

“LA SOSPENSIONE DEGLI EFFETTI DEL CONTRATTO DA PARTE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO”

Il presente contributo è stato pubblicato anche sul Giornale di diritto amministrativo n. 1/2014

Abstract

Con il presente studio si intendono approfondire ulteriormente i poteri del giudice amministrativo in tema di annullamento degli atti della procedura a evidenza pubblica e sorte del contratto. In particolare, in questa sede si focalizza l'attenzione sulla recente tendenza del giudice amministrativo a intervenire espressamente sul contratto, sospendendone gli effetti, sin dalla fase cautelare del giudizio. Sino ad ora, infatti, salvo qualche isolata decisione, in sede cautelare l'autorità giudiziaria si limitava a sospendere gli effetti del provvedimento di aggiudicazione oppure ad accogliere genericamente l'istanza cautelare annessa al ricorso, rimettendo alla fase di amministrazione attiva la determinazione in ordine alla sorte del rapporto negoziale sino alla pronuncia di merito. Tale orientamento, tuttavia, sta subendo un'importante rivisitazione in quanto si rinvencono decisioni cautelari con cui, anche in sede monocratica, il giudice si pronuncia sugli effetti del contratto, disponendone la sospensione.

Sommario: **1.** Premessa. **2.** Il rapporto tra aggiudicazione e contratto alla luce dell'interesse tutelato dalla disciplina sui contratti pubblici. **3.** L'ampiezza del potere valutativo del Giudice Amministrativo: il caso italiano e quello francese. **4.** L'anticipazione della tutela in forma specifica attraverso la sospensione degli effetti del contratto: criticità e nuovi orizzonti. **5.** Osservazioni conclusive

1. Premessa

Il rapporto che lega i provvedimenti della procedura a evidenza pubblica e il contratto che viene concluso tra la pubblica amministrazione e l'aggiudicatario si conferma uno dei capitoli più interessanti del diritto amministrativo contemporaneo, soprattutto in relazione ai nuovi e incisivi poteri del giudice amministrativo in materia. Come chiarito dalla dottrina, si tratta di un tema

¹ Assegnista di ricerca in Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma "Tor Vergata".

particolarmente delicato poiché esso assume rilievo sotto due diversi angoli di visuale: il primo, di carattere sostanziale, attiene alle conseguenze che l'annullamento dell'aggiudicazione produce sul contratto; il secondo, di carattere processuale, riguarda da un lato la giurisdizione, ordinaria o amministrativa, sulle eventuali controversie e dall'altro il catalogo delle azioni esperibili².

Come è noto, a seguito del recepimento della disciplina sovranazionale dettata in sede europea in vista del miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di procedure a evidenza pubblica, al giudice amministrativo che annulla l'aggiudicazione è stato attribuito il potere di pronunciarsi anche sulla sorte del relativo contratto³.

Tra i diversi spunti di riflessione che le nuove norme suscitano, in questa sede si intende approfondire la problematica relativa alla controversa possibilità che un siffatto potere sia esercitato dal giudice amministrativo sin nella fase cautelare del giudizio⁴.

Se, da un lato, la sospensione degli effetti del contratto consentirebbe di conservare inalterato lo *status quo* sino alla pronuncia di merito, dall'altro, va valutata la problematica compatibilità del rilevante apprezzamento del giudice sotteso alla statuizione di inefficacia del contratto con la cognizione sommaria propria della fase cautelare. Ciò soprattutto in relazione alla particolare delicatezza dei molteplici interessi coinvolti, quale quello ad assicurare una piena concorrenza nel mercato dei contratti pubblici, quello dei partecipanti alla gara a una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, quello della collettività alla sollecita esecuzione del contratto e a una sana e corretta gestione del denaro pubblico.

² F.G. COCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *giustamm.it*, 1/2007.

³ La nuova disciplina della sorte del contratto a seguito della caducazione dei provvedimenti della fase pubblicistica ha formato oggetto di un precedente approfondimento in cui si sono messi in luce i nuovi e rivoluzionari poteri del giudice amministrativo e gli importanti risvolti in relazione al principio di effettività della tutela: sia consentito il richiamo a M. NUNZIATA, *I nuovi poteri del giudice amministrativo in tema di annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm.-Cds*, 12/2010, 2700 ss.

⁴ Evidentemente, il problema potrà porsi nelle ipotesi in cui non abbiano trovato applicazione i meccanismi sospensivi della possibilità di stipulare il contratto di cui all'art. 11, commi 10 e 10 *ter* del Codice dei contratti pubblici. Infatti, come sottolineato dalla dottrina, "il problema, per quanto ridimensionato, permane e non è neppure residuale" (R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2010, 84). In argomento, si veda anche 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 *Dir. proc. amm.*, 4/2010, 1067 ss., secondo cui generalmente, stante la sospensione automatica della possibilità di stipulare il contratto, i poteri cautelari del giudice riguarderanno il *fumus boni juris* e non il pregiudizio grave e irreparabile già considerato sussistente dalla norma; viceversa, quando il contratto viene sottoscritto perché l'Amministrazione intenda dare motivatamente immediata esecuzione all'appalto, occorrerà valutare anche il pregiudizio grave e irreparabile comparando l'interesse del ricorrente al subentro, tutelato prioritariamente dalla norma, con l'interesse alla immediata esecuzione del contratto.

2. Il rapporto tra aggiudicazione e contratto alla luce dell'interesse tutelato dalla disciplina sui contratti pubblici

Il rapporto che intercorre tra i provvedimenti della procedura a evidenza pubblica e il contratto che, all'esito di quest'ultima, viene concluso tra l'operatore economico e la pubblica amministrazione ha origini risalenti, avendo rappresentato il terreno di un proficuo e affascinante dibattito della dottrina⁵ e di raffinate soluzioni giurisprudenziali che, in questa sede, può solo essere richiamato.

Le diverse tesi che sono state formulate e che si sono susseguite nel tempo costituiscono l'esito del mutamento della stessa funzione del procedimento concorsuale finalizzato alla scelta del contraente.

Come noto, l'originaria disciplina dei contratti pubblici era recata dalla normativa sulla contabilità dello Stato che rispondeva, in primo luogo, a esigenze di carattere finanziario ed era posta a tutela prioritaria della spesa pubblica⁶. Lo scopo principale sotteso al principio della gara, dunque, era quello di assicurare che l'amministrazione potesse scegliere il miglior contraente

⁵ In epoca anteriore al recepimento della cd. direttiva ricorsi (Dir. n. 2007/66/CE), il tema della sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione ha formato oggetto di un cospicuo approfondimento. A titolo meramente esemplificativo, si richiamano: P. DE LISE, *Effettività della tutela e processo sui contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2008; A. MASSERA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: le molte facce di un dialogo asincrono tra i giudici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2/2009, 285 ss.; M. SANINO, *Pregiudizialità e risarcimento come ulteriori vicende del contratto?*, in C. FRANCHINI, F. TEDESCHINI (a cura di), *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, Torino, Giappichelli, 2009, 451 ss.; F. SATTA, *La resistenza del contratto all'annullamento dell'aggiudicazione: un problema comunitario?*, in *Giustizia amministrativa*, 2/2008, 99 ss.; G. CORAGGIO, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Giustizia amministrativa*, 2/2008, 101 ss.; C.E. GALLO, *Contratto e annullamento dell'aggiudicazione: la scelta dell'Adunanza Plenaria*, in *Foro amm. CdS.*, 2008, 2362 ss.; M. LIPARI, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in *Giustizia amministrativa*, 1/2008, 33 ss.; F. FRENI, *L'adunanza plenaria afferma la giurisdizione (di merito) del giudice amministrativo, ma non scioglie il nodo dei rapporti tra provvedimento e negozio*, in *giustamm.it*, 11/2008; F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *giustamm.it*, 1/2007; E. STICCHI DAMIANI, *La caducazione del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del codice degli appalti*, in *Foro amm.-Tar*, 2006, 3719 ss.; F. CINTIOLI, *Annullamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2003; L.V. MOSCARINI, *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 611 ss.; V. CERULLI IRELLI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto (commento a)*, in *Giorn. dir. amm.*, 11/2002, 1195 ss.; M. MONTEDURO, *Invalidità del contratto*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Repertorio degli appalti pubblici*, II, 2005, 829 ss. e ID., *Illegittimità del procedimento a evidenza pubblica e nullità del contratto di appalto ex art. 1418, comma 1, c.c.: una radicale "svolta" della giurisprudenza tra luci e ombre*, in *Foro amm.-Tar*, 2002, 2591 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in *giustamm.it*, 9/2001.

⁶ Si vedano, in particolare, il R.D. n. 2440/1923 e il regolamento di contabilità pubblica n. 827/1924. Sulla *ratio* e sull'evoluzione della disciplina della contabilità pubblica, A. BARETTONI ARLERI, voce *Contabilità pubblica*, in *Nuovo Dig. It.*, IV, Torino, Utet, 2 ss.

Sul punto, già M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, I, 677, rilevava che "il contratto ad evidenza pubblica è introdotto dalla legislazione per una ragione pratica – di porre freno agli abusi dei fornitori dello Stato, specie militari – e per una ragione di coerenza con il sistema del diritto amministrativo. In particolare con il principio di legalità".

Sul sistema della procedura comparativa previsto dalle norme di contabilità, si vedano, tra gli altri, D. BORTOLOTTI, *Contratti della amministrazione pubblica*, in *Digesto disc. pubbl.*, Torino, IV, 36 ss.; O. SEPE, *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, 986 ss.; P. VIRGA, *Teoria generale del contratto di diritto pubblico*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 979 ss.; G. ROERHSEN, *I contratti della pubblica amministrazione*, Bologna, Zanichelli, 1959.

possibile sotto il profilo del contenimento della spesa pubblica⁷. In questa prospettiva, in cui la disciplina della procedura a evidenza pubblica era intesa a esclusiva tutela della pubblica amministrazione⁸, l'annullamento dell'aggiudicazione dava luogo all'annullabilità del contratto per vizio del consenso, secondo quanto stabilito dall'art. 1427 c.c., o per difetto di capacità, ai sensi dell'art. 1425 c.c.⁹.

Tuttavia, come affermato soprattutto dalla dottrina, tale tesi era destinata a essere superata insieme al venir meno del suo presupposto¹⁰: infatti, nel mutato contesto ordinamentale, questa connotazione tradizionale della vicenda contrattuale della p.a. e, in particolare, degli scopi sottesi alla procedura a evidenza pubblica ha subito una rilevante trasformazione in virtù della progressiva estensione del diritto sovranazionale dell'Unione Europea¹¹. L'influenza del diritto comunitario, ha mutato l'oggetto tutelato in via prioritaria dalle norme sugli appalti pubblici per cui all'interesse dell'amministrazione al risparmio di spesa si sono affiancati, con sempre maggior rilevanza, quelli delle imprese, oggettivati nel principio di concorrenza e nelle regole di corretto funzionamento del mercato¹².

⁷ M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2/2008, 297 ss.

Del resto, il campo dei contratti dell'amministrazione ha sempre costituito un capitolo importante della materia della contabilità pubblica in ragione degli evidenti riflessi finanziari connessi, sotto il profilo delle entrate, ai contratti cd. attivi e, sotto il profilo delle spese, a quelli cd. passivi (tale nesso è posto in luce, tra gli altri, da A. BUSCEMA, S. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, VII, Milano, Giuffrè, 1994).

⁸ Secondo SANTI ROMANO le formalità previste dalla procedura ad evidenza pubblica "sono in genere stabilite nell'interesse dell'amministrazione e il cui difetto quindi non può essere opposto al privato" (*Diritto amministrativo*, Milano, Società editrice libraria, 1901, 533).

⁹ Tra le altre, Cass. civ., Sez. II, 8.5.1996 n. 4269. In particolare, la circostanza che la legge avrebbe stabilito l'annullabilità del contratto nell'interesse esclusivo dell'amministrazione determinava che, secondo quanto disposto dall'art. 1441 c.c., solo quest'ultima sarebbe stata legittimata a proporre l'azione per l'annullamento.

¹⁰ F. G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione*, cit., 34.

¹¹ Per una ricostruzione dei rapporti tra diritto interno e comunitario nella disciplina del contratto di appalto, si veda, da ultimo, E. PICOZZA, *L'appalto pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale. Una difficile convivenza*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Utet Giuridica, 2010, 27 ss.

In chiave processualistica, *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, a cura di G. GRECO, Milano, Giuffrè, 2010.

¹² M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2/2008, 297 ss., in cui si sottolinea come la disciplina degli appalti pubblici abbia subito un'importante modificazione con l'introduzione del principio e delle regole di libera concorrenza, contenuti nel Trattato CE e nella normativa comunitaria derivata recepita nel nostro ordinamento, da ultimo con il codice dei contratti pubblici.

Da ultimo, sul concetto di contratto pubblico come "oggetto della regolazione del mercato", A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa, Edizioni Plus, 2011, 35 ss.

Sulla molteplicità delle nozioni di concorrenza e sulla distinzione con il concetto di mercato, A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, Giappichelli, 2007, 4 ss.

Sulla differente *ratio* tra la normativa nazionale e quella comunitaria, i cui principi ispiratori non risultano, tuttavia, almeno in astratto, tra di loro necessariamente incompatibili, si veda, da ultimo, A. POLICE, G. GRUNER, *Le fonti*, 111 ss., in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, 109 ss., Utet Giuridica, 2010.

Si veda, in argomento, C. FRANCHINI, *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Utet giuridica, 2007, 53 ss., secondo cui è proprio la trasformazione della disciplina sui contratti, non più solo preordinata alla tutela dell'interesse pubblico ma, soprattutto, diretta a garantire l'interesse dei privati, grazie ad un'implementazione della concorrenza, che impone la permanenza di tratti pubblicistici nella disciplina dei contratti della pubblica amministrazione. Tale disciplina, infatti, va oltre il diritto comune dei contratti, in quanto regola profili di cui quest'ultimo generalmente non si interessa.

Secondo una successiva ricostruzione giurisprudenziale, l'annullamento dell'aggiudicazione è stato inteso come causa di nullità del contratto, dapprima, per mancanza dell'accordo delle parti – elemento essenziale ai sensi dell'art. 1325 del c.c.¹³ – e, successivamente, in termini di nullità virtuale, perché conseguenza di violazione di norme imperative¹⁴.

La tesi che il Consiglio di Stato, con riferimento alla sua stessa giurisprudenza, ha definito prevalente¹⁵, muovendo dalla stretta connessione esistente tra l'annullamento degli atti di gara e il contratto, afferma la caducazione automatica degli effetti del contratto stipulato sulla base di un'aggiudicazione poi annullata¹⁶. Secondo questa impostazione, in virtù della stretta consequenzialità tra la procedura di gara e la conclusione del relativo contratto, l'annullamento dell'aggiudicazione disposto in sede giurisdizionale o di autotutela comporta la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto successivamente stipulato, stante la preordinazione

Sul punto, cfr. anche F. CINTIOLI, *La suddivisione in lotti dell'oggetto dell'appalto*, Relazione tenuta al Convegno organizzato dall'Istituto Grandi Infrastrutture il 25 settembre 2012 e destinato agli *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, in cui vengono accuratamente posti in luce i rapporti tra la disciplina contabilistica e quella successiva di derivazione comunitaria nella quale l'interesse alla tutela della concorrenza e del mercato viene confermato come un punto di riferimento primario della disciplina in materia di selezione del contraente della p.a. e come vera e propria guida per l'interprete (10 ss.).

In generale sui principi del diritto europeo, possono vedersi, tra gli altri, M.P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2013; G. DELLA CANANEA – C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2013; A. MASSERA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. CHITI e G. GRECO, parte generale, Milano, Giuffrè, 2007; G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, Il Mulino, 2009; A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 4/2005, 707 ss.; J. SCHWARZE, *Rules and General Principles of European Administrative Law*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4/2004, 1219 ss.

¹³ Cons. Stato, Sez. IV, ord. 21.5.2004, n. 3355; Cass., Sez. I, 26.5.2006, n. 12629. Anche tale tesi aveva perso il proprio fondamento a seguito della disciplina introdotta con il d.lgs. 12.4.2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici), il cui art. 11, comma 7, segna una separazione netta tra la fase pubblicistica della procedura e quella negoziale in cui si perfeziona il consenso per la conclusione del contratto, stabilendo che "l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta".

¹⁴ Cfr., ad esempio, Cons. Stato Sez. V, 13.11.2002, n. 6281; TAR Campania, Napoli, 29.5.2002, n. 3177. In dottrina, M. MONTEDURO, *Illegittimità del procedimento a evidenza pubblica e nullità del contratto di appalto ex art. 1418, comma 1, c.c.: una radicale "svolta" della giurisprudenza tra luci e ombre*, in *Foro amm.-Tar*, 2002, 2591 ss.

¹⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 30.5.2003, n. 2992, Cons. Stato, sez. VI, 14.1.2000, n. 244; Cons. Stato, sez. V, 25.5.1998, n. 677; Cons. Stato, sez. V, 30.3.1993, n. 435. Si ritiene, in altri termini, che, venute meno le condizioni della regolare selezione del contraente, si verifica una caducazione automatica degli effetti o un'inefficacia sopravvenuta del contratto che può ricondursi ai diversi presupposti del venir meno di un antecedente provvedimento o di una condizione di efficacia del contratto (cfr. Cons. St., sez. V, 12.2.2008, n. 490; Id., 28.5.2004, n. 3465; Id., sez. VI, 5.5.2003, n. 2332) o alla mancanza del requisito di legittimazione ad esprimere la volontà contrattuale (Cons. St., sez. VI, 27.10.2003, n. 6666; Id., 30.5.2003, n. 2992).

¹⁶ Con riferimento alla tesi della caducazione automatica, l'orientamento della dottrina non è stato univoco. Favorevole sembra essere la posizione di F. MERUSI, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro amm.*, TAR. 2004, 575. Al contrario, tale ricostruzione è contestata da: G. GRECO, *La Direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti* in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5/2008, 1029; F.G. COCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Giustizia Amministrativa*, 1/2007, 39; E. STICCHI DAMIANI, *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 633 ss.; M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto tra nullità, annullabilità ed inefficacia: la giurisdizione esclusiva amministrativa e la reintegrazione in forma specifica*, in *Dir. e form.*, 2003, 259.

funzionale tra tali atti¹⁷. Si verifica, quindi, un collegamento tra l'aggiudicazione e il contratto, i quali *simul stabunt, simul cadent*, qualunque sia la sede dell'annullamento (illegittimità dichiarata dal giudice a seguito di ricorso, ovvero illegittimità o inopportunità conseguente dell'esercizio del potere di autotutela da parte dell'amministrazione)¹⁸.

3. L'ampiezza del potere valutativo del Giudice Amministrativo: il caso italiano e quello francese.

Come accennato, prima del recepimento della direttiva n. 2007/66/CE (cd. direttiva ricorsi), l'epilogo dell'elaborazione giurisprudenziale era costituito dalla tesi della caducazione automatica degli effetti del contratto a seguito dell'annullamento dei provvedimenti della procedura a evidenza pubblica, senza che fosse necessaria alcuna ulteriore valutazione relativa agli interessi, pubblici o privati, coinvolti. In altri termini, era sufficiente la mera dichiarazione di illegittimità del provvedimento di aggiudicazione a determinare la caducazione del contratto.

Questa necessaria corrispondenza è stata messa in crisi in un primo momento, con l'introduzione del Codice dei contratti, in relazione agli affidamenti relativi alle infrastrutture strategiche, per cui si è stabilito che la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente. Successivamente, l'applicazione generalizzata della teorica della caducazione automatica è stata drasticamente superata dalle norme introdotte dal d.lgs. n. 53/2010 poi confluite nel d.lgs. n. 104/2010 (cd. codice del processo)¹⁹, che hanno ridisegnato il panorama degli strumenti

¹⁷ Cons. Stato, sez. V, 14.1.2011, n. 11; Id., 20.10.2010, n. 7578. Pare opportuno segnalare che queste considerazioni sono state formulate dalla giurisprudenza non solo in tema di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture: cfr., ad esempio, Cons. Stato, sez. V, 7.9.2011, n. 5032, in tema di contratti di *swap* e derivati.

¹⁸ Sul punto, va senz'altro richiamata la teorica dottrinale che, proprio muovendo dal rapporto tra aggiudicazione e contratto come legame tra atto presupposto e atto consequenziale nell'ambito della stessa vicenda procedimentale, aveva ricondotto il contratto di appalto pubblico al concetto dell'accordo amministrativo integrativo di provvedimento, in relazione al carattere autoritativo e funzionale di molti poteri attribuiti alla p.a.: in quest'ottica, il tema della sorte del contratto era spiegato facendo riferimento alla nozione della caducazione dell'atto consequenziale per vizi dell'atto presupposto (il riferimento è a E. STICCHI DAMIANI, *La nozione di appalto pubblico. Riflessioni in tema di privatizzazione dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1999, spec. 38 ss. e ID., *La caducazione del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del codice degli appalti*, in *Foro amm.-Tar*, 2006, 3719 ss.).

La correttezza di tale impostazione è stata ribadita anche di recente dalla giurisprudenza secondo cui, in definitiva, la permanenza del vincolo contrattuale trova la propria necessaria presupposizione nella corretta osservanza delle regole dell'evidenza pubblica, poste a presidio degli interessi sia di rilievo pubblico inerenti alla corretta gestione delle risorse economiche di cui l'ente dispone sia delle imprese operanti nel segmento di mercato, che non devono subire pregiudizio o discriminazione quanto alla possibilità di accedere ai pubblici appalti (Cons. Stato, sez. III, 23.5.2013, n. 2802).

¹⁹ L'approfondimento della dottrina in merito alla sorte del contratto a seguito dell'annullamento giurisdizionale degli atti della procedura ad evidenza pubblica e ai relativi poteri del giudice non è venuto meno con il d.lgs. n. 53/2010 e con il codice del processo amministrativo. Sul punto, tra gli altri, C. BENETAZZO, *Contratti della P.A. e annullamento dell'aggiudicazione*, Padova, Cedam, 2012; E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2011, 240 ss.; P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2011, 664; G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d. lgs. 53/2010*, in *giustamm.it*, 7/2010 e in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 3-4/2010, 729 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni sulla bozza di decreto legislativo attuativo della delega di cui all'art. 44, l. n. 88/09 (presentate*

di tutela nella materia della contrattualistica pubblica, prevedendo che il giudice amministrativo, dopo aver annullato l'aggiudicazione, possa pronunciarsi direttamente sull'assetto degli interessi sanciti nel regolamento negoziale²⁰. Come noto, superando l'annoso dibattito in ordine alla spettanza della giurisdizione in materia²¹, la cognizione del giudice amministrativo è stata estesa anche agli effetti del contratto di cui sia stata annullata l'aggiudicazione²². Si tratta di una soluzione che sicuramente rafforza l'effettività della tutela, che ora è concentrata presso uno stesso giudice sia per quanto riguarda l'annullamento dell'atto della procedura ad evidenza pubblica sia per quanto attiene alle ricadute sul contratto. Il giudice amministrativo, tuttavia, non è diventato "il giudice del contratto", le cui controversie restano integralmente devolute alla giurisdizione del giudice

alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, 11.2.2010), in *giustamm.it*, 2/2010; F. SAITTA, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, in *giustamm.it*, 4/2010; 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 *Dir. proc. amm.*, 4/2010, 1067 ss.; A. MASSERA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: le molte facce di un dialogo asincrono tra i giudici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2/2009, 285 ss.; S. VINTI, *Quali rimedi per la salvaguardia dell'interesse legittimo al cospetto dei negozi giuridici? Il giudice del riparto e i legislatori (comunitario e domestico) alle prese con gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto di appalto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2008, 840 ss.; A. MEALE, *La nuova disciplina dell'inefficacia del contratto: prime applicazioni*, in *Urb. e app.*, 10/2010, 1193 ss.; R. CALVO, *Appalti pubblici e "decodificazione" dei rimedi*, in *Urb. e app.*, 7/2010, 757 ss.; G. FERRARI, *L'annullamento del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico e la sorte del contratto già stipulato nella disciplina dettata dal c.p.a.*, in *Giur. merito*, 4/2011, 919 ss.; M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, in *federalismi.it*, 14/2010; R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2010; V. LOPILATO, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e nuovi rimedi previsti dal D.Lgs. n. 53/2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2010; A. GRAZIANO, *Note minime in tema di inefficacia del contratto d'appalto nel Codice del processo amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2011; M. FRACANZANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto nel nuovo codice del processo amministrativo: dall'onere di impugnazione alla pronuncia di inefficacia*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2010; F. FRENI, *Descrive, ma non spiega: inefficacia, ovvero del compromesso*, in *giustamm.it*, 5/2010; M. DIDONNA, *Il subentro nei contratti di appalto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione*, in *Urb. e app.*, 5/2010, 588 ss.; M. NUNZIATA, *I nuovi poteri del giudice amministrativo in tema di annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm.-Cds*, 12-2010, 2700 ss.

²⁰ Fra le prime applicazioni di tali disposizioni, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 18.8.2010, n. 5823, in *Foro amm.-Cds*, 12-2010, 2700 ss., con nota di M. NUNZIATA, *I nuovi poteri del giudice amministrativo in tema di annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*. In questa sede il Consiglio di Stato, con un'unica decisione, ha annullato l'aggiudicazione definitiva, ha dichiarato l'inefficacia del contratto fissandone la decorrenza e, oltre a riconoscere il diritto al risarcimento del danno, ha disposto direttamente il subentro del ricorrente nel rapporto contrattuale.

²¹ Nel contesto ordinamentale previgente, uno degli aspetti più delicati era costituito, senza dubbio, dall'individuazione della giurisdizione, ordinaria o amministrativa, chiamata a pronunciarsi sugli effetti del contratto: alla necessità di assicurare la concentrazione e la celerità della tutela si contrapponeva il dato letterale legislativo, secondo cui erano devolute al giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, dal quale si desumeva che l'ambito della giurisdizione amministrativa includesse la procedura e lasciasse fuori tutte le controversie relative al contratto e alla sua esecuzione.

²² Già nelle more del recepimento a livello legislativo, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione avevano fatto leva direttamente sulla disciplina comunitaria per mutare il proprio orientamento e affermare la giurisdizione amministrativa anche per quanto riguarda gli effetti del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione (cfr. ord. 10.2.2010, n. 2906, in *Urb. e app.*, 4/2010, 421, con commenti di C. LAMBERTI e R. CALVO, *La svolta delle Sezioni Unite sulla sorte del contratto pubblico*, e in *federalismi.it*, 4/2010, con nota di F. CARDARELLI, *Commento a Cass. SS.UU., ord. 2906 del 12.01.2010*): in particolare, con una decisione assolutamente innovativa, si era stabilito che nelle controversie sull'affidamento di lavori pubblici è il giudice amministrativo a dover accertare, con autorità di giudicato, gli effetti prodotti sul contratto dalla sentenza di annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto. Negli stessi termini, Cass., SS.UU., 7.10.2010, n. 20775, in *Urb. e app.*, 12/2010, 1426 ss.

ordinario²³ in quanto, anche dal punto di vista sostanziale, i contratti pubblici sono sottoposti al codice civile, pur se con importanti deroghe²⁴.

Le nuove disposizioni qualificano espressamente la patologia del contratto a seguito dell'annullamento degli atti della procedura a evidenza pubblica in termini di inefficacia. Riprendendo la nozione di "privazione di effetti" prevista in sede europea dalla direttiva n. 2007/66/CE, il legislatore italiano ha utilizzato una terminologia volutamente neutra e generica che non presuppone una particolare qualificazione del vizio del contratto e che costituisce un sintomo della prevalenza della volontà di non riconoscere alcun effetto al contratto concluso con un aggiudicatario illegittimo rispetto alle esigenze di ordine sistematico e dogmatico²⁵.

Nell'impostazione del legislatore europeo, in altri termini, la privazione di effetti costituisce il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati delle possibilità di competere²⁶. Ne deriva che la dichiarazione di inefficacia del contratto è delineata come strettamente funzionale ad assicurare al ricorrente il subentro nell'esecuzione dello stesso; in quest'ottica, a fronte dell'interesse pubblico, riconducibile alle singole amministrazioni, alla conservazione degli effetti del contratto, la tutela della concorrenza tende sempre più a coincidere con l'interesse e la possibilità del ricorrente di subentrare nell'esecuzione²⁷.

²³ Sul punto, significativa è la posizione adottata da Cass., SS.UU., 29.5.2012, n. 8515, in *Urb. e app.*, 11/2012, 1148 ss., con nota di A. TRAVI, *La giurisdizione sul contratto fra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria: la disciplina del c.p.a. e i nuovi interrogativi*.

²⁴ Per tutti, C. FRANCHINI, *L'appalto di lavori, servizi e forniture stipulato con le pubbliche amministrazioni*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura dello stesso A., Torino, Utet, 2010, 5 ss. In argomento, anche M. BIANCA, *Diritto Civile. 3. Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1984, 44, secondo cui: "i contratti dell'Amministrazione sono contratti di diritto comune pur se variamente caratterizzati dalla diretta incidenza dell'interesse pubblico sull'atto".

In ordine al rapporto tra contratto pubblico e diritto civile, con particolare riferimento all'applicabilità di alcune specifiche norme civilistiche quali ad esempio quelle sulle clausole vessatorie, sulla verifica dell'opera compiuta di cui all'art. 1665 c.c., sull'adempimento da parte della p.a. delle obbligazioni pecuniarie derivanti dal contratto, sulla risolubilità del contratto di cui all'art. 1453 c.c., sulla responsabilità dell'amministrazione debitrice e sulla sua assoggettabilità a procedure esecutive per l'adempimento delle obbligazioni derivanti da contratto, si veda A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa, Edizioni Plus, 2011, 454 ss.

²⁵ Critico sull'utilizzo improprio della categoria dell'inefficacia è F.G. SCOCA, *Alcune recenti tendenze del diritto amministrativo*, in *apertacontrada.it*, giugno 2012. Secondo E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2011, 240 ss., la nozione di inefficacia 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, ovvero l'esclusiva necessità che il contratto non produca effetti su quelli che saranno gli sviluppi futuri della vicenda sostanziale e che non costituisca, quindi, un ostacolo alle determinazioni successive, a contenuto evidentemente variabile.

²⁶ In termini, il considerando n. 14 della direttiva n. 66/2007/CE. Sul punto, cfr. anche E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, cit., secondo cui la caducazione automatica del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione rappresenta la più ampia tutela possibile del principio di libera concorrenza.

²⁷ Per un approfondimento di tali aspetti, cfr. E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, cit. Sul punto, cfr. anche E. FOLLIERI, *La prospettiva amministrativistica sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Foro amm.-TAR*, 2004, 2757 ss., spec. 2761, che sottolinea come nel campo dei contratti pubblici, a seguito della penetrante influenza dei principi e delle direttive comunitarie, si è assistito a una selezione legislativa degli interessi che ha reso pubblici interessi riconducibili in sostanza in capo agli imprenditori e alla loro

La nuova disciplina è particolarmente articolata in quanto le conseguenze sugli effetti del contratto sono differenziate in relazione al grado dei vizi riscontrati nella procedura a evidenza pubblica. Da questo punto di vista, l'utilizzo della categoria dell'inefficacia conferma la poliedricità delle statuizioni che, in esito all'annullamento dei provvedimenti relativi alla gara, il giudice amministrativo può dettare in ordine all'assetto negoziale degli interessi.

Infatti, pur introducendo una dettagliata disciplina del rapporto tra le diverse tipologie di illegittimità procedimentali e il contratto, le nuove disposizioni hanno attribuito un incisivo potere al giudice amministrativo sia nel caso delle gravi violazioni di cui all'art. 121 c.p.a. sia negli altri casi di cui all'art. 122 c.p.a.

Come regola di carattere generale, l'art. 121 c.p.a. stabilisce che, nel caso in cui la procedura ad evidenza pubblica sia affetta da vizi molto gravi, il giudice amministrativo che annulla l'aggiudicazione dichiara anche l'inefficacia del contratto, fissandone la decorrenza. A fronte di questa apparente automaticità, la norma individua particolari eccezioni che presuppongono l'esercizio di un importante potere di accertamento da parte del giudice. Ai sensi del secondo comma della disposizione, infatti, il contratto resta comunque efficace qualora il giudice accerti che, pur in presenza di gravi violazioni, il rispetto di esigenze imperative imponga che gli effetti del contratto siano mantenuti. Inoltre, altre deroghe sono previste dall'art. 121, comma 5, c.p.a., ma solo limitatamente ai casi a) e b) previsti dal comma 1, nel caso in cui la stazione appaltante dimostri di aver posto in essere procedure altrettanto trasparenti.

La privazione di effetti del contratto, dunque, trova un limite ove ricorrano esigenze imperative connesse a un interesse di carattere generale quali, ad esempio, 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: in quest'ambito, un rilevante potere di apprezzamento è richiesto al giudice amministrativo, vieppiù nel caso in cui tali esigenze imperative siano connesse a interessi economici atteso che essi possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara.

Se, forse, di minor ampiezza è il potere demandato al giudice per appurare che la stazione appaltante abbia approntato i meccanismi alternativi a tutela della concorrenza nel caso delle

libertà di iniziativa economica in un mercato volto a garantire concorrenza e pari opportunità a tutti gli operatori economici, indipendentemente dalla loro nazionalità, in un unico ambito comune europeo. Si veda, inoltre, A. BARTOLINI, S. FANTINI E F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, in *Urb. e app.*, 2010, 652, in cui si conferma che l'obiettivo della direttiva ricorsi è proprio quello di tutelare in via prioritaria l'interesse degli operatori economici al conseguimento dell'aggiudicazione della gara, della stipula del contratto e dell'esecuzione del contratto.

violazioni previste dall'art. 121, comma 1, lett. a) e b), c.p.a., una valutazione più attenta è richiesta per accertare le conseguenze che la violazione dei cd. termini di *standstill* procedimentale e processuale ha determinato sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento: solo in questo caso, infatti, si darà luogo all'inefficacia del contratto.

Un impegno valutativo molto rilevante è sotteso alla determinazione in merito alla decorrenza temporale dell'inefficacia. Questa statuizione, infatti, dovrà tenere conto dell'entità del vizio riscontrato, degli interessi della pubblica amministrazione e della possibilità per il ricorrente di subentrare nei casi in cui l'illegittimità dell'aggiudicazione non comporti un obbligo di riedizione della gara.

Lungi dall'essere confinata nel meccanismo vincolato della caducazione automatica, dunque, la sorte del contratto è rimessa a un potere molto ampio del giudice amministrativo che, ai fini della declaratoria di inefficacia, dovrà ponderare, anche attraverso la lente del principio di proporzionalità, l'interesse generale alla libera concorrenza, quello dell'amministrazione alla stabilità del contratto nonché la volontà della parte ricorrente. All'esito di tale attività valutativa, la prevalenza dell'interesse pubblico sotteso all'esecuzione del contratto rispetto a quello alla libera concorrenza, mediato dalla possibilità per il ricorrente di ottenere il subentro, potrebbe dar luogo alla conservazione degli effetti del contratto.

Poteri ancora maggiori in merito alla sorte del contratto sono riconosciuti al giudice amministrativo nelle ipotesi di violazioni meno gravi di cui all'art. 122 c.p.a. In questi casi, infatti, il giudice che annulla l'aggiudicazione stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la relativa domanda sia stata proposta²⁸.

Tale previsione dovrebbe aver comportato il definitivo superamento del rapporto tra l'annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto in termini di caducazione automatica²⁹:

²⁸ Per una posizione critica in ordine a tale disposizione, cfr. G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d. lgs. 53/2010*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 3-4/2010, 729 ss., secondo cui, presupponendo l'esame di tutto un complesso di interessi eterogenei e contrapposti, la scelta in merito alla sorte del contratto è completamente rimessa al prudente apprezzamento del giudice amministrativo, senza che sussista alcuna predeterminazione del relativo peso e alcun criterio preferenziale indicati dalla legge.

²⁹ Sul punto, si veda Cons. Stato, Sez. VI, 12.12.2012, n. 6374; Id., Sez. V, 5.11.2012, n. 5591, secondo cui spetta al giudice amministrativo il potere di decidere discrezionalmente, anche nei casi di violazioni gravi, se conservare o meno l'efficacia del contratto nel frattempo stipulato; il che significa che l'inefficacia non è conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, che determina solo il sorgere del potere in capo al giudice di valutare se il contratto debba continuare o meno a produrre effetti, sicché la privazione degli effetti del contratto per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione deve formare oggetto di una pronuncia giurisdizionale tipica. Negli stessi termini, Cons. Stato, Sez. V, 21.2.2012, n. 932, secondo cui la nuova disciplina, caratterizzata da una maggiore semplificazione, concentrazione in un unico processo ed effettività della tutela, secondo quanto previsto dalla normativa

infatti, dopo aver statuito sulla illegittimità degli atti del procedimento, il giudice si dovrà pronunciare sull'esito del regolamento negoziale comparando, da un lato, l'interesse al subentro quale espressione delle esigenze generali di tutela della concorrenza e, dall'altro, l'interesse pubblico sotteso alla celere esecuzione delle prestazioni.

Il giudice esercita un ampio potere di valutazione per stabilire la sorte degli effetti del contratto essendo chiamato, da un lato a precisare la decorrenza dell'inefficacia, dall'altro ad accertare le ipotesi derogatorie in cui il contratto può non essere privato di effetti.

Come si è rilevato, nel nostro ordinamento la cognizione del contratto da parte del giudice amministrativo è funzionale alla dichiarazione di inefficacia e opera esclusivamente a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione ma non si estende al sindacato sui vizi propri del contratto.

È interessante notare, invece, come in altre esperienze, ad esempio quella francese, il contenzioso sui *contrats administratifs* è interamente devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sia per il sindacato sulla procedura ad evidenza pubblica sia per i profili relativi all'esecuzione del contratto³⁰.

Nell'ordinamento francese, in relazione alla disciplina sostanziale, i contratti pubblici sono regolati da un regime sostanzialmente derogatorio rispetto al diritto comune e, dal punto di vista processuale, il contenzioso sui contratti amministrativi appartiene interamente al *Conseil d'Etat* che conosce sia della procedura pubblicistica sia del rapporto contrattuale.

È interessante osservare che anche nell'esperienza francese al giudice amministrativo sono riconosciuti ampi poteri di intervento sul contratto: a tal riguardo, pare molto significativo il riferimento agli istituti normativi del *référé précontractuel* e del *référé contractuel* e ad alcuni noti precedenti pretori quale, ad esempio, l'*arrêt Société Tropic Travaux Signalisation* del 16 luglio 2007.

A completamento del panorama dei rimedi azionabili nella materia dei contratti pubblici, il legislatore ha introdotto il *référé précontractuel*³¹ e il *référé contractuel*³², oggi disciplinati dagli

di derivazione comunitaria, comporta il potere del giudice amministrativo di pronunciarsi in ordine all'inefficacia del contratto, con estensione della giurisdizione esclusiva. È del tutto consequenziale che il sindacato sulla sorte del contratto determini, all'esito della decisione di annullamento dell'aggiudicazione, un assetto del rapporto contrattuale – nel senso della sua inefficacia o del suo mantenimento – che le parti sono obbligate ad osservare e di cui devono tenere conto nei successivi comportamenti.

³⁰ Sulle peculiarità dell'ordinamento francese in questa materia, tra gli altri, M. ANTONIOLI, F. CARDARELLI, *Il recepimento della direttiva 2007/66/CE nell'ordinamento francese*, in G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, Giuffrè, 2010, 223 ss.; S. TORRICELLI, *Tutele differenziate e riti speciali nei processi contro la pubblica amministrazione: qualche notazione comparatistica*, in G. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, Cedam, 2010, 300 ss.; B. MARCHETTI, *Il giudice delle obbligazioni e dei contratti delle pubbliche amministrazioni: profili di diritto comparato*, in *giustamm.it*, 11/2009; ID., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in *Dir. proc. amm.* 1/2008, 95 ss.

³¹ L'istituto del *référé précontractuel* è stato introdotto nell'ordinamento francese, in attuazione delle prime cd. direttive ricorsi, con le leggi n. 92-10 del 4.1.1992 e n. 93-1416 del 29.12.1993. Sul nuovo istituto, nella letteratura d'oltralpe,

artt. L551-1 ss. e L551-13 ss. del *Code de justice administrative*: il primo, azionabile sino al momento della sottoscrizione del contratto³³, consente di adire il giudice amministrativo perché disponga la sospensione delle procedure di aggiudicazione viziate da violazioni delle norme a tutela della concorrenza e di pubblicità, con le conseguenti statuizioni conformative: il secondo, posto in un rapporto di alternatività rispetto al primo nel senso che non è esperibile da parte di chi ha già azionato un *référé précontractuel* all'esito del quale la stazione appaltante si sia conformata alla statuizione giudiziale³⁴, attribuisce poteri ulteriori al giudice che può disporre misure che incidono direttamente sul contratto, come pronunciarne la nullità, la rescissione, ridurne la durata nonché le idonee misure conservative e cautelari finalizzate a conservare lo *status quo* dell'esecuzione del contratto nelle more della decisione sul ricorso.

La circostanza che il *référé précontractuel* fosse azionabile soltanto prima della sottoscrizione del contratto costituiva un grande limite all'effettività del rimedio. Ciò spinse il Conseil d'Etat, con la nota decisione *Société Tropic Travaux Signalisation* adottata dall'Assemblea del Contenzioso del 16 luglio 2007, a introdurre un nuovo strumento di tutela in materia, riconoscendo la legittimazione a proporre un ricorso diretto a contestare la validità del contratto anche in capo ai cd. *tiers évincés*, ovvero quei soggetti che possano vantare diritti patrimoniali lesi dalla conclusione di un contratto amministrativo³⁵. Anche in questo caso al giudice sono devoluti poteri particolarmente rilevanti: può annullare il contratto integralmente o parzialmente, può dichiararne la risoluzione, può modificarne alcune clausole, può decidere per la prosecuzione dell'esecuzione e può disporre il risarcimento del danno a riparazione degli interessi e diritti lesi.

cfr. D. CHABANOL, *Marchés publics de travaux. Droit et obligations des signataires*, 2^a ed., Paris 1994, 57 ss.; P. MARTIN, *The contractual Référé Procedure under Article L22 of the Administrative Tribunals*, in *Publ. Proc. Law Rev.*, 1994, CS112; R. VANDERMEEREN, *Le référé administratif précontractuel*, in *AJDA (numéro special: Actualité des marchés publics)*, 1994, 91 ss. Da ultimo, F. DIEU, *L'irrésistible extension des pouvoirs du juge des référés précontractuel*, in *AJDA*, 2007, 782; E. GEFFRAY, S.J. LIEBER, *Référé précontractuel: une bouffée d'oxygène*, in *AJDA*, 2008, 2161.

³² Il *référé contractuel* è stato introdotto, in attuazione della direttiva 2007/66/CE, con l'*ordonnance* n. 2009-515 del 7.5.2009 che, come noto, ha modificato la *partie législative* del *Code des marchés publics*, seguita dal *décret* n. 2009-1456 del 27.11.2009, relativo alla *partie réglementaire* del *Code*.

³³ In questo senso depone il consolidato orientamento della giurisprudenza: tradizionalmente, si vedano Conseil d'Etat, 10.2.1997, n. 169694; Conseil d'Etat, 22.1.1997, in *Rev. franç. dr. adm.*, 1997, 421; Conseil d'Etat, 3.11.1995, in *AJDA*, 1995, 945; Conseil d'Etat, 17.1.1996, *ivi*, 1996, 1090; Conseil d'Etat, 21.6.1996, n. 171155.

³⁴ *Amplius* su tali profili, M. ANTONIOLI, F. CARDARELLI, *Il recepimento della direttiva 2007/66/CE nell'ordinamento francese*, in G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, cit., 223 ss. e spec. 245.

³⁵ Su cui, nella letteratura italiana, A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, cit., 359 ss.; ID., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: le molte facce di un dialogo asincrono tra i giudici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2/2009, 285 ss.; M. ANTONIOLI, F. CARDARELLI, *Il recepimento della direttiva 2007/66/CE nell'ordinamento francese*, in G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, cit., 253 ss. Come è stato osservato dalla dottrina francese, l'*arrêt Tropic* rappresenta un'eccezione al principio generale della relatività degli effetti del contratto che, nel diritto pubblico, porta generalmente al rigetto dei ricorsi proposti da un terzo avverso un contratto amministrativo (cfr. P. IDOUX, M. UBAUD-BERGERON, *Procédure de recours applicables aux contrats de la commande publique – A propos de l'ordonnance du 7 mai 2009*, *SJEG*, 36, agosto 2009, 201 ss., punto 28).

4. L'anticipazione della tutela in forma specifica attraverso la sospensione degli effetti del contratto: criticità e nuovi orizzonti

Il tema della sospensione degli effetti del contratto ha origini molto recenti e costituisce, in qualche modo, la nuova frontiera del contenzioso in tema di contratti pubblici: se, da un lato, a fronte del recepimento della direttiva ricorsi, il giudice amministrativo ha sin da subito esercitato i nuovi poteri in vista della tutela piena ed effettiva delle situazioni giuridiche dei concorrenti oltre che per assicurare l'attuazione del principio di libera concorrenza nel mercato dei contratti pubblici, disponendo a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione anche l'inefficacia del contratto e il subentro nel rapporto negoziale, dall'altro va notato come tali poteri siano stati per lo più esercitati nell'ambito del giudizio di merito.

Sul piano degli interessi tutelati, la declaratoria di inefficacia funzionale al subentro tende ad assicurare l'attuazione della libera concorrenza nel mercato dei contratti delle pubbliche amministrazioni mentre la permanente efficacia del contratto soddisfa l'interesse della collettività alla sollecita esecuzione delle prestazioni che, tuttavia, non può dirsi sempre coincidente con quello soggettivo dell'amministrazione che, infatti, quando il contratto resta efficace, è sottoposta alle sanzioni alternative³⁶.

Come si è visto nei paragrafi precedenti, si tratta di un apprezzamento particolarmente delicato in quanto coinvolge diversi interessi, di natura sia pubblica che privata, e può avere ad oggetto: le esigenze imperative connesse a un interesse di carattere generale, i meccanismi alternativi a tutela della concorrenza nel caso delle violazioni previste dall'art. 121, comma 1, lett. a) e b), c.p.a., l'influenza di una violazione del cd. termine di *standstill* procedimentale e processuale sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento, l'entità del vizio riscontrato, lo stato di esecuzione del contratto, gli interessi della pubblica amministrazione e del privato, l'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione e di subentrare nel rapporto.

Vi è da chiedersi se la grande ampiezza del potere valutativo richiesto al giudice ai fini di una pronuncia sull'inefficacia del contratto, da alcuni persino ritenuto riconducibile a un potere di merito³⁷, sia compatibile con la cognizione sommaria propria della fase cautelare. Infatti, una volta

³⁶ E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, cit.

Non si approfondisce in questa sede il dibattito, cui senz'altro si rimanda, circa la configurazione dell'inefficacia stessa come sanzione. Sul punto, tra gli altri, M. FRACANZANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto nel nuovo codice del processo amministrativo: dall'onere di impugnazione alla pronuncia di inefficacia*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2010, 6 ss.

³⁷ Come è stato evidenziato da alcuni dei primi commentatori, l'esercizio di questo ampio potere di valutazione potrebbe comportare, in alcuni casi, quasi una sostituzione del giudice all'amministrazione: cfr. E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, cit.; R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della*

venuta meno la ricostruzione del rapporto tra l'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto in termini di caducazione automatica, l'esito dell'assetto di interessi stabilito nel regolamento negoziale è rimesso alla valutazione del giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva.

Un'interpretazione letterale delle norme del codice – sia dell'art. 121, comma 1, secondo cui “il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto” sia dell'art. 122, secondo cui “il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto” – potrebbe far ritenere che la cognizione del giudice amministrativo in merito alla sorte del contratto richieda necessariamente un previo intervento, avente contenuto demolitorio dell'aggiudicazione, da compiere nell'ambito del compiuto approfondimento proprio della fase di merito³⁸.

L'avvenuta conclusione del contratto nelle more della proposizione del ricorso giurisdizionale ha tradizionalmente rappresentato un forte ostacolo alla concessione della tutela cautelare³⁹.

Successivamente, eccetto che per le controversie relative alla cd. infrastrutture strategiche – in relazione alle quali si è espressamente previsto che la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato – tale orientamento è stato oggetto di un significativo ripensamento anche se, nella prevalenza dei casi, la pronuncia dell'autorità giudiziaria è circoscritta alla sospensione degli effetti del provvedimento di aggiudicazione oppure al generico accoglimento dell'istanza cautelare annessa al ricorso, rimettendo alla fase di amministrazione attiva la determinazione in merito alla sorte del rapporto negoziale sino alla pronuncia di merito⁴⁰.

direttiva ricorsi, cit., p. 85; E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo*, cit., p. 10. Diversa, invece, l'opinione di F.G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, in *giustamm.it*, 2/2011.

³⁸ Come è stato affermato, il campo dei contratti pubblici rappresenta un settore in cui, anche dopo l'entrata in vigore del codice del processo, è rimasta la cd. pregiudiziale di annullamento che configura la pronuncia di inefficacia del contratto come un rimedio accessorio e non necessario all'annullamento dell'aggiudicazione (in argomento, M. LIPARI, *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia “flessibile” del contratto*, in *giustamm.it*, 4/2010; S. FANTINI, *L'inefficacia “cautelare” del contratto*, in *Urb. e app.*, 6/2012, 703 ss.).

In generale, sul tema dei rapporti tra la tutela risarcitoria e quella demolitoria, sia consentito il richiamo a M. NUNZIATA, *Il risarcimento del danno conquista l'autonomia? I nuovi rapporti tra l'azione risarcitoria e quella per l'annullamento nel Codice del processo*, in *federalismi.it*, 19-2011, in *Foro Amm.-Tar*, 7-8/2011, LXXXV ss. e in *giustamm.it*, 9-2011.

³⁹ In quest'ottica, la misura cautelare è considerata anzi lo strumento più opportuno proprio per inibire all'amministrazione la stipula del contratto. È ricorrente l'affermazione secondo cui “appaiono sussistere profili di gravità e urgenza tali da giustificare l'accoglimento dell'appello cautelare, atteso che è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della gara de qua ma non risulta ancora stipulato il relativo contratto” (in termini, tra le molte, Cons. Stato, Sez. V, ord. 30.11.2011, n. 5207, in *Urb. e app.*, 4/2012, 479 ss.).

⁴⁰ Per un esempio di tale ultima ipotesi, tra le più recenti, si vedano: Cons. Stato, Sez. IV, ord. 8.5.2013, n. 1680; Id., Sez. VI, ord. 20.12.2010, n. 5815.

A fronte della iniziale timidezza del giudice amministrativo a intervenire direttamente sul contratto sin in sede cautelare⁴¹, nell'ultimo periodo sono state adottate decisioni cautelari con cui, anche in sede monocratica⁴², il giudice si pronuncia sugli effetti del contratto, disponendone espressamente la sospensione.

La disciplina sovranazionale non offre indicazioni particolari in merito, rimettendo la conformazione dei rimedi giurisdizionali alla scelta degli Stati membri, se pur con il faro del principio di effettività della tutela⁴³.

Nel nostro ordinamento, il potere del giudice amministrativo di sospendere il contratto ha trovato il proprio fondamento essenzialmente nell'argomento della atipicità del rimedio cautelare,

⁴¹ Fra le prime ordinanze cautelari con cui il giudice amministrativo si è pronunciato anche sugli effetti del contratto, sospendendoli, si veda: Cons. Stato, Sez. V, ord. 24.10.2011, n. 4677, pronunciata in sede di giudizio di ottemperanza, pubblicata in *Urb. e app.*, 6/2012, 703 ss., con nota di S. FANTINI, *L'inefficacia "cautelare" del contratto*. In modo implicito, la possibilità di intervenire direttamente sul contratto già in sede cautelare era stata ammessa dal Tar Lombardia, Sez. I, 14.10.2010, n. 1097, in *giustamm.it*, 10/2010.

In dottrina, il tema è stato posto, fra gli altri, da 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 *Dir. proc. amm.*, 4/2010, 1067 ss., ove si afferma che, poiché la misura cautelare si modella sui poteri decisori, il giudice amministrativo, se ritenesse prevalente nel bilanciamento degli interessi, quello del ricorrente ad eseguire la prestazione oggetto dell'appalto, potrebbe sospendere l'efficacia anche del contratto (oltre che dell'aggiudicazione), essendo questa una misura strumentale alla sentenza di merito di annullamento dell'aggiudicazione e di dichiarazione di inefficacia del contratto.

⁴² Da ultimo, ad esempio, Cons. Stato, Sez. IV, decreto 2.5.2013, n. 1590.

⁴³ Secondo l'art. 2, comma 1, lett. a) della Dir. n. 2007/66, gli Stati membri provvedono affinché i provvedimenti presi in merito alle procedure di ricorso di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che consentono di: prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti cautelari intesi a riparare la violazione denunciata o ad impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dall'amministrazione aggiudicatrice. Inoltre, ai sensi dell'art. 2, comma 5, gli Stati membri possono prevedere che l'organo responsabile delle procedure di ricorso possa tener conto delle probabili conseguenze dei provvedimenti cautelari per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché per l'interesse pubblico e decidere di non accordare tali provvedimenti qualora le conseguenze negative possano superare quelle positive.

Sul fondamentale contributo che il diritto europeo ha tradizionalmente apportato al nostro sistema di tutela giurisdizionale, sia consentito rinviare agli studi contenuti in S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010, 361 ss.; C. FRANCHINI, *Il giudice amministrativo fra tradizione e innovazione*, in *giustamm.it*, 11/2011; ID., *Giustizia e pienezza della tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Giuffrè, 2008, 165 ss.; G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, Giuffrè, 2010; V. CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2/2008, 433 ss.; E. PICOZZA, *Il risarcimento in via autonoma contro gli atti della P.A. – la tutela giurisdizionale si dimensiona su quella sostanziale e non viceversa*, in *Corr. giur.*, 2009, 5, 647 ss.

Sul punto, si veda anche A. MASSERA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: le molte facce di un dialogo asincrono tra i giudici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2/2009, 285 ss., secondo cui sono molteplici gli impulsi che dal diritto europeo e da quello comparato provengono all'ordinamento italiano al fine di delineare un assetto, organizzativo e funzionale, dei rimedi che possano consentire l'effettività della tutela giurisdizionale, anche sotto il profilo della concentrazione e della rapidità.

Di grande interesse sono anche gli studi comparati di E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2010, in cui l'A. rileva che, senza alcuna forma di coordinamento, la maggior parte degli ordinamenti europei ha adottato, nello stesso momento storico, importanti provvedimenti di contenuto sostanzialmente analogo che portano a un rimodellamento significativo dei propri sistemi di giustizia amministrativa, e di M. FROMONT, *La convergence des systèmes de justice administrative en Europe*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2001, 125 ss.

intesa quale corollario del principio fondamentale dell'effettività della tutela⁴⁴, nonché sul dato positivo di cui all'art. 125, comma 3, c.p.a. ai sensi del quale, al di fuori dei casi contemplati dagli art. 121 e 123 c.p.a., la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato⁴⁵.

Come noto, il codice del processo ha codificato il progressivo ampliamento dei poteri riconosciuti al giudice nella fase cautelare che può disporre, ex art. 55 c.p.a., le misure “più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso”⁴⁶; ciò del resto, conformemente all'estensione dello spettro dei poteri decisorii riconosciuti al giudice dalle norme del codice⁴⁷, siccome interpretate e sviluppate dalla giurisprudenza.

Di conseguenza, una pronuncia cautelare che, ravvisando profili di illegittimità dell'aggiudicazione di un affidamento, sospenda anche gli effetti del contratto che sulla base di essa è stato stipulato consente di conservare lo *status quo* sino alla decisione di merito che, laddove

⁴⁴ Su cui, in termini generali, M. D'ALBERTI, *L'effettività e il diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, 2011, 13 ss., in cui si sottolinea, tra l'altro, il ruolo determinante del diritto dell'Unione Europea e di quello internazionale per lo sviluppo dell'effettività della tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione. Sull'efficacia delle procedure di ricorso in tema di contratti pubblici, da ultimo, B. RAGANELLI, *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, Torino, Giappichelli, 2012, 177 ss.

⁴⁵ Secondo la già citata Cons. Stato, Sez. V, ord. 24.10.2011, n. 4677, il potere di statuire in merito all'efficacia del contratto è esercitabile dal giudice amministrativo anche in sede cautelare, deponendo in tal senso sia l'atipicità del contenuto delle misure cautelari di cui all'art. 55, comma 1, del codice del processo amministrativo sia la naturale finalizzazione della misura cautelare ad anticipare in via interinale l'adozione delle misure adottabili con la decisione definitiva. A sostegno dell'assunto depono anche il disposto dell'art. 125, comma 4, del codice del processo amministrativo, che, nell'assunto della generale idoneità della misura della sospensione dell'aggiudicazione a riverberarsi sul dispiegarsi degli effetti del contratto nelle more stipulato, stabilisce, in via di eccezione, che, solo con riguardo alle controversie relative alle infrastrutture strategiche, la sospensione dell'aggiudicazione non comporta la caducazione del contratto già stipulato.

⁴⁶ Nell'economia della presente trattazione, non può essere ripercorsa l'evoluzione della tutela cautelare nel processo amministrativo; per un approfondimento del sistema delineato dal codice del processo, tra gli altri: E. PICOZZA, *La tutela cautelare ante causam nel codice del processo amministrativo. Nuovi spunti di riflessione*, in *giustamm.it*, 7/2012; M. RAMAJOLI, *La tutela cautelare nel contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2011, 928 ss.; E. FOLLIERI, *La fase cautelare*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2011, 330 ss.; F. CINTIOLI, *Ottemperanza e prospettive del rito cautelare*, in *Foro amm. TAR*, 3/2011, 1123 ss.; M. ALLENA, F. FRACCHIA, *Il ruolo e il significato della tutela cautelare nel quadro del nuovo processo amministrativo delineato dal d.lgs. 104/2010*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2011, 191 ss.; M.A. SANDULLI, *La fase cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2010, 1130 ss.; R. CAVALLO PERIN, *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2010, 1165 ss.; F. FRENI (a cura di), *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2011; N. PAOLANTONIO, *Spunti di riflessione sulla tutela cautelare secondo la legge di delega per la codificazione del processo amministrativo*, in *giustamm.it*, 12/2009.

È proprio il carattere della atipicità del rimedio cautelare ad aver indotto parte della dottrina processualcivile a equipararlo con i provvedimenti di cui all'art. 700 c.p.c. (cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Tomo IV, Torino, 2009, Giappichelli, 331).

⁴⁷ Su cui, da ultimo, V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2012, 436 ss.; Id., *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2/2008, 433 ss.; M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in *Giorn. dir. amm.*, 11/2010, 1121 ss.; F. CARINGELLA, *Il sistema delle tutele dell'interesse legittimo alla luce del codice e del decreto correttivo*, in *Urb. e app.*, 1/2012, 14 ss.; A. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo ed il superamento del sistema della giustizia amministrativa. Una introduzione al libro I*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2011, 100 ss.; R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2010.

confermasse il contenuto dell'ordinanza, potrebbe disporre il subentro del ricorrente nel rapporto negoziale cui, come si è rilevato, la dichiarazione di inefficacia è funzionale. In questi termini, la misura cautelare si confermerebbe nella sua tipica interinalità e strumentalità rispetto alla pronuncia di merito⁴⁸. Sul punto, va senz'altro menzionata la posizione di parte della dottrina che, riconoscendo una grandissima ampiezza al potere cautelare in questa materia, ha affermato che il giudice possa, in presenza di un consistente *fumus boni iuris*, anche assegnare in via provvisoria al ricorrente l'aggiudicazione e il contratto, sospendendo l'efficacia di quello sottoscritto, sulla base del presupposto che i contenuti decisori dei poteri cautelari, strumentali rispetto a quelli di merito, possono produrre, salva la loro provvisorietà, gli stessi effetti delle sentenze⁴⁹.

La sospensione degli effetti del contratto, tendendo a garantire un subentro remunerativo nell'esecuzione, soddisferebbe non solo l'interesse del ricorrente a ottenere una tutela piena ed effettiva della posizione lesa⁵⁰, ma anche l'interesse pubblico generale all'attuazione della libera concorrenza nel mercato dei contratti pubblici cui le nuove norme dettate in sede sovranazionale sono preordinate.

La funzionalizzazione della declaratoria di inefficacia alla pronuncia di subentro assume rilevanza sotto un altro duplice profilo.

In primo luogo, anche in sede cautelare, l'apprezzamento giudiziale relativo all'incidenza della sospensione dell'aggiudicazione sull'efficacia della statuizione contrattuale deve essere condotto

⁴⁸ Il riferimento è, ovviamente, alla cd. strumentalità interna al processo, intesa quale strumentalità della pronuncia cautelare rispetto alla sentenza di merito (P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 21 ss.).

⁴⁹ 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 *Dir. proc. amm.*, 4/2010, 1067 ss. secondo cui sono questi aspetti della misura cautelare, tra gli altri, a connotare sensibilmente la specialità del processo in tema di contratti pubblici. In quest'ottica, forse, si passerebbe dalla strumentalità cd. interna a quella esterna.

Come noto, la Corte di Cassazione ha affermato che all'espressione strumentalità si possono attribuire per lo meno due significati. Il primo è che la strumentalità della misura cautelare si manifesta rispetto al giudizio di merito e, quindi, è interna alla sentenza che sarà emanata. In una seconda prospettiva, si può ritenere che la strumentalità della misura cautelare svolga una funzione anche fuori del processo, operando come fattore di riequilibrio dell'esercizio del potere amministrativo rispetto alla pretesa del cittadino (Cass., SS.UU., 24.6.2004, n. 11750). In questa seconda accezione, la tutela cautelare, con particolare riferimento agli interessi pretensivi, sarebbe strumentale direttamente al "bene della vita" perseguito e, dunque, non in relazione alla sentenza ma all'attività amministrativa successiva all'annullamento dell'atto: così intesa, la tutela cautelare sarebbe idonea ad intervenire in maniera anche irreversibile sul diritto sostanziale, al punto da rendere inutile il prosieguo del giudizio nel merito (cfr. E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano 1981; Id., *Sentenza di merito "strumentale" all'ordinanza di sospensione di atto negativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 137). Secondo queste tesi, la strumentalità opererebbe in un'ottica esterna al processo quale "fattore primario di bilanciamento del potere amministrativo" (l'espressione è di A. TRAVI, *Sospensione del provvedimento impugnato*, in *Digesto, disc. pubbl.*, XIV, Torino 1999, p. 384, in chiave critica di tale orientamento, secondo cui "in base a questa interpretazione, la strumentalità della tutela cautelare viene verificata non rispetto alla sentenza, ma rispetto all'attività amministrativa di esecuzione della sentenza").

⁵⁰ Sul punto, è interessante richiamare la recente Cons. Stato, Sez. V, 18.2.2013, n. 966, secondo cui la reintegrazione in forma specifica rappresenta l'obiettivo tendenzialmente primario da perseguire e il risarcimento per equivalente costituisce invece una misura residuale, di norma subordinata all'impossibilità parziale o totale di giungere alla correzione del potere amministrativo, come dimostra, d'altra parte, proprio la vicenda giurisprudenziale e normativa relativa alla dichiarazione di inefficacia del contratto d'appalto.

sulla base dei parametri di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a.⁵¹: in caso contrario, ne risulterebbe compromesso lo stesso principio di effettività della tutela, sotto il profilo di un'asimmetria del criterio di giudizio tra la fase cautelare e quella di merito⁵².

In secondo luogo, non potrà disporsi la sospensione del contratto, e forse neanche del provvedimento di aggiudicazione se il contratto è già stato concluso, nel caso in cui, essendo state azionate censure demolitorie nei confronti della gara, la posizione del ricorrente possa essere tutelata unicamente mediante la riedizione del procedimento concorsuale. In questo caso, infatti, la concessione della tutela cautelare accorderebbe un'utilità maggiore di quella che potrebbe derivare dalla sentenza di merito⁵³.

In un'ottica di certezza del diritto e di contenimento della responsabilità della stazione appaltante, va senz'altro accolta con favore una pronuncia cautelare del giudice che, a fronte della stipula del contratto, non si limiti a sancire l'illegittimità dei provvedimenti della procedura, ma statuisca espressamente sulla sorte dell'assetto di interessi risultante dal contratto. In assenza di tale pronuncia, potrebbe verificarsi una situazione di incertezza in ordine alla concreta portata conformativa della decisione soprattutto in quei casi in cui il giudice ritenga tutelabile il pregiudizio del ricorrente unicamente attraverso la sollecita fissazione dell'udienza di merito senza disporre specifiche misure cautelari⁵⁴. In siffatte ipotesi, infatti, un'autonoma decisione della pubblica amministrazione in ordine al successivo corso del contratto, oltre a porsi in un problematico rapporto con gli artt. 158 e 159, D.P.R. n. 207/2010 (cd. Regolamento di attuazione del Codice dei contratti) che individuano alcune tassative ipotesi di sospensione, esporrebbe la Stazione appaltante a un duplice rischio di azioni risarcitorie: nel caso di sospensione del contratto, da parte dell'originaria aggiudicataria in ragione dell'ingiustificata immobilizzazione di mezzi e risorse, nell'ipotesi di esito ad essa favorevole del giudizio di merito; nel caso di omessa sospensione, da

⁵¹ Questo principio è stato affermato anche da Cons. Stato, Sez. V, ord. 24.10.2011, n. 4677. Poiché, in quel caso, veniva in rilievo il disposto dell'art. 122 c.p.a. relativo ai casi di violazioni non gravi, il Consiglio di Stato ha ritenuto che, alla stregua di una valutazione comparativa degli interessi in rilievo, non sussistessero i presupposti per disporre la sospensione degli effetti del contratto in quanto sarebbe risultata pregiudizievole per l'interesse pubblico l'interruzione del servizio già affidato mentre, viceversa, non era apprezzabile il pregiudizio irreversibile ai danni del ricorrente nelle more dell'imminente definizione del merito in primo grado.

⁵² S. FANTINI, *L'inefficacia "cautelare" del contratto*, in *Urb. e app.*, 6/2012, 703 ss.

⁵³ Infatti, un provvedimento cautelare non potrebbe assicurare al ricorrente un risultato (la riedizione della gara) che potrebbe conseguirsi solo in caso di annullamento dell'intera procedura concorrenziale già esperita: in altri termini, la struttura della tutela cautelare, intesa quale tutela provvisoria e strumentale rispetto alla sentenza di merito, e dunque finalizzata alla conservazione o anticipazione degli effetti della pronuncia definitiva, pare incompatibile con l'interesse che, in questo caso, animerebbe l'impugnazione allo svolgimento di una gara onde conseguire una nuova *chance* di aggiudicazione. Da ultimo, sul concetto e sulla tutela del cd. interesse strumentale, E. STICCHI DAMIANI, *I limiti della tutela dell'interesse strumentale nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2-3/2013, 533 ss.

⁵⁴ Il riferimento è, ovviamente, alle previsioni di cui all'art. 55, comma 10, e all'art. 119, comma 3, c.p.a. in cui il giudice supera ogni esigenza di cautela attraverso l'anticipazione e l'accelerazione del successivo corso del giudizio.

parte della ricorrente in ragione del mancato utile derivante dall'omesso svolgimento di parte delle prestazioni contrattuali⁵⁵.

5. Osservazioni conclusive

Il potere del giudice amministrativo di sospendere il contratto costituisce un grande passo in avanti nell'ambito dell'evoluzione ordinamentale nel campo dei contratti pubblici e, più in generale, del diritto amministrativo⁵⁶, essendo volto ad assicurare, per un verso, l'attuazione del principio di libera concorrenza tra operatori economici⁵⁷ e, per altro, una tutela piena ed effettiva delle situazioni giuridiche degli amministrati.

Del resto, l'esperienza empirica conferma che, anche in sede cautelare, non è sempre possibile garantire l'effettività della tutela ove, nelle more del giudizio, la stazione appaltante stipuli comunque il contratto, vanificando così le aspettative del ricorrente vittorioso di conseguire il contratto stesso.

Tuttavia, nonostante le grandi potenzialità del rimedio in commento, potrebbero residuare alcune perplessità in merito alla sua compatibilità con la tradizionale connotazione bifasica della

⁵⁵ Sul punto, sono innovative le considerazioni espresse in Cons. Stato, Sez. V, 7.7.2011, n. 4089, secondo cui l'annullamento della gara e la declaratoria di inefficacia del contratto può comportare il recupero delle somme versate all'aggiudicatario illegittimo. Per argomentazioni in tal senso, si veda anche Cass., SS.UU., 8.8.2012, n. 14260, in *Urb. e app.*, 1/2013, 24 ss., con nota di S. FANTINI, *La giurisdizione esclusiva del G.G. sulla sorte del contratto in caso di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione*. Sul punto, peraltro, si veda anche il considerando n. 21 della Direttiva 2007/66/CE secondo cui "il diritto nazionale dovrà determinare inoltre le conseguenze riguardanti il possibile recupero delle somme eventualmente versate nonché ogni altra forma di possibile restituzione, compresa la restituzione in valore qualora la restituzione in natura non sia possibile".

⁵⁶ Sulla fondamentale importanza del giudice nella formazione stessa del diritto amministrativo, C. FRANCHINI, *L'evoluzione del sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, 2-3/2013, 905 ss.; ID., *Il giudice amministrativo fra tradizione e innovazione*, *giustamm.it*, 11/2011; S. CASSESE, *I tribunali di Babele*, Roma, Donzelli, 2009; ID., *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato* a cura di G. PASQUINI e A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2001, 1 ss.; ID., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 2000, 457 ss.; ID., *Consiglio di Stato e pubblica amministrazione: da una riforma all'altra*, in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1997, 49 ss.; ID., *La giustizia amministrativa in Italia*, in *Corr. giur.*, 1994, pp. 771 ss.; ID., *Problemi delle ideologie dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 413 ss.; M.A. SANDULLI, *I principi costituzionali e comunitari in materia di giurisdizione amministrativa*. Relazione al Convegno di diritto amministrativo su *Riflessioni sulla giurisdizione del giudice amministrativo*, Gaeta 22 maggio 2009, in *Federalismi.it*, 18/2009; C. FRANCHINI, *Giustizia e pienezza della tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, cit.; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992, 130 ss.

Da ultimo, con riferimento alla funzione pretoria della giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2012, 1237 ss.; M. SANINO, *Funzione pretoria della giurisprudenza amministrativa: la nuova collocazione della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Giurisd. Amm.*, 2/2011; S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, Padova, Cedam, 2011.

⁵⁷ Sul giudice amministrativo anche quale "giudice del mercato", P. DE LISE, *Relazione sull'attività della Giustizia amministrativa*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2011.

Più in generale, per un approfondimento del rapporto tra principio di concorrenza e diritto amministrativo, cfr. M. D'ALBERTI, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2004, 347 ss.; ID., *Il diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Dir. amm.*, 1/2008, 51 ss.

Sul nesso tra mercato, globalizzazione ed evoluzione del diritto amministrativo, si incentra anche l'introduzione al volume di A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, cit., 11 ss.

vicenda contrattuale della p.a., con le esigenze di intangibilità del negozio e con la necessità di assicurare una sollecita esecuzione delle prestazioni.

Per poter disporre la sospensione cautelare del contratto, dopo aver vagliato positivamente la sussistenza del *fumus boni iuris*, il giudice dovrà compiere una complessa attività valutativa in merito alla ricorrenza del pregiudizio grave e irreparabile, ponderando l'interesse del ricorrente al subentro, tutelato prioritariamente dalla norma in quanto sotteso al perseguimento dell'interesse generale alla concorrenza, con quello alla sollecita esecuzione dell'appalto e, nel caso in cui quest'ultimo risulti recessivo, potrà darsi luogo alla sospensione degli effetti del contratto⁵⁸.

In altri termini, pur nell'approfondimento sommario proprio della fase cautelare, dovranno essere attentamente valutati tutti i molteplici interessi coinvolti, quale quello ad assicurare la libera concorrenza nel mercato dei contratti pubblici, quello dei partecipanti alla gara a una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, e quello della collettività alla sollecita esecuzione del contratto e a una sana e corretta gestione del denaro pubblico, oltre che quello della singola amministrazione al mantenimento del contratto.

L'approfondimento sin qui condotto suscita un'ultima riflessione in merito alla grande peculiarità di un contratto in cui l'interesse di una delle parti risulta palesemente recessivo e trova un'adeguata tutela, nel caso in cui sia disposto il subentro, solo nella misura in cui costituisca un veicolo per il perseguimento dell'interesse generale alla libera concorrenza⁵⁹.

⁵⁸ Tali interessi, peraltro, troverebbero una contemporanea soddisfazione nella già citata ricostruzione dottrinale secondo cui il giudice potrebbe, in presenza di un consistente *fumus boni iuris*, anche assegnare in via provvisoria al ricorrente l'aggiudicazione e il contratto, sospendendo l'efficacia di quello sottoscritto (cfr. 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 *Dir. proc. amm.*, 4/2010, 1067 ss.).

⁵⁹ Sul punto, si veda anche lo studio di E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, cit., che si chiude con l'interrogativo in merito a "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".