THE INTERNATIONAL JOURNAL OF PUBLIC CONTRACTS
LA REVUE INTERNATIONALE DES CONTRATS PUBLICS
REVISTA INTERNACIONAL DE CONTRATOS PÚBLICOS

Nº 01 – Fevereiro de 2013

IL CONTENZIOSO SUGLI APPALTI PUBBLICI SOTTO LA SPINTA DEL DIRITTO EUROPEO. TRADIZIONE E DISCONTINUITÀ NEL MODELLO DI TUTELA OFFERTO DAL GIUDICE AMMINISTRATIVO

Simone Torricelli
Professore di Diritto amministrativo - Università degli studi di Firenze. Visiting researcher presso l'Istituto Universitario Europeo, la New York University, la Universitat de Barcelona, l'Université Paris 1. Membro del comitato direttivo di una rete internazionale di ricerca sui contratti pubblici, promossa dall'Università ScPo, Parigi.

1. *Premesse. Caratteri e criticità del processo amministrativo in materia di contratti pubblici.*

Nel sistema italiano la materia degli appalti e, più in generale, dei contratti della pubblica amministrazione da sempre risulta problematica. L'intrecciarsi di atti autoritativi e consensuali e, in conseguenza, le reciproche interferenze tra diritto pubblico e diritto privato, hanno fatto risaltare alcuni limiti e criticità proprie dell'organizzazione della tutela contro la pubblica amministrazione. Insufficienze per le quali il diritto europeo ha manifestato nel tempo la sua insofferenza.

Anche sotto il profilo sostanziale il tema pone complicazioni. I contratti coinvolgono soggetti diversi, portatori di interessi confliggenti: l'amministrazione, il ricorrente vittorioso, il terzo incolpevole[1]. Realizzare un sistema di tutela che non risulti eccessivamente penalizzante, ma bilanci le esigenze di tutti è , in effetti, tutt'altro che agevole.

Il primo dato da considerare è che il contenzioso in materia di appalti pubblici è ripartito tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Tale ripartizione riflette la diversa natura del diritto che il giudice si trova ad applicare e degli interessi cui si trova a dare tutela[2]. La fase concorsuale che precede l'aggiudicazione ha natura

[1] R. Garofoli, *Il problema del contratto concluso sulla base di aggiudicazione annullata dal G.A.: i profili sostanziali e processuali*, in G. Alpa e altri (a cura di), *La disciplina dell'appalto tra pubblico e privato*, Napoli, 2010, 115.

[2]Nel sistema italiano, il criterio di riparto della giurisdizione si fonda di regola sulla natura della situazione soggettiva dedotta in giudizio: a norma dell'art. 103 della Cost., il giudice amministrativo conosce delle situazioni soggettive che abbiano natura di interessi legittimi (interviene cioè quando

pubblicistica e coinvolge situazioni soggettive considerate di interesse legittimo, con la conseguenza che le controversie che la riguardino rientrano nell'ambito di cognizione del giudice amministrativo. L'atto amministrativo che conclude la procedura di gara, dunque l'atto di aggiudicazione, segna il passaggio dalla fase pubblicistica a quella privatistica. Ciò che segue è ordinariamente regolato dal diritto privato, che attribuisce alle parti dei diritti soggettivi: è così regolata dal diritto privato tutta la fase della esecuzione, ivi compreso l'esercizio dei poteri (considerati privatistici) che la legislazione speciale sugli appalti[3] attribuisce all'amministrazione appaltante[4]. Delle controversie che ineriscano a tale fase, dunque, dovrà occuparsi il giudice ordinario, applicando le tecniche di tutela proprie del processo civile (eccezion fatta per le concessioni di beni o servizi pubblici; queste ultime, infatti sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo[5], che si occupa tanto della procedura di evidenza pubblica che della esecuzione[6]).

I problemi che si pongono in relazione a tutto ciò sono molteplici e, tra questi, due appaiono di particolare rilevanza.

Un primo problema concerne in termini generali la tutela che il giudice amministrativo offre nella fase dell'aggiudicazione e in particolare l'adeguatezza di tale tutela rispetto agli standard del diritto europeo. Per corrispondere alle crescenti aspettative dell'Unione, il processo amministrativo ha dovuto adattarsi ed assumere tratti nuovi e a volte anomali. Anzi talune previsioni specifiche, introdotte nel processo in materia di contratti al fine di adeguarlo al diritto europeo sono state poi estese a tutto il processo amministrativo: le istituzioni europee, insomma, indirettamente hanno conformato l'ordinamento anche al di là delle materie che rientrano nelle loro

---

l'interesse del privato fronteggia un potere discrezionale dell'amministrazione o quando, almeno secondo la giurisprudenza prevalente, l'amministrazione pone in essere attività vincolate, se le norme che stabiliscono i vincoli sono poste nel prevalente interesse pubblico). E' invece in principio il giudice ordinario che dà tutela ai diritti soggettivi, anche nei rapporti tra privati e amministrazione. Fanno eccezione alcune importanti materie che, sempre sulla base di quanto previsto dall'art. 103 Cost., la legge ha attribuito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Sui criteri di riparto di giurisdizione, si può rinviare ai manuali di giustizia amministrativa: Si vedano, tra gli altri, F. G. Scoca, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 490, 67 ss; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 49 ss. Si rinvia anche a W. Gasparri, S. Torricelli, *Veille de droit administratif italien*, in *Droit administratif*, 2006, 18 ss.

[3]Tale legislazione è contenuta nel codice dei contratti pubblici (d. lgs 12 aprile 2006, n. 163) e nel suo regolamento attuativo (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207). Su tale legislazione si veda, A. Massera, *Italie*, in *R. Noguellou, U. Stelkens, Droit comparé des contrats publics*, Bruxelles, 2010, 715 ss.

[4] Tra le molte, Corte Cassazione, sez. un., 14 giugno 2006, n. 13690, secondo cui "le controversie nascenti dall'esecuzione contratti di appalto di opere pubbliche - e quindi anche di concessioni in materia di lavori pubblici […] hanno ad oggetto posizioni di diritto soggettivo inerenti a rapporti contrattuali di natura privatistica, nelle quali non hanno incidenza i poteri discrezionali ed autoritativi della p.a., anche quando questa si avvalga della facoltà, conferitale dalla legge, di recedere dal rapporto; con la conseguenza che dette controversie appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice dei diritti, pur se la decisione dell'autorità amministrativa in ordine al rapporto sia adottata nelle forme dell'atto amministrativo (nella specie provvedimento di sospensione dei lavori), il quale non cessa di operare, per questo suo conto, nell'ambito delle paritetiche posizioni contrattuali delle parti".

[5]Art. 133, co. I, lett. b e c, cod. proc. amm.; risultano escluse le controversie che abbiano ad oggetto indennità, canoni ed altri corrispettivi che rimangono di spettanza del giudice ordinario.

[6]Si veda per esempio Consiglio Stato, sez. VI, 3 novembre 2010, n. 7737.

attribuzioni.

Un secondo problema concerne più specificamente il rapporto tra atto amministrativo di aggiudicazione e contratto (di diritto privato). Sotto il profilo sostanziale, mancando indicazioni legislative precise, la giurisprudenza ha faticato ad individuare quali conseguenze potesse produrre l'annullamento dell'atto di aggiudicazione sul contratto stipulato. Sotto il profilo processuale, l'articolazione della vicenda contrattuale in due fasi nettamente distinte ha in passato obbligato chi intendesse contestare la scelta del contraente a chiedere prima al giudice amministrativo l'annullamento dell'atto di aggiudicazione, poi ad adire il giudice ordinario per decidere delle sorti contratto, rendendo la strada delle tutela nel suo complesso insostenibilmente tortuosa.

E' nell'occasione della trasposizione della direttiva 2007/66/CE[7] (di modifica della direttiva 89/665/CEE) che il legislatore ha razionalizzato e dato risposte certe a tali criticità. Ne è emerso un corpo di regole speciali, contenute oggi perlopiù in alcuni articoli che il codice del processo amministrativo (d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104) dedica ai giudizi in materia di contratti[8]. Tale regime si applica in particolare a tutte le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture[9], senza distinzioni di valore (e dunque anche per i contratti il cui valore sia inferiore alle soglie di rilievo comunitario), come anche ai contratti che, ai sensi dell'art. 1 dir. 2004/18/CE, abbiano natura di concessioni[10]. Il legislatore, dunque, è andato oltre ad una formalistica attuazione della direttiva, per ripensare, in termini più ampi e anche a prescindere dagli obblighi europei, il processo sugli appalti.

Parallelamente, la Corte di giustizia ha corretto un eccessiva restrittività della giurisprudenza nazionale in ordine ai presupposti per il riconoscimento della responsabilità dell'amministrazione per l'illegittima aggiudicazione, in particolare in relazione al requisito della colpa[11]. Il suo intervento ha introdotto un ulteriore

[7]Su cui, A. Rallo, *La direttiva ricorso n. 2007/66/CE: standard di tutela per la concorrenza ed obiettivi "educativi" per le stazioni* appaltanti, in G. Alpa e altri (a cura di), *La disciplina dell'appalto tra pubblico e privato*, cit., 79 ss.

[8]Si tratta degli articoli da 120 a 125, nonché dell'art. 119 che introduce un rito abbreviato, seppure tale ultimo articolo riguardi non solo le controversie in mnateria di contratti, ma anche altri importanti settori.

[9]Art. 119, co. 1, lett a, cod. proc. amm.

[10]In questo senso, Tar Toscana, sez. II, 29 novembre 2011 n. 1855 secondo cui: "La concessione di servizi, benché sottratta all'applicazione delle disposizioni in materia di contratti pubblici, ai sensi dell'art. 30 d. lgs. n. 163/06 è comunque sottoposta alla medesima disciplina del contenzioso dettata per i contratti e, quanto alla scelta del concessionario, al rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità". Si veda anche Consiglio di stato, sez. V, 2 novembre 2011, n. 5843.

[11]In termini generali, la giurisprudenza italiana subordina la possibilità di ottenere il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo alla dimostrazione della colpa dell'amministrazione; a tal fine, esclude che la colpa coincida con la illegittimità del provvedimento e richiede invece che vi siano stati "negligenza, omissioni o anche errori interpretativi di norme, ritenuti non scusabili". Tale posizione risulta incompatibile con quanto statuito dalla Corte di Giustizia CE (30 settembre 2010, Causa C – 314/09), che ha obbligato ad un *revirement*. Di recente, così, una parte della giurisprudenza ha ricostruito la responsabilità in materia di appalti come una responsabilità oggettiva, in cui null'altro se

elemento a comporre un sistema di tutela nel suo complesso molto implementato rispetto agli standard tradizionali.

Sarebbe però fuorviante interpretare l'influenza del diritto europeo limitandosi a considerare che esso ha valorizzato l'aspetto soggettivo della effettività della tutela. Nella direttiva 2007/66/CE il legislatore europeo ha dato ampio spazio all'interesse generale e alla possibilità che, in nome di tale interesse, anche la tutela dell'imprenditore ingiustamente pretermesso dalla procedura di gara possa risultare limitata. In sede di attuazione della direttiva, dunque, il legislatore nazionale ha potuto compensare la maggiore tutela imposta dal diritto europeo, con misure protettive dell'amministrazione e del contratto, che, come meglio si vedrà, pongono problemi teorici ed applicativi rilevanti.

Sotto la pressione del diritto europeo, dunque, il contenzioso sugli appalti pubblici ha subito una rilevante trasformazione che ha profondamento inciso sugli elementi caratterizzanti il processo amministrativo, introducendo alcuni significativi elementi di discontinuità rispetto alla tradizione. E' peculiare, nel processo in materia di appalti pubblici, il ruolo del giudice; sono spostati i confini delle giurisdizioni amministrativa e ordinaria; sono eccentriche le regole processuali; operano istituti che nel diritto processuale italiano non hanno precedenti né, nelle altre materie, corrispettivi.

2. *Una prima direttrice del processo di riforma: consentire al giudice di decidere prima che il contratto sia concluso.*

Tra le ragioni ispiratrici della normativa europea, è chiaramente riconoscibile il tentativo di consentire che, in caso sopravvengano delle controversie in ordine alla procedura di gara, vi sia il tempo utile per una pronunzia del giudice prima che l'amministrazione provveda alla stipulazione del contratto[12]. D'altra parte, l'attuazione della direttiva potenzia la tutela del privato e dunque espone l'amministrazione a rischi gravi anche in relazione alle conseguenze economiche che potrebbero derivare dall'annullamento dell'aggiudicazione e dalla condanna al risarcimento del danno; ciò acuisce l'importanza di approntare un parallelo complesso di norme che prevenga il compiersi dell'illecito o ne limiti le conseguenze. Questa esigenza è stata raccolta dal legislatore italiano il quale, anzi, l'ha sviluppata anche attraverso strumenti ulteriori rispetto a quelli imposti a livello europeo, al punto da configurare un vero e proprio "sistema di protezione preventiva" [13].
Tra le norme che il legislatore ha autonomamente scelto di introdurre, vi è la previsione secondo cui il privato è tenuto a comunicare preventivamente all'amministrazione l'intenzione di proporre ricorso giurisdizionale, informando le stazioni appaltanti della presunta violazione: nella comunicazione debbono essere

non l'illegittimità deve essere provato: T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 19 ottobre 2011, n. 1552; Consiglio di Stato, sez. V, 2 novembre 2011, n. 5837. In senso contrario, Consiglio Stato, sez. V, 23 maggio 2011, n. 3070.

[12]Si vedano gli artt. 2 bis e 2 quater dir. 89/665/CEE.

[13]L'espressione è di D. De Pretis, *Il sistema della protezione preventiva*, in G. Greco, a cura di, *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010, 3 ss.

indicati in modo sintetico e sommario i presunti vizi di illegittimità e i motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio[14]. L'obiettivo perseguito è quello di permettere alla stazione appaltante di compiere una specifica riflessione sul proprio operato e in questo modo valutare l'esistenza delle condizioni per provvedere all'annullamento d'ufficio dell'atto di aggiudicazione adottato, evitando il contenzioso.

L'eventuale mancata risposta dell'amministrazione entro quindici giorni equivale a rigetto della richiesta di annullamento. Il legislatore precisa che tale rigetto, espresso o tacito, può essere impugnato soltanto insieme all'atto a cui si riferisce o successivamente con motivi aggiunti. Seppure la norma presenti delle ambiguità, sembra però da escludere che vi sia un onere di impugnazione del rigetto e che, in particolare, la sua mancata impugnazione generi inammissibilità del ricorso proposto contro l'atto principale (bando, esclusione, aggiudicazione) [15], posto che esso appare semplicemente mera conferma dell'atto già adottato, insuscettibile di produrre un autonomo effetto lesivo. Ciò salvo il caso nel quale l'amministrazione, allorquando rifiuti espressamente di esercitare il potere di autotutela, indichi ulteriori elementi a sostegno della legittimità dell'atto e, in questo modo, ne integri la motivazione.

L'omissione della comunicazione preventiva dell'intenzione di ricorrere al giudice non impedisce la proposizione del ricorso, come anche il ricorso può essere proposto per motivi diversi ed ulteriori rispetto a quelli indicati nella comunicazione. Tali omissioni, tuttavia, rilevano sia ai fini della condanna alle spese dell'eventuale giudizio, sia ai fini dell'applicazione dell'art. 1227 del codice civile[16], dunque come comportamenti che, in violazione dell'obbligo di diligenza, hanno contribuito a determinare o aggravare il danno. Ai fini delle spese di giudizio, potrà essere valutato, parallelamente e al contrario, anche il mancato esercizio del potere di annullamento da parte dell'amministrazione, che non l'abbia esercitato nonostante fosse stata resa edotta dei vizi del proprio atto.

Le norme in questione pongono in capo alle parti un onere di collaborazione che esula dei normali obblighi di diligenza che gravano sui privati. La ricerca di una soluzione bonaria, promossa mettendo le parti di fronte al rischio dell'applicazione delle spese di giudizio in chiave sanzionatoria o di vedere condizionato il risarcimento del danno, dovrebbe facilitare la possibilità di una composizione prima dell'insorgere di un vero contenzioso.

Tuttavia, il fatto che la comunicazione non sospenda il termine decadenziale per la proposizione del ricorso, e considerato che tale ultimo termine è molto breve (trenta giorni), la possibilità che si possano realizzare le finalità deflattive perseguite, appare

[14]Art. 243 bis cod. contratti pubblici, in aderenza al potere riconosciuto agli stati ex art. 1, par. 4, dir. 89/665/CEE.

[15]Così, D. De Pretis, *Il sistema della protezione preventiva*, cit., 32. In senso contrario, N. Paolantonio, *Il rito abbreviato*, in F. G. Scoca, *Giustizia amministrativa*, cit., 490.

[16]L'art. 1227 cc dispone che "Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza"

inevitabilmente ridotta[17]. Ove infatti l'amministrazione intendesse procedere in autotutela, dovrebbe avviare un procedimento di secondo grado, comunicare l'avvio del procedimento ad eventuali controinteressati (per esempio al soggetto aggiudicatario) e, dopo aver dato termini ragionevoli a questi ultimi per formulare le proprie osservazioni, adottare un provvedimento espresso, anch'esso da comunicare. E' poco verosimile che ciò possa essere fatto prima dello scadere del termine per l'esercizio dell'azione e dunque prima che l'impresa abbia notificato il ricorso o magari chiesto provvedimenti cautelari.

A tale meccanismo, che ha natura puramente 'esortativa', si accompagnano ulteriori strumenti invece processuali, che impediscono o possono impedire all'amministrazione di concludere il contratto una volta che sia sorto un contenzioso e prima che il giudice abbia potuto in qualche modo pronunziarsi.

Va peraltro osservato che l'efficacia di tali ultimi strumenti è assicurata dalla previsione del termine sospensivo per la stipulazione del contratto. Dirimendo un dibattito su cui la giurisprudenza non era riuscita a dare risposta univoca, il legislatore ha chiarito che l'adozione dell'atto di aggiudicazione non equivale all'accettazione dell'offerta e che, quindi, essa non importa di per sé la stipulazione del contratto[18]. In aderenza alla normativa europea, poi, il codice dei contratti dispone che l'aggiudicazione provvisoria debba essere comunicata a tutti i partecipanti e che, inoltre, il contratto non possa essere concluso prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima comunicazione[19].

Il legislatore ha dunque previsto un termine ben più ampio di quello minimo imposto dal diritto europeo (dieci o quindici giorni a seconda del mezzo impiegato per effettuare la comunicazione). In questo lasso di tempo sarà possibile, per chi intenda contestare l'aggiudicazione, non solo proporre ricorso, ma anche chiedere l'adozione di una misura cautelare, in particolare una misura che sospenda gli effetti dell'aggiudicazione, impedendo la stipulazione del contratto sino alla definizione del merito della controversia.

Proprio in relazione ai provvedimenti cautelari, nella materia degli appalti la Corte di giustizia è intervenuta con una decisione che ha introdotto un elemento di novità rilevante nel sistema processuale amministrativo nazionale. Tradizionalmente il processo amministrativo, a differenza di quello civile, non contemplava misure cautelari *ante causam*, quindi non consentiva al ricorrente di chiedere misure cautelari se non dopo l'instaurazione del giudizio. La Corte, adita in sede di rinvio pregiudiziale, ha ritenuto invece che l'art. 2 dir. 89/665/CEE imponesse la previsione della facoltà, per il giudice, di adottare provvedimenti cautelari anche prima della proposizione del ricorso[20]. Il legislatore italiano si è adeguato;

[17]Come osserva N. Paolantonio, *Il rito abbreviato,* in F. G. Scoca, *Giustizia amministrativa*, cit., 490, richiamando analoghi rilievi critici formulati dalla Commissione speciale del Consiglio di stato che ha reso un parere sul progetto di codice proc. amm.

[18]Art. 11, co. 7, cod. contratti pubblici

[19]Art. 11, co. 10, cod. contratti pubblici

[20]Corte Giustizia, 29 aprile 2004, C-202/03.

inizialmente, introducendo tale facoltà rispetto alla sola materia degli appalti[21], così limitandosi ad una attuazione formale della decisione del giudice europeo, per poi estenderla in modo generalizzato a tutto il processo amministrativo[22].

L'art. 11, co. X ter, cod. contratti, conformemente a quanto previsto dall'art. 2, par. 3, dir. 89/665/CEE, ha introdotto un ulteriore elemento innovativo. Nel sistema italiano, la proposizione del ricorso e, evidentemente, la richiesta di misura cautelare, non hanno effetto sospensivo. In relazione agli appalti, invece, la notifica di un ricorso avverso l'aggiudicazione, con contestuale domanda cautelare, impedisce la stipulazione del contratto per 20 giorni e comunque sino alla decisione sulla concessione della misura o sul merito del ricorso, ove esso sia definito in sede cautelare. Dunque, mentre il termine sospensivo per la stipulazione dà il tempo agli imprenditori pretermessi di reagire giudizialmente, questa seconda previsione ulteriormente posticipa il momento nel quale l'amministrazione potrà concludere il contratto, condizionandola a che vi sia stato l'intervento di un giudice, e che il giudice abbia ritenuto non necessario fermare in via d'urgenza la procedura.

L'obiettivo è chiaro. La stipulazione del contratto rende più gravi i problemi derivanti dall'annullamento dell'aggiudicazione. Il legislatore ha voluto così evitare che la scelta dell'aggiudicatario si stabilizzi subito consolidandosi nel contratto, perché ciò può limitare l'incisività del potere di intervento del giudice, rendere molto onerosi gli effetti della sentenza, o più difficoltosa la sua esecuzione.

3. *Un secondo tratto caratterizzante. La celerità nella definizione della controversia.*

Un ulteriore profilo di particolarità che caratterizza le regole processuali in materia di appalti pubblici consiste nella speciale celerità con la quale il legislatore impone che il giudizio sia concluso. A questo fine vengono derogate le regole ordinarie sulla articolazione temporale del giudizio, con la imposizione alle parti di oneri speciali; ad essi, fa riscontro l'obbligo per il giudice di compiere a sua volta i propri adempimenti con una sollecitudine altrettanto speciale.

Di particolare rilievo, per le sue implicazioni, è la riduzione del termine per il ricorso. A dispetto degli ordinari sessanta giorni entro i quali l'atto amministrativo può essere contestato, gli atti adottati nell'ambito della procedura di gara (dal bando, sino alla aggiudicazione, ivi comprese le eventuali esclusioni) debbono essere impugnati nel termine ridotto di trenta[23]. Anzi, il legislatore in questa materia non ammette neppure la utilizzazione del ricorso straordinario, un ricorso amministrativo che, essendo proponibile nel più ampio termine di 120 gg, costituisce talora un rimedio per il privato che tardivamente si determini ad agire[24].

Ciò costituisce un considerevole aggravio per il ricorrente.

[21] Art. 245 cod. contratti pubblici, ora abrogato.

[22] Art. 61 cod. proc. amm.

[23] Art. 120, co. 5, cod. proc. amm.

[24] Art. 120, co. I, cod. proc. amm.

In relazione alla impugnazione del bando, per le clausole che impediscano la partecipazione[25], il termine decorre dalla pubblicazione, della quale però il privato può non aver avuto conoscenza immediata[26]. Se invece il bando non è stato pubblicato, il legislatore dispone che, a prescindere dall'effettiva piena conoscenza, il ricorso è proponibile entro trenta giorni dalla pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva, ove tale avviso contenga la indicazione della motivazione della scelta di affidare il contratto senza pubblicazione del bando; la giurisprudenza ha poi applicato lo stesso termine nel caso in cui il bando sia stato pubblicato con modalità diverse da quelle prescritte[27]. Infine, in mancanza della pubblicazione dell'avviso o in caso esso non contenga la motivazione richiesta, la decadenza matura decorsi sei mesi dal giorno successivo alla data di stipulazione del contratto[28].

La riduzione del termine per la proposizione del ricorso può risultare estremamente pregiudizievole anche in relazione alla impugnazione del provvedimento di aggiudicazione. In questo caso, il termine decorre dalla comunicazione individuale dell'aggiudicazione[29]. Dunque se, rispetto al bando, vi è una presunzione di conoscenza derivante dalla pubblicazione dell'atto in forme idonee, rispetto ai provvedimenti di esclusione o aggiudicazione il termine non opera se non a partire dal momento in cui l'atto è entrato nella sfera di conoscenza o conoscibilità dello specifico destinatario[30].

Evitando le interpretazioni formalistiche che hanno connotato la sua giurisprudenza sui termini in altri ambiti, il Consiglio di Stato ha rilevato che la comunicazione dell'aggiudicazione può far decorrere il termine solo ove il concorrente astrattamente legittimato all'impugnativa sia in condizione di avvalersi delle proprie facoltà, il che avviene quando la comunicazione contenga l'indicazione delle "caratteristiche e vantaggi dell'offerta selezionata"[31]. E' da sottolineare che tale interpretazione si è imposta in difformità con gli indirizzi giurisprudenziali applicati a tutt'oggi in materie

[25]Solo per queste infatti vi è un interesse alla impugnazione immediata, perché producono un immediato effetto lesivo. Le altre, che invece manifestano l'effetto lesivo solo al momento della applicazione, potranno essere impugnate solo insieme all'aggiudicazione: una eventuale impugnazione diretta risulterebbe inammissibile per carenza di interesse (Consiglio Stato, sez. V, 22 settembre 2009, n. 5653).

[26]Consiglio Stato, sez. V, 20 aprile 2009, n. 2349.

[27]Rifacendosi ai principi nazionali ed europei di effettività della tutela, come anche al principio europeo dell'effetto utile, il Consiglio di stato ha statuito che "ove sia mancata la prescritta pubblicazione di un bando sulla Gazzetta Ufficiale della Unione Europea - il relativo termine di impugnazione in sede giurisdizionale non comincia a decorrere dalla data di pubblicazione avvenuta con modalità diverse" (Consiglio Stato, sez. VI, 22 marzo 2011, n. 1747).

[28]Art. 120, co. 2, cod. proc. amm.

[29]Tale comunicazione è prescritta dall'art. 79 cod. contratti pubblici, conformemente all'art. 2 quater dir. 89/665/CEE.

[30]Sulla base di un'interpretazione la cui conformità alla direttiva europea non sembra scontata, se il privato ha avuto conoscenza dell'aggiudicazione prima della comunicazione, il termine decorre dalla conoscenza (Consiglio di stato, sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 6531).

[31]Consiglio di stato, sez. IV, 3 maggio 2011 n. 2646; Consiglio di stato, sez. IV, 14 dicembre 2011 n. 6543.

diverse[32], in conseguenza anche in questo caso dell'incidenza europea. La Corte di giustizia ha infatti escluso che la mera conoscenza della non aggiudicazione consenta all'impresa di proporre efficacemente un ricorso, perché si tratta di un dato insufficiente per verificare l'illegittimità dell'atto: su queste premesse la Corte ha preteso che il termine decorra dalla conoscenza dei motivi [33]. Dunque, anche sotto questo profilo, ed in relazione al punto critico del *dies a quo* per la decorrenza del termine, le regole del contenzioso risultano condizionate in modo rilevante dal diritto europeo.

La giurisprudenza nazionale, tuttavia, si è adeguata solo parzialmente alle statuizioni della Corte.

Le possibilità concrete di valutare la legittimità dell'atto, al di là della sua formale motivazione, potranno dipendere, almeno in molti casi, dalla visione della documentazione di gara. Eppure, secondo il Consiglio di Stato, la comunicazione dell'aggiudicazione corredata dell'indicazione delle caratteristiche e vantaggi dell'offerta selezionata "rappresenta la condizione sufficiente per realizzare la conoscenza piena del provvedimento lesivo idonea a far decorrere il termine decadenziale, a nulla rilevando che la parte interessata ignori i documenti interni del procedimento"[34].

E' vero che l'accesso è riconosciuto in termini molto ampi, in relazione a tutti gli atti che consentano di verificare la ricorrenza, in capo all'aggiudicatario, dei requisiti di partecipazione, nonché la correttezza della valutazione compiuta dall'amministrazione in ordine alle offerte (ivi comprese, evidentemente, le offerte presentate)[35]. Il legislatore ha anche dettato al riguardo una disciplina particolare in ordine a modalità e tempi, stabilendo che le imprese partecipanti alla gara possano visionare e estrarre copia degli atti entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti, senza che occorra istanza scritta o un provvedimento di assenso dell'amministrazione[36]. Nonostante ciò, è chiaro però che il tempo effettivamente disponibile per la elaborazione e proposizione del ricorso, dopo avere concretamente potuto visionare la documentazione di gara, può in concreto risultare molto limitato.

[32]Come ricorda il Consiglio di stato nella citata decisione n. 6543/2011, ordinariamente "la piena conoscenza dell'atto amministrativo si concretizza con la cognizione degli elementi essenziali identificabili nell'autorità emanante, l'oggetto, il contenuto dispositivo del provvedimento ed il suo effetto lesivo, essendo tali elementi sufficienti a rendere consapevole il legittimato all'impugnativa dell'incidenza dell'atto nella sua sfera giuridica. Egli ha così la concreta possibilità, infatti, di rendersi conto della lesività del provvedimento, senza che sia necessaria all'uopo anche la compiuta conoscenza della motivazione e degli atti del procedimento, che può rilevare solo ai fini della proposizione di eventuali motivi aggiunti".

[33]Corte di Giustizia CE, 28 gennaio 2010, C- 406/08.

[34]Consiglio di stato, sez. v, 1 settembre 2011 n. 4895.

[35]Tar Lazio, Roma, sez. III ter, 15 luglio 2011, n. 6385, che osserva come non possono essere opposti motivi di riservatezza, "sia perché, una volta conclusasi la procedura concorsuale, i documenti prodotti dalle ditte partecipanti assumono rilevanza esterna, sia perché la documentazione prodotta a tali fini esce dalla sfera esclusiva delle imprese per formare oggetto di valutazione comparativa, essendo versata in un procedimento caratterizzato dai principi di concorsualità e trasparenza". Vi sono peraltro alcune eccezioni, tra cui, a norma dell'art. 13, co. V, cod. contratti pubblici, le informazioni che costituiscano segreti tecnici o commerciali.

[36]Art. 79, co. 5 quater, cod. contratti pubblici.

Ciò far dubitare della compatibilità di una simile riduzione con la effettività del diritto alla tutela giurisdizionale.

Alla luce delle considerazioni svolte, si può osservare che la rapidità con cu il legislatore impone che la controversia sia definita si traduce in primo luogo in un onere per il ricorrente. Assolto tale onere, il processo presenta poi una immediata accelerazione.

La materia degli appalti appartiene a quelle materie per le quali il codice del processo prevede una riduzione della metà di tutti i termini processuali[37]. A ciò si aggiunge la previsione secondo la quale, nei casi in cui sia stata chiesta una misura cautelare e a prescindere dal fatto che tale misura sia stata concessa o meno il giudice ha l'obbligo di fissare l'udienza 'con assoluta priorità'[38]. Sempre funzionalmente allo scopo di realizzare le esigenze di celerità, il legislatore prevede che il dispositivo della sentenza sia pubblicato entro sette giorni dalla data della sua deliberazione e che la sentenza sia resa in forma semplificata.

L'accelerazione ha però un costo. Nella materia degli appalti, il ricorso presuppone infatti il pagamento di un contributo ingente, che deve altresì essere versato allorquando si propongano motivi aggiunti[39] e che rende l'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale estremamente oneroso. Anche in relazione a ciò sembra emergere un profilo di dubbia compatibilità della disciplina nazionale con il diritto europeo.

In termini più generali, la previsione di un rito super-accelerato[40] si presta a non pochi rilievi critici. Ordinariamente, infatti, il giudice è tenuto fissare la discussione del merito dei ricorsi secondo l'ordine della loro presentazione, salvo che vi siano documentate ragioni di urgenza[41]. In deroga a tali regole, le controversie in materia di appalti hanno una incondizionata e aprioristica preferenza nella trattazione, con la conseguenza per cui, trovando esse una corsia privilegiata, le altre controversie inevitabilmente verranno decise con sempre maggiori ritardi[42]. Il principio di uguaglianza ne risulta scosso[43], anche considerando che la rapidità della decisione è una condizione fondamentale perché la tutela possa dirsi effettiva. D'altra parte, che nelle controversie relative agli appalti possano essere implicati interessi rilevanti è

[37]Art. 119, co. 2, cod. proc. amm.

[38]Art. 120, co. 6, cod. proc. amm.

[39]Si tratta di Euro 4.000, a norma dell'art. 13, co. VI bis, DPR n. 115/2002.

[40]La definizione è di M. Lipari, *Il recepimento della 'direttiva ricorsi': il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia 'flessibile' del contratto*, in www.giustizia-amministrativa.it.

[41]Art. 8, norme di attuazione, cod. proc. amm.; art. 55, co. 10, cod. proc. amm.

[42]Per alcune critiche, si rinvia a S. Torricelli, *Tutele differenziate e riti speciali nei processi contro la pubblica amministrazione: qualche riflessione comparatistica*, in G. Falcon, (a cura di), *Forme e strumenti di tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010, 304 ss..

[43]La giurisprudenza costituzionale in relazione alle deroghe all'ordinario sistema di tutela è però molto timida, come osserva A. Corpaci, *La pluralità dei riti processuali nella giustizia amministrativa* italiana, in G. Falcon, (a cura di), *Forme e strumenti di tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, cit., 268-271.

indubbio; che tali interessi siano sempre e per forza *più* rilevanti rispetto a quelli coinvolti in altre controversie, che magari coinvolgano i bisogni essenziali non già dell'imprenditore ma del 'semplice' cittadino, non sembra però altrettanto certo.

4. *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*.

Tra gli aspetti più significativi della nuova disciplina del processo in materia di appalti, vanno annoverate le norme che, in modo espresso, regolano il rapporto tra aggiudicazione e contratto e, più specificamente, tra annullamento dell'aggiudicazione e patologie del contratto. La questione pone il problema del raccordo tra fase pubblicistica e fase privatistica: si colloca dunque in un punto di confine tra l'una e l'altra, un punto nel quale il sistema di tutela giurisdizionale italiano, fondato sulla doppia giurisdizione, ha mostrato i suoi più evidenti aspetti critici.

Da un lato, per molto tempo la giurisprudenza ha ritenuto che la giurisdizione del giudice amministrativo comprendesse solamente la conoscenza della illegittimità del provvedimento di aggiudicazione ed il suo conseguente annullamento. Il privato, una volta ottenuto l'annullamento, doveva dunque adire il giudice ordinario per qualsiasi questione relativa allo stato del contratto[44]. Solo in tempi molto recenti la giurisprudenza ha ammesso l'estensione della giurisdizione del giudice amministrativo agli effetti prodotti dal venir meno dell'atto di aggiudicazione sul contratto[45].

Il giudice ordinario, a sua volta, ha incontrato la difficoltà di individuare le conseguenze che l'annullamento dell'aggiudicazione potevano produrre sul contratto concluso. Le soluzioni che si sono susseguite nel tempo hanno progressivamente offerto maggiori garanzie di tutela del ricorrente vittorioso: dopo una prima fase nella quale la Corte di cassazione ha ritenuto che l'annullamento dell'aggiudicazione configurasse un vizio della volontà che rendeva annullabile il contratto, previa azione esperibile soltanto dall'amministrazione[46], ha più recentemente propugnato la tesi della nullità per violazione di norme imperative o comunque del suo travolgimento automatico[47]. In conseguenza di tale evoluzione, essa ha concluso che non fosse necessaria una ulteriore azione, se non per finalità meramente dichiarative o per bloccare l'amministrazione che pretendesse di dare comunque esecuzione al contratto nullo o inefficace[48].

---

[44]Corte di cassazione, Sez. Unite, 18 luglio 2008, n. 19805, argomentando che "le situazioni giuridiche soggettive delle quali si chiede l'accertamento negativo hanno consistenza di diritti soggettivi pieni".

[45]Consiglio Stato, Adunanza Plenaria, 30 luglio 2008, n. 9, nonché Corte di cassazione, Sez. Unite, ord. 10 febbraio 2010, n. 2906.

[46]Tra le altre, Consiglio stato, sez. VI, 1 febbraio 2002, n. 570.

[47]Corte di cassazione, sez. I, 15 aprile 2008, n. 9906; Consiglio Stato, sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218. Il dibattito sul tema è ripercorso da R. Garofoli, *Il problema del contratto concluso sulla base di aggiudicazione annullata dal G.A.: i profili sostanziali e processuali*, cit., 115 ss.

[48]Ciò corrisponde peraltro ad una tendenza uniforme nei diritti europei: si veda in relazione a ciò, M. Ramajoli, *Un diritto processuale europeo in materia di appalti pubblici?* in www.giustamm.it; per un inquadramento più ampio del tema, in termini comparatistici, B. Marchetti, *Annullamento*

Sebbene la giurisprudenza più recente avesse corretto gli aspetti più discutibili del sistema, è stata la trasposizione della direttiva europea ad offrire l'occasione per una revisione complessiva.
Il primo dato rilevante è che la cognizione del giudice amministrativo adito con un ricorso avverso provvedimenti adottati nella fase della procedura di gara si estende sino a comprendere la conoscenza dello stato del contratto, almeno in relazione alle conseguenze sul contratto della sua sentenza di annullamento[49]. Ragionevolmente il legislatore ha concentrato la tutela in un unico giudice, in coerenza con le esigenze di garanzia della efficacia del ricorso proposto e della rapidità della decisione, espresse dall'art. 1, par.1, dir. 89/665/CEE[50]. Vi è in questo caso dunque uno spostamento del limite delle due giurisdizioni, in favore del giudice amministrativo[51].

Dal punto di vista sostanziale, il legislatore chiarisce che l'annullamento dell'aggiudicazione determina o può determinare l'inefficacia del contratto[52], in aderenza all'art. 2 quinquies dir. 89/665/CEE. Alla dichiarazione di inefficacia può poi conseguire, come tutela in forma specifica, la condanna dell'amministrazione ad aggiudicare il contratto al ricorrente[53]; ove l'amministrazione non provveda, diverrà possibile proporre un giudizio di ottemperanza[54] con il quale il giudice potrà sostituirsi all'amministrazione rimasta inerte adottando gli atti necessari[55], ovvero nominare allo stesso fine un commissario ad acta che garantisca il subentro[56].

Questo potere di condanna si inquadra nella più complessiva tendenza del processo amministrativo ad eliminare alcune barriere solo formali che il giudice incontrava nel dare tutela agli interessi del ricorrente. In particolare, il codice del processo prevede che in caso di silenzio dell'amministrazione, quando cioè essa manchi di adottare un atto amministrativo doveroso nel termine fissato, il giudice possa non solo condannare l'amministrazione a provvedere, ma anche pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, sempre che si tratti di attività vincolata o che non

---

dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 487 ss.

[49]Art. 121 e 123 cod. proc. amm.

[50]L'obbligo di garantire un ricorso efficace e rapido, di cui all'art. 1, par 1, della direttiva, è da riferire infatti a tutte le forme di tutela che, a norma della direttiva, debbono poter essere chieste, ivi inclusa, a norma dell'art. 2 quinquies, la tutela conseguente alla privazione degli effetti del contratto. Il limite posto al giudice dell'annullamento di assumere determinazione, dichiarative o costituive, anche in ordine al contratto, appariva poco coerente con tale disposizione. In questo senso, F. Maellaro, *Giurisdizione e strumenti di tutela*, in M. Clarich, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010, 1079.

[51]Cui infatti è stata riconosciuta la giurisdizione esclusiva anche in relazione all'efficacia del contratto dipendente dall'annullamento dell'aggiudicazione (art. 133, co. 1 lett. e cod. proc. amm.).

[52]Si vedano ancora gli artt. 121 e 123 cod. proc. amm.

[53]L'art. 124 fa riferimento espresso all' "accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione".

[54]Il giudizio di ottemperanza è lo strumento con il quale chi abbia ottenuto una sentenza favorevole può portare ad esecuzione forzosamente gli effetti della sentenza, anche contro una amministrazione che non vi provveda. La disciplina è contenuta negli artt. 112 e ss cod. proc amm.

[55]Art. 114, co. 4, lett. a), cod. proc amm.

[56] Art. 114, co. 4, lett. d), cod. proc amm. Si veda, ad esempio, Consiglio di stato, sez. V, 18 ottobre 2011 n. 5580.

residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione[57]. In questo caso, dunque, in cui l'amministrazione non ha, in astratto o in concreto, alcun potere di scelta, il giudice potrà condannare l'amministrazione ad un *facere* specifico, consistente nella adozione di uno specifico atto. E' dubbio se il giudice sia titolare di tale potere solo nel caso del silenzio, espressamente previsto, o in tutti i casi in cui annulla un atto vincolato: l'art. 34 cod. proc. amm. (secondo cui il giudice condanna l'amministrazione alla adozione di ogni misura ideona a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio) sembrerebbe consentire una risposta positiva, ma la questione è ad oggi molto controversa[58].

Dunque, il potere del giudice di condannare al subentro, che in concreto si atteggia a potere di condannare alla adozione di un atto di aggiudicazione avente un diverso contenuto, non appare come una anomalia nel sistema processuale[59]. Al riguardo si è però rilevato che esso deve essere circoscritto ai casi nei quali, riscontrato il vizio, il contratto non potrà che essere aggiudicato al ricorrente, senza che occorrano ulteriori valutazioni da parte dell'amministrazione[60]. Il giudice non potrà così ricostruire, al di là di questi limiti, una ipotesi di comportamento corretto per poi verificarne gli esiti; potrà solo accertare in concreto quali sono le conseguenze che derivano necessariamente e senza alcuna opinabilità dai vizi rilevati[61]. In questo senso, il subentro costituisce soltanto una esplicitazione dell'effetto conformativo che deriva dal giudicato.

L'annullamento e la privazione di effetti del contratto operano in principio retroattivamente. Individuare le conseguenze concrete della retroattività non è però agevole: sul piano dei rapporti tra amministrazione e illegittimo aggiudicatario, si dovrà considerare che le prestazioni sono state eseguite in assenza di contratto e che dunque il prestatore abbia diritto non già al corrispettivo pattuito ma soltanto alla ripetizione dell'indebito arricchimento[62]; nei rapporti tra amministrazione e ricorrente che subentra nel contratto, la conseguenza potrà essere che, ove possibile, il primo ha diritto ad eseguire il contratto nella sua interezza e per la durata originariamente prevista[63].

In tutti questi casi, il giudice può però limitare gli effetti dell'annullamento nel tempo e, in particolare, può limitare la declaratoria di inefficacia alle prestazioni ancora da eseguire, impedendo che esso abbia effetto *ex tunc*. Il giudice dovrà a tal fine valutare la gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto.

---

[57] Art. 31 cod. proc. amm.

[58] A. Carbone, *Fine delle perplessità sull' azione di adempimento*, in *Foro amm.* TAR, 2011, 5, 1499 ss.

[59] Sul rapporto tra la previsione speciale contenuta nelle norme concernenti gli appalti, e altre più generali previsioni contenute nel codice, M. Ramajoli, *Il processo in materia di appalti pubblici da rito speciale a giudizio speciale*, cit., 144.

[60] Si può pensare al caso del ricorrente secondo classificato che impugni l'aggiudicazione per la mancata esclusione dell'aggiudicatario dalla gara.

[61] A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 352.

[62] Corte di cassazione, Sez. Unite, 11 settembre 2008, n. 23385.

[63] Ciò sarà possibile in linea di principio per i contratti di appalto di servizi.

Con ciò si evocano due criteri diversi: da un lato, il riferimento al comportamento della stazione appaltante fa ritenere che la 'inefficacia retroattiva' possa configurarsi come una sorta di meccanismo sanzionatorio per l'amministrazione che, imprudentemente o con consapevolezza, abbia stipulato e dato esecuzione a un contratto che sapeva o poteva sapere essere fondato su una illegittima aggiudicazione[64]. Il richiamo alla situazione di fatto sembra invece voler dar rilievo a situazioni già consolidate e ad una valutazione comparativa degli interessi in gioco, che può giustificare o non giustificare la retroattività della declaratoria di inefficacia.

5. *La conservazione del contratto illegittimamente aggiudicato.*

La direttiva 89/665/CEE riconosce agli stati la possibilità di attribuire al giudice il potere di tenere in vita il contratto illegittimamente aggiudicato[65]. Tale possibilità è stata fatta propria dal legislatore italiano, che ha così introdotto nell'ordinamento ipotesi di conservazione del contratto che precedentemente non esistevano. La disciplina è peraltro differente a seconda della natura della violazione in cui l'amministrazione è incorsa.

Di fronte alle violazioni più gravi, rispetto a vizi che il legislatore indica in modo espresso, l'art. 121 cod. proc. amm dispone che ordinariamente il giudice dichiara l'inefficacia del contratto. Si tratta in primo luogo dei casi di mancata pubblicazione del bando di gara nelle forme di pubblicità prescritte o dell'utilizzazione della procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti[66]. La gravità sembra dipendere, rispetto ad essi, dal fatto di avere limitato le possibilità di partecipare alla gara e così la concorrenza per l'aggiudicazione. Una seconda tipologia di vizi che conducono alla dichiarazione di inefficacia sulla base della stessa norma concerne i casi in cui il contratto sia stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio di trentacinque giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione o quando sia stato stipulato nonostante la proposizione di un ricorso giurisdizionale con domanda cautelare prima che vi sia stata una pronuncia del giudice: in entrambi questi ultimi casi, a condizione che la violazione abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento[67]. Qui, il legislatore cerca di prevenire comportamenti strumentali dell'amministrazione, che, anticipando la stipula del contratto, tenti di pregiudicare in tutto o in parte l'efficacia del ricorso.

In questi casi, nonostante la gravità della violazione, il giudice può comunque disporre che il contratto resti efficace allorquando esigenze imperative connesse ad un interesse generale impongano che siano mantenuti gli effetti del contratto (come quando, si dà carico di esemplificare il legislatore, solo l'esecutore attuale può

[64] Sebbene non sia davvero chiaro in che cosa consisterebbe la sanzione, dato che l'amministrazione vedrebbe soltanto ridotto l'importo da pagare all'aggiudicatario (v. nota n. 62). Quest'ultimo, in fondo, sembra l'unico penalizzato dalla dichiarazione retroattiva, ma non è facile comprenderne la ragione. Ha dato sì esecuzione ad un contratto invalido, ma, nonostante il vizio dell'aggiudicazione, non avrebbe potuto né sottrarsi alla stipula senza incorrere in sanzioni, né non dare adempimento agli obblighi contrattualmente assunti.

[65] Art. 2 quinquies, par 3, dir. 89/665/CEE.

[66] Art. 121, co. 1, lett. a) e b), cod. proc. amm.

[67] Art. 121, co. 1, lett. c) e d), cod. proc. amm.

eseguire la parte residua del contratto e fornire la prestazione mancante). [68] La previsione deve essere interpretata con estremo rigore, limitatamente alla ipotesi in cui risulti impossibile garantire altrimenti gli interessi pubblici in gioco, e non sia sufficiente limitare temporalmente il venir meno degli effetti del contratto[69]. Sotto questo profilo il legislatore, echeggiando la disposizione europea, precisa che non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto e che, più in generale, gli interessi economici potranno essere considerati come esigenze imperative solo nei casi eccezionali nei quali l'inefficacia produca conseguenze sproporzionate. Il legislatore precisa anche che occorrerà tener conto della eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto (sempre che il vizio rilevato non sia di natura tale da richiedere la rinnovazione della gara): ove cioè il ricorrente non abbia chiesto la aggiudicazione in suo favore, la dichiarazione di inefficacia potrebbe generare un danno economico sproporzionato, poiché ad essa non potrebbe conseguire, per il ricorrente, alcun beneficio.

Quando l'aggiudicazione sia annullata per violazione diverse, connotate da un minor grado di gravità, il giudice che annulla l'aggiudicazione deve contestualmente stabilire, a norma dell'art. 122 cod. proc. amm., *se* dichiarare o meno l'inefficacia. E' da rilevare che, in questi secondi casi, la previsione nazionale che fa dipendere dall'annullamento dell'aggiudicazione l'inefficacia del contratto, sia pure in via solo eventuale, non è imposta dal diritto europeo[70], ma si lega ad una autonoma scelta del legislatore nazionale. La norma indica quali sono i termini della valutazione che al riguardo il giudice deve compiere: nel decidere, egli terrà conto degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente, sulla base dei vizi riscontrati di conseguire l'aggiudicazione, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di un subentro[71]. Non occorre dunque il ricorrere di esigenze imperative, che solo la conservazione del contratto potrà soddisfare; è sufficiente, ai fini della conservazione, che gli interessi pubblici siano comparativamente prevalenti rispetto a quelli privati[72].

Oltre alla diversità in ordine ai presupposti della conservazione di efficacia del contratto illegittimamente aggiudicato, sono anche diverse, a seconda della tipologia del vizio riscontrata, le conseguenze della conservazione del contratto.

In entrambi i casi, il ricorrente ha diritto al risarcimento del danno[73]; tuttavia, solo rispetto alle violazione più gravi di cui all'art. 121, la conservazione degli effetti del contratto importa l'applicazione di sanzioni. In particolare, il giudice commina alla stazione appaltante una sanzione pecuniaria di importo variabile tra lo 0,5 e il 5% del

[68] Art. 121, co. 2, cod. proc. amm.

[69] Art. 2 quinquies , par 2, dir. 89/665/CEE.

[70] Art. 2, par. 7, dir. 89/665/CEE.

[71] Art. 122 cod. proc. amm.

[72] Argomentando sulla base di quella norma, per esempio, sembrerebbe sufficiente rilevare che il contratto è stato in larga misura eseguito, di talché il vantaggio di un subentro sarebbe limitato per il ricorrente, quando invece potrebbe portare ad un ritardo o un rischio rilevante nella corretta esecuzione della parte residua della prestazione..

[73] Art. 124 cod. proc. amm., secondo cui "Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato".

valore del contratto o la riduzione della durata del contratto da un minimo del 10% ad un massimo del 50%. La graduazione dipende ancora dalla gravità della condotta della stazione appaltante e l'opera che essa ha svolto per eliminare o attenuare le conseguenze della propria violazione. E' da rilevare che, mentre la norma europea prevede che le due sanzioni possano essere alternative[74], il legislatore italiano ne ha consentito il cumulo, irrigidendo in questo modo l'apparato sanzionatorio complessivo. Anche l'ammontare delle percentuali che esso ha fissato, tutt'altro che irrilevanti, conferma tale approccio severo[75].

L'introduzione di un simile meccanismo sanzionatorio desta però molte perplessità. Tali sanzioni hanno evidentemente una funzione punitiva, per un verso, dissuasiva, dall'altro; nulla hanno a che vedere con la tutela della situazione soggettiva e dunque, risultano poco coerenti con il modello costituzionale di processo, che è un processo *sulla* situazione soggettiva[76].

Su un piano più pratico, inoltre, la previsione di una sanzione consistente nella riduzione dell'effetto conservativo del contratto, suscita a sua volta non pochi interrogativi. Il presupposto della conservazione è che vi siano esigenze imperative connesse all'interesse pubblico: se ciò è, lascia perplessi che, per effetto di una colpa dell'amministrazione e con finalità sanzionatoria, si possano pregiudicare interessi eccezionalmente sensibili. Tale sanzione dovrebbe allora essere applicata nei soli casi in cui le esigenze imperative impediscano l'immediata privazione degli effetti del contratto, perché l'esecuzione del contratto non può essere cessata improvvisamente, ma non anche una durata inferiore, perché comunque, nel corso dell'esecuzione, l'amministrazione dovrebbe potersi dar carico di organizzare una nuova aggiudicazione per le prestazioni residue.

Complessivamente, i poteri attribuiti al giudice amministrativo, in ordine alla ricognizione di interessi che giustificano la conservazione del contratto, appaiono anomali nel quadro del processo amministrativo e contribuiscono molto ad accentuare la specialità del contenzioso sugli appalti[77]. Anzi, si potrebbe dubitare della legittimità costituzionale delle norme che li prevedono, ipotizzando che le valutazioni sugli interessi che guidano le scelte del giudice in questi ambiti finiscano con il violare i limiti propri del potere giurisdizionale rispetto all'amministrazione. In senso contrario vi è chi ha osservato che il giudice si limiterebbe a svolgere un sindacato analogo a quello demandato al giudice civile allorquando esso si trovi ad applicare clausole generali e, ancora più specificamente, è stato avvicinato a quello

[74] Art. 2 sexies, par 2, dir. 89/665/CEE.

[75] La direttiva prevede infatti solamente che le sanzioni siano "effettive, proporzionate e dissuasive".

[76] Art. 123 cod. proc. amm. Sulla difficile compatibilità della previsioni di tali sanzioni con il modello costituzionale di processo amministrativo, M.P. Chiti, *Le misteriose "sanzioni alternative" nella direttiva ricorsi appalti ed i limiti dell'ingerenza dell'Unione europea nel diritto processuale* in G. Greco, a cura di, *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, cit., 175-177.

[77] Una specialità che non riguarda dunque soltanto il rito, ma, come è stato osservato, rende complessivamente speciale il 'giudizio' stesso (M. Ramajoli, *Il processo in materia di appalti pubblici da rito speciale a giudizio* speciale, in G. Greco, a cura di, *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, cit., spec. 122.

rimesso al giudice civile in sede di risarcimento in forma specifica, allorquando, a norma dell'art. 2058 lo esclude allorquando esso risulti eccessivamente onerosa per il debitore[78].

La questione investe un aspetto centrale nei rapporti tra giudice ed amministrazione e non se ne può nascondere la problematicità: anche alla luce di ciò, però, pare necessario tracciare alcuni limiti e, in particolare, pare necessario che il giudice agisca in conformità delle domande di parte e che debba limitarsi a prendere atto degli interessi formalmente rappresentati da esse sulla base di fatti di cui abbiano dato adeguata prova.

6. L'irruzione della proporzionalità nel processo amministrativo e la dequotazione dell'interesse pubblico ad interesse 'normale'.

In termini semplificati, si può osservare che la normativa europea ruota intorno a due assi: l'effettività della tutela dell'interesse privato ingiustamente leso da una violazione (anche funzionalmente alla realizzazione di certi valori di fondo dell'Unione, a partire dal consolidamento del mercato unico: tra interesse privato e interesse pubblico vi sono, nell'ottica dell'Unione, una stretta connessione ed una reciproca capacità di conformazione[79]); la possibilità di tutelare l'interesse pubblico nazionale allorquando esso possa risultare in contraddizione con il primo, attraverso l'imposizione di limiti all'iniziativa giurisdizionale o al tipo di tutela che il privato può ottenere. L'Ue, come d'abitudine, manifesta un approccio sostanzialista. Rileva che, sul piano della realtà fattuale, può esservi una esigenza di bilanciamento di interessi e, laicamente, ammette che tale bilanciamento possa essere svolto anche al momento, in occasione o in sede di giudizio[80].

I due corpi normativi che riflettono le contrapposte anime della legislazione non sono però equiordinati. La normativa europea, da un lato, *pretende* la tutela dell'interesse privato, attraverso la garanzia di standard minimi elevati circa il suo trattamento processuale; dall'altro, *consente* agli stati di tutelare l'interesse pubblico nazionale, accettando in funzione di ciò, entro una misura stabilita, che esso possa tradursi nella limitazione della protezione giurisdizionale offerta. Tale diverso trattamento corrisponde al diverso 'grado' degli interessi sottesi: il primo riflette valori europei, di cui l'Unione direttamente si fa carico; il secondo è un interesse nazionale, cui essa è tendenzialmente indifferente e che rimette alla sovranità statale, fissandone però modalità di tutela e confini. L'Ue, insomma, non cerca né impone un bilanciamento, ma, tuttavia, lo ammette e ne individua gli strumenti; tali strumenti appaiono ispirati

[78]Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 350-351.

[79]Si rinvia sul punto alle considerazioni svolte in S. Torricelli, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, Milano, 2007, 284 e 316, nota 100. Vi è, in relazione al rapporto tra interessi privati/libertà europee e interessi pubblici/valori codificati nel Trattato, un bisogno di elaborazione che chiarisca meglio lo spazio dell'uno e dell'altro e che ad oggi non è stato appieno soddisfatto.

[80]Ciò anche in relazione alla tutela che essa stessa offre: si rinvia a su questo a, S. Torricelli, *Disciplina normativa e poteri del giudice nella organizzazione del processo di fronte agli organi di giustizia dell'Unione europea*, in D. Sorace, (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei paesi europei*, cit., 279 ss.

ad una idea di proporzionalità della tutela rispetto agli interessi in gioco comune nella giurisprudenza della Corte di giustizia[81].

Per analizzare l'approccio del legislatore nazionale occorre dunque verificare in che modo esso si è rapportato ad entrambi i due corpi normativi: sia agli obblighi imposti, che alle facoltà riconosciute.

Sotto il profilo dell'effettività della tutela giurisdizionale, il legislatore ha dato alla direttiva europea una applicazione 'espansiva': ha raccolto le esigenze che essa indicava e le ha realizzate spesso finanche con maggior rigore. Basti pensare, recuperando alcuni dei dati emersi, alla applicazione del rito speciale anche ai contratti sotto soglia, ai termini sospensivi per la stipulazione del contratto, più lunghi nella legislazione italiana rispetto a quelli stabiliti dalla normativa europea, alla previsione della inefficacia del contratto anche in presenza di vizi per i quali il diritto europeo non li ha imposti, alle entità delle sanzioni alternative fissate dal legislatore nazionale. In termini più complessivi, la rapidità cui il processo si conclude corrisponde ad uno standard che va analogamente oltre a quanto richiesto dalla direttiva. Il legislatore italiano, insomma, si è dato seriamente carico del problema della effettività della tutela, che risulta ampiamente garantita. Anzi, come si è osservato, ha forse proceduto con troppo zelo e trascurando gli effetti di tanto privilegio rispetto al trattamento processuale di altre controversie non ricomprese in questa materia.

Più interessante è però osservare come il legislatore abbia trattato l'altro corpo normativo.

Nel sistema italiano, il modello di tutela è di stampo prettamente soggettivistico: esso tende a proteggere le situazioni soggettive dedotte, e non tollera, o non dovrebbe tollerare, contaminazioni determinate dall'interesse pubblico. Eppure il legislatore ha ampiamente utilizzato gli strumenti che il diritto europeo ha messo a disposizione perché anche l'interesse pubblico nazionale potesse avere il suo spazio.
Così, per come il legislatore ha attuato la direttiva, l'interesse pubblico è divenuto un generale fattore di condizionamento della tutela giurisdizionale. La previsione della preventiva comunicazione all'amministrazione dell'intenzione di proporre ricorso, le ipotesi di conservazione del contratto illegittimamente assegnato, anche in presenza dei vizi più gravi, la possibilità che l'amministrazione possa essere sanzionata per il suo comportamento.

Le ragioni del favore con cui il legislatore ha fatto propri tutti gli strumenti che la diretta ha previsto sono facilmente comprensibili. Quanto più la tutela del privato è effettiva, quanto più vi è il rischio della demolizione del contratto e dunque di ledere alcuni degli interessi pubblici che il contratto era preordinato a soddisfare.

In passato, di fronte ad un processo lento e farraginoso, il problema si poteva eludere: spesso l'amministrazione aveva il tempo di stipulare e eseguire il contratto anche ove l'aggiudicazione fosse stata impugnata. Anzi era invalsa la prassi, in

[81] S. Torricelli, *Disciplina normativa e poteri del giudice nella organizzazione del processo di fronte agli organi di giustizia dell'Unione europea*, cit., 277.

presenza di ricorsi, di accelerare la stipula, così che in sede cautelare il giudice prendesse atto che la sospensione dell' aggiudicazione non poteva oramai più dare al ricorrente alcuna utilità[82], rifiutando l'emanazione della misura; al momento della sentenza, poi, il contratto aveva nel contempo già avuto in gran parte o integralmente la sua esecuzione. Né si può omettere di considerare che l'amministrazione non era responsabile per i danni cagionati in violazione delle situazioni soggettive dei concorrenti esclusi[83]: le violazioni, insomma, ben potevano rimanere prive di sanzione.

Oggi, di fronte ad una normativa europea e nazionale sempre più esigente e dettagliata e ad un processo indubitabilmente efficace, la questione dell'interesse pubblico si pone fortemente. Di qui l'atteggiamento del legislatore in sede di trasposizione, il quale, come ha entusiasticamente dato attuazione alle previsioni sugli standard della tutela, ha non meno entusiasticamente fatto proprie le possibilità di limitare quella tutela in nome delle esigenze generali.

Non è senza rilievo il fatto che la direttiva non si limita ad un generico rinvio alla attuazione nazionale, ma, con una singolare analiticità, precisa anche in quali modi e attraverso quali strumenti gli stati possono decidere di limitare la tutela individuale. In questo contesto, piuttosto che svolgere riflessioni autonome che potessero affrontare il problema sul piano sostanziale, è risultato più agevole e più facilmente giustificabile per il legislatore nazionale aderire in modo acritico alle soluzioni ipotizzate dal diritto europeo[84]. E perciò il processo italiano sugli appalti, anche attraverso questo meccanismo del tutto indiretto di influenza, può dirsi oggi nella sua interezza un 'prodotto' dell'attuazione della normativa europea.

Vi è però da chiedersi se e più radicalmente è lo stesso modello di processo che l'attuazione della direttiva abbia messo in discussione.

Il luogo deputato alla tutela dell'interesse pubblico è evidentemente l'amministrazione. Una volta chiusa l'attività amministrativa, ove essa sia sottoposta al vaglio del giudice, è certo costituzionalmente discutibile che si ponga un problema dell'interesse pubblico, inteso come interesse preminente, da tutelare anche a scapito di interessi privati. A ben vedere, però, il processo in materia di appalti non sembra porre una questione di 'interesse pubblico', quanto, piuttosto, una questione di bilanciamento di interessi delle parti che, come si è visto, è comune nella normativa civile sulla reintegrazione in forma specifica.

[82]Sino al 2000, infatti, l'unica misura cautelare che il giudice amministrativo poteva adottare era la sospensione degli effetti dell'atto; la l. n. 205/2000 ha invece attribuito al giudice amministrativo il potere di adottare qualsiasi misura ideona a tutelare interinalmente la situazione soggettiva dedotta in giudizio.

[83]La responsabilità è stata prima imposta dal diritto europeo, in materia giustappunto di appalti, poi prevista in termini più generali dalla sentenza della Corte di cassazione, sezioni unite, 22 luglio 1999, n. 500)

[84]Per altro verso, le incertezze che sono subito emerse nella interpretazione della normativa denunciano con evidenza una certa mancanza di attenzione per gli aspetti applicativi della normativa processuale Parla di "infelice e complicata tecnica reazionale", M. Ramajoli, *Il processo in materia di appalti pubblici da rito speciale a giudizio speciale*, cit., 146..

Il fatto che, in questa valutazione, uno degli interessi che il giudice valuta sia 'pubblico' è un fatto accidentale. Esso rileva solo perché e in quanto è l'interesse di una parte. Ciò significa che la natura pubblica dell'interesse non può tradursi in una aprioristica esclusione della tutela in forma specifica: l'esclusione deve essere rigorosamente circoscritta ai casi in cui le conseguenze negative della tutela in forma specifica dell'interesse di una parte risultino irragionevoli rispetto al vantaggio che il privato può ricavarne. Ciò nell'ambito di una valutazione rigorosamente relazionale, in cui le conseguenza negative della reintegrazione in forma specifica sull'interesse pubblico siano apprezzate non in assoluto ma in relazione alle conseguenze negative della esclusione della reintegrazione in forma specifica nei confronti del privato. E' la proporzionalità che, in forme non eguali, ma che hanno eguale ispirazione rispetto alle previsioni del codice civile, irrompe nel processo amministrativo.

Ciò che sembra insomma accadere, in questo nuovo processo, è che l'interesse pubblico non gode più di una incondizionata ed aprioristica posizione di privilegio, come invece in precedenza accadeva (per le limitazioni delle forme di tutela, delle misure cautelari, della responsabilità). Il privato può ottenere una tutela veloce ed efficace, potenzialmente in tutte le forme idonee a proteggere il suo interesse leso. Di qui l'esigenza di misurare la tutela da accordare in funzione delle conseguenze che produce. Insomma, la proporzionalità viene ad animare il processo amministrativo una volta e perché l'interesse pubblico torna ad essere, in esso, un interesse 'normale'.

Este texto está publicado na Revista Internacional de Contratos Públicos, disponível no endereço : HTTP://www.direitodoestado.com.br/ijpc.
Se deseja colaborar com a Revista, envie seu trabalho para o Comitê de Avaliação com resumo em inglês : ijpc@direitodoestado.com.br.

Cet article est publié par la Revue Internationale de Contrats Publics, disponible sur le site: HTTP://www.direitodoestado.com.br/ijpc.
Se vous voudriez collaborer avec la Revue, veuillez envoyer votre travail au Comite' d'Evaluation avec un résumé en français: ijpc@direitodoestado.com.br

This article is published the International Journal of Public Contracts, available at the website: HTTP://www.direitodoestado.com.br/ijpc.
If you would like to collaborate with the Journal, please send your work to the Evaluation Committee with an abstract in English: ijpc@direitodoestado.com.br