

## ***Il giudice delle obbligazioni e dei contratti delle pubbliche amministrazioni: profili di diritto comparato***

Barbara Marchetti

*1. Introduzione; 2. La cornice internazionale: il Government Procurement Agreement; 2.1 Le regole sui sistemi rimediali nazionali: l'articolo XX del GPA; 3. Il sistema statunitense: le bid protests e il loro giudice; 4. La dimensione comunitaria e le esperienze nazionali: tradizioni v. armonizzazione; 4.1 L'esperienza francese; 4.2 L'esperienza inglese; 4.3 L'esperienza tedesca; 5. Alcune considerazioni di sintesi.*

### *1. Introduzione*

Avverto in primo luogo che potrò trattare il tema assegnatomi in relazione al solo ambito dei contratti pubblici e che non mi occuperò dunque delle obbligazioni. Infatti, se per il primo è rintracciabile nei diversi sistemi un paradigma comune ed un corrispondente spazio giuridico in ordine al quale indagare la questione specifica del “giudice competente”, l'estensione dell'indagine anche al diverso campo delle obbligazioni richiederebbe innanzitutto una ricerca sull'oggetto “obbligazioni pubbliche” e sulla relativa portata e disciplina nei diversi ordinamenti che imporrebbe una trattazione asimmetrica dei due ambiti e costringerebbe ad includere nello spazio ristretto di un solo intervento questioni strutturalmente autonome e distinte.

Precisato così il tema su cui verterà questa relazione, dedicherò prima di tutto alcune considerazioni al quadro normativo internazionale che parzialmente collega e raccorda i diversi sistemi nazionali. Tale quadro è costituito essenzialmente dall'accordo plurilaterale sul *Government Procurement*<sup>1</sup> del 1994, elaborato in seno alla *World Trade Organization*<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Si tratta del *Government Procurement Agreement* (GPA) emanato al termine dei negoziati dell'Uruguay Round nel 1994. In ragione della sua natura plurilaterale (e non multilaterale) l'accordo può contare, per la sua attività di attuazione e amministrazione, della cornice istituzionale del WTO (utilizza ad esempio i servizi del Segretariato). Tuttavia, a differenza degli accordi multilaterali WTO, non è il Consiglio generale né la Conferenza ministeriale ad avere potere decisorio, bensì l'organo cui espressamente tali poteri sono conferiti dall'accordo plurilaterale, che nel caso del GPA è costituito dal *Committee on Government Procurement*. Così S. ARROWSMITH, *Government Procurement in the WTO*, London, Kluwer Law International, 2003, 41.

<sup>2</sup> Attualmente sono 40 gli Stati firmatari dell'accordo. Per lo più si tratta di Stati ad economia avanzata. Hanno inoltre lo status di *observer* altri 19 stati, e 4 organizzazioni intergovernative (*International Monetary Fund* (IMF), *International Trade Center* (ITC), OECD (*Organization for Economic Co-operation and Development*) e la *United Nation Conference on Trade and Development* (UNCTAD). Sul tema, v., tra i molti, J. HEILMAN GRIER, *Recent Development in International Trade Agreements Covering Government Procurement*, in *Publ. Cont. L. J.*, 2006, 35, 385; S. EVENETT, B. HOEKMAN, *The WTO and Government Procurement*, Northampton, Edward Elgar, 2006; M. DISCHENDORFER, *The Existence and Development of Multilateral Rules on Government Procurement Under the Framework of the WTO*, in *Publ. Proc. L.R.*, 2000, 9, 1; R. ANDERSON, *Renewing the WTO Agreement on Government Procurement: Progress to Date and Ongoing Negotiations*, in *Publ. Proc. L.R.*, 2007, 16, 255; M. A. KINSEY, *Transparency in Government Procurement: an International Consensus?*, in *Publ. Cont. L.J.*, 2004, 34, 155; S. ARROWSMITH, *Government Procurement in the WTO*, cit.; B. HOEKMAN, P. MAVROIDIS, *The WTO's Agreement on Government Procurement: Expanding Disciplines, Declining Membership*, in *Publ.*

Tale accordo infatti, oltre a contemplare una disciplina delle procedure di gara relative ai contratti pubblici, finalizzata alla promozione della pubblicità e competitività delle procedure per la aggiudicazione dei contratti statali, stabilisce precisi obblighi in capo agli Stati in ordine alla individuazione delle procedure nazionali per la contestazione delle decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici, e per tale ragione costituisce un termine di raffronto preliminare nella nostra prospettiva di indagine.

Di seguito saranno indagati alcuni sistemi rimediali nazionali per la soluzione delle dispute contrattuali prestando particolare riguardo alla questione del giudice competente e dei relativi poteri decisori: qui si privilegerà l'analisi del sistema statunitense di *bid protests* e, sul fronte europeo, quello di tre Paesi che, in ordine a tali profili hanno operato, pur nel quadro unitario della Comunità europea, scelte significativamente differenti.

Si tratta dell'esperienza francese (che assegna le controversie al *contentieux de pleine jurisdiction* al giudice amministrativo), di quella inglese (che riconosce la giurisdizione in materia alla *Queen's Bench Division* della *High Court*) e di quella tedesca (che vede una competenza specifica della *Vergabekammer* a decidere i ricorsi contro le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice).

Sulla base degli elementi raccolti si cercherà, in sede di conclusioni, di operare un confronto tra i diversi sistemi rimediali per verificare, alla luce dei rapporti con la disciplina sostanziale e con gli interessi da quest'ultima protetti, convergenze e divergenze, criticità e vantaggi delle diverse soluzioni adottate.

## 2. La cornice internazionale: il Government Procurement Agreement

Come rilevato sopra, gli ordinamenti statali oggetto di tale indagine (Stati Uniti, Regno Unito, Francia e Germania) risultano firmatari del *Government Procurement Agreement* (GPA). Occorre dunque anzitutto mettere in luce quali sono i principali vincoli che a tali Paesi derivano dalla adesione alle regole internazionali in esso stabilite.

In termini generali, è noto come finalità generale dell'Accordo sia la promozione del principio di trasparenza e non discriminazione nell'ambito dei contratti pubblici<sup>3</sup>, al fine di assicurare che le decisioni di acquisizione di merci e servizi da parte delle amministrazioni statali (pare opportuno sottolineare come l'accordo si riferisca principalmente al *Government Procurement* e non al *Public Procurement* in generale, ciò che esclude di principio che sia vincolante per tutte le amministrazioni pubbliche)<sup>4</sup>

---

*Proc. L.R.*, 1995, 4, 63. Per il panorama italiano si veda, tra gli altri, la monografia di M. M. SALVADORE, *Gli appalti pubblici nell'organizzazione mondiale del commercio e nella comunità europea*, Napoli, Jovene, 2001 e lo scritto di A. MASSERA, *L'attività contrattuale*, in G. NAPOLITANO (a cura di) *Diritto amministrativo comparato*, Milano, Giuffrè, 2007, spec. 251. L'esigenza di giungere ad una regolamentazione internazionale degli appalti pubblici è strettamente correlata alla rilevanza che tali contratti hanno nell'ambito del commercio internazionale in termini di potenziali effetti restrittivi del mercato. Si consideri, ad esempio, un'amministrazione statale che decida di acquistare attrezzature mediche specialistiche solo se prodotte nel proprio stato: è evidente che questa restrizione avrebbe l'effetto di tradursi in una barriera all'importazione di quei prodotti da altri paesi. Per questa ragione già al termine dei negoziati di Tokyo (1979) si giunse ad un primo accordo sul *Government Procurement* che, entrato in vigore nel 1981, ha posto le basi per i successivi negoziati dell'Uruguay Round che hanno portato alla firma dell'accordo.

<sup>3</sup> Il secondo ed il terzo considerando del preambolo contemplan rispettivamente i principi di non discriminazione e di trasparenza cui devono ispirarsi le leggi, i regolamenti le procedure e le pratiche in materia di appalti pubblici. In particolare sul principio di trasparenza cfr. M. A. KINSEY, *Transparency in Government Procurement: an International Consensus?*, cit.

<sup>4</sup> L'accordo si applica a tutti gli organismi individuati nella Appendice 1 dell'accordo, secondo quanto stabilisce l'art. 1 dello stesso. Principalmente si tratta dei Governi centrali degli Stati firmatari (nel caso di

non siano condizionate dalla provenienza della merce o del fornitore del servizio<sup>5</sup>. Nell'economia del presente lavoro non è possibile esaminare esaurientemente la disciplina sostanziale stabilita all'interno dell'accordo né gli effetti prodotti dalle regole fissate in altri accordi multilaterali emanati dalla *World Trade Organization* sul *public procurement*<sup>6</sup>; ci limiteremo così ad enucleare sinteticamente i contenuti principali del GPA, per soffermare poi l'attenzione sulla disciplina in esso prevista in ordine alle *challenge procedures* nazionali, disciplinate nell'art. XX.

Preme innanzitutto precisare che, così come per la disciplina comunitaria degli appalti pubblici, anche l'accordo sul *Government Procurement* non si estende alla totalità dei contratti pubblici degli Stati ma solo a quelli che superino una determinata soglia economica fissata nell'art. 1 par. 4 dell'Accordo<sup>7</sup>.

I principi che devono guidare la disciplina sono stabiliti nei primi articoli; in particolare, l'art. III afferma in generale il divieto di discriminazione tra offerenti nazionali e offerenti provenienti da Paesi terzi, salvo quanto previsto dall'art. V con riguardo alla esigenza di assicurare un trattamento differenziato a favore dei cd. Paesi in via di sviluppo e sottosviluppati.

La parte centrale dell'accordo è dedicata alla enucleazione della disciplina specifica delle procedure contrattuali. Al pari di quanto stabilito nel diritto comunitario, cui in parte si ispira l'accordo<sup>8</sup>, sono tre le procedure ammesse dal GPA per la scelta del

---

Stati federali, il vincolo vale solo per l'amministrazione federale). Talvolta, ad esempio nel caso del Canada, anche il livello *sub-federal* è coperto, ma tale ulteriore estensione varia da Stato a Stato. Nel caso degli Stati Uniti, ad esempio, sono circa 35 gli Stati interessati dall'applicazione dell'accordo. Per l'identificazione dell'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione dell'accordo occorre fare riferimento alla prima Appendice dell'Accordo. Un'analisi approfondita in ordine a tale profilo la si trova in S. ARROWSMITH, *Government Procurement in the WTO*, cit., 115 e ss; P. OLIVERA, *Defining the Scope of Covered Entities under the WTO Agreement on Government Procurement*, in *Publ. Proc. L.R.*, 1997, 6, 1; D. H. KIM, *Political Institutions and the Government Procurement Agreement of the WTO*, in *Publ. Proc. L.R.*, 2009, 18, 1. Le appendici rivestono un'importanza fondamentale non solo in relazione all'ambito di applicazione dell'accordo, ma anche perchè in esse sono inserite le informazioni riguardanti le fonti di pubblicità delle gare soggette alle norme dell'Accordo (appendice 2), le fonti che recano le informazioni riguardanti fornitori qualificati per le procedure selettive (appendice 3) e le fonti in cui è possibile rinvenire le informazioni a proposito delle discipline, procedure e prassi poste in essere dagli Stati firmatari (appendice 4).

<sup>5</sup> L'adesione all'accordo rende non più compatibili misure interne che privilegiano le proprie imprese nelle gare per l'aggiudicazione dei contratti. Alcuni Paesi spingono verso una estensione dell'accordo così da aprire molti mercati alle proprie aziende, che potrebbero così competere con quelle dei paesi meno sviluppati. Tra questi, in particolare, spicca il suolo propulsivo di USA e EU. Secondo questi paesi, l'apertura competitiva dei mercati dei contratti pubblici costituirebbe anche un passaggio fondamentale per una buona amministrazione, abbattendo la corruzione e i costi di contratti pubblici assegnati sulla base di logiche domestiche.

Al contrario, alcuni paesi si oppongono all'espansione multilaterale degli accordi (in particolare, l'Egitto, il Pakistan e l'India) perchè vedono in tale apertura un possibile pericolo per lo sviluppo delle relative imprese, che sarebbero svantaggiate nella competizione con le imprese dei paesi maggiormente sviluppati. Non solo: l'apertura conseguente alla firma degli accordi viene considerata dannosa per gli interessi extracommerciali (ambientale, dei diritti umani, dell'ecologia) che verrebbero in qualche modo assoggettati alle logiche del mercato, senza poter essere debitamente soppesati in sede contrattuale, dal momento che il recepimento delle regole di non discriminazione e competizione comporterebbe un deciso decremento della sfera di discrezionalità del contraente pubblico.

<sup>6</sup> Su questo secondo profilo, in particolare, può vedersi S. ARROWSMITH, *Government Procurement in the WTO*, cit., 48 e ss.

<sup>7</sup> La soglia economica stabilita per l'applicazione del GPA è grosso modo quella di rilevanza comunitaria, e corrisponde a 200.000 euro per i servizi e le forniture e 5.000.000 di euro per i contratti di lavori. La soglia è riportata nell'appendice 1 dell'accordo.

<sup>8</sup> BLANK, MARCEAU, *A History of Multilateral Negotiations on Procurement: From ITO to WTO*, in B. HOEKMAN, P. MAVROIDIS, *Law and Policy in Public Purchasing. The WTO Agreement on Government Procurement*, Ann Arbor, Michigan, 1997, 51.

contraente e l'aggiudicazione del contratto: esse sono previste nell'art. VII e consistono nella procedura aperta, cui tutte le imprese interessate possono partecipare (a), nella procedura selettiva, in cui partecipano alla gara le sole imprese invitate a farlo (b) e nella procedura limitata (o negoziata), in cui l'amministrazione aggiudicatrice contatta individualmente il soggetto contraente (c). Analogamente a quanto avviene nella gran parte dei diritti nazionali e in quello comunitario, la procedura negoziata costituisce una modalità di aggiudicazione del contratto di carattere eccezionale<sup>9</sup>, precludendo lo svolgimento di una vera competizione tra imprese e dunque ponendosi in contrasto con le finalità generali dell'accordo.

Le regole che governano l'attività contrattuale presentano un grado significativo di dettaglio, soprattutto in riferimento ad alcuni aspetti dell'azione contrattuale: le condizioni di partecipazione alla procedura e le modalità di pubblicità della stessa sono rigorosamente indicate dagli articoli VIII e IX dell'Accordo, che stabiliscono, da un lato, severi oneri di pre-determinazione dei requisiti di partecipazione alla gara, così da escludere possibili discriminazioni "a monte", e, dall'altro, obblighi di pubblicità dei bandi rispondenti a standard minimi fissati dalla lettera a) alla lettera h) dell'art. IX par. 6. Esse inoltre riguardano indifferentemente le due procedure aperta e selettiva: l'Accordo del resto non esprime alcuna preferenza tra i due metodi di ricerca del contraente né richiede condizioni particolari per l'impiego della procedura selettiva in luogo di quella aperta<sup>10</sup>.

La finalità di evitare discriminazioni tra operatori economici di diversi Paesi giustifica altresì la previsione, nell'articolo XI, di termini adeguati per la presentazione delle offerte. Si prescrive, ad esempio, nella lettera a) del paragrafo 2 dell'articolo XI che nel caso di procedura aperta, il termine per la ricezione dell'offerta non può essere inferiore a 40 giorni dalla data di pubblicazione dell'avviso di gara, questo al fine di evitare che termini più brevi possano rendere eccessivamente difficile la partecipazione alla gara di operatori economici di Paesi terzi.

Su altri profili l'accordo mostra invece una maggiore flessibilità che consente la protezione, accanto ai valori della trasparenza e della non discriminazione, degli interessi nazionali degli Stati firmatari, che mal sopporterebbero un quadro normativo eccessivamente rigido. Spetta, ad esempio, agli Stati, nel quadro generale fissato dall'Accordo, decidere in concreto se aggiudicare il contratto in esito ad una gara aperta fondata su criteri di aggiudicazione automatica oppure mediante una gara che consenta all'amministrazione una qualche discrezionalità in sede di valutazione delle offerte<sup>11</sup>; così come spetta agli Stati negoziare l'estensione oggettiva e soggettiva dell'accordo all'interno del proprio ordinamento sia con riguardo alle entità sub-statali vincolate dall'accordo che con riguardo alle potenziali deroghe ammesse in relazione a

---

<sup>9</sup> Stabilisce infatti l'art. XV, cui rinvia l'art. VII (lett. c) che la procedura negoziata può essere utilizzata solo in presenza di particolari circostanze, tra cui ricorre l'assenza di offerenti a seguito di procedura aperta o selettiva, o nel caso in cui gli offerenti non abbiano comunque rispettato le condizioni fissate nel bando, la circostanza che la prestazione possa, per le sue caratteristiche intrinseche, fornita da un solo soggetto e per ragioni di urgenza di cui non sia responsabile la stessa amministrazione aggiudicatrice.

<sup>10</sup> S. ARROWSMITH, *Government Procurement in the WTO*, cit., 181: «*The GPA, however, does not provide for any preference between open and selective methods of procurement, nor require any justification or conditions for their use*». In questo modo, secondo l'A., «*the GPA leaves the balance between transparency and other considerations – such as costs of conducting the procedure – to be set by states themselves*».

<sup>11</sup> Con riferimento all'aggiudicazione del contratto, stabilisce infatti l'art. XIII par. 4 (*Award of Contract*) lettera b) che «*unless in the public interest an entity decides not to issue the contract, the entity shall make the award to the tenderer who has been determined to be fully capable of undertaking the contract and whose tender, whether for domestic products or services, or product or services of other Parties, is either the lowest tender or the tender which in terms of the specific evaluation criteria set forth in the notices or tender documentation is determined to be the most advantageous*».

determinati settori di azione pubblica quale quello dell'amministrazione militare o della sicurezza interna.

### 2.1 Le previsioni sul sistema rimediabile: l'articolo XX del GPA

Operando una scelta non usuale nell'ambito degli accordi internazionali, l'articolo XX del GPA stabilisce l'obbligo per gli Stati firmatari di prevedere rimedi interni a favore dell'offerente che intenda lamentare la violazione delle norme previste nell'accordo. Una prima notazione, rilevante sul piano del diritto internazionale, riguarda dunque la circostanza che la violazione degli obblighi previsti nell'accordo possa essere fatta valere da soggetti (i cd. *suppliers*, cioè le imprese interessate all'aggiudicazione dei contratti) diversi dagli Stati firmatari e al di fuori dei tipici meccanismi di *dispute resolution* di carattere intergovernativo della WTO.

L'attuazione degli accordi è così garantita da un doppio sistema rimediabile: quello azionabile dagli Stati, che hanno azione dinanzi ai *panels* (e all'*Appellate Body*) del *Dispute Settlement System* della WTO e quello che può essere messo in moto dagli operatori economici interessati al contratto, i quali devono poter contare su rimedi di carattere interno per denunciare le violazioni dell'accordo lesive dei propri interessi<sup>12</sup>.

Accanto ai meccanismi conciliativi, che è compito degli Stati incoraggiare<sup>13</sup>, l'art. XX par. II stabilisce inoltre che le procedure nazionali di ricorso devono essere non discriminatorie, tempestive, trasparenti ed effettive. Il carattere non discriminatorio presenta implicazioni significative in quanto determina l'estensione della maggiore e più effettiva tutela interna anche alle liti per la violazione dell'accordo, con la conseguenza che, nel caso in cui la lite sia di natura "internazionale", un rimedio non previsto dal GPA ma contemplato dal diritto nazionale deve essere accordato a tutte le parti dell'accordo.

Quanto alla tempestività delle procedure, è interessante rilevare come essa sia considerata non in termini assoluti ma relativi, con riferimento alla natura degli interessi in gioco al momento in cui sorge la disputa, e all'oggetto della stessa<sup>14</sup>. La tempestività,

---

<sup>12</sup> Autorità e corti nazionali vengono così a costituire una rete di guardiani nazionali chiamate ad applicare, nella soluzione della lite, il diritto internazionale, assicurandone così l'attuazione. La previsione di giudici e autorità nazionali che assicurano l'applicazione dell'accordo presenta un vantaggio significativo in termini di giudizializzazione del sistema del GPA, perché a differenza di quanto accade per le decisioni adottate nel *Dispute Settlement System*, che non sono suscettibili di esecuzione forzata, le decisioni rese nei sistemi nazionali sono vincolanti e suscettibili di *enforcement* secondo le regole previste da ciascun ordinamento interno. Per questa osservazione v. S. ARROWSMITH, *Government Procurement in the WTO*, cit., 402, secondo cui «*the availability of a right of challenge that is not dependent on the discretion of the complainant's government also removes the possibility for governments to limit enforcement as a quid pro quo for a restrained approach by other parties*».

<sup>13</sup> Nel prevedere consultazioni con l'amministrazione aggiudicatrice, gli Stati devono comunque assicurare che il procedimento sia condotto in maniera imparziale e tempestiva. Inoltre, la fase conciliativa non deve mai pregiudicare la riparazione per mezzo dei rimedi giudiziali. Ad esempio, potrebbe essere ragionevole che, in pendenza della procedura conciliativa, la p.a. si astenga dalla stipulazione del contratto, soprattutto laddove il sistema rimediabile interno non preveda la possibilità di incidere sul contratto già stipulato. Per queste considerazioni cfr. S. ARROWSMITH, *Government Procurement in the WTO*, cit., 387.

<sup>14</sup> Stabilisce infatti il par. 8 dell'articolo XX che «*with a view to the preservation of the commercial and other interests involved, the challenge procedure shall normally be completed in a timely fashion*». In questo senso, una procedura azionata per ottenere il risarcimento del danno potrebbe essere tempestiva pur avendo una durata temporale significativa in ragione della sua scarsa incidenza sull'interesse dell'amministrazione e dei terzi offerenti; mentre nel diverso caso in cui l'azione sia volta ad ottenere l'annullamento di un bando o di una aggiudicazione, la tempestività andrebbe valutata alla luce degli interessi compromessi dall'azione.

inoltre, non deve comportare una diminuzione di effettività della tutela: sarebbe irragionevole, ad esempio, un termine di proposizione dell'azione così breve da rendere impossibile o estremamente difficile ottenere il rimedio<sup>15</sup>. Di qui l'assenza di indicazioni tassative riferite alla durata delle dispute e la necessità di una verifica concreta, condotta caso per caso, del carattere *timely* del rimedio nazionale.

L'effettività è invece correlata alla sussistenza di alcuni requisiti che riguardano l'indipendenza dell'organo che decide il ricorso o comunque il suo operare secondo logiche giurisdizionali<sup>16</sup>, la possibilità di tutela cautelare, la previsione di misure di correzione delle violazioni o, in alternativa, la previsione di misure di compensazione per i danni subiti (eventualmente in maniera limitata ai costi sostenuti per la presentazione delle offerte).

Nel prevedere standard minimi di effettività, l'accordo tiene opportunamente conto dei diversi meccanismi giustiziali presenti all'interno degli Stati firmatari, imponendo alcune condizioni riguardo alla imparzialità del decisore e alla consistenza della protezione accordata. Tra queste, particolarmente significativa appare la previsione di un *judicial review* rispetto alle decisioni dell'autorità decidente, nell'eventualità che non sia una corte, e l'applicazione di regole procedurali che garantiscano un'istruttoria di tipo processuale, la pubblicità del procedimento ed un contraddittorio pieno<sup>17</sup>. Sul piano dei poteri cautelari, l'accordo sottolinea la necessità di «*rapid interim measures*» per correggere le violazioni e preservare gli interessi commerciali sottesi al contratto, individuando nella sospensione del *procurement process* una delle misure cautelari funzionali a questo scopo. Tuttavia, recependo una disciplina comune a molte esperienze occidentali, il GPA prevede che ai fini della concessione della misura cautelare possano essere soppesati gli interessi (pubblici, ma non solo) alla prosecuzione dell'azione contrattuale<sup>18</sup>, riconoscendo all'autorità decidente una significativa discrezionalità.

Quanto ai poteri decisori, la lettera c) del par. 7 stabilisce che deve essere garantita la «*correction of the breach of the Agreement*» o la «*compensation for the loss or damages suffered, which may be limited to costs for tender preparation or protest*». L'accordo si arresta qui dinanzi all'autonomia procedurale dei diversi Stati e alle

---

<sup>15</sup> Il paragrafo 5 stabilisce che gli Stati possono prevedere un termine di decadenza ed un obbligo di notifica del ricorso all'amministrazione aggiudicatrice che decorra dalla conoscenza dei motivi del ricorso (o dalla ragionevole presunzione di conoscenza) ma stabilisce che in ogni caso tale termine non può essere inferiore a 10 gg.

<sup>16</sup> Più precisamente, mentre una Corte soddisfa per definizione il requisito dell'indipendenza, un'autorità avente funzione di *review* deve possedere l'accordo individua i caratteri che l'organismo non giurisdizionale non deve avere «*interest in the outcome of the procurement*» ed i suoi componenti devono essere «*secure from external influence during the term of appointment*» (par. 6). Nel caso di organismo di *review* non giurisdizionale, deve inoltre essere previsto un *judicial review* dinanzi ad una Corte e devono essere assicurate alcune garanzie procedurali tra cui il diritto al contraddittorio, la pubblicità della procedura, la possibilità di presentare testimonianze, la possibilità di farsi assistere ed il diritto ad una decisione scritta motivata.

<sup>17</sup> Pur considerando l'espressa indicazione di tali elementi, molti aspetti del sindacato operabile dalle autorità nazionali restano imprecisati. L'accordo non definisce, ad esempio, quale sia l'ampiezza del *review* delle Corti rispetto alle decisioni adottate dalle autorità di prima istanza, sicché ciascun ordinamento potrebbe prevedere un potere di sindacato di ragionevolezza ma anche un potere sostitutivo vero e proprio, anche alla luce della maggiore o minore specializzazione dell'autorità chiamata a pronunciarsi sul ricorso.

<sup>18</sup> Nel caso in cui la sospensione dell'azione processuale non venga disposta per la necessità di assicurare gli interessi commerciali o l'interesse pubblico, la decisione di *override* deve essere adeguatamente motivata (art. XX, par. 7, lett. a). La disciplina ricorda qui la disciplina federale statunitense contenuta nella *Federal Acquisition Regulation*, che espressamente prevede in capo all'autorità amministrativa adita per una *bid protest* il potere di emanare una *override decision* al fine di superare l'effetto sospensivo automatico prodotto dalla presentazione del ricorso.

variabili che vi si contemplan, riconoscendo come effettive decisioni che stabiliscono il rifacimento della gara o la caducazione del contratto – che certamente attuano la correzione della violazione – ma anche decisioni di mera riparazione dei danni, anche limitatamente alle spese sostenute per la presentazione dell’offerta. In nessun caso, inoltre, l’Accordo giunge a precludere agli Stati la protezione degli effetti del contratto già concluso, così che non può ricavarsi dalle norme del GPA alcuna indicazione vincolante in ordine al problema della sorte del contratto aggiudicato illegittimamente. Allo stesso tempo, l’impiego della congiunzione “or” non implica l’alternatività tra le misure di correzione e di compensazione, le quali potrebbero al contrario essere complementari secondo quanto del resto avviene in alcuni dei sistemi giuridici dei Paesi firmatari.

La trasparenza delle procedure, infine, è garantita dalla previsione in forma scritta delle procedure e dalla loro generale reperibilità<sup>19</sup>.

Le indicazioni del GPA in ordine ai requisiti delle *challenge procedures* sono significative alla luce del diritto internazionale e dei suoi meccanismi di *enforcement*, e confermano la crescente influenza e interazione tra diritto internazionale e diritti amministrativi nazionali; esse tuttavia non sono realmente *conformative* delle esperienze nazionali qui prese in esame, se si considera, da un lato, l’inevitabile indeterminatezza di alcune regole (riguardo alla durata della procedura, alla tipologia delle decisioni, ai presupposti della tutela cautelare) e, dall’altro, la difficoltà di garantirne, con gli strumenti del diritto internazionale, l’attuazione (*legally enforceability*). In ogni caso, tali previsioni restano assai rilevanti se le si guarda non alla luce dei sistemi della *Western Legal Tradition* (Comunità europea e suoi Stati membri, Stati Uniti, Canada) ma degli ordinamenti cui aspirano ad estendersi, in cui tali principi ed istituti appaiono tutt’altro che affermati e consolidati.

### 3. Il sistema statunitense: le bid protests e il loro giudice

L’esperienza statunitense rappresenta un termine di paragone proficuo per lo studioso europeo: infatti essa contempla una disciplina sostanziale per molti tratti simile a quella europea, presentando però un impianto rimediale significativamente divergente. La regolamentazione dell’attività contrattuale dell’amministrazione federale è contenuta, come è noto, nella *Federal Acquisition Regulation* (FAR) che costituisce una raccolta imponente di regole che disciplinano l’azione contrattuale pubblica dalla fase di pianificazione fino all’esecuzione del contratto<sup>20</sup>. Tale regolazione ha la finalità «*to deliver on a timely basis the best value product or service to the customer, while maintaining the public’s trust and fulfilling public policy objectives*». L’efficienza amministrativa, il conseguimento dei risultati prefissati e l’economicità dell’azione pubblica sono dunque alla base delle sue regole. Con l’espressione “*best value*”, in particolare, si intende che ciò che si persegue è il miglior risultato possibile tenuto conto delle esigenze dell’utente finale e della disponibilità finanziaria dell’amministrazione.

In vista di questi obiettivi, la FAR contempla un obbligo generale di pubblicità delle gare, diversamente commisurato in base al valore del contratto, ed il carattere aperto e

---

<sup>19</sup> Stabilisce letteralmente il par. 3 che ciascuna parte deve «*provide its challenge procedures in writing and make them generally available*».

<sup>20</sup> La disciplina è articolata in otto partizioni principali (che raggruppano complessivamente 53 sezioni a loro volta contenenti centinaia di disposizioni) che concernono rispettivamente le definizioni e le norme generali di condotta, con particolare riguardo a: (a) il *contracting officer*; (b) le regole e le procedure di carattere pianificatorio, concernenti cioè l’*acquisition planning*; (c) i metodi di scelta del contraente; (d) l’applicazione della normativa socio-economica; (e) le condizioni contrattuali generali; (f) alcune categorie contrattuali speciali; (g) la gestione del contratto; (h) e le clausole e forme contrattuali.

competitivo<sup>21</sup> delle procedure per l'aggiudicazione del contratto. La regola della procedura competitiva, in particolare, non può essere derogata se non quando ciò sia richiesto da ragioni di sicurezza nazionale o, più in generale, di interesse pubblico degli Stati Uniti.

La disciplina statunitense presenta regole dettagliate in materia di oneri di pubblicità, criteri di valutazione delle offerte, metodi di scelta del contraente e scansione delle fasi delle procedure che ricordano da vicino la disciplina comunitaria dei contratti pubblici. Tuttavia ciò che la distingue da quest'ultima riguarda le finalità che la ispirano. La regola della *full and open competition* si spiega in ambito statunitense per l'esigenza di assicurare l'efficienza amministrativa e il contenimento dei costi, anche in funzione di tutela degli interessi dei *taxpayers*, e non della concorrenza delle imprese nell'ambito del mercato interno, obiettivo che invece ispira la disciplina comunitaria dei contratti pubblici<sup>22</sup>.

Ciò ha rilevanti implicazioni in ordine alla scelta operata dall'ordinamento statunitense riguardo al sistema di risoluzione delle dispute contrattuali (*bid protests system*). Infatti, l'insieme dei rimedi giustiziali previsti dalla FAR trova la sua principale giustificazione non tanto nella vigenza del principio di *rule of law* in ambito contrattuale, ma nella assenza di efficaci incentivi in capo ai *contracting officers* ad agire in maniera corretta<sup>23</sup>. I ricorsi (all'amministrazione e ai giudici) proposti dai terzi lesi dall'azione dell'amministrazione contraria alle regole della FAR sono previsti e garantiti in quanto funzionali ad assicurare l'efficienza e l'economicità del sistema, e non sono concepiti, in linea di principio, come strumenti per la protezione delle imprese ingiustamente escluse o pregiudicate in una gara.

Una breve disamina dei meccanismi rimediali previsti e delle loro caratteristiche può confermare questa prospettiva<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> V. in proposito il supplemento speciale del *Federal Contracts Report* su *Competition Requirements in Public Contracting. The Myth of Full and Open Competition (An Analysis by Marshall J. Duke Jr.)* reperibile sul sito <http://www.acquisition.gov/comp/aap/index.html>. Ciò nonostante, secondo quanto rilevato nel 2006 dallo *Acquisition Advisory Panel* (organismo creato dal *Services Acquisition Reform Act* del 2003), un terzo delle acquisizioni operate dall'amministrazione federale non è il risultato di procedure competitive.

<sup>22</sup> Quest'ultima costituisce semmai un effetto della previsione della regola della *full and open competition*. Cfr. S. L. SCHOONER, D. I. GORDON, J. L. CLARK, *Public Procurement Systems: Unpacking Stakeholder Aspirations and Expectations*, working paper, May 2008, 7, reperibile su <http://ssrn.com/abstract=1133234>. Può essere anzi importante rilevare come la stessa legislazione degli Stati confederati confermi questo assunto. Questi ultimi, infatti, possono, nonostante la *interstate commerce clause* ed i numerosi poteri del Governo Federale in materia di *mercato interno*, emanare leggi che favoriscono imprese aventi la propria sede nello Stato a svantaggio di offerenti provenienti da altri Stati degli Stati Uniti, con la conseguenza, se si vuole paradossale, di una protezione del mercato interno meno intensa, quantomeno nel settore dei contratti pubblici, rispetto a quanto di verifica in ambito comunitario. In ordine a tali profili, si veda, J. F. ZIMMERMAN, *Congressional Preemption: Regulatory Federalism*. Albany: State University of New York Press, 2005.

<sup>23</sup> W. E. KOVACIC, *Procurement Reform and the Choice of Forum in Bid Protest Disputes*, in *Admin. L.J. Am. U.*, 1995, 9, 467: secondo l'A. mentre nel caso di contratti in ambito privatistico, vi sarebbero meccanismi di incentivazione maggiori a stipulare contratti vantaggiosi, nel settore pubblico i *contracting officers* mancherebbero di incentivi analoghi, assicurando così una minore efficienza amministrativa. Il sistema di *bid protest*, inoltre, avrebbe anche la funzione di controbilanciare il maggior rischio che gli operatori privati avrebbero nel caso di contratti pubblici, in ragione dell'area di possibile errore dell'amministrazione, rispetto agli scambi commerciali privati. Mette in luce tale profilo anche A. MASSERA, *L'attività contrattuale*, cit., 229.

<sup>24</sup> In proposito deve rilevarsi come per lungo tempo, cioè fino agli anni '70, le regole per la formazione dei contratti dell'amministrazione federale avessero una rilevanza meramente interna all'amministrazione, non potendo dar luogo d alcuna pretesa giustiziabile da parte di soggetti terzi. E' solo con la fondamentale decisione *Scanwell Laboratories, Inc. v. Shaffer* (424 F. 2d 859 - D.C. Cir.) del 1970 che il mancato rispetto di tali regole sulla formazione dei contratti ha potuto fondare istanze di



Il soggetto che intenda lamentare violazioni della FAR occorse prima o dopo l'aggiudicazione del contratto dispone di tre diverse vie di ricorso per la proposizione delle proprie *protests*<sup>25</sup>: può presentare istanza alla amministrazione aggiudicatrice (33.103 FAR), al *General Accounting Office* (GAO – 33.104 FAR)<sup>26</sup> o alla *Court of Federal Claims* (COFC titolo 28 par. 1491 US Code)<sup>27</sup>.

Le prime due vie di ricorso, di gran lungo preferite rispetto al ricorso giurisdizionale<sup>28</sup>, hanno un elemento significativo di differenziazione e numerosi tratti comuni. La principale differenza riguarda la condizione del decisore ed il suo grado di imparzialità rispetto all'amministrazione aggiudicatrice, mentre i punti di somiglianza riguardano la

---

*review* dinanzi ai giudici federali, dandosi vita ad un sistema rimediabile di impugnazione delle decisioni di scelta del contraente adottate dall'amministrazione aggiudicatrice. In particolare, nel caso *Scanwell* l'attore aveva lamentato il fatto che l'offerta presentata dal terzo aggiudicatario non era *responsive* rispetto ai requisiti fissati in via preliminare dall'amministrazione stessa e dunque non poteva risultare vincitrice. Sebbene infatti, secondo la Corte, l'autorità eserciti in sede di aggiudicazione una scelta discrezionale, tale discrezionalità deve essere esercitata tenendo conto dei criteri rilevanti (e non solo del criterio dell'offerta più bassa), in modo che la decisione finale del *contracting officer* inglobi la considerazione dei diversi elementi dell'offerta. La Corte ritenne applicabile al caso di specie la sez. 10 dell'*Administrative Procedure Act*, secondo cui qualsiasi persona ingiustamente lesa nei suoi interessi dall'amministrazione ha diritto a proporre un'azione. La decisione è ricordata anche da A. MASSERA, *L'attività contrattuale*, cit., 224.

<sup>25</sup> Con *protest* si intende l'obiezione scritta che presenta colui che è leso nei suoi interessi economici dalla *solicitation*, dalla decisione di esclusione della sua proposta, dalle decisioni di aggiudicazione del contratto o comunque dalla condotta contrattuale dell'amministrazione precedente o successiva all'aggiudicazione in violazione delle regole della FAR. Con *contract dispute* si intende invece la controversia che sorge in relazione alla esecuzione del contratto.

<sup>26</sup> In generale, il GAO costituisce il braccio consultivo ed investigativo del Congresso – una sorte di Corte dei Conti – per il controllo sull'esecutivo. Creato nel 1921 dal *Budget and Accounting Act*, svolge la funzione di «*investigate, at the seat of government or elsewhere, all matters relating to the receipt, disbursement, and application of public funds, and shall make to the President (...) and to Congress (...) reports (and) recommendations looking to greater economy or efficiency in public expenditures*» (Sec. 312(a), 42 Stat. 25). Il GAO è diretto dal *Comptroller General*, che viene nominato dal Presidente degli Stati Uniti con il parere del Senato. Il suo mandato dura 15 anni e non è rinnovabile. La nomina non può essere revocata dal Presidente ma solo dal Congresso attraverso la procedura di *impeachment*. Fino al 1996 i ricorsi in materia di contratti di tecnologia informatica erano assegnati al *General Services Board of Contract Appeals*, ma il *Clinger-Cohen Act* ne ha sancito il trasferimento al GAO.

<sup>27</sup> Lo *Administrative Dispute Resolution Act* del 1996 ha sottratto alle Corti distrettuali federali, a partire dal gennaio 2001, la competenza a decidere le dispute in materia di *Government Procurement*. Dal 2001, quindi, il solo foro giurisdizionale competente in materia è quello della *U.S. Court of Federal Claims*. Nota peraltro Kovacic, *op. cit.*, nel 1996, come, tra i diversi *forum*, quello meno preferito fosse proprio quello delle Corti federali, apparendo svantaggioso, rispetto agli altri più specifici, sia con riferimento alla possibilità di accordi stragiudiziali che definiscono la lite, sia per la più ampia possibilità di rimedi, tra cui *injunction*, *declaratory judgement* e danni. In termini generali, i rimedi amministrativi, presso la stessa amministrazione e presso il *General Accounting Office* costituiscono la via preferenziale di risoluzione delle *protests* contrattuali, anche in ragione della preferenza accordata dal sistema a vie di risoluzione stragiudiziale. Nel 1995, ad esempio, il Presidente Clinton emanò l'*executive order* n. 12979 per imporre a tutte le amministrazioni federali di prevedere sistemi di ricorsi interni quale alternativa alla proposizione di *protests* dinanzi ai fori esterni all'amministrazione stessa. L'*order* è stato poi incorporato nella FAR che stabilisce (33.103 FAR) che tutte le parti devono cercare di risolvere eventuali dispute nascenti dall'applicazione delle regole della FAR «*at the contracting officer level through open and frank discussions*». Sebbene non siano molte le amministrazioni che rendono pubblici i dati statistici sulle *protests*, dai dati in possesso la via amministrativa risulta di recente meno utilizzata. Cfr. E. A. TROFF., *The United States Agency-Level Bid Protest Mechanism; A Model for Bid Challenge Procedures in Developing Nations*, in *A.F. L. Rev.*, 2005, 57, 146.

<sup>28</sup> I ricorsi presentati dinanzi al GAO nel 2007 sono stati circa 1400 (contro 81 presentati alla *Court of Federal Claims* nello stesso anno). Di questi, solo 335 sono stati decisi nel merito e solo 91 sono stati accolti. Va rilevato che le decisioni adottate dal GAO sulla disputa sono rese pubbliche generalmente molto tempo dopo la discussione del caso, soprattutto per ragioni di protezione e di sicurezza degli interessi toccati dal contratto.

celerità e informalità della procedura e la sua efficacia con riguardo alla sospensione dell'azione contrattuale.

Per quanto concerne il ricorso alla p.a., spetta alla stessa *agency* l'individuazione dell'organo decidente e delle procedure interne per la soluzione delle *bid protests*, che devono essere spedite, celeri ed informali. L'istanza può essere rivolta al *contracting officer* o direttamente ad un organo indipendente; nel caso in cui la *agency* opti per la prima soluzione, deve essere comunque individuato un organo indipendente con funzioni di *appeal* rispetto al *contracting officer*. La *protest*, redatta in maniera informale ma contenente tutti gli elementi necessari alla decisione, va proposta entro termini generalmente brevi. Se l'atto impugnato è il bando (*solicitation*), l'istanza deve essere proposta prima della scadenza del termine per presentare le offerte. Se l'atto impugnato, invece, è l'aggiudicazione il termine è di dieci giorni da quando l'atto è adottato o sono comunque conoscibili le ragioni giustificatrici del ricorso. La proposizione della *protest* determina, in via generale e salvo decisione contraria della p.a., la conseguenza che il contratto non viene nel frattempo aggiudicato o, se già aggiudicato, non viene eseguito. Questo profilo costituisce l'elemento di maggiore interesse della via di ricorso amministrativa. Stabilisce infatti la FAR (sez. 33.103.f.2) che tale effetto sospensivo obbligatorio può essere evitato solo se il *contracting officer* adotta una determinazione motivata da cui risulta che motivi urgenti o di interesse pubblico rendono necessaria una prosecuzione dell'azione contrattuale. La possibilità di emanare una *override decision* è soggetta ad alcuni adempimenti procedurali: deve infatti essere approvata da un organo superiore al *contracting officer* designato a tale scopo dalla p.a. e va comunicata agli offerenti<sup>29</sup>. In tale modo, l'ordinamento ha scelto di "congelare" l'assetto contrattuale in pendenza della disputa rispetto a sviluppi che potrebbero rendere impraticabile la correzione dell'azione pregiudicando i diversi interessi in gioco. Non diversamente da quanto previsto anche dalla direttiva comunitaria 07/66, la sospensione cautelare del *procurement process* appare lo strumento più idoneo a proteggere gli interessi sottesi al contratto<sup>30</sup>.

Il ricorso al *General Accounting Office* condivide la celerità e l'informalità dell'istanza alla *agency*, ma è più largamente utilizzato in ragione delle maggiori garanzie di imparzialità assicurate dal decisore oltre che dalla possibilità di un *hearing*. L'esame dell'istanza avviene dopo che l'amministrazione, ricevuta notizia del ricorso, presenta un *report* in cui riferisce di tutti i fatti rilevanti per la soluzione della disputa, rispetto al quale le parti hanno l'onere di controdedurre, entro un ulteriore termine di dieci giorni.

---

<sup>29</sup> La decisione di non sospendere l'aggiudicazione del contratto o la sua esecuzione è soggetta al sindacato delle Corti (nello specifico della *Court of Federal Claims*). Nell'operare tale sindacato, la Corte ha stabilito (*Reilly's Wholesale Produce v. United States* (73 Fed. Cl. 705 (2006)), che l'amministrazione deve dimostrare che (a) vi sarebbero conseguenze negative significative in caso di sospensione (della aggiudicazione o dell'esecuzione del contratto); (b) che non vi sarebbe un'alternativa valida alla *override decision* in grado di soddisfare comunque gli interessi in gioco; (c) che i vantaggi della mancata sospensione siano maggiori degli svantaggi, anche tenuto conto del fatto che il ricorrente potrebbe avere ragione dinanzi al GAO (criterio di proporzionalità); (d) e quale sarà l'impatto della decisione di *override* sulla competitività e integrità del sistema di *public procurement*. Le medesime condizioni di validità sono state applicate anche nel caso *Superior Helicopter LLC v. United States* (78 Fed. Cl. 181, 189 (2007)). In argomento cfr. Y. CHO, *Judicial Review of "the Best Interest of the United States" Justification for CICA Overrides: Overstepping Boundaries or Giving the Bite Back?*, in *Publ. Cont. L.J.*, 2005, 338.

<sup>30</sup> Sul piano dei poteri decisorii, poi, l'amministrazione aggiudicatrice dovrà provvedere entro 35 giorni ad adottare la decisione del caso. Essa potrà correggere l'azione contrattuale ritirando i propri atti o provvedendo ad una nuova *solicitation*, secondo quanto appare necessario al fine di soddisfare l'istanza del *protester*, oppure rigetterà il ricorso. In caso di rigetto, l'interessato potrà proporre ricorso al *General Accounting Officer* entro 10 gg. dalla decisione negativa. Se la decisione è stata resa dal *contracting officer*, tuttavia, la proposizione dell'*appeal* non sospende il termine per presentare ricorso al GAO, sicché i due rimedi finiscono per essere alternativi.

La presentazione del ricorso paralizza l'azione contrattuale fino alla decisione della disputa, salva l'adozione, anche in questo caso, della *override decision*. Alcuni elementi della procedura generano qualche perplessità: il *protester* deve vincere la presunzione di *correctness* della decisione dell'amministrazione, senza tuttavia poter addurre testimonianze né perizie a suo favore; di conseguenza, la decisione finale si fonda prevalentemente sul rapporto consegnato dall'amministrazione. Infine, la decisione finale adottata dal GAO non è vincolante, poiché formalmente si tratta di una raccomandazione e dunque poggia su meccanismi di *moral persuasion*<sup>31</sup>.

Tuttavia, sul piano dei contenuti, essa contempla un ricco ventaglio di azioni correttive: può chiedere all'amministrazione di ripetere la procedura selettiva, di rescindere il contratto, di emanare un nuovo bando di gara, di aggiudicare il contratto ad altro offerente in conformità alle regole e di adottare ogni misura adeguata ad assicurare il corretto adempimento. Il GAO può altresì stabilire che la p.a. paghi al *protester* le spese sostenute per la proposizione del ricorso oltre alle spese di presentazione dell'offerta o della proposta contrattuale. Tuttavia, è evidente altresì che è l'interesse pubblico (finanziario e degli utenti finali della prestazione contrattuale) a stare particolarmente a cuore al GAO, sicché l'interesse del *protester* troverà soddisfazione in quanto coincida con l'interesse pubblico.

Con riguardo invece alle garanzie giurisdizionali, il giudice competente a decidere le *bid protests* è la *Court of Federal Claims*<sup>32</sup>. Inizialmente la sua giurisdizione concorreva con quella della Corti federali, ma l'*Administrative Dispute Resolution Act* del 1996, stabilendo l'esaurimento della giurisdizione di queste ultime sulle *bid protests* a partire dal gennaio 2001, ha assegnato ad essa il ruolo di giudice unico per le controversie in materia contrattuale. La sottrazione al circuito dei giudici federali della giurisdizione in tema di contratti pubblici ha costituito uno dei risultati della riforma attuata dall'amministrazione Clinton, che operando una maggiore caratterizzazione in termini *businesslike* del sistema, ha ridotto i controlli (anche esterni) sull'azione contrattuale pubblica e rafforzato i poteri discrezionali del *contracting officer*.

La sottrazione alle Corti federali della competenza a decidere sulle *bid protests* ha determinato rilevanti conseguenze in relazione a taluni profili della tutela accordata ai

---

<sup>31</sup> Ricevuta la raccomandazione, l'amministrazione ha l'obbligo di comunicare entro 60 gg. la mancata attuazione della raccomandazione. Il *Comptroller General*, di seguito, fornirà alla competente commissione congressuale notizia di tale mancato adeguamento, comunicando altresì la decisione che dovrebbe essere adottata. Sul ricorso al GAO da ultimo R. S. METZGER, D. A. LYONS, *A Critical Reassessment of the GAO Bid-Protest Mechanism*, in *Wisconsin L.R.*, 2007, 1225. Sulle criticità del ricorso al GAO si veda quanto osservava F. P. PUGLIESE, *I contratti delle amministrazioni federali negli Stati Uniti d'America*, (*Government Contracts*), Padova, Cedam, 1974, 216.

<sup>32</sup> La *U.S. Court of Claims* viene investita dal *Federal Courts Improvement Act* del 1982 della giurisdizione esclusiva in materia di controversie riguardanti la fase procedurale precedente alla aggiudicazione dei contratti pubblici. Attribuendo tale competenza, il Congresso stabilì che la Corte facesse propria la dottrina *Scanwell* elaborata una decina di anni prima dalla Corte del distretto di Columbia. Coerentemente a tale proposito, viene così attribuito alla COFC un potere di *judicial review* sulle decisioni relative al procedimento di *public procurement* (*solicitation*, revoca della stessa, decisioni di esclusione di una proposta) in conformità agli standard (*arbitrary or capricious/not in accordance with law*) fissati nell'*Administrative Procedure Act* (sez. 706 del titolo 5 dello U.S. Code); sono inoltre assegnati a tale giudice poteri decisori significativamente ampi: esso può infatti pronunciare «*declaratory judgments and such equitable and extraordinary relief as it deems proper, including but not limited to injunctive relief*». Con lo *Administrative Dispute Resolution Act* (ADRA) del 1996 la giurisdizione della *Court of Federal Claims* è stata poi ulteriormente estesa, al fine di includervi in generale tutte le contestazioni riguardanti l'attività amministrativa relativa ad un *public procurement*, prima e dopo la formale aggiudicazione del contratto. La *Court of Federal Claims* è un giudice speciale: oltre a pronunciarsi sulle *bid protests* (30% del carico di lavoro della Corte), decide le controversie in materia di *vaccine compensation*, *tax refund* (circa il 25% del contenzioso), e in materia di risorse ambientali e naturali e di *intellectual property*.

terzi offerenti ed in generale al sistema complessivo di *bid protests*<sup>33</sup>. Anzitutto sono mutati i contorni della legittimazione (*standing*). Mentre infatti, le Corti federali applicavano una nozione più ampia di *interested party* legittimata all'azione ricavata dall'*Administrative Procedure Act*<sup>34</sup>, la *Court of Federal Claims* ha inaugurato un diverso orientamento secondo cui, in applicazione della nozione accolta nel *Competition in Contracting Act* (CICA), sono legittimati a proporre ricorso solo i *disappointed bidders*, ovvero quei soggetti che hanno presentato un'offerta all'interno della procedura valutativa, rimanendo preclusa l'azione a coloro che non abbiano la qualifica di *actual* o *prospective bidder*<sup>35</sup>.

L'applicazione della definizione di *interested party* contenuta nel CICA ha portato ad una restrizione dell'accesso al *judicial review* in alcune ipotesi, tra cui, ad esempio, il caso *American Federation of Government Employees v. United States* del 2001. La controversia riguardava la contestazione da parte di un'associazione di dipendenti federali e di due dei suoi membri della validità di una decisione di esternalizzare una certa attività ad una società privata (*contracting out decision*). Ovviamente questa decisione avrebbe comportato la perdita del lavoro da parte dei dipendenti federali sicché non si poteva negare che questi fossero direttamente e sostanzialmente interessati dalla decisione in questione, e dunque avessero *standing* ai sensi dell'*Administrative Procedure Act*. Tuttavia, la Corte d'appello, applicando la definizione contenuta nel *Competition in Contracting Act* secondo cui *interested parties* è un *actual* o *prospective bidder*, ha negato loro la legittimazione ad agire, ritenendo non sussistessero indicazioni di segno contrario quanto ad un diverso *standing*<sup>36</sup>.

La tutela cautelare dinanzi alla Corte non può contare su meccanismi di sospensione automatica, ma è ancorata alla sussistenza delle condizioni generali previste per le

---

<sup>33</sup> La sottrazione alle Corti federali della competenza a decidere le controversie in materia di contratti pubblici è stata criticata alla luce di alcuni argomenti di *policy*: è stato infatti rilevato, dalla *American Bar Association* che soprattutto in caso di contratti di lievi entità, costringere i potenziali offerenti ad adire la *Court of Federal Claims* invece delle Corti federali distrettuali è assai dispendioso; inoltre le Corti federali costituiscono un giudice ai sensi dell'art. III della Costituzione degli Stati Uniti e dunque i giudici sono nominati a vita, mentre le nomine dei giudici della COFC – che è un giudice speciale creato dal Congresso ai sensi dell'art. 1 della Costituzione – potrebbero essere influenzate; lo sguardo delle *district courts* al sistema dei contratti pubblici potrebbe essere più ampio di quello della COFC; le *district courts* hanno comunque una competenza adeguata a decidere cause in materia di *public procurement* e in ogni caso la presenza di diversi fori giurisdizionali appare comunque positiva. In proposito cfr., P. VERCHINSKI, *Are District Courts still a Viable Forum for Bid Protests?*, in *Publ. Cont. L.J.*, 2003, 32, 408; F. W. CLAYBROOK JR, *Stranding and Prejudging in Bid Protest Cases*, in *Publ. Cont. L. J.*, 2004, 33, 535.

<sup>34</sup> F. W. CLAYBROOK JR, *Stranding and Prejudging in Bid Protest Cases*, cit., 535; W. N. KEYES, *Government Contracts*, cit., 383.

<sup>35</sup> (31 U.S.C. § 3551(2)). E' stato tuttavia osservato che poiché l'ADRA prescriveva che la *Court of Federal Claims* decidesse le controversie «*under the standard set out for judicial review in the Administrative Procedure Act*», la stessa perimetrazione dello *standing* avrebbe dovuto risentire di tale indicazione. In questi termini, cfr. F. W. CLAYBROOK JR, *Stranding and Prejudging in Bid Protest Cases*, in *Publ. Cont. L. J.*, 2004, 33, 535.

<sup>36</sup> Stabiliva la Corte che «*when defining standing under § 1491(b)(1), Congress did not use the broad language of the APA, "[a] person suffering legal wrong because of agency action, or adversely affected or aggrieved by agency action" 5 U.S.C. § 702*»; inoltre il Congresso non avrebbe invocato espressamente i requisiti stabiliti nell'APA in tema di *standing*, nonostante di tale legge richiami esplicitamente lo standard di *review*. Secondo la Corte, dunque, «*Congress, when using the term "interested party" to define those who can bring suit under § 1491(b)(1), intended to confer standing on anyone who might have standing under the APA*». Al contrario, il termine scelto dal Congresso di "*interested party*" «*is a term that is used in another statute that applies to government contract disputes, the CICA*», secondo il quale è legittimato a proporre ricorso chi sia "*an actual or prospective bidder or offeror whose direct economic interest would be affected by the award of the contract or by failure to award the contract*" (31 U.S.C. § 3551(2)).

misure interinali dinanzi alle Corti federali ovvero alla dimostrazione, da parte del ricorrente, del *fumus boni juris* e del *periculum in mora*, e alla valutazione da parte del giudice della opportunità della concessione del provvedimento cautelare alla luce degli interessi in gioco<sup>37</sup>.

Anche con riferimento all'ampiezza del sindacato, la Corte in questione presenta standard di *review* non particolarmente penetranti, limitandosi ad un controllo basato sull'*arbitrary and capricious test* previsto dalla sez. 706 dell'APA che implica un sindacato *deferential* rispetto alle conclusioni raggiunte dall'amministrazione. Il ricorrente ha così l'onere di dimostrare «*the lack of a rational basis or a violation of law by a preponderance of the evidence*», provando che la decisione adottata manca di base razionale o è difforme dalla legge<sup>38</sup>.

Sul piano dei poteri decisori, la Corte può concedere (secondo la formula utilizzata dalla sez. 1491 (b) (2) del titolo 28 dello U.S.C.) ogni rimedio, anche di natura equitativa, che ritenga preferibile per accordare protezione al ricorrente. Tuttavia il giudice esercita un ampio potere discrezionale in proposito. Nel caso *PGBA, LLC. V. United States*<sup>39</sup>, la Corte d'appello per il circuito federale ha infatti affermato che l'applicazione alla COFC degli standard di *review* dell'APA non toglie al giudice la possibilità di decidere discrezionalmente se emanare o no *injunctions* contro la p.a. né lo costringe ad annullare un'aggiudicazione perché *arbitrary, capricious* o comunque invalida. Anche accertata l'illegittimità dell'aggiudicazione, infatti, la Corte potrebbe decidere di non impedire l'esecuzione del contratto, in ragione degli interessi – e in particolare dall'interesse pubblico – in gioco. Come specifica la sezione 1491 del titolo 28 dello U.S. Code, il giudice, nel decidere la disputa, *deve attribuire la giusta rilevanza agli interessi della difesa e della sicurezza nazionale e alla necessità di una conclusione spedita della disputa*.

Se alla luce degli interessi sottesi, la Corte deciderà di pronunciare una decisione correttiva, potrà sia decidere la caducazione del contratto, ingiungendo all'amministrazione di provvedere ad una nuova *solicitation*<sup>40</sup> che proibire l'esecuzione di un contratto *legally defective* autorizzando una nuova gara in modo da soddisfare le esigenze di *military readiness*. Ancora, potrà annullare l'aggiudicazione del contratto e proibire all'amministrazione di procedere ad una nuova aggiudicazione finché non intervenga un confronto con il *protester* ed eventualmente con gli altri offerenti; oppure annullare l'aggiudicazione e “guidare” l'amministrazione nella rivalutazione delle proposte e nella nuova aggiudicazione; o ancora rinviare la *protest* all'amministrazione per ulteriori decisioni. Quanto peraltro la Corte non ritiene di poter fare è imporre all'amministrazione di aggiudicare il contratto al *protester*<sup>41</sup> o riconoscere al terzo il risarcimento dei danni per i *lost profits* conseguenti all'aggiudicazione del contratto a favore dell'illegittimo aggiudicatario<sup>42</sup>.

---

<sup>37</sup> *PGBA, LLC v. United States*, 389 F. 3d 1219, 1228 (Fed. Cir. 2004).

<sup>38</sup> *Benchmade Knife Co. v. United States*, 79 Fed. Cl.735 (2007).

<sup>39</sup> Cit., 226.

<sup>40</sup> La casistica da cui sono tratte le diverse decisioni della COFC è tratta da M. J. SCHAENGOLD, T. M. GIUFFRÈ, E. M. GILL., *Choice of Forum for Federal Government Contract Bid Protest*, cit., 243.

<sup>41</sup> *Mangi Envtl. Group Inc. v. United States*, 47 Fed. Cl., 10, 20 (2000) in cui il giudice Tidwell ha dichiarato che «*the court cannot direct the award of the contract to Mangi because to do so would infringe on the agency's right to decide to make contracts. The court concludes that the Forest Service unlawfully awarded the contract to SRI. As a result, that contract is declared null, void and without legal effect. The court orders that the Forest Service either (1) amend the solicitation to inform all offerors who were within the competitive range that it relaxed the solicitation's requirements pursuant to FAR 15.206 or (2) resolicit the contract and consider only those bids that are technically compliant*».

<sup>42</sup> In questo senso, *La Strada Inn, Inc. v. United States*, 12 Cl. Ct. 110, 115 (1987); *Keco Indus., Inc. v. United States*, 492 F.2d 1200, 1202 (Ct. Cl. 1974).

Se l'amministrazione ha adottato una decisione *arbitrary* e *capricious* o comunque invalida, la COFC può in ogni caso accordare un risarcimento nella misura delle spese per la predisposizione dell'offerta o della proposta<sup>43</sup>. Tuttavia, il risarcimento viene negato se il giudice, operando un giudizio prognostico (relativo a come l'amministrazione avrebbe operato se non avesse violato la legge) si convince che il *protester* non avrebbe comunque avuto *chances* di vedersi aggiudicato il contratto<sup>44</sup>. Complessivamente, anche la giurisdizione della COFC e le sue caratteristiche confermano la funzione di contrappeso del *bid protests system* rispetto alla mancanza di incentivi in capo ai pubblici funzionari.

Se queste sono le finalità del sistema, esso non può che *minimizzare* i costi che possono derivare al sistema di *public procurement* dalla sua attivazione, in termini di ritardi nell'approvvigionamento di beni e servizi, di costi economici (per la lite) per i privati e per l'amministrazione, e di potenziale disturbo nei confronti delle imprese concorrenti. Di qui il suo carattere flessibile e sburocratizzato, sensibile alla protezione degli interessi pubblici sottesi al contratto, improntato secondo logiche di specialità (dei decisori) e di celerità e, coerentemente con la tradizione giuridica amministrativa dei paesi anglosassoni, affidato prevalentemente a meccanismi amministrativi<sup>45</sup>.

#### 4. La dimensione comunitaria e le esperienze nazionali: tradizioni v. armonizzazione

I paesi fondatori della Comunità Europea conoscono tradizioni differenti in materia di attività contrattuale pubblica<sup>46</sup>. Tra questi, il Regno Unito ha conosciuto a lungo la teoria della piena autonomia contrattuale dell'amministrazione; la Germania ha sviluppato un corpo di regole speciali in funzione di tutela dell'interesse finanziario affermandone però la natura meramente interna; la Francia (così come l'Italia) ha, al contrario, scelto la via della procedura ad evidenza pubblica, assoggettando a regime pubblicistico gli atti di scelta del contraente privato e rendendoli in tal modo

---

<sup>43</sup> 28 U.S. Code 1491 b) 2. Sottolinea tale limitazione anche A. MASSERA, *L'attività contrattuale*, cit., 231.

<sup>44</sup> *H. G Properties A, L.P. v. United States*, 68 E. App.'s 192, 193 (Fed. Cir. 2003). Sulla giurisprudenza della Corte in tema di risarcimento danno relative nelle *bid protests*, F. E. CLAYBROOK JR., *Please Check Your Chrystal Ball at the Courtroom Door. A Call for the Judiciary in Bid Protest Actions to Let Agencies Do Their Job*, in *Publ. Cont. L. J.*, 2009, Winter, 375 il quale critica questa giurisprudenza, rilevando che «*when a court hypothesizes about what the agency might to do on remand, it usurps the agency's prerogatives and exceeds its own proper sphere*». Quanto più l'amministrazione dispone di uno spazio di manovra per l'aggiudicazione del contratto, tanto più è inappropriata un'analisi di questo tipo da parte del giudice. Per stabilire se una certa violazione ha rilevanza o meno sul contenuto della decisione finale – e dunque in ultima analisi ai fini della accertamento della pretesa sostanziale del *protester* – il giudice finirebbe con l'oltrepassare i limiti della sua funzione e ciò gli è precluso: «*the more sophisticated and complicated the agency's evaluation analysis, however, the more difficult it becomes for the court to make a "no prejudice" finding without stepping into the shoes of the agency itself and practicing clairvoyance*».

<sup>45</sup> E' attualmente in discussione una nuova riforma del sistema di *public procurement* statunitense, in conseguenza degli scandali emersi a seguito dell'uragano Katrina, che hanno messo in evidenza un fenomeno di diffusa corruzione nell'affidamento dei lavori pubblici. In particolare è stato presentato un disegno di legge intitolato "*Accountability in Government Contracting Act*" con cui si prevede un contenimento della discrezionalità del *contracting officer* ed un rafforzamento dei controlli. J. J. SNIDER SMITH, *Competition and Transparency: What Works for Public Procurement Reform*, in *Publ. Cont. L. J.*, 2008, 38, 85, spec. 126.

<sup>46</sup> Cfr. E. FERRARI (a cura di), *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Torino, 2003, in particolare E. FERRARI, *I contratti della pubblica amministrazione: dalla ricerca del mercato alla ricerca delle regole*, XI e ss. Si consenta sul punto di rinviare anche a B. MARCHETTI, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1, 95.

*giustiziabili*. Da queste diverse concezioni dell'azione contrattuale pubblica, che tuttavia condividevano l'obiettivo comune della protezione dell'interesse finanziario dello Stato, erano poi conseguiti sistemi rimediali variamente connotati in termini garantistici, affidati al giudice civile o al giudice amministrativo e caratterizzati da vari strumenti di protezione dei terzi e dell'aggiudicatario.

Rispetto a tali diversità, il diritto comunitario ha operato, come è noto, una forte armonizzazione della normativa imponendo regole sostanziali e procedurali comuni, tra cui l'obbligo di pubblicità delle gare, la loro rispettiva apertura in funzione concorrenziale e la giustiziabilità delle decisioni conclusive. Tale disciplina comunitaria è del resto risultata necessaria al fine di assicurare, nel mercato interno, la parità di trattamento tra le imprese europee in un ambito – quello dei contratti pubblici – economicamente molto rilevante<sup>47</sup>. La finalità di protezione delle libertà economiche e del diritto di non discriminazione delle imprese ha così “doppiato” le esigenze di salvaguardia dell'interesse finanziario dello Stato, imponendosi agli Stati membri anche a prescindere dalla sua funzionalizzazione rispetto all'efficienza economica.

Per effetto delle direttive ricorsi, anche il sistema di protezione è andato via via precisandosi, assumendo alcuni tratti peculiari. In particolare, il diritto comunitario ha costretto gli Stati membri a riconoscere *rilevanza esterna* alle regole sulla formazione del contratto, rendendo *giustiziabili* gli atti che la scandiscono e stabilendo poteri decisori di eliminazione e rimozione degli effetti da questi prodotti. Inoltre, la direttiva ricorsi 07/66 ha operato precise scelte in ordine alla previsione di termini sospensivi minimi tra aggiudicazione e stipulazione del contratto, alla tutela cautelare, alla caducazione del contratto per gravi violazioni della normativa europea, alla tutela risarcitoria e così via.

In questo quadro, è rimasta però intatta la possibilità per ciascuno Stato di individuare l'organismo competente ad operare il *review* delle decisioni e ad accordare il risarcimento del danno (giudice civile, giudice amministrativo, autorità amministrativa indipendente), così come la possibilità di modulare diversamente, pur nel rispetto degli standard minimi di tutela imposti dalla direttiva, i poteri decisori di cui questo può disporre.

Così i diversi sistemi rimediali appaiono la risultante delle differenti tradizioni giuridiche e del modo in cui queste si conciliano e si fondano nella cornice del diritto europeo, dando vita a modelli in cui coesistono meccanismi giustiziali unitari per gli appalti soprasoglia e sottosoglia, oppure distinte procedure a seconda della rilevanza economica del contratto (è il caso della Germania, per esempio). Ancora, in alcuni sistemi un solo giudice opera il sindacato sulle decisioni dell'amministrazione e decide sulla sorte del contratto (Francia) mentre in altri la giurisdizione sugli atti è attribuita ad un organismo diverso da quello chiamato a decidere sulla validità del negozio giuridico. E' il caso, ancora, della Germania, dove la prima competenza è assegnata ad un'autorità amministrativa indipendente (la *Vergabekammer*) mentre la competenza a decidere sul contratto viene riservata al giudice civile. E il quadro può essere ulteriormente articolato, in termini processuali, a seconda di come si risolve il problema della sorte del contratto preceduto da un'aggiudicazione illegittima.

Nell'esaminare i tre sistemi prescelti si cercherà di mettere a fuoco sia il tema della giurisdizione competente in ordine alla vicenda contrattuale, che quello dei poteri accordati alle autorità di ricorso per la correzione delle violazioni e/o la compensazione delle lesioni.

---

<sup>47</sup> Si stima, infatti, nel 15 % del PIL complessivo dei Paesi della Comunità Europea il valore del mercato del *public procurement*.

#### 4.1 L'esperienza francese

Come è noto la disciplina francese dell'attività contrattuale pubblica è contenuta nel *Code des Marchés Publics* (CMP) e muove dal presupposto della *specialità* e della *pubblicità* delle regole che governano la formazione dei contratti amministrativi. Anche prima che il diritto comunitario lo imponesse, il diritto francese prevedeva già, a partire dall'*arrêt Martin* del 1905, la sindacabilità degli atti amministrativi che precedono la conclusione del contratto e la loro impugnazione dinanzi al giudice amministrativo<sup>48</sup>.

E' attraverso continue modifiche del *Code* che il diritto nazionale dei contratti pubblici è stato via via conformato alle regole dettate dal diritto comunitario (l'ultima modifica del 2006 ha recepito le direttive 2004/17 e 18)<sup>49</sup>; sempre attraverso la medesima disciplina è assicurata l'attuazione dell'accordo internazionale sul *Government procurement agreement* del 1994, di cui la Francia è firmataria.

La disciplina stabilita nel *Code des Marchés Publics* è finalizzata ad assicurare la pubblicità e la trasparenza delle procedure per l'aggiudicazione del contratto in funzione dell'efficienza economica e della necessità di garantire la non discriminazione delle imprese nella partecipazione alle gare<sup>50</sup>. In termini molto generali, trasparenza e competitività sono garantite attraverso la previsione di estesi e rigorosi oneri di pubblicità delle gare e l'obbligo di procedure aperte quali strumenti privilegiati per l'individuazione del contraente privato. La procedura negoziata costituisce, anche nel sistema francese, un'ipotesi eccezionale, cui l'amministrazione può ricorrere solo in presenza di condizioni particolari.

La fase di scelta del contraente si conclude con l'atto di *adjudication*, con cui l'amministrazione sceglie l'impresa. Ma con esso non si ha il perfezionamento del vincolo contrattuale, che avviene invece con la firma del contratto o talvolta addirittura con la decisione di approvazione dell'aggiudicazione, atto quest'ultimo attraverso cui la p.a. recupera, in caso di assegnazione del contratto secondo criteri automatici, una parte della sua discrezionalità.

Il *Code de marches publics* prevede termini sospensivi minimi tra la conclusione della fase pubblicistica e la firma del contratto, la quale dischiude la fase privatistica vera e propria<sup>51</sup>; così come stabilisce in capo all'amministrazione oneri di comunicazione nei confronti dei terzi relativamente alla scelta operata dall'amministrazione e in ordine alle ragioni di mancata selezione della loro offerta. In ordine a questi profili, dunque, la direttiva ricorsi 07/66 non impone al legislatore francese soluzioni ed istituti che il diritto interno non prevedesse già.

Accanto ai termini sospensivi, il *Code de justice administrative* offre uno strumento cautelare provvisorio che completa, sul piano processuale, la protezione del terzo offerente. Nel termine sospensivo di dieci giorni, l'impresa pregiudicata dalla decisione amministrativa può infatti rivolgersi al giudice amministrativo per un *référé précontractuel* che consente al giudice amministrativo, nell'ambito della sua giurisdizione di *pleine contentieux*, di ordinare all'amministrazione di correggere le violazioni, conformandosi agli obblighi di pubblicità e di concorrenza previsti dalla

---

<sup>48</sup> *Conseil d'Etat*, 4 agosto 1905, *Martin*, Lebon, 749, concl. Romieu, RD 1906, 249.

<sup>49</sup> La disciplina dei contratti pubblici è poi completata dai *Cahiers de clauses administratives generales* (CCAG) e dai *Cahiers de clauses techniques generales* (CCTG) in cui sono stabilite le clausole generali amministrative e tecniche dei contratti pubblici.

<sup>50</sup> Essa si applica a tutti gli enti pubblici e ai soggetti privati che risultino controllati o finanziati prevalentemente da soggetti pubblici. Parziali deroghe all'applicazione del CMP sono previste per le forniture militari. Il *decret administratif* n. 16 del 2004 del 7 gennaio 2004 stabilisce gli ambiti in cui non trova applicazione il Code: in particolare la sua disciplina non si applica ad operazioni od azioni coperte dal segreto di Stato o riguardanti interessi pubblici particolarmente delicati.

<sup>51</sup> Si tratta dell'art. 80 del CMP.



normativa<sup>52</sup>. Contestualmente esso può disporre la sospensione cautelare della decisione dell'amministrazione sfavorevole al ricorrente<sup>53</sup>. Il giudice gode di un potere discrezionale in ordine alla valutazione degli effetti derivanti dalla sua decisione e può ordinare all'autorità di «*suspendre la passation du contract ou l'exécution de toute décisions qui s'y rapporte*» oltre che annullare tali decisioni e sopprimere eventuali clausole illegittime dello stesso (art. L551-1 *Code de justice administrative*). La pronuncia del giudice è assistita da potere di *astreinte provisoire*<sup>54</sup>.

La combinazione dei termini sospensivi e della tutela provvisoria offerta dal giudice garantisce che le correzioni delle violazioni avvengano prima che il negozio si perfezioni.

Fino al 2007, la via di ricorso del *référé précontractuel* costituiva in sostanza la sola via di tutela effettiva: essa era efficace ma se il ricorrente non esperiva con successo tale rimedio, ogni azione successiva contro il contratto gli era preclusa, non essendo dato ad altri che alle parti del contratto il potere di contestarne la validità<sup>55</sup>; residuava ai terzi la sola azione risarcitoria, destinata a coprire i costi di preparazione dell'offerta e di partecipazione alla gara, salva la dimostrazione di *chance sérieuse* di aggiudicazione, la quale rendeva possibile il risarcimento anche del mancato profitto<sup>56</sup>.

Una recente decisione del *Conseil d'Etat* del 16 luglio 2007 nel caso *Tropic*<sup>57</sup> ha però rovesciato questa giurisprudenza, apportando novità di rilievo nel quadro del sistema di protezione giurisdizionale francese in materia di contratti pubblici<sup>58</sup>. Con questa pronuncia, infatti, si è stabilito che i soggetti terzi esclusi dal contratto sono legittimati a proporre un ricorso di *pleine contentieux* per contestare direttamente, dinanzi al giudice amministrativo, la validità di un contratto pubblico stipulato tra l'amministrazione e l'aggiudicatario. Cade così la tradizionale barriera della conclusione del contratto quale momento che preclude ai terzi qualunque azione volta a contestarne la validità<sup>59</sup>.

---

<sup>52</sup> Come è noto il *contentieux de pleine jurisdiction* costituisce l'ambito di giurisdizione del giudice amministrativo cui corrispondono poteri decisorii particolarmente ampi dei tribunali amministrativi. Tale giurisdizione prevede che il giudice non effettui un mero sindacato di legittimità delle decisioni amministrative, ma conosca del rapporto sostanziale tra le parti (*contentieux subjectif*).

<sup>53</sup> Si tratta degli artt. L22 e L23 del *Code de contentieux administratif*.

<sup>54</sup> Il potere di *astreinte* (introdotto in Francia con la legge 16 luglio 1980) consente al giudice amministrativo di comminare sanzioni pecuniarie all'amministrazione che rifiuti di eseguire (o ottemperare in maniera incompleta ad) una pronuncia del giudice. In argomento, M. GENTOT, *L'exécution de décisions du Conseil d'Etat*, in *La Revue administrative*, 1998, 301.

<sup>55</sup> *Conseil d'Etat*, 24 dicembre 1897, *Le Buf*, n° 87703, p. 848; *Conseil d'Etat*, 14 marzo 1997, *Compagnie d'aménagement des coteaux de Gascogne*, n° 119055, T. p. 672. Romieu aveva per questa ragione definito «platonico» il ricorso contro gli atti preparatori. Solo in sede di esecuzione della decisione resa in sede di *recours pour excès de pouvoir*, e grazie ai poteri di *injonction* e di *astreinte* introdotti dopo il 1980, l'amministrazione poteva essere chiamata ad adire il giudice del contratto per chiedere la dichiarazione di nullità del negozio invalidamente costruito. Tuttavia, anche quando ciò avveniva, era necessario l'intervento di tre diversi giudici e l'esperimento dei relativi gradi di giudizio.

<sup>56</sup> Così *Conseil d'Etat*, 18 giugno 2003, *Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe*, reperibile su  
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000008139005&fastReqId=1289175733&fastPos=1>, ricordata anche da A. MASSERA, *L'attività contrattuale*, cit., 221.

<sup>57</sup> *Conseil d'Etat*, Ass., 16 luglio 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545. La decisione è stata adottata dal *Conseil d'Etat* con la solennità propria delle deliberazioni dell'*Assemblée*, e seguita da una conferenza stampa, divenuta usuale in caso di decisioni particolarmente importanti del supremo giudice amministrativo.

<sup>58</sup> S. BRACCONIER, *Accès de tiers au juge de contrat: excès de prudence*, in *AJDA*, 2007, 1497.

<sup>59</sup> In dottrina cfr. F. MODERNE, *Sur la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence*, in *RFDA*, 2007, 917, con specifico riferimento alla efficacia nel tempo della pronuncia del Consiglio di Stato introduttiva del nuovo ricorso; D. POUYAUD, *Un nouveau recours contentieux: le recours en contestation de la validité du contrat à la demande du concurrent évincé*, in *RFDA*, 2007, 923;

Per salvaguardare la certezza del diritto e la stabilità delle relazioni contrattuali, tuttavia, il *Conseil d'Etat* ha stabilito che il termine per esercitare questa nuova azione è di due mesi a partire dalla pubblicazione del contratto. Nell'ambito di questa azione, inoltre, non possono essere attaccati con *recours pour excès de pouvoir* gli atti della fase precedente alla stipulazione (*actes prelabes*)<sup>60</sup>.

Se l'esame del ricorso consente di concludere per l'invalidità del contratto, il giudice, anche tenendo conto degli interessi in gioco, potrà disporre la caducazione (*résiliation*) del contratto per l'avvenire, modificare alcune clausole contrattuali, prevedere la prosecuzione dell'esecuzione del contratto a condizione che siano introdotte delle misure di regolarizzazione, o anche solo accordare delle *indemnités* al ricorrente. Se il vizio rilevato lo giustifica e la valutazione degli interessi coinvolti lo ammette, il giudice potrà annullare parzialmente o integralmente il contratto con efficacia *ex tunc*. Il ventaglio di poteri decisori assegnato al *juge administratif* gli consente di modulare efficacemente, alla luce degli interessi delle parti e delle violazioni intervenute, gli effetti della pronuncia<sup>61</sup>.

Tale nuovo ricorso determina implicazioni rilevanti, anche per i profili attinenti alla stabilità dei rapporti giuridici, che non è qui possibile esaminare approfonditamente. Un cenno merita però la questione del rapporto tra *recours pour excès de pouvoir* contro gli atti *détachables* e ricorso per l'annullamento del contratto. Il primo problema riguarda la possibilità che una censura contro un atto *détachable* possa essere proposta per la prima volta nel ricorso contro il contratto. Di fronte a questo dubbio, la dottrina sembra ammettere un sindacato incidentale del giudice sull'atto preparatorio il cui stato di invalidità sia suscettibile di inficiare il contratto<sup>62</sup>.

---

M. CANEDO-PARIS, *Contrats administratifs et sécurité juridique: nouvelles avancées jurisprudentielles*, in *RFDA*, 2007, 935; M. VINCENT-LEGOUX, *Sur une tentative d'extension du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle*, in *RFDA*, 2007, 951; J. GERMAIN, *Les recours juridictionnels ouverts au concurrent évincé contre un marché public communautaire après sa conclusion en France et en Allemagne*, in *RFDA*, 2009, 49.

<sup>60</sup> Dinanzi al *Conseil d'Etat* viene impugnata l'ordinanza del *Tribunux administratif* di Basse Terre del 2 marzo 2006 con cui è rigettata la domanda della società Tropic di sospendere la decisione della Camera di Commercio di accettazione dell'offerta della società Rugoway, la decisione dell'amministrazione di firmare il contratto ed il contratto stesso. Successivamente al rigetto dell'istanza, l'amministrazione stipulava il contratto ma ometteva di darne pubblicità in maniera appropriata. Una volta firmato il contratto, tuttavia, la società Tropic non era più in grado di ottenere l'annullamento delle decisioni dell'amministrazione, perché il perfezionamento del vincolo contrattuale sanciva l'inizio di una fase esecutiva rispetto alla quale i terzi non potevano vantare alcuna pretesa, né alcuna legittimazione ad agire. Il Consiglio di Stato francese interviene a rimuovere questa limitazione stabilendo tuttavia che l'azione deve essere soggetta ad un termine breve di decadenza, fissato in due mesi, e che il ricorso non deve essere una via indiretta per contestare fuori termini gli atti presupposti rispetto alla stipulazione. L'invalidità del contratto, nel caso concreto, viene pronunciata sulla base di vizi che riguardano non gli atti preparatori ma il contratto (mancanza di sua pubblicità adeguata).

<sup>61</sup> D. POUYAUD, *Un nouveau recours contentieux: le recours en contestation de la validité du contrat à la demande du concurrent évincé*, cit., 928: «Le juge peut sanctionner de différentes manières l'irrégularité qui affecte le contrat, selon la nature de cette illégalité, le choix allant d'une simple compensation indemnitaire à la disparition du contrat en passant par sa modification ou sa régularisation à la suite d'un bilan entre les exigences du principe de légalité et le principe de sécurité contractuelle».

<sup>62</sup> Così M. CANEDO-PARIS, *Contrats administratifs et sécurité juridique: nouvelles avancées jurisprudentielles*, cit., 942: l'A. distingue tra atti viziati che sono in rapporto diretto con il contratto (come l'*acte de passation*) e atti che hanno un rapporto solo indiretto con il contratto. Per i primi, il giudice «pourra donc annuler le contrat au motif de l'illégalité de l'acte» e l'invalidità di questo ultimo sarà «reconnue indirectement»; mentre in relazione ai secondi, il giudice non pronuncerà l'annullamento del contratto ma potrà domandare all'amministrazione di adottare le necessarie misure di regolarizzazione.

Un secondo profilo problematico riguarda la sorte del *recours pour excès de pouvoir*, proposto precedentemente alla conclusione del contratto, in caso di successiva proposizione del ricorso in *annulation* del contratto.

Anche in ordine a tale questione, la soluzione può ricavarsi dalla consolidata giurisprudenza del *Conseil d'Etat*, secondo cui, poiché gli atti preparatori diventano, dopo la conclusione del contratto, tutt'uno con il contratto, il giudice di questo ultimo diventa competente a conoscere dell'intera vicenda contrattuale e al giudice del *recours pour excès de pouvoir* non resta che dichiarare irricevibile il ricorso<sup>63</sup>.

#### 4.2 L'esperienza inglese

Prima che il diritto europeo imponesse, già con le direttive di prima generazione, regole speciali e giustiziabili per la formazione dei contratti pubblici, l'esperienza inglese si caratterizzava per il riconoscimento in capo alla p.a. di una piena *freedom of contract* che non lasciava spazio alcuno al diritto pubblico<sup>64</sup>. In questa cornice privatistica, tuttavia, si era formato un diritto derogatorio dei contratti pubblici che prevedeva, da un lato, regole speciali in grado di garantire l'efficienza delle scelte contrattuali e, dall'altro, poteri esorbitanti in capo all'amministrazione che comportavano, ad esempio, il potere di risolvere il contratto o di modificarlo unilateralmente per ragioni di interesse pubblico<sup>65</sup>. Questi poteri erano sottratti a qualunque sindacato delle Corti.

Il diritto europeo ha imposto la costruzione di un sistema normativo in cui la *freedom of contract* viene ricondotta al necessario rispetto dei principi di trasparenza e di non discriminazione delle imprese ed incanalata secondo procedure finalizzate ad assicurare efficacemente tali finalità. Le direttive europee hanno inoltre preteso la sindacabilità delle decisioni amministrative conclusive della fase preparatoria<sup>66</sup>. La disciplina è ora contenuta nella *Public Contracts Regulation* del 2006 e nella *Utilities Contracts Regulation* anch'essa del 2006<sup>67</sup>.

Le procedure per la scelta del contraente privato sono modellate secondo le consuete tipologie di derivazione comunitaria: la procedura aperta, la procedura ristretta, la procedura negoziata (ammessa in ipotesi eccezionali) e, da ultimo, la procedura di dialogo competitivo. Sono inoltre previsti oneri di comunicazione a carico

---

<sup>63</sup> *Conseil d'Etat*, 3 agosto 1894, *Ville de Lyon*, Lebon, 542. Dopo la firma del contratto, «*l'acte préparatoire s'incorporait alors au contrat et l'ensemble ne pouvait plus être porté que devant le juge du contrat (mais par les parties seulement)*».

<sup>64</sup> M. D'ALBERTI, *I public contracts nell'esperienza britannica*, Napoli, 1984; F. MASTRAGOSTINO, *L'appalto di opere pubbliche. Norme interne e disciplina comunitaria*, Bologna, 1993 e, per la prospettiva comparata cfr. anche M.P. CHITI, *Regulation and Market in the Public Procurement Sector*, in *Rev. eur. droit publ.*, 1995, 373.

<sup>65</sup> Prima dell'avvento del diritto comunitario si aveva dunque un corpo flessibile e informale (esso era per lo più previsto da direttive e circolari) di regole procedimentali che avevano la funzione di assicurare la conclusione di contratti vantaggiosi senza tuttavia avere effetti vincolanti tali da poter costituire fonte di diritti dei terzi, che non avevano titolo a lamentarne il mancato rispetto da parte dell'amministrazione. S. ARROWSMITH, *Judicial Review and the Contractual Powers of Public Authorities*, in *Law Quarterly Review*, 1990, 106, 277; sia consentito rinviare anche a B. MARCHETTI, *Annulamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, 1, 120 e ss.

<sup>66</sup> Con riferimento a tale profilo, C. DAVIS, *The European Court of Justice Decision in Alcatel – the Implications in the United Kingdom for Procurement Remedies and PFI*, in *Publ. Proc. L. R.*, 2002, 282.

<sup>67</sup> Da rilevare che tali *Regulations* valgono per Inghilterra, Galles ed Irlanda del Nord, avendo la Scozia optato per una regolamentazione di recepimento autonoma rispetto al Parlamento di Westminster. Le *regulations* modificano le regolamentazioni emanate precedentemente per dare attuazione alle direttive 36 e 36 del 1993 e 665 del 1989 (*Public Works Contracts Regulation* del 1991, *Public Services Contracts Regulation* del 1993, *Public Supply Contracts Regulation* del 1995 e *Utilities Contracts Regulation* del 1996) e sono state emanate per dare attuazione alle direttive europee 2004/17 e 18.

dell'amministrazione relativi alla scelta operata e alle ragioni che la sostengono e termini minimi di sospensione tra il momento dell'aggiudicazione e la successiva firma del contratto, che non può intervenire prima di 10 giorni.

Le *regulations* stabiliscono le procedure di *enforcement* delle regole in esse previste. In particolare, viene stabilito un rimedio speciale azionabile dinanzi alla *Queen's Bench Division* della *High Court*. A differenza di quanto rilevato nell'esperienza statunitense ed in parziale discontinuità con la tradizione inglese degli *Administrative Tribunals*, la via di protezione individuata è dunque giurisdizionale ed è consegnata nelle mani della sezione civile dell'Alta Corte di Londra.

La natura pubblica o privata di tale rimedio è stata incerta fino a che la Corte d'Appello, nel caso *Cookson & Clegg* del 2005<sup>68</sup>, ha escluso che, nonostante la previsione del medesimo termine di decadenza, possa trattarsi di *public law judicial review*; essendo tale azione prevista dallo «*statutory scheme of relief*» disegnato dalle *Regulations*, essa appare invece riconducibile ad un'azione per *breach of statutory duty*<sup>69</sup>.

L'azione è condizionata a due adempimenti: innanzitutto il ricorrente ha l'onere di comunicare alla p.a. la violazione occorsa e l'intenzione di proporre un'azione per la sua contestazione (reg. 47(7) a)<sup>70</sup>; in secondo luogo, il ricorso deve essere proposto *promptly* e comunque entro 3 mesi dalla conoscenza delle ragioni che lo giustificano<sup>71</sup>. Se la Corte accerta la violazione delle regole imposte dalle *Regulations* può accordare al ricorrente una misura cautelare che può consistere anche nella sospensione del *procurement process* (*interim order*), oppure può annullare, in via definitiva, la decisione dell'amministrazione o ingiungerle le correzioni necessarie a riparare la violazione. In aggiunta o in alternativa, la Corte può inoltre concedere un risarcimento del danno per l'impresa che ha sofferto «*loss or damage as a consequence of the breach*». Nel caso in cui, invece, il contratto sia già stato firmato, il giudice può solo accordare il risarcimento del danno, essendogli preclusa ogni altra decisione relativa al contratto e alle decisioni presupposte<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> R. (*on the application of Cookson & Clegg*) v *Ministry of Defence*, 2005 EWCA Civ 811.

<sup>69</sup> «*The action for damages provided by the Regulations was in its domestic characterisation one for breach of statutory duty*»: così in *Matra Communications SAS v. Home Office, Court of Appeal*, (1999) 3 All ER 562. Tale obbligo sarebbe riferibile alla disposizione 47 (1) della *Regulation* laddove si prevede che l'osservanza delle norme delle *Regulations* e delle altre obbligazioni comunque discendenti dal diritto comunitario costituisce «*a duty owed to an economic operator*».

<sup>70</sup> E' stato escluso che la previsione di tale condizione dell'azione possa essere incompatibile con il diritto comunitario: caso *Matra Communication SAS v. Home Office*, (1999) 3 All ER 562.

<sup>71</sup> Ciò significa che la Corte potrebbe ritenere tardivo un ricorso pure proposto entro i tre mesi se ritiene che, date le circostanze, il ricorrente avrebbe comunque dovuto agire più prontamente. Cfr. M. BROWSHER, P. MOSER, *Damages for Breach of the EC Public procurement Rules in the United Kingdom*, in *Publ. Proc. L.R.*, 2006, 199.

<sup>72</sup> *Public Contracts Regulations 2006* (n. 5) part. 9, reg. 47 n. 9: «*in proceedings under this regulations the court does not have power to order any remedy other than an award of damages in respect of a breach of the duty owed in accordance with paragraph (1) or (2) if the contract in relation to which the breach occurred has been entered into*». Sul punto P. CRAIG, *Administrative Law*, sixth ed., London, 2008, 153, Sul sistema rimediabile inglese nel settore degli appalti pubblici cfr., in generale, P. BIRKINSHAW, *Contratti governativi e governo per contratto: una prospettiva inglese*. Parte seconda. *Il crescente ricorso alla tutela giurisdizionale*, e Parte terza. *L'attuazione e l'impatto delle direttive comunitarie sugli appalti*, in E. FERRARI, *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, cit., 193 e ss.; Sulla questione del rapporto tra rimedio speciale e procedura generale di *judicial review* cfr. S. ARROWSMITH, *Judicial Review of Public procurement: the Recent Decisions in the National Lottery Case and R. v Bristol City Council, ex p. D. L. Barrett*, in *Publ. Proc. L.R.*, 2001, 41; S. H. BALLEY, *The Relationship between Judicial review and the UK Procurement regulations: a note on Cookson & Clegg*, in *Publ. Proc. L.R.*, 2005, 104. dello stesso autore, *Judicial Review of contracting Decisions*, in *Public Law*, 2007, 444. Sui profile risarcitori M. BROWSHER, P. MOSER, *Damages for Breach of the EC Public procurement Rules in the United Kingdom*, cit., 195.

Il sistema rimediabile inglese disegnato dalle *regulations* riconosce dunque una sostanziale impermeabilità del contratto rispetto ad eventuali patologie emerse nella procedura di gara, riconoscendo una scissione netta tra rimedi giurisdizionali ottenibili prima e dopo la sua stipulazione<sup>73</sup>. Tale scissione netta, tuttavia, dovrà presumibilmente essere rivista ai fini di dare attuazione alla direttiva ricorsi 07/66 che, come è noto, stabilisce la caducazione del contratto in presenza di violazioni particolarmente gravi della normativa.

In ogni caso, l'assetto attuale della protezione giurisdizionale britannica solleva alcune criticità. La prima concerne il rapporto tra la via di ricorso speciale individuata dalle *regulations* e la procedura ordinaria di *application for judicial review* azionabile nei confronti di tutte le decisioni amministrative dinanzi alla *Administrative Court*<sup>74</sup>. Sono i due rimedi cumulabili od alternativi?

Il problema si è posto nel caso *Cookson & Clegg*, in cui il ricorrente aveva proposto contestualmente il rimedio speciale previsto dalla *Regulation* (si trattava della *Public Supply Contracts Regulation* del 1995) ed un'*application for judicial review* alla *Administrative Court* della *High Court*, facendo valere in entrambi i ricorsi le medesime censure. Nel caso specifico, la Corte adita per il *judicial review* ha negato il *leave* ritenendo errata la proposizione contemporanea e parallela di due ricorsi aventi motivi ed oggetto identici dinanzi a due diversi giudici. Tuttavia, una successiva giurisprudenza ha ammesso l'esperibilità del *judicial review* ordinario in una situazione in cui il ricorrente non aveva, ai sensi della *Regulation*, lo *standing* per esperire il ricorso per *breach of statutory duty*<sup>75</sup> (non poteva infatti dimostrare di soffrire o di rischiare di soffrire perdite o danni) e dunque non poteva contare sul rimedio speciale.

Il problema si pone ancora diversamente se le censure fatte valere dal ricorrente sono, nei due ricorsi, differenti e fondate su una *breach of duty*, da una parte, fatta valere per ottenere un risarcimento del danno ai sensi della *Regulation*, e su una contestazione di irragionevolezza o illegittimità della decisione (secondo la dottrina dell'*ultra vires*) al fine di ottenere l'annullamento dell'atto di aggiudicazione del contratto. Se il vizio denunciato dall'interessato è riconducibile ad una *breach of statutory duty* non vi sarebbe ragione, in linea di massima, per ammettere altri rimedi oltre a quello specificamente previsto dalla *regulation*. Ma se oltre a specifiche violazioni delle norme sui contratti sono fatte valere censure che riguardano invalidità per violazioni di principi di *common law* (difetto di imparzialità, irragionevolezza o difetto di competenza del *contracting officer*) non dovrebbero esservi argomenti per escludere il *judicial review*, stante la presunzione di sindacabilità degli atti amministrativi<sup>76</sup>.

La seconda questione riguarda l'azione per il risarcimento del danno ed i suoi caratteri. Il caso fondamentale in materia è *Harmon CFEM Façades v. Corporate Officer of the House of Commons*<sup>77</sup> che tra l'altro costituisce anche una delle poche decisioni in materia favorevoli all'attore. La fattispecie riguardava un ricorso presentato da Harmon contro la decisione dell'amministrazione di aggiudicare un contratto per la costruzione di nuovi uffici del Parlamento di Westminster all'offerente Seele/Avis. Il ricorrente

---

<sup>73</sup> Scissione che, prima della direttiva 07/66, era perfettamente compatibile con la disciplina comunitaria. Sul punto cfr. R. WILLIAMS, *When is a contract not a contract? The Significance of Third Party Rights in Remedies Available in UK Law under the EU Public Procurement Regime*, in *Publ. Proc. L.R.*, 2000, 31. Su questo profilo cfr. anche A. MASSERA, *L'attività contrattuale*, cit., 220.

<sup>74</sup> Specificamente sul punto S. H. BALLEY, *The Relationship between Judicial review and the UK Procurement regulations*, cit., 104.

<sup>75</sup> *R (on the application of the Law Society) v Legal Services Commission & the Lord Chancellor*, (2008) 2 All ER 148,

<sup>76</sup> Così S. H. BALLEY, *The Relationship between Judicial review and the UK Procurement regulations*, cit., 107.

<sup>77</sup> (1999) 67 Con. L.R. 1.

contestava il fatto che la p.a. avesse erroneamente applicato una “*buy British*” policy, sosteneva di aver presentato l’offerta più vantaggiosa e chiedeva alla Corte il risarcimento del danno nella misura dei costi sostenuti e delle perdite subite.

Nel decidere la causa, la Corte ha innanzitutto precisato la natura della responsabilità dell’amministrazione, affermando che, benché la *breach of statutory duty* possa nel diritto inglese configurare un *tort* civilistico, andava seguita in tali casi la sua diversa ricostruzione in termini di responsabilità contrattuale: esisterebbe infatti nella relazione che lega l’amministrazione agli offerenti un contratto implicito (*implied contract*) in ordine all’esame delle offerte secondo «*fairness and equality*»<sup>78</sup>.

Il giudice ha poi precisato che, sul piano della quantificazione del danno, tale distinzione (tra *contract* e *tort*) non sarebbe comunque rilevante in ordine alla tutela spettante al danneggiato, dovendo la compensazione – a prescindere dalle categorie del diritto inglese – costituire in ogni caso un rimedio effettivo per i danni subiti ai sensi del diritto comunitario<sup>79</sup>. In questi termini, le *regulations*, per effetto del diritto comunitario, avrebbero creato una *cause of action sui generis* che contemplerebbe a sua volta un rimedio *sui generis*<sup>80</sup>. E nel caso di specie, dopo aver accertato che Harmon aveva un effettiva *chance* di vedersi aggiudicare il contratto, la Corte ha condannato l’amministrazione a risarcire all’impresa i costi di presentazione dell’offerta ed il 35 % del mancato guadagno.

#### 4.3 L’esperienza tedesca

La disciplina tedesca dei contratti pubblici affonda le sue radici nel diritto civile, indossa poi le vesti del diritto contabile e, infine, per effetto del diritto comunitario, si colora di istituti tipici del diritto pubblico, pur continuando a mostrare i suoi tratti privatistici<sup>81</sup>.

La prima regolamentazione dell’attività contrattuale della pubblica amministrazione è contenuta nella *Verdingungsordnung für Bauleistungen* (VOB) elaborata nel 1926 da una Commissione formata da rappresentanti delle amministrazioni e delle imprese private. Essa contiene una disciplina delle procedure di gara e dell’attività contrattuale preparatoria analoga a quella elaborata in altri ordinamenti, quale quello francese ed italiano, ma viene ad essa negato carattere vincolante. Il suo carattere “interno” e la sua esclusiva finalizzazione all’efficienza economica dei contratti pubblici comportano la non giustiziabilità delle regole: in caso di violazione, non sorgono pretese in capo agli

---

<sup>78</sup> «As a matter of general approach I consider that where compensation is sought by a tenderer for being deprived of opportunity to be awarded the contract, the approach should be to award damages on a “contractual” basis, rather than on a “tortious” basis, although the remedy is a statutory remedy».

<sup>79</sup> M. BROWSHER, P. MOSER, *Damages for Breach of the EC Public procurement Rules in the United Kingdom*, cit., 204: «what the High Court certainly did in Harmon was to assert the need for a full and effective remedy under Community law in the context of public procurement».

<sup>80</sup> M. BROWSHER, P. MOSER, *Damages for Breach of the EC Public procurement Rules in the United Kingdom*, cit., 204.

<sup>81</sup> Mostrano questa evoluzione J. PITZCKER, *La nuova impostazione del diritto tedesco delle aggiudicazioni: alcuni aspetti di fondo*, in E. FERRARI (a cura di), *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, cit., 59 e ss.; nello stesso volume v. anche P. M. HUBER, *L’europeizzazione del settore degli appalti pubblici in Germania*, 75 e, dello stesso autore, *La tutela giurisdizionale in materia di appalti pubblici – in particolare al di sotto della soglia comunitaria*, 149; F. MASTRAGOSTINO, *L’appalto di opere pubbliche. Norme interne e disciplina comunitaria*, cit., 127. Sia consentito rinviare anche a B. MARCHETTI, *Annullamento dell’aggiudicazione e sorte del contratto*, cit., 126; Specificamente sui contratti sottosoglia C. FRAENKEL-HAEBERLE, G. GASS, *Appalti sottosoglia e tutela giurisdizionale nell’ordinamento tedesco: nuovo trionfo dell’ortodossia nazionale*, in *Il dir. dell’economia*, 2008, 1, 153.

offerenti o ai soggetti esclusi dalla gara, né possono essere sindacati gli atti espressione della volontà contrattuale dell'amministrazione che restano privatistici<sup>82</sup>.

Questi tratti non mutano nemmeno quando tale regolamentazione viene di seguito incorporata nella normativa sulla contabilità pubblica dell'amministrazione: essa mantiene infatti una natura non vincolante e ne esce rafforzata la sua funzionalizzazione alla esclusiva protezione dell'interesse finanziario dello Stato.

Su tale sistema hanno prodotto un impatto significativo le direttive comunitarie che hanno costretto ad una revisione complessiva della disciplina per i contratti di rilevanza comunitaria, imponendo obblighi di pubblicità delle gare, procedure aperte, ristrette e negoziate di scelta del contraente, obblighi di comunicazione delle scelte dell'amministrazione, termini sospensivi minimi e, più in generale, la sindacabilità delle decisioni della amministrazione appaltante dinanzi ad un organo dotato di poteri cautelari e di annullamento<sup>83</sup>. La trasposizione delle direttive è avvenuta nel 1998 attraverso l'introduzione della quarta parte della legge per la tutela della concorrenza (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB*), che è entrata in vigore nel 1999 ed è stata poi modificata in funzione dell'adeguamento alle successive norme comunitarie.

Ciò ha determinato una netta spaccatura tra disciplina dei contratti soprasoglia e sottosoglia ed ha dato luogo a due sistemi di regole separati e distinti, soprattutto con riguardo ai relativi meccanismi rimediali. Mentre infatti le imprese che partecipano a contratti di rilevanza comunitaria possono contare su meccanismi di *review* effettivi, ritagliati in modo da soddisfare le condizioni fissate nelle direttive ricorsi e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, le stesse imprese non hanno a disposizione analoghi strumenti di tutela per i contratti sottosoglia che restano attratti nella concezione privatistico-contabile originaria e riflettono il carattere ancora interno e non giustiziabile delle regole che li governano<sup>84</sup>.

La struttura del sistema rimediale per i contratti soprasoglia, coerentemente alla collocazione delle normative nella legge per la tutela della concorrenza, poggia su organismi di *review* di natura amministrativa, le *Vergabekammer*. Si tratta di commissioni di aggiudicazione indipendenti (dalla federazione e dai diversi *Länder*<sup>85</sup>) con funzioni di *adjudication*, le cui decisioni sono impugnabili dinanzi ad una sezione speciale della Corte d'appello (*Vergabesenat*) ai sensi del par. 116, comma 3 *GWB*<sup>86</sup>. Nessun ruolo è quindi riconosciuto alla giurisdizione amministrativa e ciò appare

---

<sup>82</sup> Afferma Pitzcker (*La nuova impostazione del diritto tedesco delle aggiudicazioni: alcuni aspetti di fondo*, cit., 61) che «scopo delle disposizioni speciali sul procedimento di aggiudicazione degli appalti create per i soggetti pubblici era l'acquisto a prezzi vantaggiosi ed economici (...) la trasparenza del procedimento di gara pubblico serviva unicamente a questo scopo pubblico e non dava fondamento ad alcun pretesa degli offerenti all'osservanza delle relative disposizioni». Sul punto v. anche T. JESTAEDT, *Public Procurement Directives: Germany*, in *International Business Lawyer*, 1996, 308.

<sup>83</sup> Il paragrafo 97 comma 7 stabilisce infatti che le imprese hanno diritto a che l'ente aggiudicatore osservi le prescrizioni sul procedimento di aggiudicazione.

<sup>84</sup> C. FRAENKEL-HAEBERLE, G. GASS, *Appalti sottosoglia e tutela giurisdizionale nell'ordinamento tedesco*, cit., 153, che parlano in proposito di «vera e propria cesura sistematica».

<sup>85</sup> Le *Vergabekammer* del *Bund* fanno riferimento all'Autorità federale per la concorrenza, mentre nei diversi *Länder* esse sono costituite presso i Ministeri dell'economia che svolgono le funzioni di regolazione della concorrenza all'interno di ciascun *Land*. La loro indipendenza è garantita dalle leggi che ne prevedono la composizione, i requisiti di nomina e taluni altri caratteri che consentono di individuare alcuni tratti del loro operato simili a quelli dei giudici.

<sup>86</sup> In caso di possibili contrasti con la giurisprudenza di altre corti d'appello o della corte federale è possibile rimettere la causa alla Corte federale. Sul punto C. FRAENKEL-HAEBERLE, G. GASS, *Appalti sottosoglia e tutela giurisdizionale nell'ordinamento tedesco*, cit., 157.

conseguente ad una lettura ancora non pubblicistica delle relazioni contrattuali delle amministrazioni<sup>87</sup>.

L'istanza alla *Vergabekammer* deve essere proposta *immediatamente* dopo il verificarsi della violazione. Se il vizio riguarda il bando di gara, il ricorso va proposto in ogni caso prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte. La previsione di un termine minimo di quattordici giorni tra la aggiudicazione del contratto e la sua firma ha la funzione di assicurare ai concorrenti una opportunità effettiva di impedire che, con la stipulazione del contratto, l'assetto di interessi divenga incontrovertibile. Una volta concluso il contratto, infatti, questo diventa tendenzialmente impermeabile ad eventuali contestazioni dei terzi e la decisione del giudice può essere solo di risarcimento del danno per equivalente<sup>88</sup>.

Se l'istanza è presentata prima che il contratto sia stipulato, le Commissioni per le aggiudicazione dispongono di poteri molto estesi a carattere correttivo: possono infatti adottare ogni misura necessaria a rimediare alle illegittimità e ad evitare pregiudizi agli interessi coinvolti (par. 114 della GWB).

Particolare rilievo è dato, anche nell'ordinamento tedesco, alla tutela cautelare. L'istanza proposta alla *Vergabekammer* determina infatti, ai sensi del par. 115 della GWB un effetto sospensivo automatico della procedura di aggiudicazione che impedisce all'amministrazione di procedere alla stipulazione del contratto fino a quando non giunga la decisione della Commissione e non decorra il termine per la sua eventuale impugnazione dinanzi alla Corte d'appello (par. 117 GWB)<sup>89</sup>. La decisione viene generalmente resa nel termine di cinque settimane dalla proposizione dell'istanza.

Il sistema rimediale generale prevede dunque rimedi amministrativi rapidi ed efficaci e, solo in seconda battuta, l'intervento del giudice civile. Assoluta centralità è riconosciuta alla tutela cautelare, in grado di correggere le violazioni delle norme prima del consolidarsi di un definito quadro di interessi. La firma del contratto rende questo ultimo inattaccabile dai terzi cui riconosce la sola possibilità di ricevere un risarcimento danni<sup>90</sup>.

In tale quadro, una questione resta problematica e riguarda l'impossibilità di contestare il contratto da parte dei terzi. Benché la scelta di preservare il contratto sia considerata

---

<sup>87</sup> Ritene però criticamente P.M. HUBER, *La tutela giurisdizionale in materia di appalti pubblici*, cit., 164, che la collocazione delle norme in una legge sulla concorrenza non possa dimostrare la scelta di un modello di diritto privato, perché la scelta che l'amministrazione compie tra una pluralità di offerenti è guidata «da norme che impongono agli enti aggiudicatori specifici vincoli pubblici». Tale assunto, poi, portato alle sue logiche conseguenze dovrebbe implicare che contro la decisione di aggiudicazione dell'amministrazione, che sarebbe dunque un atto determinato dal diritto pubblico, dovrebbe aprirsi la strada del ricorso al giudice amministrativo. In argomento, v. altresì K. KUTZSCHER, *Von der Unwilligkeit einer Gerichtsbarkeit – oder: Das schnelle Ende des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes im Vergaberecht?*, in *VergabeR*, 2006, VI, 823.

<sup>88</sup> Costituiscono un'eccezione a tale impermeabilità le ipotesi di nullità del contratto. E' specifica causa di nullità del contratto l'aver omesso di comunicare agli offerenti la scelta dell'amministrazione e le ragioni della mancata selezione della loro offerta (l'art. 13 del decreto sull'aggiudicazione di appalti pubblici – *Vergabeverordnung* – disposizione entrata in vigore dal 1° febbraio 2001 stabilisce che i contratti conclusi da amministrazioni aggiudicatrici sono nulli qualora gli offerenti esclusi non siano stati informati dell'aggiudicazione di un appalto al più tardi quattordici giorni prima della stipulazione dei contratti in questione.

<sup>89</sup> Viene fatta salva la possibilità che la *Vergabekammer*, se una considerazione degli interessi pubblici lo giustifichi, di autorizzare la stazione appaltante ad aggiudicare comunque il contratto.

<sup>90</sup> Stabilisce il par. 126 GWB che se il terzo dimostra che avrebbe avuto una chance seria di avere l'aggiudicazione del contratto in mancanza della violazione delle norme della gara, deve essergli riconosciuto il risarcimento del danno nella misura dei costi per la presentazione dell'offerta e la partecipazione alla gara. La decisione della *Vergabekammer* che statuisce sulla legittimità degli atti dell'amministrazione aggiudicatrice fa stato nel giudizio risarcitorio dinanzi al giudice ordinario. Su questo profilo cfr. A. MASSERA, *L'attività contrattuale*, cit., 221-222.



pacifica nel diritto tedesco, a motivo della esigenza di tutelare certezza e stabilità delle relazioni contrattuali, recenti pronunce della Corte di Giustizia ne hanno messo in discussione la solidità<sup>91</sup>.

Le decisioni cui ci si riferisce riguardano due procedimenti di infrazione contro la Germania. In particolare, le città di Bockhorn e di Brunswick avevano assegnato contratti relativi allo smaltimento delle acque reflue e dei rifiuti senza procedere a gara pubblica né a pubblicazione del bando sulla Gazzetta europea, benché entrambi i contratti superassero la soglia di rilevanza comunitaria. Accertato l'inadempimento, la Germania era stata condannata, ai sensi dell'art. 228 del Trattato, ad adottare le misure necessarie per ottemperare alla pronuncia, con previsione di una penale per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione.

A seguito della sentenza della Corte, la Germania aveva comunicato alla Commissione di aver invitato il Land della Sassonia a vigilare sul rispetto della normativa e ad adottare le misure necessarie per evitare altre violazioni. I contratti nel frattempo stipulati, tuttavia, continuavano a produrre i loro effetti. Del resto, il governo tedesco ricordava alla Commissione che il diritto interno non prevedeva conseguenze invalidanti per il contratto stipulato in violazione delle norme comunitarie né la direttiva ricorsi 89/665 le imponeva, essendo lasciata agli Stati la scelta sulla sorte da riservare al contratto.

A seguito di tale comunicazione, la Commissione proponeva un nuovo ricorso di infrazione, per mancata adozione da parte della Germania delle misure necessarie ad eseguire la precedente sentenza (del 10 aprile 2003 in cause riunite C-20/01 e C-28/01<sup>92</sup>), in esito al quale la Germania è stata condannata ad operare – quale misura necessaria alla esecuzione della prima pronuncia – la risoluzione del contratto. Secondo la Corte, infatti, lo Stato non può opporre i principi di stabilità e certezza delle relazioni contrattuali che sono alla base della propria normativa nazionale (e che hanno appunto la funzione di proteggere il contratto), al fine di evitare di dare esecuzione ad una sentenza della Corte che decide sull'inadempimento degli obblighi comunitari<sup>93</sup>.

La gravità delle violazioni accertate e l'affacciarsi della nuova direttiva ricorsi, più che le argomentazioni non del tutto convincenti che la sorreggono, spiegano probabilmente la decisione della Corte<sup>94</sup>. Ed è lecito presumere che gli imminenti obblighi di

---

<sup>91</sup> Ancora, su questi profili, C. FRAENKEL-HAEBERLE, G. GASS, *Appalti sottosoglia e tutela giurisdizionale nell'ordinamento tedesco*, cit., 168. Corte di Giustizia, sez. II, Commissione c. Germania, in causa C-503/04, sentenza 18 luglio 2007, reperibile all'indirizzo <http://www.ildirittoamministrativo.it/mypage17/sent-18-lug-07-su-inad-stato.doc> (mettere fonte ufficiale).

<sup>92</sup> In *Raccolta I*, 3609.

<sup>93</sup> Della vicenda tratta anche J. GERMAIN, *Les recours juridictionnels ouverts au concurrent évincé contre un marché public communautaire après sa conclusion en France et en Allemagne*, cit., 58 e ss.

<sup>94</sup> La motivazione della sentenza mi sembra discutibile sul piano logico. Essa infatti considera inadempiente la Repubblica federale tedesca per non aver disposto la caducazione del contratto di durata (trentennale) in seguito alla pronuncia del 2003 sul primo ricorso di infrazione. Tuttavia, la Corte, in questa occasione, non sembra tenere nella dovuta considerazione il fatto che lo spazio di autonomia procedurale lasciato agli Stati dalla direttiva ricorsi 89/665 consentiva effettivamente alle discipline nazionali di preservare la stabilità del contratto nonostante l'accertamento di violazioni della normativa. La sentenza pare dunque anticipare la scelta, operata nella direttiva 07/66, di connettere a violazione gravi delle regole sulla procedura (la mancata pubblicazione del bando costituisce appunto una delle ipotesi di caducazione del contratto) la perdita di efficacia dello stesso, giustificando tale soluzione alla luce degli "speciali" obblighi di esecuzione derivanti dalla prima sentenza resa sull'azione di infrazione. Secondo la Corte, «i provvedimenti menzionati dal governo tedesco nella sua comunicazione del 23 dicembre 2003 miravano esclusivamente a impedire la conclusione di nuovi contratti che avrebbero costituito inadempimenti simili a quelli constatati da detta sentenza», senza essere in grado di impedire che «il contratto concluso dalla città di Brunswick continuasse a produrre in pieno i suoi effetti dalla data del 1° giugno 2004». Considerate queste circostanze, «in una situazione come quella del presente caso, non si può considerare che (...) la Repubblica federale di Germania, alla data del 1° giugno 2004, avesse adottato

recepimento scaturenti dalla direttiva 07/66 renderanno il tema della stabilità del contratto suscettibile a breve di mutamenti significativi.

##### 5. Alcune considerazioni di sintesi

E' il momento di trarre alcune considerazioni conclusive in ordine alle soluzioni prescelte dai diversi ordinamenti su giudice competente e relativi poteri decisorii. Quanto finora illustrato ci consente di individuare tratti comuni e divergenze dei sistemi rimediali indagati e di intravedere, anche alla luce della pressione esercitata dal diritto sovranazionale, le tendenze e le trasformazioni che li attraversano.

In ordine alla questione di quale debba essere il giudice competente in materia di contratti pubblici, si è già detto come il diritto internazionale del *Government Procurement Agreement* si limiti ad esigere il rispetto di requisiti minimi di indipendenza ed effettività dei rimedi nazionali, senza imporre un modello unitario di autorità giudicante per l'ambito dei contratti pubblici da esso regolati. Considerazioni analoghe valgono anche per le direttive ricorsi della Comunità Europea. Sebbene, infatti, le norme comunitarie siano assai più precise e rigorose nell'indicazione dei contenuti dei poteri degli organismi di *review*, e da ultimo si spingano fino a decretare la caducazione del contratto in presenza di particolari violazioni, nessuna indicazione si ricava in ordine alla autorità cui in concreto questi poteri vadano attribuiti. Non a caso, la libertà lasciata agli Stati sul punto ha portato, nei tre Paesi europei considerati, ad attribuire tali poteri rispettivamente al giudice amministrativo (Francia), al giudice civile (Regno Unito) e ad un'autorità amministrativa indipendente (Germania).

Di qui una prima osservazione: le soluzioni prospettate dagli Stati costituiscono il connubio tra le esigenze di effettività della tutela di matrice comunitaria (e internazionale) e le tradizioni giuridiche e le preferenze nazionali di volta in volta espresse e riflettono in amplissima misura i tratti identitari dei sistemi. Così in Francia la competenza a decidere sul *referé précontractuel* ed ora anche sul contratto, spetta al *juge administratif*, tradizionalmente competente a conoscere dei contratti pubblici e della responsabilità dell'amministrazione.

Allo stesso modo, la Germania, assegnando alle *Vergabekammer* (costituite nell'ambito della legge contro le restrizioni alla concorrenza) le controversie riguardanti gli atti preparatori del contratto è rimasta fedele alla tradizionale impronta privatistica dell'attività contrattuale dell'amministrazione pubblica, attratta nella materia della concorrenza ed ha confermato l'estraneità del giudice amministrativo a decidere sugli appalti pubblici, prevedendo in capo alla Corte d'appello civile la competenza a decidere sulle decisioni delle commissioni di aggiudicazione.

Il Regno Unito, pur costretto dalle direttive comunitarie a predisporre un rimedio specifico per la tutela del terzo di fronte alle violazioni delle norme sui contratti pubblici, non ha previsto la competenza della Corte amministrativa della *High Court*, né ha istituito *Administrative Tribunals* competenti sulle dispute contrattuali, ma ha assegnato alla *Queen's Bench Division* la relativa competenza, assecondando la tradizionale concezione privatistica della attività contrattuale degli organismi pubblici.

Insomma, la scelta del giudice segue le costruzioni nazionali (pubblicistiche o privatistiche) dell'attività contrattuale pubblica; la soggezione alle direttive comunitarie

---

i provvedimenti che l'esecuzione della citata sentenza 10 aprile 2003, Commissione/Germania, comporta». Ciò che la Corte rimprovera alla Germania è dunque di non aver disposto, in sede di esecuzione, la cessazione degli effetti del contratto stipulato illegittimamente, ma mi sembra che una tale misura non potesse essere pretesa dato che il diritto tedesco non lo prevedeva affatto, né la direttiva lo imponeva.

non comporta cioè la pubblicizzazione processuale della materia, ma crea norme e divieti che vengono letti di volta in volta come *statutory duties* del contraente, come vincoli derivanti dalla disciplina della concorrenza o come regole di diritto pubblico giustiziabili secondo le procedure pubblicistiche. Ciò che però non muta (né può mutare) sono i contenuti minimi della tutela, questi sì riconducibili agli strumenti e alle decisioni tipicamente utilizzati per il sindacato del potere amministrativo e incentrati sulla doverosa previsione di un potere di annullamento della decisione di scelta del contraente (sentenza *Alcatel docet*<sup>95</sup>).

Rispetto al quadro europeo, la scelta operata dall'ordinamento statunitense in termini di meccanismi rimediali sconta un diverso obiettivo di partenza: qui la spinta ad una sburocrazizzazione del sistema di *public procurement* e la sua finalizzazione ad assicurare un'azione contrattuale pubblica il più possibile *businesslike* ha portato ad una riduzione dei controlli interni ed esterni che ha privilegiato meccanismi amministrativi di *dispute resolution* (soprattutto il ricorso al *General Accounting Office*) in luogo di quelli giurisdizionali.

Non a caso è l'*Alternative Dispute Resolution Act* del 1996 a sancire l'estromissione delle Corti federali dalla materia contrattuale ed ad individuare quale giudice unico per le controversie sui contratti pubblici la *Court of Federal Claims* ovvero un giudice speciale, particolarmente sensibile agli interessi pubblici, dispendioso per i ricorrenti e dotato di strumenti, soprattutto cautelari, assai meno efficaci di quelli assicurati dalle vie amministrative.

La preferenza statunitense per una tutela dei cittadini di natura amministrativa è del resto in linea con la tradizionale fiducia statunitense nella tutela procedimentale del cittadino, ben espressa dalla disciplina del *Administrative Procedure Act* del 1946, ed è la scelta che meglio concilia la necessità di assicurare meccanismi di correzione delle storture del sistema con l'esigenza di giungere a decisioni rapide e informali, che non turbino in maniera eccessiva gli interessi pubblici sottesi al contratto.

Da questo punto di vista, diverse sono, come accennato, le finalità che invece ispirano le norme comunitarie ed il connesso sistema rimediale. La spinta ad una regolazione europea dei contratti pubblici trova la sua ragione principale nelle esigenze di tutela del mercato interno<sup>96</sup>. La consapevolezza della rilevanza (in termini economici) del settore dei contratti pubblici nello spazio comunitario ha reso infatti necessario assicurare, in tale contesto, le libertà economiche e la concorrenza tra le imprese, imponendo agli Stati membri lo svolgimento di procedure aperte, pubbliche e competitive per la selezione dell'aggiudicatario. La Comunità Europea, quindi, imponendo agli Stati membri una certa disciplina dei contratti pubblici non prende tanto di mira la cura degli interessi finanziari delle amministrazioni nazionali (e dei loro contribuenti) ma ambisce in primo luogo a realizzare, in una porzione importante del mercato, le pari opportunità di tutte le imprese europee<sup>97</sup>. Per questa ragione, il sistema rimediale imposto dalle

---

<sup>95</sup> Caso *Alcatel Austria*, Corte di Giustizia, VI sez., sentenza 28 ottobre 1999, in causa C-81/98, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000, 479.

<sup>96</sup> Tra gli altri, G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in M. P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, tomo I, Milano, Giuffrè, 2007, 426 (e bibliografia ivi citata), secondo cui coerentemente agli obiettivi della Comunità Europea, «la normativa assunta dalla Comunità è finalizzata a garantire a tutti gli interessati la possibilità di partecipare agli appalti pubblici, in condizioni di parità con le imprese di nazionalità dello Stato in cui l'appalto è bandito».

<sup>97</sup> G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in M. P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., 424-425. La bibliografia sulla disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici è estesa: tra i molti contributi v. S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2<sup>nd</sup> ed., London, Sweet & Maxwell, 2005; C. BOVIS, *EC Public Procurement: Case Law and Regulation*, Oxford, OUP, 2006; C. BOVIS, *Public Procurement in the European Union*, Basingstoke: Palgrave MacMillan 2005; L. DIGGINGS, J. BENNETT, *EC Public Procurement: Law and Practice*, London, Sweet & Maxwell, 1992; J. M. HEBLY (ed.), *European Public Procurement: History of the 'Classic' Directive*

direttive ricorsi non può essere funzionale prevalentemente ad assicurare la conclusione di contratti efficienti, ma ha l'esigenza primaria di salvaguardare i diritti degli operatori economici e, di riflesso, la uniforme applicazione del diritto comunitario a garanzia del mercato interno, ciò che ne spiega la maggiore rigidità<sup>98</sup>.

Venendo al tema dei poteri decisorii, occorre osservare come, pur nella varietà delle soluzioni offerte, esista nei sistemi indagati un elemento di sicura convergenza, consistente nella assoluta centralità degli strumenti di protezione cautelare. Le ragioni che giustificano questa scelta, ben espressa dalle prescrizioni di diritto sovranazionale, sono chiare: la correzione della violazione ad uno stadio precedente alla stipulazione del contratto rappresenta la soluzione ottimale per assicurare adeguata tutela ai diversi interessi in gioco. La sospensione del *procurement process* è automatica nel caso del ricorso alle *Vergabekammer* tedesche e all'amministrazione statunitense<sup>99</sup>: al contrario, è frutto di una valutazione discrezionale del giudice nell'esperienza francese e britannica, oltre che dinanzi alla *Court of Federal Claims* nordamericana. La possibilità di chiedere e ottenere tutela cautelare è poi resa effettiva, in tutti i Paesi europei, dalla previsione di termini sospensivi minimi tra l'aggiudicazione e la firma del contratto<sup>100</sup>.

La decisione del giudice può avere effetto caducatorio dell'atto di aggiudicazione dell'amministrazione; tuttavia l'annullamento è per lo più la conseguenza dell'accertamento di specifiche violazioni delle regole sulla pubblicità e competitività delle gare e non di un generale sindacato di legittimità condotto in base alle tradizionali categorie di invalidità delle decisioni amministrative. In questo senso, la soggezione degli atti preparatori alla procedura pubblica di *judicial review* è talvolta esclusa (Stati Uniti dal 2001, Germania) talaltra contestuale al rimedio specifico (Francia, Regno

---

2004/18/EC The Hague, Kluwer Law International, 2007; S. E. HJELMBORG, P. S. JAKOBSEN, *Public Procurement Law – the EU directive in public contracts*, Copenhagen, Djøf, 2006; R. NIELSEN, S. TREUMER (eds), *The New EU Public Procurement Directives*, Copenhagen, Djøf 2005; Y. ALLAIN, *The new European Directives on Public Procurement: Change or Continuity?* In *Publ. Cont. L. J.*, 2006, 35, 517; S. ARROWSMITH, *An Assessment of the New Legislative Package on Public Procurement*, in *CMLR* 2004, 41, 1; C. BOVIS, *The New Public procurement Regime of the European Union: a critical analysis of policy, law and jurisprudence*, in *Eur. L.R.*, 2005, 30, 607; J. M. HEBLY (ed.), *European Public Procurement: History of the 'Classic' Directive 2004/18/EC*, The Hague, Kluwer Law International, 2007.

<sup>98</sup> Finalità quest'ultima che non è perseguita affatto dalla regolazione federale statunitense, come ricordato *supra*, alla nota 22. In ordine a tali profili, si veda, J. F. ZIMMERMAN, *Congressional Preemption: Regulatory Federalism*. cit. Più in generale, il confronto tra normativa comunitaria e disciplina federale statunitense deve tenere conto di molteplici asimmetrie: mentre le direttive CE sono volte a disciplinare i contratti pubblici delle amministrazioni nazionali (l'attività contrattuale dell'amministrazione comunitaria è regolata invece da poche disposizioni del regolamento finanziario della CE – artt. 88, 89 e 90 del titolo V del regolamento n. 1605/2002 intitolato *Aggiudicazione degli appalti pubblici*), la FAR regola l'attività contrattuale dell'amministrazione federale, senza dettare disposizioni per gli Stati. Inoltre, le regole poste dal diritto federale statunitense coprono ogni aspetto del *public procurement*, dalla condotta dei *contracting officers* fino all'esecuzione del contratto, mentre la disciplina comunitaria nulla prevede in ordine alla fase successiva alla aggiudicazione, ed in particolare con riguardo alla fase esecutiva, poiché appunto è prevalentemente con l'individuazione del miglior offerente che si esaurisce il compito del legislatore comunitario. Per queste considerazioni, sia consentito rinviare a B. MARCHETTI, *il sistema di risoluzione delle bid disputes nel modello federale statunitense di public procurement*, in corso di pubblicazione sulla *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2009, 4.

<sup>99</sup> L'effetto sospensivo automatico non si produce quando l'amministrazione, nel caso degli Stati Uniti, o la *Vergabekammer*, nel caso della Germania, reputano che ragioni di interesse pubblico consigliano la prosecuzione della procedura o l'esecuzione del contratto.

<sup>100</sup> Nel contesto statunitense questi termini sospensivi non sono previsti, perché non vi è un momento di stipulazione distinto da quello della aggiudicazione. L'efficacia e la tempestività della tutela cautelare sono presumibilmente il risultato della brevità dei tempi di proposizione della *protest*. Inoltre, sia il GAO che la *Court of Federal Claims* possono astrattamente stabilire l'annullamento totale o parziale del contratto anche quando questo sia stato nel frattempo stipulato.

Unito), ma non è mai la via preferenziale o esclusiva di contestazione degli atti della fase prodromica.

Una volta che il contratto sia stipulato, l'organismo competente a decidere sulle violazioni della normativa dell'evidenza pubblica cessa tendenzialmente la sua funzione. Nei sistemi europei considerati, e salvo le modifiche che dovranno essere introdotte per adeguare i diritti nazionali alla direttiva 07/66, il negozio è infatti contestabile, dinanzi ad un diverso giudice, dalle parti del contratto che possono chiederne l'annullamento o la caducazione, mentre viene tendenzialmente protetto da possibili attacchi dei terzi offerenti. Così avviene nel Regno Unito, ad esempio, ove la *Public Contracts Regulation* espressamente stabilisce che la Corte adita per *breach of statutory duty* non può concedere rimedi diversi dal risarcimento dei danni se «*the contract in relation to which the breach occurred has been entered into*».<sup>101</sup> Ciò vale anche per il diritto tedesco che, ad eccezione delle ipotesi di nullità assoluta, assicura la conservazione dell'assetto contrattuale una volta che questo venga concluso tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario. Parzialmente diversa è la soluzione adottata di recente nell'ordinamento francese, dove il *Conseil d'Etat*, concedendo ai terzi un apposito ricorso per la contestazione diretta del contratto nella decisione *Tropic*, ha eroso in parte il dogma della invulnerabilità del contratto fino ad allora vigente.

In questi termini, le *chances* di correzione delle violazioni occorse chiamano in causa un solo organismo di *review* e si concentrano prevalentemente nella fase precedente alla conclusione del contratto. Se quest'ultimo viene firmato, i terzi potranno al più ottenere il risarcimento del danno, ma – ad eccezione delle citate possibilità aperte ora dal *Conseil d'Etat* – non avranno strumenti efficaci per correggere l'azione contrattuale, né per ottenere la caducazione del negozio<sup>102</sup>. Ciò determina un'ulteriore conseguenza: nei sistemi inglese e tedesco non si pone il problema, che invece troviamo nel sistema italiano, della unità o dualità di giurisdizione competente sulla vicenda contrattuale (a seconda che si tratti degli atti preparatori o del contratto), perché la tutela dei terzi è comunque consegnata nelle mani del giudice competente sugli atti preparatori e non vi è spazio per azioni contro il contratto; e in Francia, dove un'azione contro il contratto è ammessa, il giudice provvisto di giurisdizione resta il medesimo *juge administratif* competente in sede *précontractuel*.

La medesima scissione tra aggiudicazione e stipulazione non è invece presente nel contesto statunitense, in cui l'incontro tra l'offerta dell'impresa e la decisione di aggiudicazione dell'amministrazione equivale al contratto. I ricorsi all'amministrazione, al *General Accounting Office* e alla *Court of Federal Claims* non trovano dunque ostacoli particolari nella intervenuta conclusione del negozio, potendo sfociare in decisioni astrattamente idonee a riparare la violazione anche dopo che il contratto ha prodotto i suoi effetti. Nel concreto, tuttavia, i meccanismi non sono così effettivi: il ricorso all'amministrazione non è frequente, quello al GAO porta ad una raccomandazione non vincolante e il ricorso alla Corte si caratterizza, oltre che per i suoi alti costi, per un significativo spazio di discrezionalità nella concessione dei rimedi che lo rende poco appetibile. Complessivamente, la proposizione di *bid protests* è notevolmente diminuita, e ciò vale in particolare per il rimedio giurisdizionale dinanzi alla *Court of Federal Claims*. Inoltre, i numerosi scandali scoppiati in seguito agli

---

<sup>101</sup> reg. 47 n. 9 della *Regulation* del 2006 precedentemente ricordata.

<sup>102</sup> Evidentemente il quadro è destinato a mutare per effetto degli obblighi imposti dalla direttiva 07/66 che, in presenza di talune violazioni, impone la caducazione del negozio; e del resto segni di un possibile mutamento sono già presenti nella sentenza *Tropic* e nella giurisprudenza comunitaria nelle azioni di infrazione contro la Germania. Tuttavia, si può facilmente immaginare la resistenza degli legislatori nazionali nei confronti di una vulnerabilità generale del contratto in ragione della necessità di proteggere la stabilità delle relazioni contrattuali.

eventi dell'uragano Katrina ne hanno evidenziato i molti limiti, cui si cerca di ovviare con proposte di riforma (ne é un esempio il disegno di legge presentato in Senato su "Accountability in Government Contracting Act") che prevedano, ad esempio, una consistente riduzione della discrezionalità del *contracting officer* e la promozione di una maggiore trasparenza e competitività<sup>103</sup>.

Nel quadro delle regole imposte dal *Government Procurement Agreement*, tutti i sistemi indagati appaiono attraversati da trasformazioni e spinte riformatrici: il sistema statunitense, alla ricerca di una maggiore efficienza, sta rivedendo i criteri che ne avevano guidato la riforma negli anni '90, e si avvia ad introdurre limitazioni ai poteri dell'amministrazione ed istituti di promozione di una maggiore competitività delle procedure. Nel contesto europeo, sotto la pressione comunitaria, un ulteriore rafforzamento dei principi di trasparenza e non discriminazione, si sta traducendo, per effetto delle prescrizioni contenute nella direttiva ricorsi del 2007, in crescenti minacce alla stabilità del contratto fino a questo momento gelosamente protetta dai diritti nazionali, senza che tuttavia si determini anche la necessaria pubblicizzazione delle categorie e costruzioni teoriche (sostanziali e processuali) dell'attività contrattuale delle amministrazioni pubbliche.

---

<sup>103</sup> Sul punto J.J. SHIDER SMITH, *Competition and Transparency: what works for Public Procurement Reform*, in *Publ. Cont. L. J.*, 2008, 38, 126. Il testo del disegno di legge è reperibile al seguente indirizzo <http://oversight.house.gov/documents/20070308093827-52316.pdf>.