

Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto ()*

SOMMARIO: 1. Dalla caducazione all'inefficacia - 2. L'inefficacia del contratto nel Codice del processo. Le violazioni gravi - 3. Le violazioni ordinarie - 4. La nozione di inefficacia funzionale - 5. Considerazioni conclusive.

1. *Dalla caducazione all'inefficacia.*

L'analisi del rapporto tra aggiudicazione e contratto e più ancora delle vicende che caratterizzano l'involuzione in senso patologico del rapporto stesso allorché l'annullamento dell'aggiudicazione riflette i suoi effetti sul contratto costituisce un tema su cui dottrina e giurisprudenza si sono ampiamente esercitate.

E l'esercizio continua non solo per la rilevanza giuridico - economica che un tema siffatto riveste per amministrazioni e imprese ma perché sulla varietà delle soluzioni proposte continuano pressantemente ad incidere due fattori, endogeni ed esogeni al contempo, quale l'evoluzione normativa e la crescente influenza del diritto comunitario, peraltro strettamente legate tra loro.

Di questa "storia" dell'istituto possono al momento rappresentarsi tre capitoli, distinguendoli tanto sotto il profilo cronologico quanto sotto quello dei contenuti.

Il primo periodo è riferibile allo stato dell'arte quale configuratosi anteriormente all'avvento del Codice dei contratti pubblici, il secondo è quello che emerge a seguito dell'introduzione dello stesso Codice, il terzo è quello che risulta dalla dettagliata disciplina introdotta dal Codice del processo amministrativo.

La prima fase ha avuto un'impronta strutturalmente legata alle possibili patologie che possono investire il contratto allorché venga meno quello che in qualche modo ne rappresenta il presupposto o, almeno, uno dei principali presupposti, vale a dire l'aggiudicazione a chi poi lo aveva stipulato.

Si è avuto modo di ricordare le molteplici soluzioni che dottrina e giurisprudenza avevano provato ad articolare e che il loro stesso numero e varietà rendeva quanto meno opinabili¹.

¹ Sia consentito rinviare, in proposito, a E. STICCHI DAMIANI, *La caducazione del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del codice degli appalti* in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2006, fasc. 11, pagg. 3719-3728. Per una sintesi critica dello stratificato dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul problema in esame si v. M. MONTEDURO, *Invalidità del contratto*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Repertorio degli appalti pubblici*, II, 2005, 829, e Id., *Illegittimità del procedimento ad evidenza pubblica e nullità del contratto d'appalto ex art. 1418, comma 1, c.c.: una radicale «svolta» della giurisprudenza tra luci e ombre*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2002, 2591, da cui si può trarre la seguente stratificazione di tesi e sottotesi: 1) annullabilità, per vizi del consenso o difetto di legittimazione o incapacità di contrarre dell'amministrazione, con legittimazione riservata alla medesima; 2) annullabilità pur sempre relativa ma con legittimazione estesa al terzo aspirante contraente (cfr. TAR Piemonte, sez. II, 27 luglio 2006, n. 3131); 3) nullità per violazione dei principi e delle regole, sempre inderogabili (anche se risultanti dalla *lex specialis*), posti a presidio dell'evidenza pubblica (cfr. TAR Campania, sez. I, 19 gennaio 2006, n. 720); 4) nullità pur sempre virtuale ma speciale, in quanto condizionata al previo annullamento dell'aggiudicazione, ossia soggetta alla pregiudiziale amministrativa, e relativa, in quanto dichiarabile solo su iniziativa del ricorrente vittorioso in sede impugnatoria; 5) nullità, ai sensi degli artt. 1418, co. 2 e 1325, n. 1, c.c., per mancanza del consenso della parte pubblica,

L'orientamento prevalente era nel senso che in tali casi il contratto in qualche modo venisse meno e il tentativo era quello di inquadrare la fattispecie nelle varie figure di nullità, annullabilità e inefficacia ritenute applicabili in relazione alla teoria generale del contratto.

Un punto di svolta avrebbe potuto essere costituito dal Codice dei contratti allorché nell'art. 246 si veniva ad escludere solo per le infrastrutture strategiche la "caducazione" del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Tale novità non venne particolarmente avvertita dalla giurisprudenza che continuò ad articolarsi nel collaudato triangolo nullità-annullabilità-inefficacia.

In sede dottrinale chi scrive pensò potesse riproporsi una qualificazione della vicenda che non fosse né strettamente processuale né direttamente contrattuale ma in qualche modo procedimentale².

Si ebbe a ricordare in quella sede la possibile qualificazione del contratto d'appalto come accordo amministrativo integrativo di provvedimento, cioè in relazione al carattere autoritativo e comunque funzionale, in ogni caso non riconducibile allo schema contrattuale, di molti dei poteri attribuiti alla P.A. tanto nella fase genetica quanto in quella esecutiva del rapporto giuridico connesso all'appalto³.

Tale ricostruzione consentiva di ridefinire il rapporto tra aggiudicazione e contratto come rapporto tra atto presupposto e atto consequenziale nell'ambito della stessa vicenda procedimentale e quindi di fare riferimento, per spiegare gli effetti sul

speciale e relativa per le stesse ragioni specificate in riferimento alla tesi precedente (cfr. V. LOPILATO, *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 1519; Ord. Cons. giust. amm. Reg. Sic. 8 marzo 2005, n. 104, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 1060, con nota adesiva di M. GIAVAZZI, *L'effetto invalidante del vizio del procedimento di evidenza pubblica sull'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*); 6) nullità per illiceità dell'oggetto; 7) nullità/annullabilità a seconda che il contratto non sia ancora stato eseguito o lo sia stato anche solo parzialmente; 8) tesi della caducazione automatica secondo cui sarebbe da valorizzarsi il rapporto di consequenzialità tra aggiudicazione e contratto, legati da un nesso di presupposizione necessaria, per cui *simul stabunt et simul cadent*. La perdita di efficacia per caducazione automatica è riconducibile alla natura dell'aggiudicazione quale condizione legale di efficacia del contratto e/o al collegamento "negoziale" tra aggiudicazione e contratto (cfr. TAR Friuli-Venezia Giulia 12 dicembre 2005, n. 986; TAR Liguria, sez. II, 23 giugno 2005, n. 940); 9) caducazione automatica con salvezza dei diritti dei terzi di buona fede ex artt. 23, c. 2, e 25, c. 2, c.c. (cfr. Cons. St., sez. V, 29 marzo 2006, n. 1591); 10) caducazione giudiziale disposta a titolo di reintegrazione in forma specifica ex art 2058 c.c. (cfr. Cons. St., sez. V, 30 agosto 2006, n. 5082); 11) inefficacia, per difetto di legittimazione a contrarre dell'amministrazione, con legittimazione del solo ricorrente vittorioso nel giudizio demolitorio; 12) risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione; 13) inefficacia come "inidoneità funzionale in cui venga a trovarsi il programma negoziale per l'incidenza *ab externo* di interessi giuridici di rango poziore incompatibili con l'interesse interno negoziale", nonché come "vicenda effettuale di carattere negativo, spiegabile come precarietà *ex post* di carattere peculiare (cfr. TAR Lazio, sez. III - ter, 16 novembre 2006, n. 12491; Cons. St., sez. VI, 6 giugno 2006, n. 4295; Id, sez. V, 29 marzo 2006, n. 1591; Cass. Civ. n. 9906/2008 secondo cui "*l'annullamento della fase sostanziale dell'aggiudicazione segna in via retroattiva la carenza di uno dei presupposti di efficacia del contratto che, pertanto, resta definitivamente privato dei suoi effetti giuridici*").

² Si rinvia, in proposito, a E. STICCHI DAMIANI, *La caducazione del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del codice degli appalti*, op. cit., pagg. 3719-3728

³ Per tutti gli argomenti che non è strettamente necessario riproporre ai fini delle odierne riflessioni, a cominciare dall'individuazione e classificazione dei profili di specialità aventi rilevanza qualificatoria in termini pubblicistici dello schema dell'appalto pubblico, vedasi E. STICCHI DAMIANI, *La nozione di appalto pubblico, Riflessioni in tema di privatizzazione dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1999.

contratto dell'annullamento dell'aggiudicazione, alla collaudata nozione della caducazione dell'atto consequenziale per vizi dell'atto presupposto.

Nella stessa direzione confluivano ulteriori argomenti interpretativi deducibili dalla disciplina dell'appalto come configurata dal Codice dei contratti.

In particolare, come si è accennato, il Codice disciplinava unitariamente ed organicamente tanto gli appalti ordinari quanto gli appalti per le grandi opere, escludendo la "caducazione" del contratto solo nelle ipotesi eccezionali previste dall'art. 246 (grandi opere), e confermando, pertanto, *a contrario*, la regola della "caducazione" per gli appalti ordinari.

In base alle disposizioni del Codice dei contratti risultava, pertanto, possibile delineare le seguenti conclusioni: a) l'annullamento dell'aggiudicazione non produce effetti sul contratto nei casi disciplinati dagli artt. 246 e 140 del Codice; b) lo stesso evento, *a contrario*, fa venir meno il contratto in tutti gli altri casi; c) la vicenda patologica che colpisce in tal caso il contratto è normativamente qualificata come "caducazione"; d) il Codice reputa connessa in maniera inequivocabile la "caducazione" ad un evento configurato come *sospensione o annullamento dell'aggiudicazione*, ossia ad una previa pronuncia di carattere costitutivo in mancanza della quale non opera l'effetto caducante.

Il Codice sembrava così smentire espressamente quasi tutte le spiegazioni in chiave privatistica della patologia del "contratto" a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Inoltre, in disparte l'argomento letterale fornito dal termine "caducazione", il Codice offriva altri importanti argomenti a supporto di tale tesi. Da un lato, l'art. 11 del Codice inseriva espressamente la "stipulazione" tra le "Fasi delle procedure di affidamento" (tale la significativa rubrica dell'articolo), con ciò dimostrando che la conclusione dell'appalto è momento interno al procedimento e che, più precisamente, l'accordo (non l'aggiudicazione) rappresenta l'atto (evidentemente di natura amministrativa come il procedimento in cui si inserisce) che davvero chiude il procedimento di evidenza pubblica. Dall'altro lato, può rilevarsi che solo per un accordo ex art. 11 l. 241/1990 è ipotizzabile che lo stesso, a seguito del medesimo evento, vale a dire l'annullamento dell'aggiudicazione, cada o non cada a seconda del suo oggetto e della rilevanza degli interessi pubblici.

A questo duplice scenario in cui appare comunque definito il dato oggettivo del necessario e immancabile venir meno del contratto per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione e costituisce oggetto del dibattito solo il meccanismo giuridico cui imputare tale effetto, la cui operatività è comunque codificata seppure *a contrario* dal Codice dei contratti, subentra, con il Codice del processo uno scenario differente⁴.

Come si vedrà, la *ratio* della caducazione viene innervata e influenzata dai principi comunitari in materia di libertà di concorrenza nel settore dei contratti pubblici che ne ridefiniscono i contorni e ne selezionano l'applicazione sulla base di vari parametri onde emerge chiara la differenza rispetto alla precedente nozione di

⁴ La disciplina di cui al nuovo Codice del processo amministrativo ripropone gli artt. 245 *bis* e ss. del D. lgs. 163/2006, così come modificato dal D. lgs. n. 53/2010, il quale è stato emanato in attuazione della delega di cui all'art. 44 della legge 88/2009 relativa al recepimento della Direttiva 2007/66 in materia di miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso concernenti gli appalti pubblici. Il percorso di approvazione del nuovo codice del processo amministrativo si è chiuso con la pubblicazione del d. lgs. 2 luglio 2010 n. 104, pubblicato in G.U. n. 156 del 7 luglio 2010, suppl. n. 148, con entrata in vigore al 16 settembre 2010.

caducazione che si limitava a determinare il venir meno del contratto, rimettendo all'amministrazione solo l'adozione dei comportamenti conseguenti in conformità al *dictum* giudiziale.

Ma, al di là del contributo che l'introduzione della nozione di caducazione apporta alla vicenda in esame sotto il profilo della qualificazione del contratto d'appalto e della connessa spiegazione del meccanismo che presiede al suo "*venir meno*", il complesso normativo che la sorregge è portatore di una forte novità sotto il profilo sistematico.

Vero è, infatti, che nello scenario costituito dalla prima fase del processo storico fin qui esaminato, il contratto, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, "cade" sempre e comunque in una logica squisitamente civilistica e/o processualistica cui sono chiaramente estranei i profili pubblicistici della vicenda.

Il grande assente, sotto il profilo della tutela, è l'interesse pubblico sotteso al contratto che non viene minimamente messo in gioco nell'attività ponderativa del giudice che dispone il venir meno del contratto.

Onde anche nelle ipotesi, ad esempio, di prestazioni oggetto del contratto interamente eseguito o di impossibilità del ricorrente di subentrare nel procedimento, all'annullamento dell'aggiudicazione fa seguito in ogni caso il venir meno del contratto.

Rispetto a questo assetto della vicenda, il codice dei contratti, nel momento in cui esclude la caducazione dei contratti relativi a infrastrutture strategiche, introduce una novità assoluta, vale a dire l'acquisita rilevanza dell'interesse pubblico ai fini della caducazione medesima.

E' il segnale di una evidente pubblicizzazione della vicenda atteso che è la maggiore o minore intensità dell'interesse pubblico sotteso al contratto che costituisce il presupposto giuridico da cui deriva la caducazione o meno del contratto stesso.

Con l'introduzione del codice del processo la pubblicizzazione della fattispecie diviene ancora più pregnante.

In luogo della caducazione, che configura in termini di automatismo e necessità il venir meno del contratto, si parla invece di inefficacia che è termine, così come la comunitaria "privazione di efficacia", volutamente neutro, che esprime non solo la volontà di non attribuire rilevanza alla sorte giuridico-formale del contratto sotto il profilo civilistico-processuale, ma induce una logica di segno contrario: l'esclusiva necessità che il contratto non produca effetti su quelli che saranno gli sviluppi futuri della vicenda sostanziale, che non costituisca quindi ostacolo alle determinazioni successive, a contenuto evidentemente variabile.

Sulla nozione di inefficacia così introdotta va infatti a scaricarsi una serie di interessi, valori, principi che nel precedente scenario non trovavano cittadinanza.

E infatti all'annullamento dell'aggiudicazione conseguirà o meno l'inefficacia del contratto anzitutto in relazione alla rilevanza dell'interesse pubblico sotteso al contratto che viene valorizzato ben oltre l'area delle infrastrutture strategiche.

Ma tale interesse pubblico dovrà a sua volta confrontarsi con una serie di principi e valori, di derivazione direttamente comunitaria, quali il principio della libera concorrenza, quello di proporzionalità, quello dell'effettività delle pronunce giurisdizionali, principio, quest'ultimo espressamente ribadito dalla legge-delega relativa al Codice del processo (L. 18 giugno 2009, n. 69) allorchè si afferma che il processo amministrativo deve consentire di "*soddisfare la pretesa della parte vittoriosa*".

L'analisi della specifica disciplina degli artt. 121-125 del codice del processo dà conto infatti di una nozione di inefficacia al contempo eventuale, flessibile, funzionale⁵, ai fini della cui declaratoria incidono non solo la ponderazione del giudice circa la proporzionalità che caratterizza il rapporto inefficacia-interesse pubblico sotteso al contratto, ma la stessa volontà della parte ricorrente.

Tale volontà viene in rilievo ai fini di ridimensionare e proporzionalizzare l'operatività del principio di libertà di concorrenza.

Non v'è dubbio infatti che la caducazione, sempre e comunque, del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione rappresenta il massimo di tutela attribuibile a tale principio.

Tutela che, se assume valore ripristinatorio e di risarcimento in forma specifica ogni volta che consente il subentro del ricorrente nell'aggiudicazione e nel contratto, ha invece valore meramente sanzionatorio in tutti gli altri casi.

Con l'inefficacia introdotta dal codice del processo la tutela della concorrenza viene invece limitata ai casi in cui è veramente utile all'obiettivo in quanto consente il subentro del ricorrente, ferma restando in ogni caso la necessità del confronto in termini di proporzionalità con l'interesse pubblico sotteso al contratto.

Dall'automatismo della caducazione generalizzata si passa, quindi, dapprima a una caducazione con eccezioni connesse a un interesse pubblico di particolare pregnanza e infine a un'inefficacia intesa come nozione complessa la cui operatività è subordinata all'evidenziarsi di interessi pubblici e privati e alla valutazione conclusiva del giudice che deve ponderarli sotto il profilo della proporzionalità delle scelte e dell'effettività della tutela che è chiamato ad assicurare⁶.

Un'inefficacia dai caratteri evidentemente più pubblicistici e comunitari rispetto alla caducazione generalizzata.

⁵ In dottrina, M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo superaccelerato in materia di appalti e l'inefficacia flessibile del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010*, op. cit., definisce "flessibile" il generale sistema dell'inefficacia, facendo successivamente una distinzione tra un'inefficacia "cedevole" (quella prevista per le violazioni gravi: "Di norma il contratto resta inefficace, ma è possibile salvarlo, in tutto o in parte") ed un'inefficacia "facoltativa" (quella prevista negli altri casi: "non è conseguenza necessaria ma nemmeno ordinaria dell'annullamento dell'aggiudicazione"). L'A. collega i poteri officiosi del giudice, riscontrabili nelle sole fattispecie di gravi violazioni, alla natura sanzionatoria dell'inefficacia e riferisce, inoltre, della possibilità, a monte, di inquadrare l'inefficacia nell'ambito delle categorie civilistiche, come conseguenza della risoluzione giudiziale del contratto ovvero in conseguenza di una dichiarazione di nullità per contrarietà a norme imperative. Le conclusioni cui giunge sono quelle secondo cui l'inefficacia del contratto deriva da una pronuncia costitutiva del giudice. Il veicolo processuale necessario è rappresentato dal giudizio di impugnazione dell'aggiudicazione. La domanda di inefficacia del contratto è proponibile solo dalla parte che impugna l'aggiudicazione; il giudice può dichiarare d'ufficio l'inefficacia del contratto, nei soli casi di gravi violazioni e la buona fede del terzo aggiudicatario rileva solo nei casi di violazioni non gravi, ma non preclude, autonomamente, la dichiarazione d'inefficacia del contratto. "Non si è in presenza – secondo l'A. - di una mera sentenza di accertamento che dichiari l'inefficacia del contratto, ma quest'ultima è una pronuncia che rappresenta un momento dell'esercizio del potere decisorio del giudice che ha, per presupposto, l'annullamento dell'aggiudicazione e, per conseguenza, la conclusione di altro contratto o la ripetizione, parziale o totale, della gara. Si tratta, cioè, di sentenza costitutiva e di condanna e, indubbiamente, anche dichiarativa (per il necessario accertamento presente in ogni pronuncia), ma non di sentenza meramente dichiarativa".

⁶ Per un'evoluzione nella qualificazione dell'inefficacia si vedano: E. STICCHI DAMIANI, *La caducazione del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del codice degli appalti* in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2006, op. cit.; A. MEALE, *La nuova disciplina dell'inefficacia del contratto: prime applicazioni*, in *Urb. e app.*, 10/2010, 1193 ss.; M. A. SANDULLI, F. CARDARELLI, *Sull'applicazione del codice contratti pubblici* in *Foro amm. TAR*, 2/2010, LIX.

Tutto quanto sin qui osservato, e in qualche modo anticipato, trova una più analitica e razionata esplicitazione nell'analisi più dettagliata della disciplina introdotta dal codice *in subiecta materia*.

In particolare, già l'art. 121 dà conto della forte complessità della nozione di inefficacia laddove, nell'individuare il regime applicabile nell'ipotesi di gravi violazioni, stabilisce che, in caso di violazioni degli obblighi pubblicitari (lett. a-b) il contratto resta comunque efficace in presenza di esigenze imperative connesse a un interesse generale come desumibile da una serie di parametri da utilizzarsi da parte del giudice (tra i quali, non a caso, quello della proporzionalità).

In tal caso, quindi, l'interesse pubblico sotteso al contratto può, nella valutazione ponderativa del giudice, ancorata al criterio della proporzionalità, prevalere sulla tutela della concorrenza, benché questa sia stata gravemente incisa dalla violazione degli obblighi pubblicitari.

Anche la seconda delle gravi violazioni prevista dall'art. 121, quella inerente il mancato rispetto dello "*stand still period*" (lett. c e d), non dà necessariamente luogo, pur nella gravità del *vulnus* inferto alle regole della concorrenza, all'inefficacia del contratto ove tale violazione non abbia inciso sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

In tal caso non è l'interesse pubblico sotteso al contratto a garantirne la persistente efficacia ma, con tutta evidenza, l'interesse (o meglio il non interesse) del ricorrente.

L'interesse del ricorrente a conseguire l'aggiudicazione e il contratto, in quanto diretta espressione della tutela della concorrenza, si pone, già da questa previsione, come un interesse forte all'interno del confronto che presiede la possibile declaratoria di inefficacia.

L'analisi ulteriore della disciplina ne confermerà più innanzi la rilevanza, ma già da ora è possibile cercare di esplorarne le ragioni.

Anzitutto è dato di pensare che, nel momento in cui si è passati da una tutela piena della concorrenza, quale quella assicurata dalla caducazione generalizzata, a una tutela parziale ma mirata a garantire al ricorrente vincitore tutte le possibili *chances* di subentro, tale tutela proprio in ragione della sua funzionalizzazione, doveva essere necessariamente "forte".

E' come se la disciplina introdotta limiti l'effetto favorevole al ricorrente vincitore alla sola inefficacia "utile" e dia però a questa tutela parziale la maggior incidenza possibile sull'assetto di interessi determinato dall'annullamento dell'aggiudicazione.

In tale direzione concorrendo anche il principio della effettività della tutela giurisdizionale affinché la vittoria processuale offra al vincitore il massimo degli effetti utili e non renda la sentenza *inutiliter data*.

2. *L'inefficacia del contratto nel Codice del processo. Le violazioni gravi.*

La nuova disciplina, delineata dagli artt. 121 ss. del Codice del processo, è imperniata sulla declaratoria di inefficacia del contratto in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione e distingue due gruppi di ipotesi, prese in considerazione dall'art. 121 c. p. a. con riferimento alle c.d. violazioni gravi e dal

successivo art. 122, con riferimento alle ipotesi di violazione residuali, tipizzate le prime, non tipizzate e quindi in certo senso ordinarie le seconde.

Nelle ipotesi di cui all'art. 121 il giudice è tenuto a dichiarare l'inefficacia del contratto, precisando se la stessa debba operare *ex tunc* o *ex nunc* sulla base di parametri "interni" quali le deduzioni delle parti, la valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e la situazione di fatto⁷.

In particolare, alle lett. a) e b), il comma 1 dell'art.121 stabilisce che, qualora l'aggiudicazione definitiva sia avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso, oppure con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o dell'avviso con cui si indice una gara, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto.

Ciò sembrerebbe dar conto di una tutela piena della concorrenza proprio allorché questa viene platealmente impedita sul piano procedimentale e/o processuale.

E però al comma 2 si precisa che il contratto resta efficace allorché ciò sia imposto da esigenze imperative connesse ad un interesse generale.

Al carattere apparentemente vincolato della dichiarazione di inefficacia ("Il giudice dichiara") sembra contrapporsi un vincolo di segno opposto (il contratto "resta" efficace) connesso a un interesse generale di tale rilevanza da imporre (si parla di esigenze "imperative") la conservazione del contratto⁸.

E se una qualche vincolatezza di carattere quantomeno logico può rilevarsi nell'ipotesi che sia evidente che i residui obblighi contrattuali "*possano essere rispettati solo dall'esecutore attuale*", una notevole area di discrezionalità viene affidata al giudice allorché le esigenze imperative siano connesse a interessi economici.

⁷ Secondo la prevalente dottrina, tale declaratoria si configurerebbe come un vero e proprio dovere. Si v., in dottrina, M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo superaccelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d. lgs. n. 53, op.cit.*; R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi* in www.giustizia-amministrativa.it; S. FANTINI in A. BARTOLINI, S. FANTINI, F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, in *Urbanistica e appalti*, 6/2010, 661; C. LAMBERTI, *La caducazione del contratto tra cognizione ed esecuzione*, relazione tenuta al Convegno "Riforme della giustizia e giudice amministrativo" Siena, Certosa di Pontignano, 11-12 giugno 2010; V. LOPILATO, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi* in www.giustizia-amministrativa.it, 2010. In chiave critica verso l'avanzare dell'ipotesi in ordine ai poteri officiosi del giudice, sostiene F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti (Note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul "nuovo" processo amministrativo sui contratti pubblici)* in www.giustamm.it che "teorizzare un potere-dovere di dichiarare inefficace un contratto senza che il ricorrente lo chieda e lo voglia, equivarrebbe a fare di esso un vero e proprio potere amministrativo sanzionatorio officioso. Forse neppure la giurisdizione di diritto oggettivo, nel modo in cui è stata finora intesa, basterebbe infatti a classificarlo".

⁸ Ulteriori esimenti della declaratoria di inefficacia ricorrono nei casi di cui all'art. 121, co. 5 e all'art. 123, co. 3, nei quali, rispettivamente, la stazione appaltante abbia dichiarato la propria omissione in buona fede degli obblighi pubblicitari o abbia pubblicato un avviso volontario per la trasparenza preventiva e nei casi in cui sussistano violazioni solo formali dei termini dilatorio e sospensivo e non risulti pregiudicata la possibilità per il ricorrente di avvalersi dei mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto, né la sua possibilità di ottenere l'affidamento.

Sul punto il giudice dovrà infatti tener conto di una serie di parametri valutativi che, pur nell'asserita eccezionalità del possibile collegamento tra esigenze imperative e interessi economici, si articolano poi nella successiva identificazione di tale eccezionalità nelle "conseguenze sproporzionate" cui potrebbe condurre l'inefficacia del contratto e nell'attribuzione di rilevanza a tali fini della mancata proposizione della domanda di subentro nel caso che il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di ripetizione della gara.

Da ciò potendosi quindi dedurre che:

- la tendenza alla tutela della concorrenza, ove ne vengano violate le regole procedurali e processuali, è tendenzialmente una tutela "forte";
- e però il giudice è spinto a conservare l'efficacia per motivi tecnici allorché l'inefficacia non serva al ricorrente atteso che i residui obblighi contrattuali non gli possano essere trasferiti in quanto ottemperabili solo dall'aggiudicatario originario o allorché il ricorrente non intenda servirsene non avendo presentato la domanda di subentro;
- una discrezionalità ancora più forte è attribuita al giudice allorché questi, al di fuori di tali ultimi casi, può astenersi dal dichiarare l'inefficacia del contratto ove ciò dia luogo a conseguenze sproporzionate.

Già da queste disposizioni emerge quindi la rilevata dialettica tra tutela della concorrenza calibrata sul concreto interesse del ricorrente e interessi pubblici sottesi al contratto, protetti finché possibile, sotto il profilo tecnico, economico e financo logico allorché il danno che ad essi deriverebbe risulti, sulla base del criterio di proporzionalità, irragionevole ed eccessivo rispetto ai vantaggi per il ricorrente.

In particolare, a fronte dell'interesse pubblico alla conservazione del contratto, la tutela della concorrenza tende sempre più a coincidere con l'interesse del ricorrente al subentro.

Tale affermazione trova una precisa conferma nell'ipotesi di violazione dello "stand still period" procedimentale e processuale di cui alle lett. c) e d) dell'art. 121, comma 1.

E infatti, se la violazione delle regole sulla pubblicità dei bandi di cui alle lett. a) e b) costituisce di per sé circostanza sufficiente per la declaratoria di inefficacia, salvo le già indicate eccezioni, così non è per la violazione della disciplina dello "stand still period" che, ai fini dell'inefficacia, richiede un ulteriore presupposto, quello della negativa influenza di tale violazione sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

Dovendosi ritenere implicito in tale possibilità, perché se ne possa attestare la concretezza, che nel ricorso risulti espresso l'interesse all'affidamento del medesimo.

La rilevanza dell'interesse al subentro del ricorrente vincitore, inteso come presupposto essenziale per una tutela della concorrenza che sia effettiva ed utile, è attestata *a contrario* dalla circostanza che per la violazione delle regole pubblicitarie di cui alle lett. a) e b) l'ulteriore presupposto dell'incidenza sulle possibilità di affidamento al ricorrente non è minimamente richiesto⁹.

⁹ Va precisato, d'altra parte, che la possibilità di disporre il subentro nel contratto presuppone che il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo per la p.a. di rinnovare la gara. E' stato osservato che non corrisponde al vero che dall'annullamento dell'aggiudicazione illegittima derivi comunque per la p.a. un obbligo di provvedere. Si v., in tal senso, C. LAMBERTI, *La caducazione del contratto tra cognizione ed esecuzione*, relazione tenuta al Convegno "Riforme della giustizia e giudice amministrativo", op. cit., 11 ss.. Si v., inoltre, Tar Veneto, sez. I, 7 maggio 2010 n. 1838 che dichiara l'inefficacia del contratto

E ciò per la semplice ragione che, se in caso di violazione dello “*stand still period*” il ricorrente è parte del procedimento e quindi può aspirare all’aggiudicazione, nelle ipotesi di mancata pubblicazione del bando il ricorrente non può aver partecipato ad una gara inesistente e fa quindi valere il solo interesse strumentale.

Risulta poi decisiva in proposito la previsione dell’art. 123, comma 3 che, per le violazioni dello “*stand still period*” che non abbiano influito sulla possibilità del ricorrente di ottenere l’affidamento, prevede espressamente l’obbligatoria applicazione delle sanzioni alternative all’inefficacia¹⁰, escludendo così inequivocabilmente che possa venir dichiarata l’inefficacia medesima.

3. Le violazioni “*ordinarie*”.

La funzionalizzazione della declaratoria di inefficacia alla possibilità di subentro del ricorrente risulta ulteriormente ribadita dalla disciplina delle violazioni “*ordinarie*” di cui all’art. 122, vale a dire delle violazioni di più frequente accadimento, risultando chiaramente, sul piano statistico, residuali proprio le cd. violazioni gravi di cui all’art. 121¹¹.

Nella disciplina di cui all’art. 122 l’interesse del ricorrente al subentro nell’aggiudicazione e nel contratto non costituisce elemento di ponderazione da parte del giudice se non in seconda battuta, ponendosi, al contrario, esso come presupposto perché al giudice l’attività ponderativa venga anzitutto consentita.

stipulato nelle more dall’amministrazione sulla base di una gara svolta in modo illegittimo, accogliendo il ricorso principale per difetto dei requisiti di partecipazione dell’aggiudicatario.

¹⁰ I casi in cui si applicano le sanzioni alternative sono l’inefficacia temporalmente limitata nei casi di gravi violazioni tipizzate, l’efficacia del contratto nei casi di esimenti la declaratoria di inefficacia derivanti da esigenze imperative, l’efficacia del contratto nei casi di violazione degli obblighi pubblicitari in cui però la P.A. ha posto in essere procedure di trasparenza preventiva, l’efficacia del contratto nei casi di mancato rispetto dei termini dilatorio e sospensivo che però non hanno privato il ricorrente delle possibilità di esperire i mezzi di ricorso e di ottenere l’affidamento. Tali sanzioni consistono nella sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante di importo tra 0,5 e 5% del valore del prezzo di aggiudicazione o nella riduzione della durata del contratto tra il 10% ed il 50% della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo. Queste sanzioni, alternative all’inefficacia e cumulabili alla medesima solo nei casi di declaratoria d’inefficacia temporalmente limitata, sono dal giudice applicate ora alternativamente tra loro ora cumulando l’una (la sanzione pecuniaria) all’altra (la riduzione del contratto). L’eventuale condanna al risarcimento dei danni non costituisce sanzione alternativa e si cumula con queste. Le sanzioni in commento sono qualificabili come sanzioni amministrative. Si v., P. CERBO, *Voce <<sanzioni amministrative>>* in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Vol. VI, Milano, 2006, 5424 ss.; C.E. PALIERO – A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988; A. CARRATO, *L’opposizione alle sanzioni amministrative*, Milanofiori Assago, 2008, 195 ss..

¹¹ In ordine alla distinzione tra i vari modelli di inefficacia si v. F. LIGUORI, *Appunti sulla tutela processuale e sui poteri del giudice nel decreto legislativo n. 53 del 2010*, op. cit. L’A. precisa come la differente funzione dei modelli di inefficacia previsti dal complesso normativo del Codice del processo emerge chiaramente dal dato della norma: nel primo caso, infatti, “il giudice che annulla l’aggiudicazione dichiara l’inefficacia”, nel secondo, invece, “il giudice stabilisce se dichiarare l’inefficacia”. In altre parole, secondo l’A., “in caso di violazioni gravi il potere decisorio del giudice, e cioè la scelta di non dichiarare inefficace il contratto è subordinata alla sussistenza di condizioni per un verso più rigide per un altro maggiormente collegate alla valutazione dell’interesse pubblico. Nei casi di violazioni meno gravi, il sindacato del giudice è sì di più ampio spettro, implicando una valutazione complessiva della situazione di fatto (quindi del rapporto), ma appare più legato alla considerazione degli interessi delle parti, e segnatamente del ricorrente”.

Perché il giudice possa scegliere tra efficacia ed inefficacia occorre infatti anzitutto che la domanda di subentro sia stata proposta o risulti improponibile essendo stato accolto un vizio riferibile all'interesse strumentale che comporti quindi l'obbligo di rinnovare la gara¹².

In assenza di tali presupposti, in realtà riferibili entrambi all'interesse al subentro, atteso che non vi può essere domanda di subentro allorché la gara debba essere ripetuta, il giudice non può dichiarare l'inefficacia del contratto.

E però, secondo lo schema già sin qui verificato non è che la sussistenza dei citati presupposti comporti l'obbligo del giudice di dichiarare l'inefficacia, attesa la necessità, anche in tale fattispecie, del confronto tra l'interesse al subentro, espressivo della tutela della concorrenza, e l'interesse pubblico sotteso al contratto.

I parametri indicati dall'art. 122 cui il giudice è tenuto a fare riferimento, a parte un generico richiamo agli interessi delle parti da ritenersi ben poco risolutivo trattandosi di interessi impliciti nella posizione di ciascuna di esse, sono essenzialmente riconducibili all'accogliibilità della domanda di subentro anche alla luce dell'interesse pubblico sotteso al contratto¹³.

¹² L'art. 122, con riferimento alle violazioni ordinarie, stabilisce come l'inefficacia sia connessa ad una serie di parametri, ma ancorata al preciso presupposto della domanda di subentro. Si v. E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo* in *www.giustamm.it* secondo cui "la dichiarazione di inefficacia non è fine a se stessa, ma sostituisce l'aggiudicatario con il concorrente che doveva, già in sede procedimentale amministrativa, essere il vincitore della gara e che diviene parte di un altro e successivo contratto. Ovvero, qualora l'annullamento dell'aggiudicazione sia stato determinato non da vizi di legittimità che portino alla scelta di altro concorrente (il ricorrente), ma da illegittimità che determinano la ripetizione della gara, la pronuncia condanna l'amministrazione, dichiarata l'inefficacia del contratto, a procedere al riesercizio dell'azione amministrativa".

¹³ Rispetto a tale prospettazione è, tuttavia, rilevabile un alternarsi di tesi. In particolare alcuni hanno ritenuto che l'inefficacia assume la portata di una nullità-sanzione di regola rilevabile d'ufficio ma, nei casi dell'art. 122, la nullità non può essere pronunciata d'ufficio se manca la domanda di subentro per cui risulta tutelato l'interesse diretto e non quello meramente strumentale alla rinnovazione della gara. In tal senso si v. LOPILATO, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e nuovi rimedi previsti dal D.lgs. n. 53/2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Secondo altra tesi "L'inefficacia, nei casi di cui all'art. 122, non è sanzione; richiede sempre una domanda di parte; tale domanda può ritenersi implicita in quella di subentro; tuttavia, l'art. 122 può consentire al giudice di disporre l'inefficacia anche in assenza di una vera e propria domanda di subentro, ossia anche quando l'interesse dedotto sia non diretto, ma strumentale alla rinnovazione della gara". Si v., in proposito, M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010, op. cit.*; ID., *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, in *Foro amm. TAR*, 5/2010, LXXIII. Altra dottrina ha ritenuto che "l'inefficacia, tanto nei casi di cui all'art. 121 quanto nei casi di cui all'art. 122, è sanzione a tutela di interessi pubblici superindividuali e la domanda di subentro è solo uno dei tanti elementi di valutazione". Si v., in proposito, M. FRACANZANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto nel nuovo processo amministrativo: dall'onere di impugnazione alla pronuncia di inefficacia* in *www.giustizia-amministrativa.it*. Secondo parte della dottrina, "la norma, piuttosto generica e ad ampio spettro di attuazione, identificando parametri supporto della decisione del giudice sulla sorte del contratto, che spaziano dal tipo di vizio della fase procedimentale allo stato di esecuzione del rapporto negoziale, alla possibilità di subentro del ricorrente, configura pertanto una sorta di inefficacia facoltativa del contratto". Si v., in tal senso, S. RUSCICA, *Il nuovo processo degli appalti pubblici. Commento organico al D.lgs. 20 marzo 2010 n. 53 di attuazione della direttiva ricorsi 2007/66/CE*, Roma; A. BARTOLINI in A. BARTOLINI, S. FANTINI, F. FRIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, in *Urbanistica e appalti*, op. cit., 653.

Viene, infatti, in rilievo anzitutto la possibilità del ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati e, in termini più generici, la sua possibilità di subentrare nel contratto¹⁴; una risposta negativa su tali versanti renderà inaccoglibile la domanda di subentro e quindi anche in tal caso la conservazione del contratto scaturirà dall'impossibilità del subentro.

L'altro parametro individuato dalla norma, quello dello stato di esecuzione del contratto, impinge più direttamente sugli interessi pubblici in quanto potrà ben sussistere un interesse del ricorrente a subentrare in un contratto anche in gran parte eseguito ma ad esso potrà incisivamente contrapporsi un interesse pubblico legato ai costi e ai tempi di siffatto subentro.

Onde anche in tali casi il giudice dovrà valutare se l'accoglimento della domanda di subentro produca "conseguenze sproporzionate" rispetto agli interessi pubblici sottesi al contratto e solo in caso di risposta negativa dichiarerà l'inefficacia del contratto.

Lo schema così ricostruito non è granché dissimile da quello verificato con riferimento alle violazioni gravi.

Per queste ultime il giudice, a fronte di una regola che conduce alla declaratoria di inefficacia, potrà *ab initio* valutare l'esistenza di circostanze che si oppongono a tale declaratoria con particolare riferimento agli interessi pubblici sottesi al contratto.

L'interesse del ricorrente al subentro verrà in gioco come elemento concorrente (in caso di mancata domanda) ai fini di correttamente ponderare l'eccezionalità dell'interesse pubblico e come elemento costitutivo della rilevanza della violazione dello "stand still period".

Con riferimento alla violazione ordinaria l'interesse del ricorrente al subentro è fattore ancora più rilevante ai fini della declaratoria di inefficacia atteso che la manifestazione di tale interesse costituisce presupposto immancabile perché il giudice possa scegliere tra efficacia e inefficacia e, al contempo, criterio prevalente ai fini della scelta conseguente.

4. La nozione di inefficacia funzionale.

Tutto quanto sin qui rilevato consente di confermare la tesi per cui l'inefficacia di cui si parla è un'inefficacia funzionale al subentro del ricorrente nell'aggiudicazione e nel contratto.

¹⁴ Ne consegue che il potere del giudice di pronunciare l'inefficacia, in tali casi, sarà condizionato alla proposizione della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto da parte del ricorrente. In questo senso si v. R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi* in www.giustizia-amministrativa.it, 2010; ID., *La riforma del Codice appalti*, in *Urb. e app.*, 9/2010, 1005 ss.; G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010* in www.giustamm.it; F. LIGUORI, *Appunti sulla tutela processuale e sui poteri del giudice nel decreto legislativo n. 53 del 2010* in www.giustamm.it; C. LAMBERTI, *La caducazione del contratto fra cognizione ed esecuzione*, in www.ratioiuris.it; F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, in www.giustamm.it; C. E. GALLO, *Il Codice del processo amministrativo: una prima lettura*, in *Urb. e app.*, 9/2010, 1013 ss.. Tali Autori, tuttavia, non giungono ad escludere in maniera chiara ed espressa che l'art. 122 possa tutelare anche il ricorrente che deduca vizi sorretti da un interesse strumentale alla rinnovazione della gara.

A parte i casi di inefficacia sanzionatoria di cui alle lett. a) e b) dell'art. 121 in cui, per mancanza di gara, alcun subentro è possibile, in tutti gli altri casi l'interesse del ricorrente al subentro costituisce presupposto necessario, anche se non sempre sufficiente, ai fini della declaratoria di inefficacia.

Di tale funzionalizzazione dell'inefficacia al subentro del ricorrente è possibile trarre conferma da ulteriori argomenti.

E' possibile infatti, anche sul piano strettamente testuale, ricavare dal dato normativo altre tracce significative di una sorta di voluta "tensione" dell'inefficacia al subentro.

E, infatti, già sul piano letterale, le espressioni "subentro" e "domanda di subentro" risultano imprecise, improprie e funzionali solo a significare tale tensione¹⁵.

Non può esservi, infatti, alcun subentro nell'aggiudicazione, non potendosi dubitare che il ricorrente dovrà risultare destinatario di una nuova aggiudicazione, essendo stata la precedente annullata con efficacia *ex tunc*.

Lo stesso discorso vale per il subentro nel contratto, occorrendo, infatti, a seguito della nuova aggiudicazione, un nuovo contratto, ovviamente fondato su un'offerta di diverso contenuto.

Così pure è improprio parlare di "domanda di subentro" allorchè, ove venga rispettato lo "stand still period", e quindi nella quasi totalità dei casi, il ricorso venga proposto anteriormente alla stipulazione del contratto e non possa quindi prevedersi la necessità di formulare in sede impugnatoria tale domanda, potendosi proporla, semmai, in corso di causa.

Appare quindi più corretta la formulazione dell'art. 124 che, seppure a fini risarcitori, parla di "domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto", ferma restando la rilevanza dell' "animus" che sembra aver ispirato il legislatore in sede di presumibilmente consapevole uso di tale terminologia impropria.

Un ulteriore argomento circa la tensione normativa al subentro è rinvenibile nell'art. 124 laddove si dispone che il risarcimento del danno in caso di mancata dichiarazione di inefficacia subisca effetti evidentemente riduttivi ai sensi dell'art. 1227 c.c. ove non venga proposta domanda di subentro o dichiarata l'indisponibilità allo stesso¹⁶.

¹⁵ L'uso atecnico dell'espressione "subentro", come più volte richiamata nel corpo delle norme, è soprattutto significativa della già rilevata forte attenzione del legislatore verso un'effettiva tutela del conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto in conseguenza della declaratoria di inefficacia. Si v. M. DIDONNA, *Il subentro nel contratto di appalto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione*, in *Urb. e app.*, 5/2010, 588 ss..

¹⁶ La norma conferisce rilievo alla domanda di conseguire aggiudicazione e contratto, precisando che l'accoglimento della stessa è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto e che la misura stessa del risarcimento è parametrata alla proposizione della domanda di subentro. Recentemente il Consiglio di Stato ha statuito che "il risarcimento del danno per illegittima aggiudicazione è riferito sostanzialmente a quella che si definisce perdita di *chance*, ovvero al guadagno che l'impresa avrebbe potuto ottenere, in base ad una ragionevole valutazione di probabilità e alle regole del mercato: in nessun caso, invece, dovranno considerarsi rimborsabili i costi affrontati dall'impresa per la presentazione dell'offerta". Si v., in proposito, Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2010 n. 2384; Cons. Stato, sez. VI, 11 gennaio 2010 n. 14; Cons. Stato, sez. V, 5 novembre 2009 n. 6873; Tar Puglia Bari, sez. I, 3 maggio 2010 n. 1702; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 22 gennaio 2009 n. 183. Peraltro, la prima Direttiva ricorsi impone la risarcibilità del danno da partecipazione a prescindere dalla spettanza del bene della vita. Si v., in tal senso, 11 considerando della direttiva n. 92/13/CEE. In dottrina si v. M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo superaccelerato in materia di appalti e l'inefficacia flessibile del contratto nel d.lgs. n.53 del 2010*, op. cit., 1; S. RUSCICA, *Il nuovo processo*

Ma, come si è detto, la tutela della concorrenza da cui deriva la tutela dell'interesse al subentro è tutela forte ma parziale, dovendosi essa confrontare, sulla base del parametro della proporzionalità, con gli interessi pubblici sottesi al contratto.

E' possibile così verificare come il principio di proporzionalità faccia sì che il subentro operi allorchè è voluto, possibile, utile e che, per contro, allorchè il subentro o non è possibile o non voluto o non utile il contratto conserva efficacia.

E infatti che il subentro debba esser voluto è attestato, oltre che dalla logica, apparendo difficile ipotizzare un subentro "*invito domino*", dallo stesso dato testuale che espressamente lo subordina, per le violazioni ordinarie, alla presentazione della relativa domanda. Dovendosi ritenere logicamente inclusa nella volontà di subentro anche la sua utilità per il ricorrente.

Anche il requisito del subentro "possibile" appare ispirato a criteri strettamente logici, non potendosi, ad esempio, immaginare il subentro in casi limite quali quelli dei rapporti già esauriti o in cui il subentro è impossibile.

Si consideri, infatti, che, ai fini della dichiarazione di inefficacia, è rilevante, ai sensi dell'art. 122, lo stato di esecuzione del contratto, condizione che riecheggia il disposto dell'art. 121 allorchè esso afferma che "*tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale*".

L'art. 122 prevede, inoltre, che la decisione del giudice in ordine alla declaratoria di inefficacia del contratto deve includere la valutazione circa "*lo stato di esecuzione del contratto e la possibilità di subentrare nel contratto*".

Il terzo requisito, in particolare, è quello più critico e che meglio segna lo snodo tra le due ipotesi alternative di efficacia e inefficacia del contratto.

Vi sono casi in cui il subentro è voluto e possibile ma non "utile", cioè espressamente dannoso rispetto agli interessi pubblici sottesi al contratto donde la necessità del confronto tra i due interessi in sede giudiziale secondo i parametri più volte segnalati.

Ciò a conferma del fatto che, a parte il caso del subentro non voluto, che dà luogo ad una valutazione sostanzialmente vincolata, l'accertamento della possibilità di subentro e più ancora della sua utilità rispetto agli interessi pubblici sottesi al contratto, sarà oggetto della ponderazione del giudice che, per quanto ancorata al parametro della proporzionalità, appare impregnata di forte discrezionalità.

degli appalti pubblici. Commento organico al D. lgs. 20 marzo 2010 n. 53 di attuazione della direttiva ricorsi 2007/66 CE, op. cit., 220. Come è stato messo in rilievo da R. DE NICTOLIS, Il recepimento della direttiva ricorsi, op. cit., il legislatore, in carenza di criteri di delega puntuali, non ha disciplinato il risarcimento del danno in tutti i suoi profili, quali la natura della responsabilità, l'elemento soggettivo, il nesso di causalità, il concorso dell'aggiudicatario e della stazione appaltante, la misura del risarcimento, ma si è occupato solo dei profili strettamente connessi alla scelta tra privazione di effetti del contratto e mantenimento del medesimo. Per una disamina della responsabilità della stazione appaltante per la violazione delle regole dell'evidenza pubblica e della misura del risarcimento si v. R. GIOVAGNOLI, Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo, Giuffrè, 2010; F. ASTONE, Il recepimento della direttiva ricorsi: profili problematici delle scelte operate dal legislatore nazionale, in Nuove autonomie, 1/2010, 5 ss.. Si v., inoltre, per un'analisi di rapporti tra tutela per equivalente e tutela in forma specifica D. ZONNO, Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: le nuove frontiere della "tutela reale" dinanzi al giudice amministrativo, in www.giustizia-amministrativa.it

Discrezionalità che potrà sfociare, alternativamente, o in una declaratoria di inefficacia funzionale al subentro del ricorrente o in una declaratoria di persistente efficacia funzionale agli interessi pubblici sottesi al contratto.

Viene confermato, in tale prospettiva, che lo stesso termine inefficacia, intesa come privazione di effetti, assume uno specifico significato.

Ciò che conta non è, infatti, come per l'ipotesi della caducazione, la demolizione del contratto o il suo venir meno fine a sé stesso, ma che il contratto non risulti di ostacolo alla riaggiudicazione o alla ripetizione della gara ove questo risulti l'effetto della sentenza. In tal senso, non assume rilievo tanto la fine del contratto, ma esclusivamente ciò che consegue all'annullamento sotto il profilo procedimentale.

La stessa formula "*privazione di effetti*", presente non solo nella direttiva ma anche nella legge delega 88/2009, poi corretta in "*inefficacia*" dopo il parere del Consiglio di Stato¹⁷, appare volutamente atecnica ed in forza anche del principio comunitario di effettività, sembra diretta a descrivere sia la funzione sanzionatoria rispetto alle violazioni commesse sia la più rilevante funzione dell'istituto, volto a far seguire all'annullamento dell'aggiudicazione il subentro del ricorrente vincitore, sempre che ne sussistano le condizioni.

5. Considerazioni conclusive

L'analisi delle norme (art. 121-124) sin qui svolta consente una lettura che dà conto di tre significativi postulati:

- all'annullamento dell'aggiudicazione può conseguire tanto l'inefficacia del contratto quanto, in via alternativa, il persistere della sua efficacia, seppure accompagnata da specifiche sanzioni;

- il verificarsi dell'una o dell'altra fattispecie è ricondotta a puntuali parametri normativi riconducibili a loro volta a specifici interessi pubblici tutelati dal legislatore;

- l'applicazione di tali parametri e quindi la ponderazione degli interessi pubblici che inducono l'efficacia o l'inefficacia del contratto è affidata al giudice amministrativo sulla base del principio di proporzionalità.

L'analisi testuale delle norme è caratterizzata dall'assoluta alternatività delle due fattispecie onde è possibile ricavare dai presupposti la cui rilevanza dà luogo all'inefficacia tanto le ragioni che ne consentono la produzione quanto, ove tali presupposti recedano, quelli che consentono la conservazione del contratto.

I presupposti dell'inefficacia sono in altre parole i parametri della sua possibile prevalenza rispetto alla persistente efficacia, che invece prevarrà ove tali presupposti risultino "deboli" o comunque soccombenti rispetto a quelli che impongono la persistente efficacia.

In particolare l'inefficacia con conseguente subentro è idonea a realizzare quella che è stata definita come la tutela "utile" della concorrenza, mentre la permanente efficacia del contratto garantisce il concretizzarsi dell'interesse pubblico sotteso alla stipulazione del contratto, inteso come interesse pubblico in senso oggettivo, come interesse della collettività amministrata, non coincidente con l'interesse soggettivo della pubblica amministrazione che viene infatti sottoposta a sanzioni alternative e in più occasioni condannata a risarcire il danno derivante dalle violazioni compiute.

¹⁷ Si v. Parere del Consiglio di Stato sulla bozza di Regolamento attuativo del Codice Appalti - Commissione speciale, 1 febbraio 2010 n. 368/2010

Si tratta, si badi bene, di confrontare una coppia di interessi entrambi pubblici non potendosi dubitare del carattere pubblico dell'interesse al subentro apparendo esso il corollario di ben due valori di forte derivazione comunitaria quale quello della tutela della concorrenza e quello della effettività delle pronunzie giurisdizionali.

Né può dubitarsi che la tutela della concorrenza si determini, sotto il profilo dei contenuti, nella misura più piena non solo allorché un'aggiudicazione illegittima faccia venir meno il contratto ma soprattutto allorché in quell'aggiudicazione subentri chi aveva titolo a conseguirla così che la pronunzia giurisdizionale produca il massimo dei suoi effetti ricostruttivi.

In proposito appaiono significativi, nel linguaggio normativo comunitario, gli incisi del considerando della Direttiva 2007/66 secondo cui: "Per contrastare l'aggiudicazione di appalti mediante affidamenti diretti illegittimi... è opportuno prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive; la privazione di effetti è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali. Per impedire violazioni gravi del termine sospensivo obbligatorio e della sospensione automatica... si dovrebbero applicare sanzioni effettive".

All'interno del delineato sistema normativo è possibile, comunque, individuare, salvo che per le violazioni gravi, una qualche preferenza verso l'ipotesi dell'inefficacia rispetto a quella della persistente efficacia.

Potrebbe ritenersi che la regola dell'inefficacia vale finché non venga in gioco, fino al punto di prevalere, l'eccezione della forte rilevanza dell'interesse pubblico sotteso al contratto, tale da rendere "sproporzionata" la dichiarazione di inefficacia.

Non è, infatti, un caso il fatto che l'eccezione diventi regola in materia di opere di interesse strategico (art. 125) per le quali rimane intatta la regola della caducazione.

Simmetricamente la stessa diventa regola, seppure eccezionalmente derogabile, allorché la violazione della disciplina della concorrenza è così eclatante da tradursi nella sua negazione come nelle ipotesi a) e b) dell'art. 121 vale a dire allorché è stata sostanzialmente inibita la partecipazione alla gara.

A questo punto potrebbe aprirsi un ampio dibattito circa la possibile amministrativizzazione del giudice che, nella concreta ponderazione degli interessi pubblici antagonisti, sembra potersi avvalere di una discrezionalità più propriamente pertinente all'esercizio del potere amministrativo.

Che si tratti di un potere sostanzialmente di merito limitato dal solo parametro della ragionevolezza non sembra potersi dubitare; e però non sembra trattarsi di un potere "nuovo" essendovi vari esempi di attribuzione al giudice di valutazione discrezionale di carattere concreto e specifico.

Il forte rapporto dialettico tra i due interessi in gioco fa per altro verso tre categorie di vittime.

La prima è quella dei ricorrenti portatori di interesse strumentale ai quali, quantomeno per le violazioni ordinarie, non potendo essi vantare un interesse al subentro, è chiaramente inibita la richiesta di inefficacia del contratto, inibizione peraltro confermata, ai limiti del superfluo, dal dato testuale che esclude l'inefficacia nell'ipotesi di vizi che comportano la ripetizione della gara.

Tale richiesta potrà essere invece avanzata relativamente alle violazioni gravi di cui alle lett. a) e b) dell'art. 121, che chiaramente suppongono, non essendosi svolta alcuna gara, il carattere strumentale dell'interesse del ricorrente, mentre per quelle di cui alle lett. c) e d), ciò appare quanto meno improbabile dovendosi ritenere del tutto

marginali le ipotesi in cui le violazioni abbiano influito sull'affidamento in favore del ricorrente e vengano proposti e accolti motivi che impongono la ripetizione della gara.

Negli altri casi il carattere strutturalmente debole dell'interesse strumentale consentirà l'annullamento dell'aggiudicazione ma non l'inefficacia del contratto.

Tale ridotta tutela non sembra poter comportare, tuttavia, rischi di anticomunitarietà in quanto l'interesse strumentale risulta comunque tutelabile in via risarcitoria anche ove il contratto rimanga efficace e ancora, come già rilevato, residualmente tutelato in ipotesi di assenza di gara in cui il subentro è di fatto impossibile.

La tutela di tale interesse è, inoltre, possibile in sede cautelare, ove vengano rispettate le regole dello *stand still* e in particolare quella che impone la sospensione della stipulazione del contratto a seguito della proposizione di ricorso giurisdizionale contenente richiesta di sospensiva; non essendo escluso, ed essendo anzi auspicabile, che in quella sede possa intervenire anche la sentenza di merito.

La seconda categoria di vittime è quella dell'originario illegittimo aggiudicatario la cui posizione non pare presa in alcun modo in considerazione ai fini della pronuncia di inefficacia.

Onde lo stesso potrà subire la declaratoria di inefficacia non solo *ex nunc* ma anche *ex tunc* del contratto stipulato, con conseguente possibilità dell'amministrazione di reclamare la restituzione dell'utile di impresa, risultando in tal caso a suo carico solo le spese effettivamente sopportate dalla controparte contrattuale.

Un ulteriore danno che può ricadere in capo all'originario aggiudicatario è quello relativo alla riduzione della durata del contratto in caso di applicazione di sanzioni alternative, così come previsto dall'art. 123.

Né un meccanismo come quello sin qui descritto, ferreamente imperniato sulla dialettica tra interesse al subentro del ricorrente e interessi pubblici sottesi al contratto, sembra poter lasciare spazi di tutela all'eventuale buona fede all'originario aggiudicatario¹⁸. Ciò ad ulteriore conferma del carattere fortemente pubblicistico della vicenda in esame.

Si consideri, inoltre, come, a fronte del contesto fin qui esaminato, possa ravvisarsi, una più generale dequotazione della rilevanza dell'elemento soggettivo e ciò anche in forza dell'orientamento cui sono giunti recenti orientamenti della giurisprudenza comunitaria che, in ordine alla tutela risarcitoria, riconoscono

¹⁸ Sulla rilevanza o meno della buona fede del contraente illegittimo aggiudicatario, tuttavia, le opinioni non sono del tutto concordi. In particolare si fa riferimento alla tesi estrema riconducibile a F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti (Note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul "nuovo" processo amministrativo sui contratti pubblici)* op. cit. secondo cui il giudice non dichiarerà mai l'inefficacia ogniqualvolta questo possa comportare il travolgimento della posizione del contraente in buona fede. Solo nei casi di mala fede del contraente, il giudice amministrativo potrebbe (e tendenzialmente dovrebbe) accertare l'inefficacia tenendo conto degli altri parametri di cui all'art. 122. Il parametro della buona fede diviene dunque, secondo tale orientamento, prevalente rispetto a tutti gli altri parametri di cui all'art. 122, i quali opererebbero solo in via subordinata. E' fautore di una tesi più moderata M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo superaccelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d. lg. n. 53 del 2010*, op. cit. secondo cui la buona fede del terzo aggiudicatario rileva nei casi di violazioni "non gravi", ma non preclude, automaticamente, la dichiarazione di inefficacia del contratto. L'A. non condivide l'assunto secondo cui la buona fede sarebbe sbarramento invalicabile alla pronuncia di inefficacia, ma individua in essa un parametro concorrente, su un piano di pari dignità, con gli altri parametri di cui all'art. 122.

l'irrelevanza del carattere colpevole della violazione e quindi del difetto di imputabilità sotto il profilo soggettivo della violazione commessa dalla stazione appaltante¹⁹.

Una terza vittima del nuovo assetto degli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto già stipulato potrebbe essere in qualche modo considerato il potere di autotutela dell'amministrazione, inteso come potere di annullamento d'ufficio del provvedimento di aggiudicazione.

Le proposizioni che sostengono tali affermazioni potrebbero essere le seguenti.

Se è esatta la ricostruzione innanzi proposta con riferimento alla disciplina introdotta sul punto dal codice dei contratti, la caducazione del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione costituisce effetto direttamente derivante dalla legge, così interpretandosi *a contrario* l'art. 246 del codice dei contratti, come riprodotto nell'art. 125 del codice del processo, che esclude la caducazione solo in materia di infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi.

Analoghe fattispecie di previsione *ex lege* dell'effetto caducante o del potere di produrlo possono ravvisarsi in materia di fallimento dell'aggiudicatario (art. 140 del codice dei contratti) e di normativa antimafia nell'ipotesi in cui l'amministrazione eserciti il potere di recesso dai contratti (artt. 4, comma 6, del D.lgs. 490/1994 e 11, comma 3, del DPR 252/1998).

La necessità di una fonte normativa specifica che determini gli effetti negativi sul contratto derivati dall'annullamento dell'aggiudicazione sono peraltro ravvisabili, per quanto sin qui rilevato, anche con riferimento al potere attribuito al giudice amministrativo di dichiarare l'inefficacia del contratto.

L'espressa attribuzione di tale potere sta chiaramente a dimostrare che, in mancanza di essa, il giudice non ne sarebbe altrimenti fornito.

Queste osservazioni valgono a confermare che sia l'effetto caducante sia il potere di dichiarare l'inefficacia del contratto sussistono in quanto espressamente previsti dalla legge.

A tal punto vi è da chiedersi allora quale possa essere l'effetto sul contratto dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione.

E' certo infatti che non è rinvenibile alcun potere attribuito dalla legge alla pubblica amministrazione al fine di dichiarare in tal caso l'inefficacia del contratto e anzi è significativo in proposito che il codice dei contratti rinvii a tal fine al codice del processo; né il regime di stretta tipicità che sembra caratterizzare le fattispecie in cui l'effetto o il potere sono espressamente previsti lascia spazi per un'interpretazione analogica.

D'altro canto gli stessi parametri cui deve avvalersi il giudice nel pronunciare la dichiarazione di inefficacia (o di persistente efficacia) paiono fortemente impregnati di "giurisdizionalità" con particolare riferimento alla già segnalata valenza attribuita all'interesse del ricorrente al subentro, fattore sicuramente assente in sede di esercizio del potere di autotutela.

¹⁹ In particolare, con riferimento alla irrilevanza del carattere colpevole della violazione, occorre richiamare la sentenza della Corte di Giustizia CE, sez. III, sentenza 30 settembre 2010 (C-314/09) che, in ordine al difetto di imputabilità sotto il profilo soggettivo della violazione commessa dalla stazione appaltante, stabilisce che "La direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione".

Ma contro la possibile estensione alla p.a. del potere di dichiarare l'inefficacia del contratto nell'ipotesi in esame gioca tutto quanto sin qui osservato a proposito del rapporto dialettico tra tutela della concorrenza e interessi pubblici sottesi al contratto, rapporto la cui composizione è affidata ad un soggetto terzo quale il giudice amministrativo.

Sembra quindi del tutto improbabile che quel potere possa considerarsi conferito anche a una delle parti titolari degli interessi in conflitto cui dovrebbe ritenersi concesso il potere di risolvere una contesa di cui è parte sulla base del principio di proporzionalità; ipotesi veramente poco plausibile.

La conclusione appare quindi sin troppo semplice: se il potere di dichiarare l'inefficacia deve ritenersi riservato a un'espressa previsione normativa, se tale previsione è assente per quanto riguarda gli effetti dell'annullamento d'ufficio, se non opera, per eterogeneità dei presupposti, il meccanismo dell'analogia, tutto ciò sta a significare che l'amministrazione che annulla l'aggiudicazione non ha il potere di incidere direttamente e unilateralmente sull'efficacia del contratto.

Tale conclusione finisce poi, di rimbalzo, per rendere sostanzialmente impraticabile la stessa ipotesi di annullare l'aggiudicazione, apparendo quantomeno del tutto improbabile che, con riferimento ai presupposti di cui all'art. 21-*nonies* L. 241/1990, siano configurabili ragioni di interesse pubblico prevalenti rispetto alla posizione dell'aggiudicatario tali da rendere ragionevole l'annullamento dell'aggiudicazione pur in presenza di una persistente efficacia del relativo contratto.

Conclusione che crea certamente un vuoto ordinamentale di non poco rilievo su cui il legislatore dovrebbe ragionevolmente intervenire.

A meno che, per smentire tale conclusione non si torni a pensare all'ipotesi del contratto come accordo amministrativo, cui, in assenza di una previsione regolamentatrice come quella che attribuisce al giudice il potere di dichiarare l'inefficacia, vengono ad applicarsi gli ordinari effetti caducanti che derivano all'atto consequenziale dal venir meno dell'atto amministrativo che ne costituisce l'unico presupposto.

Anche perché il dubbio finale che resta nella mente di chi scrive è quello di che contratto sia quello la cui sorte è segnata dall'esito di un conflitto tra due interessi pubblici e rispetto ai quali la parte privata risulta sfornita di una qualsiasi tutela.