

## **ENRICO FOLLIERI**

### ***I POTERI DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO NEL DECRETO LEGISLATIVO 20***

### ***MARZO 2010 N. 53 E NEGLI ARTT. 120 – 124 DEL CODICE DEL PROCESSO***

### ***AMMINISTRATIVO\****

**SOMMARIO:** 1. La “specialità” del rito. – 2. La tutela degli interessi degli operatori economici. – 3. L’interesse degli operatori economici tutelato con la direttiva ricorsi 2007/66/CE. – A) I poteri cognitori. – 4. L’esclusione della giurisdizione di merito. – 5. La cognizione dell’efficacia del contratto. – 6. Superamento degli ostacoli alla tutela in forma specifica del ricorrente. – 7. Rapporti sostanziali tra la serie procedimentale e quella negoziale. – 8. Qualificazione del rapporto tra annullamento dell’aggiudicazione e inefficacia del contratto. La presunta pregiudiziale. – 9. Sintesi sui poteri cognitori. – B) Poteri decisorii. – 10. Le sentenze meramente dichiarative. – 11. Le violazioni gravi e gli “altri casi”. – 12. Poteri decisorii d’ufficio o su domanda di parte. – 13. Le sanzioni alternative. – 14 La sentenza di condanna della stazione appaltante ad aggiudicare la gara. – 15. La sentenza di condanna al risarcimento dei danni per equivalente. – 16. Sintesi sui poteri decisorii. – C) I poteri cautelari ed istruttori. – 17. Peculiarità dei poteri cautelari. – 18. Funzionalità dei mezzi istruttori ai poteri cognitori e decisorii.

**1.** La disciplina dettata dal decreto legislativo 20.3.2010 n. 53 e dagli artt. 120-124 del D. L.vo 2.7.2010 n. 104<sup>1</sup> disegna sul piano processuale un rito speciale che non si limita a misure solo acceleratorie del processo, come stabilito dall’art. 23 bis della L n. 1034/71, e ora dall’art. 119 D. L.vo 2.7.2010 n. 104, ma investe aspetti qualificanti e caratterizzanti della giurisdizione, con riferimento precipuo al giudice che si arricchisce di poteri di cognizione e di decisione e, quindi, anche di cautela, per la strumentalità della misura urgente in relazione ai tipi di sentenze che può adottare il giudice, e di istruzione per la funzionalità

---

\* Il presente saggio è destinato ad essere inserito negli scritti in onore di Aldo Loiodice.

<sup>1</sup> Non si esaminano le disposizioni dettate dall’art. 13 del D. L.vo n. 53/2010 e dall’art. 125 del codice del processo amministrativo (C.P.A.) che riguardano la disciplina processuale per le infrastrutture strategiche e si pongono come eccezioni alle regole dettate per il processo in tema di appalti pubblici.

dei mezzi di prova all'accertamento da eseguire ed alle decisioni da prendere.

La specialità del rito è tale non solo per i ritmi del tempo del processo scanditi da termini particolarmente contenuti, ma soprattutto per la tipologia dei poteri cautelari, cognitori, istruttori e decisorii del giudice amministrativo rispetto a quelli previsti in via ordinaria nel processo amministrativo<sup>2</sup>.

È opportuno, però, in via preliminare, individuare le ragioni della specialità perché, altrimenti, le regole, assai numerose e puntuali dettate da questo diverso rito, le dovremmo mandare giù a memoria come le tabelline delle moltiplicazioni; inoltre, il perché della diversità può costituire utile criterio guida nell'interpretazione.

o o o o o o o o

2. In altra occasione<sup>3</sup>, ho evidenziato che sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, a seguito della penetrante influenza dei principi e delle direttive comunitarie, si è assistito ad una selezione e scelta legislativa degli interessi che hanno reso pubblici interessi che si appuntano in sostanza in capo agli imprenditori ed alla loro libertà di iniziativa economica in un mercato volto a garantire concorrenza e pari

---

<sup>2</sup> Sulla differenziazione dei riti: A. ROMANO TASSONE, *Sulla differenziazione dei riti processuali (dalla decodificazione alla ricodificazione?)* in *Dir. e Proc. Amm.* 2008, 77 e ss.. Per una rappresentazione del processo amministrativo in termini di partecipazione degli amministrati all'azione amministrativa della pubblica amministrazione, cfr. A. Loiodice, *La partecipazione all'azione della p.a. tramite il processo amministrativo. I risultati di un'indagine casistica* in *Amministrazione e Politica* 1983 n. 3, 3 e ss.. L'A., dopo aver evidenziato che il processo amministrativo si pone come una parentesi tra l'azione amministrativa precedente e quella successiva, dà corpo all'idea che il cittadino si inserisce nello svolgimento del potere pubblico anche attraverso la proposizione del ricorso giurisdizionale teso ad indurre, con la sentenza, l'azione amministrativa nell'alveo della legittimità per il raggiungimento dell'interesse pubblico in equilibrato rapporto con quello privato. In quest'ottica, l'A. esamina le sentenze del TAR Puglia che rappresentano una via giurisdizionale al potenziamento della partecipazione con l'ampliamento dei soggetti legittimati a ricorrere, degli interessi tutelati, degli atti impugnabili, del sindacato di legittimità sorretto da una più incisiva istruttoria e delle ordinanze di accoglimento della misura cautelare.

<sup>3</sup> E. FOLLIERI, *La prospettiva amministrativistica sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture* in *Foro Amm.*, TAR, 2004, 2757 e ss., part. 2761.

opportunità a tutti gli operatori economici, indipendentemente dalla loro nazionalità, in un unico ambito comune europeo.

Nelle prime leggi di contabilità del nostro Paese, gli interessi egemoni presi in considerazione e prioritariamente tutelati come pubblici sono quelli patrimoniali dell'Amministrazione, diretti, cioè, ad ottenere la migliore qualità al minor prezzo, per cui la gara per scegliere il contraente era funzionale al miglior risultato per l'amministrazione più che a tutelare gli interessi dei concorrenti, pur nel rispetto di principi volti a salvaguardare l'imparzialità e il buon andamento dell'azione amministrativa che non poteva favorire un imprenditore a discapito degli altri operatori economici.

Le cose cambiano con il mercato unico europeo per il rilevante valore economico degli appalti pubblici stimato nel 12% circa del P.I.L. di ogni Paese membro, con la conseguenza che sono intervenute direttive, via via più stringenti, allo scopo di liberalizzare il mercato, assicurando un'effettiva concorrenza in condizioni di parità<sup>4</sup>.

E, quindi, sono intervenute norme volte a: assicurare pubblicità alle gare, in grado tale da diffonderle nella comunità europea e renderle facilmente conoscibili agli operatori; prevedere procedure di selezione trasparenti; vietare prescrizioni dei bandi discriminatorie sul piano tecnico e giuridico; stabilire criteri obiettivi nella selezione qualitativa delle imprese e nell'aggiudicazione dei contratti e così via<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto* in Foro Amm. TAR, 2007, 797 rileva che, già antecedentemente, ma con maggiore evidenza a seguito del recepimento delle direttive comunitarie "il procedimento amministrativo volto alla stipulazione di contratti è stato riconosciuto come finalizzato alla cura di interessi generali, quali la tutela della concorrenza, la parità di trattamento dei possibili contraenti privati, la non discriminazione" (801).

<sup>5</sup> L'art. 2 del D. L.vo 12.4.2006 n. 163, il c.d. codice degli appalti pubblici, pone i principi che l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture devono tutelare: "garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità" (1°

Per la liberalizzazione del mercato dei contratti pubblici, aperto alla concorrenza degli imprenditori dei Paesi che costituiscono l'Unione Europea, la normativa comunitaria, recepita anche dalla nostra legislazione, ha posto regole di tutela delle imprese i cui interessi alla corretta e non discriminatoria competizione sono considerati pubblici alla pari di quelli di tutela dell'interesse patrimoniale della pubblica amministrazione<sup>6</sup> e dell'azione della pubblica amministrazione retta dall'imparzialità e dal buon andamento.

Ne è derivato per il procedimento amministrativo una situazione particolare: di solito, sono pubblici gli interessi che fanno capo al soggetto titolare del potere di decidere e non ai destinatari del potere. E, invece, anche i concorrenti alla gara sono portatori di interessi che sono tutelati dalle norme ed assurgono al rango di interessi pubblici; sotto questo profilo non vi è distinzione tra la P.A. che gestisce la gara ed esercita il potere di scelta ed i destinatari dell'esercizio del potere: i loro interessi sono tutti tutelati dalle norme, come pubblici e in via primaria. Se la stazione appaltante si trova di fronte all'offerta di un concorrente molto favorevole alla P.A., ma vi è stata la violazione di una regola (formale) comportante l'esclusione, non può, in considerazione del vantaggio che ne deriverebbe alla P.A., ammettere l'impresa che non ha rispettato la prescrizione, pur formale, del bando perché si andrebbe a ledere l'interesse, pubblico, tutelato dalla norma, allo svolgimento della gara nel rispetto della *par condicio* tra le imprese.

Allo stesso modo, il giudice amministrativo se la P.A., irrispettosa della prescrizione formale del bando, aggiudichi la gara all'impresa che

---

comma). Sulla "economicità" negli appalti pubblici: E. STICCHI DAMIANI *Principio di economicità e disciplina degli appalti pubblici* in *Dir. e Proc. Amm.* 2010, 467 e ss.

<sup>6</sup> Il Consiglio di Stato nel parere della Commissione speciale del 25.1.2010 sullo schema di decreto legislativo, poi divenuto il D. L.vo n. 53 del 20.3.2010, rileva che la direttiva 2007/66/CE, alla quale si dà attuazione, è innovativa per molti aspetti tra cui la tutela dell'interesse pubblico della concorrenza (pag. 10 in [www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Consiglio](http://www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Consiglio)).

ha presentato la migliore offerta, non può applicare l'art. 21 *octies* della L. n. 241/90 e non annullare l'aggiudicazione perché, pur se non fosse stata violata la regola formale, l'appalto sarebbe stato vinto dall'impresa cui la P.A. lo ha assegnato. Qui la tutela degli interessi delle imprese partecipanti allo svolgimento di una gara nel rispetto delle regole stabilite dalle norme e dalla *lex specialis* trasforma le prescrizioni formali in essenziali paletti che assicurano la concorrenza in condizioni di parità e trasparenza nello svolgimento delle operazioni di selezione del vincitore.

La tutela normativa degli interessi delle imprese partecipanti e la loro pubblicizzazione dà una diversa rilevanza alle regole e prescrizioni formali.

La pubblicizzazione (anche) degli interessi delle imprese, che si confrontano nel procedimento con quello della P.A., in una posizione di equiordinazione e non di subordinazione (a un interesse pubblico primario), ha portato il mercato e le sue regole di libertà, confronto e riconoscimento dell'iniziativa economica ad una tutela sia nell'azione amministrativa che nel processo, non solo con riguardo al (necessario) rispetto delle regole formali nei cui confronti non può valere la disposizione dell'art. 21 *octies* della L. n. 241/90, ma anche in altre direzioni. Così: il risarcimento dei danni nella materia degli appalti, è stato ammesso per la semplice violazione di regole dettate per lo svolgimento dell'evidenza pubblica, quando non è possibile stabilire, nemmeno in termini di chance, le possibilità per il ricorrente vittorioso di ottenere l'aggiudicazione<sup>7</sup>; la proposizione, quasi costante, del ricorso incidentale per la molteplicità e pubblicità degli interessi che non sempre l'Amministrazione riesce a valutare nella loro completezza; il diverso

---

<sup>7</sup> TAR Puglia, Bari, Sez. I, 17.5.2001 n. 1761: cfr. E. FOLLIERI, *La prospettiva amministrativistica sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, op. cit.*, 2763.

atteggiarsi della situazione giuridica soggettiva del ricorrente il quale è mosso dall'interesse sociologico di base che consiste nel risultare vincitore della gara e che si colora di forti connotazioni pubblicistiche per la tutela normativa dell'iniziativa economica nel rispetto dei principi del mercato; la previsione, in questa materia, del provvedimento cautelare *ante causam*<sup>8</sup> proprio per la tutela degli interessi delle imprese.

o o o o o o o o

**3.** Con la direttiva ricorsi (2007/66/CE), recepita nel nostro ordinamento con la legge delega 7.7.2009 n. 88 e, quindi, con il D. L.vo n. 53 del 20.3.2010, trasfuso, per la parte processuale, con alcune modificazioni, nel codice del processo amministrativo (artt. 120-125), si aggiunge un altro importante tassello nella tutela degli interessi degli operatori economici: garantire l'interesse del partecipante alla gara, illegittimamente non risultato vincitore, ad eseguire l'appalto, ad ottenere, cioè, la soddisfazione in via specifica del suo interesse ad aggiudicarsi l'appalto.

L'obiettivo della direttiva ricorsi è quello di tutelare in via prioritaria l'interesse degli operatori economici al conseguimento dell'aggiudicazione della gara, della stipula del contratto e dell'esecuzione dell'appalto<sup>9</sup>.

Per assicurare tale risultato, il legislatore è intervenuto principalmente in queste direzioni: a) comunicazione tempestiva e motivata degli esiti della gara ai concorrenti cui è attribuito un accesso informale, semplificato e rapido agli atti; b) periodo di attesa (*stand still period*) prima di sottoscrivere il contratto; c) ulteriore periodo di attesa in

---

<sup>8</sup> Art. 245 Cod. dei contratti pubblici, D. Lvo n. 163 del 2006. La tutela cautelare *ante causam* è ora stata generalizzata con l'art. 61 del codice del processo amministrativo approvato con D. L.vo 2.7.2010 n. 104.

<sup>9</sup> Cfr. A. BARTOLINI, S. FANTINI e F. FIGORILLI *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi in Urb. e App. 2010, 652.*

caso di ricorso, con contestuale domanda cautelare; d) dichiarazione giudiziale necessaria di inefficacia (salvo eccezioni) del contratto in caso di annullamento dell'aggiudicazione per violazioni gravi: illegittimo affidamento diretto, mancato rispetto dei periodi di attesa o di strumenti di pubblicità; c) applicazione a carico della stazione appaltante di sanzioni alternative pecuniarie – a parte il risarcimento del danno a favore del concorrente che illegittimamente non sia risultato vincitore – e/o di modifica della durata residua del contratto, qualora non possa essere dichiarata l'inefficacia (necessaria) del contratto; f) dichiarazione giudiziale facoltativa di inefficacia del contratto per violazioni meno gravi; g) sostituzione del ricorrente vittorioso al concorrente, parte del contratto dichiarato inefficace<sup>10</sup>.

In sostanza, si è inteso bloccare, per un certo tempo, la sottoscrizione del contratto per consentire la proposizione del ricorso e la valutazione del giudice, quanto meno in via cautelare, e, qualora risultasse illegittima l'aggiudicazione, “privare di effetti” il contratto eventualmente sottoscritto, specie se in violazione del periodo nel quale non è consentita la stipula, con la (possibile) sostituzione della parte contraente con il ricorrente vittorioso.

Nel contempo, si sono dettati, per le parti e per il giudice, termini più brevi di quelli ordinari per giungere ad una rapida definizione dei processi, nell'interesse della stazione appaltante e del concorrente all'esecuzione dell'appalto; inoltre, sono state dettate misure volte ad incentivare l'accordo bonario ed a razionalizzare l'arbitrato.

La tutela dell'interesse dell'impresa di ottenere la soddisfazione specifica di eseguire l'appalto e la pubblicizzazione di tale interesse ha

---

<sup>10</sup> Altra funzione ha il nuovo istituto del preavviso di ricorso, su cui: F. ASTONE, *Il preavviso di ricorso (ovvero della informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale)* in *Dir. e Proc. Amm.* 2010, 103 e ss.

determinato il legislatore a delle scelte che incidono profondamente nei poteri del giudice amministrativo, come si passa ad esporre.

Va, però, tenuto presente che il d. L.vo 2.7.2010 n. 104 di “riassetto della disciplina del processo amministrativo”, nel titolo V del libro IV, ha dettato disposizioni specifiche, artt. da 120 a 125, che ripetono le previsioni degli artt. da 8 a 13 del D. L.vo n. 53/10, con delle modificazioni<sup>11</sup>: trattandosi di normativa sopravvenuta di pari fonte, prevale sulle regole precedenti e si applica dal 16.9.2010, data di entrata in vigore del codice (art. 2 approvazione del codice).

o o o o o o o o

### **A) I poteri cognitori.**

**4.** La legge delega amplia la cognizione del giudice amministrativo sino alla sorte del contratto di cui occorre “prevedere la privazione di effetti” nell’ambito di una “giurisdizione esclusiva e di merito”<sup>12</sup>.

L’art. 7 del D. L.vo 20.3.2010 n. 53 aggiunge al comma 1 dell’art. 244 del D. L.vo n. 163 del 2006 che “La giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell’aggiudicazione e alle sanzioni alternative”.

Il legislatore delegato sopprime il riferimento alla giurisdizione di merito.

Nessuna disposizione sul punto è dettata dal codice del processo amministrativo, approvato con D. L.vo n. 104/2010, per cui l’ambito della giurisdizione attribuita al giudice amministrativo è quella esclusiva come risulta dalla norma ricognitiva dell’art. 133 del C.P.A. che elenca

---

<sup>11</sup> Nella relazione al codice del processo amministrativo, si rileva, a proposito dei riti speciali e segnatamente per “il contenzioso sui pubblici appalti”, quanto segue: “Per quanto riguarda il contenzioso sui pubblici appalti è stata inserita nel codice la disciplina processuale dettata dal decreto di recepimento della direttiva ricorsi (D. L.vo 20.3.2010 n. 53) con alcuni adattamenti resi strettamente necessari per assicurare una sostanziale uniformità alla restante disciplina codicistica”.

<sup>12</sup> Art. 44 L. 7.7.2009 n. 88, lett. h).

le materie di giurisdizione esclusiva e, alla lettera e), n. 1), quella di cui si discute.

La dottrina ha rilevato che la giurisdizione di merito non sarebbe stata compatibile con i diritti soggettivi<sup>13</sup>, ma è probabile che, da un lato, questa giurisdizione sia stata considerata un modello recessivo<sup>14</sup> e, dall'altro lato, si sia voluto evitare che si potesse intendere esteso al merito anche il sindacato sulle valutazioni discrezionali che, in certi appalti, sono riservati alla Commissione di gara ed all'Amministrazione.

La Commissione speciale del Consiglio di Stato che ha espresso parere sullo schema del decreto legislativo ha condiviso la scelta del legislatore delegato di non attribuire al giudice amministrativo anche una giurisdizione di merito, pur prevista nella delega. La Commissione ha, infatti, evidenziato che “la giurisdizione di merito presuppone che la legge autorizzi il giudice amministrativo a sostituirsi all'amministrazione, effettuando in luogo di questa scelte discrezionali conformi a regole non giuridiche di buona amministrazione”<sup>15</sup>. Inoltre, la Commissione ha rilevato che le controversie hanno ad oggetto aspetti di natura civilistica inerenti l'effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto che mal si conciliano con l'esercizio dei poteri della giurisdizione di merito.

Ma la indicazione della (sola) giurisdizione esclusiva non ha certo limitato il legislatore delegato nell'attribuzione dei poteri del giudice che in sede cognitoria deve accertare e valutare, in funzione delle deduzioni delle parti: a) la gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, al fine di stabilire se la declaratoria di inefficacia del

---

<sup>13</sup> M. LIPARI, *Il recepimento della direttiva ricorsi, il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia flessibile del contratto nel d. lg. n. 53 del 2010*, in *Foro Amm. TAR*; Osservatorio n. 1/10, LXXXII.

<sup>14</sup> Cfr. A. POLICE, *Le forme della giurisdizione in Giustizia Amministrativa* a cura di F.G. SCOCA, III ed., Torino 2009, 109 e parere Commissione Speciale del Consiglio di Stato 25.1.2010, *cit.*, pag. 66

<sup>15</sup> Parere Commissione Speciale del Consiglio di Stato del 25.1.2010, *cit.*, pag. 65-66.

contratto sia limitata alle prestazioni da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo ovvero operi in via retroattiva<sup>16</sup>; b) il mantenimento degli effetti del contratto qualora lo richiedano “esigenze imperative connesse ad un interesse generale”<sup>17</sup>, tra cui quelle imprescindibili di “carattere tecnico o di altro tipo”, mentre quelle economiche possono essere prese in considerazione “solo in circostanze eccezionali in cui l’inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate”<sup>18</sup>; c) fuori dei casi di dichiarazione necessaria di inefficacia del contratto (o di applicazione delle sanzioni alternative qualora si ritenga, in via eccezionale, di non dichiarare la inefficacia necessaria), gli interessi delle parti, l’effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l’aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, lo stato di esecuzione del contratto e la possibilità di subentrare nel contratto, ai fini della dichiarazione (eventuale) di inefficacia del contratto.

Si tratta di sindacato particolarmente incisivo e che deve considerare a 360 gradi gli interessi che si agitano nel concreto della fattispecie, senza alcuna preclusione, per cui la mancata indicazione della giurisdizione di merito non comprime i poteri cognitori che vengono attribuiti con totale pienezza<sup>19</sup>.

Inoltre, il giudice è attributario di poteri decisorii che giungono, come si evidenzierà in seguito, sino alla sostituzione dell’appaltatore nel contratto, surrogandosi alla decisione selettiva operata dalla pubblica amministrazione.

---

<sup>16</sup> Art. 245 bis D. L.vo n. 163/06, introdotto dall’art. 9 D. L.vo n. 53/10; art. 121 C.P.A..

<sup>17</sup> Art. 245 bis, secondo comma, D. L.vo n. 163/06, introdotto dall’art. 9 D. L.vo n. 53/10; art. 121 C.P.A..

<sup>18</sup> Art. 245 bis, secondo comma, D. L.vo n. 163/06, introdotto dall’art. 9 D. L.vo n. 53/10; art. 121, 2° comma, C.P.A..

<sup>19</sup> M. LIPARI, *Il recepimento della direttiva ricorsi, il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l’inefficacia flessibile del contratto nel d. lg. N. 53 del 2010, op. cit.*, LXXXIII, evidenzia l’assegnazione al giudice di forti poteri di ufficio comprendenti la valutazione di “vera e propria opportunità sulla conservazione del contratto”.

Il legislatore delegato, cioè, ha ritenuto che non ci fossero ostacoli ad attribuire al giudice ampi poteri di sindacato e di decisione nell'ambito della giurisdizione esclusiva, come ha indicato la dottrina che parla di giurisdizione piena, non solo con riferimento al potere di accertamento completo e di valutazione del fatto, ma anche con riguardo all'indagine volta ad attribuire al ricorrente l'utilità cui aspira con il ricorso ed il conseguimento del bene della vita<sup>20</sup>.

E si può ben dire che l'interesse del concorrente, illegittimamente non vittorioso, a conseguire l'aggiudicazione ed il contratto, tutelato in via diretta e prioritaria dalla norma, conduce proprio ad una giurisdizione piena sia per l'accertamento e la valutazione dei fatti che per l'attribuzione al ricorrente del bene della vita per il quale ha promosso il giudizio.

In questa materia si realizza quella conoscenza del rapporto di cui si discute da tempo.

Per giungere a tale risultato non è stato necessario attribuire la giurisdizione di merito al giudice amministrativo<sup>21</sup>, ma disciplinare i poteri del giudice in modo da consentirgli un sindacato a tutto campo, con conseguenti e funzionali poteri decisorii, a superamento della distinzione tra le giurisdizioni di merito ed esclusiva del giudice amministrativo.

Ciò, però, comporta una diversificazione dei modelli processuali, per cui affermare che il giudice amministrativo è giudice esclusivo non consente di fare riferimento ad un quadro di poteri del giudice

---

<sup>20</sup> A. POLICE, *Le forme della giurisdizione in Giustizia Amministrativa, op. cit.*, 121 e ss. e, *amplius*, dello stesso A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, vol. I, Padova 2000 e vol. II, Padova 2001, in una visione unificante delle giurisdizioni del giudice amministrativo che porta ad un accertamento di fatto e ad una tutela piena della situazione giuridica soggettiva fatta valere dal ricorrente.

<sup>21</sup> Il legislatore delegato ha eliminato, allo stesso modo, il riferimento nel D. L.vo 20.12.2009 n. 198 alla giurisdizione di merito prevista dall'art. 4 della legge delega 4.3.2009 n. 15 per la c.d. *class action* nei confronti della P.A..

esattamente definito in via generale<sup>22</sup>, ma occorre verificare la specifica normativa attributiva della giurisdizione esclusiva, per conoscere di quali poteri disponga il giudice nella concreta fattispecie e ciò fino a quando il giudice amministrativo non eserciti la giurisdizione piena in ogni controversia, a prescindere dal tipo di giurisdizione che diventerà irrilevante<sup>23</sup>.

o o o o o o o o

5. Si è evidenziato che la cognizione del giudice amministrativo è esclusiva perché si estende anche ai diritti soggettivi nascenti dal contratto, di cui può dichiarare l'inefficacia a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, e che l'oggetto del giudizio non è più soltanto il provvedimento di aggiudicazione, ma anche il contratto se, ovviamente, è stato sottoscritto<sup>24</sup>.

Va rilevato che, già prima del D. L.vo n. 53/2010, la Corte regolatrice della giurisdizione era giunta alla medesima conclusione, in applicazione della direttiva 11.12.2007 n. 2007/66/CE, stabilendo che spetta al giudice amministrativo accertare gli effetti prodotti sul contratto dalla sentenza di annullamento dell'aggiudicazione del contratto<sup>25</sup>, per cui la giurisdizione del giudice amministrativo riguarda l'efficacia del

---

<sup>22</sup> In proposito è illuminante A. FABRI, *Giurisdizione esclusiva: i modelli processuali*, Torino 2002 che ha verificato, in rilevanti materie di giurisdizione esclusiva, come siano stati disciplinati diversamente i poteri del giudice amministrativo.

<sup>23</sup> Come auspica A. POLICE, *Le forme della giurisdizione in Giustizia Amministrativa*, op. cit., 121 e ss..

<sup>24</sup> A. BARTOLINI, S. FANTINI e F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, op. cit., 643.

<sup>25</sup> Cassazione, SS.UU., ord. 10.2.2010 n. 2906 in *Il Corriere Giuridico* 2010, 741 e ss., con nota di G. D'ANGELO, *Direttiva n. 2007/66/CE e giurisdizione nelle controversie sui contratti pubblici* che è critico circa l'immediata applicazione della Direttiva, per mancanza di una disposizione specifica da cui desumere che debba essere unico l'organo giudicante. Critico è anche G. FONDERICO, *I poteri del giudice nel processo amministrativo sui contratti pubblici* in *Dir. e Proc. Amm.* 2010, 878 sul rilievo che la direttiva impone la privazione degli effetti solo per forme specifiche di illegittimità procedurali ed il caso deciso dalla Corte non rientra in tale ipotesi. Sulla direttiva: G. GRECO, *La direttiva 2007/66/Ce: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. Dir. pubbl. comunitario* 2008, 1029 e ss..

contratto anche per le controversie precedenti il D. L.vo n. 53/2010, essendo già il frutto di una soluzione giurisprudenziale.

Di poi, la cognizione del contratto da parte del giudice amministrativo non è completa, ma è funzionale alla dichiarazione di inefficacia. Il giudice non conosce, dunque, dei vizi del contratto, né degli altri aspetti relativi alla sua validità, né delle norme che regolano l'efficacia del contratto poiché dichiara l'inefficacia a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Il contratto rimane, in sostanza, fuori dal sindacato del giudice per quanto riguarda i suoi elementi e la conformità alle norme civilistiche che ne disciplinano la validità e l'efficacia.

La dichiarazione di inefficacia è una conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione e degli atti pubblicistici della gara su cui si svolge il sindacato di legittimità del giudice amministrativo<sup>26</sup>.

Anche se è prevista la presa in esame degli effetti prodotti *medio tempore* dal contratto, al fine di stabilire o meno l'inefficacia del contratto e la sua decorrenza, il giudice conosce dell'esecuzione del contratto come fatto che gli consente una valutazione della fattispecie per stabilire le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione e, quindi, se il contratto vada dichiarato inefficace e da quando.

Il giudice amministrativo non va a sindacare il contratto, ma stabilisce se possa o meno produrre ancora effetti, in relazione all'intervenuto annullamento dell'aggiudicazione, per cui non conosce il contratto, ma le conseguenze dell'illegittima aggiudicazione sull'efficacia del contratto.

---

<sup>26</sup> Già L. V. MOSCARINI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e termini di decadenza (Nota a Cass. Civ. SS.UU. 22.7.1999 n. 500)*, in *Diritto privato e interessi Pubblici, Scritti Minori*, Tomo I, Milano 2001, 230 ha sottolineato che, a seguito della sentenza della Cassazione n. 500/99, al giudice amministrativo si presenta un momento di discrezionalità sulla scelta "se travolgere o meno, con la statuizione invalidatoria di provvedimenti amministrativi di aggiudicazione, anche l'efficacia di contratti stipulati dall'Amministrazione con il primo aggiudicatario, illegittimamente prescelto".

Il legislatore ha spostato sulla soglia del contratto – e segnatamente sulla sua efficacia correlata alla fase pubblicistica della scelta del contraente – la giurisdizione del giudice amministrativo e questi non deve eseguire alcun sindacato sul contratto, ma valutare *ab externo* le conseguenze dell'annullamento degli atti amministrativi sull'efficacia del contratto, considerato come fatto consequenziale e non come conformità alle norme sulla produzione ed efficacia del contratto.

Com'è stato osservato in dottrina<sup>27</sup>, l'annullamento dell'aggiudicazione “provoca una situazione decisamente nuova, diversa da quella a suo tempo determinata dall'aggiudicazione (annullata)”<sup>28</sup>, in relazione agli interessi dell'aggiudicatario, del ricorrente e dell'Amministrazione ed allo stato della prestazione oggetto dell'appalto di cui bisogna verificare l'esecuzione.

Ed è questa l'indagine che deve svolgere il giudice amministrativo: accertare e valutare la situazione che si è venuta a determinare in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione, al fine di pronunciare la (eventuale) inefficacia del contratto, stabilendone la decorrenza. Rimane fuori ogni profilo relativo alla validità del contratto ed alla sua efficacia, come conseguenza della validità. Va valutato il fatto dell'annullamento dell'aggiudicazione, come esterno e sopravvenuto al contratto<sup>29</sup> senza alcuna indagine sugli elementi di quest'ultimo e sulla efficacia del contratto, in sé.

Pertanto, i poteri cognitori del giudice amministrativo vengono estesi: all'accertamento e alla valutazione della situazione effettuale determinatasi a seguito della sottoscrizione del contratto da comparare con gli interessi di tutte le parti alla conclusione della prestazione

---

<sup>27</sup> F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto* in Foro Amm. TAR, 2007, 797, 809 e ss..

<sup>28</sup> F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, 810.

<sup>29</sup> F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, 815.

dell'aggiudicataria ovvero alla sostituzione del ricorrente vittorioso all'appaltante (previa dichiarazione di inefficacia del contratto). La cognizione del contratto non è autonoma, è strettamente consequenziale all'annullamento degli atti amministrativi di scelta del contraente ed è limitata all'accertamento dell'esecuzione come fatto, senza alcun confronto con le norme che prevedono la produzione e l'efficacia del contratto.

o o o o o o o o

**6.** La previsione legislativa dell'estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto supera ostacoli rilevanti per la tutela dell'interesse del ricorrente all'esecuzione dell'appalto che passa per l'annullamento dell'aggiudicazione e la sottoscrizione del (nuovo) contratto, in sostituzione del precedente contraente.

Prima del D. L.vo n. 80/98 e l'intervento della giurisdizione esclusiva in materia, senza la disposizione intervenuta con il D. L.vo n. 53/2010, la linea di demarcazione tra la giurisdizione del giudice amministrativo e quella del giudice ordinario era la stipulazione del contratto, nel senso che tutte le questioni di validità, efficacia ed esecuzione del contratto erano rimesse al giudice ordinario e il giudice amministrativo si doveva fermare di fronte al contratto, quasi colonne d'Ercole alla sua cognizione.

L'annullamento, da parte del giudice amministrativo, degli atti della serie procedimentale amministrativa lasciava indifferente il contratto, se intervenuto, il quale continuava a regolare il rapporto tra l'Amministrazione ed il contraente, a meno che l'Amministrazione,

unica legittimata, non avesse promosso giudizio innanzi al giudice ordinario per l'annullamento del contratto<sup>30</sup>.

Il ricorrente vittorioso nel giudizio amministrativo non era legittimato all'azione innanzi al giudice civile per l'annullamento del contratto poiché si riteneva che le norme sull'evidenza pubblica fossero poste nel solo interesse della P.A.<sup>31</sup>. Quest'ordine di idee è stato superato dalla pubblicizzazione degli interessi degli operatori economici e dalla tutela di questi interessi e della logica del mercato, per effetto dell'influenza dell'ordinamento comunitario, come innanzi ho rilevato<sup>32</sup>.

Con l'art. 33, 2° comma, D. L.vo n. 80/98 e, soprattutto, l'art. 6 della L. n. 205 del 2000 sono state devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in tema di appalti di lavori, servizi e forniture<sup>33</sup> e sono stati attribuiti al giudice amministrativo i poteri di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto, consentendo un'interpretazione dell'ambito della giurisdizione amministrativa più estesa.

Le soluzioni giurisprudenziali in proposito si sono articolate, sostanzialmente, su tre tesi: la giurisdizione del g.a.: a) non può intervenire sul contratto il quale per ogni aspetto – validità, efficacia ed esecuzione – è rimesso alla giurisdizione del giudice ordinario; questo indirizzo che, per la cognizione del contratto, non muta il rapporto di giurisdizione tra i due giudici, spiega che la introduzione della

---

<sup>30</sup> E. FOLLIERI, *La tutela del diritto privato nel nuovo riparto della giurisdizione negli scritti minori del prof. Lucio Valerio Moscarini*, in *Trib. Amm. Reg.* 2003, II, 149 e ss., part. 152; S. S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano 2008, 131 lo definisce come orientamento tradizionale della Corte di Cassazione.

<sup>31</sup> S. VALAGUZZA, *Illegittimità della procedura pubblicistica e sue interferenze sulla validità del contratto* in *Dir. Proc. Amm.* 2004, 285 e ss..

<sup>32</sup> Cfr. *supra* par. 2 e 3. F. CINTIOLI, *Annullamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico* in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) è molto critico nei confronti della tesi "tradizionale".

<sup>33</sup> A. FABRI, *Giurisdizione esclusiva: i modelli processuali*, Torino 2002, 301 e ss. evidenzia i problemi collegati alla determinazione di questo ambito della giurisdizione esclusiva nel passaggio dalla previsione dell'art. 33 del D. L.vo n. 80/98 all'art. 6 della L. n. 205/00.

giurisdizione esclusiva è servita ad attribuire al giudice amministrativo le controversie, anche quando il procedimento amministrativo dell'evidenza pubblica venga posto in essere da un soggetto diverso dalla P.A. (privato concessionario)<sup>34</sup>; b) riguarda anche la validità ed efficacia del contratto, ma non la sua esecuzione rimessa alla cognizione del giudice ordinario; c) comprende, per intero, anche la fase negoziale, inclusa l'esecuzione del contratto, con totale esautoramento della giurisdizione del giudice ordinario<sup>35</sup>.

Con il D. L.vo n. 53/2010, non si è seguita nessuna di queste soluzioni, ma si è stabilito che il giudice amministrativo può dichiarare l'inefficacia del contratto, a seguito di annullamento dell'aggiudicazione, conducendo nella giurisdizione del giudice amministrativo la sorte dell'efficacia del contratto, in conseguenza del sindacato sulla legittimità dell'azione amministrativa<sup>36</sup>, con ciò consentendo al ricorrente di poter ottenere di eseguire l'appalto per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione e della dichiarazione di inefficacia del contratto (se intervenuto) e superando definitivamente la mancanza di tutela per il ricorrente vittorioso che vedeva rimessa, secondo l'orientamento tradizionale, solo alla pubblica amministrazione la legittimazione a rimuovere il contratto ed i suoi effetti.

o o o o o o o o

7. La estensione della giurisdizione amministrativa alla valutazione del mantenimento o meno dell'efficacia del contratto, in esito all'annullamento dell'aggiudicazione, apre, anche qui, uno scenario dei

---

<sup>34</sup> Cfr. F. G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, op. cit., 820, nota 85.

<sup>35</sup> Cfr. A. FABRI, *Giurisdizione esclusiva: i modelli processuali*, op. cit., 304 e ss.

<sup>36</sup> F. G. SCOCA, *Annullamento della aggiudicazione e sorte del contratto*, op. cit., 819 rileva che la sorte del contratto in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione rientri nella giurisdizione del giudice amministrativo poiché controversia non sul contratto, ma sul modo della formazione del contratto.

rapporti sostanziali tra la serie procedimentale e quella negoziale, diversi dalle tesi prospettate dalla dottrina e dalla giurisprudenza<sup>37</sup>.

Gli orientamenti, pur con delle particolari sfaccettature, possono ricondursi a tre, come evidenziato da un'attenta ed approfondita ricostruzione dottrina<sup>38</sup>.

La questione oggetto della riflessione degli studiosi è la sorte del contratto quando venga annullato un atto della fase pubblicistica e, soprattutto, l'aggiudicazione che individua il soggetto con il quale la P.A. deve concludere il contratto<sup>39</sup>.

Secondo una prima tesi, innanzi richiamata<sup>40</sup>, il contratto sarebbe annullabile innanzi al giudice ordinario, su domanda della (sola) P.A.<sup>41</sup>; in base ad altra soluzione, il contratto sarebbe nullo, in via assoluta o virtuale<sup>42</sup>; per un terzo indirizzo, vi sarebbe la caducazione automatica del contratto, affinata dall'idea che si tratterebbe di un'inefficacia sopravvenuta<sup>43</sup>.

Il D. L.vo n. 53/2010 delinea un rapporto tra l'atto amministrativo annullato e il contratto che esclude ogni rilievo alla validità del contratto, preoccupandosi di definire le (massime) conseguenze in termini di

---

<sup>37</sup> M. LIPARI, *Il recepimento della direttiva ricorsi, il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia flessibile del contratto nel d. lg. N. 53 del 2010*, op. cit., XC rileva che "chi si aspettava una presa di posizione precisa in ordine alle diverse tesi prospettate dalla dottrina e dalla giurisprudenza sul tema della 'caducazione del contratto', quindi, potrebbe restare profondamente deluso, perché le disposizioni omettono qualsiasi esplicito segnale dal quale possa trapelare l'adesione all'una o all'altra delle varie costruzioni proposte".

<sup>38</sup> S. S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, op. cit., 129 e ss.

<sup>39</sup> Cfr. V. LOPILATO, *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali* in *Foro Amm. TAR* 2006, 1619 e ss.

<sup>40</sup> Cfr. il precedente par. 7 nonché L. PASSERI, *Riflessi processuali del rapporto fra provvedimento di aggiudicazione e contratto di appalto pubblico* in *Dir. e Proc. Amm.* 2009, 265 e ss., part. 272 e ss..

<sup>41</sup> S. VARONE, *L'invalidità contrattuale nella dialettica fra atto e negozio nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica* in *Foro Amm. C. di St.*, 2003, 1648 e ss.

<sup>42</sup> L. V. MOSCARINI, *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto* in *Dir. Proc. Amm.* 2004, 603 e ss. che modula le conseguenze dell'annullamento dell'atto amministrativo sul contratto per affermarne la nullità per mancanza di causa; F. SATTA, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto* in *Dir. Amm.* 2003, 645: il contratto è nullo per contrasto con norme imperative.

<sup>43</sup> Per i richiami di dottrina e giurisprudenza, cfr. S.S. SCOCA, op. ult. cit., 129 e ss.

inefficacia e prevedendo quale sindacato ed indagine debba svolgere il giudice amministrativo per giungere alla dichiarazione, parziale o totale, di inefficacia e stabilirne la decorrenza (*ex tunc* o *ex nunc*) ovvero per affermare che il contratto continui a produrre effetti, nonostante l'annullamento dell'aggiudicazione<sup>44</sup> (salvo l'applicazione delle misure alternative per i casi di violazioni gravi).

Il giudice non deve verificare se, per effetto dell'annullamento di atti della fase pubblicistica (e in specie dell'aggiudicazione), risulti viziato qualche elemento del contratto, in modo da determinarne l'annullabilità o la nullità, relativa o assoluta.

Questo tipo di indagine esula dal sindacato del giudice amministrativo.

Può, quindi, affermarsi che la pronuncia di inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione non si fonda sull'idea di una propagazione dei vizi della serie procedimentale amministrativa agli elementi del contratto, contaminandoli sotto il profilo della validità<sup>45</sup>. La validità del contratto resta fuori dal rapporto perché, a prescindere dalla circostanza che venga inquinata o meno dai vizi riscontrati nel procedimento amministrativo, è un dato che il giudice amministrativo non deve valutare.

La scelta del legislatore è stata quella che il giudice deve considerare la situazione effettuale creatasi in conseguenza della sottoscrizione del contratto, sotto tutti gli aspetti, e decidere sull'efficacia in base ai profili

---

<sup>44</sup> F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, *op. cit.*, 808, ha avvertito l'erroneità dell'idea che l'annullamento dell'aggiudicazione abbia sempre la stessa conseguenza sul contratto perché si deve tener conto delle "profonde differenze che in concreto caratterizzano la situazione che si viene a creare a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione" e l'A., in via esemplificativa, indica il contenuto conformativo della sentenza, lo stato di esecuzione del contratto, gli interessi effettivi delle parti.

<sup>45</sup> Cfr. G. GRECO, *La trasmissione dell'antigiuridicità (dell'atto amministrativo illegittimo)* in *Dir. Proc. Amm.* 2007, 326 e ss., per i diversi moduli con cui, nel collegamento tra atti, si trasmette l'antigiuridicità.

di fatto della concreta fattispecie, con delle previsioni particolarmente stringenti sulla necessaria dichiarazione di inefficacia, nei casi di violazione c.d. gravi.

La tesi più vicina a quella fatta propria dal D. L.vo n. 53/2010 è, quanto al risultato, quella della caducazione per inefficacia sopravvenuta<sup>46</sup>, anche se non è automatica<sup>47</sup> e, anzi, è un'inefficacia flessibile che va modulata dal giudice, come è stato acutamente rilevato<sup>48</sup>, e che può anche non intervenire ed inoltre non vi è alcuna caducazione del contratto che rimane, pur se (eventualmente) privato in tutto o in parte di efficacia.

Va, infatti, tenuto presente che il D. L.vo n. 53/2010 indica i poteri del giudice amministrativo in questa materia e determina l'ambito della giurisdizione esclusiva, lasciando, da un lato, al giudice ordinario il potere di decidere sulla validità del contratto e sulla sua esecuzione (adempimento, risoluzione, recesso etc.) e, dall'altro, non disciplinando i rapporti sostanziali tra l'illegittimità della fase pubblicistica e la fase negoziale.

La regola stabilita in attuazione della direttiva 2007/66/CE, finalizzata a rendere effettiva la tutela del ricorrente ad ottenere in via specifica la soddisfazione dell'interesse ad eseguire l'appalto, concentra a questo scopo la giurisdizione innanzi al giudice amministrativo, ma non lo rende il *dominus* dell'intera complessa fattispecie comprendente la serie procedimentale amministrativa e quella negoziale; egli non diventa il giudice del contratto, ma rimane il giudice degli atti

---

<sup>46</sup> Parere Commissione Speciale del Consiglio di Stato 25.1.2010, *cit.*, pag. 67.

<sup>47</sup> L. PASSERI, *Riflessi processuali del rapporto fra provvedimento di aggiudicazione e contratto di appalto pubblico*, *op. cit.*, 274 evidenzia che la tesi della caducazione comporta l'immediata inefficacia per il solo effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione "sulla base del rilievo della sussistenza di una connessione funzionale tra la sequenza procedimentale pubblicistica e la conseguente stipula del contratto".

<sup>48</sup> M. LIPARI, *Il recepimento della direttiva ricorsi, il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia flessibile del contratto nel d. lg. N. 53 del 2010*, *op. cit.*, XCV e ss..

amministrativi con cognizione estesa all'efficacia del contratto come conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione<sup>49</sup>.

Il giudice del contratto dal quale nascono diritti ed obblighi è pur sempre il giudice ordinario il quale potrà essere investito non solo delle controversie riguardanti la (corretta) esecuzione del contratto, ma anche di quelle relative alla validità degli elementi costitutivi del contratto e, segnatamente, dei vizi indotti dall'illegittimità dell'azione amministrativa accertata dal giudice amministrativo.

E, anche quando il giudice amministrativo, annullata l'aggiudicazione, dichiarasse inefficace il contratto intervenuto, la P.A., in considerazione delle fattispecie concrete, potrebbe avere interesse ad ottenere una sentenza del giudice ordinario di annullamento o di nullità del contratto per ripararsi da un'azione di danni che potrebbe promuovere il (primo) contraente.

Si riproporranno, quindi, le problematiche dei rapporti sostanziali tra atti dell'evidenza pubblica illegittimi ed annullati e il contratto che la normativa dettata dal D. L.vo n. 53/2010 non affronta se non al limitato fine della tutela specifica dell'interesse del ricorrente ad eseguire l'appalto e attribuendo al giudice amministrativo, in via esclusiva, la definizione del rapporto tra il ricorrente (vittorioso), da un lato, e la P.A. ed il controinteressato, dall'altro lato, ma senza considerare il rapporto tra quest'ultimo e la P.A., rimesso alla cognizione del giudice ordinario per quanto riguarda la validità del contratto. Anzi, va evidenziato che il D. L.vo n. 53/2010 si preoccupa poco del controinteressato che abbia sottoscritto il contratto dichiarato inefficace perché, se il giudice non potrà non valutare gli interessi di tutte le parti, non costituiscono esigenze imperative che possano portare a non dichiarare inefficace il

---

<sup>49</sup> Quest'ordine di idee coincide con quello espresso da F. G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, op. cit., 819, prima che intervenisse il D. L.vo n. 53/10.

contratto gli interessi economici legati direttamente al contratto che comprendono anche il “cambio dell’operatore economico”<sup>50</sup>.

La direttiva e, quindi, il decreto legislativo di recepimento sono centrati sulla posizione e la tutela del ricorrente, per cui sono in ombra e sullo sfondo gli interessi del controinteressato, anche se sono dello stesso tipo di quelli del ricorrente; in particolare, nella normativa non vi è nessun accenno alla buona fede del contraente ed alla specifica tutela di questa posizione, a differenza di quanto affermato in dottrina che ne fa un elemento essenziale ed imprescindibile per “porre mano” al contratto, in conseguenza dell’annullamento dell’aggiudicazione<sup>51</sup>.

Il D. L.vo n. 53/2010, dunque, interviene a disciplinare i rapporti tra annullamento dell’aggiudicazione ed efficacia del contratto nell’interesse (pubblico) del ricorrente, lasciando alla dottrina e alla giurisprudenza di definire i rapporti sostanziali tra l’annullamento degli atti amministrativi ed il contratto, sotto il profilo della validità di questo ultimo.

o o o o o o o o

**8.** La norma attribuisce al giudice il potere di dichiarare o meno l’inefficacia del contratto, attraverso l’esame della complessa fattispecie, ma come effetto giuridico determinato esclusivamente dall’annullamento dell’aggiudicazione.

Gli atti amministrativi volti alla scelta del contraente e che culminano nell’aggiudicazione sono trattati alla stregua di atti presupposti del contratto<sup>52</sup> perché l’annullamento dell’aggiudicazione mette il giudice nella situazione di decidere della sorte dell’efficacia del contratto in base ad una serie di elementi che concernono gli interessi delle parti e la condotta della stazione appaltante, gli effetti già prodotti

---

<sup>50</sup> Art. 245 bis, comma 2, D. L.vo n. 163/06, come introdotto dall’art. 9 D. L.vo n. 53/10; art. 121, 2° comma, C.P.A..

<sup>51</sup> F. G. SCOCA, *Annullamento dell’aggiudicazione e sorte del contratto*, op. cit., 815.

<sup>52</sup> S. DETTORI, *Il rapporto di presupposizione nel diritto amministrativo*, Napoli 2006, 145 e ss..

dal contratto, l'esigenze imperative connesse ad un interesse generale, la possibilità per il ricorrente di divenire aggiudicatario.

Le valutazioni che sono alla base della decisione sull'efficacia del contratto non sono applicazione delle norme sull'efficacia (né, tanto meno, di quelle sulla validità), ma, una volta intervenuto l'annullamento dell'aggiudicazione, tutto un insieme di dati di fatto e di opportunità che non toccano i profili normativi di validità ed efficacia del contratto.

L'effetto determinante dell'inefficacia del contratto (verificata la sussistenza delle condizioni di fatto e di opportunità) dipende esclusivamente dall'annullamento dell'aggiudicazione che fa venir meno il presupposto del contratto.

La inefficacia del contratto, secondo le previsioni del D. L.vo n. 53/2010, non è, dunque, autonoma, per cui una domanda riguardante solo la dichiarazione di inefficacia non sarebbe ammissibile sul piano sostanziale; il ricorrente deve necessariamente chiedere l'annullamento degli atti pubblicitari che precedono la conclusione del contratto e dall'accoglimento di tale domanda consegue (o può conseguire) la dichiarazione di inefficacia del contratto. Privo del presupposto dell'annullamento, la domanda autonoma di dichiarazione di inefficacia del contratto non può avere alcun fondamento.

Qui, non si è in presenza di una pregiudiziale poiché il giudice amministrativo non ha cognizione della validità del contratto e della sua efficacia (in via diretta), ma può disporre l'inefficacia come conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione e rientra, quindi, nella cognizione degli effetti dell'annullamento<sup>53</sup>.

La domanda di inefficacia del contratto non può che avere a base quella di annullamento dell'aggiudicazione e non può parlarsi allora di

---

<sup>53</sup> *Contra*: D. PONTE, *Contratti, introdotta la pregiudiziale amministrativa in Guida al Diritto*, 2010, 31.

pregiudizialità poiché l'inefficacia del contratto qui considerata non può costituire un'autonoma domanda, essendo necessariamente collegata e conseguente agli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Insomma, l'inefficacia del contratto può intervenire perché è venuto meno l'atto presupposto di aggiudicazione a seguito del suo annullamento<sup>54</sup>.

La rilevanza del nesso di presupposizione tra serie procedimentale e negoziale non consente l'applicazione dei principi elaborati dalla giurisprudenza che distingue tra atti presupponenti ed atti presupposti e, nel caso di illegittimità ed annullamento di questi ultimi, a seconda del rapporto tra gli atti, conseguenze diversificate e cioè: caducazione automatica, invalidità derivata ed irregolarità non viziante<sup>55</sup>.

Messe da parte gli ultimi due (invalidità derivata ed irregolarità non viziante) che operano sul piano della validità, la caducazione automatica è pur sempre il frutto di una nullità assoluta ed interviene quando l'atto presupposto viziato costituisca un antecedente necessario ed indefettibile la cui mancanza impedisce che l'atto presupponente, meramente attuativo ed intimamente legato con l'atto presupposto, possa dispiegare effetti in quanto privato di un elemento essenziale<sup>56</sup>; l'illegittimità dell'atto presupposto determina la caducazione automatica dell'atto presupponente, per cui non occorre nemmeno domandare l'annullamento<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> G. Greco, *La trasmissione dell'antigiuridicità (dell'atto amministrativo illegittimo)*, op. cit., 342, evidenzia che: "la trasmissione dell'antigiuridicità (con effetti invalidanti o caducanti o, comunque, interdettivi dell'efficacia) potrà avvenire solo a seguito della caducazione dell'aggiudicazione".

<sup>55</sup> S. DETTORI, *Il rapporto di presupposizione nel diritto amministrativo*, op. cit., 95 e ss..

<sup>56</sup> E. STICCHI DAMIANI, *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione* in *Dir. Proc. Amm.* 2003, 633 e ss., rileva che l'istituto della caducazione di atto non impugnato è frutto della giurisprudenza, senza base legislativa, e contraddice principi generali ormai acquisiti: l'inoppugnabilità ed il contraddittorio.

<sup>57</sup> Cfr. E. FOLLIERI, *Contributo allo studio sulla dinamica della pianificazione urbanistica*, Chieti 1986, 74 e ss. ove si espone la giurisprudenza intervenuta sul nesso di presupposizione tra piani urbanistici.

Qui il nesso di presupposizione tra l'aggiudicazione e il contratto è molto intenso perché la prima stabilisce chi debba sottoscrivere il contratto con la pubblica amministrazione e la individuazione della parte contraente è un dato essenziale, per cui il venir meno del presupposto dell'aggiudicazione fa cadere una delle parti del contratto che, quindi, non può stare in piedi, con la conseguenza che, in applicazione dei principi giurisprudenziali sul nesso di presupposizione, dovrebbe determinarsi la caducazione del contratto<sup>58</sup>.

Il D. L.vo n. 53/2010 non stabilisce la caducazione (il venir meno) del contratto, ma la sua inefficacia che non è nemmeno una conseguenza necessaria dell'annullamento dell'aggiudicazione, dovendo essere pronunciata dal giudice che, oltre a stabilire la decorrenza dell'inefficacia, può anche decidere di non dichiarare la inefficacia del contratto.

E, allora, se il quadro di riferimento è quello del rapporto tra atti presupposti e presupponenti, anche se questi ultimi non sono rappresentati da atti amministrativi, ma da un contratto<sup>59</sup>, la disciplina giuridica non è quella della presupposizione quale risulta dai principi giurisprudenziali<sup>60</sup>.

Il diritto positivo ha dettato le regole dei rapporti tra l'annullamento dell'aggiudicazione e l'efficacia del contratto, secondo l'idea che il

---

<sup>58</sup> L. PASSERI, *Riflessi processuali del rapporto fra provvedimento di aggiudicazione e contratto di appalto pubblico*, op. cit., 303 e ss. ritiene che l'annullamento dell'aggiudicazione comporti la caducazione del contratto, inquadrata come sanzione *ex lege* comminabile dal giudice amministrativo, ma senza che vada a sindacare le situazioni giuridiche soggettive rinvenienti dal contratto.

<sup>59</sup> Sul punto: M. SANINO, *Procedimento amministrativo e attività contrattuale della Pubblica Amministrazione*, Torino 2003, *passim*, in particolare 23 e ss..

<sup>60</sup> La prima autorevole giurisprudenza che ha tracciato questa strada è Consiglio di Stato, A.P., 19 ottobre 1955 n. 17, cui hanno fatto seguito Cons. Stato, A.P. 27.10.1970 n. 4 in *Rass. Cons. Stato* 1970, I, 1543; nello stesso senso: Consiglio di Stato, Sez. VI, 26.9.1970 n. 1016, *ivi*, 1978, I, 1341; Consiglio di Stato, A.P., 21.10.1980 n. 37, *ivi*, 1980, I, 1269; Consiglio di Stato, A.P., 9.3.1983 n. 1, *ivi*, 1983, I, 205. Cfr.: G. GRECO, *La trasmissione (dell'atto amministrativo illegittimo)*, op. cit., 2007, 343 e ss..

giudice che annulla l'atto amministrativo presupposto (perché sta prima, perché individua il contraente e quanto meno il contenuto economico del rapporto) deve poter decidere se il contratto possa o meno esplicitare ancora effetti, pur essendovi una correlazione "intima" su un punto indiscutibile: la scelta del soggetto che deve eseguire la prestazione contrattuale nei confronti della pubblica amministrazione.

La soluzione astratta e generalizzata della caducazione automatica del contratto per il venir meno dell'atto presupposto dell'aggiudicazione che "elimina" una delle parti del contratto che sarebbe stata l'applicazione, direi, pacifica del rapporto tra atto presupposto e presupponente, così intimamente legati, pur se non appartenenti ad una serie omogenea (riguardando atti amministrativi ed atti negoziali), non è stata adottata dal legislatore perché l'intervento del giudice, pur rapido, non è immediato e la situazione si evolve, determinando effetti e conseguenze, di fatto e di diritto, che non possono essere ignorate.

Ed allora accanto ai rimedi preventivi cautelari volti ad impedire la sottoscrizione del contratto, per consentire al ricorrente, illegittimamente non vincitore, di stipulare il contratto ed eseguire l'appalto, il legislatore ha previsto, in caso sia intervenuto il contratto, che l'annullamento dell'aggiudicazione porti, salvo eccezioni ed a seguito di una complessa valutazione di tutti i concreti elementi venutisi a determinare nella fattispecie, all'inefficacia del contratto. Inefficacia che, però, non è automatica, né scontata.

Il principio che si ricava dal diritto positivo, diverso da quello affermato in giurisprudenza, è che il rapporto tra atto presupposto ed atto presupponente, pur intimamente legati, non porta necessariamente, in caso di annullamento dell'atto presupposto, all'automatica caducazione dell'atto presupponente perché l'ordinamento ne può stabilire anche solo

l'inefficacia o addirittura il suo mantenimento quando la situazione è andata evolvendosi in fatto e in diritto e, quindi, occorre apprezzare, in concreto, quale sia la misura più idonea per la tutela degli interessi pubblici in campo.

o o o o o o o o

**9.** La cognizione del giudice amministrativo è nell'ambito della giurisdizione esclusiva, ma è connotata da accertamenti e verifiche particolarmente pregnanti che deve considerare tutti gli interessi che si presentano in concreto nonché il contratto, anche se solo in funzione della dichiarazione di inefficacia, collegata esclusivamente all'annullamento dell'aggiudicazione. Il giudice amministrativo non conosce della validità e dell'efficacia del contratto e delle norme civilistiche che ne dettano la disciplina: l'inefficacia del contratto è una conseguenza, valutati tutti gli elementi della concreta fattispecie come fatto sopravvenuto, dell'annullamento dell'atto amministrativo. Il giudice non sindacava (autonomamente) il contratto, ma stabilisce se possa o meno produrre ancora effetti, in conseguenza dell'annullamento degli atti ad evidenza pubblica e della situazione determinatasi a seguito dell'attuazione del contratto, in relazione a tutti gli interessi in contesa.

Non si è in presenza di una pregiudiziale in senso tecnico poiché la inefficacia del contratto è effetto dell'annullamento e la domanda di inefficacia non è proponibile in via autonoma sul piano sostanziale.

Vi è un chiaro nesso di presupposizione tra aggiudicazione e contratto, anche se la disciplina legislativa si discosta dai principi elaborati dalla giurisprudenza. Infatti, l'annullamento dell'aggiudicazione cade su un elemento essenziale dell'atto presupponente (contratto) perché riguarda il contraente che deve eseguire la prestazione e, quindi, si è in presenza di un nesso, forte e

intimo, che dovrebbe portare alla caducazione automatica dell'atto presupponente.

E, invece, la norma stabilisce che il giudice dichiara l'inefficacia del contratto che non è mai scontata, pur in presenza di violazioni gravi (anche se, comunque, il giudice deve irrogare le sanzioni alternative), perché va valutata tutta la situazione e gli interessi conseguenti alla attuazione, ancorché parziale, del contratto, fissando la decorrenza dell'inefficacia.

Si è in presenza di poteri cognitori, ampi e penetranti, che attribuiscono al giudice un'indagine piena su tutti gli aspetti della controversia, di fatto, tecnici e di opportunità anche sulle conseguenti misure da adottare.

La particolare materia oggetto di questa giurisdizione esclusiva pone i poteri cognitori del giudice su un piano di specialità e diversità rispetto alle altre materia, pure di giurisdizione esclusiva.

o o o o o o o o

### **B) Poteri decisori.**

**10.** Il giudice adotta sentenze di: a) annullamento dell'aggiudicazione definitiva e di conseguente (necessaria o eventuale) dichiarazione di inefficacia del contratto, stabilendone la decorrenza *ex tunc*, *ex nunc* o in altro momento; b) condanna della stazione appaltante ad attribuire l'aggiudicazione ed il contratto a soggetto diverso da quello risultato aggiudicatario nel procedimento amministrativo o a ripetere, parzialmente o totalmente la gara; c) condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente "subito e provato"<sup>61</sup>, se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto; d) condanna dell'Amministrazione ad una sanzione pecuniaria se non viene dichiarata

---

<sup>61</sup> L'art. 124 C.P.A. ha modificato l'art. 12 del D. L.vo n. 53/10 che limitava la condanna al risarcimento dei danni per equivalente "a favore del solo ricorrente avente titolo all'aggiudicazione".

la inefficacia (necessaria) del contratto; e) riduzione della durata del contratto<sup>62</sup>, sempre come sanzione alternativa alla necessaria dichiarazione di inefficacia del contratto.

I provvedimenti del giudice sono, quindi, costitutivi di annullamento di atti amministrativi e di inefficacia del contratto nonché di modifica della durata del contratto, ma anche di condanna dell'Amministrazione ad un *facere* specifico (aggiudicazione a favore di altro concorrente e sottoscrizione del contratto ovvero ripetizione parziale o totale della gara) oltre che di condanna al risarcimento del danno per equivalente pecuniario ed al pagamento di una sanzione pecuniaria e/o alla riduzione della durata del contratto.

Non sono previste mere sentenze dichiarative.

L'espressioni usate dalle norme che il giudice "dichiara l'inefficacia del contratto"<sup>63</sup>, "stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza"<sup>64</sup>, se "non dichiara l'inefficacia del contratto, dispone..."<sup>65</sup>, pur facendo riferimento alla dichiarazione di inefficacia del contratto, non sono pronunzie meramente dichiarative, ma un ulteriore effetto della sentenza costitutiva di annullamento dell'aggiudicazione. Infatti, è di mero accertamento la pronunzia che con la mera dichiarazione, soddisfi la situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio, senza la necessità di ulteriore statuizione; deve, cioè, essere sufficiente la mera sentenza dichiarativa, altrimenti si è in presenza di altra tipologia di sentenza.

Com'è noto, anche le sentenze di condanna e costitutive contengono statuizioni (previe) di accertamento presenti in tutte le decisioni, ma

---

<sup>62</sup> Artt. 245 *bis*, 245 *ter*, 245 *quater* e 245 *quinquies* del D. L.vo n. 163 del 2006, introdotti dagli artt. 9, 10, 11 e 12 D. L.vo 20.3.2010 n. 53; artt. 121, 122, 123 e 124 C.P.A..

<sup>63</sup> Art. 245 *bis*, I comma, D. L.vo 12.4.2006 n. 163; art. 121, 1° comma, C.P.A..

<sup>64</sup> Art. 245 *ter* D. L.vo 12.4.2006 n. 163; art. 122 C.P.A..

<sup>65</sup> Art. 245 *quinquies* D. L.vo 12.4.2006 n. 163; art. 124 C.P.A..

quando all'accertamento si deve aggiungere qualcosa in più per soddisfare la situazione giuridica soggettiva lesa, la pronunzia non può definirsi di mero accertamento, ma sarà di condanna o costitutiva<sup>66</sup>.

Qui la dichiarazione di inefficacia del contratto non è collegata ad un'autonoma azione dichiarativa e non esaurisce la pronunzia del giudice in una duplice direzione, preventiva e successiva.

L'inefficacia del contratto non è autonoma, ma è conseguenza della (preventiva o contestuale) decisione di annullamento<sup>67</sup> che rimuove anche gli effetti del contratto ad opera del giudice, come tipica conseguenza di sentenza costitutiva, tanto che normalmente elimina gli effetti prodotti *ex tunc*, per le violazioni gravi, o *ex nunc* o altra decorrenza, in via di eccezione. La sentenza che "dichiara l'inefficacia del contratto" dispone la rimozione degli effetti già prodotti.

Inoltre, in via successiva, la dichiarazione di inefficacia non è fine a se stessa, ma sostituisce l'aggiudicatario con il concorrente che doveva, già in sede procedimentale amministrativa essere il vincitore della gara e che diviene parte di un (altro e successivo) contratto.

Ovvero, qualora l'annullamento dell'aggiudicazione sia stato determinato non da vizi di legittimità che portino alla scelta di altro concorrente (il ricorrente), ma da illegittimità che determinino la ripetizione della gara, la pronunzia condanna l'Amministrazione, dichiarata l'inefficacia del contratto, a procedere al riesercizio dell'azione amministrativa; lo stesso avviene se viene riscontrata l'illegittimità in una parte del procedimento di selezione del contraente. Insomma, non si è in presenza di una mera sentenza di accertamento che dichiara l'inefficacia del contratto, ma quest'ultima è una pronunzia che

---

<sup>66</sup> E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, in *Giustizia Amministrativa* a cura di F.G. SCOCA, III ed. Torino 2009, 169 e ss., in part. 172 e ss.

<sup>67</sup> Come evidenziato *supra*, § 7 e § 8.

rappresenta un momento dell'esercizio del potere decisorio del giudice che ha, per presupposto, l'annullamento dell'aggiudicazione e, per conseguenza, la conclusione di altro contratto o la ripetizione, parziale o totale, della gara. Si tratta, cioè, di sentenza costitutiva e di condanna e, indubbiamente, anche dichiarativa (per il necessario accertamento presente in ogni pronunzia), ma non di sentenza meramente dichiarativa.

Il fatto che la norma abbia dovuto prevedere e disciplinare questo segmento dichiarativo della sentenza del giudice si spiega per la necessità di risolvere le controverse questioni di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo e attribuire a quest'ultimo espressamente il potere di incidere sul contratto, dichiarandone l'inefficacia, in caso di annullamento dell'aggiudicazione.

Il discorso non cambia, nell'ipotesi in cui il ricorrente abbia proposto un'azione declaratoria di nullità dell'aggiudicazione<sup>68</sup> perché, se è intervenuto il contratto, i provvedimenti del giudice sono gli stessi di quelli innanzi indicati; se non è stato sottoscritto il contratto, il giudice condanna l'Amministrazione ad aggiudicare ad altro concorrente, qualora la nullità attenga, non all'intera procedura, ma a profili riconducibili esclusivamente all'aggiudicatario, ovvero a ripetere la gara, negli altri casi.

Il fatto è che l'interesse del ricorrente è pretensivo, per cui non ottiene soddisfazione se non è appagato il suo interesse ad essere aggiudicatario, anche solo attraverso la *chance* di concorrere nuovamente per l'aggiudicazione a seguito della ripetizione della gara, parziale o totale. La sentenza meramente dichiarativa della nullità – come quella di inefficacia del contratto – non soddisfa l'interesse legittimo pretensivo.

---

<sup>68</sup> Art. 21 *septies* L. n. 241/90 e ss. mm. ed ii. e art. 31 C.P.A..

Viceversa, l'interesse legittimo oppositivo si appaga anche con la pronunzia meramente dichiarativa di nullità perché il titolare di tale situazione giuridica soggettiva mira a mantenere la situazione così com'era prima che l'Amministrazione esercitasse il potere.

Negli appalti, il ricorrente in giudizio è il partecipante alla gara che è stato escluso o non è risultato vincitore ed agisce per essere riammesso a concorrere (per divenire aggiudicatario) o vincere la selezione. L'interesse legittimo di cui è portatore è di natura pretensiva e la soddisfazione della sua pretesa non può che avvenire con una sentenza costitutiva e/o di condanna, non potendo essere appagato da una pronunzia meramente dichiarativa.

o o o o o o o o

**11.** La inefficacia del contratto è diversamente regolata, a seconda che l'aggiudicazione sia affetta o meno da "gravi violazioni".

Quando ricorrano le gravi violazioni, "il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto"<sup>69</sup> e stabilisce se l'inefficacia sia limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo ovvero operi in via retroattiva.

La norma pone come obbligatoria la dichiarazione di inefficacia del contratto (salvo le eccezioni di cui si dirà), mentre per la decorrenza prevede che vada determinata in base a tre parametri: a) le deduzioni delle parti; b) la valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante; c) la situazione di fatto.

Le gravi violazioni sono individuate in quattro casi che proteggono gli operatori economici perché, da un lato, volti a garantire la pubblicità

---

<sup>69</sup> Art. 9 D. L.vo n. 53/10; art. 121 C.P.A..

della gara e lo svolgimento di una selezione per la scelta del contraente<sup>70</sup> e, dall'altro lato, a consentire al ricorrente di ottenere la soddisfazione in via specifica ad eseguire il contratto che è stato sottoscritto, senza che la stazione appaltante abbia atteso i tempi previsti dalla norma (*stand still period*)<sup>71</sup>.

Per le due prime ipotesi di aggiudicazione senza previa pubblicazione del bando o avviso di gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (quando è prescritta) e di aggiudicazione avvenuta con procedura negoziata, senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti, con omissione della pubblicità, l'inefficacia del contratto consegue all'annullamento dell'aggiudicazione per detti motivi. Invece, quando il contratto è stipulato senza il rispetto del termine dilatorio previsto dall'art. 11, comma 10, D. L.vo 12.4.2006 n. 163, l'inefficacia è dichiarata “qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento”<sup>72</sup> e, se il contratto è intervenuto, senza rispettare la sospensione automatica del termine per la sottoscrizione derivante dalla proposizione, con domanda cautelare, del ricorso giurisdizionale contro l'aggiudicazione, l'inefficacia è pronunciata “qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento”<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> Art. 9, comma 1, lett. a) e b) D. L.vo n. 53/2010; art. 121, comma 1, lett. a) e b) C.P.A..

<sup>71</sup> Art. 9, comma 1, lett. c) e d) D. L.vo n. 53/2010; art. 121, comma 1, lett. c) e d) C.P.A..

<sup>72</sup> Art. 9, comma 1, lett. c) D. L.vo n. 53/2010; art. 121, comma 1, lett. c) C.P.A..

<sup>73</sup> Art. 9, comma 1, lett. d) D. L.vo n. 53/2010; art. 121, comma 1, lett. d) C.P.A..

La diversità della disciplina è conseguente alla *ratio* che ispira le “gravi violazioni”: nei primi due casi vi è stata la violazione dell’interesse a concorrere ad una gara la cui tutela impone la dichiarazione di inefficacia del contratto per consentire la partecipazione alla gara ed il suo svolgimento; negli altri due casi vi è stata la compromissione dell’interesse ad ottenere l’aggiudicazione (e la sottoscrizione del conseguente contratto) da parte di chi ha partecipato alla selezione, per cui il mancato rispetto dei termini per la stipula deve accompagnarsi a vizi che abbiano influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l’affidamento sia perché doveva risultare vincitore, sia perché ha la *chance* di diventarlo per la ripetizione, parziale o totale, della gara. Ma se, alla violazione, pur definita grave dalla norma, del mancato rispetto dello *stand still period*, non emergono altri vizi che possano attribuire al ricorrente l’affidamento o la possibilità dell’affidamento, la inefficacia del contratto non va dichiarata perché non soddisfa l’interesse del ricorrente, né quelli della stazione appaltante e del controinteressato-contrante. Le violazioni di cui alle lettere c) e d) del 1° comma dell’art. 9 D. L.vo n. 53/2010 non rimangono però senza conseguenze poiché, nei casi di gravi violazioni, quando il contratto sia considerato efficace o l’inefficacia non decorra *ex tunc*, si applicano le sanzioni alternative. E ciò anche quando ricorrano le eccezioni che mantengono efficace il contratto per il “rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale”<sup>74</sup>.

La norma, pur se esemplificamente, le indica in: a) esigenze imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo che rendano evidente il rispetto degli obblighi contrattuali residui solo da parte del (primo) contraente; b) interessi economici, ma in circostanze eccezionali, quando

---

<sup>74</sup> Art. 9, comma 2, D. L.vo n. 53/2010; art. 121, comma 2, C.P.A..

l'inefficacia del contratto conduca a conseguenze sproporzionate, tenendo anche conto della “mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara”<sup>75</sup>. Il legislatore delegato ha cura di specificare che “non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia”<sup>76</sup>.

Per le gravi violazioni, dunque, inefficacia obbligatoria del contratto, con decorrenza degli effetti stabilita in base ai parametri previsti ovvero, in via di eccezione, mantenimento dell'efficacia del contratto, con applicazione delle sanzioni alternative; queste ultime intervengono, anche quando la inefficacia non decorra *ex tunc*.

Quando non si è in presenza delle gravi violazioni e, quindi, in via residuale per tutti gli altri casi, “il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta”<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> Art. 9, comma 2, D. L.vo n. 53/2010; art. 121, comma 2, C.P.A..

<sup>76</sup> Art. 9, comma 2, D. L.vo n. 53/2010; art. 121, comma 2, C.P.A..

<sup>77</sup> È riportato l'art. 122 C.P.A. che, rispetto all'art. 10 del D. L.vo n. 53/2010, contiene questa modifica: le ultime parole dell'art. 10 D. L.vo n. 53/2010 sono: “e la relativa domanda sia stata proposta”, mentre quelle dell'art. 122 C.P.A. recitano: “e la domanda di subentrare sia stata proposta”. La specificazione è stata opportuna perché “la relativa domanda” poteva riferirsi, in relazione al contesto, anche ad altre domande.

L'inefficacia del contratto non appare più una conseguenza necessaria, quanto meno in via di principio, dell'annullamento dell'aggiudicazione e non è prevista l'applicazione di sanzioni alternative, se il giudice ritenga di mantenere gli effetti del contratto.

o o o o o o o o

**12.** Si discute se il giudice possa, d'ufficio, determinare il contenuto decisorio della sentenza di merito, ovvero sia vincolato dalla domanda di parte; in particolare, se debba d'ufficio, dichiarare l'inefficacia del contratto e sostituire il contraente con il ricorrente vittorioso.

La dottrina è orientata a ritenere che il giudice, in presenza di violazioni gravi, sia tenuto a dichiarare, d'ufficio, la inefficacia del contratto, "a prescindere da una domanda di parte"<sup>78</sup>, distinguendo, quindi, in relazione alle violazioni riscontrate, per cui si avrebbe un doppio regime. Per le violazioni gravi, il giudice, a seguito dell'annullamento dell'atto amministrativo, dichiara, d'ufficio, la inefficacia del contratto o applica la sanzione alternativa. Per le altre violazioni, l'inefficacia del contratto può essere pronunciata solo se chiesta dalla parte.

Sono opportune alcune precisazioni.

Il processo amministrativo è retto dal principio dispositivo, per cui il giudice non può andare oltre i motivi adottati dal ricorrente e deve decidere sulla domanda proposta<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> G. FONDERICO, *I poteri del giudice nel processo amministrativo sui contratti pubblici*, op. cit., 887; nello stesso senso A. BARTOLINI, S. FANTINI, F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, op. cit., 654, ove, pur manifestando perplessità, si evidenzia che, essendo prevista, in via alternativa, l'applicazione di una sanzione pecuniaria che non può che comminarsi di ufficio, il potere di dichiarazione di inefficacia del contratto è parimenti officioso. Problematico, anche se favorevole sostanzialmente alla necessaria e officiosa pronuncia del giudice, in caso di "gravi violazioni", M. LIPARI, *Il recepimento della direttiva ricorsi, il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia flessibile del contratto nel d. lg. N. 53 del 2010*, op. cit., XCVIII.

<sup>79</sup> M. D'ORSOGNA in *Giustizia amministrativa* a cura di F. G. SCOCA, III ed., Torino 2009, 283.

Il codice del processo amministrativo mantiene fermo il principio che il giudice accoglie il ricorso “nei limiti della domanda”, come stabilisce l’art. 34 del C.P.A., quando adotta una sentenza di merito. Per le pronunzie, in rito, invece, il codice segue – come da giurisprudenza consolidata del giudice amministrativo<sup>80</sup>, la regola opposta perché il giudice dichiara, “anche d’ufficio”<sup>81</sup>, il ricorso: irricevibile per tardività della notifica o del deposito; inammissibile quando è carente l’interesse o sussistono “altre ragioni ostative ad una pronuncia di merito”<sup>82</sup>; improcedibile per sopravvenuto difetto d’interesse delle parti alla decisione o per mancata integrazione del contraddittorio nel termine assegnato o per la sopravvenienza di “altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito”<sup>83</sup>. Inoltre, sempre d’ufficio, il giudice dichiara estinto il giudizio: se “non viene proseguito o riassunto nel termine perentorio fissato dalla legge o assegnato dal giudice”<sup>84</sup>; per perenzione o per rinuncia.

In altri termini, i poteri decisorii del giudice vengono esercitati d’ufficio per le questioni di rito che definiscono il giudizio sfavorevolmente per il ricorrente, possono essere spesi solo su domanda del ricorrente (ma anche in ipotesi di ricorso incidentale) quando entrano nel merito della lite per accogliere il ricorso; il giudice, ovviamente, può considerare infondata la domanda, anche utilizzando argomenti diversi da quelli opposti dalle altre parti.

Il codice del processo amministrativo non ha fatto altro che recepire una giurisprudenza pacifica del giudice amministrativo che rende fortemente squilibrato il processo amministrativo in contrasto con la

---

<sup>80</sup> D. D’ORSOGNA in *Giustizia amministrativa* a cura di F. G. SCOCA, *op. cit.*, 388.

<sup>81</sup> Così l’art. 35, 1° comma, C.P.A..

<sup>82</sup> Art. 35, 1° comma, lett. b), C.P.A..

<sup>83</sup> Art. 35, 1° comma, lett. c) C.P.A..

<sup>84</sup> Art. 35, 2° comma, lett. a) C.P.A..

previsione dell'art. 111 della Costituzione, secondo cui “ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità”<sup>85</sup> poiché, in questo processo, il ricorrente è fortemente penalizzato rispetto alle altre parti.

Comunque, in base ai principi del processo amministrativo, la regola è: la sentenza di merito è pronunciata nei limiti della domanda, la sentenza di rito (irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità, improponibilità, nullità, decadenza), anche d'ufficio.

La dichiarazione di inefficacia del contratto consegue necessariamente all'annullamento dell'aggiudicazione, per cui è una sentenza di merito e il giudice, in base ai principi generali, deve pronunciarsi su domanda di parte.

L'orientamento che ritiene il giudice dotato di poteri di ufficio per la dichiarazione di inefficacia del contratto per le violazioni gravi si basa essenzialmente sulla considerazione che la norma ritiene necessaria tale dichiarazione per le violazioni gravi. Peraltro, la sanzione alternativa alla dichiarazione di inefficacia del contratto, non può formare oggetto di domanda perché il ricorrente è privo di interesse giuridicamente tutelato ad ottenere l'applicazione di una sanzione il cui importo è versato “all'entrata del bilancio dello Stato”<sup>86</sup>.

È possibile, però, ricostruire diversamente il quadro sistematico, tenendo presente quanto già evidenziato in ordine al rapporto tra annullamento e dichiarazione di inefficacia, senza pensare ad un'eccezione alla regola dispositiva del processo.

L'accoglimento della domanda di annullamento dell'aggiudicazione comporta, in base ad espressa disposizione normativa, la dichiarazione di

---

<sup>85</sup> Cfr. E. FOLLIERI, *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo* in *Dir. Proc. Amm.* 2006, 494 e ss.

<sup>86</sup> Art. 11, 1° comma, D. L.vo n. 53/2010 e art. 123, 1° comma, C.P.A..

inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni<sup>87</sup> come conseguenza dell'annullamento. La domanda non deve specificare il *petitum* della dichiarazione di inefficacia del contratto, ma allegare i motivi per l'annullamento dell'aggiudicazione (non vi sono motivi "propri" per la dichiarazione di inefficacia del contratto) e chiedere l'annullamento dell'atto amministrativo, atteggiandosi come consequenziale la dichiarazione di inefficacia del contratto, come un effetto dell'annullamento. La dichiarazione di inefficacia del contratto è una pronuncia consequenziale all'annullamento che il giudice deve disporre, in presenza di gravi violazioni, o può disporre, negli altri casi.

La lettera della norma che riguarda la "inefficacia del contratto negli altri casi"<sup>88</sup> conforta tale soluzione perché prevede che "il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto".

Poteva nascere equivoco sulla necessità di una specifica domanda di dichiarazione di inefficacia per gli "altri casi" perché l'art. 10 del D. L.vo n. 53/2010 stabiliva che "la relativa domanda sia stata proposta", ma l'art. 122 del C.P.A. ha chiarito il significato di tale previsione, eliminando "relativa" e stabilendo che "la domanda di subentrare sia stata proposta". Dunque, per il subentro, occorre la domanda, per la dichiarazione di inefficacia, anche negli altri casi, no.

Insomma, una necessaria o possibile conseguenza dell'annullamento è la dichiarazione di inefficacia del contratto che è decisione rientrante nelle pronunzie consequenziali che il giudice stabilisce, quando accoglie la domanda di annullamento che riguarda anche tali pronunzie, pur se non espressamente richieste in ricorso.

---

<sup>87</sup> Art. 9, 1° comma, D. L.vo n. 53/2010 e art. 121, 1° comma, C.P.A..

<sup>88</sup> Art. 10 D. L.vo n. 53/2010 e art. 122 C.P.A..

E le sanzioni alternative si pongono sullo stesso piano: appartengono all'area della pronunzie consequenziali all'annullamento dell'aggiudicazione intervenuta per gravi violazioni, quando il giudice non disponga la (necessaria) inefficacia del contratto.

E, allora, non vi è nessuna eccezione o deroga al principio dispositivo del processo, quando il giudice emani una sentenza di merito e la disciplina processuale è la stessa, sia per le gravi violazioni che negli altri casi, per quanto riguarda la dichiarazione di inefficacia del contratto (e le sanzioni alternative): è una pronunzia consequenziale alla domanda di annullamento che la ricomprende, pur in mancanza di specifico *petitum* nel ricorso.

o o o o o o o o

**13.** L'ampliamento dell'area delle pronunzie consequenziali pone dei problemi di contraddittorio, per le sanzioni alternative. Se, infatti, la dichiarazione di inefficacia del contratto è misura esattamente determinata dalla norma e consegue, obbligatoriamente o facoltativamente, all'annullamento dell'aggiudicazione, le sanzioni alternative possono essere pecuniarie, spaziando dallo 0,5 al 5 per cento del valore del contratto ovvero, alternativamente o cumulativamente, riguardare la riduzione della durata del contratto, da un minimo del dieci ad un massimo del cinquanta per cento della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo. E il giudice amministrativo applica le concrete 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 stazione

appaltante per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione”<sup>89</sup>.

La sanzione alternativa viene presa in considerazione dal giudice dopo che accerta l'illegittimità dell'azione amministrativa, dispone l'annullamento e ritiene che non si debba dichiarare l'inefficacia (necessaria) del contratto; e la sanzione viene applicata commisurandola ai criteri stabiliti dalla norma.

Il giudizio si incentra sulla questione principale oggetto della domanda è cioè la illegittimità del procedimento amministrativo e del suo atto conclusivo, costituito all'aggiudicazione definitiva, e le parti discuteranno, in contraddittorio, di questi aspetti. Invece, le pronunzie consequenziali, normalmente, vengono lasciate al giudice. E se la dichiarazione di inefficacia del contratto è regolata dalla norma (salvo che per la decorrenza che, quando non è *ex tunc*, fa scattare le sanzioni alternative), la sanzione alternativa attribuisce al giudice diverse soluzioni da applicare secondo parametri normativi elastici e su dette soluzioni si è stabilito che debba essere assicurato il rispetto del contraddittorio.

Opportunamente, pertanto, qualora non si sia discusso sulle sanzioni alternative, il C.P.A. ha aggiunto al secondo comma dell'art. 11 del D. L.vo n. 53/2010 che “A tal fine si applica l'art. 73, comma 3”<sup>90</sup>. Cioè a dire, il giudice indica in udienza – prima della decisione – dandone atto a verbale, che potrebbe disporre una misura alternativa, invitando le parti ad esprimere i loro punti di vista; se, invece, la questione emerge dopo il passaggio in decisione, “il giudice riserva quest'ultima e con ordinanza

---

<sup>89</sup> Art. 11, 2° comma, D. L.vo n. 53/2010 e art. 123, 2° comma, C.P.A..

<sup>90</sup> Art. 123 C.P.A..

assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memoria”<sup>91</sup>.

Il rinvio alla previsione generale dell’art. 73 del C.P.A. dovrebbe, però, essere adattato alla particolarità della controversia nella quale le sanzioni alternative che appartengono all’ambito delle pronunzie consequenziali presuppongono la decisione di annullamento degli atti amministrativi e la non percorribilità della (necessaria) dichiarazione di inefficacia del contratto, per cui potrebbe il giudice adottare sentenza di annullamento, indicando i motivi per i quali ritiene di non dichiarare la inefficacia del contratto e, quindi, con ordinanza assegnare i termini alle parti per interloquire sul tipo e la misura della sanzione alternativa. Ciò anche al fine di consentire la redazione delle difese in funzione della decisione adottata dal giudice.

Anche questa previsione di assicurare il contraddittorio supera le questioni sollevate dalla dottrina sulla compatibilità costituzionale della attribuzione al giudice amministrativo del potere di irrogare le sanzioni amministrative, da qualificare come funzione materialmente amministrativa di tipo sanzionatorio, riservata alla Amministrazione<sup>92</sup>.

Sul punto, va condivisa la dottrina che evidenzia, tra l’altro: a) la mancanza nella Costituzione della riserva di amministrazione sull’irrogazione delle sanzioni amministrative, intese sia come pene in senso tecnico sia come misure ripristinatorie; b) la previsione dell’art. 13 della Costituzione che riserva alla giurisdizione l’irrogazione delle sanzioni perché non può indurre a presupporre una simmetrica riserva di amministrazione per quelle amministrative; c) come il diritto positivo molto spesso attribuisca al giudice penale ed al giudice civile il potere di irrogare sanzioni amministrative; d) che anche il giudice amministrativo

---

<sup>91</sup> Art. 73, 3° comma, C.P.A..

<sup>92</sup> F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

può irrogare sanzioni amministrative, essendo, nel sistema istituzionale, un giudice alla pari degli altri; e) che il giudice amministrativo già quantifica l'ammontare delle sanzioni devolute alla sua cognizione, applicando i criteri di cui all'art. 11 L. n. 689/1981<sup>93</sup>.

Destano, invece, perplessità altri profili.

La sentenza costitutiva di annullamento comporta la conseguenza della possibile o necessaria dichiarazione di inefficacia del contratto o l'applicazione delle sanzioni alternative che si appuntano in una pronuncia di condanna della stazione appaltante al pagamento di una somma di danaro, a titolo di sanzione pecuniaria, o/e costitutiva di cessazione degli (ulteriori) effetti del contratto, incidendo direttamente, anche sulla posizione del contraente. Quest'ultima misura lascia perplessi sotto più punti di vista.

Innanzitutto, si discute di sanzioni alternative alla dichiarazione di inefficacia del contratto che il giudice ha ritenuto di non pronunciare né in via totale ed assoluta, con decorrenza *ex tunc*, né in via parziale e relativa, con altra decorrenza (*ex nunc* o altro), per cui è difficile pensare ad una soluzione che ricalchi, per così dire, la misura di cui interviene in sostituzione.

Di poi, si sanziona, anche il contraente, a differenza di quanto previsto per la condanna al pagamento della sanzione pecuniaria che grava soltanto sulla stazione appaltante<sup>94</sup>.

Ancora, viene penalizzato il contraente senza che il giudice debba considerare la sua posizione poiché la norma<sup>95</sup> impone di valutare, a parte altri aspetti, solo la "gravità della condotta della stazione

---

<sup>93</sup> P. CERBO, *Le "sanzioni alternative" nell'attuazione della direttiva ricorsi (e nel codice del processo amministrativo)* in *Urb. e App.* 2010, 884-888.

<sup>94</sup> Analogo rilievo muove P. CERBO, *Le "sanzioni alternative" nell'attuazione della direttiva ricorsi (e nel codice del processo amministrativo)*, *op. cit.*, 883.

<sup>95</sup> Art. 11, 2° comma, D. L.vo n. 53/2010 e art. 123, 2° comma, C.P.A..

appaltante” e l’“opera svolta della stazione appaltante per l’eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione”, non la condotta e l’attività del contraente, segnatamente sotto il profilo della buona fede.

Va, infine, rilevato che se la sanzione alternativa del pagamento della somma in danaro si iscrive nella tipologia delle sentenze individuata in via generale dal codice per la giurisdizione di legittimità ed esclusiva<sup>96</sup>, la decisione costitutiva che modifica la durata degli effetti del contratto sembra attagliarsi più ai casi di giurisdizione di merito in cui il giudice “adotta un nuovo atto, ovvero modifica o riforma quello impugnato”<sup>97</sup>, anche se qui non si interviene a modificare un atto amministrativo, ma si riduce la durata del contratto. Comunque, è un tipo di pronunzia che non è attribuito al giudice amministrativo, in via generale, per cui connota, anche sotto questo profilo, la specialità dei poteri decisorii di cui dispone il giudice in questa materia di giurisdizione esclusiva.

o o o o o o o o

**14.** E’ necessaria una espressa domanda di parte perché il giudice pronunzi il subentro – quando ne sussistano i presupposti – del ricorrente al precedente contraente o il risarcimento dei danni per equivalente.

Per il subentro, è chiara la lettera della norma che richiede la proposizione di apposita domanda<sup>98</sup>.

Si è in presenza di una sentenza di condanna ad un *facere* specifico (condanna della stazione appaltante ad aggiudicare e sottoscrivere il contratto con altro concorrente) conseguente ad un’azione di adempimento.

---

<sup>96</sup> Art. 34, 1° comma, lett. c) C.P.A.: “condanna al pagamento di una somma di denaro”.

<sup>97</sup> Art. 34, 1° comma, lett. d) C.P.A..

<sup>98</sup> Art. 122 C.P.A. che ha precisato quanto, equivocamente, ha stabilito l’art. 10 del D. L.vo n. 53/2010 che fa riferimento alla proposizione di “relativa domanda” e nel comma si indicano diversi tipi di sentenze nonché art. 12 D. L.vo n. 53/2010 e art. 124 C.P.A..

Con queste disposizioni, viene portata nell'alveo del processo di cognizione la pronunzia di subentro che il Consiglio di Stato, anche sotto l'influenza del riparto di giurisdizioni, aveva ritenuto di poter disporre solo nel giudizio di ottemperanza in cui ha i poteri della giurisdizione di merito<sup>99</sup>.

La questione dell'ammissibilità, in questa materia, di una sentenza di condanna ad un *facere* specifico è, dunque, stata risolta dal legislatore e si tratta di un importante passo in avanti sulla strada dell'efficienza e dell'efficacia della tutela degli interessi legittimi pretensivi<sup>100</sup>.

La giurisprudenza amministrativa, in un processo strutturato essenzialmente su domanda e sentenza di annullamento, ha cercato, con la motivazione della decisione, di determinare il c.d. effetto conformativo per la successiva azione amministrativa che viene indirizzata allo scopo di stabilire l'assetto degli interessi che può soddisfare gli interessi legittimi pretensivi che non si appagano con il mero annullamento dell'atto (di solito negativo)<sup>101</sup>.

La soddisfazione dell'interesse del concorrente a vincere la gara (interesse legittimo pretensivo) che lo spinge al ricorso, è avvenuta attraverso l'effetto conformativo recato dalla motivazione.

Questa soluzione presenta due aspetti di criticità per una tutela efficace ed efficiente.

---

<sup>99</sup> Cons. Stato, A.P. 30.7.2008 n. 9 in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), con nota di F. LIGUORI, AULETTA, *La Plenaria, il "dialogo" tra le giurisdizioni e la motivazione che non c'è (annotazioni a margine dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2008)*.

<sup>100</sup> F. LIGUORI, *Sul rapporto tra tutela specifica e tutela risarcitoria nella materia dei contratti pubblici* in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, a cura di Enrico FOLLIERI e Lucio IANNOTTA, Napoli 2010 e in *La funzione amministrativa, aspetti di una trasformazione*, Napoli 2009, 169 e ss. in cui si analizzano, con accenti critici, le ragioni della giurisprudenza amministrativa sulla inammissibilità della condanna ad un *facere* specifico e si evidenzia come, nella direttiva ricorsi 2007/66/CE, la tutela specifica costituisca una priorità.

<sup>101</sup> E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interesse legittimo*, Chieti 1984, *passim*, spec. 186 e ss. ove si evidenzia il concorso degli elementi che vengono analizzati per verificare quando sia possibile la soddisfazione degli interessi legittimi pretensivi.

Innanzitutto, è nella disponibilità del giudice indicare le direttive della riedizione del potere amministrativo, speso nell'atto amministrativo annullato, sia nel senso che può non farlo, sia in relazione all'intensità del vincolo derivante dall'effetto conformativo, che può essere più o meno stringente: la domanda, infatti, riguarda l'annullamento dell'aggiudicazione e la giurisprudenza ha escluso che il ricorrente possa chiedere l'aggiudicazione<sup>102</sup>.

Di poi, l'effetto conformativo, non solo va "interpretato", ma può essere concretizzato in un preciso *dictum* del giudice, solo nel giudizio di ottemperanza.

Il recepimento della recente direttiva introduce la domanda di subentro, di aggiudicazione, con questi evidenti differenze con il sistema costruito dalla giurisprudenza: a) è la parte che può chiedere l'aggiudicazione e il giudice deve provvedere sulla domanda che diviene un capo autonomo del dispositivo; b) nel giudizio di cognizione si dispone, con apposito *dictum*, il subentro, senza che sia necessario il giudizio di ottemperanza.

Nella materia dell'aggiudicazione degli appalti pubblici è stata introdotta l'azione di adempimento volta a conseguire l'aggiudicazione (e la sottoscrizione del contratto) in vece del concorrente scelto dalla stazione appaltante, per cui il giudice condanna quest'ultima ad un *facere* specifico.

L'art. 40 (azione di adempimento) della stesura del codice del processo amministrativo, licenziata dalla Commissione nominata dal Presidente del Consiglio di Stato, ha previsto che "il ricorrente può chiedere la condanna dell'Amministrazione all'emanazione del provvedimento richiesto o denegato".

---

<sup>102</sup> Cons. Stato, A.P. 30.7.2008 n. 9 *cit.*.

Questo articolo, insieme ad altri, è stato eliminato nel testo sottoposto all'approvazione del Consiglio dei Ministri, per cui, sotto questo profilo, si può dire che si è di fronte ad un altro elemento di specialità, siccome in questa materia è esperibile un'azione di adempimento.

Da altro punto di vista, però, la sentenza di condanna ad un *facere* specifico si inserisce nella previsione generale del contenuto delle sentenze di merito perché il codice, all'art. 34, stabilisce che il giudice “c) condanna al pagamento di una somma di denaro, anche a titolo di risarcimento del danno, all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e dispone misure di risarcimento in forma specifica ai sensi dell'art. 2058 del codice civile”<sup>103</sup>.

Appartiene allo strumentario dei poteri decisorii del giudice la condanna “all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva” che è misura atipica in cui rientra la condanna al *facere* specifico idonea a tutelare l'interesse del ricorrente ad essere aggiudicatario della gara e sottoscrittore del contratto.

Dunque, la condanna ad un *facere* specifico non è un segno di diversità rispetto ai poteri decisorii che, in via generale, sono attribuiti al giudice amministrativo.

o o o o o o o o

---

<sup>103</sup> N. DI MODUGNO, *Intervento in Resoconto del seminario sui libri IV e V del progetto di codice del processo amministrativo*, Napoli 7.5.2010, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) rileva che la previsione dell'art. 34 lett. c) del C.P.A., nella parte in cui stabilisce che il giudice condanna a “misure idonee a tutelare la posizione giuridica dedotta in giudizio”, si collega necessariamente ad un'azione di adempimento, per cui l'art. 30 del C.P.A. va inteso in senso semplificativo, e l'eliminazione dell'azione di adempimento nel passaggio del testo dalla Commissione alla Presidenza del Consiglio dei Ministri non avrebbe raggiunto l'effetto sperato.

**15.** La condanna al risarcimento dei danni viene, per più versi, limitata dal D. L.vo n. 53/2010, anche se alcuni di essi vengono “corretti” dal codice del processo amministrativo.

Preliminarmente va, però, evidenziato che, opportunamente, si chiarisce che le sanzioni alternative alla dichiarazione di inefficacia del contratto e, segnatamente, la condanna della stazione appaltante al pagamento della sanzione pecuniaria non interferisce con la condanna al risarcimento dei danni: “In ogni caso l’eventuale condanna al risarcimento dei danni non costituisce sanzione alternativa e si cumula con le sanzioni alternative”<sup>104</sup>.

L’accoglimento della domanda di risarcimento dei danni è condizionata alla mancata dichiarazione di inefficacia del contratto<sup>105</sup> e, quindi, non può intervenire anche quando il contratto non sia stato sottoscritto. Il legislatore delegato è ispirato dall’idea che, se il contratto non è stato sottoscritto o è stato dichiarato inefficace, il ricorrente, in presenza dei presupposti richiesti, può ottenere l’aggiudicazione e la sottoscrizione del contratto ovvero può partecipare alla gara di cui viene disposta la parziale o totale rinnovazione, con la conseguenza che il suo interesse è stato soddisfatto e non può far valere alcun danno.

Ciò può spiegare perché la norma preveda espressamente il risarcimento del danno per equivalente pecuniario e non quello in forma specifica: se è intervenuto il contratto e non vi è stata la dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto, il ricorrente non può ottenere il “risarcimento in via specifica” del suo interesse ad eseguire l’appalto.

Invece, nessuna giustificazione trova la limitazione che figura nel D. L.vo n. 53/2010, eliminata nell’art. 124 del C.P.A., e cioè che il

---

<sup>104</sup> Art. 11, 2° comma, D. L.vo n. 53/2010 e art. 123 C.P.A..

<sup>105</sup> Art. 12, 1° comma, D. L.vo n. 53/2010 e art. 124, 1° comma, C.P.A..

risarcimento del danno per equivalente può essere disposta “a favore del solo ricorrente avente titolo all’aggiudicazione”.

L’art. 124 del C.P.A. reca una disposizione diversa e che consente l’accoglimento della domanda risarcitoria proposta da chiunque abbia “subito e provato” il danno<sup>106</sup>.

La logica che ha ispirato queste previsioni è basata su di un equivoco di fondo e cioè la equiparazione sostanziale tra l’azione di adempimento volta ad ottenere l’aggiudicazione e la sottoscrizione del contratto e l’azione di risarcimento in forma specifica, per cui, se non può essere accolta l’azione di adempimento, non sarebbe possibile il risarcimento in forma specifica che comporta pur sempre aggiudicazione e sottoscrizione del contratto e se il giudice accoglie l’azione di adempimento, non vi è spazio non solo per il risarcimento in forma specifica, ma nemmeno per equivalente, avendo il ricorrente ottenuto soddisfazione dell’interesse ad eseguire l’appalto.

E si tratta di una tesi che ha trovato terreno fertile sia in dottrina<sup>107</sup> che in giurisprudenza ove si ritiene che l’estensione del risarcimento dei danni in forma specifica si risolve “nella surrettizia introduzione nel nostro sistema della c.d. azione di adempimento”<sup>108</sup>.

Non si può condividere questa impostazione.

L’azione di adempimento è diretta ad ottenere, per restare nello specifico campo, l’aggiudicazione e la sottoscrizione del contratto; il

---

<sup>106</sup> L’art. 124, 1° comma, seconda parte, C.P.A. recita: “Se il giudice non dichiara l’inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato”.

<sup>107</sup> TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi* Torino 200, 86; *contra* R. VILLATA, *Tre anni dopo in Sassani, VILLATA, Il processo davanti al giudice amministrativo. Commentario sintetico alla legge n. 205/2000*, II ed., Torino 2004, 41; A. TRAVI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo, tra azione di adempimento ed azione risarcitoria* a commento di Cons. Stato, Sez. Vi, 18.6.2002 n. 3338 in *Dir. Proc. Amm.* 2003, 208; F. LIGUORI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo* Napoli 2002.

<sup>108</sup> Cons. Stato, Sez. IV 21.5.2004 n. 3355 in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) che afferma, altresì, la necessità di una precisa ed inequivoca scelta normativa per introdurre un’azione di adempimento nel nostro sistema; analoghe argomentazioni si ritrovano in C.G.A. R. Sic. ord. 8.3.2005 n. 104 e Cons. Stato, Sez. V, ord. 28.3.2008 n. 1328 in *Giur.Ital.* 2008, 1080.

risarcimento dei danni in forma specifica, sì l'aggiudicazione e la sottoscrizione del contratto, ma per una reintegrazione completa, nel senso che il tempo trascorso dall'aggiudicazione da parte della stazione appaltante a quello dell'aggiudicazione da parte del giudice va considerato sotto ogni profilo che, esemplificativamente può essere sintetizzato in: offerta economica che potrebbe essere diventata inadeguata; eventuali altri appalti accettati nella incertezza dell'esito e dei tempi della decisione, con conseguente necessità di modificare l'organizzazione imprenditoriale e/o difficoltà di rispettare i tempi etc..

Se l'azione di adempimento si soddisfa con l'aggiudicazione e la sottoscrizione del contratto, cioè con l'ottenimento dell'atto richiesto a tutela dell'interesse legittimo pretensivo, per il risarcimento dei danni in forma specifica vi è, in più, il danno e l'illecito, l'uno e l'altro costituenti elementi essenziali del risarcimento, a differenza dell'azione di adempimento nella quale il giudice deve accertare solo se spetti l'aggiudicazione al ricorrente e provvedere.

Gli effetti dell'azione di adempimento e dell'azione di risarcimento danni in forma specifica sono solo parzialmente coincidenti (negli appalti in ordine alla condanna della stazione appaltante ad aggiudicare la gara e a sottoscrivere il contratto con il ricorrente o a disporre la rinnovazione della gara) perché, come rilevato in dottrina, "la tutela risarcitoria è altro rispetto alla tutela dei diritti in sé considerati e presuppone un dato ulteriore, ossia la produzione effettiva di un danno ed il corollario della sua qualificazione in termini illeciti"<sup>109</sup>.

E, invece, l'appiattimento del risarcimento dei danni in forma specifica sull'azione di adempimento, ha indotto il legislatore delegato ad escludere il risarcimento dei danni per equivalente, quando il

---

<sup>109</sup> F. Liguori, *Le regole della funzione e le regole della responsabilità* in *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, op. cit., 146.

contratto venga dichiarato inefficace o non si stato sottoscritto sul presupposto che il ricorrente è pienamente tutelato con l'aggiudicazione e la sottoscrizione del contratto con la sentenza (di cognizione) o attraverso la possibilità concessagli per la ripetizione del procedimento di selezione del contraente.

Così, però, non è perché tra le due azioni vi è (vi potrebbe essere) di mezzo il danno e l'illecito e si assiste ad un regresso di tutela rispetto alle previsioni generali secondo cui il ricorrente può proporre azione di condanna per risarcimento dei danni derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa, sia in forma specifica che per equivalente<sup>110</sup>, ed il giudice adottare le correlate pronunzie di merito<sup>111</sup>.

Per la materia degli appalti, invece, viene esclusa la possibilità di ottenere il danno per equivalente, quando il ricorrente ottiene l'adempimento, pure se, in concreto, vi possono essere danni, come esemplificativamente indicato innanzi.

o o o o o o o o

**16.** Il giudice non adotta pronunzie meramente dichiarative, ma, nel rispetto del principio dispositivo del processo amministrativo, sentenze costitutive di annullamento con pronunzie consequenziali che spaziano dalla dichiarazione di inefficacia del contratto alle sanzioni alternative di condanna al pagamento, da parte della stazione appaltante, di sanzioni pecuniarie o decisioni costitutive di modifica della durata residua del contratto. Inoltre, è prevista l'azione di adempimento all'adozione dell'atto di aggiudicazione ed alla sottoscrizione del contratto da parte del ricorrente, in sostituzione del contraente selezionato dalla stazione appaltante, con la pronunzia di una sentenza di condanna della stazione appaltante ad un *facere* specifico. Il risarcimento dei danni per

---

<sup>110</sup> Ora lo dispone l'art. 30 C.P.A..

<sup>111</sup> Art. 34 C.P.A..

equivalente è limitato rispetto alle previsioni generali sul processo amministrativo per la presupposta e non condivisibile equiparazione tra azione di adempimento e azione di risarcimento dei danni in forma specifica.

Anche per i poteri decisorii, può riscontrarsi la specialità della materia che, da un lato, li amplia, consentendo una tutela più efficiente ed efficace dell'interesse pretensivo del ricorrente e, dall'altro lato, li riduce rispetto ai poteri attribuiti al giudice sul risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi.

o o o o o o o o

### **C) I poteri cautelari ed istruttori**

**17.** La misura cautelare vede definito dal legislatore delegato il pregiudizio grave ed irreparabile identificato nell'interesse del concorrente non vittorioso a fermare la sottoscrizione del contratto e l'esecuzione dell'appalto sino a quando il giudice non pronunzi l'ordinanza sulla domanda di sospensiva o non sia pubblicato il dispositivo della sentenza di primo grado, in caso di decisione del merito all'udienza cautelare.

La tutela in via specifica dell'interesse del ricorrente alla sottoscrizione del contratto ed all'esecuzione dell'appalto ha indotto il legislatore a stabilire una misura cautelare automatica che fa seguito al periodo di attesa preprocessuale di 35 giorni dall'invio ai concorrenti dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

La proposizione del ricorso con contestuale domanda cautelare<sup>112</sup> comporta la ulteriore sospensione automatica, per cui non può essere sottoscritto il contratto, come rilevato.

Il pregiudizio grave e irreparabile è stato valutato, in via preventiva e generale, dal legislatore per la tutela prioritaria dell'interesse del concorrente (illegittimamente) non vincitore ad eseguire l'appalto.

Quando il ricorso con la domanda cautelare giunge in Camera di Consiglio, il giudice deve valutare esclusivamente il *fumus boni juris*, non il pregiudizio grave e irreparabile che il legislatore ha ritenuto sussistere, dovendosi assicurare al ricorrente, illegittimamente non vincitore, il risultato di eseguire l'appalto che, frattanto, l'aggiudicatario non può realizzare sino alla pronunzia cautelare del giudice.

Normalmente, nel caso venga rispettato dalla stazione appaltante lo *stand still period* e il ricorrente produca ricorso con contestuale domanda cautelare, il giudice deve prendere in considerazione solo il *fumus boni juris*, ma non il *periculum in mora*, con conseguente riduzione del giudizio cautelare ad uno solo dei profili sui quali di solito si svolge. Infatti, qualora i motivi adottati dal ricorrente integrino il *fumus boni juris*, il giudice non deve porre a confronto l'interesse del concorrente ad aggiudicarsi l'appalto e a sottoscrivere il contratto con gli altri interessi pubblici presenti nella fattispecie, sia che si formalizzino in capo alla pubblica amministrazione che ai controinteressati.

La scelta è stata eseguita dal legislatore che privilegia l'interesse del ricorrente, illegittimamente non risultato vincitore, a conseguire l'aggiudicazione e a sottoscrivere il contratto.

---

<sup>112</sup> Sulla problematica della contestualità del ricorso e della domanda cautelare, cfr. M. LIPARI, *Il recepimento della direttiva ricorsi, il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia flessibile del contratto nel d. lg. N. 53 del 2010, op. cit., LXXXIII.*

Il discorso cambia, se l'Amministrazione abbia già sottoscritto il contratto con l'aggiudicatario "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, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari"<sup>113</sup>. In questa ipotesi, ovviamente, non può funzionare la sospensione automatica ed il giudice in Camera di Consiglio deve prendere in esame, oltre al *fumus boni juris*, anche il pregiudizio grave ed irreparabile comparando l'interesse del ricorrente, normativamente tutelato, ad eseguire l'appalto e quello pure pubblico evidenziato dall'Amministrazione che ha deciso di dare immediata esecuzione alla prestazione prevista nell'appalto, tenendo presente che si tratta di interessi entrambi protetti dalla norma, pubblici ed equiordinati.

La misura cautelare si modella sui poteri decisorii<sup>114</sup>, per cui il giudice amministrativo, se ritenesse prevalente nel bilanciamento degli interessi, quello del ricorrente ad eseguire la prestazione oggetto dell'appalto, potrebbe sospendere l'efficacia anche del contratto (oltre che dell'aggiudicazione) che è misura strumentale alla sentenza di merito di annullamento dell'aggiudicazione e di dichiarazione di inefficacia del contratto.

Sempre in sede cautelare, il giudice potrebbe anche disporre (se vi è domanda in tal senso del ricorrente), in presenza di un consistente *fumus boni juris*, che l'appalto sia eseguito dal ricorrente, qualora ritenesse la sussistenza di un grave danno all'interesse alla realizzazione immediata dell'appalto; infatti, il giudice può, con sentenza, accogliere la domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto (se è stato sottoscritto,

---

<sup>113</sup> Art. 11 D. L.vo n. 163/06, comma 9, ultimo periodo, aggiunto dall'art. 1 D. L.vo n. 53/10.

<sup>114</sup> L'art. 21 L. n. 1034/71 dispone che il giudice adotta le misure cautelari che "appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso". Cfr. E. FOLLIERI, in *Giustizia Amministrativa* a cura di F.G. SCOCA, III ed. Torino 2009, e part. 320 ove si espone la problematica della strumentalità della misura cautelare. L'art. 55 C.P.A. ripete la medesima disposizione al primo comma.

previa dichiarazione di inefficacia)<sup>115</sup>, per cui è strumentale alla decisione del merito l'ordinanza cautelare che sospenda l'efficacia del contratto e stabilisca la prosecuzione della prestazione ad opera del ricorrente, facendogli conseguire, in via d'urgenza e provvisoria, l'aggiudicazione ed il contratto.

Quando l'Amministrazione, fuori dei casi stabiliti dalla norma, si affretti a sottoscrivere il contratto, senza rispettare i tempi, il giudice non dovrà comparare i contrapposti interessi ai fini del pregiudizio grave ed irreparabile, ma dovrà valutare solo il *fumus boni juris* ed esercitare i poteri cautelari innanzi detti, in caso di fondatezza, *prima facie*, del ricorso.

Dunque, nell'ordinarietà dei giudizi, i poteri cautelari, stante la sospensione automatica per la tutela del ricorrente che intenda eseguire l'appalto, riguarderanno il *fumus boni juris* e non il pregiudizio grave ed irreparabile già considerato sussistente dalla norma; quando, viceversa, il contratto viene sottoscritto perché l'Amministrazione intenda dare motivatamente immediata esecuzione all'appalto, occorrerà valutare anche il pregiudizio grave ed irreparabile comparando l'interesse del ricorrente all'esecuzione dell'appalto, tutelato prioritariamente dalla norma, con l'interesse alla immediata esecuzione dell'appalto e il giudice potrebbe, in presenza di un consistente *fumus boni juris*, anche assegnare in via provvisoria al ricorrente l'aggiudicazione e il contratto, sospendendo l'efficacia del contratto sottoscritto.

Infatti, i contenuti decisori dei poteri cautelari, strumentali a quelli di merito, possono produrre, salva la loro provvisorietà, gli stessi effetti delle sentenze, per cui il giudice può: sospendere l'efficacia dell'aggiudicazione e del contratto nonché disporre per il conseguimento

---

<sup>115</sup> Art. 245 *quinquies* D. L.vo n. 163/06; art. 124, 1° comma, C.P.A..

(in via interinale) dell'aggiudicazione e del contratto, con conseguente esecuzione dell'appalto.

Questi aspetti della misura cautelare connotano sensibilmente la specialità del processo negli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture.

o o o o o o o o

**18.** Per la specifica materia, le norme non dettano regole particolari per i poteri istruttori per i quali valgono le disposizioni dettate in via generale per il processo amministrativo.

Il giudice, però, per l'esercizio dei poteri cognitivi e decisorii deve accertare una serie di elementi che richiedono un'attività istruttoria abbastanza impegnativa.

E, così, per stabilire la decorrenza dell'inefficacia del contratto, nell'ipotesi di gravi violazioni, il giudice deve valutare la "gravità della condotta della stazione appaltante" e la "situazione di fatto"<sup>116</sup>. Se la gravità della condotta della stazione appaltante può desumersi dagli atti amministrativi adottati, dal rispetto dei tempi per la sottoscrizione del contratto, dalla valutazione effettiva o semplicemente formale dei rilievi oggetto dello "avviso volontario per la trasparenza preventiva"<sup>117</sup> e, quindi, risultare documentalmente, per cui l'attività istruttoria può limitarsi alla richiesta di documenti (se non già forniti dalle parti), per accertare la situazione di fatto, il discorso cambia.

Infatti, la norma intende riferirsi a che punto è giunta l'esecuzione del contratto per stabilire, non solo se l'inefficacia debba decorrere *ex tunc*, ma soprattutto se le prestazioni svolte siano giunte ad uno stadio, di per sé compiuto, sotto il profilo materiale e tecnico, per cui può intervenire altro appaltatore per completare l'appalto. E certamente il tipo di appalto (lavori, servizi o forniture) può rendere più o meno

---

<sup>116</sup> Art. 9, 1° comma, D. L.vo n. 53/2010 e art. 121, 1° comma, C.P.A..

<sup>117</sup> Art. 79 *bis* D. L.vo n. 163/06, introdotto dall'art. 3 D. L.vo n. 53/2010.

semplice la verifica, ma, specie per gli appalti di lavori, non sarà sufficiente lo stato di avanzamento, dovendo il giudice acquisire una valutazione tecnica sulla compiutezza ed autonomia delle prestazioni già eseguite. Sarà, quindi, necessario disporre verificazioni o consulenza tecnica.

Anche l'accertamento delle "esigenze imperative" che impongano di mantenere gli effetti del contratto richiede un'istruttoria tecnica per stabilire se sussistano esigenze "imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidenti che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale"<sup>118</sup>; lo stesso è a dirsi per la verifica, negli altri casi non gravi, "dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto"<sup>119</sup>.

Anche l'applicazione delle sanzioni amministrative richiede accertamenti che potrebbero impegnare in un'istruttoria complessa.

Un processo che viene "cronometrato" perché, in tempi brevi, si definisca, soffre dello svolgimento di una tale attività istruttoria che ne allunga la durata.

È indispensabile che le parti collaborino per limitare solo a casi particolari e controversi l'istruttoria, depositando tutti gli atti amministrativi, chiarendo, con relazioni tecniche e verbali di sopralluogo, lo stato di fatto e versando nel processo ogni dato utile, non solo perché il giudice possa sindacare la legittimità dell'azione amministrativa, ma anche per consentirgli di adottare tutte le pronunzie consequenziali (dalla dichiarazione di inefficacia del contratto all'applicazione delle sanzioni alternative). Dovere di collaborazione che

---

<sup>118</sup> Art. 9, 2° comma, D. L.vo n. 53/2010 e art. 121, 2° comma, C.P.A..

<sup>119</sup> Art. 10 D. L.vo n. 153/2010 e art. 122 C.P.A..

deve essere sentito soprattutto dalla parte resistente che è in possesso degli atti.

Va detto, però, che i tempi, forse troppo contenuti, per la costituzione non aiutano a fornire quella completezza di documentazione e di accertamenti che questo processo richiede.