

**IL PROCESSO AMMINISTRATIVO  
FRA PROVVEDIMENTI ANTI-CRISI,  
CONTRATTI INAMOVIBILI  
E DIRETTIVA RICORSI**

\*\*\*

**31 marzo 2009**

1. Ognuno dei tre argomenti trattati nelle relazioni appena svolte presenta numerosi problemi e complessità.

Particolarmente difficile appare, dunque, realizzarne la sintesi, in quanto ciò impone lo sforzo non solo di riassumere le problematiche finora emerse ed illustrate dai precedenti relatori, ma altresì di evidenziare i rapporti che sussistono tra i tre temi e le questioni che da tale legame derivano.

2. Il punto di partenza di tale ricostruzione complessiva non può che essere costituito dall'analisi delle conseguenze sulla sorte del contratto dell'annullamento del relativo provvedimento di aggiudicazione.

A tutti è noto come il tema abbia fatto versare i proverbiale<sup>1</sup> fiumi di inchiostro e come, anche in conseguenza del suo stretto collegamento con le tematiche inerenti il riparto di giurisdizione (nonché con la c.d. pregiudiziale amministrativa), abbia favorito la nascita e lo sviluppo di un elegante e approfondito dibattito dottrinale in ordine ai rapporti, sostanziali e processuali, tra il momento pubblicistico dell'aggiudicazione e quello privatistico del contratto.

I tempi di questo dibattito sono stati invero lunghi, essendo esso partito nel momento in cui si è deciso di superare la precedente, consolidata giurisprudenza della Corte di cassazione (che considerava l'annullamento dell'aggiudicazione mera causa di annullabilità relativa del contratto ex art. 1441 c.c.), sulla spinta dell'abbattimento del dogma dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi (Cass. S.S. U.U. civ., 22 luglio 1999, n. 500) e del

conseguente riconoscimento legislativo della giurisdizione non solo demolitoria ma anche risarcitoria del giudice amministrativo.

Evitando – per necessità di sintesi – di ripercorre nuovamente i punti salienti di tale lunghissimo dibattito, ci si può limitare ad osservare come esso sia stato caratterizzato dallo sforzo di riuscire a calare all'interno del procedimento amministrativo di aggiudicazione le categorie civilistiche dell'inefficacia, annullabilità e nullità del contratto, con le conseguenti ricadute in tema di giurisdizione del giudice ordinario ovvero amministrativo.

Solo sullo sfondo di tale dibattito è, purtroppo, rimasta la questione inerente la rilevanza pubblica e privata degli interessi economici ed istituzionali in gioco, intimamente connessi alle procedure di aggiudicazione ed alla conseguente stipula del contratto, sulla quale occorre, invece, dare risposte chiare e celeri.

Attualmente, un minimo di equilibrio sembrerebbe essere stato raggiunto con l'Adunanza Plenaria 30 luglio 2008, n. 9, con la quale il Consiglio di Stato ha dichiarato di condividere le conclusioni recentemente raggiunte dalla Sezioni Unite di Cassazione, laddove viene affermata la sussistenza della giurisdizione del giudice civile in ordine sia all'accertamento delle conseguenze provocate dalla sopravvenuta mancanza delle condizioni di legalità del vincolo contrattuale (Cass. Sez. Un. 28 dicembre 2007, n. 27169), sia all'individuazione, con statuizioni idonee a passare in giudicato, delle conseguenze prodotte sul contratto dalla sentenza amministrativa di annullamento della aggiudicazione della gara (Cass. Sez. Un. 23 aprile 2008, n. 10443).

Conseguentemente, i giudici di Palazzo Spada hanno concluso nel senso di ritenere che rientrino nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le sole controversie inerenti le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, con esclusione di ogni domanda concernente la fase dell'esecuzione dei relativi contratti. Di conseguenza, hanno concordato con la Suprema Corte nel reputare che alla richiesta di annullamento dell'aggiudicazione possa conseguire solo il risarcimento del danno per equivalente, ma non anche la reintegrazione in forma specifica che, incidendo necessariamente sul contratto e quindi sulla fase negoziale e sui diritti soggettivi, esula dall'ambito della giurisdizione amministrativa.

Sulla tenuta di tale equilibrio, peraltro, pesa l'incognita legata alla pratica attuazione della seconda statuizione contenuta nella medesima pronuncia del supremo giudice amministrativo, laddove si afferma che in caso di annullamento dell'aggiudicazione di una gara pubblica, il giudice amministrativo in sede di ottemperanza - nell'esercizio della propria giurisdizione di merito - possa procedere alla reintegrazione in forma specifica del soggetto che ha ottenuto la statuizione di annullamento dell'aggiudicazione e, dunque, disporre la sostituzione di quel soggetto all'aggiudicatario poiché tale sostituzione apparterebbe agli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione che rimangono comunque salvi dopo la pronuncia emanata nel giudizio di legittimità, di cui il giudice amministrativo conosce nella sede dell'ottemperanza.

A prescindere da qualsiasi valutazione in ordine alla condivisibilità o meno di tale pronuncia, si può affermare come lo scontro sulla sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione (*id est* sulla relativa giurisdizione) rischi di ridestarsi, trasferendosi però dal piano del giudizio di merito a quello dell'ottemperanza.

3. Ovviamente, la portata dei problemi appena affrontati non è limitata ai confini italiani.

La preoccupazione comunitaria sulle conseguenze del frequente ricorso delle imprese all'autorità giudiziaria, in termini di incertezza sulla sorte del contratto e di allungamento dei tempi di realizzazione delle opere, costituisce la specifica *ratio* giustificatrice della recente direttiva 2007/66/CE (c.d. direttiva ricorsi).

Fra le ragioni che hanno portato all'adozione della direttiva il Legislatore comunitario indica, infatti, "l'assenza di un termine che consenta un ricorso efficace tra la decisione d'aggiudicazione di un appalto e la stipula del relativo contratto ... (carenza che) ... induce talvolta le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori desiderosi di rendere irreversibili le conseguenze di una decisione di aggiudicazione contestata a procedere molto rapidamente alla firma del contratto".

Ciò che però differenzia radicalmente la situazione nazionale da quella comunitaria è l'evidente pragmatismo con cui il problema è stato affrontato in tale secondo ambito.

Innanzitutto, la direttiva non prende posizione in ordine alla sorte del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima (che è, per l'appunto, il tema su cui in Italia si sta dibattendo da un decennio), lasciando tale scelta agli ordinamenti nazionali.

La direttiva, invece, si sofferma sui possibili strumenti da adottare per evitare il sorgere di simili problemi.

A tal proposito, vengono dettate le seguenti, semplici, regole:

- a) previsione di un termine di sospensione minimo (cd. *standstill period*) che deve intercorrere tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto e che, in casi eccezionali, può essere prorogato ovvero derogato (tale seconda ipotesi è possibile in caso di urgenza qualificata o assenza di offerenti). A tal proposito, giova ricordare che l'art. 11 d.lgs. 163/2006 conosce già il divieto di stipula del contratto prima del decorso di trenta giorni dall'aggiudicazione; tuttavia, tale previsione è attualmente sfornita di sanzione;
- b) sospensione automatica della possibilità di stipulare il contratto di appalto in presenza di ricorso proposto presso "un organo di prima istanza, che è indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice" (con tale espressione si intende non solo l'autorità giurisdizionale ma anche un diverso organismo indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice);
- c) privazione degli effetti del contratto in caso di violazione dello *standstill period* ovvero di c.d. sospensione automatica per la proposizione del ricorso ovvero ancora in caso di violazione di determinati precetti comunitari. La privazione degli effetti non è però automatica ma deve essere disposta da "un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice"; agli Stati nazionali è però demandata la facoltà di stabilire la retroattività o meno di tale privazione degli effetti contrattuali ovvero le eccezionali ipotesi di deroga a tale regola (in questi casi, vi è facoltà per gli Stati membri di prevedere sanzioni alternative alla privazione di effetti);
- d) possibilità per gli Stati membri di prevedere che, prima del ricorso giurisdizionale, il ricorrente debba informarne la stazione aggiudicatrice ovvero presentare ad essa un preventivo ricorso amministrativo.

In sostanza, con il ricordato pragmatismo, la Comunità non affronta affatto lo spinosissimo tema della sorte del contratto a seguito dell'annullamento

dell'aggiudicazione ma si concentra sui rimedi atti ad impedire che si addivenga alla stipula di un simile contratto prima di aver appurato l'assenza di contestazioni relative alla fase amministrativa precedente.

Seppure può apparire semplicistica, è indubbio che tale scelta appare più conforme alle aspettative ed alle necessità delle istituzioni e del mercato, in quanto consente di eliminare preventivamente le incertezze sulla sorte del contratto e, dunque, rimuovere un ostacolo all'esecuzione delle prestazioni richieste, favorendo così gli investimenti pubblici e privati nel settore (obiettivo il cui perseguimento è sempre dovuto ma appare, ovviamente, ancor più necessario in un momento di crisi economica).

L'unico presupposto indispensabile perché un simile sistema funzioni è costituito dalla capacità di garantire la risoluzione in tempi brevi di tutto l'eventuale contenzioso che possa sorgere nella fase precedente la stipula del contratto.

4. Il recepimento di tale direttiva è fra quelli inseriti all'interno della prossima legge comunitaria 2009; esso potrà, quindi, costituire l'occasione per affrontare e risolvere in senso positivo il descritto problema.

Si tratta, peraltro, di una normativa ancora tutta da scrivere e che si potrà giudicare solo quando il Legislatore delegato comincerà a por mano al suo recepimento.

Nel frattempo, può essere utile analizzare, alla luce dei precetti posti dalla ricordata direttiva, le disposizioni di cui all'art. 20 della recente legge 28 gennaio 2009, n. 2, seppure con l'avvertenza di non considerarle come una sorta di anticipazione degli intendimenti del Legislatore in merito alle questioni, sostanziali e processuali, inerenti i contratti pubblici.

La filosofia che è alla base dell'art. 20 appare, infatti, molto lontana da quella adottata dal Legislatore comunitario.

Mentre quest'ultimo ritiene opportuno porre una chiara cesura tra il momento procedimentale e quello contrattuale, preferendo, ove possibile, giungere a quest'ultimo solo dopo aver fugato i dubbi sulla legittimità del primo, il Legislatore italiano si pone come unico obiettivo quello di accelerare la realizzazione delle opere pubbliche.

Depongono in tal senso diverse disposizioni del citato art. 20.

In primo luogo, viene stabilita l'inapplicabilità *in parte qua* del ricordato divieto di stipula del contratto prima del decorso di trenta giorni dall'aggiudicazione, previsto dall'art. 11 d.lgs. 163/2006.

In secondo luogo, viene introdotta una nuova e specifica disciplina processuale – caratterizzata da termini ridottissimi – per i ricorsi inerenti i provvedimenti amministrativi – ivi compresi quelli di aggiudicazione – emanati ai sensi del medesimo art. 20 (che, nell'elencare le attribuzioni dei commissari straordinari fa riferimento, al comma 4, ai poteri sostitutivi di cui all'art. 13 del d.l. 25 marzo 1997, n. 67, tra i quali è compreso quello di assumere direttamente le funzioni di stazione appaltante).

Inoltre, si introduce il divieto assoluto di disporre, in sede cautelare, la sospensione o la caducazione degli effetti del contratto già stipulato.

Infine, viene stabilito che, in caso di annullamento degli atti della procedura (inciso già interpretato dalla dottrina come confermativo della c.d. pregiudiziale amministrativa), potrà essere disposto esclusivamente il risarcimento dei danni, a patto che se ne fornisca prova e che li si liquidi in una somma compresa entro il decimo dell'importo delle opere oggetto della procedura concorsuale.

La distanza tra tale normativa e quella prefigurata dalla direttiva ricorsi è assolutamente evidente.

Laddove quest'ultima prevede una fase di accertamento della regolarità dell'aggiudicazione prima di procedere alla stipula del contratto, la prima impone che a questa si addivenga immediatamente; allo stesso modo, mentre la norma comunitaria prevede come mera possibilità il divieto di reintegrazione in forma specifica, favorendo quella per equivalente, l'art. 20 impone solo quest'ultimo tipo di tutela.

Probabilmente, il giudizio di conformità comunitaria di tale normativa non potrà prescindere dal suo carattere di disposizione *extra ordinem*.

In tal senso, infatti, l'art. 20 conferma ancora una volta la natura assolutamente eccezionale – rispetto alla rimanente disciplina dei contratti pubblici – di quella sub categoria costituita dai contratti inerenti le c.d. grandi opere; in tal senso, anzi, le peculiarità delle citate disposizioni potranno costituire – analogamente a quanto è già avvenuto per l'art. 246, comma 4,

d.lgs. 163/2006 – efficaci *argumenta a contrario* per ribadire l'applicabilità, negli altri casi, della normativa generale.

La descritta normativa, peraltro, suscita dubbi anche sul piano nazionale.

In primo luogo, posta l'intangibilità assoluta del contratto una volta stipulato, non si comprende il motivo dell'introduzione di un rito estremo e rapido (forse anche troppo rapido) al solo fine di consentire la mera tutela per equivalente delle ragioni del ricorrente.

In secondo luogo, può legittimamente dubitarsi della conformità con gli artt. 24 e 113 Cost. di una norma che limita così fortemente, nel *quantum* e nel *quomodo*, il diritto al risarcimento del danno subito dal cittadino leso nelle sue ragioni.

Ovviamente, tutte queste perplessità – sia nazionali che comunitarie – meriterebbero specifica e più ampia valutazione.

**5.** Conclusivamente, può affermarsi che l'approccio pragmatico comunitario vada salvaguardato ed, anzi, sostenuto e sviluppato secondo un percorso, ovviamente, diverso da quello seguito con il citato art. 20.

Come si è visto, però, indispensabile per la buona resa del sistema previsto dalla normativa comunitaria è la realizzazione di un sistema di celere risoluzione dei conflitti sorti con riferimento ai provvedimenti di aggiudicazione, così da poter coniugare l'esigenza di certezza e stabilità delle statuizioni contrattuali con quella di rapidità dei tempi necessari per pervenire alla relativa stipula.

A tal fine, si potrebbe utilmente utilizzare il modello di processo amministrativo accelerato introdotto dall'art. 20.

Laddove, peraltro, tale misura dovesse rivelarsi insufficiente, ad essa occorrerà affiancare ulteriori mezzi di risoluzione delle controversie, eventualmente alternativi rispetto a quelli giudiziari tipici.

A tale scopo, si può pensare al rafforzamento di due agili ed efficienti strumenti di risoluzione delle controversie già esistenti, nati e sviluppatisi all'interno dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici: l'arbitrato amministrato ed il c.d. precontenzioso, ognuno dei quali ha finora dato ottima prova di sé.

In tal modo, si potrebbe creare un circuito sinergico di mezzi (giudiziari e stragiudiziari) di risoluzione rapida delle controversie inerenti la preliminare fase procedimentale, così da consentire all'amministrazione di stipulare contratti sui quali non penda più la spada di Damocle dell'annullamento per sopravvenuto accertamento dell'aggiudicazione, contribuendo in tal modo sia alla realizzazione in tempi brevi delle opere e degli altri obblighi contrattuali, sia alla ripresa di fiducia degli operatori economici ed istituzionali di tale importante settore del mercato.