

IL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA RICORSI: *OCCASIO LEGIS* PER SCIogliere O AGGRAVARE I NODI PROBLEMATICI IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI?

di Ileana Boccuzzi

1. Considerazioni generali sugli appalti pubblici. La tematica degli appalti pubblici è connotata da una certa complessità determinata dallo squilibrio soggettivo caratterizzante le parti contraenti da una parte, dalla commistione tra diritto amministrativo e diritto civile dall'altra, come discipline applicabili l'una, alla fase in cui l'amministrazione esteriorizza il pubblico interesse che intende perseguire, tramite il bando, la selezione dei contraenti, l'aggiudicazione e l'approvazione del contratto, l'altra alla fase di stipula ed esecuzione del contratto, come manifestazione di autonomia negoziale.

Premesso che, secondo l'art. 1 della legge n. 241 del 1990 (così riformata dalla legge 15 febbraio 2005 n. 15), l'amministrazione può agire secondo le norme di diritto privato quando non adotta atti di natura autoritativa in virtù della capacità giuridica generale, comunque, la sua azione è condizionata dal vincolo di scopo dell'interesse pubblico e dalla funzionalizzazione dell'attività, di cui ne viene riconosciuta la compatibilità con l'utilizzo dello strumento privatistico, costituendo il limite generale dell'*agere* amministrativo¹. Da un lato, quindi, si assiste all'applicazione dei principi del diritto privato, dall'altro, all'affermazione del diritto pubblico che condiziona la fase di formazione della volontà, integrazione dell'efficacia ed esecuzione del contratto.

Una particolare questione, prodotta, appunto, dalla configurazione bifasica del contratto d'appalto, riguarda il rapporto tra l'annullamento dell'aggiudicazione e la consecutiva sorte del contratto, che ha costituito il vulnus dell'intera materia, ancora oggetto di dibattiti dottrinali ma soprattutto di posizioni giurisprudenziali incerte sia in merito al giudice competente sia in merito alla tutela dell'aggiudicatario escluso illegittimamente.

Come noto, la materia degli appalti pubblici è stata notevolmente integrata dalla normativa comunitaria di avvicinamento delle legislazioni nazionali. Il divieto di discriminazioni effettuate sulla base della nazionalità, il divieto delle restrizioni alle importazioni, il diritto di stabilimento, la libera prestazione di servizi, il divieto di misure restrittive della concorrenza sono i principi rilevanti, riconducibili all'art. 101 del Trattato di Lisbona, ormai vigente (precedente art. 81 TCE), che il diritto comunitario ha ritenuto applicabili alla normativa dei contratti pubblici degli Stati membri, intervenendo in tutte le fasi e tutti gli aspetti delle procedure di aggiudicazione fino all'esecuzione dei contratti stessi. In particolare, il rispetto delle libertà economiche fondamentali e i principi di parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza sono volti a realizzare l'incremento delle opportunità imprenditoriali e, nel contempo, l'aumento per la collettività dei benefici ottenuti in relazione ai costi sostenuti dalle pubbliche amministrazioni prodotto dall'introduzione di adeguate forme di semplificazione e modernizzazione delle procedure².

E' stata, soprattutto, la spinta del diritto comunitario e del ruolo della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia che hanno portato all'elaborazione del Codice dei Contratti pubblici relativo a lavori, servizi e forniture, adottato con il d.lgs. 163/2006, che recepisce le direttive 17/2004 e 18/2004: un testo unitario che dà spazio ad una normativa prima caratterizzata dalla frammentarietà della disciplina applicabile. Il decreto enuclea i principi vigenti relativi alla fase

¹ C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982; M. LIPARI, *L'attività di diritto privato delle Pubbliche Amministrazioni*, in *Diritto e Formazione*, fasc. 10, 2005.

² S. CASSESE, *Corso di diritto amministrativo*, III ed. Giuffrè, Milano, 2009.

dell'aggiudicazione del contratto all'operatore economico prescelto, e alla fase dell'esecuzione del contratto stesso, nonché la disciplina dei mezzi di tutela degli interessati per entrambe le fasi.

2. La Direttiva ricorsi 2007/66/CE. Uno dei profili principali che connota la materia degli appalti è costituito dalla problematica dei ricorsi giurisdizionali potenzialmente volti ad assicurare la massima tutela ai vari soggetti portatori di un interesse giuridicamente protetto: la pubblica amministrazione, il privato contraente, originario aggiudicatario dell'appalto, e il concorrente che si definisce illegittimamente pretermesso.

La prima direttiva in materia, la 89/665/CE, era stata adottata allo scopo di aumentare le garanzie di trasparenza e di non discriminazione nell'aggiudicazione degli appalti pubblici nella Comunità, dotando le imprese di un livello equivalente di garanzie giuridiche in materia di ricorsi in tutti gli Stati membri. In particolare, la disciplina comunitaria ha posto attenzione all'adozione di meccanismi che possano assicurare, nel modo più efficiente possibile, il rispetto delle disposizioni comunitarie in materia di appalti, in particolare in una fase in cui le violazioni possono essere ancora corrette; in altri termini, fare in modo che i mezzi di ricorso siano rapidi ed efficaci in caso di violazioni delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, in modo da bilanciare la duplice esigenza di ovviare alle ingiustizie subite per le imprese non aggiudicatarie attraverso una rapida correzione di quest'ultime e l'esigenza dell'aggiudicatario illegittimo, come anche della stazione appaltante, a rendere certo e stabile il rapporto contrattuale.

Le direttive 89/665/CE e 92/13/CE, riferite rispettivamente ai settori ordinari³ e ai settori speciali⁴ degli appalti relative alle procedure di ricorso, nulla dicevano circa gli elementi che dovevano sussistere perché si avesse responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice in caso di violazione delle disposizioni cogenti di natura comunitaria.

La direttiva 2007/66, invece, interviene *funditus* prescrivendo pochi ma puntuali rimedi procedurali in materia e trova applicazione con riferimento a tutte le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici aventi rilevanza comunitaria, a prescindere dal tipo di procedura di aggiudicazione.

In ogni caso, l'esigenza di effettività della tutela richiesta dalle precedenti direttive è stata, in ogni caso, decisiva ai fini del riconoscimento della risarcibilità delle posizioni di interesse legittimo consentendo nella materia degli appalti di conseguire, sia pure attraverso un doppio ricorso innanzi a due giudici, una piena tutela risarcitoria⁵. E' stato, quindi, proprio il settore degli appalti, grazie all'incidenza del diritto comunitario, ad essere il banco di prova per il superamento del dogma dell'immunità dell'Amministrazione.

³ Sono i ricompresi nell'art. 3, comma 4, D.lgs. 163/2006, diversi da quelli del gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica.

⁴ Sono i settori ricompresi nell'art. 3, comma 5, D.lgs. 163/2006, ossia del gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica. Dal punto di vista sostanziale i due settori sono mantenuti separati dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE; nel nostro ordinamento, i due settori sono stati unificati nel codice dei contratti pubblici.

⁵ Al riguardo va, infatti, ricordato l'art. 13 della l. 142/92 (oggi abrogato), emanata in attuazione della Dir. CE 665/89. La norma prevedeva che: "I soggetti che hanno subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture o delle relative norme interne di recepimento possono chiedere all'Amministrazione aggiudicatrice il risarcimento del danno. La domanda di risarcimento è proponibile dinanzi al giudice ordinario da chi ha ottenuto l'annullamento dell'atto lesivo con sentenza del giudice amministrativo". Fondamentale per la risarcibilità dell'interesse legittimo è il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, il quale all'art. 35 ha statuito che "Il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto". La risarcibilità trova poi conferma nell'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205 che ha attribuito al Tribunale Amministrativo Regionale, nell'ambito di tutta la sua giurisdizione esclusiva, la cognizione delle questioni relative all'eventuale risarcimento del danno e agli altri diritti patrimoniali consequenziali.

La Direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007, che modifica le citate direttive, è volta al miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti, comprendenti gli appalti pubblici, gli accordi quadro, le concessioni di lavori pubblici e i sistemi dinamici di acquisizione. Essa vuole ovviare a due questioni di fondo riscontrate nella prassi: la mancanza di ricorsi efficaci contro la pratica degli affidamenti diretti illegittimi di appalti pubblici e la stipula affrettata dei contratti di appalto da parte dei soggetti aggiudicatari tesa a privare gli operatori economici non aggiudicatari della possibilità di proporre ricorsi efficaci prima della conclusione del contratto.

Tali situazioni patologiche hanno trovato riscontro come realtà fattuali a causa di una serie di lacune nei meccanismi di tutela previsti dalle precedenti direttive che non permettevano di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie in materia di aggiudicazione, soprattutto in una fase ancora utile per la correzione delle violazioni. Il ricorrente vittorioso, infatti, in un giudizio di annullamento degli atti di gara, ha la sicura possibilità di conseguire il bene della vita qualora il contratto non sia stato ancora stipulato, sia esso costituito dall'aggiudicazione o da una mera *chance* di partecipazione attraverso un nuovo esercizio del potere amministrativo; la situazione inevitabilmente trova difficoltà quando il contratto è già stato stipulato e la cui aggiudicazione sia successivamente riconosciuta illegittima.

La risposta ai citati interrogativi è offerta, appunto, dalla direttiva *de qua*, che indica espressamente alcune regole minime che gli Stati membri devono osservare per impedire che gli atti assunti in violazione delle disposizioni sull'affidamento degli appalti pubblici raggiungano comunque il loro effetto.

In particolare, la direttiva prevede l'obbligo per le stazioni appaltanti di rispettare un congruo termine dilatorio-sospensivo (c.d. *stand-still*)⁶, di almeno dieci giorni o quindici giorni, fra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto. La conclusione di un contratto, in seguito alla decisione di aggiudicazione di un appalto, disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE, non può avvenire prima dello scadere di detto termine. Quest'ultimo decorre dalla comunicazione dell'avviso di aggiudicazione a tutti i concorrenti che hanno partecipato alla procedura di evidenza pubblica il cui contenuto deve illustrare i motivi fondativi della decisione della stazione appaltante in modo da imporre la piena conoscenza del contenuto illegittimo dell'atto e da escludere che la mera notizia della decisione lesiva costituisca valido *dies a quo* per una tutela efficace.

L'obbligo di osservanza del termine sospensivo è soggetto a specifiche ipotesi di deroga. Il termine sospensivo, infatti, può non essere rispettato se la direttiva 2004/18/CE non prescrive la previa pubblicazione del bando nella Gazzetta dell'Unione europea o se l'unico offerente interessato è colui al quale è stato aggiudicato l'appalto e non vi siano candidati interessati; quando l'appalto è basato su un accordo quadro e un sistema dinamico di acquisizione.

Nello stesso periodo di dieci o quindici giorni, l'interessato può proporre ricorso giurisdizionale (art. 2-*quater*). In definitiva, si tratta dello stesso periodo di tempo che deve trascorrere tra la comunicazione dell'aggiudicazione e la stipulazione del contratto perchè la direttiva si pone a favore di una piena coincidenza tra il termine dilatorio e il termine per la proposizione del ricorso.

In caso di effettiva proposizione del ricorso giurisdizionale, la direttiva prevede un periodo di sospensione automatica della stipula del contratto fino alla pronuncia giurisdizionale (cautelare o di merito a scelta degli Stati membri). La citata disposizione è chiaramente volta a tutelare la posizione del soggetto pretermesso in modo da preservare la possibilità del candidato

⁶ Il meccanismo di *standstill* è già previsto dal diritto comunitario in tema di aiuti di Stato nell'ambito della procedura di controllo di cui è deputata la Commissione ex art. 108 par. 3 (precedente art. 88 n. 3 TCE), secondo cui "lo Stato membro interessato non può dare esecuzione alle misure progettate prima che tale procedura abbia condotto a una decisione finale". In tale modo, si dà luogo ad una sospensione dell'erogazione dell'aiuto prefigurato nella legge o atto amministrativo nazionali.

all'ottenimento dell'appalto e permettere che l'eventuale pronuncia di annullamento degli atti di gara non arrivi troppo tardi, ossia quando ormai il contratto ha già avuto esecuzione.

La *ratio* sottesa all'adozione dei citati meccanismi preferisce impedire che il contratto produca effetti, piuttosto che intervenire successivamente per eliminare gli effetti di un contratto già stipulato ed eseguito.

A corredo di tali disposizioni, la normativa prevede un sistema di sanzioni, graduate in base alla gravità della condotta della stazione appaltante, in modo da assicurare sanzioni effettive, proporzionate al valore del contratto e dissuasive dei comportamenti contrari alla concorrenza.

In particolare, la violazione delle suddette regole comporta, in specifiche ipotesi, riconosciute particolarmente gravi, l'obbligatoria **privazione degli effetti del contratto** eventualmente stipulato (art. 2-*quinquies*). In primo luogo, si ha privazione degli effetti se l'amministrazione aggiudicatrice ha aggiudicato un appalto senza previa pubblicazione del bando nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea senza che ciò sia consentito dalla direttiva 2004/18. La non pubblicità del bando riduce, infatti, i potenziali concorrenti influenzando negativamente sulla concorrenza. Secondo il considerando n. 14 della direttiva, "*la privazione degli effetti è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati delle possibilità di competere*".

Il secondo motivo di inefficacia obbligatoria del contratto è previsto quando la violazione dei termini sospensivi abbia privato l'offerente che presenta ricorso della possibilità di avvalersi dei mezzi di ricorso prima della stipula del contratto; a ciò si aggiunge la violazione sostanziale di determinate disposizioni della direttiva 2004/18/CE se questa violazione ha influito sulle opportunità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto; infine, la privazione degli effetti è prevista nel caso di un appalto basato su un accordo quadro o su un sistema dinamico di acquisizione, qualora vengano violate le prescrizioni sostanziali riguardanti i presupposti per l'utilizzo di tali moduli negoziali.

Per queste fattispecie di violazioni, l'art. 2-*quinquies* par. 3 della direttiva prescrive che gli Stati membri hanno la facoltà di prevedere casi in cui l'organo di ricorso possa non considerare un contratto privo di effetti, sebbene lo stesso sia stato aggiudicato illegittimamente, qualora il giudice rilevi che il rispetto di esigenze connesse ad un interesse generale imponga che gli effetti del contratto siano mantenuti, nel qual caso si applicano le sanzioni alternative a carico della stazione appaltante, non identificabili col mero risarcimento del danno. La concessione del risarcimento del danno non rappresenta una sanzione adeguata per il legislatore comunitario.

La sorte dell'inefficacia del contratto si pone, così, come regola assoluta e generale che può essere derogata in casi eccezionali soltanto dall'organo indipendente di ricorso, attraverso un'opera di bilanciamento tra tutela della concorrenza e ulteriori interessi primari meritevoli di tutela.

La direttiva apre agli Stati membri la possibilità di elencare altre ipotesi di privazione degli effetti. Inoltre, essa lascia agli Stati membri la facoltà di definire le conseguenze di un contratto privo di effetti. Pertanto, il diritto nazionale può prevedere la soppressione con effetto retroattivo di tutti gli obblighi contrattuali (*ex tunc*) o viceversa limitare la portata della soppressione di quegli obblighi che rimangono da adempiere (*ex nunc*), nel qual caso, gli Stati membri prevedono l'applicazione di altre sanzioni.

La direttiva propone, altresì, un secondo gruppo di casi in cui la regola assoluta dell'inefficacia può dirsi facoltativa, in quanto riguarda violazioni formali per le quali la privazione degli effetti potrebbe risultare sproporzionata. In questi casi gli Stati membri possono scegliere se prevedere la privazione di effetti o introdurre, in alternativa, altri adeguati meccanismi sanzionatori, diversi dal solo risarcimento del danno, purchè proporzionati e dissuasivi che possono consistere o nell'irrogazione alla amministrazione aggiudicatrice di sanzioni pecuniarie, ovvero nella riduzione della durata del contratto.

La sanzione pecuniaria, come quella della riduzione della durata contrattuale, sono alternative alla privazione di effetti del contratto ma presuppongono una decisione di annullamento dell'aggiudicazione e sono ulteriori al risarcimento del danno.

Sotto il profilo processuale, il comma 1 dell'art. 2-*quinquies* prevede che la privazione di effetti obbligatoria non debba essere automatica ma accertata con apposita decisione dell'organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice.

Inoltre, essa opera una differenziazione. Se, infatti, vengono rispettate sia le regole sulla pubblicazione dei bandi di gara, sia il meccanismo di standstill, il termine per ricorrere può essere di dieci o quindici giorni, a seconda della forma della comunicazione dell'aggiudicazione (art. 2-*quater*).

Se, invece, tali regole non vengono rispettate, i termini di ricorso sono più lunghi e hanno una diversa decorrenza (art. 2-*septies*, direttiva 89/665/CEE; art. 2-*septies*, direttiva 92/13/CEE). In questi casi, gli Stati membri devono prevedere un termine non inferiore ai trenta giorni, decorrente o dalla pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione, o dalla informativa della stipula del contratto ferma restando la previsione di un termine di decadenza di sei mesi decorrente da quello successivo alla stipula del contratto.

Il diritto comunitario non prende alcuna posizione sulla definizione delle conseguenze giuridiche sostanziali della "privazione di effetti" del contratto, perché, rimanendo neutrale, intende lasciarne la soluzione agli Stati membri, soprattutto agli ordinamenti come quello italiano, che hanno consumato fiumi di inchiostro nel descrivere le varie posizioni in ordine alla qualificazione sostanziale della sorte del contratto; pertanto, il recepimento della direttiva si configura come l'*occasio legis* per sciogliere i nodi problematici e incidere in modo rilevante su aspetti centrali di giustizia amministrativa.

La direttiva contempla, innovativamente, la possibilità per gli Stati membri di stabilire che la domanda di risarcimento dei danni possa essere subordinata alla richiesta di annullamento dei provvedimenti illegittimi. Dunque, la pregiudiziale di annullamento non sarebbe in contrasto con l'ordinamento comunitario, come invece sembrava manifesto dall'orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia da cui emergeva la tendenza a non ritenere sussistente tale meccanismo⁷.

L'intelaiatura normativa sembra voler tendere ad un fine dissuasivo che viene confermato dall'irrogazione diretta di sanzioni alla stazione appaltante in modo da assicurare una tutela di tipo obiettivo secondo una logica piuttosto sanzionatoria che risarcitoria volta alla correzione delle violazioni del diritto comunitario⁸. Tale affermazione risulta ancor più comprensibile se inserita nel quadro generale della direttiva dove l'impianto mira altresì a tutelare l'interesse di ciascun operatore economico a partecipare alla gara pubblica in condizioni di parità con la Pubblica amministrazione la quale, semmai, si configura quale soggetto passivo, obbligato all'osservanza di regole volte all'efficienza e al buon andamento della propria azione⁹.

In definitiva, possiamo notare come il legislatore comunitario lascia agli Stati membri ampi margini di manovra in sede di recepimento, soprattutto in quelle decisioni peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, quali la pregiudiziale amministrativa, le conseguenze

⁷ Inizialmente la Corte di Giustizia era orientata all'affermazione della pregiudizialità di annullamento, (sentenza 15 luglio 1963, C-25/62, *Plaumann*); successivamente, ha affermato, in linea di principio, che si tratta di azioni autonome nella sentenza 28 aprile 1971, C-4/69, *Lutticke*, nella sentenza 17 maggio 1990, C-87/89, *Sonito*. Tuttavia, l'azione di risarcimento resterebbe nella sostanza preclusa quando l'interessato abbia contribuito al danno omettendo di impugnare l'atto lesivo, mascherando una ormai tardiva azione di annullamento (Tribunale di Primo grado 8 maggio 2001, C-182/99, *Caravelis*).

⁸ S. PELINO, *La nuova direttiva ricorsi e l'impatto con il sistema di giustizia nazionale*, Riv. trim. degli appalti. 2008, fasc. 3.

⁹ A. PANAGIA, *La sorte del contratto di appalto stipulato a valle di un'aggiudicazione illegittima*, I contratti, 1/2010.

giuridiche del contratto, le sanzioni applicabili, ambiti nei quali è possibile cogliere una certa indeterminazione nelle soluzioni definite.

3. Il recepimento della direttiva. Il 20 marzo 2010 è stato approvato in via definitiva dal Consiglio dei ministri il decreto legislativo n. 53 del 2010, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 84 del 12 aprile 2010, il quale, mentre apporta notevoli cambiamenti al sistema complessivo degli appalti, fa sorgere problematiche e aporie sia sul piano pratico che sul piano sostanziale.

Il decreto è stato emanato in attuazione dell'art. 44 della legge 7 luglio 2009, n. 80 che conferiva la delega al Governo per l'attuazione della direttiva 2007/66, entro il termine di recepimento inizialmente previsto per il 20 dicembre 2009 (poi prorogato di novanta giorni per effetto della sottoposizione dello schema di decreto al parere delle commissioni parlamentari).

Il legislatore delegato ha preferito non collocare il recepimento della direttiva nell'ambito del Codice del processo amministrativo attualmente *in itinere*¹⁰, optando invece per l'introduzione di profonde modifiche ed integrazioni del d.lgs. 163/2006, c.d. Codice dei Contratti pubblici. In ogni caso, le sole disposizioni di natura processuale confluiranno nel futuro Codice del processo amministrativo.

In ordine all'ambito oggettivo, il decreto delegato adotta una soluzione unificata per tutte le procedure di ricorso in materia di contratti pubblici estendendo così l'ambito di applicazione delle disposizioni comunitarie senza alcuna distinzione in base al valore dell'appalto ovvero all'appartenenza del contratto ai settori speciali¹¹. In questo modo, il legislatore assicura un quadro processuale omogeneo per tutti i tipi di contratti contemplati dal codice dei contratti, ancorchè non aventi rilevanza comunitaria.

3.1. Termine dilatorio-sospensivo. Il Codice dei contratti già prevedeva all'art. 11, comma 10, anticipando quanto avrebbe disposto la direttiva 2007/66, un termine dilatorio di trenta giorni decorrente dalla comunicazione dell'aggiudicazione, prima della stipulazione del contratto il cui termine era fissato in sessanta giorni: ciò per consentire ad eventuali ricorrenti di esperire azioni giudiziali¹². Incerto, al riguardo, si considerava il *dies a quo* da cui far decorrere il termine dilatorio: se il termine di riferimento fosse la comunicazione dell'aggiudicazione provvisoria o quella definitiva. Tuttavia, siffatta disposizione, nel caso di sua inosservanza, era sfornita di sanzione. La norma prevedeva la deroga al periodo di sospensione nei casi di particolare urgenza che non consentono all'amministrazione di attendere il decorso di detto termine, ma non operava nei contratti relativi agli insediamenti produttivi e alle infrastrutture strategiche, per i quali l'art. 246 Codice dispone che l'annullamento dell'aggiudicazione non possa comportare la caducazione del contratto già stipulato.

Come sopra ricordato, la direttiva impone che il termine dilatorio per la stipulazione del contratto sia coordinato con quello di proposizione del ricorso giurisdizionale. Il decreto

¹⁰ È stato approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 24 giugno 2010 lo schema di d.lgs. n. 212 recante: "Codice del processo amministrativo", adottato in attuazione dell'art. 44 della legge n. 69 del 2009 che conferiva al Governo la delega per il riassetto della disciplina del processo amministrativo.

¹¹ L'applicazione del diritto comunitario da parte delle amministrazioni nazionali si arrestava ad una soglia minima, in relazione all'importo economico del contratto, fissata nella direttiva 18/2004.

¹² Il meccanismo di *standstill* era stato introdotto, per la prima volta, dall'art. 14, d.lgs. n. 190/2002, limitatamente alle infrastrutture strategiche, per le quali era stato previsto un termine dilatorio di trenta giorni prima del quale il contratto non poteva essere stipulato. Lo *standstill* è stato invece eliminato per la categoria dei progetti facenti parte del piano strategico nazionale dall'art. 20, comma 8-bis, d.l. n. 185/2008. Il decreto legislativo 53/2010 ha proceduto, all'art. 15 all'abrogazione di quest'ultimo articolo, estendendo, in questo modo, la nuova disciplina dello *standstill* anche a tali opere, se l'aggiudicazione definitiva sia successiva alla data di entrata in vigore del decreto.

legislativo, adeguandosi a tale prescrizione, con la sostituzione dell'intero comma 10 dell'art. 11, ha individuato il primo in trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva, mentre il termine di impugnazione dell'aggiudicazione è di trenta giorni decorrenti dalla ricezione della comunicazione di aggiudicazione, come afferma il comma 2-*quinquies* del nuovo art. 245 che disciplina i nuovi termini processuali. Con l'apposizione del termine dilatorio che onera la stazione appaltante a non stipulare il contratto, il diritto dell'aggiudicatario alla stipula del contratto è posto in un momento di aspettativa, in una posizione di attesa che si trasforma in vero e proprio diritto allo scadere dei trentacinque giorni.

Si chiarisce, a questo punto, che l'aggiudicazione di riferimento per la decorrenza dei termini è quella definitiva come ribadito dal sistema delle comunicazioni definito dall'art. 79, oggetto di modifiche dal presente decreto.

Nella normativa di recepimento, alla stregua della direttiva, il binomio comunicazione-motivazione degli atti di gara si configura come aspetto centrale della trasparenza amministrativa e l'onere della parte interessata a fare richiesta scritta per ricevere le relative informazioni (vecchio art. 79, comma 3) diventa ora obbligo della stazione appaltante a garantire la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva. Viene, infatti, ampliato l'ambito soggettivo dei destinatari della comunicazione e il contenuto della comunicazione¹³.

La preclusione consente ai concorrenti non aggiudicatari di valutare se proporre ricorso e, in caso affermativo, di presentarlo prima della sottoscrizione del contratto.

Secondo il comma 10-*bis* dell'articolo 11 del Codice, il termine dilatorio non si applica nei casi in cui, a seguito della pubblicazione del bando è stata presentata o ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o se le impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva; infine, nel caso di appalto basato su un accordo quadro di cui all'art. 59 e in caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'art. 60.

Il decreto delegato, come anche la legge delega, non prendono in considerazione l'ipotesi delle procedure senza pubblicazione del bando come deroga prevista dalla direttiva; tale caso viene bensì ripreso nella fattispecie della esecuzione d'urgenza.

Il legislatore delegato interviene, appunto, sulla questione dell'esecuzione anticipata del contratto di cui la normativa comunitaria non tratta perchè rappresenta una specificità del sistema italiano. In tal senso, l'amministrazione non stipula formalmente il contratto, ma l'esecuzione delle prestazioni inizia comunque a svolgersi, comportando potenzialmente conseguenze più complicate di quelle derivanti dalla stipulazione del contratto anteriore alla scadenza del termine dilatorio, non accompagnata dall'esecuzione anticipata¹⁴.

¹³ E' stato inserito il comma 5 bis all'art. 79, in virtù del quale le comunicazioni di cui al comma 5 sono fatte per iscritto, con lettera raccomandata con avviso di ricevimento o mediante notificazione o mediante posta elettronica certificata ovvero mediante fax, se l'utilizzo di quest'ultimo è autorizzato dal concorrente, al domicilio eletto o all'indirizzo di posta elettronica o al numero di fax indicato dal destinatario in sede di candidatura o di offerta. La comunicazione è accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione. Le comunicazioni di aggiudicazione definitiva e di esclusione indicano la data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto da far pervenire entro un termine non superiore a cinque giorni. I destinatari dell'aggiudicazione definitiva sono, oltre all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare dette impugnazioni, come definito nel sistema vigente, coloro che hanno impugnato il bando o la lettere di invito, se dette impugnazioni non siano ancora state respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva. La comunicazione di aggiudicazione definitiva e quella della stipulazione del contratto e la notizia della spedizione sono spedite e comunicate nello stesso giorno a tutti i destinatari. L'intento del legislatore è quello di conferire la massima certezza nei rapporti comunicativi tra stazione appaltante e le imprese concorrenti.

¹⁴ M. LIPARI, *Il recepimento della direttiva ricorsi: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia flessibile del contratto*, www.federalismi.it.

La previsione legislativa del nuovo comma 9 dell'art. 11 stabilisce che l'esecuzione di urgenza non è consentita durante il termine dilatorio e durante il periodo di sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto, salvo che nelle procedure in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara, ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, compresa la perdita di finanziamenti comunitari. L'indeterminata fattispecie del grave danno all'interesse pubblico amplia profondamente l'ambito di applicazione delle deroghe all'esecuzione anticipata attribuendo un'ampia discrezionalità all'amministrazione. Dubbia, inoltre, è da considerare la legittimità del riferimento alla perdita dei finanziamenti comunitari.

Fondamentale è la regolamentazione del diritto d'accesso, tratteggiato ai sensi del comma 5-*quater* dell'articolo 79. Secondo tale previsione, l'accesso agli atti del procedimento con cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione è consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia. Il decorso di tale termine comporta la decadenza dal diritto d'accesso ai documenti; non risulta chiaro se il termine di dieci giorni previsto per l'accesso sia una disposizione aggiuntiva posta in aiuto del ricorrente per avere un'ulteriore piena conoscenza degli atti di gara oppure se la comunicazione dell'aggiudicazione, costruita all'art. 79, costringe a chiedere l'accesso agli atti di gara perché non pienamente ricognitiva della decisione della stazione appaltante; nel qual caso sarebbe un tempo troppo breve qualora la comunicazione dei provvedimenti arrivi al destinatario solo all'approssimarsi della scadenza. Il termine di dieci giorni risulta compreso se si tiene conto che questo decorre dall'invio della comunicazione e non dal ricevimento.

L'accesso immediato non comprende, tuttavia, una parte importante della documentazione di gara, in particolare, quella riguardante le offerte degli altri concorrenti in ordine alla quale sono molti i casi di differimenti o divieti.

3.2. Effetto sospensivo a seguito di proposizione del ricorso giurisdizionale. Il termine dilatorio per la stipulazione del contratto deve essere ulteriormente prorogato in presenza di un ricorso giurisdizionale con contestuale domanda cautelare avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva. Ciò è stabilito dal nuovo comma 10-*ter* dell'articolo 11 del Codice; secondo tale disposizione, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante per i successivi venti giorni¹⁵. Entro tale termine, tuttavia, deve intervenire almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione di merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. Questo vuol dire che se entro venti giorni uno di tali provvedimenti non intervenga, l'effetto sospensivo si protrae fino alla pronuncia di uno di essi; contrariamente, se uno dei due provvedimenti interviene prima dei venti giorni, l'effetto sospensivo non cessa ma perdura fino alla scadenza dei venti giorni.

La previsione dell'effetto sospensivo a seguito dell'istanza cautelare vuole impedire che la proposizione del ricorso, senza l'adozione di una decisione cautelare del giudice, possa bloccare la stipulazione del contratto per periodi troppo lunghi che favorirebbero la parte ricorrente¹⁶.

¹⁵ Il comma 2-*ter* dell'art. 245 prevede che, in caso di impugnazione di aggiudicazione definitiva, se la stazione appaltante fruisce del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, il ricorso è notificato, oltre che presso l'Avvocatura, anche alla stazione appaltante nella sua sede reale, in data non anteriore alla notifica presso l'Avvocatura. Si ha quindi una doppia notificazione; dall'arrivo della notifica presso l'Amministrazione si produce l'effetto sospensivo. Questo per ovviare al problema della tempestività della corrispondenza interna tra Avvocatura dello Stato e Amministrazioni.

¹⁶ M. LIPARI, *op. cit.*

In sintesi, l'effetto sospensivo automatico deriva dalla proposizione della domanda cautelare, anche se la notifica del ricorso sia effettuata dopo la scadenza del termine dilatorio di trentacinque giorni, purchè il contratto non sia stato già stipulato.

La sospensione opera, invece, senz'altro quando l'istanza cautelare sia successiva alla proposizione del ricorso principale, ma sia notificata entro il termine decadenziale di trenta giorni e, comunque, prima dello scadere del termine dilatorio di trentacinque giorni. Non opera, invece, se vengono impugnati altri atti di gara e se il ricorso giurisdizionale non contiene una domanda cautelare¹⁷.

In ogni caso, l'identificazione del *dies ad quem* nell'adozione del provvedimento cautelare assicura la celere esecuzione dei contratti, ma non garantisce effettività di tutela e certezze processuali¹⁸, in quanto può subire esiti diversi in sede di merito o di appello cautelare.

3.3. L'informativa preventiva alla stazione appaltante. Secondo quanto espressamente consentito dalla direttiva, il decreto legislativo, nel nuovo articolo 243-*bis*, prevede che chi intenda proporre ricorso giurisdizionale, anche domande meramente risarcitorie, ne dia preventiva comunicazione alla stazione appaltante. Tale onere è chiaramente ispirato ad una *ratio* deflattiva del contenzioso: la comunicazione, scritta e sottoscritta dall'interessato o da un suo rappresentante, deve contenere l'individuazione della presunta illegittimità e dell'intenzione di proporre ricorso giurisdizionale, in modo da consentire alla stazione appaltante di valutare la posizione dell'interessato e, ove ne ravvisi i presupposti, di evitare il giudizio revocando tempestivamente la decisione con un provvedimento di autotutela. La comunicazione può anche essere effettuata oralmente nel corso di una seduta pubblica della commissione di gara ed è inserita nel verbale della seduta e comunicata immediatamente al responsabile del procedimento.

La comunicazione, se scritta, può essere inviata sino alla proposizione del ricorso e non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara, né il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto né il termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale: si tratta di una previsione, derivata dalla direttiva, che vuole impedire la rilevanza dell'informativa nel computo dei termini. Tale previsione incide profondamente sull'utilità del congegno procedurale, in quanto non consente alcuna dilazione dei termini per il ricorso in pendenza della decisione della stazione appaltante.

Nel rapporto tra preavviso di ricorso e ricorso vero e proprio, è fatta salva, in ogni caso, la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi e ulteriori al fine di non limitare il diritto di difesa del ricorrente.

La stazione appaltante, entro quindici giorni dalla comunicazione, comunica le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. Il provvedimento di diniego espresso o tacito non può essere oggetto di autonoma contestazione, potendo essere impugnato insieme all'atto cui si riferisce, ovvero con i motivi aggiunti che devono essere proposti entro quindici giorni, nonostante si rivolgano avverso atti diversi.

La comunicazione non rappresenta una condizione di procedibilità dell'azione, ma la sua assenza, come anche l'inerzia della stazione appaltante nell'intervenire con un provvedimento di autotutela, infatti, costituiscono comportamento valutabile dal giudice nel successivo giudizio ai fini dell'eventuale condanna alle spese nonché dell'accertamento della gravità della colpa e dei danni risarcibili ex art. 1227 c.c.

¹⁷ Secondo il comma 10-*ter* dell'art. 11 del Codice dei Contratti pubblici, l'effetto sospensivo cessa quando è infondato il ricorso cautelare o di merito; quando il giudice si dichiara incompetente in sede di domanda cautelare; quando il giudice fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare con consenso delle parti.

¹⁸ R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, www.giustizia-amministrativa.it.

Il meccanismo dell'informativa preventiva può essere letto sia nell'intento del ricorrente di attivare il potere correttivo dell'amministrazione, sia per consentire alla stazione appaltante di preparare le proprie difese o rinviare la stipulazione del contratto. Poiché il termine per eseguire la procedura dell'informativa preventiva deve coordinarsi con il termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso, ne emerge una evidente difficoltà in termini di tempistica in particolare considerando i tempi di risposta dell'Amministrazione; la ristrettezza dei tempi sembra escludere, inoltre, lo spazio per il precontenzioso innanzi l'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici disciplinato dall'art. 6, comma 7, lett. n).

3.4. L'approdo normativo in ordine al riparto di giurisdizione... L'art. 7 del decreto legislativo sembra fornire soluzione alla *vexata quaestio* della giurisdizione e della sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione. La disposizione, infatti, aggiunge un nuovo periodo all'art. 244 del Codice dei Contratti, secondo cui "*la giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative*".

Come è noto, tale problematica, dai profili delicati, involge le questioni sul riparto di giurisdizione tra giudice ordinario ed amministrativo, di cui si sono occupate prima le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con sentenza del 28 dicembre 2007, n. 27169 e successivamente l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con decisione n. 9 del 30 luglio 2008¹⁹, la cui soluzione influisce sulla tutela effettiva delle posizioni giuridiche dei soggetti coinvolti.

L'annosa questione che ha visto dottrina e giurisprudenza divise sul riparto di giurisdizione trova approdo con la disposizione del decreto che attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione in ordine alla sorte del contratto e alle sanzioni alternative; in tal senso, la domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione viene qualificata come comprensiva della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto nonché della domanda di privazione di effetti del contratto, ove *medio tempore* stipulato.

La soluzione dell'attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo è stata anticipata recentemente dalle Sezioni Unite della Suprema Corte con l'ordinanza 2906/2010, che ribalta l'orientamento costantemente affermato²⁰ basato sulla distinzione della fase pubblicistica e della fase privatistica, per cui spetta al giudice ordinario la giurisdizione sulla domanda volta a conseguire tanto la dichiarazione di nullità quanto quella di inefficacia o annullamento del contratto d'appalto stipulato, a seguito dell'annullamento della delibera di aggiudicazione, adottata all'esito di una procedura ad evidenza pubblica.

Questa ferma e radicata posizione muoveva le sue premesse dall'assunto che, indipendentemente dai profili sostanziali che seguono all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione (identificati dalla giurisprudenza nell'annullabilità²¹, nullità²², caducazione

¹⁹ In questa sentenza il Consiglio di Stato aderisce all'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione, secondo cui deve ritenersi sottratta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la domanda volta a far accertare l'avvenuta caducazione del contratto a seguito dell'annullamento della gara; ma ha, altresì, aggiunto come, in sede di ottemperanza, il giudice amministrativo – qualora la PA non dia esecuzione spontanea al giudicato in conformità dell'annullamento dell'aggiudicazione – possa realizzare il contenuto conformativo della sentenza di annullamento, sostituendo, tramite la nomina di un commissario *ad acta*, il concorrente illegittimamente pretermesso nella posizione dell'aggiudicatario quale reintegrazione in forma specifica.

²⁰ Sentenza SS.UU. 28 dicembre 2007 n. 27169.

²¹ Tale tesi risulta seguita dalla prevalente giurisprudenza della Corte di Cassazione. *Ex multis* v. Cass., Sez. II, 8 maggio 1996, n. 4269; Cass. Sez. I, 17 novembre 2000, n. 14901; in dottrina, cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 1988. Appoggiano la tesi dell'annullabilità per vizio del consenso della P.A., M. MONTEODORO, *Illegittimità del procedimento ad evidenza pubblica e nullità del contratto d'appalto ex art. 1418, comma 1 c.c.: una radicale "svolta" della giurisprudenza tra luci ed ombre*, in Foro amm. TAR, 2002; in giurisprudenza, v. Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2004, n. 3465. Seguono l'annullabilità per sopravvenuta carenza di legittimazione negoziale della P.A., v. GIANNINI, *op. cit. Contra*, in dottrina, *ex multis*, F. CARINGELLA, *Annullamento della procedura di*

automatica²³, o inefficacia sopravvenuta²⁴), la controversia in oggetto riguarda il rapporto di esecuzione su cui insistono diritti soggettivi, e non interessi legittimi, e dal fondamento costituzionale dell'art. 103 che definisce il criterio di riparto della giurisdizione tra diritti soggettivi e interessi legittimi (diritto privato e diritto amministrativo). Tale indirizzo appariva, altresì, in linea con la pronuncia della Corte Costituzionale 204/2004, secondo cui, quando la controversia riguarda diritti soggettivi e non si colloca in alcun modo in un'area di rapporti nella quale la Pubblica Amministrazione agisce attraverso l'esercizio di poteri autoritativi, la cognizione della stessa appartiene al giudice ordinario. In virtù del criterio di riparto, fase pubblicistica e fase privatistica resterebbero due realtà autonome separate dallo spartiacque del provvedimento finale di aggiudicazione con cui l'Amministrazione sceglie il contraente affidatario.

Siffatto sistema, consegnando al giudice ordinario la giurisdizione sul contratto, contiene in sé dei nodi problematici che rivelano una certa insoddisfazione derivante sia dal palese contrasto con i principi di effettività e di ragionevole durata del processo, il quale inevitabilmente si chiude quando il contratto è già interamente eseguito; sia dal fatto che il solo risarcimento del danno assegnato dal giudice amministrativo a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione è lontano dal poter far conseguire il bene della vita al legittimo aggiudicatario, che risulta privato di quegli accreditamenti, titoli e qualificazioni che derivano dalla realizzazione del lavoro²⁵. Dunque, la misura risarcitoria non può dirsi totalmente soddisfattiva dell'interesse sostanziale del contraente privato.

L'impossibilità per il giudice amministrativo di incidere sull'attività negoziale ha comportato, pertanto, una forte accentuazione del ruolo della sospensiva, unico modo per poter impedire di pervenire alla stipula del contratto che era poi inattuabile dal concorrente leso dall'illegittima aggiudicazione.

Tale meccanismo di tutela non appare, infatti, adeguato alle esigenze concrete del cittadino, soprattutto quanto ai tempi nei quali lo stesso desidera realizzare l'auspicato "bene della vita", nonostante la favorevole pronuncia ottenuta in sede giurisdizionale²⁶.

A fronte di tali criticità non poteva non affermarsi un differente esito che avrebbe tenuto maggiormente in debito conto la soddisfazione materiale dell'interesse al bene della vita vantato

evidenza a monte e sorte del contratto a valle: patologia o inefficacia, in Corr. Giur., 2004; S. TASSONE, *Illegittimità della procedura di evidenza pubblica e sorte del contratto privatistico medio tempore stipulato*, in Giur. It., 2006. La tesi dell'annullabilità sottovalutava l'importanza della fase ad evidenza pubblica, in quanto sembrava favorire l'interesse della sola Pubblica amministrazione, che poteva richiedere l'annullamento a totale svantaggio dell'interesse del privato.

²² La tesi della nullità del contratto è sostenuta da V. CERULLI IRELLI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto*, in Giorn. Dir. Amm., 2002; G. CORAGGIO, *Effettività del giudicato e invalidità del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima*, in Dir. Proc. Amm., 2003. In giurisprudenza, v. Cons. Stato, V, 5 marzo 2003, n. 1218; TAR Veneto, Sez. I, 3 settembre 2003, n. 4608, in Serv. Pubblici e appalti, 2004; TAR Milano, Sez. III, 5 dicembre 2002, n. 4724.

²³ Cass., Sez. I, 26 maggio 2006, n. 12629; Cass. Sez. Un., 28 novembre 2007, n. 24658. In dottrina, v. L. GAROFALO, *La figura legislativa della caducazione del contratto*, in Urb. App., 2008. La tesi della caducazione del contratto è stata ricostruita *a contrario* dall'art. 246 del Codice dei Contratti Pubblici, secondo cui, per le grandi opere infrastrutturali la sospensione o l'annullamento dell'aggiudicazione non comporta la caducazione del contratto.

²⁴ Tale tesi è seguita dalla giurisprudenza amministrativa maggioritaria; *ex multis* v., Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2008, n. 490; TAR Veneto, sez. I, 14 maggio 2007, n. 1461; Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2004, n. 3465.

²⁵ F. D'AGOSTINO, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, www.giustizia-amministrativa.it.

²⁶ P. M. ZERMAN, *Annullamento dell'aggiudicazione illegittima ed effettività della tutela giurisdizionale: la sorte del contratto medio tempore stipulato (commento alla decisione del Consiglio di Stato, Sez. V, 19 maggio 2009, n. 3070)*, www.giustizia-amministrativa.it; G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra pubblico e privato*, Milano, 1986; *Gli appalti pubblici di servizi*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Commentario, 1995. p. 1285.

dal ricorrente e gli interessi collettivi, quali l'esatta e sollecita esecuzione dell'opera pubblica, del servizio e della fornitura²⁷.

L'ordinanza 2906/2010²⁸, basando la sua motivazione sui principi della direttiva 2007/66 che rendono necessario l'attuazione del principio di concentrazione del processo e quello di effettività della tutela giurisdizionale, riconosce una stretta connessione tra la domanda di annullamento dell'aggiudicazione e quella di privazione degli effetti del contratto stipulato tale da poter essere trattate unitariamente davanti al giudice amministrativo. In questo modo, il diritto comunitario incide profondamente nel sistema giurisdizionale interno a favore di una giurisdizione unica del giudice amministrativo, in materia di appalti, che riduce sempre più il valore della dicotomia tra diritti soggettivi e interessi legittimi quale modello identificativo dell'ordinamento processuale nazionale²⁹.

Il riconoscimento della giurisdizione esclusiva in ordine alla cognizione sulla sorte del contratto³⁰, che si pone come soluzione di sicura razionalizzazione del sistema, si concilia correttamente con la *ratio* stessa di tale giurisdizione che interviene a fronte di un intreccio di situazioni giuridiche soggettive, nell'ambito del quale risulta difficile individuare i connotati identificativi delle singole situazioni, siano essi diritti soggettivi o interessi legittimi a cui si vuole apprestare la massima effettività di tutela³¹.

Di conseguenza, l'attribuzione al giudice amministrativo della cognizione della sorte del contratto vuole configurare la stipulazione del contratto come una fase che non trova collocazione concettuale nel solo diritto comune, ma presenta aspetti di rilievo per il diritto pubblico quale precipitato dell'aggiudicazione, in quanto "la cognizione sui diritti soggettivi derivanti dal contratto si collega strettamente alla verifica del corretto esercizio del potere pubblicistico della stazione appaltante, nella sequenza che conduce all'affidamento del contratto"³².

E' proprio il carattere tipico dei contratti in oggetto che fa risaltare la commistione tra pubblico e privato.

La lettura del decreto induce a chiederci se la scelta adottata dall'ordinamento nazionale in merito alla concentrazione delle tutele presso il giudice amministrativo sia stata suggerita o imposta dalla direttiva comunitaria o dall'ordinamento comunitario in generale. In realtà, la direttiva non fissa regole rigide, limitandosi a stabilire che la decisione sulla sorte del contratto debba essere esplicita, ad opera di un organo indipendente, fermo restando l'esigenza di effettività e ragionevole durata del processo.

E' stato rilevato che non è tanto la direttiva 2007/66 a imporre agli Stati membri un giudice unico delle controversie in materia di appalti pubblici³³. Tale affermazione trae conferma dall'art. 2, par. 2 della direttiva che prevede, infatti, come "i poteri di cui al paragrafo 1 dell'art. 2 e degli articoli 2-*quinquies* e 2-*sexies* (poteri di adozione di provvedimento cautelari, di

²⁷ C. VOLPE, *Affidamento, esecuzione e giurisdizione alla luce della L. 205/2000: rigenerazione o omologazione del G. A.?*, in Urb. e app., 2001, p. 837.

²⁸ Secondo le Sezioni Unite, la direttiva è applicabile a tutte le procedure di gara bandite dopo la sua entrata in vigore (dicembre 2007), ancorchè anteriori alla data di scadenza di recepimento della direttiva (dicembre 2009).

²⁹ AMORTH, *Figura giuridica e contenuto del diritto subbiiettivo affievolito*, in *Scritti in onore di S. Romano*, Padova, 1940; G. COCCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990. La Corte di Giustizia nelle sentenze Francovich e Factortame (cause 6/90 e 213/89) affermano che i diritti individuali che derivano dalla direttiva sono direttamente protetti dall'ordinamento comunitario e la loro lesione comporta una obbligazione risarcitoria da parte degli Stati membri. Su tale argomento cfr. A. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in Foro it, 1995; M. RUOTOLO, *Legge, diritto comunitario e responsabilità civile dello Stato*, in (a cura di) F. MODUGNO, *Trasformazioni della funzione legislativa*, I "vincoli" alla funzione legislativa, Milano, Giuffrè, 1999.

³⁰ Il nuovo orientamento, incoraggiato dalle Sezioni Unite, comincia ad essere affermato in giurisprudenza, V. TAR Emilia Romagna 15 marzo 2010, n. 2187; TAR Sardegna, 8 marzo 2010, n. 253.

³¹ Corte Cost., 5 febbraio 2010, n. 35.

³² M. LIPARI, *op. cit.*

³³ CARDARELLI F., *Commento a Cass. SS. UU. Ordinanza 2906 del 12.01.2010*, www.federalismi.it.

annullamento delle decisioni illegittime, di accordare il risarcimento del danno, privazione degli effetti e sanzioni alternative) possono essere conferiti ad organi distinti responsabili di aspetti differenti della procedura di ricorso”. In altri termini, è irrilevante che i singoli Stati membri deleghino le diverse funzioni previste ad organi giurisdizionali unici o distinti. E’ rilevante, invece, secondo la direttiva, che le norme nazionali consentano l’accesso ad una tutela giurisdizionale efficace e quanto più rapida possibile: principi che non apportano alcuna novità all’*acquis comunitarie* in materia di appalti.

Dall’altra, c’è chi³⁴ sostiene che sia proprio la direttiva a suggerire il ricorso ad un unico organo giudicante, desumibile da alcuni considerando della direttiva che impongono agli Stati membri di assicurare una tutela rapida ed effettiva. Il legislatore comunitario sembra, infatti, ritenere pacifico che l’organo chiamato a pronunciarsi sulla violazione della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici sia lo stesso che dovrà disporre la concessione del risarcimento del danno, la privazione di effetti del contratto e/o le eventuali misure sanzionatorie alternative. In ogni caso, il diritto comunitario ci ha imposto in modo virtuoso di riflettere su tali problemi.

3.5. ...e in ordine alle conseguenze sulla sorte del contratto. La questione sulla sorte del contratto, in un’ottica squisitamente sostanziale, è stata risolta con l’affermazione dell’**inefficacia** degli effetti del contratto, termine che, secondo il parere del Consiglio di Stato, meglio si attaglia alla locuzione usata dal diritto comunitario, “privazione degli effetti”. L’espressione “inefficacia” non è categoria idonea ad individuare la situazione giuridica che la presuppone e la determina, ma è compatibile con la soluzione generica voluta dalla direttiva e con essa si è voluto limitarsi alla sola considerazione di un contratto reso limitato dal sopravvenuto annullamento dell’aggiudicazione i cui effetti possono essere mantenuti attraverso una pronuncia del giudice. L’inefficacia può essere intesa come espressione idonea a comprendere tutti i casi in cui un atto giuridico è considerato privo di effetti.

Già in precedenza, era stata sostenuta la tesi dell’inefficacia sulla considerazione che il vizio che colpisce il contratto non è genetico, ossia non colpisce *ab origine* il contratto come atto, ma è successivo verificandosi solo con la pronuncia di annullamento dell’aggiudicazione ed incide sul momento funzionale del negozio³⁵. Secondo alcuni, l’annullamento dell’aggiudicazione inciderebbe sull’efficacia del contratto in virtù del nesso inscindibile di connessione che avvince i negozi collegati in via necessaria. Come nel diritto civile, la perdita di efficacia di uno dei contratti non ingenera un’ipotesi di invalidità degli altri contratti, ma innesca un fenomeno di perdita dell’efficacia di un contratto che non può sopravvivere senza gli altri. Nel caso concreto comporterebbe l’inefficacia sopravvenuta del contratto, in quanto nei contratti ad evidenza pubblica, gli atti della serie pubblicistica e quelli della serie privatistica sono indipendenti quanto alla validità, ma i primi condizionano l’efficacia dei secondi, nel senso che, venendo meno per qualsiasi causa uno degli atti del procedimento, il contratto diviene *ab origine* inefficace³⁶.

In particolare, è stato evidenziato che la caducazione di atti della fase di formazione della volontà contrattuale dell’amministrazione priva quest’ultima, con efficacia *ex tunc*, della legittimazione a negoziare, in quanto essa si trova nella condizione di aver stipulato un contratto *iniure*, privo della legittimazione dei precedenti atti amministrativi. L’annullamento della fase di

³⁴ F. SAITTA, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, www.giust.amm.it.

³⁵ M. G. VIVARELLI, *Le conseguenze dell’annullamento della gara*, Riv. trim. app., 2008, fasc. 1.

³⁶ Cons. Stato, V, 12 febbraio 2008, n. 490; Cons. Stato, V, 28 maggio 2004, n. 3465; Cons. Stato, IV, 27 ottobre 2003, n. 6666.

aggiudicazione segna, in via retroattiva, la carenza di uno dei presupposti di efficacia del contratto che viene privato dei suoi effetti giuridici³⁷.

A prescindere dalle tesi che sottintendono alla scelta dell'inefficacia del contratto, non possiamo non rilevare come la tematica del momento di maturazione del diritto soggettivo nella fase privatistica ha perso ogni rilevanza pratica in seguito all'affermata risarcibilità dell'interesse legittimo, in particolare a seguito del riconoscimento della reintegrazione in forma specifica della giurisdizione esclusiva, avvenuto con la legge 205/2000; si assottiglia sempre più la differenza sostanziale tra diritti soggettivi e interessi legittimi.

La soluzione a favore dell'inefficacia pare una scelta condivisibile che mette ancor più in rilevanza la crisi delle figure tipiche del diritto privato in materie delicate che involgono centri di interessi sensibili e peculiari.

Con l'inefficacia si è preferito abbracciare una categoria generica che ricomprendesse le patologie possibili di natura sostanziale per privilegiare la finalità ultima, ossia la privazione degli effetti del contratto.

3.5.1. Ipotesi di inefficacia del contratto. Il nuovo articolo 245-*bis* disciplina le ipotesi di inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni della normativa. Viene riconosciuto un evidente ampliamento del ruolo del giudice, come precipitato della direttiva. Premessa, infatti, la sua unicità, l'autorità giudicante che annulla l'aggiudicazione dichiara l'inefficacia del contratto con potere di scegliere gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione, la cui scelta varia in funzione della tipologia e della gravità del vizio dell'aggiudicazione, precisando se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva. In tutti i casi è previsto l'annullamento dell'aggiudicazione.

L'inefficacia del contratto rileva nei seguenti casi ritenuti particolarmente gravi: *a)* se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso di gara nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal presente codice; *b)* se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia omesso la pubblicità del bando, quando tale pubblicazione è prescritta dal presente codice; *c)* se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'art. 11, comma 10, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi dei mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi ai vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento; *d)* se il contratto è stato stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale, ai sensi dell'art. 11, comma 10-*ter*, qualora tale violazione, aggiungendosi ai vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

Pur in presenza delle violazioni di cui al comma 1 dell'art. 245-*bis*, il contratto rimane efficace qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti vengano mantenuti. Tra le esigenze imperative 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. 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. Non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova

³⁷ In tal senso, v. VARONE, *L'invalidità contrattuale della dialettica fra atto e negozio nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica*, Foro Amm., 2003.

procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge derivanti dalla dichiarazione di inefficacia.

Orbene, è facilmente riscontrabile un vasto potere del giudice il quale deve assumersi l'arduo compito di valutazione della vera opportunità di conservazione del contratto. L'imperatività delle ragioni di deroga deve, perciò, essere davvero rilevante ed assimilabile alla portata di quegli interessi superiori che, ai sensi dell'art. 2933, comma 2 c.c., si collegano ad esigenze della "economia nazionale"³⁸.

Il comma 4, invece, stabilisce che, nei casi in cui, nonostante le violazioni definite al comma 1, il contratto sia considerato dal giudice efficace o l'inefficacia sia temporalmente limitata, si applicano le sanzioni alternative di cui all'articolo 245-*quater*; dunque, il solo risarcimento del danno non è considerato sufficiente.

In linea con il diritto comunitario, l'art. 245-*ter* ricomprende gli "altri casi" non gravi in cui, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, resta da stabilire la sorte del contratto. In tali ipotesi, il ruolo del giudice è determinate in quanto conserva la facoltà di dichiarare l'inefficacia o la conservazione del contratto. In questi casi risulterà decisivo l'apprezzamento delle circostanze di fatto rilevanti nella singola fattispecie. La norma esprime indubbiamente l'idea che l'inefficacia rappresenta il principio generale, mentre la conservazione degli effetti può affermarsi solo in seguito all'accertamento puntuale di particolari situazioni di fatto. Per interesse generale che impone il mantenimento degli effetti per effetto di esigenze imperative dovrà intendersi quello dell'intera collettività alla conservazione del contratto e non della singola Amministrazione aggiudicataria.

La scelta a favore dell'inefficacia, spinta dal legislatore comunitario, più pratico, e più incline a guardare all'effetto, porterà il dibattito dottrinale nel nostro ordinamento a ricercare la sanzione sottostante. Per le violazioni gravi la sanzione potrebbe essere la nullità per contrarietà a norme imperative, nel qual caso occorre privare il contratto degli effetti secondo un intento sanzionatorio che configura un potere officioso del giudice. Per le violazioni non gravi il giudice deve sottostare al principio della domanda di parte.

Secondo il comma 5 dell'art. 245-*bis*, l'inefficacia del contratto non trova applicazione quando la stazione appaltante abbia posto in essere la seguente procedura: abbia, con atto motivato anteriore all'avvio della procedura di affidamento dichiarato di ritenere che la procedura senza previa pubblicazione del bando sia consentita dal presente codice; abbia pubblicato, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e quelli sottosoglia, nella Gazzetta dell'Unione europea e quella italiana un avviso volontario per la trasparenza preventiva in cui manifesta l'intenzione di concludere un contratto; il contratto non sia concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso.

Il decreto regola l'avviso volontario per la trasparenza preventiva all'articolo 3 introducendo il nuovo articolo 79-*bis*. La norma si collega ad una delle ipotesi in cui non si applica l'inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni previsti dalla direttiva. L'avviso volontario, pertanto, deve contenere la denominazione e recapito della stazione appaltante; la descrizione dell'oggetto del contratto; la motivazione della stazione appaltante di affidare il contratto senza la previa pubblicazione di un bando di gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sottosoglia; la denominazione e recapito dell'operatore economico a favore del quale è avvenuta l'aggiudicazione definitiva.

Per quanto riguarda le infrastrutture strategiche di cui all'art. 246 del Codice, il decreto applica la regola generale dell'inefficacia per le violazioni gravi e meno gravi anche a tale settore; rimane salva, quindi, la disposizione dell'articolo 246, comma 4, che impedisce la caducazione

³⁸ F. CINTIOLI, *op. cit.*, p. 8.

del contratto a seguito di annullamento o sospensione dell'affidamento in relazione alla realizzazione di infrastrutture e insediamenti produttivi solo in relazione alle violazioni non gravi.

3.6. Tutela specifica e tutela per equivalente. Il nuovo articolo 245-*quinquies* affronta la questione del risarcimento sia in forma specifica che per equivalente. Si afferma la regola secondo cui la richiesta diretta ad ottenere l'aggiudicazione del contratto è in ogni caso subordinata alla dichiarazione di inefficacia del contratto; è ovvio che il ricorrente vittorioso non potrebbe ottenere l'affidamento del contratto, come anche la rinnovazione degli atti di gara, se prima non sia eliminato dalla realtà giuridica il contratto stipulato con l'illegittimo aggiudicatario.

Il successivo periodo del primo comma, invece, afferma semplicemente che se il contratto rimane in piedi perché non dichiarato inefficace dal giudice, l'interessato non può conseguire la tutela in forma specifica, ma solo la tutela per equivalente a seguito della domanda di parte e della prova del danno a carico del danneggiato. Ciò vuol dire che la reintegrazione in forma specifica diventa la forma principale di risarcimento del danno, mentre il risarcimento per equivalente risulta essere sussidiario³⁹, ponendosi così in linea con l'ordinamento comunitario secondo cui la tutela risarcitoria riveste un ruolo meramente ancillare rispetto alla tutela cautelare e demolitoria.

Di dubbia legittimità costituzionale sembra essere l'affermazione per cui il risarcimento del danno subito e provato spetterebbe solo al ricorrente che avrebbe "titolo all'aggiudicazione", quindi in caso di assoluta certezza di vittoria, escludendo così il risarcimento del danno per mera perdita di *chance* e privando l'interessato di qualsiasi forma di tutela⁴⁰.

Se, invece, il giudice decide per l'inefficacia del contratto non ne consegue senz'altro il subentro nel contratto, in quanto il ricorrente può non esserne più interessato. Al secondo comma dell'art. 245-*quinquies*, sembra definitivo il principio della domanda di parte in merito alla domanda di subentro e l'affermazione di una sorta di pregiudizialità tra la richiesta di risarcimento dei danni e la richiesta di aggiudicazione del contratto: per cui se la parte non chiede l'inefficacia del contratto o non si rende disponibile a subentrare nel contratto, tale comportamento sarà valutato ai sensi dell'art. 1227 c.c., in quanto il legislatore valuta negativamente la frequente prassi che vede il ricorrente chiedere solo il risarcimento del danno disinteressandosi della sorte del contratto a discapito delle correzioni delle illegittimità compiute dalla stazione appaltante. Con l'entrata in vigore della presente normativa degli appalti, ritengo che questa prassi negativa possa scomparire in ragione dell'unitarietà della domanda di fronte al giudice amministrativo.

3.7. Il potere sanzionatorio del giudice: giurisdizione di merito? Le sanzioni alternative, ai sensi dell'art. 245-*quater*, da applicare quando il contratto sia considerato efficace o inefficace temporalmente, consistono nella sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante di importo che varia dallo 0,5% al 5% del valore del contratto, oppure nella riduzione della durata del contratto che varia dal 10% al 50% della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo della pronuncia. La legge delega parla non di sanzioni amministrative vere e proprie ma di sanzioni processuali irrogate dall'autorità giudiziaria per violazione di norme di diritto pubblico. Di certo, la sanzione pecuniaria è un deterrente alle violazioni delle disposizioni che responsabilizza il funzionario, responsabile del procedimento.

Il giudice amministrativo applica le sanzioni, assicurando il rispetto del principio del contraddittorio e ne determina la misura in modo che siano effettive, dissuasive, proporzionate al valore del contratto, alla gravità della condotta della stazione appaltante e all'opera svolta dalla

³⁹ In tal senso cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2004, n. 950; Cons. Stato, sez. IV, 29 aprile 2002, n. 2280; Cons. Stato, sez. IV, 29 ottobre 2003, n. 6666.

⁴⁰ M. LIPARI, *op. cit.*

stazione appaltante per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione. In ogni caso l'eventuale condanna al risarcimento dei danni non costituisce sanzione alternativa e si cumula con le sanzioni alternative.

Il giudice applica le sanzioni di cui al comma 1 anche qualora il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito per la stipulazione del contratto, ovvero se è stato stipulato senza rispettare la sospensione della stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, 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'affidamento.

In ogni caso, rimane fermo il principio dispositivo secondo cui il giudice potrà dichiarare l'inefficacia del contratto solo se vi sia una domanda corrispondente proposta dal ricorrente, volta ad ottenere il bene della vita (il subentro o la rinnovazione della gara). Sarebbe da escludere un potere-dovere *ex officio* di dichiarare inefficace un contratto senza la domanda specifica del ricorrente che equivarrebbe a fare di esso un vero e proprio potere amministrativo sanzionatorio officioso⁴¹.

A tal proposito, un'ultima riflessione è da pronunciare: il vasto potere riconosciuto al giudice unico vale ad affermare i caratteri di una giurisdizione di merito? Il Governo era stato delegato a recepire la direttiva ricorsi “nell'ambito di una giurisdizione esclusiva e di merito”. Il Consiglio di Stato, nel parere al decreto legislativo, aveva condiviso la scelta del Governo di non attribuire al giudice amministrativo una giurisdizione anche di merito, in teoria prevista solo in pochi casi eccezionali.

Secondo il Consiglio di Stato, la previsione di un'ipotesi di giurisdizione di merito presuppone che la legge consenta al giudice amministrativo di sostituirsi all'amministrazione nel compimento di scelte discrezionali ritenute non opportune o non convenienti, mentre la previsione legislativa, dettata dal decreto di recepimento, che consente la scelta da parte del giudice tra più rimedi (la dichiarazione di inefficacia o di conservazione del contratto) non costituisce l'esercizio di un potere di merito, ma l'esito di valutazioni effettuate in sede giurisdizionale sulla base di determinati presupposti predeterminati dal legislatore. Nel parere si osserva, inoltre, che la giurisdizione di merito “mal si attaglia a controversie aventi ad oggetto aspetti di natura civilistica”. Il giudice amministrativo dovrebbe, dunque, deve decidere soggiacendo sempre al parametro della legge e dei criteri di ragionevolezza.

Non mancano, a tal proposito, opinioni contrarie che affermano la presenza di una giurisdizione di merito in considerazione del fatto che gli apprezzamenti che il giudice è chiamato a compiere implicano valutazioni sostitutive dell'attività amministrativa⁴², come l'ipotesi specifica della scelta discrezionale attinente ai profili di opportunità e convenienza dell'agire amministrativo che costituisce il cuore del merito amministrativo. La facoltà di scelta attribuita al giudice amministrativo che lo legittima a stabilire quale contratto possa continuare a sopravvivere - che molti attribuiscono alla sola fase di esecuzione del giudicato e non certo del merito⁴³ - permette di salvaguardare, secondo il caso concreto, l'interesse dell'Amministrazione a che le prestazioni non vengano interrotte o a valutare il preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera.

Può remare a favore della effettiva giurisdizione di merito l'argomento del potere sanzionatorio, abbastanza improprio per il giudice lungi dall'essere titolare di un ruolo di amministrazione attiva; per la giurisdizione di merito propende il fatto che il giudice diventa un

⁴¹ F. CINTIOLI, *In difesa del processo delle parti*, Note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul “nuovo” processo amministrativo sui contratti pubblici, www.lexitalia.it.

⁴² R. CAPONIGRO, *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo* (Relazione al Seminario su: “ Il giudizio amministrativo tra codificazione, class action e recepimento della più recente direttiva ricorsi in materia di appalti pubblici” – Roma, 9 febbraio 2010), in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴³ F. D'AGOSTINO, *op. cit.*

simil interlocutore delle parti del contratto al quale viene attribuito il potere di decidere della sorte dell'intera operazione economica in esame.

Merita ricordare la differente interpretazione proposta dalla dottrina riguardo la giurisdizione di merito, la quale esclude che il giudice amministrativo possa decidere e conoscere su vizi diversi da quelli di legittimità; in virtù di ciò, peculiare della giurisdizione di merito sarebbe non il potere del giudice di sostituirsi all'Amministrazione nelle valutazioni, ma l'attribuzione al giudice di un potere di cognizione più ampio sui fatti e di un potere di decisione più esteso, riconducibili però pur sempre al sindacato sui vizi di legittimità⁴⁴.

Delle due l'una: o si afferma che tale giurisdizione esclusiva sia anche di merito, il che comporterà l'ampliamento dell'elenco dei casi tassativi o si afferma il contrario. In tale ultimo caso non sarebbe stato sbagliato, come qualcuno ha già osservato⁴⁵, che il legislatore nazionale avesse adattato la dizione della direttiva "organo di ricorso" al sistema nazionale ripartendo tra organi diversi le differenti funzioni; così, il potere sanzionatorio avrebbe potuto essere attribuito all'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici con l'obbligo di trasmissione ad essa di tutte le sentenze che configurino le fattispecie di illecito.

Quand'anche si rivelasse giurisdizione di merito, è da sottolineare come il giudice debba giudicare anche in questo caso secondo diritto, in quanto ad esso spetta nella giurisdizione esclusiva il compito di accertare e dichiarare la causa di invalidità, inefficacia muovendosi sotto l'egida del sindacato di legittimità, come anche dei parametri dell'eccesso di potere, irragionevolezza e proporzionalità, operando un bilanciamento di tutti gli interessi in gioco (attività propria, ormai, del ruolo del giudice). Non si tratterà, quindi, di sostituzione dell'Amministrazione, ma di un giudizio volto alla realizzazione e alla tutela degli interessi della collettività.

La valutazione di opportunità non può che essere rimessa a chi, come il giudice amministrativo, giudice della funzione pubblica e dell'interesse pubblico, ha una visione d'insieme della vicenda e risolve il caso concreto compiendo una comparazione degli interessi. Possiamo dire che se prima le qualificazioni delle differenti patologie, dal punto di vista sostanziale, della nullità, dell'annullabilità e della caducazione, si manifestavano palesemente come esito dell'applicazione di norme giuridiche al caso di specie, ora l'esito dell'inefficacia sembra essere il frutto di una considerazione di opportunità del giudice o di un bilanciamento di interessi. Il giudice propenderà per l'aggiudicazione dell'appalto solo dopo uno specifico accertamento da cui il giudice ha la certezza che la procedura avrebbe dovuto concludersi a favore dell'impresa ricorrente (ad es. se risulta secondo in graduatoria)⁴⁶; diversamente, provvederà per un nuovo esercizio del potere amministrativo attraverso il rinnovo degli atti di gara.

3.8. Tutela processuale. In merito alla tutela processuale delle procedure di affidamento, il decreto modifica l'art. 245, limitando i mezzi di ricorso al solo giudizio innanzi al tribunale amministrativo regionale escludendo espressamente il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica come, invece, previsto dal precedente articolo 245 che aveva preso posizione sull'esperibilità dello strumento dell'ottemperanza per le decisioni che definiscono il ricorso straordinario. L'esclusione di tale rito è spiegata in virtù della specialità del rito in materia di appalti, come i casi del rito in materia di accesso e del processo elettorale incompatibili con il ricorso straordinario.

⁴⁴ AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939.

⁴⁵ F. CINTIOLI, *op. cit.*

⁴⁶ Tale caso è rinvenibile in TAR LAZIO, III sez., sentenza 18131/2010 sul potere del giudice amministrativo di dichiarare l'inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

L'art. 8 del decreto 53/2010 modifica l'articolo 245 del Codice introducendo un rito speciale definito "superaccelerato"⁴⁷ in materia di appalti pubblici che lo pone al di là dei binari della direttiva. La scelta del legislatore risiede nella volontà di definire uno svolgimento accelerato del processo in materia, ma che in sostanza introduce ulteriori accelerazioni rispetto al rito disciplinato dall'art. 23-bis della legge TAR, il quale non viene sostituito ma ad esso si rinvia quando non derogato dal decreto. Tale ristrettezza dei termini incide sul diritto di difesa definito nell'impianto costituzionale nel combinato disposto dell'art. 24 Cost. e 111 Cost.: la ragionevole durata del processo non equivale a sacrificare il diritto di difesa con l'apposizione di regole inique, in nome di una mera esigenza di celerità.

La norma regola, al comma 2-*quater*, la competenza territoriale del TAR. La disciplina introdotta si distingue sotto numerosi aspetti da quella ordinaria. La competenza è inderogabile e il difetto può essere rilevato di ufficio prima di ogni altra questione e pronunciato con ordinanza in sede di primo esame della domanda cautelare o nella prima udienza di merito.

In particolare, sono previsti trenta giorni per la notificazione del ricorso e per la proposizione dei motivi aggiunti avverso atti diversi da quelli impugnati; dieci giorni per il deposito del ricorso principale, del ricorso incidentale, dell'atto contenente i motivi aggiunti, dell'appello avverso l'ordinanza cautelare; trenta giorni per la proposizione del ricorso incidentale mentre quello per la notificazione dei motivi aggiunti avverso atti già impugnati è di quindici giorni. In merito ai motivi aggiunti, è affermato il principio dell'obbligatorietà dei motivi aggiunti per impugnare atti connessi a quello già impugnato.

Il giudizio di merito deve essere deciso nell'udienza cautelare, ove possibile, ossia quando l'istruttoria e il contraddittorio siano completi. Diversamente, è previsto un giudizio abbreviato in cui il merito deve essere deciso ad una udienza fissata d'ufficio da tenersi entro sessanta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente; della data di udienza è dato avviso alle parti almeno venti giorni liberi prima della data d'udienza; il dispositivo della sentenza che definisce il giudizio è pubblicato entro sette giorni dalla data dell'udienza; la sentenza che decide il ricorso è redatta in forma semplificata.

Tra le norme processuali relative ai termini è compresa la disposizione del comma 2 dell'art. 245 del Codice in ordine al termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione in forza della quale, "nel caso in cui sia mancata la pubblicità del bando, il ricorso non può comunque essere più proposto decorsi trenta giorni decorrenti dalla data di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva, a condizione che tale avviso contenga la motivazione dell'atto con cui la stazione appaltante ha deciso di affidare il contratto senza previa pubblicazione del bando. Se sono omessi gli avvisi o le informazioni di cui al presente comma oppure non sono conformi alle prescrizioni, il ricorso non può comunque essere proposto decorsi sei mesi dalla data di stipulazione del contratto".

4. Misure di incentivazione dell'accordo bonario. Il legislatore, come individuato nella legge delega 44/2008, è intervenuto in ambiti che non sono di recepimento della direttiva ma che sono volti a favorire la risoluzione accelerata e non giurisdizionale del contenzioso, specie di quello insorto in fase di esecuzione del contratto. Viene, così, modificato, ma non in modo rilevante, l'art. 240 Codice in materia di accordo bonario che disciplina, per la soluzione amichevole delle controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici, un apposito procedimento finalizzato al raggiungimento di un accordo bonario – come definito da alcuni - avente natura ed effetti di transazione⁴⁸. In particolare, tale meccanismo opera quando, nel corso dell'esecuzione di contratti, l'importo economico dell'opera, a seguito

⁴⁷ M. LIPARI, *op. cit.*

⁴⁸ E. M. BARBIERI, *L'accordo bonario su decisione vincolante della commissione in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Riv. trim. degli appalti, 2008, fasc. 1.

dell'iscrizione delle riserve, possa variare in misura sostanziale e comunque non inferiore al dieci per cento dell'importo contrattuale.

Per quanto riguarda il termine per la formulazione della proposta di accordo bonario, viene modificato l'articolo 5, il quale ora prevede che tale termine decorra dalla costituzione della commissione e non più dall'apposizione dell'ultima delle riserve. A tale commissione è attribuito il compito di formulare una proposta motivata di accordo che dovrà essere sottoposta alla libera valutazione delle parti.

Con riferimento alla figura del Presidente della commissione è stato introdotto il comma 9-*bis* secondo cui il terzo componente della commissione assume le funzioni di presidente della commissione ed è nominato, in ogni caso, tra i magistrati amministrativi o contabili, tra gli avvocati dello Stato o i componenti del Consiglio superiore dei lavori pubblici, tra i dirigenti di prima fascia delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che abbiano svolto le funzioni dirigenziali per almeno cinque anni, ovvero tra avvocati e tecnici in possesso del diploma di laurea in ingegneria ed architettura, iscritti ai rispettivi ordini professionali.

Il decreto interviene, altresì, nella misura dei compensi da riconoscere ai commissari, mediante la modifica del comma 10; l'intento è quello di ridurre l'ammontare dei compensi dalla misura precedente del 50% alla misura di un terzo dei corrispettivi minimi dalla tariffa allegata al D.M. 2 dicembre 2000, n. 398. In questo modo, il minor costo per l'amministrazione potrebbe costituire un incentivo ad usare più facilmente l'istituto. Nulla, tuttavia, viene aggiunto, come aveva suggerito il Consiglio di Stato, nel parere espresso, in merito all'attivazione di procedure, da parte del responsabile del procedimento, volte a valutare la fondatezza delle riserve.

5. Disposizioni razionalizzatrici dell'arbitrato. Il decreto legislativo n. 53 del 2010 opera una razionalizzazione dell'istituto dell'arbitrato. In primo luogo, si ribadisce l'ammissibilità dell'arbitrato facoltativo. Pertanto, vengono espressamente abrogate le precedenti disposizioni che ne avevano affermato la soppressione (art. 3, commi 19, 20 e 21 della legge 24 dicembre 2007, n. 244).

Il decreto interviene per migliorare l'istituto dell'arbitrato modificando l'articolo 241 del Codice dei Contratti. E' stato inserito il comma 1-*bis* con l'intento di rendere più chiaro l'*iter* riguardante la decisione di sottoporre o meno la controversia al giudizio arbitrale. La stazione appaltante, infatti, deve indicare nel bando o nell'avviso che indice la gara o nell'invito, per le procedure senza bando, se il contratto conterrà o meno la clausola compromissoria. L'aggiudicatario, ovviamente, può ricusare tale clausola per non inserirla nel contratto mediante comunicazione alla stazione appaltante entro il termine breve di venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione.

Al comma 5, si definiscono in modo più rigoroso i requisiti soggettivi degli arbitri in quanto devono essere "muniti di precisi requisiti di indipendenza e, comunque, scelti tra coloro che nell'ultimo triennio non hanno esercitato le funzioni di arbitro di parte o di difensore in giudizi arbitrali disciplinati dal presente articolo, ad eccezione delle ipotesi in cui l'esercizio del diritto di difesa costituisca adempimento di dovere d'ufficio del difensore dipendente pubblico".

Il comma 12 è modificato attraverso la previsione secondo cui "*il collegio arbitrale determina nel lodo definitivo ovvero con separata ordinanza il valore della controversia e il compenso degli arbitri con i criteri stabiliti dal decreto del Ministro dei lavori pubblici, di concerto con il Ministro di grazia e giustizia, 2 dicembre 2000, n. 398, e applica le tariffe fissate in detto decreto*".

In funzione di contenimento della spesa, si prevede un tetto massimo dei compensi arbitrali che non può superare l'importo di centomila euro.

Introducendo delle deroghe alla disciplina dell'arbitrato prevista dal codice di procedura civile, il decreto stabilisce che il lodo si ha per pronunciato con la sua ultima sottoscrizione e diviene efficace con il suo deposito presso la camera arbitrale per i contratti pubblici, divergendo, in questo modo dall'art. 824-*bis* c.p.c. che prevede che il lodo acquisti efficacia di sentenza a far data dalla sua ultima sottoscrizione. Come ha rilevato il Consiglio di Stato, nel parere espresso allo schema di decreto⁴⁹, la diversa disciplina rischia di essere foriera di incertezze interpretative in ordine all'esatta natura del lodo pronunciato sulle controversie relative all'esecuzione degli appalti.

Si prevede, inoltre, secondo il comma 15-*bis*, l'impugnabilità del lodo, oltre che per motivi di nullità, anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia. L'impugnazione è proposta nel termine di novanta giorni dalla notificazione del lodo e non è più proponibile dopo il decorso di centoottanta giorni dalla data di deposito del lodo presso la Camera arbitrale.

Secondo il comma 15-*ter*, su istanza di parte, la Corte d'appello può sospendere, con ordinanza, l'efficacia del lodo, se ricorrono gravi e fondati motivi. Si applica l'articolo 351 del codice di procedura civile⁵⁰. Quando sospende l'efficacia del lodo, o ne conferma la sospensione disposta dal presidente, il collegio verifica se il giudizio è in condizione di essere definito. In tal caso, fatte precisare le conclusioni, ordina la discussione orale nella stessa udienza o camera di consiglio, ovvero in una udienza da tenersi entro novanta giorni dall'ordinanza di sospensione; all'udienza pronuncia sentenza a norma dell'articolo 281-*sexies* del codice di procedura civile. Se ritiene indispensabili incombenti istruttori, il collegio provvede su di essi con la stessa ordinanza di sospensione e ne ordina l'assunzione in una udienza successiva di non oltre novanta giorni; quindi provvede ai sensi dei periodi precedenti.

6. Conclusioni. Alla luce delle considerazioni finora svolte, è inevitabile rilevare come l'integrazione tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale in senso monistico sia giunta ormai a influenzare profondamente il diritto amministrativo nazionale, in particolare il sistema giurisdizionale, settore che tradizionalmente gli Stati membri ritenevano peculiare della propria sovranità nazionale.

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale, su cui insiste da tempo la Corte di Giustizia⁵¹, ha contribuito ad ampliare in modo rilevante la tutela giurisdizionale amministrativa nazionale tesa ad assicurare alle situazioni giuridiche protette, sia in termini di diritti soggettivi che interessi legittimi, una tutela piena ed effettiva.

Secondo l'impianto normativo della direttiva, la garanzia delle situazioni giuridiche soggettive che insistono in materia di appalti viene assicurata mediante lo strumento della tutela cautelare, quale mezzo idoneo a permettere l'immediata sospensione degli effetti del provvedimento illegittimo, in modo che non venga compromessa in fatto la tutela del diritto controverso e la possibilità per l'impresa ricorrente di aggudicarsi l'appalto.

Per l'ottenimento di una tutela pienamente soddisfacente, l'ordinamento comunitario attribuisce alla tutela risarcitoria un ruolo meramente sussidiario rispetto alla tutela cautelare e demolitoria. La concessione del risarcimento del danno non rappresenta, infatti, una sanzione adeguata, in quanto l'effettività deve essere assicurata attraverso la possibilità di reintegrazione

⁴⁹ Parere del Consiglio di Stato, Commissione Speciale del 25 gennaio 2010, n. 368/2010 del 1° febbraio 2010.

⁵⁰ L'art. 351 c.p.c. così recita: "Sull'istanza di cui all'articolo 283 il giudice provvede con ordinanza nella prima udienza. La parte, può, con ricorso al giudice, chiedere che la decisione sulla sospensione sia pronunciata prima dell'udienza di comparizione".

⁵¹ Corte Giustizia, sentenza 7 giugno 2007, C-222/05 e C-225/05 (*Van der Weerd*); sentenza, 15 settembre 1998, C-231/1996 (*Edilizia Industriale Siderurgica*).

nella posizione in cui l'impresa si sarebbe trovata ove l'Amministrazione avesse agito *iure*. Tale ragionamento è stato trasposto correttamente all'interno del decreto.

In ogni caso, numerosi sono i profili di criticità emergenti dal recepimento della Direttiva comunitaria e dalla relativa disciplina.

In primo luogo emerge preponderante il tema della sorte del contratto di appalto, identificata nella categoria dell'inefficacia, definita "flessibile", a seconda della gravità della violazione⁵².

Nelle tradizionali categorie, tipiche del diritto civile, il termine inefficacia viene utilizzato, al pari di quanto avviene nel diritto amministrativo, come la non produzione degli effetti giuridici dell'atto (sia a livello di contratto che di provvedimento amministrativo)⁵³. Alla luce di queste considerazioni, è agevole ritenere che la non produzione degli effetti sia ovvia conseguenza o della mancanza dei requisiti fondamentali del contratto o dell'atto amministrativo, oppure dell'impugnazione in sede giurisdizionale al fine di chiederne l'annullamento.

Ai nostri fini, il decreto sembra interrogarsi sulla natura giuridica del termine inefficacia che emerge dal tessuto letterale del decreto e del valore della pronuncia del giudice, se costitutiva o dichiarativa. In altri termini, è di peculiare importanza stabilire se l'inefficacia sembra rivestire caratteristiche diverse, a sé stanti, rispetto a quelle conosciute, che attribuiscono ad esso un carattere sanzionatorio. Infatti, l'intenzione da parte del legislatore comunitario prima, nazionale dopo, sembra essere stata quella di introdurre un ulteriore rimedio sanzionatorio diverso e dalla nullità e dall'annullabilità. Il problema che emerge a questo punto è quello di ricostruire una disciplina in concreto applicabile che presenti caratteri tipizzanti la nuova fattispecie.

Alcune tesi forniscono argomenti a favore della risoluzione del contratto, in virtù del necessario passaggio attraverso una decisione del giudice e della necessaria domanda di parte⁵⁴.

Merita, inoltre, adeguata riflessione la scelta a favore dell'unitarietà della decisione del ricorso per l'adozione delle varie misure che scardina la soluzione del doppio binario di giurisdizione ed apre la strada verso la concentrazione delle tutele a vantaggio della rapidità ed efficacia dei ricorsi e a vantaggio di una ampia attribuzione di poteri al giudice, in particolare, nel momento in cui ha il compito di valutare le circostanze del caso concreto per dichiarare o meno l'inefficacia del contratto.

Incerta, risulta, invece, essere la tematica della pregiudiziale amministrativa, questione la cui soluzione è stata lasciata aperta dalla direttiva; mentre, l'impianto della legge delega era costruito per affermare la pregiudizialità della domanda di annullamento sia in riferimento alla dichiarazione di inefficacia sia alla domanda di risarcimento in forma specifica ed anche per equivalente, il testo del decreto toglie ogni riferimento esplicito alla pregiudiziale di annullamento, rimanendo ferma la disposizione dell'art. 245-*quinquies*, ossia della pregiudizialità della dichiarazione di inefficacia rispetto all'accoglimento della domanda di aggiudicazione.

Altre questioni sarebbero da approfondire soprattutto in ordine all'efficacia o meno delle sanzioni alternative idonee a dissuadere le amministrazioni pubbliche dal compiere violazioni in materia di appalti; come anche la creazione di un nuovo rito processuale connotato da termini notevolmente brevi; pertanto, soltanto l'esperienza concreta saprà evidenziare quanto la ristrettezza dei tempi incida sui meccanismi processuali di difesa dei soggetti interessati.

Nonostante, il decreto manifesti ancora molte ombre in ordine alla complessa disciplina degli appalti, i cui molti profili procedurali potranno essere risolti una volta emanato il Codice del processo amministrativo, in ogni caso, la normativa di recepimento nazionale interviene, in linea con il legislatore comunitario, per chiudere alcune questioni, a lungo dibattute, in ordine al regime di tutela, affinché questa sia affermata nel modo più efficace possibile per tutti i soggetti coinvolti in operazioni così delicate come quelle degli appalti pubblici.

⁵² M. LIPARI, *op. cit.*

⁵³ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 1986.

⁵⁴ M. LIPARI, *op. cit.*, p. 57.

