

**Brevi riflessioni su contratto e giurisdizione  
in attesa del recepimento della cd. “Direttiva ricorsi”**

di

Ambrogio De Siano e Francesco Rinaldi\*

SOMMARIO: 1. Annullamento dell’aggiudicazione e suoi effetti sul contratto: alcuni motivi di attualità di una questione molto risalente. – 2. La doppia giurisdizione in materia di appalti alla luce della giurisprudenza ordinaria ed amministrativa. – 3. La concentrazione della fattispecie ‘scelta del contraente/esecuzione del contratto’ dinanzi al G.A.: una soluzione possibile? – 4. La “Direttiva ricorsi” (dir. 2007/66/CE) e la «privazione di effetti». – 5. *Segue*: la revoca dell’aggiudicazione. – 6. L’aggiudicazione: presupposto esterno del contratto? – 7. Il problematico inquadramento dell’aggiudicazione nell’ambito del procedimento di formazione del pubblico contratto di appalto. – 8. *Segue*: natura e funzione dell’aggiudicazione. – 9. La «privazione di effetti»: ipotesi di caducazione sopravvenuta dell’atto negoziale? – 10. Le diverse opinioni della dottrina e della giurisprudenza in merito alle conseguenze sul contratto dell’annullamento giurisdizionale dell’aggiudicazione. – 11. L’incidenza sulla tesi dell’inefficacia originaria o sopravvenuta dei più recenti orientamenti in merito alla natura dell’interesse legittimo ed al giudizio dinanzi al giudice amministrativo. – 12. L’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 30.7.2008 e le Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 9156 del 17.4.2009, ed i riflessi dell’invalidità/inefficacia del contratto sulla giurisdizione.

*1) Annullamento dell’aggiudicazione e suoi effetti sul contratto: alcuni motivi di attualità di una questione molto risalente.*

Il prolungato scontro – ormai in essere da qualche anno – tra la Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato sull’ampiezza delle rispettive giurisdizioni non ha (almeno fin qui) interessato la questione riguardante gli effetti dell’annullamento della procedura di aggiudicazione sul contratto stipulato tra la stazione appaltante ed il soggetto aggiudicatario.

La concordanza tra G.A. e G.O. nell’attribuire al primo la cognizione della fase ad evidenza pubblica ed al secondo quella relativa all’esecuzione del contratto non rende tale argomento meno interessante ed attuale rispetto ad altri temi a tutt’oggi particolarmente dibattuti (come quello sulla pregiudizialità amministrativa), e questo almeno per due motivi.

a) Anzitutto, la rigida posizione che la Suprema Corte di Cassazione ha da sempre assunto sulla divisione tra G.O. e G.A. della tutela contro l’illegittima aggiudicazione delle commesse pubbliche si scontra con l’importanza che il medesimo organo giurisdizionale – segnatamente nella giurisprudenza avente ad oggetto la *translatio iudicii* (SS.UU., n. 4109/2007) e l’art. 37 c.p.c. (SS.UU., n. 24883/2008) – ha attribuito ai principi del giusto processo e della ragionevole durata di questo, dalla cui piena affermazio-

---

\* Il presente lavoro è frutto di una comune riflessione degli Autori, all’interno della quale è, tuttavia, possibile ricondurre ad A. DE SIANO i parr. da 1 a 3 ed a F. RINALDI i parr. da 4 a 12.

ne – ad opinione della Corte stessa – dipende la possibilità di garantire alle parti in giudizio il diritto ad ottenere una tempestiva pronuncia sul bene oggetto della controversia.

L'accento posto dalla Corte di Cassazione sulla necessità che il «servizio giustizia» venga erogato nella maniera più celere possibile appare in 'tensione' con l'orientamento che ribadisce il riconoscimento in capo al G.O. del compito di scrutinare i riflessi sul contratto di appalto delle illegittimità che inficiano il procedimento di scelta del contraente. Invero, proprio i principi di effettività e celerità della tutela sembrano postulare il superamento, almeno nella fattispecie in parola, del sistema della doppia giurisdizione, che – ad opinione della dottrina – potrebbe trovare alternativa nell'ampliamento della giurisdizione esclusiva del G.A. fino a ricomprendere la pronuncia sulla sorte del contratto<sup>1</sup>.

b) La necessità di implementare il grado di tutela attualmente riconosciuto al partecipante ad una gara di appalto nel caso di un contratto stipulato sulla base di una aggiudicazione illegittima trova origine anche nella più recente disciplina comunitaria.

Con la Direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007 – che «modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici» – sono state messe in evidenza diverse lacune esistenti nella disciplina sui meccanismi di ricorso degli Stati membri, le quali «non permettono sempre di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie».

In particolare, il legislatore comunitario ha ritenuto assai significativa «l'assenza di un termine che consenta un ricorso efficace tra la decisione d'aggiudicazione di un appalto e la stipula del relativo contratto», in quanto «ciò induce talvolta le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori desiderosi di rendere irreversibili le conseguenze di una decisione d'aggiudicazione contestata a procedere molto rapidamente alla firma del contratto». Ed un siffatto modo di agire «costituisce un serio ostacolo ad un'effettiva tutela giurisdizionale degli offerenti interessati, vale a dire coloro che non sono ancora stati definitivamente esclusi».

La Direttiva, che ha individuato nella stipula del contratto uno dei principali ostacoli alla realizzazione della piena tutela per chiunque abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto, impone che ciascuno Stato membro appronti un articolato sistema di giustizia il cui fulcro dovrebbe essere rappresentato dalla individuazione di un termine sospensivo che decorra dal giorno successivo alla data in cui la decisione di

---

<sup>1</sup> Cfr. M.A. SANDULLI, *Dopo la "translatio iudicii", le Sezioni Unite riscrivono l'art. 37 c.p.c. e muovono un altro passo verso l'unità della tutela (a primissima lettura in margine a Cass. SS.UU., 24833 del 2008 e sui suoi possibili riflessi sulla doppia tutela giurisdizionale sui contratti pubblici)*, in *www.federalismi.it*, n. 19/2008, pp. 1 ss., 6.

aggiudicazione è stata inviata agli offerenti (data precedentemente alla quale la stazione appaltante non può stipulare il contratto)<sup>2</sup>.

Nel complesso impianto di tutela disposto dalla Direttiva ha trovato spazio anche la individuazione di tre ipotesi in cui il contratto dovrà essere «considerato privo di effetti da un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice», sebbene la determinazione delle relative «conseguenze» giuridiche sia stata rimessa a ciascuno Stato<sup>3</sup>.

Il duplice obiettivo della Direttiva appare evidente: da un lato, evitare che la stipula del contratto possa rappresentare un limite alla effettività della tutela; dall'altro, «garantire, nei limiti del possibile, la stabilità del contratto ed il valore della sicurezza delle relazioni giuridiche che sul contratto poggiano»<sup>4</sup>.

Tali obiettivi con ogni probabilità trovano fondamento nella considerazione secondo cui l'effettività della tutela dei partecipanti ad una gara d'appalto non possa essere assicurata attraverso il rimedio risarcitorio.

Considerazione, questa, pienamente condivisa dalla Corte costituzionale, che, di recente, ha affermato che «sul piano degli strumenti di tutela, forme di riparazione economica, quali, ad esempio, il risarcimento del danno o le indennità riconosciute dalla disciplina privatistica [...] non possono rappresentare, nel settore pubblico, strumenti efficaci di tutela degli interessi collettivi lesi da atti illegittimi»<sup>5</sup>; sicchè – ha concluso la Consulta – il ristoro economico destinato al dipendente pubblico rimosso senza valutazione dell'attività svolta ed in assenza di contraddittorio «non attenua in alcun modo il pregiudizio» da questi subito<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> Si v. art. 2 *bis*, co. 2, Direttiva 89/665/CEE, così come modificata dalla Direttiva 2007/66/CE.

<sup>3</sup> Così l'art. 2 *quinquies*, Direttiva 89/665/CEE, così come modificata dalla Direttiva 2007/66/CE. In merito si v. il par. 4.

<sup>4</sup> Così P. DE LISE, *Effettività della tutela e processo sui contratti pubblici*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>5</sup> Sentenza n. 351/2008, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, co. 1 e 2, della L.R. Lazio 13 giugno 2007, n. 8, che rispettivamente stabilivano: «La Giunta regionale, nei confronti dei componenti di organi istituzionali degli enti pubblici dipendenti, i quali siano decaduti dalla carica ai sensi di norme legislative regionali dichiarate illegittime a seguito di sentenze della Corte costituzionale, con conseguente risoluzione dei contratti di diritto privato disciplinanti i relativi rapporti di lavoro, è autorizzata a deliberare in via alternativa: a) il reintegro nelle cariche e il ripristino dei relativi rapporti di lavoro; b) un'offerta di equo indennizzo» (co. 1); «La soluzione di cui al comma 1, lettera b), è comunque adottata qualora il rapporto di lavoro sia stato interrotto, di fatto, per oltre sei mesi» (co. 2).

<sup>6</sup> Il richiamato orientamento della Corte costituzionale si contrappone in maniera evidente a quello della Corte di Cassazione, la quale – in riferimento alla questione della pregiudiziale amministrativa – assume fin dal 2006 (con le ordinanze nn. 13659 e 13660) la sostanziale equivalenza tra il bene della vita negato dall'azione illegittima della p.a. ed il risarcimento del danno. Ancora nella recente sentenza n. 30254/2008, le SS.UU. della Corte di Cassazione hanno infatti affermato che «nel solco delle ordinanze del 2006, la parte, titolare d'una situazione di interesse legittimo, se pretende che questa sia rimasta sacrificata da un esercizio illegittimo della funzione amministrativa, ha diritto di scegliere tra fare ricorso alla tutela risarcitoria anziché a quella demolitoria», ritenendo che il potere di risarcire il danno ingiusto non è

Alla luce di tale orientamento sembra potersi concludere che, in via generale, il bene della vita cui il frontista dell'azione amministrativa aspira è infungibile, per cui il principale obiettivo della tutela giurisdizionale non può che risiedere nel tentativo di assicurare che questi possa conseguire detto bene. Ne discende che l'azione risarcitoria rappresenta uno strumento di tutela sussidiario rispetto a quello demolitorio, da utilizzare solamente ove il bene della vita sia oramai divenuto irraggiungibile<sup>7</sup>.

Proprio al fine di perseguire gli obiettivi posti dalla Direttiva è dunque necessario aumentare il grado di tutela effettivamente garantito nelle controversie sugli appalti. Ciò – è stato di recente autorevolmente sostenuto – non appare possibile attraverso il sistema della doppia giurisdizione, tanto che sembra «debba riprendere vigore e sia vincente la tesi che la giurisdizione esclusiva in tema di contratti pubblici possa, entro limiti ben precisi, assorbire anche quella pronuncia di accertamento sulla inefficacia e/o invalidità del contratto strettamente necessaria a configurare un modello unitario ed efficiente di tutela della pretesa del partecipante al procedimento ad evidenza pubblica»<sup>8</sup>.

L'opinione appare largamente condivisa in dottrina prospettandosi come non improbabile che il legislatore, nel recepire la Direttiva 2007/66/CE, scelga di ascrivere alla giurisdizione esclusiva del G.A. la cognizione sulla validità/efficacia del contratto stipulato a seguito della procedura ad evidenza pubblica<sup>9</sup>.

In effetti una scelta siffatta avrebbe il merito, da un lato, di dare adeguata risposta alle esigenze poste dalla Direttiva, e, dall'altro, di semplificare il sistema di tutela per le controversie in materia di appalti. Ciò nondimeno, ad avviso di chi scrive, essa sembra presentare profili di illegittimità costituzionale, che, a ben guardare, addirittura ne scongiurerebbero l'assunzione.

---

uno strumento di tutela ulteriore rispetto a quello di annullamento, ma rappresenta un mezzo di tutela totalmente autonomo da questo.

<sup>7</sup> La medesima opinione è espressa dal Consiglio di Stato, che, anche nella recente Ad. Pl. n. 12/2008, ha sostenuto che nel giudizio amministrativo la reintegrazione in forma specifica, attraverso cui il privato intende giungere al conseguimento del bene della vita illegittimamente negatogli dal provvedimento o dal comportamento dell'amministrazione, rappresenta una modalità di tutela che «non assume carattere eventuale o eccezionale, essendo, invece, sussidiaria, rispetto ad essa, quella risarcitoria per equivalente, praticabile solo quando quella restitutoria non possa essere conseguita con successo (Cons. St., IV, 29 aprile 2002, n. 2280; IV, 27 ottobre 2003, n. 6666)».

<sup>8</sup> Ancora P. DE LISE, *op. cit.*

<sup>9</sup> Scelta che – a dir così – si augura il Tar Lombardia, Sez. I, n. 4398/2009, il quale auspica che «il recepimento della direttiva da parte del legislatore italiano possa essere l'occasione per un assetto del riparto di giurisdizione, in questa materia, più modernamente attento ai principi di effettività e di concentrazione della tutela giurisdizionale, superando una volta per tutte lo schema abusato del “doppio binario” che impedisce attualmente al giudice amministrativo che abbia annullato l'aggiudicazione di pronunciarsi anche sulla sorte del contratto e che, cosa ben più grave, costringe il ricorrente vittorioso ad una nuova azione davanti al giudice ordinario per ottenere una pronuncia – non si sa bene, peraltro, se costitutiva o dichiarativa – che finalmente gli assicuri il pieno soddisfacimento della sua pretesa».

2) *La doppia giurisdizione in materia di appalti alla luce della giurisprudenza ordinaria ed amministrativa.*

Preliminarmente all'indagine sulla possibilità di includere il contratto all'interno della giurisdizione esclusiva, è opportuno richiamare le più recenti pronunce con le quali le SS.UU. della Cassazione e l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato hanno ritenuto il G.A. privo di giurisdizione a conoscere degli effetti che l'annullamento dell'aggiudicazione provoca sul contratto stipulato.

Prendendo le mosse dall'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione, questa, nella sentenza n. 27169/2007, ha deciso sul ricorso con il quale la ditta aggiudicataria censurava una decisione del Consiglio di Stato che, in seguito all'annullamento degli atti della gara e del verbale di aggiudicazione, aveva dichiarato l'inefficacia del contratto di appalto stipulato tra essa ed il Comune<sup>10</sup>.

Le SS.UU. – come riferito – hanno ribadito la giurisdizione del G.O. sul contratto, ritenendo che gli artt. 6 e 7 della L. n. 205/2000, «nel devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative alle procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, hanno riguardo alla sola fase pubblicistica dell'appalto (in essa compresi i provvedimenti di non ammissione alla gara o di esclusione dalla stessa)», non riferendosi, invece, «alla successiva fase dell'esecuzione del rapporto, concernente i diritti e gli obblighi derivanti, per ciascuna delle parti, dal contratto stipulato successivamente agli atti di evidenza pubblica»<sup>11</sup>.

Per la Corte, «in questa seconda fase resta operante la giurisdizione del giudice ordinario quale giudice dei diritti, cui spetta verificare la conformità alle norme positive delle regole attraverso le quali i contraenti hanno disciplinato i loro contrapposti interessi, e delle relative condotte attuative: a nulla rilevando che specifiche disposizioni legi-

---

<sup>10</sup> Le SS.UU. della Corte di Cassazione hanno ribadito questo orientamento anche più di recente nella sentenza n. 19805/2008.

<sup>11</sup> La stessa interpretazione degli artt. 6 e 7, L. n. 205 del 2000, si riviene nelle sentenze delle SS.UU. nn. 1142/2007, 9601/2006, 4508/2006 e 13296/2005. La distinzione tra la fase pubblicistica ad evidenza pubblica e quella privatistica inerente al rapporto contrattuale rileva non solo ai fini della individuazione del Giudice da adire, ma anche del riparto di competenze legislative. La Corte costituzionale, con sentenza n. 160/2009, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale di alcune norme della L.R. della Campania n. 1/2008, ha affermato che «con riferimento alla procedura ad evidenza pubblica, il titolo di legittimazione prevalente che viene in rilievo è costituito dalla tutela della concorrenza, di competenza legislativa esclusiva statale ex art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. costituita da disposizioni che, sul piano comunitario, tendono a tutelare essenzialmente i principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazioni di servizi; sul piano interno, le norme in esame sono funzionali, tra l'altro, a garantire il rispetto dei principi di buona amministrazione, di imparzialità, nonché il perseguimento dell'interesse pubblico sotteso alle specifiche procedure di gara». Con riferimento alla fase negoziale, invece, «che ha inizio con la stipulazione del contratto, la P.A. si pone in una posizione di tendenziale parità con la controparte ed agisce non nell'esercizio di poteri amministrativi, bensì nell'esercizio della propria autonomia negoziale; ne consegue che la disciplina della predetta fase deve essere ascritta prevalentemente all'ambito materiale dell'ordinamento civile».

slative attribuiscono all'amministrazione committente la facoltà di incidere autoritativamente sul rapporto (e perfino di risolverlo), posto che detti atti amministrativi, non hanno natura provvedimentale e non cessano di operare nell'ambito delle paritetiche posizioni contrattuali»<sup>12</sup>.

Ad opinione delle SS.UU., per rendere possibile che il G.A. giudichi, oltre che sulla procedura ad evidenza pubblica, anche sul successivo contratto, non sarebbe praticabile neppure l'ipotesi di ampliare la giurisdizione esclusiva fino a ricomprendere l'atto negoziale, in quanto, sebbene tale tipo di giurisdizione sia proprio finalizzata a soddisfare le esigenze di concentrazione della tutela e dunque a garantire pienezza di tutela al cittadino attraverso un unico giudizio, essa «può essere istituita o ampliata [...] soltanto alle condizioni indicate dalla Consulta», e cioè nel caso in cui «le posizioni di diritto soggettivo fatte valere si collochino in un'area di rapporti nella quale la p.a. agisce attraverso poteri autoritativi»<sup>13</sup>.

Una siffatta condizione – prosegue la Corte – nell'attività di diritto privato dell'Amministrazione «si verifica soltanto nella fase della formazione della sua volontà, nonché di scelta del contraente privato, che non è libera, ma si snoda attraverso una serie di atti procedimentali caratterizzati dall'esercizio di poteri discrezionali e vincolati» e che reca come «confine estremo della fase pubblicistica» il provvedimento di aggiudicazione.

A seguito dell'adozione di tale provvedimento, infatti, ha inizio un'altra fase che, se pur strettamente connessa a quella precedente, ha rispetto a quest'ultima tratti completamente diversi. Essa prende le mosse dall'«incontro delle volontà delle parti per la stipulazione del contratto, e prosegue con tutte le vicende in cui si articola la sua esecuzione», dove i contraenti «si trovano in una posizione paritetica e le rispettive situazioni soggettive si connotano del carattere, rispettivamente, di diritti soggettivi ed obblighi giuridici a seconda delle posizioni assunte in concreto». In altri termini, in questa fase manca qualsiasi forma di esercizio di potere autoritativo.

Sicché la costituzione del rapporto giuridico di diritto comune finisce per rappresentare lo spartiacque fra le giurisdizioni del G.A. e del G.O. Ed a quest'ultimo – sostiene la Corte – spetta di deliberare tanto i requisiti (art. 1325 c.c. e segg.) e gli effetti (art. 1372 c.c. e segg.) del contratto, quanto «l'intero spettro delle patologie ed inefficacie negoziali, siano esse inerenti alla struttura del contratto, siano esse estranee e/o alla stessa sopravvenute e derivanti da irregolarità-illegittimità della procedura amministrativa a monte»<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> La Corte di Cassazione aveva espresso il medesimo orientamento anche nelle sentenze nn. 4416/2007, 4427/2007, 17829 e 17830/2007.

<sup>13</sup> Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 204/2004.

<sup>14</sup> Cassazione civile, SS.UU., sentenza n. 19805/2008, cit.

In conclusione del proprio iter logico-giuridico, la Corte di Cassazione afferma che nella fattispecie oggetto del suo giudizio «apparteneva sicuramente alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione della legittimità degli atti della procedura di gara [...], nonché dei provvedimenti relativi al loro annullamento»; restava altresì «precluso ogni sindacato sugli atti di esecuzione conseguenti all'aggiudicazione, a cominciare dal contratto [...] che, invece, il Consiglio di Stato ha dichiarato inefficace, esorbitando dall'ambito della propria giurisdizione limitata dai ricordati L. n. 205 del 2000, artt. 6 e 7 “alle procedure di affidamento di appalti pubblici”», che – come è noto – sono contrassegnate dall'operare dell'Amministrazione quale autorità che esercita un pubblico potere.

La Corte è altrettanto perentoria nel sostenere che «la giurisdizione esclusiva non è [...] invocabile neppure per il fatto che tale inefficacia è stata considerata dal giudice amministrativo di appello [...] una conseguenza necessaria dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione». Invero, «la condizione di inefficacia e l'effetto costitutivo della caducazione del contratto (perciò stesso non assimilabile ad un mero atto di ritiro) non discendono dalla statuizione di annullamento adottata dal giudice amministrativo (che pur ne costituisce il presupposto necessario), ma derivano direttamente dalla legge (così come avviene per le patologie del contratto dovute a peculiari vizi genetici, e riconosce lo stesso Consiglio di Stato invocando i principi civilistici sui negozi collegati). La quale, d'altra parte, ben può escluderla come ha fatto il D.Lgs. n. 190 del 2002, art. 14 per le procedure di progettazione, approvazione e realizzazione delle infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale».

In ragione di ciò «i riflessi sul contratto di appalto, del sistema delle irregolarità-illegittimità che affliggono la procedura amministrativa a monte, devono essere scrutinati *in ogni caso* dal giudice ordinario: e, quindi, non soltanto nelle fattispecie di radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica (o di vizi che ne affliggono singoli atti), ma anche in quella della sua successiva mancanza legale provocata dall'annullamento del provvedimento di aggiudicazione perchè nella materia il criterio di riparto delle giurisdizioni non è fondato sul grado ed i profili di connessione tra dette disfunzioni ed il sistema delle invalidità-inefficacia del contratto; e neppure sulla tipologia delle sanzioni civilistiche che dottrina e giurisprudenza di volta in volta gli riservano, ma unicamente sulla separazione imposta dall'art. 103 Cost., comma 1, tra il piano del diritto pubblico (e del procedimento amministrativo) ed il piano negoziale, interamente retto dal diritto privato»<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Tale separazione – a detta della Corte – sarebbe «nuovamente ribadita dall'art. 244 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (D.Lgs. n. 163 del 2006), che ha confermato l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di “tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di la-

Sebbene non manchino pronunce nelle quali il Consiglio di Stato ha esteso la propria cognizione fino al contratto tra Amministrazione ed aggiudicatario<sup>16</sup>, di recente l'Adunanza Plenaria<sup>17</sup> ha espresso un orientamento totalmente conforme a quello della Corte di Cassazione.

La decisione che ha dato origine al giudizio di appello proveniva dal Tar Molise, il quale, accogliendo la domanda risarcitoria del ricorrente, aveva dichiarato inefficace il contratto stipulato tra p.a. ed aggiudicatario, in quanto «l'annullamento dell'aggiudicazione farebbe venir retroattivamente meno un presupposto condizionante del contratto, determinandone, con automatico effetto caducante, la perdita di efficacia».

La sentenza del Giudice di prime cure è stata impugnata in Consiglio di Stato, la cui sez. V, con ordinanza n. 1328/2008, ha rimesso la questione all'esame dell'Ad. Pl., alla quale, tra l'altro, è stato richiesto di chiarire se nell'ambito della cognizione delle domande di risarcimento del danno (comprensivo anche della reintegrazione in forma specifica e del riconoscimento degli altri diritti patrimoniali consequenziali), il G.A. avesse il potere di dichiarare, come conseguenza dell'annullamento del contratto, la sopravvenuta inefficacia del contratto.

L'Ad. Pl., preliminarmente allo svolgimento dell'*iter* argomentativo finalizzato a fornire risposta ai quesiti posti dal Collegio remittente, ha anzitutto richiamato, da un lato, il dato normativo sotteso alla fattispecie, ricordando che sia il co. 1, art. 244, D.Lgs. 163/2006, sia l'art. 7, co. 1, L. 205/2000, attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del G.A. tutte le controversie, incluse quelle risarcitorie, relative alle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture; da un altro, la recente pronuncia delle SS.UU. della Corte di Cassazione (n. 27169/2007), la quale, rilevando l'esistenza di uno iato tra le due giurisdizioni nel passaggio dalla aggiudicazione alla stipula del contratto, ha ribadito l'esclusione dalla giurisdizione amministrativa delle fattispecie aventi ad oggetto l'esecuzione dei contratti di appalto.

---

vori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale". E, per quanto riguarda la successiva fase contrattuale, soltanto di quelle "relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti, quelle relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'art. 115, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'art. 133 commi 3 e 4": nelle quali (almeno fino alla L. n. 359 del 1992, art. 3 e L. n. 109 del 1994, art. 26), la posizione del contraente privato è stata da decenni qualificata dalla giurisprudenza di interesse legittimo e perciò devoluta già nel quadro normativo antecedente al D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 33, alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo L. n. 1034 del 1971, ex artt. 2 e 3 (Cass. sez. un. 21292, 21293 e 21294/2005; 18126/2005; 1996/2003)».

<sup>16</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 6666/2003; Sez. V, n. 3463/2004; sez. VI, nn. 2332/2003; 2992/2003 e 4956/2007. Anche dopo le pronunce dell'Adunanza Plenaria (nn. 9 e 12 del 2008), il Consiglio di Stato, Sez. V, con decisione n. 6292/2008, sulla scorta dell'annullamento dell'aggiudicazione, ha dichiarato il relativo contratto «privo d'efficacia».

<sup>17</sup> Con decisione n. 9/2008.



Il Collegio, sebbene abbia premesso che la giurisdizione amministrativa si estende ben oltre l'azione impugnatoria, giungendo a conoscere di tutte le questioni risarcitorie così da rendere effettiva e piena la tutela, ha ritenuto di non potersi discostare dalla pronuncia della Corte di Cassazione, concludendo che alla «richiesta di annullamento della aggiudicazione può conseguire solo il risarcimento del danno per equivalente, ma non la reintegrazione in forma specifica che, incidendo necessariamente sul contratto e quindi sulla fase negoziale e sui diritti soggettivi, esula dai poteri giurisdizionali amministrativi».

Ai fini di una siffatta decisione – ad opinione dell'Ad. Pl. – è dirimente l'art. 103, co. 1, Cost., che reca l'unico criterio di riparto della giurisdizione, alla luce del quale non sembrerebbe revocabile in dubbio la sussistenza della giurisdizione ordinaria in ordine all'accertamento delle conseguenze provocate sul contratto dalla sopravvenuta illegittimità dell'aggiudicazione.

Ferma restando la perentorietà della propria affermazione, il Consiglio di Stato si è mostrato tutt'altro che insensibile verso questioni particolarmente dibattute di recente, quali la ragionevole durata del processo e l'effettività della tutela nei giudizi sugli appalti, per la cui realizzazione (allo scopo di smussare, almeno in parte, i difetti del sistema di giustizia basato sulla doppia giurisdizione) ha indicato una doppia via giurisdizionale che il cittadino leso dall'azione dell'Amministrazione potrebbe eventualmente percorrere.

Anzitutto, il Collegio ha osservato che l'amministrazione ha l'obbligo di conformarsi alla sentenza, la quale, annullando l'aggiudicazione, l'ha privata della legittimazione a contrarre; sicchè, ove essa adottasse atti amministrativi che violano la pronuncia giurisdizionale, il soggetto interessato potrebbe impugnare detti atti, avverso i quali il sindacato del G.A. sarà pieno.

In secondo luogo, qualora l'amministrazione non dovesse conformarsi alla pronuncia giurisdizionale (anche attraverso l'inerzia), il G.A. ben potrebbe essere adito in sede di giurisdizione di merito attraverso l'utilizzo del giudizio di ottemperanza.

In questo caso, il Giudice, non avendo come limite la divaricazione esistente tra fase pubblicistica e privatistica, potrà adottare tutte le misure necessarie per dare piena esecuzione alla sentenza, in tal modo potendo assicurare il bene della vita al ricorrente. Infatti – sostiene l'Ad. Pl. – «la funzione del giudice dell'ottemperanza è proprio quella di adeguare la situazione di fatto a quella di diritto nascente dal giudicato nell'esercizio della potestà di riformare l'atto illegittimo e sostituirlo». Per cui, attraverso tale tipo di giurisdizione, verrebbe conseguito un duplice obiettivo: il rispetto del dato positivo in materia di riparto di giurisdizione; l'attribuzione del bene della vita al ricorrente attra-

verso la reintegrazione in forma specifica e segnatamente (ove possibile) a mezzo della sostituzione dell'aggiudicatario<sup>18</sup>.

Ad oggi, in conclusione, Corte di Cassazione e Consiglio di Stato concordano pienamente sul fatto che l'invalidità/inefficacia<sup>19</sup> che inficia l'atto negoziale stipulato dall'Amministrazione e dal privato dovrà essere accertata e dichiarata dal G.O.

Le decisioni in parola sembrano essere fondate su una corretta lettura del sistema di riparto della giurisdizione, esse non oltrepassando il confine posto tra le due giurisdizioni, costituito – come è noto – dalla diversa situazione giuridica soggettiva della quale sono titolari l'Amministrazione e l'offerente/aggiudicatario nella articolata fattispecie dell'affidamento/esecuzione delle commesse pubbliche. Conseguenza di ciò è stata una condivisibile interpretazione (almeno per quanto attiene l'aspetto della giurisdizione) del paradigma normativo delle questioni dedotte in giudizio.

Ciò nondimeno, sotto il profilo dell'efficienza del «servizio giustizia», tale orientamento giurisprudenziale non può che lasciare piuttosto insoddisfatti.

Invero, non è revocabile in dubbio che le due Corti, ribadendo la giurisdizione ordinaria sulla esecuzione del contratto, non siano riuscite a trovare una soluzione alla problematica divisione (in sede giurisdizionale) tra fase pubblicistica della scelta del contraente e fase privatistica di stipulazione/esecuzione del contratto. E ciò pare

---

<sup>18</sup> Più precisamente – così come rileva D. ZONNO, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: le nuove frontiere della "tutela reale" dinanzi al Giudice amministrativo*, in *Giurisprudenza di merito*, 1, 2009, pp. 229 ss., e rinvenibile anche sul sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) – il risarcimento in forma specifica dovrebbe sostanziarsi «nella condanna a stipulare il contratto, previa adozione dell'atto satisfattivo dell'interesse del ricorrente [...] e ferma restando [...] la salvezza degli ulteriori provvedimenti della p.a., laddove, in base a valutazioni discrezionali da motivarsi debitamente, il mutamento della situazione di fatto o di diritto induca l'amministrazione a modificare le proprie precedenti determinazioni, perché non più rispondenti all'interesse pubblico». Ad opinione dell'A., circoscrivendo in tal modo il contenuto della condanna al risarcimento in forma specifica, il Giudice non imporrebbe all'amministrazione resistente «di statuire sul contratto perché tale pronuncia esula [dalla] tutela invocata che, per così dire, si arresta ad una fase precedente alla statuizione sul contratto, cioè all'ordine di disporre il subentro previa nuova aggiudicazione». Sicché «il riconoscimento della tutela risarcitoria in forma specifica non equivale a dichiarare, con efficacia di giudicato, l'avvenuta caducazione del contratto perché quest'ultima è, in realtà, una conseguenza della condanna risarcitoria e non la sua essenza» (pp. 10 e 11). L'utilizzo nei termini suddetti del giudizio di ottemperanza sembra consentire al Giudice un vero e proprio riesercizio del potere amministrativo, così sembrando difficile «negare la presenza, in seno all'attività del giudice di merito, di una funzione amministrativa, giacché la valutazione circa l'opportunità, la convenienza, utilità di un atto implica necessariamente una indagine mirata a rinnovare, riproducendola, l'attività discrezionale che precede e presiede alla scelta relativa all'emanazione ed al contenuto del provvedimento». Così G.B. GARRONE, voce *Giurisdizione amministrativa di merito*, in *Enc. Dir.*, vol. VII, 1970, pp. 369 ss., 373, per il quale ritenere che la giurisdizione di merito abbia natura sostanzialmente amministrativa «contrasta con il principio della separazione dei poteri e con la riserva di amministrazione che l'art. 113 Cost. sembra aver affermato». Ciò nondimeno, all'A. una siffatta obiezione non sembra sufficientemente «utile ad avvalorare la tesi della natura pienamente giurisdizionale della competenza di merito».

<sup>19</sup> Le recenti pronunce della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato non hanno fornito alcuna indicazione circa il regime giuridico cui assoggettare il contratto concluso sulla base di un aggiudicazione illegittima. Sicché non è ancora chiaro se, una volta annullata la procedura ad evidenza pubblica, il contratto sia invalido (e dunque nullo o annullabile) ovvero inefficace.

tutt'altro che insignificante, tanto per l'effettività della tutela e per la ragionevole durata del processo, quanto per il rispetto delle regole della concorrenza.

A rendere piena e celere la tutela del cittadino nelle controversie sugli appalti non sembra essere utilmente percorribile la via (indicata dal Consiglio di Stato) del giudizio di ottemperanza, il quale a ben vedere rappresenta solamente uno strumento per aggirare l'ostacolo della doppia giurisdizione, in quanto non dispensa il ricorrente dall'incardinare un duplice giudizio (benché davanti al medesimo Giudice).

D'altro canto, possono ben individuarsi altri rimedi con effetti simili.

Ad esempio, il candidato uscito sconfitto dalla fase di aggiudicazione potrebbe tentare di impugnare direttamente il contratto stipulato tra Amministrazione e aggiudicatario, chiedendo al G.O. di invalidarlo conoscendo *incideret tantum* della procedura ad evidenza pubblica.

Ammesso che possano essere superati i problemi di legittimazione<sup>20</sup>, anche in questo caso il ricorrente resterebbe con ogni probabilità senza un effettivo vantaggio. Infatti, anche se il contratto venisse dichiarato nullo o annullato, questi non potrebbe divenire il nuovo contraente, in quanto la originaria procedura ad evidenza pubblica, non potendo essere annullata dal G.O., resterebbe valida. Sicchè, a seguito di una eventuale disapplicazione, l'amministrazione dovrebbe procedere ad un annullamento d'ufficio (doveroso) della precedente aggiudicazione, ovvero, nel caso non lo facesse, il ricorren-

---

<sup>20</sup> È noto che l'azione di annullamento del contratto è proponibile solamente dalle parti (art. 1441 c.c.). Ciò nondimeno, in una fattispecie siffatta, nella quale l'amministrazione potrebbe – a dir così – *abusare* del potere autoritativo, non sembra peregrino immaginare che un altro candidato alla gara, che ritiene di essere stato illegittimamente pregiudicato dall'amministrazione, possa vantare la legittimazione ad impugnare il contratto. Legittimazione che affonderebbe le proprie radici nella titolarità di un diritto soggettivo, il quale troverebbe a sua volta origine nel fatto di aver partecipato ad procedura ad evidenza pubblica al corretto svolgimento della quale l'Amministrazione era *ex lege* obbligata. La violazione da parte della p.a. degli obblighi che la legge le ha imposto radicherebbero la qualificazione giuridica e la differenziazione della situazione giuridica soggettiva del soggetto partecipante alla gara, così da renderlo titolare delle condizioni proprie dell'azione giurisdizionale ai fini dell'impugnazione del contratto stipulato tra p.a. ed aggiudicatario. Sebbene in un caso totalmente diverso riguardante la complessa nozione di consumatore (in merito al quale si v. le riflessioni di F. RINALDI, *L'allargamento della nozione di consumatore: una questione di uguaglianza?*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 1, 2009, pp. 39 ss.), a seguito della ord. n. 235/2007 della Corte costituzionale, la Corte di Cassazione, sez. III, con ord. n. 369/2007, ha riconosciuto la possibilità per il beneficiario non contraente della polizza assicurativa sugli infortuni (stipulata tra la compagnia assicuratrice ed il datore di lavoro) di agire in giudizio per ottenere la dichiarazione di inefficacia delle presunte clausole abusive. L'ampliamento del novero dei legittimati ad impugnare il contratto al terzo non contraente trova evidentemente origine nella necessità di tutelare un soggetto (sostanzialmente e processualmente) debole. Posizione di debolezza che sembra rivestire anche il candidato della procedura di affidamento degli appalti, il quale, a seguito del pregiudizio subito dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, è sfornito di un utile strumento giurisdizionale: infatti, da un lato, il giudizio amministrativo non gli garantisce una tutela pienamente soddisfattiva, e, dall'altro, non essendo parte del contratto stipulato tra l'Amministrazione e l'aggiudicatario egli, in via generale, non sarebbe legittimato ad impugnarlo.

te, affinché questa vi provveda, dovrebbe proporre giudizio di ottemperanza domandando l'adempimento della sentenza del G.O.<sup>21</sup>.

Anche con un rimedio siffatto – come è evidente – la ragionevole durata del processo resta irrealizzabile e la effettività della tutela del soggetto illegittimamente pregiudicato dalla p.a. sembra più che altro un'utopia.

Appare quindi ineludibile che il legislatore scelga tra due opzioni: concentrare l'intera fattispecie (composta sia dalla fase pubblicistica che da quella privatistica) innanzi ad un solo Giudice ovvero individuare uno o più istituti che, fermo restando il riparto della giurisdizione così come tratteggiato da ultimo dalle SS.UU. della Cassazione e dall'Adunanza Plenaria, riescano ad anticipare la tutela del ricorrente rispetto al verificarsi della irreparabilità del pregiudizio.

### 3) *La concentrazione della fattispecie 'scelta del contraente/esecuzione del contratto' dinanzi al G.A.: una soluzione praticabile?*

Come già riferito, per risolvere i problemi di effettività della tutela nelle controversie riguardanti le gare di appalto – i quali sono da attribuire, per un verso, al sistema di giustizia basato sulla doppia giurisdizione e, per un altro, alle lacune proprie della giurisdizione di legittimità del G.A., che è «strumento di tutela assai imperfetto»<sup>22</sup> –, a buona parte della dottrina sembra inevitabile il ricorso alla giurisdizione esclusiva, così da consentire al Giudice amministrativo di pronunciarsi sia sulla legittimità della procedura ad evidenza pubblica, sia sulla invalidità/inefficacia del contratto<sup>23</sup>.

Al fine di verificare se tale soluzione sia percorribile è anzitutto necessario condurre una indagine sulla genesi e sulla funzione della giurisdizione esclusiva.

Le ragioni originarie della nascita della giurisdizione esclusiva (introdotta per la prima volta con l'art. 8, R.D. delegato del 30 dicembre 1923, n. 2840) sono tre.

---

<sup>21</sup> Il ricorrente, attraverso il giudizio di ottemperanza, porrebbe così rimedio alla limitazione dei poteri del G.O., il quale – come noto – non può annullare gli atti amministrativi illegittimi, ma solo disapplicarli. La necessità di proporre diverse azioni giurisdizionali al fine di ottenere una piena tutela avverso l'illegittimo esercizio del potere amministrativo è vista in maniera critica da F. FALCONI, *I poteri di decisione del Giudice ordinario nelle controversie amministrative*, in G. MIELE (a cura di), *La giustizia amministrativa. La tutela del cittadino. Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Neri Pozza Editore, Vicenza, 1968, pp. 91 ss., 126, la quale, molto condivisibilmente, ritiene che una siffatta tutela «spesso non può realizzarsi se non attraverso la collaborazione delle due giurisdizioni, ordinaria e amministrativa».

<sup>22</sup> Così M.S. GIANNINI – A. PIRAS, voce *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, 1970, vol. XIX, pp. 229 ss., 261.

<sup>23</sup> Tra gli altri, si v. P. DE LISE, *op. cit.*; M.A. SANDULLI, *op. cit.*; M. LIPARI, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in *Foro amm. T.A.R.*, n. 1, 2008, pp. XLV ss.

La prima è rappresentata dalla «difficoltà di discernere in determinate materie, in particolare quella del pubblico impiego, gli interessi legittimi dai diritti soggettivi perfetti»<sup>24</sup>.

La seconda è da ricondurre al fatto che la trattazione di alcune materie richiedeva «al giudice una specializzazione tecnica, una conoscenza specifica delle norme di legge ed anche una diretta esperienza dell'attività amministrativa ed una particolare sensibilità per coglierne le deficienze, gli errori, le deviazioni»<sup>25</sup>.

L'ultima – cui la dottrina riconosce «valore preponderante»<sup>26</sup> – risiedeva nella considerazione per cui «in talune materie diritti soggettivi ed interessi legittimi talmente si intersecano e si aggrovigliano, si trovano in tali situazioni di interdipendenza e di reciproco riflesso che con difficoltà il giudice – ordinario o amministrativo – riuscirebbe a pronunciarsi nei limiti della propria giurisdizione senza invadere il campo che gli è precluso, mentre poi la sua pronuncia resterebbe pur sempre monca, non avendo esaurito totalmente le questioni che sorgono dalla complessità del rapporto, né avendo per tal modo pienamente riparato al torto subito dal privato»<sup>27</sup>.

Tutto ciò indusse il legislatore ad ascrivere in capo ad un solo Giudice la cognizione di tutte le questioni originate da un unico (ed unitario) esercizio della funzione amministrativa, a prescindere dal fatto che riguardassero posizioni di interesse legittimo ovvero di diritto soggettivo. E, oltre venti anni dopo, proprio al fine di assicurare un adeguato funzionamento della giustizia, il quale in determinate materie postula che «l'unità del fatto amministrativo non [venga] infranta»<sup>28</sup>, nell'art. 103 Cost. venne previsto che «il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi».

Pare dunque che la giurisdizione esclusiva trovi origine soprattutto nell'esigenza «di semplificazione del problema del riparto delle giurisdizioni» e nella conseguente «necessità di superare – in alcune materie dove il criterio si presenta di più difficile applicazione – il problema della distinzione tra diritti ed interessi». Ne discende che essa è finalizzata ad «assicurare l'unicità della tutela della giurisdizione per materie che male si prestano ad essere ripartite tra due diversi giudici», le quali, in «considerazione del

---

<sup>24</sup> R. MEREGAZZI, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in G. MIELE, *op. cit.*, pp. 199, 210, il quale ritiene però che, considerati «i progressi che dottrina e giurisprudenza hanno compiuto nella individuazione e nella qualificazione di quelle due fondamentali categorie di figure soggettive nei rapporti di diritto amministrativo», tale ragione di origine della giurisdizione esclusiva «non sembra poter conservare l'importanza, che ad essa si è voluto attribuire in passato» (p. 210).

<sup>25</sup> Così R. MEREGAZZI, *op. ult. cit.*, p. 211.

<sup>26</sup> L'espressione è di R. MEREGAZZI, *op. ult. cit.*, p. 211.

<sup>27</sup> Ancora R. MEREGAZZI, *op. ult. cit.*, p. 210.

<sup>28</sup> Le parole sono tratte sempre da R. MEREGAZZI, *op. ult. cit.*, p. 211.

carattere pubblico del rapporto» ad esse sotteso, vengono concentrate in un solo giudizio dinanzi al G.A.<sup>29</sup>.

L'origine e la funzione della giurisdizione esclusiva non sembrano impedire che il contratto possa essere sottoposto alla cognizione del G.A. Per tanto, al fine di risolvere i problemi di effettività della tutela legati alle controversie sulle procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, basterebbe solo modificare l'art. 244 del D.Lgs. 163/2006, che detta la disciplina sulla giurisdizione in materia di appalti. E ciò di certo non è da annoverare tra gli impedimenti<sup>30</sup>.

Tuttavia l'opzione della giurisdizione esclusiva non convince appieno, soprattutto se si considera la lettura che dei suoi caratteri e limiti è fornita dalla Corte costituzionale, dalla cui interpretazione «convalidante»<sup>31</sup> non può prescindersi.

Come è noto, questa si è fatta interprete della giurisdizione esclusiva in maniera particolarmente significativa con la sentenza n. 204/2004, nella quale ha affermato che una materia può essere oggetto di tale tipo di giurisdizione solo «se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà riconosciutale dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo».

Secondo la dottrina «il riferimento al “potere” rappresenta la chiave di lettura della pronuncia della corte», in quanto «non è sufficiente, per ricondurre la vertenza al giudice amministrativo, che la controversia riguardi un rapporto che tragga origine da un provvedimento», mentre è decisivo che questa abbia una «relazione diretta col potere»<sup>32</sup>.

In altri termini, i confini della giurisdizione esclusiva, e dunque i limiti alla discrezionalità del legislatore nel tracciarli, vanno individuati alla luce della relazione intercorrente tra il fatto oggetto di giudizio e l'esercizio del potere autoritativo: se quest'ultimo è rinvenibile nella (e non solo a monte della) fattispecie e provoca una

---

<sup>29</sup> Tutte le citazioni del capoverso sono tratte da M.S. GIANNINI – A. PIRAS, *op. ult. cit.*, p. 269.

<sup>30</sup> Anzi, di un siffatto intervento normativo non vi sarebbe neppure bisogno secondo la ricostruzione offerta da F. D'AGOSTINO, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ad avviso del quale è «difficile sostenere che la fase dell'affidamento escluda oggi la stipulazione. La lettura degli articoli 11 e 12 del codice dei contratti è sostanzialmente univoca in questo senso, smentendo le stesse perplessità esternate dalla Sezione atti normativi del Consiglio di Stato in parere n. 335/06. La stipulazione del contratto è compresa, alla stregua della rubrica dell'articolo 11, nelle fasi delle procedure di affidamento». Per cui, se, da un lato, *ex art. 244*, «sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale», e, dall'altro, la stipulazione/esecuzione del contratto è parte della procedura di affidamento, ne discende che l'atto negoziale tra p.a. e aggiudicatario è da ritenersi già iscritto nella giurisdizione esclusiva del G.A.

<sup>31</sup> Il termine è di M.S. GIANNINI – A. PIRAS, *op. ult. cit.*, p. 294.

<sup>32</sup> Così A. TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli art. 33 e 34 d.leg. 31 marzo 1998, n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Foro it.*, I, 2004, cc. 2598 ss., 2601.

commistione di situazioni giuridiche soggettive, questa potrà essere ascritta alla giurisdizione esclusiva; se, invece, il rapporto controverso trova nell'esercizio del potere solamente il proprio presupposto, esso sarà da ascrivere alla giurisdizione di legittimità del G.A. o a quella del G.O. a seconda della situazione giuridica soggettiva lesa.

Ne discende che per quanto concerne le commesse pubbliche «la giurisdizione esclusiva inerisce solo all'“affidamento” del servizio e non più alle vicende relative al suo adempimento», in quanto «non vi è più spazio per una giurisdizione del giudice amministrativo sull'efficacia, sulla validità e sull'interpretazione di un contratto di diritto privato, pur se inerente allo svolgimento di un pubblico servizio e conseguente ad una procedura di “affidamento” ad evidenza pubblica»<sup>33</sup>.

In altre parole, alla luce della sentenza n. 204/2004 della Consulta, sembrerebbe doversi escludere che la giurisdizione esclusiva possa estendersi ad atti di diritto privato, nei confronti dei quali il potere amministrativo è esercitato esclusivamente come fonte legittimante a contrarli.

Ciò nondimeno, come riferito, la dottrina che ritiene necessario l'ampliamento della giurisdizione esclusiva fino a ricomprendere il contratto è tanto autorevole quanto numerosa.

Ad esempio, di recente è stato affermato che, al fine di soddisfare il principio di tempestività dei processi, «la soluzione *monistica* – o della unica fase – sembra decisamente preferibile e dovrebbe essere incentrata sull'esplicita affermazione legislativa di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, chiaramente estesa al contratto, sia pure nei soli limiti in cui la privazione di effetti sia dedotta come diretta conseguenza dell'accertata violazione delle regole pubblicistiche di affidamento dei contratti». Una siffatta soluzione si presenterebbe «perfettamente in linea con i criteri fissati dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 204/2004, perché la cognizione sui diritti soggettivi del contratto si collega strettamente alla verifica del corretto esercizio del potere pubblicistico della stazione appaltante, nella sequenza che conduce all'affidamento del contratto»<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Ancora A. TRAVI, *La giurisdizione esclusiva* cit., c. 2602.

<sup>34</sup> Così M. LIPARI, *op.cit.*, pp. LIX-LX, per il quale «il riferimento al “potere amministrativo” emerge con nettezza nelle ipotesi, più frequenti, in cui la domanda di privazione degli effetti del contratto si accompagna alla richiesta di annullamento dell'atto di affidamento». L'A. individua però alcuni casi «all'apparenza più problematici» – quali quello «della stipulazione del contratto priva di qualsiasi preventiva determinazione amministrativa oppure della mera violazione del termine dilatorio per la stipulazione del contratto» – per i quali «si potrebbe dubitare, forse, della ragionevolezza di una giurisdizione amministrativa riferita al contratto e non al provvedimento amministrativo» (p. LX). L'orientamento in parola è pienamente condiviso da G. PELLEGRINO, *Pregiudiziale e contratto: un nuovo concordato tra SSUU e CdS*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ad opinione del quale esistono «espliciti elementi di diritto positivo che confermano come non sia affatto estranea alla scelta del legislatore l'attribuzione al GA del potere di incidere sui negozi stipulati, allorchè la patologia denunciata attenga non già alle obbligazioni sinalmagnetiche delle parti, bensì al presupposto potere pubblicistico e quindi alla tutela di posizioni di mero

Secondo tale interpretazione, dunque, per ampliare la giurisdizione esclusiva del G.A. agli atti negoziali sarebbe sufficiente che a monte di questi vi sia l'esercizio del potere amministrativo, da ciò discendendo, da un lato, che gli atti autoritativi e quelli negoziali siano parte di una sola successione procedimentale e, dall'altro, che la legittimità dei secondi sia legata a quella dei primi.

Ma ammettere una siffatta opzione interpretativa significherebbe estendere la giurisdizione esclusiva a (pressochè) tutte le obbligazioni della p.a. ed a tutti i rapporti tra gestori di pubblici servizi e utenti (presupposto dei quali è sempre un atto autoritativo), ciò implicando, per un verso, la disapplicazione del criterio di riparto della giurisdizione basato sulla situazione giuridica soggettiva lesa, e, per un altro, l'affermazione di un nuovo criterio imperniato sulla natura dell'atto presupposto al titolo giuridico controverso.

Invero, la presenza del potere amministrativo funzionalizzato alla stipula dell'atto negoziale non sembra essere elemento sufficiente per radicare la giurisdizione esclusiva del G.A., essendo invece necessario che l'esercizio di detto potere si rinverga all'interno della fattispecie dedotta in giudizio e che generi in essa una commistione di diritti ed interessi, così come avviene, ad esempio, nel caso della nullità per violazione o elusione del giudicato (art. 21 *septies*, L. 241/1990), dove nel medesimo rapporto è rinvenibile in capo al privato tanto un interesse legittimo (nei confronti dell'azione della p.a.) quanto un diritto soggettivo (verso l'atto nullo).

Sicché, la considerazione per cui l'atto negoziale possa essere conosciuto dal G.A. in quanto esso «si collega strettamente alla verifica del corretto esercizio del potere pubblicistico della stazione appaltante» non pare tenere in debito conto il fatto che la Corte costituzionale abbia inequivocabilmente affermato che il riparto di giurisdizione ruota intorno alla situazione giuridica soggettiva lesa.

---

interesse che fanno capo a soggetti che non sono parti del contratto». L'A., riferendosi al co. 3 dell'art. 244 del D.Lgs. 163/2006, secondo cui «sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti», afferma che «davvero non si comprenderebbe perché, dinanzi ad un'amministrazione che ha ommesso di svolgere una gara ed ha illegittimamente rinnovato un precedente contratto, il giudice amministrativo sarebbe dotato di tutti i poteri anche di caducazione del contratto per apprestare piena tutela ad una ditta che si lamenti del mancato espletamento della procedura di evidenza pubblica, ma analoghi poteri non avrebbe in favore di un'impresa che lamenti che la gara sia stata fittizia o illegittima ed abbia quindi portato ad un'illegitima individuazione del contraente». Tale norma – conclude l'A. – «appare confermare che il legislatore, sia pure implicitamente ha attribuito al GA anche la pronuncia relativa agli effetti sul contratto dell'illegitima procedura pubblicistica presupposta», dunque sembrando sussistere «tutti gli elementi perché, già a legge vigente, le SSUU e l'Adunanza Plenaria riconoscano pienamente al GA la competenza giurisdizionale a conoscere degli effetti sul contratto della tutela sul corretto esercizio del presupposto potere pubblicistico». A medesime conclusioni, se pur riferendosi (almeno in parte) a norme diverse, sono giunti F. MERUSI, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2004, pp. 569 ss. (il cui lavoro è stato dato alle stampe prima della sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale), e, più di recente, F. D'AGOSTINO, *op. cit.* (per il quale si v., *retro*, la nota 28)



Ad avviso della Consulta la materia di giurisdizione esclusiva anzitutto deve avere la «medesima natura» di quelle ascrivibili alla generale giurisdizione di legittimità; natura «che è contrassegnata della circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità». Per cui il legislatore può attribuire alla giurisdizione esclusiva del G.A. materie o parti di esse che normalmente «contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità». L'esercizio del potere autoritativo deve altresì generare una commistione di diritti soggettivi ed interessi legittimi, la quale è da ricercare nelle varie tipologie di controversie al fine di radicarle dinanzi ad un solo Giudice.

La Corte, dunque, in considerazione del fatto che per individuare le materie di giurisdizione esclusiva «deve considerar[si] la natura delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie», impone al legislatore, anzitutto, di «vivisezionare» ogni tipologia di fattispecie, e, successivamente, di attribuire alla giurisdizione esclusiva solo quelle in cui l'esercizio del potere della p.a. abbia provocato una commistione di diritti soggettivi ed interessi legittimi.

Di contro, se il legislatore estendesse la giurisdizione esclusiva a tutte le controversie riguardanti gli atti negoziali della p.a. si riproporrebbe la tecnica legislativa dei «blocchi di materie», ciò implicando che l'individuazione della giurisdizione esclusiva avvenga «sul dato, puramente oggettivo, del normale coinvolgimento in tali controversie» del pubblico interesse. Invece – come chiaramente precisa il Giudice delle leggi – la giurisdizione esclusiva va estesa solamente a quelle singole ipotesi in cui l'amministrazione «agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà».

Non pare dubbio che una interpretazione siffatta rechi in sé il rischio di appiattare la giurisdizione esclusiva su quella di legittimità; d'altro canto, non le si può negare il merito di aver rispolverato il carattere di eccezionalità della giurisdizione esclusiva<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Ad avviso di A. TRAVI, *Giurisdizione esclusiva e legittimità costituzionale*, in *Foro it.*, I, 2000, cc. 2393 ss., 2395, la giurisdizione esclusiva aveva perso il carattere della eccezionalità allorché l'art. 103 Cost. era stato interpretato «come se ponesse una semplice riserva di legge: la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo può essere estesa a qualsiasi vertenza su diritti soggettivi fra il cittadino e l'amministrazione, purché l'estensione sia disposta con legge». Questa lettura aveva trovato supporto nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, ad opinione del quale l'art. 103 Cost. «rimette alle valutazioni discrezionali del legislatore ordinario la determinazione delle materie da devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo» (Consiglio di Stato, Ad. Pl., ord. n. 1/2000). Tale rigido orientamento – che, secondo A. TRAVI, *op. ult. cit.*, c. 2395, «introdurrebbe un elemento di elasticità nel riparto delle giurisdizioni, rimettendo alla piena discrezionalità del legislatore ogni valutazione in merito alle vertenze sui diritti» – è stato di recente «sfumato» dal Consiglio di Stato, secondo cui «è nella, per così dire, ragionevole discrezionalità del legislatore attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in particolari materie (e non in blocchi indiscriminati di materie) specialmente caratterizzate dalla presenza o dalla difficile qualificazione di diritti soggettivi ed interessi legittimi, anche la tutela di diritti soggettivi» (Consiglio di Stato, Ad. Pl., dec. n. 12/2007).

E proprio tale eccezionalità – radicata nella presenza in un medesimo fatto tanto del potere, quanto di un inestricabile nodo di situazioni soggettive qualificate – sembra impedire che il solo fatto che la stipulazione del contratto sia funzionalmente legata alla propedeutica aggiudicazione sia sufficiente ad ascrivere l'atto negoziale alla giurisdizione esclusiva; non pare scorretto sostenere, quindi, che sindacare la legittimità del contratto significherebbe, per un verso, forzare il modello costituzionale che assegna il contenzioso sui diritti al G.O., e, per un altro, «determinare per la giurisdizione amministrativa un baricentro diverso da quello della tutela degli interessi legittimi»<sup>36</sup>.

In definitiva se origine e finalità della giurisdizione esclusiva sembrano consentire che il contratto e la sua esecuzione possano divenire oggetto del giudizio amministrativo, a ben vedere una tale ipotesi non appare praticabile in quanto contrastante con l'interpretazione del riparto di giurisdizione fornita dalla Corte costituzionale, secondo la quale l'ampliamento della giurisdizione esclusiva ad una fattispecie solo funzionalmente legata dal potere amministrativo, ma non connotata dalla effettiva presenza del potere stesso e dalla commistione tra situazioni giuridiche soggettive, finirebbe per mettere da parte il tradizionale criterio di riparto, proiettando il G.A. «in una dimensione civilistica che fino a ieri costituiva territorio esclusivo del giudice ordinario»<sup>37</sup>.

Tralasciando la questione della 'praticabilità costituzionale' dell'estensione della giurisdizione del G.A. al contratto, ed appuntando l'attenzione su aspetti più strettamente processuali, deve rilevarsi che in fattispecie come quelle in parola la giurisdizione esclusiva potrebbe recare una effettiva utilità al ricorrente solo ove si ritenesse che dall'annullamento dell'aggiudicazione discenda la inefficacia sopravvenuta o la caducazione automatica del contratto, così come ritenuto in alcune occasioni dalla Corte di Cassazione<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Così A. TRAVI, *op. ult. cit.*, c. 2396.

<sup>37</sup> Le parole sono di F. D'AGOSTINO, *op. cit.*, ad avviso del quale «gli argomenti dedotti a favore della giurisdizione esclusiva, pur se logicamente più forti della tesi tradizionale, non [...] sembrano capaci di superare il vaglio di una loro complessiva coerenza al sistema».

<sup>38</sup> Da ultimo si v. Cassazione civile, SS.UU., n. 24658/2007, nella quale – in una controversia in cui il giudice amministrativo aveva annullato l'aggiudicazione di un appalto relativo alla progettazione di un complesso polifunzionale – il Collegio giudicante ha aderito alla «tesi della caducazione automatica del successivo contratto stipulato con l'impresa vincitrice della gara in quanto nella fattispecie esaminata, la sentenza del Consiglio di Stato gravata dal ricorso, si era limitata ad annullare il provvedimento di aggiudicazione senza emettere alcuna statuizione in ordine alla successiva vicenda contrattuale». La Corte ha così deciso rilevando che la fase esecutiva del rapporto era priva di autonomia propria, in quanto destinata a subire gli effetti del vizio che inficia il provvedimento amministrativo cui è collegata, nonchè a restare immediatamente travolta in conseguenza del suo annullamento senza richiedere pronunce di caducazione o atti di ritiro dell'Amministrazione. È opposta la tesi del Tar Lombardia, Sez. I, n. 4398/2009 cit., secondo cui «neppure è agevole stabilire cosa davvero sarebbe la caducazione del contratto. L'oscurità lessicale, la sua estraneità alle categorie abituali del diritto privato e del diritto pubblico, è il segno di un'incertezza di fondo a cui si reagisce con l'uso di un'espressione atecnica». In merito alla caducazione automatica del contratto si v. le riflessioni svolte nel par. 12.

Qualora invece si accedesse ad altro orientamento della medesima Corte, secondo cui «gli atti della serie pubblicistica e quelli della serie privatistica sono indipendenti quanto alla validità»<sup>39</sup>, la giurisdizione esclusiva del G.A. rappresenterebbe una scelta priva di significato pregnante. Tale orientamento, infatti, basandosi sull'assunto che l'annullamento dell'aggiudicazione rappresenti solamente il presupposto della patologia dell'atto negoziale e non il suo fondamento, il quale andrebbe ricercato in altre norme dell'ordinamento, ridimensiona l'intensità della connessione tra la invalidità/inefficacia dell'aggiudicazione e quella del contratto. Ciò imporrebbe, benché il processo resti formalmente unico, un duplice 'giudizio di cognizione', uno sulla fase pubblicistica, uno su quella privatistica, svuotando un pò di senso l'attribuzione dell'intera fattispecie alla cognizione del G.A.

Inoltre, sempre sotto il profilo processuale, la possibilità che il legislatore scelga di attribuire al G.A. la cognizione sugli atti negoziali della p.a. impone di chiedersi se ciò comporti un cambiamento dei connotati tipici del processo amministrativo<sup>40</sup>. E la risposta ad un simile interrogativo non è per nulla scontata, in quanto la diversità di natura e regime giuridico tra atti aventi il carattere della imperatività ed atti consensuali è tutt'altro che irrilevante.

Ad esempio, viene di domandarsi se i contratti sarebbero impugnabili autonomamente, cioè senza la preventiva impugnazione dell'atto amministrativo presupposto; ed in caso di risposta affermativa se dovrebbero essere impugnati nel termine decadenziale ovvero prima dello spirare del termine di prescrizione. Ed ancora: se, ai fini della declaratoria della loro invalidità senza che sia stata impugnata l'aggiudicazione, sarebbe necessario ampliare il novero delle azioni proponibili innanzi al G.A.

Invero, sembra proprio che le fattezze del processo amministrativo cambino a seconda della natura dell'atto originariamente dedotto in giudizio.

Ove si volesse evitare un simile paradosso sarebbe necessario introdurre una sorta di pregiudizialità amministrativa, che imponga al ricorrente l'impugnazione preventiva e tempestiva dell'atto amministrativo lesivo, soltanto a seguito dell'annullamento del quale il Giudice potrebbe pronunciarsi sulla sorte del contratto. Ma ove ciò accadesse si creerebbe una situazione altrettanto paradossale, connotata da un evidente 'trattamento speciale' a favore dell'amministrazione, che in tal modo verrebbe sottratta alle regole

---

<sup>39</sup> Così optando per la tesi dell'annullabilità del contratto. Si v. ancora Corte di Cassazione, SS.UU., n. 19805/2008, cit.

<sup>40</sup> Interrogativo non nuovo, questo, tanto che R. MEREGAZZI, *op. cit.*, prendendo le mosse dalle osservazioni di M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Jandi Sapi ed., Roma, 1960, affermava che «una volta introdotta la giurisdizione esclusiva su diritti, sembrerebbe da esaminare l'opportunità di rivedere tutto il rito del processo amministrativo concepito originariamente per la sola tutela degli interessi legittimi» (p. 217).

della giurisdizione ed a quelle processuali che devono essere rispettate da qualunque privato<sup>41</sup>.

Dalle considerazioni sin qui svolte emergono nitidamente numerosi argomenti che mostrano come sia difficilmente praticabile la soluzione che prevede di inscrivere gli atti negoziali della p.a. nella sfera di giurisdizione esclusiva del G.A.

Come si è visto, il più significativo di questi trova fondamento nel riparto di giurisdizione basato sulla distinzione delle situazioni soggettive, dal quale discende che il G.A. non rappresenta il solo Giudice che tutela il privato dalla pubblica amministrazione, questo compito essendo condiviso con il G.O. E l'importanza da ultimo assunta dal principio della ragionevole durata del processo non può sovvertire la relazione tra le giurisdizioni prevista in Costituzione, dalla quale – anche attraverso l'interpretazione della Corte costituzionale – emerge che l'attribuzione al G.A. della giurisdizione esclusiva «è stato qualcosa di più e di diverso di un puro e semplice trasferimento di controversie su diritti soggettivi»; in realtà, è stato il conferimento ad un solo Giudice «di un intero territorio popolato sia da diritti soggettivi che da interessi legittimi, ma soprattutto da figure in cui le dette situazioni si presentavano e si presentano così connesse e di tanta incerta qualificazione da suggerire la soluzione dell'attribuzione in blocco ad un giudice unico delle controversie che le riguardano»<sup>42</sup>.

In definitiva sembra quasi che la distinzione in sede di tutela giurisdizionale tra la fase pubblicistica e la conseguente fase negoziale sia – a dir così – un male necessario, in quanto in linea con i caratteri impressi dalla Costituzione alla tutela delle diverse situazioni giuridiche soggettive pregiudicate dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa. Se deve trovarsi una medicina per guarire da questo male essa deve essere altrettanto coerente con l'impianto costituzionale: e, stando a quanto si è riferito, la scelta della giurisdizione esclusiva proprio non pare essere esente da dubbi di legittimità costituzionale.

---

<sup>41</sup> L' 'insensibilità' del processo verso la qualità della parte ed il criterio di riparto basato sulle situazioni giuridiche soggettive rappresentano – per A. TRAVI, *op. ult. cit.*, c. 2396 – «un corollario del principio di uguaglianza, che non tollera che una vertenza sia devoluta a un giudice speciale in funzione della natura pubblicistica di una parte, anche perché l'assegnazione di una vertenza a un giudice diverso determina inevitabilmente l'affermazione di regole sostanziali diverse». L'A., se pur con differenza di argomentazioni, condivide pienamente l'opinione della Consulta, che, nella sentenza n. 204/2004, ha affermato che «la specialità di un giudice può fondarsi esclusivamente sul fatto che questo sia chiamato ad assicurare la giustizia “nell'amministrazione”, e non mai sul mero fatto che parte in causa sia la pubblica amministrazione», al contrario configurandosi la violazione del «principio dell'unicità della giurisdizione – espresso dall'art. 102, con riguardo al giudice, e riflesso nell'art. 113, con riguardo alle forme di tutela garantite al cittadino – [il quale] sta a significare che in nessun caso il legislatore ordinario può far sì che la pubblica amministrazione sia, in quanto tale, assoggettata ad una particolare giurisdizione, ovvero sottratta alla giurisdizione alla quale soggiace “qualsiasi litigante privato”».

<sup>42</sup> Così M. NIGRO, *Problemi veri e falsi della giustizia amministrativa dopo la legge sui Tribunali regionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, pp. 1815 ss., 1859.

In altri termini, non sembra sostenibile che la questione della ragionevole durata del processo – che quasi pare essere diventato l'unico modo per garantire una piena tutela al cittadino – debba trovare soluzione nella elusione di fatto della doppia giurisdizione, la quale può ridursi ad unità solo nel caso in cui ricorrano i presupposti indicati dalla Corte costituzionale. Se si intende favorire la celerità dei processi, così da permettere che la giurisdizione diventi effettiva garanzia del diritto obiettivo e assicuri certezza ai rapporti giuridici dedotti in giudizio, deve concepirsi uno strumento il cui fondamento non si radichi nella forzatura dei caratteri impressi dalla Costituzione al sistema di giustizia.

La necessità di far prevalere il criterio di riparto di giurisdizione rispetto ad altri (pur significativi) aspetti della tutela del privato è avvertita anche dalla Suprema Corte di Cassazione, malgrado essa – lo si è già riferito in precedenza – abbia (soprattutto di recente) mostrato particolare attenzione ai principi del giusto processo e della sua ragionevole durata, contribuendo con la propria giurisprudenza alla loro definitiva affermazione. Ciò nonostante, essa ha affermato che quantunque sia «indiscutibile [...] che il legislatore possa privilegiare esigenze di concentrazione, rapidità e completezza della tutela, affidandola ad un sistema di giurisdizione unica, come del resto avviene in numerosi Stati della comunità europea [...] è del pari certo che tanto il D.Lgs. n. 80 del 1998, quanto la L. n. 205 del 2000, hanno posteso tali esigenze alla scelta di ripartirla fra giudici diversi in base a blocchi di materie omogenee e di riservare settori di ciascuna di esse a quella ordinaria, introducendo per altri nuove fattispecie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Per cui le pur auspicabili esigenze di concentrazione non possono valere a superare e/o aggirare la linea di demarcazione tra le due giurisdizioni che detta opzione inevitabilmente comporta»<sup>43</sup>.

Per dare una concreta risposta a dette esigenze di concentrazione della tutela giurisdizionale non persuade neppure l'ipotesi di una modifica costituzionale che estenda l'applicabilità della giurisdizione esclusiva. Una tale ipotesi, se pur in grado di risolvere la problematica questione delle controversie sugli appalti, non sarebbe comunque in grado di produrre il cambiamento del sistema della giustizia amministrativa – che, come autorevolmente sostenuto, reca in sé un «difetto [...] radicale» rappresentato dalla presenza di un doppio ordine di giudici che «si limitano fatalmente a vicenda»<sup>44</sup> –, cambiamento che appare essere l'unica misura adatta.

In definitiva, gli effetti dell'annullamento della procedura di aggiudicazione sul contratto stipulato tra stazione appaltante e aggiudicatario restano a tutt'oggi avvolti nel dubbio, da un lato, non essendo stati decisivi gli interventi giurisprudenziali richiamati,

---

<sup>43</sup> Ancora Cassazione Civile, SS.UU. sentenza n. 19805/2008, cit.

<sup>44</sup> M.S. GIANNINI – A. PIRAS, *op. ult. cit.*, p. 294.

e, dall'altro, non convincendo la proposta di considerare l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto come parti di una sola fattispecie da sottoporre alla cognizione del G.A. in sede di giurisdizione esclusiva.

Non mancano però le soluzioni di diritto positivo che, in coerenza col sistema della doppia giurisdizione, sembrano in grado di fornire una adeguata tutela a favore del partecipante alle gare per gli appalti pubblici.

Ad esempio, una tempestiva e penetrante tutela cautelare potrebbe rappresentare un validissimo strumento per impedire la stipulazione di un contratto esitato da una aggiudicazione potenzialmente illegittima<sup>45</sup>. Proprio a questo fine, in dottrina si è avanzata l'ipotesi di un ricorso che, ove «proposto prima della scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, abbia sempre effetti sospensivi automatici, ma solo fino alla decisione del giudice della cautela. A questi spetterebbe, poi, il compito di stabilire se sussistono i presupposti per sospendere gli atti della procedura contestata e la conseguente stipulazione del contratto. Ma esaurita la fase cautelare con una decisione che non ravvisi l'esigenza di sospendere, preventivamente, la produzione di effetti contrattuali, la stipulazione del contratto potrebbe seguire il proprio corso, senza il rischio di essere rimessa in discussione»<sup>46</sup>.

In caso di mancata proposizione della domanda cautelare prima della stipula del contratto, la tutela del partecipante alle gare di appalto potrebbe trovare completamento attraverso una norma che, ove l'aggiudicazione venisse annullata (d'ufficio ovvero dal Giudice), preveda la nullità *ope legis* del contratto, con l'obbligo per la stazione appaltante di procedere ad una nuova aggiudicazione, ovvero – ma solo nel caso in cui ciò non fosse più possibile – di corrispondere un indennizzo nei confronti del ricorrente che abbia subito il pregiudizio.

#### 4) La “Direttiva ricorsi” (dir. 2007/66/CE) e la «privazione di effetti».

Al centro di una vivace contesa tra le giurisdizioni, come accennato, si colloca la questione relativa alla sorte del contratto *medio tempore* concluso dall'amministrazione in seguito all'annullamento, in sede giurisdizionale od in autotutela, del provvedimento di aggiudicazione di una gara di appalto.

---

<sup>45</sup> L'importanza della tutela cautelare emerge anche dalla direttiva 2007/66/CE, nella quale si legge che «il rafforzamento dell'efficacia dei ricorsi nazionali dovrebbe incoraggiare gli interessati ad avvalersi maggiormente delle possibilità di ricorso con procedura d'urgenza, prima della conclusione del contratto» (par. 28 del *Considerato*).

<sup>46</sup> M. LIPARI, *op. cit.*, p. LIII.

La difficile scelta di attribuire la materia in questione ad una giurisdizione, difatti, sembra condizionata dalla complessa individuazione della categoria di invalidità od inefficacia del negozio di cui si discute, più attuale che mai ritornando quell'insegnamento che invita alla prudenza, atteso che invalidità ed inefficacia costituiscono ancora oggi una «foresta vergine della scienza del diritto»<sup>47</sup>. Categorie concettualmente e logicamente distinte ma intimamente legate, oltre che in continua evoluzione ed al centro di una «risistemizzazione concettuale»<sup>48</sup>.

Affermazioni, queste, a dir poco profetiche, se si considera il recente intervento del legislatore comunitario che, con la nota “Direttiva ricorsi” (dir. 2007/66/CE, dell’11.12.2007), pare rendere ulteriormente complessa la fattispecie in esame ed incerta la ricerca della categoria di invalidità applicabile. Così, sotto il profilo, che qui direttamente interessa, della patologia dell’atto negoziale, arduo sembra essere il compito del legislatore interno che, entro la fine dell’anno, è chiamato a dare effettiva attuazione alla suddetta Direttiva.

Sotto il profilo della validità/efficacia del contratto, si consideri, in effetti, l’ambigua formula adoperata nella suddetta Direttiva che, in numerosi considerando ed in diverse disposizioni, esplicitamente reputa «in linea di principio privo di effetto» un contratto che sia il risultato di un’illegittima aggiudicazione, avendo modo di precisare, altresì, che «la carenza di effetti non dovrebbe essere automatica ma dovrebbe essere accertata da un organo di ricorso indipendente o dovrebbe essere il risultato di una decisione di quest’ultimo»<sup>49</sup>.

Questa «privazione di effetti», costituirebbe, secondo la Direttiva, «il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati delle possibilità di competere»<sup>50</sup>.

Il riferimento ai principi della concorrenza assume un significato del tutto nuovo, benché, forse, non del tutto inaspettato, in quanto evoca i più recenti e significativi interventi esegetici della dottrina in materia di violazione del diritto *antitrust* e le sue

---

<sup>47</sup> L’espressione è di A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 314.

<sup>48</sup> L’espressione è di V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 201; ID., voce *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, pp. 322 ss. All’A. si rinvia per una valutazione critica delle tradizionali ricostruzioni in materia di invalidità ed inefficacia. In materia, particolarmente significativa, inoltre, l’indagine ricostruttiva di L. VALLE, *La categoria dell’inefficacia del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1998, pp. 1206 ss.; nonché, A. GENTILI, *L’inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, pp. 412 ss.; ID., *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *I contratti*, 2003, pp. 200 ss., il quale pone l’attenzione sugli sforzi effettuati al fine di elevare questo fenomeno a «dignità di concetto». Per un’analisi storica, a partire dal diritto romano, v. I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Giuffrè, Milano, 1998.

<sup>49</sup> Così, il 13° considerando.

<sup>50</sup> Così, il 14° considerando.

conseguenze in termini di validità/inefficacia delle intese negoziali lesive della concorrenza. Ed ancora, più in generale, evoca gli effetti pregiudizievoli, sempre nella prospettiva dell'invalidità dell'atto dispositivo, derivanti da pratiche commerciali scorrette<sup>51</sup>. Non sembra doversi, difatti, dimenticare come la complessa relazione tra le intese anti-concorrenziali 'a monte' ed i singoli contratti attuativi 'a valle', vengano tendenzialmente risolti in termini di caducazione, nel senso, cioè, che la nullità dell'intesa a 'monte' ricadrebbe sui contratti 'a valle' in termini di caducazione o sopravvenuta privazione di efficacia di tali contratti derivati, trattandosi, appunto, di 'presupposti esterni' di efficacia/inefficacia dell'atto<sup>52</sup>.

Ritornando alla "Direttiva ricorsi", significative si manifestano, quelle disposizioni che, nel rimettere agli Stati membri la determinazione delle «norme atte a garantire che un appalto sia considerato privo di effetti», mirano «a far sì che i diritti e gli obblighi dei contraenti derivanti dal contratto cessino di essere esercitati ed eseguiti». Non vi dovrebbe, cioè, essere dubbio, se non altro nel rispetto del principio di sussidiarietà verticale, sulla competenza del legislatore interno in ordine alla regolamentazione delle conseguenze che dovrebbero derivare dalla «privazione di effetti»: ad esempio, precisa la Direttiva, «il diritto nazionale» potrà «prevedere la soppressione con effetto retroatti-

---

<sup>51</sup> In materia, cfr., in particolare: L. DI NELLA, *Concorrenza e contratto*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, II, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 1135 ss.; M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. e impr.*, 2009, pp. 73 ss.; ID., *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, in *Danno e resp.*, 2005, pp. 237 ss.; ID., *Alla ricerca del "diritto provato generale" – Appunti per una discussione*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, pp. 544 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali sleali*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 116 ss. Spunti particolarmente significativi offre, inoltre, R. CALVO, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, in *Contr. e impr.*, 2007, pp. 78 ss.; C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" fra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2007, pp. 77 ss. Particolarmente significative, inoltre, le riflessioni di M.R. MAUGERI, *L'abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 2003, spec. pp. 76 ss.; nonché di S. PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, Giuffrè, Milano, 2006, spec. pp. 49 ss. e 83 ss., con specifico riferimento alle considerazioni dell'A. in merito alla irretroattività della risoluzione ed ai suoi effetti, quali specialmente la *restitutio in integrum* e, più generale, in merito alla "unità" negoziale. In ordine, poi, alla più generale tematica dell'armonizzazione del diritto privato a livello comunitario ed europeo, cfr. M. MELI e M.R. MAUGERI (a cura di), *L'armonizzazione del diritto privato europeo. Il piano d'azione 2003*, Giuffrè, Milano, 2004. Nell'ambito degli scritti ivi raccolti, per ciò che qui interessa, merita particolare menzione il saggio di F. CAFAGGI, *Un diritto privato della regolazione? Partecipazione, coordinamento e cooperazione tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi*, pp. 63 ss.

<sup>52</sup> Si ricordi il noto caso del mercato assicurativo, ossia il cartello tra le compagnie di assicurazioni volto a bloccare in maniera uniforme i prezzi delle polizze, falsando e ledendo la libera concorrenza. Il cartello costituisce intesa secondo le previsioni della legge antitrust, art. 2 legge 287/1990. Si tratta di un caso particolarmente complesso, nell'ambito del quale possono distinguersi tre principali decisioni di riferimento: Cass., Sez. Un., 4.2.2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, pp. 1013 ss., nell'ambito della quale si discuteva se il consumatore finale privato potesse o meno invocare la tutela antitrust; Corte di Giust. Ce, 13.7.2006, C-295/04 e C-298/04, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, pp. 631 ss., apripista del diritto dei consumatori a tale necessaria tutela; e la nota Cass., Sez. III, 2.2.2007, n. 2305, decisione favorevole al diritto al risarcimento del danno in favore del consumatore; v. anche App. Napoli, sez. III, 12.7.2007, in *Danno e resp.*, 2008, pp. 115 ss.



vo di tutti gli obblighi contrattuali (*ex tunc*) o viceversa limitare la portata della soppressione agli obblighi che rimangono da adempiere (*ex nunc*)»<sup>53</sup>.

Spetta, dunque, al legislatore interno stabilire la natura e la misura della «privazione di effetti» che si intenderà applicare nei confronti di un contratto di appalto pubblico la cui procedura di aggiudicazione è stata ritenuta illegittima.

Così, l'art. 2-*quinquies* della Direttiva, rubricato «*privazione di effetti*», raccogliendo le diverse istanze formulate nei *considerando* della medesima, stabilisce, in definitiva, quanto segue: «Gli stati membri assicurano che un contratto sia considerato privo di effetti da un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice o che la sua privazione di effetti sia la conseguenza di una decisione di detto organo di ricorso nei casi seguenti»; e conclude: «il diritto nazionale può prevedere la soppressione con effetto retroattivo di tutti gli obblighi contrattuali o viceversa limitare la portata della soppressione i quegli obblighi che rimangono da adempiere»<sup>54</sup>; fermo restando il potere dell'amministrazione aggiudicatrice di «non considerare» il «contratto privo di effetti» (così, il co. 3).

##### 5) Segue: *la revoca dell'aggiudicazione.*

L'ambigua formula utilizzata dal legislatore comunitario «privazione di effetti» – resa necessaria dalla profonda diversità tra i diversi Ordinamenti degli Stati membri – non agevola, di certo, il compito del legislatore interno, già di per sé complesso, contribuendo, anzi, ad aggravarlo.

Si tratta di un compito difficile, in considerazione del fatto che non sembra affatto univoca la soluzione circa la qualificazione, in termini di invalidità od inefficacia, della patologia negoziale derivante da revoca dell'aggiudicazione. Si tratta di una soluzione destinata inevitabilmente a condizionare la scelta del legislatore interno, anche in ordine alla individuazione del Giudice competente, tra giurisdizione ordinaria o amministrativa esclusiva o di legittimità.

Si badi, non casualmente si è adoperata la locuzione, più neutra, di revoca dell'aggiudicazione, la quale forse meglio è in grado di manifestare, seppure in prima

---

<sup>53</sup> Così, il 21° considerando, il quale prevede, poi, disposizioni in merito al recupero delle somme eventualmente versate «nonché ogni altra forma di possibile restituzione, compresa la restituzione in valore qualora la restituzione in natura non sia possibile». Le disposizioni della direttiva ricorsi che fanno riferimento agli «effetti» del contratto annullato non sono affatto esaurite, si considerino, a titolo esemplificativo le seguenti ed ulteriori: il 22° considerando, che indica l'opportunità di bilanciare le esigenze sottese al venir meno degli effetti del negozio con quelle di conservazione dello stesso, in termini di «mantenimento degli effetti»; e così, ancora i considerando 24, 25, 26.

<sup>54</sup> L'art. conclude, poi, rinviando all'art. 2-*sexies*, che prevede la sanzione pecuniaria o quella della riduzione della durata del contratto. Quest'ultima, sicuramente singolare.

approssimazione e con le dovute precisazioni, come debba ricercarsi una soluzione unitaria in termini di validità/efficacia del negozio in seguito ad annullamento del provvedimento di aggiudicazione.

Per intenderci, il risultato non dovrebbe, a rigore, essere diverso a seconda, cioè, se si tratti di annullamento giurisdizionale o in autotutela dell'aggiudicazione o, nei casi in cui la si ritenga ammissibile, di disapplicazione *sic et simpliciter*<sup>55</sup>. La tematica è destinata a complicarsi ulteriormente, intrecciandosi con quella relativa alla pregiudizialità, in ordine alla quale, anche per esigenze di sintesi, non è dato soffermarsi<sup>56</sup>.

Una soluzione non unitaria esporrebbe, difatti, il sistema ad ulteriori rischi di frammentazione in un settore disciplinare che, già di per sé, soffre il difficile bilanciamento di opposti, spesso contrastanti, interessi pubblici e privati: «stiamo assistendo, in effetti, ad una continua scissione delle regole privatistiche dal loro habitat naturale costitutivamente dominato dai principi dell'autonomia privata in senso pregnante e della autoreponsabilità; e ciò ha come conseguenza la riduzione del diritto privato ad un corpo di regole che vivono una vita artificiale e che occultano la vera natura degli interessi in gioco. Il fenomeno che viene oggi usualmente designato con la formula del ritorno al diritto privato, o con formule equipollenti – privatizzazione, riespansione del diritto comune, ecc. – in prevalenza si traduce piuttosto nella configurazione di un diritto misto pubblico-privato dai caratteri a volte inediti e comunque cangianti»<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> Il riferimento è alla complessa questione circa la sussistenza (negata) del potere di disapplicazione dell'amministrazione del provvedimento in contrasto con il diritto comunitario. Si ricordi il significativo caso dell'affidamento della gestione del servizio idrico integrato del Comune di Ninnai, nell'ambito del quale è stata negata la possibilità di disapplicare l'atto *sic et simpliciter*, essendo, a tal fine, necessaria, la rimozione o giurisdizionale o in autotutela (v. Consiglio di Stato, sez. V, 8.9.2008, n. 4263, in *Urb. e app.*, con commento di R. CARANTA, 2009, pp. 195 ss.).

<sup>56</sup> Copiosa la produzione letteraria e numerose le decisioni in materia di pregiudizialità. L'orientamento che sembra prevalere – sia in dottrina, sia in giurisprudenza – è quello favorevole alla pregiudizialità, pur non mancando significative voci di dissenso, meritevoli di particolare considerazione. In materia, di recente ed in senso favorevole alla pregiudizialità, cfr. Tar Veneto, sez. I, 26.5.2009, n. 1609, secondo cui «è inammissibile la domanda di risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi nel caso in cui non sia stato tempestivamente impugnato il provvedimento amministrativo lesivo (nella specie costituito dalla determinazione con cui era stata disposta l'archiviazione di una procedura di project financing). Va infatti condiviso l'orientamento maggioritario della giurisprudenza del Consiglio di Stato sulla questione della c.d. "pregiudiziale amministrativa", secondo cui la pronuncia di annullamento, tanto nei casi di giurisdizione esclusiva che in quelli di giurisdizione di legittimità, è sempre pregiudiziale rispetto a quella di risarcimento, trattandosi di un'opzione ermeneutica pienamente aderente alla "ratio" della riforma del processo amministrativo culminata con la l. 21. luglio 2000, n. 205, giusta la quale il legislatore ha attribuito al giudice amministrativo in via generale la cognizione anche sul risarcimento del danno, senza alcuna distinzione tra la stessa giurisdizione esclusiva e quella di legittimità».

<sup>57</sup> Così, in maniera particolarmente significativa, S. MAZZAMUTO, *Interessi pubblici e diritto privato*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, pp. 577 ss. L'A., ricordando il pensiero di M.S. Giannini, osserva, inoltre, come «nel corso del XX sec. l'utilizzo del diritto comune e le ibridazioni col diritto pubblico costituiscono il frutto della moltiplicazione quantitativa e qualitativa dei compiti pubblici: alla differenziazione dei fini, cioè, ha corrisposto anche una articolazione dei mezzi giuridici. Un esempio per tutti: l'impresa pubblica».

## 6) *L'aggiudicazione: presupposto esterno del contratto?*

Le brevi riflessioni che precedono consentono, tuttavia, di trarre un primo dato, utilizzabile, se non altro, come punto di partenza dell'indagine intrapresa: nel nostro Ordinamento, invalidità ed inefficacia sono determinate da differenti presupposti relativi al contratto, inteso quale primaria manifestazione di volontà e di autonomia.

Più precisamente, è insegnamento comune e condiviso quello per il quale l'invalidità è determinata essenzialmente da un difetto interno, di struttura, dell'atto negoziale (ad es., la mancanza di un elemento essenziale, la carenza di un elemento legittimante la conclusione dell'atto, quale l'incapacità); l'inefficacia in senso stretto, invece, è, tradizionalmente determinata da presupposti esterni al negozio, i quali impediscono allo stesso di produrre i suoi effetti<sup>58</sup>. E, si aggiunga, nel caso in cui il difetto funzionale esterno sopraggiunga alla conclusione dell'atto negoziale, si configurerebbe propriamente un'ipotesi di caducazione dell'atto.

Questa espressione sembra voler chiaramente significare come si ci si trovi in presenza di sopravvenute cause esterne al contratto, dalle quali dipende la sua inefficacia.

Nel caso in esame, assume, dunque, peculiare valore il giusto inquadramento sistematico, nell'ambito della fattispecie del pubblico contratto di appalto, del provvedimento di aggiudicazione, finendo col dipendere dalla soluzione che si intenda attribuire alla natura di tale atto la qualificazione della categoria di invalidità o inefficacia del contratto *medio tempore* concluso in caso di sopravvenuta revoca dell'aggiudicazione.

Con un avvertimento, però, che non si abbiano «pretese di neutralità ed apoliticità, avanzate dalle tecnocrazie». Con ciò volendosi, piuttosto, manifestare, ancora una volta, come la principale problematica in materia resti pur sempre quella delle fonti, specificamente nell'ambito del diritto privato, rivelando «la disperata povertà dei nostri metodi» e sospingendoci «sull'estrema linea, in cui i giuristi invocano lo sguardo degli storici, e gli storici la calcolante razionalità dei giuristi»<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Per tutti, A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Giuffrè, Milano, 1941, pp. 53 ss., nonché G. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile* (1966), ristampa, Jovene, Napoli, 1997, spec. pp. 259 ss. Per dovere di completezza, tuttavia, è il caso di ricordare come la tesi «strutturale» dell'invalidità sia, oggi, ampiamente contrastata specialmente in dottrina.

<sup>59</sup> Questi interrogativi fanno da apertura al saggio di N. IRTI, *Sul problema delle fonti in diritto privato*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, pp. 697 ss. L'A. invita ad una riflessione, ossia sulla impossibilità per il giurista di «non scegliere un punto di vista: la *μία αρχή*, l'unico ed esclusivo principio, è ormai l'ordinamento, in cui egli si colloca e che (...) tratta le fonti al pari di qualsiasi "materia" di disciplina, provvedendovi con le norme sulla produzione giuridica». E, conclude sul punto: «logicismo e storicismo si disputano il problema delle fonti».

7) *Il problematico inquadramento dell'aggiudicazione nell'ambito del procedimento di formazione del pubblico contratto di appalto.*

Nella prospettiva di un corretto inquadramento del provvedimento di aggiudicazione, non ci si può, di conseguenza, non soffermare sul procedimento di formazione del contratto pubblico di appalto, secondo la riforma di cui al d.lgs. n. 163 del 2006<sup>60</sup>.

Ci si chiede, cioè, se tale atto si collochi o meno al di fuori del processo di formazione, in senso stretto, del contratto.

Ebbene, il provvedimento di aggiudicazione (definitiva), viene comunemente collocato al di fuori della fattispecie negoziale, che pure costituirà, poi, il risultato finale della procedura ad evidenza pubblica.

Nell'ambito della procedura di aggiudicazione di una pubblica gara di appalto è, difatti, secondo un diffuso insegnamento, possibile distinguere due distinte fasi, in dialogo tra di loro ma ben differenti: la prima, è quella caratterizzata dalle regole di scelta del contraente e trova la sua conclusione nel provvedimento finale di aggiudicazione definitiva (cfr. l'art. 11 del Codice dei contratti pubblici); la seconda, invece, è quella definita negoziale, e trova il suo atto di principio nella conclusione e sottoscrizione del contratto tra l'Amministrazione ed il contraente privato, fase segnata dallo *ius privatorum* e destinata a concludersi con l'esecuzione, a regola d'arte, del contratto.

Che la fase pubblicistica dell'aggiudicazione sembri, effettivamente, essere tenuta distinta e separata da quella negoziale della conclusione del contratto, pare potersi desumere dallo stesso dettato normativo. Più di una disposizione del citato art. 11 del Codice sembrano muoversi in tale direzione, ed in particolare il comma 7, il quale puntualizza, in maniera significativa, che «l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta»<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Il Codice ha subito un primo correttivo con il d.lgs. n. 6 del 26.1.2007, in *G.U.* n. 25 del 31.1.2007 e si è in attesa ulteriori correttivi, in seguito al provvedimento dell'Autorità di Vigilanza del 15.1.2009, in *G.U.* n. 80 del 6.4.2006, e del regolamento di esecuzione, attualmente ritornato all'esame del Consiglio di Stato. In proposito, cfr., R. DE NICTOLIS, *La riforma del Codice appalti*, in *Urb. e app.*, 2009, pp. 659 ss.

<sup>61</sup> L'art. 11, co. 7, stabilisce, inoltre, che «l'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino al termine stabilito nel comma 9», ossia entro il termine ordinatorio di 60 giorni (o diverso termine previsto) entro cui deve essere concluso il contratto di appalto con l'impresa aggiudicataria. Si consideri, inoltre, il comma 10 dell'art. 11 che stabilisce un termine minimo, dilatorio, di trenta giorni, prima del quale il contratto di appalto non può essere concluso. Termine, questo, che si raccorda alla previsione di cui comma 8 dell'art. 11, essendo stabilito al fine di consentire la verifica del possesso di tutti i requisiti richiesti da parte dell'aggiudicataria al fine della conclusione del contratto. In argomento, cfr., M. LIPARI, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario* cit., e già in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, III, Milano, 2008, pp. 897 ss.; R. DE NICTOLIS, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici* cit, I, pp. 3 ss.; L. PIANESI, *La disciplina della procedura di affidamento: prima lettura degli artt. 11 e 12 del codice dei contratti pubblici*, in A CARULLO –

Si tratta di un'innovazione rispetto alla precedente disciplina, stabilita, in coerenza con gli artt. 21 *quinquies* – 21 *nonies* della L. 241/1990, come riformata, al fine di consentire all'amministrazione di revocare l'aggiudicazione, con riduzione di costi e responsabilità ed all'aggiudicatario, decorsi i termini, di sciogliere ogni vincolo a contrarre o recedere notificando il relativo atto all'amministrazione aggiudicatrice e senza incorrere in sanzioni. Ed inoltre, si aggiunga, come non sembri configurarsi alcuna ipotesi di collegamento sostanziale tra i due atti (aggiudicazione e contratto) nel senso, quanto meno, della non trasferibilità delle rispettive cause di invalidità/illegittimità dell'atto<sup>62</sup>.

Naturalmente, in caso di revoca dell'aggiudicazione possono verificarsi le condizioni per un'ipotesi di responsabilità precontrattuale, in aggiunta all'indennizzo comunque previsto dal legislatore della riforma del procedimento e del provvedimento amministrativo (v. l'art. 21 *quinquies*, co. 1 *bis*, L. 241/1990)<sup>63</sup>. L'argomento, di particolare interesse, meriterebbe ben altro approfondimento, ma ciò devierebbe eccessivamente dall'indagine qui proposta<sup>64</sup>.

---

G. IUDICA, *Comm. breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Cedam, Padova, 2009, spec. pp. 266 ss. In giurisprudenza, tra le tante, si ricordi T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, n. 8721 del 2002.

<sup>62</sup> Sulla invalidità del provvedimento amministrativo, secondo la riforma del 2005, cfr., in particolare: V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2006, spec. pp. 468 ss.; F.G. SOCCA, *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi: una lettura critica*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 165 ss.; E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 2006, 394; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 513 ss.; L. MAZZAROLLI, *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi (art. 21-septies della L. 241 del 1990, introdotto con la L. n. 15 del 2005)*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, pp. 543 ss.; A. SANDULLI, *Verso la codificazione della disciplina dell'azione amministrativa*, in M.P. CHITI e G. PALMA (a cura di), *I principi generali dell'azione amministrativa*, Jovene, Napoli, 2006, pp. 22 ss. In giurisprudenza, si ricordi C. di S., sez. V, 19.9.2008, n. 4522, in *Urb. e app.*, 2009, pp. 189 ss., con commento di C.E. GALLO, *La nullità del provvedimento amministrativo*; nonché, C. di S., sez. V, 8.9.2008, n. 4263, in *Urb. e app.*, 2009, pp. 195 ss., con commento di R. CARANTA, *Fino a che punto un contratto invalido vincola la pubblica amministrazione?*.

<sup>63</sup> Comma introdotto con il d.l. n. 7 del 2007, per il quale, in caso di revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea che incida su rapporti negoziali, l'indennizzo viene commisurato al danno emergente e tiene in considerazione l'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto oggetto di revoca ad interessi pubblici e di un eventuale concorso di colpa di entrambi i contraenti. Si tratta, sembra potersi ritenere, di un'applicazione del principio di buona fede in senso etico ed oggettivo, similmente a quanto accade nell'ambito del diritto delle obbligazioni per effetto dell'art. 1227 del cod. civ.

<sup>64</sup> La tutela dell'affidamento del privato rappresenta un principio generale dell'azione amministrativa, ex art. 1 della L. 241/1990 e s.m. e i., portato dal principio comunitario della c.d. *legittima aspettativa* (si cfr., in proposito, V. CERULLI IRELLI e F. MERUSI), specialmente in casi come quello in esame, nel quale si concretizza un affidamento ragionevole sulla legittimità e, quindi, stabilità del provvedimento amministrativo, nel caso di specie di aggiudicazione definitiva dell'appalto, come tale meritevole di tutela. Il primo nodo da sciogliere in materia è la discussa natura giuridica della responsabilità della pubblica amministrazione, in relazione agli atti illegittimi adottati, lesivi di situazioni di interesse legittimo: responsabilità da illegittima attività provvedimentale. Sulla scorta delle celebri decisioni n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Cassazione, la natura della responsabilità della p.a. è destinata, tuttavia, ad assumere connotati peculiari nel caso di aggiudicazione di pubblici appalti, nell'ambito dei quali viene in rilievo l'ipotesi della responsabilità precontrattuale in relazione alla fase di selezione del contraente e di formazione della legittimazione dell'amministrazione al contratto (c.d. procedura di evidenza pubblica), in so-

Ove si convenga con una simile ricostruzione, può forse correttamente concludersi nel senso che il provvedimento di aggiudicazione sembri effettivamente non interferire con la successiva, connessa ma distinta, fase negoziale, di cui costituisce sicuramente il principale presupposto, ma pur sempre estrinseco al contratto, con ovvie conseguenze in termini di invalidità/inefficacia dell'atto negoziale.

Il provvedimento di aggiudicazione pare, cioè, assumere il valore di presupposto esterno legittimante l'amministrazione aggiudicatrice alla conclusione del contratto con il contraente selezionato. In tal senso, il provvedimento di aggiudicazione sembra poter essere considerato un presupposto esterno di efficacia del contratto, sia in termini positivi, di produttività di effetti giuridici, sia in termini negativi, del venir meno degli effetti dell'atto in caso di revoca dell'aggiudicazione.

#### 8) Segue: *natura e funzione dell'aggiudicazione.*

Nella delineata prospettiva, un cenno s'impone, inoltre, in merito alla natura ed alla funzione dell'aggiudicazione definitiva<sup>65</sup>.

Secondo una prima ricostruzione, in quanto atto conclusivo della fase pubblicitica, ossia della procedura, ad evidenza pubblica, di scelta del contraente privato, l'aggiudicazione conserverebbe la sua natura provvedimentoale<sup>66</sup>. E, ciò, in conformità alla citata previsione di cui all'art. 11, co. 7, del Codice che ne esclude ogni efficacia vincolante in termini di accettazione negoziale. Più precisamente, il provvedimento di aggiudicazione definitiva è stato definito come «presa d'atto dei risultati di gara con funzione conclusiva del procedimento», piuttosto, che atto di approvazione in senso proprio<sup>67</sup>.

---

stanziale applicazione degli artt. 1337 e 1338 del cod. civ. Tra le tante in materia, si ricordi TAR Campania Napoli, Sez. I, 26.8.03, n. 11259; Id., 3.6.02, n. 3258; Consiglio di Stato, Ad. Plen., 15.9.2005, n. 7; Consiglio di Stato, sez. VI, 14.4.2005, n. 1047; Consiglio di Stato, sez. V, 10.10.2006, n. 6026; TAR Lazio - Roma, sez. III - sentenza 10 settembre 2007 n. 8761; Consiglio di Stato, A. plen., 5.9.2005, n. 6; C.G.A. - Sez. Giurisdiz., 29.9.2005, n. 635; CGA - sez. giurisdizionale, sentenza 29-8-2005, n. 573; Consiglio di Stato sez. IV, sentenza 19-3-2003, n. 1457; TAR Lazio - Roma sez. III, sentenza 13-7-2007, n. 6369; TAR Lazio - Roma sez. III, sentenza 10-1-2007, n. 76; TAR Campania - Salerno sez. I, sentenza 10-11-2005, n. 2450; TAR Lombardia-Milano, sez. III, sentenza 9-3-2000, n. 1869; TAR Campania-Napoli, sez. I, sentenza 26-8-2003, n. 11259; Consiglio di Stato, sez. IV - sentenza 4 ottobre 2007 n. 5179; Consiglio di Stato, sez. V - ordinanza 28 marzo 2008 n. 1328.

<sup>65</sup> L'aggiudicazione diventa definitiva con l'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria ad opera del competente organo dell'amministrazione aggiudicatrice, dopo aver effettuato le dovute verifiche e nei termini stabiliti dall'art. 11, co. 5, del Codice.

<sup>66</sup> Soluzione, questa, che sembra prevalere almeno nell'ambito della giurisprudenza, v., tra le altre, Consiglio di Stato, sez. II, parere del 27.3.2007, n. 440; in senso conforme, Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 4464 del 2005 e Consiglio di Stato, sent. n. 6253 del 2001; Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 2951 del 2004; Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 2338 del 2005; Consiglio di Stato, sez. IV, n. 7882 del 2004.

<sup>67</sup> Cfr. TAR Puglia, Lecce, sez. II, sent. n. 473 del 2003.

Sotto il profilo della sua natura giuridica è, poi, considerato provvedimento di chiusura formale della fase pubblicistica, «unilaterale autoritativo e solenne, tipico delle procedure selettive concorsuali»; ed in una seconda accezione, viene, altresì, considerato «atto conclusivo della negoziazione propria della trattativa privata con o senza bando»<sup>68</sup>.

Dunque, come osservato, sotto il profilo della legittimità, il provvedimento di aggiudicazione sembra poter essere correttamente considerato atto presupposto allegato al contratto.

Secondo un'altra ricostruzione, invece, l'aggiudicazione avrebbe natura negoziale, rappresentando l'atto finale di formazione della volontà dell'amministrazione. Tesi, questa, oggi assoggettata a diverse critiche, come si approfondirà meglio in prosieguo<sup>69</sup>.

Secondo, infine, una terza concezione<sup>70</sup>, il provvedimento di aggiudicazione avrebbe natura mista, recando in sé «due atti»: in primo luogo, costituirebbe «l'atto terminale del procedimento di scelta del contraente», consistendo nell'accertamento del miglior contraente, e, in tale direzione, avrebbe natura di «atto di accertamento di natura costitutiva»<sup>71</sup>; in secondo luogo, l'aggiudicazione conterrebbe «la dichiarazione di volontà della p.a. intesa alla costituzione del rapporto giuridico di appalto», di conseguenza, rappresenterebbe «il momento dell'incontro delle volontà contrapposte determinante il sorgere del rapporto giuridico, che è fin da allora perfetto ma non ancora efficace», essendo, comunque, necessaria l'approvazione e la conclusione del contratto.

La diversa natura del provvedimento di aggiudicazione – come atto provvedimentale o atto negoziale o atto di natura mista – è destinata, evidentemente, a ripercuotersi sulla categoria di invalidità o inefficacia che si ritenga configurarsi nei confronti del contratto rimasto privo di una legittima aggiudicazione.

Senza anticipare quanto si dirà oltre, tendenzialmente la categoria dell'invalidità (nullità o annullabilità) meglio si concilierebbe con la natura negoziale o mista dell'atto di aggiudicazione; quella dell'inefficacia (originaria) o della caducazione (intesa nel senso di inefficacia sopravvenuta), invece, con la natura provvedimentale.

---

<sup>68</sup> In tal senso, v. Cass., sent. n. 15518 del 2001; Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 3566 del 2002.

<sup>69</sup> La tesi dell'atto negoziale era «confortata dalla disciplina preunitaria sulla contabilità di Stato – alla stregua della quale l'aggiudicazione teneva luogo del contratto». L'A. ricorda, altresì, come vi fosse una terza ricostruzione intermedia per la quale l'aggiudicazione veniva intesa come atto di natura mista, ossia provvedimentale e negoziale. Il rilievo è tratto da D. RUSSO, *Contratti pubblici: aggiudicazione. Effetti dell'annullamento sul contratto e tutela giurisdizionale*, in *Spia al diritto, Il denaro*, 28.1.2009, pp. 22 ss.

<sup>70</sup> In tal senso, cfr. A. CIANFLONE - G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 589 ss., cui si rinvia anche per opportuni riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

<sup>71</sup> «Non basta che una determinata offerta sia risultata la più vantaggiosa ma occorre la dichiarazione che tale la qualifichi, fatta dall'organo competente» (così A. CIANFLONE - G. GIOVANNINI, *op. ult. cit.*, p. 589).

9) La «privazione di effetti»: ipotesi di caducazione sopravvenuta dell'atto negoziale?

Gli effetti del negozio «possono mancare, perché il negozio sia inesistente o invalido, oppure perché, pur essendo il negozio esistente e valido, una circostanza, e cioè un fatto estraneo al negozio, ne impedisca l'efficacia o ne determini l'inefficacia»<sup>72</sup>. E', dunque, utile tenere distinto il piano dell'invalidità<sup>73</sup> da quello dell'inefficacia in senso stretto<sup>74</sup>, atteso che un negozio invalido può essere in grado di produrre effetti (ad esempio, il negozio annullabile), mentre un negozio valido può, in presenza di determinate condizioni, essere improduttivo di effetti giuridici.

L'ordinamento sembra scegliere una definizione di inefficacia in senso stretto, negativa e residuale, configurandola tutte le volte in cui il negozio non sia invalido.

Diversi sono i casi di inefficacia del negozio, «originaria» o «successiva»<sup>75</sup>, «riflessa» e «rispetto ai terzi»<sup>76</sup>, «transitoria» e «sospesa». Invalidità e inefficacia sono, insomma, distinti concetti, rilevando, la prima, «sotto il profilo del non valere del precetto», la seconda, sotto quello del «mancare degli effetti»<sup>77</sup>.

---

<sup>72</sup> Secondo G. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 241, «inesistenza e invalidità» sono «cause d'inefficacia del negozio, accanto ad altre che suppongono la sua esistenza e sono compatibili con la sua validità».

<sup>73</sup> Prescindendo dalla pur rilevante distinzione tra inesistenza ed invalidità, quest'ultima si ritiene configurarsi nei casi di nullità o annullabilità del negozio. Cosa diversa è la categoria della semplice inefficacia del negozio, che è «generica, perché è determinata soltanto negativamente, nel senso che si tratta di inefficacia non dipendente dall'invalidità del negozio» G. SANTORO PASSARELLI, *op. ult. cit.*, p. 259).

<sup>74</sup> Secondo un'impostazione tradizionale, nel testo si è adoperato il termine 'inefficacia' per indicare la 'inefficacia in senso stretto', cioè, quella che presuppone la piena validità del negozio giuridico, in modo da distinguerla da quella che si verifica nel caso di invalidità del negozio. Impostazione proposta da: G. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* (1950), ristampa corretta della II edizione, a cura di G. CRIFÒ, ESI, Napoli, 1994, 469; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, I, 1959; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, rist., Cedam, Padova, 1961, 61; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, Napoli, 1949, 331. In critica all'impostazione tradizionale, v. R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Jovene, Napoli, 1969, 352; ID., voce *Inefficacia (diritto privato)*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1988, e, più di recente, ID., *Scritti giuridici, I. Scritti di diritto civile*, Cedam, Padova, 1996; A. GENTILI, *L'invalidità*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, II, Giappichelli, Torino, 1999, 1269; R. TOMMASINI, voce *Invalidità (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, 575. In una originale prospettiva di eliminazione della categoria dell'invalidità, venendo questa identificata nella «perfezione/imperfezione» del negozio, di cui ne costituirebbe un mero doppione, v. M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, rist., Giappichelli, Torino, 1955, p. 47; A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1943, p. 325.

<sup>75</sup> «Un negozio può essere originariamente inefficace per le parti, o per lo meno non produrre i suoi effetti definitivi, perché ancora non si è compiuta la fattispecie produttiva, ad esempio non si è verificata una *condicio juris*, come la morte del testatore rispetto al testamento o il matrimonio rispetto alla costituzione di dote; o viceversa diventare inefficace per le medesime, ad esempio a seguito della rescissione o della risoluzione del contratto per inadempimento» (G. SANTORO PASSARELLI, *cit.*, p. 260).

<sup>76</sup> «L'inefficacia del negozio, o di altro fatto, in genere l'irrelevanza di un rapporto, stabilita dalla legge a tutela dei terzi, assume il nome specifico di inopponibilità, ma l'inopponibilità non comprende né esprime tutte le situazioni di efficacia o inefficacia» (G. SANTORO PASSARELLI, *op. ult. cit.*).

<sup>77</sup> E. BETTI, *op. cit.*, p. 456, indica il criterio discrezionale tra nullità ed inefficacia: «è evidente l'opportunità di valutare e classificare diversamente la mancanza di effetti, secondo che dipenda da deficienza intrinse-



Alla luce degli attuali sviluppi dell'ordinamento, rimane aperta, poi, un'altra questione in materia di invalidità ed inefficacia, che qui può essere solo menzionata, ossia se tali figure svolgano in ambito negoziale una funzione di protezione<sup>78</sup> dell'agire umano, o, piuttosto, di sanzione<sup>79</sup>.

In un simile contesto si inserisce, dunque, la tematica della sorte del contratto in caso di revoca dell'aggiudicazione, la quale rende necessaria l'esatta individuazione dei confini delle diverse categorie di invalidità ed inefficacia sopra accennate, ed in particolare – se di categoria si tratti – della caducazione *ex lege* dell'atto giuridico, fenomeno, questo, che, sotto il profilo della teoria generale, meriterebbe ben altro approfondimento di quello in questa sede consentito.

Si tratta di una materia fluida e complessa, come emerge chiaramente dalla diversità degli interessi coinvolti, ben sintetizzata nel vivace contrasto giurisprudenziale qui di seguito descritto, il quale – è il caso di osservare sin da ora – pare rendere effettivamente necessario, sia l'intervento del Giudice delle Leggi, che reinterpreti la legalità del riparto di giurisdizione, sia del Giudice delle Giurisdizioni, affinché possa chiarire, appunto, la dubbia 'categoria giuridica' della caducazione *ex lege* dell'atto giuridico, con portata generale, fondamentale restando, al riguardo, la riflessione per cui l'effetto

---

ca o da circostanze estrinseche rispetto al tipo di negozio per sé considerato». Sicché, «si qualifica propriamente invalido, ossia carente (in definitiva) di valore precettivo il negozio in cui manchi o sia viziato taluno degli elementi essenziali o difetti uno dei presupposti necessari, costitutivi del tipo di negozio cui esso appartiene. Invalidità è quella inidoneità a produrre in guisa durevole e irremovibile gli effetti essenziali del tipo, che discende dalla logica correlazione stabilita fra requisiti ed effetti nel congegno della norma giuridica, ed è insieme sanzione dell'onere imposto all'autonomia privata di adibire mezzi idonei al raggiungimento dei propri scopi di assetto degli interessi. Si qualifica, invece, semplicemente inefficace il negozio di cui siano in regola gli elementi essenziali e i presupposti di validità, quando osti tuttavia alla sua efficacia una circostanza di fatto ad esso estrinseca». Inoltre, «invalidità ed inefficacia, così caratterizzate, rappresentano pertanto la soluzione che il diritto è chiamato a dare a due problemi di trattamento essenzialmente differenti. L'invalidità è il trattamento rispondente a una carenza intrinseca del negozio nel suo contenuto precettivo; l'inefficacia, invece, si presenta come la risposta meglio adeguata a un impedimento di carattere estrinseco che incida sul divisato regolamento d'interessi nella sua pratica attuazione». Si badi che la distinzione tra invalidità ed inefficacia è stata contestata da uno storico precedente giurisprudenziale, secondo cui «non sarebbe possibile distinguere tra nullità ed inefficacia, e contrapporre questa a quella come termini concettualmente divergenti per trarne conseguenze diverse rispetto ad una convenzione contraria a norme imperative»: Cass., Sez. Un., 7.5.1948, n. 675, in *Foro it.*, 1948, I, p. 1129, con commentato di G. SANTORO PASSARELLI, *Validità della clausola oro*, in *Foro it.*, 1949, I, p. 40, che afferma la necessità della distinzione tra inefficacia e invalidità.

<sup>78</sup> In tal senso: R. SACCO, *Le invalidità*, in R. SACCO e G. DE NOVA (a cura di), *Il contratto*, II, UTET, Torino, 1999, p. 473; G. CHINE', *Il diritto comunitario dei contratti*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, I, Torino, 2000, p. 663; A. GENTILI, *Le invalidità* cit.; G. GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 602; V. SCALISI, *Invalidità ed inefficacia*, cit., p. 208.

<sup>79</sup> In tal senso: E. BETTI, *op. cit.*, p. 469; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 360 ss.; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 88; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 610; A. DI MAJO, *La nullità*, cit., p. 43; G.B. FERRI, *Introduzione alla invalidità*, cit., p. 9.

giuridico null'altro esprime se non «una necessità assiologica, la necessità di un valore, appunto, un'esigenza, un dover essere»<sup>80</sup>.

E l'affermazione del 'valore', al quale corrisponde l' 'interesse', è, di certo, una prerogativa della norma costituzionale, come è stato efficacemente posto in debita evidenza, seppure in un'altro controverso settore dell'ordinamento, ossia in materia di danno non patrimoniale<sup>81</sup>.

Con riferimento alla fattispecie negoziale in esame, una simile necessità assiologica ben potrebbe essere assicurata attraverso l'utilizzazione del rimedio della caducazione *ex lege* dell'atto giuridico negoziale.

#### 10) *Le diverse opinioni della dottrina e della giurisprudenza in merito alle conseguenze sul contratto dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione.*

Si accennava, poc'anzi, al dibattito giurisprudenziale emerso in relazione alle diverse conseguenze determinate sul contratto, *medio tempore* concluso, dalla revoca dell'aggiudicazione. In proposito, è dato individuare una molteplicità di opinioni contrastanti.

Parte della giurisprudenza afferma, in maniera particolarmente significativa, che l'annullamento, con effetto *ex tunc*, degli atti amministrativi emanati in vista della conclusione del contratto – deliberazione di contrattare, bando, aggiudicazione – incide sulla sua validità, in quanto priva l'amministrazione della legittimazione e della capacità stessa (cfr. l'art. 1425 del cod. civ.) a contrattare, determinando, di conseguenza, l'annullabilità del contratto<sup>82</sup>. Tale annullamento può, però, essere pronunciato solo su

---

<sup>80</sup> A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 432. Secondo l'A., nel riferirsi alla teoria kelseniana della norma giuridica, «a differenza della legge fisica, la quale stabilisce una necessità di fatto e perciò incide sul mondo, dei fatti, la norma giuridica pone un dover essere che si riferisce al piano dei valori. Ogni norma di condotta, giuridica o etica, definisce un valore dell'agire umano». Il «sistema dei valori o riferito a valori» costituisce il «diritto». In argomento, sia consentito, altresì, rinviare al corso di lezioni dell'illustre Autore, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, Giuffrè, Milano, 2008, spec. pp. 38 ss.

<sup>81</sup> Il riferimento è alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, 11.11.2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 1, II, pp. 97 ss., con commento di F.D. BUSNELLI; ed in particolare, alla pregevole ordinanza di rimessione della III Sezione della Corte, Est. G. Travaglino.

<sup>82</sup> In tal senso, Cass., 17.11.2000, n. 14901; Cass., 8.5.1996, n. 4269; Cass., 28.3.1996, n. 2842; Cass., 8346/1996; Consiglio di Stato, sez. VI, 1.2.2002, n. 570; TAR Puglia Lecce, 28.2.2001, n. 746. Si distingue, inoltre, l'annullabilità per errore riconoscibile *ex artt.* 1428 e 1429, n. 3, del cod. civ. o, come rilevato nel testo, per incapacità a contrarre *ex art.* 1425, co. 1, del cod. civ. (v. Cass., sent. n. 1885 del 1995 e Cass., sent. n. 5712 del 1985).

richiesta dell'Amministrazione, la quale risulterebbe l'unica parte interessata secondo la previsione di cui all'art. 1441 del cod. civ.<sup>83</sup>.

In altri termini, il soggetto privato che reputi illegittimo l'*agere* amministrativo potrà impugnare gli atti della serie pubblicistica, ma, anche laddove ottenga l'annullamento, non vedrà automaticamente travolto il contratto, in quanto la sua caducazione potrà essere pronunciata solo dal giudice ordinario a seguito di azione esperita dall'Amministrazione, con l'emissione di una sentenza della cui natura, dichiarativa o costitutiva, può discutersi.

Tale tesi è stata fortemente criticata in dottrina, dal momento che in tal modo non viene soddisfatto l'interesse del privato, ad esempio, del concorrente illegittimamente escluso da una gara, il quale, anche se ottiene l'annullamento del relativo procedimento non vede realizzata la propria aspirazione ad essere il contraente.

Non manca, poi, chi, riconoscendo all'aggiudicazione natura non solo provvedimentale – nel senso, cioè, di provvedimento conclusivo della procedura di selezione del contraente privato –, ma anche negoziale o mista, ossia di atto giuridico con il quale l'amministrazione esprime la volontà di contrarre con l'impresa scelta ed alle condizioni dalla stesse offerte, conclude per la nullità del contratto, in virtù della considerazione per cui, intervenuta la caducazione *ex tunc* dell'aggiudicazione stessa, deve ritenersi venuto meno un elemento essenziale della fattispecie contrattuale, qual è l'accordo risultante dall'incontro di due volontà<sup>84</sup>.

Corollario di questa tesi è che, come significativamente rilevato, in difetto di una tempestiva impugnazione dell'aggiudicazione nel prescritto termine decadenziale di legge, l'azione di nullità risulta non proponibile<sup>85</sup>. E' evidente, al riguardo, il contrasto con la disciplina della imprescrittibilità della comune azione di nullità o della prescrittibilità quinquennale dell'azione di annullabilità.

Argomentando, invece, dalla natura provvedimentale dell'aggiudicazione, si è, altresì, affermato che il contratto risulterebbe colpito da inefficacia originaria o sopravvenuta relativa<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> Così stabilisce l'art. 1441 c.c. in materia di legittimazione relativa all'esercizio dell'azione di annullabilità del contratto: «l'annullamento del contratto può essere domandato solo dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge».

<sup>84</sup> Cfr. l'art. 1325 del cod. civ. In tal senso, C. di S., sez. V, 28.3.2008, n. 1328; C. di S., sez. IV, n. 3355 del 2004, C. G. A., sez. giurisdiz., n. 104 del 2005; in senso conforme, Consiglio di Stato, Ad plen., ord. n. 3355 del 2004; Cass., sent. n. 193 del 2002; Tar Puglia Bari, sent. n. 394 del 2002. Secondo un'altra ricostruzione, per la verità non del tutto ineccepibile, sempre in merito alla nullità, questa deriverebbe dal «contrasto tra il contenuto del contratto e le norme interpretative che lo disciplinano» (v. Consiglio di Stato, sez. V, n. 1218 del 2003; Consiglio di Stato, sez. V, n. 6281 del 2002; Tar Campania Napoli, sez. I, n. 3177 del 2002; Cass., 3642 del 1985; Cass., sez. un., n. 835 del 1982).

<sup>85</sup> Così, E. CASSETTA, *Manuale* cit., spec. pp. 590 ss. Chiaro appare il riferimento alla dibattuta questione della pregiudizialità.

<sup>86</sup> In tal senso, Cass. n. 6450 del 2004.

Il contratto non perderebbe efficacia in modo automatico, ma, al contrario, si richiederebbe, a tal fine, un'azione da parte del contraente pretermesso<sup>87</sup>. Si tratterebbe, precisamente, di una inefficacia originaria, provocata dal venir meno di una delle condizioni legali di efficacia del contratto, che, in tale prospettiva, quindi, conserverebbe la sua piena validità, essendo solo improduttivo di effetti giuridici<sup>88</sup>. Opererebbe, cioè, come una sorta di *condicio iuris* risolutiva dell'efficacia del contratto di appalto<sup>89</sup>.

Un'altra interessante ricostruzione giurisprudenziale, meritevole di particolare considerazione, afferma la caducazione automatica del contratto in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione, considerando quest'ultima atto presupposto ed adottando, in tal modo, la configurazione privatistica del collegamento negoziale, nel caso di specie, necessario e tra atti eterogenei. Tale orientamento, in una ragguardevole prospettiva anche di economia processuale, sembra, altresì, escludere la necessità di una ulteriore pronuncia giurisdizionale di annullamento del contratto, essendo, cioè, il contratto caducato *ex lege*<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> E. CASSETTA, *op. cit.*, 590, ricorda come, in relazione alla tutela dei terzi di buona fede, si indichi l'applicazione in via analogica degli artt. 23 e 25 del c.c., che, in materia di fondazioni e associazioni, fanno salvi i diritti dei terzi in buona fede in esecuzione della deliberazione. Prosegue l'A., «in ordine alla tutela del terzo non aggiudicatario, l'ordinamento ammette la tutela risarcitoria». Inoltre, si aggiunga che, nelle controversie devolute alla giurisdizione del G.A., l'art. 35 del d. lgs. n. 80 del 1998, ed ss. mm. ed ii., attribuisce al Giudice amministrativo il potere di disporre «anche attraverso al reintegrazione in forma specifica», il risarcimento del danno ingiusto. Tra le controversie cui si riferisce l'art. 35 vi rientrano anche quelle relative ai procedimenti di scelta del contraente (art. 6 l. 205 del 2000 e ss. mm. e ii.), assoggettati alla disciplina comunitaria o a quella statale o regionale sull'evidenza pubblica. Il G.A., chiamato a sindacare la legittimità di una procedura di affidamento di un appalto pubblico, su richiesta della parte lesa, accertandosi previamente della fondatezza della pretesa del privato all'aggiudicazione, si è osservato, potrebbe sostituirsi all'amministrazione nell'aggiudicazione dell'appalto mediante la reintegrazione in forma specifica.

<sup>88</sup> In tal senso, Consiglio di Stato, sez. IV, n. 6666 del 2003; Consiglio di Stato, sez. V, n. 3465 del 2004; Cass., n. 5712 del 1985 e Cass., n. 1197 del 1976.

<sup>89</sup> Contesta la configurabilità nell'ambito di fattispecie quali quelle in esame di condizioni legali, F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *www.lexitalia.it*. Si argomenta, in particolare, dal diverso rapporto di consequenzialità che intercorre tra fattispecie negoziali (principali ed accessorie) e fattispecie provvedimenti o pubblicistiche, nell'ambito delle quali tale rapporto assumerebbe significato e valore diverso.

<sup>90</sup> Così, in maniera particolarmente significativa, Cass., 15.4.2008, n. 9906, seppure con una motivazione singolare. Secondo la Corte, «l'annullamento del verbale di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito ad un provvedimento giurisdizionale comporta che nessun effetto possa essere riconosciuto al provvedimento invalido»; prosegue la pronuncia, «l'annullamento del verbale di aggiudicazione pone nel nulla l'intero effetto-vicenda derivato dall'aggiudicazione fin dall'origine, a cominciare dal contratto di appalto. Tale contratto non ha alcuna autonomia propria e non costituisce la fonte dei diritti ed obblighi tra le parti, ma, assumendo il valore di mero atto formale e riproduttivo, è destinato a subire gli effetti del vizio che affligge il provvedimento cui è inscindibilmente collegato e a restare immediatamente caducato, senza necessità di pronunce costitutive del suo cessato effetto o di atti di ritiro dell'amministrazione, in conseguenza della pronunciata inefficacia del provvedimento amministrativo *ex tunc* travolto dall'annullamento giurisdizionale». In sostanza, secondo la Corte, la caducazione, in sede giurisdizionale o amministrativa, «di atti attraverso i quali si è formata in concreto la volontà contrattuale dell'amministrazione, priva quest'ultima, con efficacia *ex tunc*, della legittimazione a negoziare. È come se l'amministrazione avesse concluso il contratto *in iure*, priva della legittimazione che gli è stata conferita dai precedenti atti amministrativi». Negli stessi termini, Tar Lazio, Roma, sez. II, 15.9.2008, n. 8328;

L'annullamento dell'atto, che costituisce il presupposto necessario ed esclusivo di altri atti, insomma, travolgerebbe automaticamente questi ultimi, considerato che essi trovano nel primo l'esclusiva ragione della loro esistenza. Ciò premesso, si intuisce come sia, di tutta evidenza, netta la differenza tra illegittimità caducante ed illegittimità meramente invalidante, dell'atto successivo, la quale ultima necessita, a differenza della prima tipologia di illegittimità, di autonoma impugnazione ed annullamento<sup>91</sup>.

Tale impostazione potrebbe apparire preferibile, in quanto, in tal modo, il contratto risulterebbe automaticamente ed immediatamente caducato «senza necessità di pronunce costitutive del suo cessato effetto o di atti di ritiro dell'amministrazione, in conseguenza della pronunciata inefficacia del provvedimento amministrativo *ex tunc* travolto dall'annullamento giurisdizionale»<sup>92</sup>.

Diversamente, il ricorrente vittorioso, che abbia preventivamente ottenuto dal G.A., l'annullamento dell'aggiudicazione, sarebbe tenuto a proporre un nuovo giudizio di accertamento negativo in ordine agli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sull'atto negoziale, rendendo in tal modo impossibile, in considerazione della durata dei processi civili, l'eventuale reintegrazione in forma specifica; con conseguente vanificazione di ogni legittima aspettativa circa la soddisfazione di quel bene della vita al quale il soggetto privato aspira<sup>93</sup>.

Anche l'argomento dell'inefficacia (originaria o sopravvenuta) meriterebbe ben altro approfondimento, rispetto alle brevi riflessioni qui svolte. Si consideri, comunque, a titolo esemplificativo, l'incerto legame, nell'ambito del nostro Ordinamento, tra l'inefficacia e la nullità relativa mutuata dall'ordinamento francese, al quale sembra essere estraneo il concetto di inefficacia. Il sistema della nullità relativa – con tutte le riserve del caso – sembra essere, ad esempio, adottato, prima dal legislatore comunitario, ora da quello interno, nell'ambito della tutela contro le clausole abusive nei contratti dei consumatori, di cui oggi al Codice del consumo del 2006.

Sarebbe di estremo interesse verificare la possibile configurabilità di una simile categoria di nullità nell'ambito della fattispecie in esame, avuto riguardo anche all'ambigua scelta del legislatore comunitario che, come ricordato, nella citata Direttiva ricorsi, forse non troppo casualmente, adopera la generica ed ambigua locuzione «privazione di effetti».

---

Tar Lombardia, Milano, sez. I, 8.5.2008, n. 1380; Cass., sez. I, 27.3.2007, n. 7481; nonché Cass., 7481/2007; Cass., 12629/2006; Cass., 17673/2004.

<sup>91</sup> Si cfr. E. CASETTA, *op. cit.*, spec. pp. 519 e ss., al quale si rinvia per ulteriori approfondimenti anche di natura bibliografica.

<sup>92</sup> Così, Cass., n. 7481 del 2007; in senso conforme, Cass., n. 12629 del 2006; Cass., n. 17673 del 2004.

<sup>93</sup> Si cfr., per tutti, G. VIRGA, *La rivalutazione della giurisdizione di merito*, in commento a Consiglio di Stato, Ad. plen., sent. n. 9 del 30 luglio 2008, in *www.lexitalia.it*.

Ed inoltre, approfondimento maggiore meriterebbe, ovviamente, anche il tema della *condicio iuris*, notoriamente di particolare complessità.

11) *L'incidenza sulla tesi dell'inefficacia originaria o sopravvenuta dei più recenti orientamenti in merito alla natura dell'interesse legittimo ed al giudizio dinanzi al giudice amministrativo.*

Giustifica il privilegio accordato alla tesi della caducazione automatica che, per le esposte ragioni, maggiormente soddisfa la pretesa del privato ad ottenere il bene della vita cui aspira, la nuova *ratio* alla base del processo amministrativo ed il nuovo significato assunto dall'interesse legittimo. Se prima, difatti, tale giudizio mirava esclusivamente a garantire la legalità dell'azione amministrativa, oggi esso è essenzialmente proposto ad assicurare la realizzazione dell'utilità sostanziale cui tende il privato cittadino.

Ne deriva, come corollario, che l'interesse legittimo, in origine inteso come potere di reazione processuale contro un atto illegittimo al fine di ottenerne l'annullamento<sup>94</sup>, o come interesse occasionalmente o indirettamente protetto<sup>95</sup>, o ancora come interesse strumentale alla legittimità dell'azione amministrativa<sup>96</sup>, è, oggi, secondo la ormai tesi normativa del Nigro, qualificato «quale posizione di vantaggio attribuita ad un soggetto dall'ordinamento in relazione ad un bene oggetto dell'azione amministrativa; e consistente nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene»<sup>97</sup>.

L'interesse legittimo è, dunque, il potere che il privato ha di condizionare l'azione amministrativa per preservare la sua utilità sostanziale, con la inevitabile conseguenza che la posizione di potere è funzionale a realizzare l'interesse individuale del privato cittadino e non, invece, l'interesse generale; ed inoltre, con la conseguenza che la posizione soggettiva dell'interesse legittimo è immediatamente presa in considerazione e tutelata dalla norma attributiva del potere. La differenza che si individua, quindi, con il diritto soggettivo perfetto è che l'utilità sostanziale sottesa all'interesse legittimo è perseguita mediante la mediazione del potere, pressoché insindacabile, amministrativo.

---

<sup>94</sup> Secondo la celebre tesi del Guicciardi.

<sup>95</sup> Tale diversa tesi sembra essere figlia dell'idea del giudizio amministrativo come volto a tutelare la legalità dell'azione amministrativa, tesi autorevolmente proposta in dottrina e seguita da parte, meno recente, della giurisprudenza amministrativa.

<sup>96</sup> Come diffusamente affermato sia in dottrina sia in giurisprudenza.

<sup>97</sup> Così Cass., SS.UU., n. 500/1999.

L'accoglimento della esposta tesi della caducazione automatica è, inoltre, il risultato della intervenuta trasformazione del processo amministrativo, che da giudizio sull'annullamento dell'atto antiggiuridico, cioè, da giudizio nato a tutela della legalità, e soltanto indirettamente idoneo a garantire l'interesse del singolo, diventa giudizio sul rapporto tra l'amministrato e l'amministrazione.

In altri termini, dal momento che l'interesse dedotto in giudizio viene sempre più identificato in un preciso bene della vita, il modello classico del giudizio impugnatorio-demolitorio entra in crisi, spostandosi il giudizio dall'atto al rapporto.

*12) L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 30.7.2008 e le Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 9156 del 17.4.2009, ed i riflessi dell'invalidità/inefficacia del contratto sulla giurisdizione.*

La problematica relativa al regime giuridico cui assoggettare il contratto concluso sulla base di un aggiudicazione, poi, revocata, come dianzi accennato, non manca di riflettersi sul piano della giurisdizione, in relazione, cioè, alla determinazione del giudice competente a conoscere della domanda intesa ad ottenere la pronuncia involgente il contratto.

In materia, si è visto, è, di recente, intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato<sup>98</sup>, la quale, nel tentativo di comporre l'ampio contrasto giurisprudenziale e dottrinale, ha, pare, alquanto, sbrigativamente, individuato il giudice munito della relativa giurisdizione, non senza mancare di suscitare talune legittime perplessità, ma, soprattutto, senza preoccuparsi affatto di prendere posizione in merito alla categoria di invalidità del contratto in gioco, in tal modo recidendo quel legame che, per anni, sia la dottrina sia la giurisprudenza, hanno ritenuto unisse i profili processuali ai profili sostanziali della tematica in oggetto.

L'Adunanza Plenaria aderisce all'orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>99</sup>, secondo le quali sussiste la giurisdizione civile sulla domanda volta ad

---

<sup>98</sup> Ci si riferisce a Consiglio di Stato, Ad. plen., n. 9 del 30.7.2008, per la quale si rinvia al par. 3.

<sup>99</sup> Ci si riferisce Cass., sez. un., 28.12.2007, n. 27169 cit., e a Cass., sez. un., 23.4.2008, n. 10443, nonché, più di recente, pur senza prendere posizione, v. Cass., sez. un., 17.4.2009, n. 9156, per cui, in tema di appalti pubblici aggiudicati in seguito a procedure concorsuali, «rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la cognizione degli atti e dei comportamenti tenuti nella fase precedente alla stipulazione del contratto, fra tali atti essendo compreso anche quello della revoca dell'aggiudicazione». Seppure implicitamente, sembra potersi concludere nel senso che le Sezioni Unite citate pongano come discrimine tra le giurisdizioni la conclusione o meno del contratto di appalto. Ne discende che, ove il contratto sia concluso, qualsiasi pronuncia involgente il contratto, dovrebbe intendersi rimessa al giudice ordinario. Prendono posizione in senso favorevole alla tesi della caducazione, pur devolvendo il relativo accertamento, al giudice ordinario, Cass., sez. un., 7.11.2008, n. 26790 e Consiglio di Stato, Ad. plen., 12.11.2008, n. 12, per

ottenere, con efficacia di giudicato, l'accertamento dell'inefficacia del contratto, la cui aggiudicazione sia stata annullata dal G.A.

Per effetto di questa decisione, pare il caso di osservare, vi sarà un sensibile allungamento dei tempi processuali, con conseguente grave pregiudizio per il privato.

L'annotata decisione n. 9 del 2008 non sembra, quindi, destinata a raccogliere ampi consensi. Tant'è che, un successivo pronunziato della sez. V del Consiglio di Stato<sup>100</sup>, discostandosi dalla suddetta pronuncia, ha, tra l'altro, diversamente affermato che «l'annullamento dell'aggiudicazione in sede giurisdizionale, allorché questo intervenga dopo la stipula del contratto di appalto, produce quale effetto (autoesecutivo) l'inefficacia di quest'ultimo. Vi è, infatti, un nesso di presupposizione ed interdipendenza che lega la fase pubblicistica dell'evidenza pubblica alla successiva stipulazione e l'aggiudicazione si configura come un presupposto di efficacia del contratto. Il sopravvenire di un'«inidoneità funzionale» che colpisce il negozio per l'incidenza *ab esterno* di interessi giuridici di rango poziore incompatibili con l'interesse negoziale, ne congela l'efficacia; in tal senso, quindi, il contratto non viene in rilievo sotto il profilo genetico (validità o invalidità)».

Queste conclusioni sembrano destinate ad assumere valore nella direzione della ricomposizione di quel legame che deve inscindibilmente sussistere tra profili sostanziali e profili processuali in materia di invalidità del contratto.

Inoltre, chiara sembra essere l'opzione ermeneutica in favore della caducazione dell'atto giuridico: «nel caso di annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione di una gara di appalto, il giudice amministrativo può emettere nei confronti del contratto *medio tempore* stipulato dalla P.A., una decisione non già con effetti costitutivi (di nullità, di annullamento o di risoluzione del contratto; decisione che spetta al giudice civile in via principale), ma meramente dichiarativa della sopraggiunta inefficacia, pronunziata in via incidentale ex art. 8 l. 6 dicembre 1971 n. 1034, strumentalmente alla richiesta di risarcimento in forma specifica sulla quale la legge gli attribuisce competenza».

Nella fattispecie all'esame della Corte, l'applicazione del suesposto principio di diritto ha come conseguenza che, per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione, il contratto concluso nelle more del giudizio dall'amministrazione, ha perso ogni sua efficacia. Pertanto, afferma l'accennata decisione, costituisce dovere per l'amministrazione medesima portare ad «esecuzione le ulteriori risultanze traibili dalla dichiarazione di i-

---

le quali è precluso al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, l'indagine sulla caducazione del contratto di appalto.

<sup>100</sup> Ci si riferisce a Consiglio di Stato, sez. V, 17.12.2008, n. 6292.



nefficacia del contratto, apportando le necessarie e consequenziali correzioni alla sua attività in sede di autotutela».

L'indubbiamente significativa pronuncia della Sezione V del Consiglio di Stato sembra, quindi, disattendere le statuizioni della citata Adunanza Plenaria n. 9 del 2008, le cui argomentazioni non vengono condivise.

La decisione in questione pare legare inscindibilmente la tesi dell'automatica caducazione *ex lege* dell'atto – per la quale opta – con il valore, da considerarsi superiore, dell'unità della giurisdizione e dell'effettività della tutela. Per intenderci, viene affermato che, soltanto aderendo alla tesi della caducazione *ex lege* è possibile assicurare la concentrazione della giurisdizione, che, di per sé sola, determina un vantaggio per il privato, non verificandosi quell'allungamento dei tempi di giustizia, che, di frequente, è ineludibilmente destinato a compromettere la soddisfazione dell'anelato bene della vita<sup>101</sup>.

Si consideri, in proposito che il processo in materia di pubblici appalti, sulla deriva della “Direttiva ricorsi”, è stato sottoposto al vaglio della Corte di Giustizia CE (causa C-568/08), e con particolare riferimento proprio al principio di unità della giurisdizione nonché ai limiti dei poteri di giudizio del giudice amministrativo in riferimento alla conclusione del contratto<sup>102</sup>.

La decisione dell'Alta Corte è destinata ad assumere evidente interesse per il nostro Ordinamento, potendo condizionare il recepimento della “Direttiva ricorsi”, con specifico riferimento al sistema dell'invalidità o dell'inefficacia eventualmente da adottare.

Infine, la ricostruzione in termini di inefficacia originaria o di caducazione, sembra essere in linea con un'altra ipotesi, che presenta alcune significative analogie con quella in esame. Ci si riferisce al venire meno della determinazione a contrarre, della cui natura di atto amministrativo e provvedimentale non sembra dubitarsi. In tal caso, difatti, la mancanza della determinazione a contrarre comporta, come una sorta di effetto domino, l'invalidità derivata dei successivi atti della fase pubblicistica di scelta del contraente e, dunque, di formazione del contratto, tra i quali l'aggiudicazione. Ora, in tale fattispecie, si ritiene che si configuri una carenza di legittimazione a contrarre

---

<sup>101</sup> Condividono la tesi della caducazione, ancora Consiglio di Stato, sez. VI, 5.5.2003, n. 2332, con commento di G. MONTEDORO, *I rapporti tra evidenza pubblica e contratto di appalto*, in *Urb. e app.*, 2003, pp. 918 ss.; Consiglio di Stato, sez. IV, 27.10.2003, n. 6666, con commento di L. VALLE, in *Urb. e app.*, 2003, 182 e ss.

<sup>102</sup> Il rinvio pregiudiziale all'Alta Corte è stato effettuato dal Tribunale di Assen (Paesi Bassi), che sembra vivere una situazione di *empasse* giurisdizionale e, quindi, di tutela, parzialmente analoga alla nostra. Per riferimenti più ampi, anche in ordine ai numerosi motivi sottostanti alle diverse questioni sottoposte al vaglio della Corte, v. R. DE NICTOLIS, *La riforma del Codice appalti*, cit., p. 660.

dell'amministrazione la quale determina l'inefficacia *ab origine* dei successivi atti. E, ci si chiede, quali effetti produrrà sul contratto tale inefficacia originaria e derivata ?

Offrire una soluzione a tale ulteriore complessa problematica non è, di certo, semplice, dovendosi valutare in che termini la determinazione a contrarre si ponga quale presupposto legittimante, in primo luogo, dell'aggiudicazione e, quindi, del contratto. In tal caso, invero, la determinazione a contrarre pare, effettivamente, intervenire, seppure con le dovute precisazioni e distinzioni, nell'ambito della formazione della capacità a contrarre dell'Amministrazione. Ne discende, allora, che la sua assenza potrebbe causare un difetto di capacità e, in questo senso, di legittimazione, con conseguente annullamento degli atti consequenziali, *in primis*, l'aggiudicazione e, quindi, il contratto.

In conclusione, alle brevi note che precedono è, dunque, demandato, in una prospettiva, se si vuole minimalista, il compito di porre in giusta evidenza – e benché, ciò possa, forse, apparire ovvio – come uno dei principali nodi problematici da dipanare, in una così controversa fattispecie, sembri, effettivamente, essere quello della complessità sistematica delle fonti, proprio in relazione alla Direttiva in commento. Problematica, questa, già di per sé complessa nell'ambito di uno specifico settore disciplinare e destinata a complicarsi ulteriormente, in casi come quello in esame, nei quali convergono una pluralità di interessi e di fonti inerenti non solo a diverse discipline, bensì anche a diversi Ordinamenti.

Comprensibile è, di conseguenza, l'ansia e l'agitazione dell'interprete, al quale resta il compito di «sintesi del molteplice nell'uno»<sup>103</sup>, e con l'avvertimento che «gli schemi assolutizzanti del pensiero unico appaiono inadatti e fuorvianti e il sapere elegge il pensiero del molteplice a nuovo principio ordinatore della realtà, in funzione di comprensione della diversità»<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> Secondo la nota impostazione di S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, in S. PUGLIATTI (a cura di), *Grammatica e diritto*, Giuffrè, Milano, 1978, 93 e ss.

<sup>104</sup> Così, V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, pp. 147 e ss. All'A. si rinvia anche per opportuni riferimenti bibliografici. Il problema delle fonti in diritto privato è, oggi più che mai, oggetto di profonda rimediazione ai diversi livelli del sistema. Dell'A. si cfr. anche *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 34 e ss.; ed in argomento, v. G.B. VACCARIO, *Deleuze e il pensiero del molteplice*, Giuffrè, Milano, 1990; G. FORNERO, *Postmoderno e filosofia*, in N. ABBAGNANO (a cura di), *Storia della filosofia*, IV, 2, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 394 ss.; E. PARESCHE, *La genesi ideale del diritto. Saggio sulla attuazione spontanea del diritto e la sua creatività*, rist., Giuffrè, Milano, 1956; nonché W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Giuffrè, Milano, 1963.