersi che la forma di controllo dell'autonomia negoziale prevista dal decreto sia, pur nella diversità delle fattispecie, comune a tutti gli interventi comunitari volti ad incidere direttamente sul contratto quale strumento principale di regolazione del mercato concorrenziale. Nei contratti di derivazione comunitaria la preoccupazione del legislatore è sicuramente quella di evitare che un determinato regolamento negoziale possa, molte volte mediante il pregiudizio della parte debole, incidere negativamente sul principio di libera concorrenza tra gli operatori economici del settore. Del resto, il fine di disciplinare il contratto per tutelare, in una prospettiva comunitaria, la concorrenza emerge espressamente da quanto contenuto nel 14° considerando della direttiva ricorsi: «la privazione di effetti è il modo più sicuro per *ripristinare la concorrenza* e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati della possibilità di competere» (corsivi aggiunti).

E' innegabile che la fattispecie al nostro esame presenta talune peculiarità, non fosse altro perché parte del contratto è un soggetto pubblico che deve, per "statuto", perseguire l'interesse pubblico. Il che rende particolare anche il modo attraverso cui rileva l'esigenza di tutelare la concorrenza.

Nella regolazione dei normali contratti incidenti sul mercato stipulati *tra privati*, le norme di settore limitano l'autonomia negoziale di soggetti che hanno entrambi o almeno uno di essi la qualifica di imprenditore. Nel caso in esame siamo in presenza di un contratto in cui la pubblica amministrazione interviene non in qualità di impresa pubblica ma di "pubblica autorità", ancorché, come più volte sottolineato, nell'esercizio della propria autonomia negoziale. Guardando il fenomeno in questa prospettiva, è evidente come l'imposizione di regole imperative nella costruzione del regolamento contrattuale è finalizzata ad assicurare la libera concorrenza degli operatori economici che entrano in "contatto" con la pubblica amministrazione.

È bene, però, aggiungere che questo particolare modo di atteggiarsi delle regole della concorrenza è previsto anche, ad esempio, dalla direttiva 29 giugno 2000 n. 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Tale direttiva, attuata con il d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, introduce una serie uniforme di norme cogenti volte ad evitare che, mediante «l'abuso della libertà contrattuale» da parte dell'imprenditore forte «in danno del credito», si possano creare «distorsioni della concorrenza» (22° considerando). Il legislatore comunitario ha, però, inteso precisare che la direttiva si applica non soltanto quando la transazione avviene tra "imprese pubbliche" o private ma anche «*tra*

imprese e autorità pubbliche, tenendo conto del fatto che a queste ultime fa capo un volume considerevole di pagamenti alle imprese» (corsivo aggiunto)³⁴.

In definitiva, la previsione di norme *indirizzate* al contratto mettono in rilievo l'importanza che ha, nella prospettiva europea, la relazione tra contratto e mercato ovvero, più precisamente, tra regolamentazione del contratto e regolamentazione del mercato. Sino ad oggi tale relazione era *indiretta* ed affidata a meccanismi interni di diversa natura e valenza previsti dai singoli Stati membri. Oggi, invece, si tratta di una relazione *diretta* assicurata mediante la imposizione del rispetto di regole uniformi (come vedremo) di validità contrattuale.

Non potrebbe, pertanto, più dirsi, a seguito dell'espressa presa di posizione del legislatore, che il contratto pubblico, «trattandosi di una fattispecie contrattuale come tutte le altre», sia refrattario e strutturalmente “insensibile” all'interesse pubblico. Il contratto pubblico deve tenere conto, nella fase del suo perfezionamento, dell'assetto di interessi contemplato dalla fonti di regolazione del contratto stesso.

6. La natura della inefficacia. Nullità speciale. Illiceità del contratto per violazione dell'ordine pubblico economico e nullità di disvalore.

Alla luce di quanto sin qui esposto non sembra più corretto porre la questione della sorte del contratto in caso di annullamento dell'aggiudicazione, ma occorre valutare quale sia la incidenza *diretta* della violazione delle regole poste a tutela dell'interesse pubblico sul contratto stipulato.

Il decreto in esame ha chiaramente previsto che, quando ricorrono le condizioni indicate, il contratto deve essere dichiarato inefficace. La direttiva comunitaria, facendo riferimento alla «privazione di effetti», impiega volutamente una espressione generica e atecnica per consentire, come correttamente messo in evidenza dal Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema del decreto, l'adattamento della locuzione impiegata alle categorie interne ai singoli Stati membri.

Deve, però, rilevarsi come altrettanto generica sia l'espressione *inefficacia*.

Occorre pertanto interrogarsi su cosa si intenda per inefficacia.

Come è noto, avendo i *rimedi* valenza *normativa*, nel senso che possono essere modellati e costruiti dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità non irragionevole guidata dall'esigenza di tutelare determinati interessi, la disquisizione in ordine alla natura del rimedio avrebbe una valenza soltanto teorica se il legislatore avesse previsto una disciplina completa e chiara. Il legislatore, invece, si è limitato a qualificare espressamente il rimedio in termini di

³⁴ Consiglio Stato, sez. V, 1 aprile 2010, n. 1885, che ritiene applicabile la direttiva citata nel testo anche nel settore degli appalti pubblici.

inefficacia del contratto ma, se si escludono alcuni profili, non ha previsto il relativo trattamento giuridico cui lo stesso deve essere sottoposto.

Da qui la persistente utilità della questione della natura della “patologia” contrattuale.

Come già sottolineato, nella sistematica tradizionale la nozione di inefficacia è intesa in un duplice senso: inefficacia in senso stretto da contratto valido e inefficacia in senso lato da contratto invalido.

Nel caso in esame, l’impiego della sola locuzione “inefficacia” sembra deporre, come risulta chiaramente affermato dal Consiglio di Stato nel parere più volte citato, per la inefficacia in senso stretto da contratto valido.

Questa conclusione, conseguente dall’analisi del dato letterale, non è, però, alla luce di quanto sin qui esposto, condivisibile.

In primo luogo, perché la inefficacia in senso stretto non è un istituto di carattere generale disciplinato dal codice civile o da leggi speciali. Si tratta, infatti, di un istituto cui il legislatore ricorre, in presenza di fattispecie assolutamente eterogenee, che sembrano avere quale unico elemento in comune la validità del contratto e la incidenza della misura prevista soltanto sugli effetti del contratto stesso. Al riscontro di tale dato comune non è, però, conseguita la costruzione di un regime che, pur nella diversità delle fattispecie, presenti alcuni aspetti di ricorrente applicazione. Le uniche regole civilistiche contenenti una disciplina compiuta sono quelle della condizione e della risoluzione contrattuale. La prima, presupponendo che le parti o la legge sottopongano la produzione degli effetti alla verifica di un *elemento esterno* futuro e incerto, presenta caratteri di assoluta eterogeneità rispetto alla vicenda in esame. La seconda, presupponendo l’inadempimento di una obbligazione contrattuale ovvero la violazione di un impegno traslativo, è altrettanto lontana dal rimedio contemplato dal legislatore. Si tenga conto, infine, del fatto che, proprio in ragione della peculiarità del funzionamento delle regole dell’efficacia, normalmente si consente il cosiddetto recupero dell’efficacia. Basti pensare alla questione della disponibilità, almeno in presenza di talune fattispecie, dell’effetto di risoluzione del contratto³⁵ o della ratifica del negozio posto in essere dal *falsus procurator* (art. 1399 cod. civ.).

Alla luce di quanto sopra esposto in ordine alla nuova rilevanza che assume l’interesse pubblico nella prospettiva contrattuale, ritengo si possa affermare che la inefficacia prevista dal legislatore sia una *inefficacia da contratto nullo* ancorché, per le ragioni che saranno esposte più avanti, si tratti di una *nullità speciale*.

Come più volte sottolineato, la nuova normativa ha previsto norme imperative che si indirizzano al contratto conformandone la natura e disciplinandone espressamente la “sorte”

³⁵ Cfr. Cass., sez. un., 14 gennaio 2009, n. 533.

al chiaro scopo di tutelare gli interessi pubblici di matrice europea e nazionale. Il giudice, infatti, deve svolgere, all'esito di un equilibrato bilanciamento degli interessi, un giudizio sul contratto avendo riguardo a quanto prescritto da puntuali *regole di validità* del contratto stesso. Non si tratta, pertanto, più di prendere atto della sopravvenienza di un *elemento esterno* rappresentato dalla accertata violazione dell'interesse pubblico cui è conseguito l'annullamento del provvedimento amministrativo, che avrebbe giustificato il rimedio della inefficacia da contratto valido, ma di esprimere un giudizio complesso di validità del regolamento contrattuale alla luce delle vincolanti indicazioni contenute dalle nuove norme in commento.

Nel caso di violazione gravi, ad esempio, il giudice deve verificare se le parti hanno stipulato il contratto in violazione della regola imperativa di divieto di stipulazione, nonché se la violazione commessa abbia inciso sulle possibilità di ottenere l'appalto e non sussistono esigenze imperative che depongono per l'accertamento della insussistenza, in concreto, delle ragioni di contrasto con gli interessi pubblici.

Mentre, dunque, il giudizio di validità dell'atto amministrativo è un giudizio "semplice", il giudizio sul contratto è un giudizio "complesso" e *diverso* che involge tutti gli interessi, comunitari e nazionali, che rappresentano un costante limite all'esercizio dell'autonomia negoziale.

Ma anche nel caso di violazioni «non gravi» il giudice, per decidere se dichiarare inefficace il contratto, deve svolgere un accertamento articolato alla luce dei criteri indicati dall'art. 10.

La diversità di giudizio è, del resto, la conseguenza naturale delle diversità esistenti tra il sindacato nei confronti di un atto amministrativo unilaterale e di un atto negoziale bilaterale.

Sul piano generale, la soluzione della nullità è anche maggiormente coerente con le stesse previsioni comunitarie e soprattutto con le nuove categorie contrattuali costruite proprio in attuazione del diritto europeo. Si deve, infatti, ritenere che il rimedio che più di ogni altro è in grado di assicurare gli obiettivi posti dal diritto europeo e il corretto funzionamento del mercato concorrenziale è quello della nullità³⁶. Saremo, dunque, in presenza di nullità per violazione di norme imperative che realizzano un forma di *nullità-sanzione*³⁷ in linea con gli intendimenti del legislatore comunitario.

Non è un caso che il legislatore italiano, nel costruire le nuove categorie contrattuali di derivazione comunitaria, ha normalmente qualificato il correlativo rimedio in termini di nullità³⁸. In linea con la novità della categoria e delle molteplici esigenze da tutelare non si

³⁶ V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 489 e ss.

³⁷ Sulla natura sanzionatoria della nullità disciplinata dal primo comma dell'art. 1418 c.c., tra gli altri: N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. e impr.*, 1987, 548; F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette*, *ivi*, 1997, 533; P.M. PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002, 375 e ss.

³⁸ A tale solo titolo esemplificativo si v. art. 36 del d.lgs. 6 settembre 2005 n. 606 (Codice del consumo a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229); art. 7 del d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 (Attuazione della direttiva

tratta, però, dello statuto della nullità proprio dei contratti di diritto comune, legato alla concezione pandettistica formale che presuppone la sussistenza di un difetto originario e strutturale della fattispecie e cioè di un vizio intrinseco alla fattispecie stessa. Le nuove forme di nullità presuppongono un sindacato complesso del giudice che involge la valutazione di una serie di elementi che, pur non attenendo ad un elemento strutturale del contratto, ne possono condizionare il giudizio di validità³⁹. A tale proposito, la dottrina civilistica ha parlato di *destrutturazione delle nullità*⁴⁰.

La fattispecie in esame mantiene, però, aspetti di peculiarità connessi alla esistenza di una parte pubblica che ne giustifica talune deviazioni rispetto al nuovo statuto delle nullità elaborato in sede civilistica sotto l'influsso, si ribadisce, del diritto comunitario.

Come è noto, il giudizio di nullità è normalmente un giudizio "autonomo" mentre nel caso in esame la inefficacia del contratto presuppone – se si escludono i casi "gravi" in cui un atto potrebbe mancare – il previo annullamento del provvedimento amministrativo. Si ripropone anche in questo ambito la questione della "pregiudiziale" amministrativa, *sub specie di pregiudiziale da contratto*: per potere ottenere la privazione di effetti del contratto il privato deve avere ottenuto la previa caducazione dell'atto amministrativo. Questo dato non sembra possa ostacolare la qualificazione del rimedio stesso in termini di invalidità, ma soltanto contribuisce a chiarire che siamo pur sempre in presenza di una *nullità speciale*. Le ragioni di interesse pubblico, le esigenze di certezza dell'azione amministrativa giustificano la previsione di termini e condizioni dell'azione non contemplate dal sistema di tutela civilistico. Se si pensa all'annosa questione della *pregiudiziale da fatto illecito*, non è corretto ritenere che la previsione della previa impugnazione, ovvero di particolari modalità di proposizione dell'azione, impedisca l'applicazione dell'art. 2043 c.c. e soprattutto la qualificazione del fatto quale illecito riconducibile al sistema della responsabilità civile. In altri termini, la presenza di una parte pubblica può giustificare che l'*attuazione delle obbligazioni nascenti da contratto o fatto illecito* si svolga secondo modalità parzialmente diverse da quelle propriamente civilistiche.

2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali); art. 9 del d.lgs. 18 giugno 1998 n. 192 (Disciplina della subfornitura nelle attività produttive); per la indicazione di altre fattispecie e per un loro commento si veda, per tutti, F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, 641 e ss.

³⁹ A. DI MAJO, *La nullità*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. BESSONE, vol. XIII, Torino, 2002, 128; G. AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale")*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 193 e ss.

⁴⁰ A. FEDERICO, *L'ordine pubblico economico e il contratto*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza e nullità*, Napoli, 2004, spec. 92, nt. 107. A solo titolo esemplificativo, può essere utile richiamare quanto previsto dall'art. 7 (la cui rubrica reca "nullità") del citato d.lgs. n. 231 del 2002, relativamente alla tutela del credito nelle transazioni commerciali, secondo cui «L'accordo sulla data del pagamento, o sulle conseguenze del ritardato pagamento, è *nulla* se, avuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti ed ai rapporti commerciali tra i medesimi, nonché ad ogni altra circostanza, risulti gravemente iniquo in danno del creditore» (corsivo aggiunto).

Sotto altro aspetto, si potrebbe rilevare che normalmente il giudizio di nullità ha natura dichiarativa e la sentenza conseguentemente efficace retroattiva.

Nel caso in esame il legislatore sembra avere voluto assegnare valenza di accertamento all'azione in esame nella parte in cui afferma che il giudice «dichiara l'inefficacia». Ma il dato normativo non è univoco: al secondo comma dell'art. 9 è scritto che il «contratto resta efficace», il che farebbe pensare che la sentenza abbia una valenza costitutiva⁴¹. La questione non mi sembra però di grande rilevanza anche perché, a mio avviso, almeno in presenza delle nuove forme di nullità, in ragione dei complessi accertamenti richiesti al giudice, l'azione giudiziale ha una valenza costitutiva⁴².

Per quanto riguarda poi la possibile efficacia non retroattiva della pronuncia, si consideri, al fine sempre di ritenere compatibile con il regime della nullità il rimedio in esame, come, anche in altri casi, il legislatore, nel settore civilistico, per tutelare determinati interessi *diversi* da quelli dei soggetti che propongono l'azione, abbia escluso la efficacia retroattiva: si pensi al regime delle nullità della società previsto dall'art. 2332 del codice civile.

In definitiva, dunque, alla luce di quanto sin qui esposto, si può affermare che siamo in presenza di una inefficacia conseguente all'accertamento di un *nullità speciale* del contratto, che costituisce il rimedio più conforme al contenuto della normativa e alla stessa “tradizione” del diritto europeo.

Si potrebbe fare anche un passo ulteriore e ritenere che, dopo l'emanazione della nuova direttiva, il contratto stipulato non sia soltanto un *contratto illegale* ma anche *illicito* per contrasto con l'ordine pubblico e, in particolare, utilizzando l'espressione mutuata dal sistema giuridico francese, con l'ordine pubblico economico. La dottrina e la giurisprudenza ritengono che detta evenienza ricorra proprio quando, attraverso di esso, si violano principi generali di matrice comunitaria posti a tutela della concorrenza ovvero principi di rilevanza costituzionale incidenti sui rapporti economici⁴³. Si potrebbe ritenere che, con l'entrata in vigore del nuovo decreto, dalla disamina del complesso delle norme imperative che disciplinano il contratto sia desumibile anche la volontà del legislatore di tutelare l'ordine pubblico. In questa prospettiva, non saremmo in presenza di una nullità speciale per violazione di norma imperativa che determina la illegalità del contratto ma più precisamente di *una nullità speciale di disvalore per violazione dell'ordine pubblico che determina la illiceità del contratto*⁴⁴.

⁴¹ Riconosce valenza costitutiva alla pronuncia M. LIPARI, *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia “flessibile” del contratto*, cit.

⁴² In generale dubita che la sentenza di nullità abbia natura dichiarativa A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 666 e ss.

⁴³ A. FEDERICO, *L'ordine pubblico economico e il contratto*, cit., spec. 104 e ss., G. GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti di diritto civile*, Padova, 1974.

⁴⁴ È bene puntualizzare che anche quando la violazione dell'ordine pubblico si desume, come nella specie, dal contenuto di determinate norme imperative, quest'ultime hanno normalmente un contenuto determinato

La questione non è soltanto teorica, atteso che il regime giuridico del contratto illegale è parzialmente diverso da quello del contratto illecito⁴⁵.

Appare opportuno ribadire che a tale conclusione non si poteva pervenire prima dell'emanazione della direttiva ricorsi e del nuovo decreto, atteso che, come più volte sottolineato, questo risultato era impedito dalla mancanza di norme dalle quali desumere che, nell'ottica comunitaria e anche costituzionale, il contratto dovesse essere, in presenza di talune circostanze, dichiarato privo di effetti.

6.1. Il regime giuridico della “inefficacia”.

Le considerazioni sopra svolte in ordine alla qualificazione della inefficacia in termini di *nullità speciale* è utile, come già sottolineato, per ricostruire quale sia il regime giuridico applicabile, da individuare muovendo sempre da quanto ricavabile espressamente o implicitamente dalla disciplina in esame.

Gli aspetti rilevanti di tale regime giuridico sono rappresentati: dalla rilevabilità d'ufficio o su domanda di parte della inefficacia; dalla legittimazione e infine dai tempi dell'azione.

Sul punto, l'art. 12 del decreto n. 53 in esame si limita a prevedere che accanto all'azione di annullamento deve essere proposta una sorta di *azione di adempimento*: il ricorrente deve chiedere non solo la declaratoria di illegittimità del provvedimento ma anche l'aggiudicazione e il contratto. A tale proposito, è bene sottolineare che, se si conferma la eliminazione dallo schema di decreto relativo al nuovo codice del processo amministrativo dell'azione di adempimento, si pone un problema di coordinamento soprattutto se il contenuto processuale del d.lgs. n. 53 del 2010 dovesse confluire nel predetto codice.

Al di là di questo aspetto, occorre procedere alla ricostruzione del regime del trattamento processuale dell'azione in via interpretativa, mediante l'ausilio rappresentato dalla indicata qualificazione del vizio del contratto in termini di nullità.

Per quanto attiene al profilo della *rilevabilità d'ufficio*, essa costituisce logica conseguenza della predetta qualificazione del rimedio in esame. Per quanto la esistenza di una pluralità di categorie contrattuali abbia portato alla frammentazione anche dello statuto della nullità contrattuale costituisce un dato costante, sia pure con modulazioni differenti di disciplina, la previsione del potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità⁴⁶.

relativamente alla indicazione degli elementi di fatto da prendere in esame. Il che conferma l'anomalia di una previsione che, come sottolineato, demanda al giudice di valutare la conformità del contratto al mero interesse pubblico.

⁴⁵ A. DI MAJO, *La nullità*, cit., 72 e ss.

⁴⁶ Questo non significa, come pure è stato sostenuto [F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti (note a prima lettura del pare del Consiglio di Stato sul “nuovo” processo amministrativo sui contratti pubblici)*, in *www.giustamm.it.*, marzo 2010] rischio di trasformazione della giurisdizione del giudice amministrativo in una giurisdizione oggettiva, in quanto, come già sottolineato, siamo pur sempre in presenza di una fattispecie contrattuale.

Nel diritto contrattuale la giurisprudenza prevalente⁴⁷ ha sempre sostenuto che detto potere non si debba porre in contrasto con il principio dispositivo, con la conseguenza che la nullità possa essere rilevata dal giudice soltanto quando si tratta di “bloccare” domande che presuppongono la validità del contratto, quale l’azione di adempimento, e non anche quando si chiede la declaratoria invalidità o inefficacia del contratto per altri motivi. Un orientamento minoritario della Cassazione⁴⁸ ritiene, invece, che anche in questi casi il giudice possa esercitare i propri poteri officiosi in quanto gli stessi sono pur sempre finalizzati a rigettare la domanda proposta⁴⁹.

Nel nostro caso, attesa la natura peculiare della fattispecie disciplinata, il rapporto tra rilevabilità d’ufficio e principio dispositivo è direttamente risolto, sia pure in maniera non espressa, dal legislatore.

L’art. 12 del decreto prevede, infatti, che, affinché il giudice si pronunci sul vizio del contratto, il “terzo” deve avere proposto, al fine di assicurare che ci sia un soggetto che assuma l’impegno di porre in essere quella determinata prestazione contrattuale, la «domanda di conseguire l’aggiudicazione e il contratto».

A fronte di un testo legislativo che impone che il ricorso contenga le due sopraesposte richieste, è scongiurato il rischio che possa realizzarsi, consentito il rilievo d’ufficio della nullità, una sovrapposizione delle valutazioni del giudice a quelle della parte. Si tenga conto, inoltre, del fatto che la domanda del contratto presuppone essa stessa che il contratto stipulato con l’aggiudicatario sia nullo. In questa prospettiva, si potrebbe anche arrivare a ritenere che la domanda di inefficacia sia implicita nella domanda di adempimento⁵⁰.

Per quanto attiene alla questione (connessa) della *legittimazione* alla proposizione dell’azione di nullità speciale, nessun dubbio sussiste, per le ragioni sin qui esposte, sul fatto che la domanda possa essere proposta dal concorrente vittorioso nel giudizio amministrativo. A tale proposito, non si dimentichi che la violazione accertata dal giudice ha inciso direttamente sulla libertà di iniziativa economica, avente valenza costituzionale, della singola impresa.

Rimane da risolvere il dubbio circa la concorrente legittimazione della pubblica amministrazione o di altri privati diversi da quelli che hanno ottenuto la sentenza favorevole di annullamento.

⁴⁷ *Ex multis*, Cass., sez. III, 28 novembre 2008, n. 28424.

⁴⁸ Cass., sez. III, 22 marzo 2005, n. 6170.

⁴⁹ In argomento si v. F. CORSINI, *Rilevabilità di ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 667 e ss.

⁵⁰ Il problema si pone qualora il ricorrente chieda non la inefficacia del contratto ma proponga una diversa azione volta a far valere un diverso vizio del contratto; in questo caso, seguendo il prevalente orientamento della Cassazione, si dovrebbe ritenere che non sia possibile il rilievo d’ufficio. Ma la questione presenta una rilevanza soprattutto teorica.

Per quanto attiene alla posizione dei terzi, la valutazione complessiva dell'assetto normativo induce a ritenere che, pure mancando una apposita norma, siamo in presenza di una *legittimazione riservata* soltanto all'impresa che ha ottenuto l'annullamento della gara. Del resto, lo statuto delle nuove forme di nullità, proprio per la sua elasticità legata agli interessi tutelati, prevede normalmente tali modalità di legittimazione. È bene aggiungere che è dalla lettura dell'intera normativa che si desume la posizione particolare dell'impresa vittoriosa nel giudizio amministrativo. Si potrebbe, però, obiettare che nel caso in esame la privazione di effetti risponde soprattutto all'esigenza di tutelare l'interesse pubblico alla concorrenza, il che dovrebbe condurre a ritenere sussistente una *legittimazione allargata*. Ma anche a volere ritenere che la nullità possa essere richiesta da «chiunque vi abbia interesse» (art. 1421 cod. civ.) e dunque anche da altre imprese del settore, ugualmente si potrebbe pervenire alla conclusione della limitazione della legittimazione mediante una interpretazione restrittiva dell'interesse a proporre l'azione. Non dovrebbe trovare, infatti, ingresso nel processo l'interesse strumentale delle altre imprese di settore alla mera rinnovazione della gara in linea, del resto, con un orientamento interpretativo alquanto restrittivo prospettato con riferimento alla stessa azione di annullamento⁵¹. Sul punto, sarebbe stato comunque più opportuno disciplinare questo aspetto in maniera esplicita in linea con quanto consentito dal primo comma dell'art. 1421 cod. civ.⁵².

Per quanto attiene alla posizione della p.a. si potrebbe escludere la sua legittimazione tenendo conto che sia il decreto sia la direttiva comunitaria si preoccupano di condizionare l'inefficacia del contratto alla possibilità che l'esecuzione del rapporto sia assicurata dall'impresa che ha ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione. Il che significa che se quest'ultima non ha chiesto "l'aggiudicazione e il contratto", così come il giudice non può rilevare d'ufficio la nullità, allo stesso modo la nullità non potrebbe essere richiesta dall'amministrazione. Del resto, la previsione di cui al secondo comma dell'art. 12, secondo cui l'accoglimento della domanda "autonoma" di risarcimento del danno è condizionato alla dimostrazione della sussistenza di un motivo che abbia giustificato la mancata richiesta della tutela reale, ripara, nella maggior parte dei casi, l'amministrazione dal rischio di dovere versare il corrispettivo all'impresa parte del contratto e risarcire il danno al privato vittorioso nel giudizio di annullamento. In altri termini, l'analisi complessiva del testo normativo può fare ritenere che la p.a. non sia parte legittimata e che comunque il più delle volte, per le ragioni esposte, non abbia "interesse" ai sensi dell'art. 1421 cod. civ. a chiedere la declaratoria di nullità del contratto.

⁵¹ Consiglio di Stato, sez. IV, 26 novembre 2009, n. 7441.

⁵² Tale norma prevede: «salvo diverse disposizioni di legge, la nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse e può essere rilevata d'ufficio dal giudice» (corsivi aggiunti).

Per quanto riguarda i *tempi dell'azione*, l'esigenza di assicurare la concentrazione delle tutele e la certezza dei rapporti giuridici dovrebbe condurre a ritenere che la domanda di inefficacia sia proponibile soltanto nel medesimo contesto processuale e dunque cumulativamente all'azione di annullamento e di adempimento. Si potrebbe, però, obiettare che per pervenire a tale conclusione sia necessaria una espressa presa di posizione del legislatore. In mancanza di tale previsione la natura del vizio del contratto dovrebbe, al contrario, fare ritenere che sia ammissibile anche l'*azione autonoma* di nullità senza limiti di tempo ai sensi dell'art. 1422 cod. civ. E' bene, però, puntualizzare che ciò non significa incidenza negativa sul principio di certezza dell'azione amministrativa, essendo presumibile che il tempo lasciato trascorrere prima della proposizione dell'azione costituisca un elemento di forte incidenza sul piano di valutazione giudiziale che deve tenere conto dello stadio dell'esecuzione del rapporto contrattuale in relazione all'interesse pubblico sotteso a quel determinato appalto⁵³.

Per quanto attiene, infine, alla questione relativa all'applicazione della normativa in esame ai *giudizi in corso*, è evidente come la risposta dipenda dalla natura processuale o sostanziale della normativa stessa. Solo nel primo caso si potrebbe postulare una applicazione immediata⁵⁴.

A mio avviso, la soluzione preferibile è quella di ritenere che il decreto, limitatamente ovviamente all'aspetto che viene in rilievo in questa sede, abbia un contenuto sostanziale e quindi non possa applicarsi ai processi in corso. Come più volte sottolineato, è la prima volta che il legislatore disciplina, ancorchè come si è detto in maniera non compiuta, la sorte del contratto e mi sembra che non si possa dubitare del fatto che tale disciplina, per quanto intimamente connessa a profili processuali, abbia una rilevanza di tipo sostanziale. In definitiva, avendo riguardo alla natura delle regole previste e all'autonomia della fase negoziale rispetto a quella amministrativa, il nuovo decreto dovrebbe applicarsi a tutte le vicende, che seguono l'aggiudicazione, poste in essere dopo la sua entrata in vigore⁵⁵.

Una applicazione retroattiva dei rimedi contemplati può aversi soltanto per le vicende poste in essere successivamente alla scadenza del termine di attuazione della direttiva ricorsi (dicembre 2009). Come è noto, in questo caso l'effetto diretto delle direttive è conseguenza concomitante del loro contenuto auto-applicativo e della volontà di "sanzionare" lo Stato

⁵³ Il legislatore non ha disciplinato il regime delle *restituzioni*. Secondo la direttiva comunitaria «il diritto nazionale dovrà determinare (...) le conseguenze riguardanti il possibile recupero delle somme eventualmente versate nonché ogni altra forma di possibile restituzione, compresa la restituzione in valore qualora la restituzione in natura non sia possibile». In mancanza di una espressa disciplina, si applicheranno i principi generali relative alle restituzioni conseguenti alla declaratoria di nullità del contratto.

⁵⁴ E' questa l'opinione di M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, cit.

⁵⁵ Secondo R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, in *www.giustizia-amministrativa.it.*, cit., occorre avere riguardo, invece, in applicazione del canone *tempus regit actum*, al procedimento di gara nel suo complesso e al momento in cui il singolo atto viziato è stato posto in essere.

inadempiente. Non si potrebbe, pertanto, fare risalire l'efficacia retroattiva al momento dell'emanazione della direttiva stessa⁵⁶.

6.2. Natura delle sanzioni alternative e poteri del giudice.

Per quanto riguarda la esatta individuazione della natura delle sanzioni alternative è evidente che si tratti di rimedi assolutamente innovativi, non riducibili a forme di tutela già previste.

La sanzione pecuniaria si indirizza ad una sola delle parti, la stazione appaltante, e non ha alcuna incidenza sul contratto.

La riduzione della durata del contratto si indirizza ad entrambe le parti ed ha una diretta incidenza sul contratto, producendo un effetto legale modificativo dell'assetto negoziale.

Il sistema di tutela civilistico conosce ipotesi in cui, per ragioni evidentemente diverse da quelle in esame, si applicano “sanzioni civili” o “pene private” che, pur lasciando in vita il rapporto contrattuale, incidono sul suo contenuto. A solo titolo esemplificativo, si può richiamare la norma (art. 1815 cod. civ.) che dispone la “cancellazione” della clausola degli interessi usurari per sanzionare la violazione da parte del mutuante dell'ordine pubblico economico.

È bene aggiungere che sul piano strutturale il rimedio sembra rispondere al meccanismo della sostituzione automatica di una clausola nulla (art. 1419, secondo comma, cod. civ.). Il giudice dispone infatti, quando decide di applicare tale rimedio, la sostituzione di una clausola del contratto, che stabilisce una determinata durata, con quanto stabilito dalla norma imperativa in esame. E' evidente come, rispetto al modello civilistico, la peculiarità sta in questo caso nel fatto che la norma imperativa assegna comunque al giudice un potere discrezionale nella modulazione della durata stessa⁵⁷.

Avendo riguardo alla natura delle sanzioni potrebbe ipotizzarsi, pur in mancanza di indicazioni legislative vincolanti in ordine ai criteri di scelta di esse, una loro applicazione da parte del giudice guidata alla luce della tipologia di violazione commessa.

Se il giudice applica le sanzioni alternative perché ha deciso, in ragione della sussistenza di esigenze imperative, di non dichiarare la inefficacia del contratto “nonostante” la illegittimità dell'atto di aggiudicazione, il rimedio “naturale” dovrebbe essere rappresentato dalla riduzione

⁵⁶ Cfr. Tar Calabria, sez. II, 12 aprile 2010, n. 457.

⁵⁷ Un penetrante potere conformativo del contenuto del contratto che si allontana dallo schema classico della sostituzione automatica del contratto è previsto, ad esempio, anche dall'art. 7, comma 3, del citato d.lgs. n. 231 del 2000 sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, il quale prevede quanto segue: «Il giudice, anche d'ufficio, dichiara la nullità dell'accordo e, avuto riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze di cui al comma 1, applica i termini legali ovvero *riconde ad equità* il contenuto dell'accordo medesimo» (corsivi aggiunti).

della durata del contratto. In questi casi, infatti, il contratto viene eseguito da un soggetto scelto in violazione delle regole di diritto pubblico poste a tutela di determinati interessi pubblici. La presenza di altri interessi pubblici ha però imposto di non applicare il rimedio distruttivo della inefficacia ma quella conservativo della modificazione del contenuto contrattuale. In altri termini, la violazione di regole imperative rivolte anche al contratto non comporta in questo caso la nullità del contratto stesso ma l'applicazione di un rimedio diverso rappresentato dalla riduzione della sua durata.

Non sembra, invece, potersi applicare la sanzione della riduzione, nonostante il dato legislativo lasci presupporre anche in questo caso una applicazione indifferenziata di entrambe le sanzioni, quando il giudice amministrativo non attribuisce natura retroattiva alla declaratoria di inefficacia. Infatti, se il giudice ha deciso di non assegnare valenza retroattiva alla sua pronuncia, allo scopo di lasciare fermi gli effetti del contratto già prodotti, non si comprende come possa operare la “riduzione” di durata degli effetti già prodotti. La norma, pertanto, deve essere interpretata nel senso che in questo caso si può applicare esclusivamente la sanzione pecuniaria.

Nell'ipotesi, invece, in cui si tratta “soltanto” di sanzionare la mera violazione dell'obbligo di non stipulare il contratto per un periodo determinato il rimedio naturale dovrebbe essere l'applicazione della sanzione pecuniaria. È bene però aggiungere che le peculiarità della fattispecie e soprattutto l'attenta analisi del comportamento del contraente privato potrebbe anche condurre il giudice ad applicare il rimedio manutentivo, con finalità sanzionatorie, rappresentato dalla riduzione della durata del rapporto contrattuale. Il discorso sarebbe ovviamente diverso qualora il legislatore avesse previsto l'applicazione delle sanzioni alternative anche (o soltanto) in presenza di un vizio proprio dell'aggiudicazione.

Per quanto attiene alla applicazione delle sanzioni amministrative ai giudizi in corso, valgono anche in questo caso le considerazioni svolte con riferimento al rimedio dell'inefficacia. E' opportuno puntualizzare come tali considerazioni nel caso in esame risultino ulteriormente rafforzate in ragione della natura di sanzioni in senso stretto dei rimedi in esame. Costituisce, infatti, principio generale quello che impone di non applicare retroattivamente tutte quelle misure che hanno natura *punitiva*. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 196 del 2010, ha, invero, riconosciuto, per la prima volta in maniera espressa, a tale principio fondamento costituzionale (art. 25, secondo comma, Cost.)⁵⁸.

⁵⁸ Con la citata sentenza la Corte ha affermato che l'art. 25, secondo comma, Cost., «data l'ampiezza della sua formulazione (“Nessuno può essere punito...”)), può essere interpretato «nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile – in senso stretto – a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato».

7. Brevi note conclusive.

Il d.lgs. n. 45 del 2010 ha completato, in relazione a profili di estrema rilevanza, l'opera di codificazione di settore degli appalti pubblici, contribuendo a delineare in maniera più netta i contorni della categoria dei contratti pubblici.

Chi si attendeva, però, che con la nuova normativa venisse definitivamente risolta l'annosa questione del rapporto tra aggiudicazione e contratto è certamente rimasto deluso. Il legislatore pur avendo, in attuazione delle prescrizioni comunitarie, attribuito rilevanza all'interesse pubblico ai fini del giudizio di validità del contratto, si è occupato quasi esclusivamente dei profili di rilevanza processuale e non ha fornito indicazioni, se non per qualche aspetto, in ordine al regime sostanziale del rimedio della inefficacia. Se fosse stato disciplinato in maniera compiuta anche tale aspetto la qualificazione del rimedio avrebbe avuto rilevanza soltanto ai fini della costruzione sistematicamente coerente della categoria dei contratti pubblici e dei correlativi rimedi, ma non avrebbe avuto effetti sul piano applicativo.

Le lacune della normativa impongono, pertanto, all'interprete il compito di interrogarsi, in particolare, sulla esatta qualificazione del rimedio dell'inefficacia. Si è tentato di dimostrare nelle pagine che precedono come, allo stato della legislazione e alla luce degli orientamenti emersi in ambito europeo, siamo in presenza di una inefficacia conseguente alla nullità del contratto per violazione di norma imperativa ovvero, valutate nel loro insieme le disposizioni cogenti rilevanti nel settore, per violazione dell'ordine pubblico economico. Il che implica una serie di conseguenze in punto di disciplina.

È auspicabile comunque che, dopo una necessaria fase preliminare di *verifica dell'impatto della regolamentazione*, il legislatore intervenga nuovamente per integrare e completare il regime dei nuovi rimedi previsti dal decreto n. 53 del 2010.