

wvp

ISSN 2239-7345

2011-1/1-ECLI

Istituto Universitario di Studi Europei
Working Papers Series

<http://workingpapers.iuse.it>

ECLI
European and
Comparative Law
Issues

Mario Comba (editor)

Il recepimento della direttiva 2007/66/CE. Il rito speciale degli appalti nel nuovo codice del processo amministrativo e le conseguenze sul procedimento di aggiudicazione





“Il recepimento della direttiva 2007/66/CE. Il rito speciale degli appalti nel nuovo codice del processo amministrativo e le conseguenze sul procedimento di aggiudicazione”

Introduzione.....	2
Procedure di evidenza pubblica e contratti nella disciplina del Codice dei contratti pubblici e del Codice del processo amministrativo <i>Vincenzo Salamone</i>	5
La tutela cautelare tra diritto europeo e diritto interno <i>Paola Malanetto</i>	38
Iniziativa di parte e poteri d'ufficio nel processo sui contratti della P.A <i>Carlo Emanuele Gallo</i>	57
La direttiva ricorsi (2007/66/CE) e le sue conseguenze a livello sistematico: l'imposizione del modello francese di «contrat administratif» <i>Mario Comba</i>	62



Introduzione

Nei giorni 20, 21, 27 e 28 gennaio 2011 si è tenuto presso l'Istituto Universitario di Studi europei (IUSE) di Torino un seminario dal titolo: "Il recepimento della direttiva 2007/66/CE. Il rito speciale degli appalti nel nuovo codice del processo amministrativo e le conseguenze sul procedimento di aggiudicazione", rivolto ad operatori degli enti pubblici, ad avvocati amministrativisti ed anche ad operatori privati del settore degli appalti pubblici. Le relazioni sono state tenute da giudici amministrativi e da professori universitari operanti anche come avvocati, in modo da garantire la massima qualificazione specialistica insieme ad una visione sistematica dei temi coinvolti.

Il seminario era finalizzato ad analizzare il recente recepimento in Italia della direttiva 2007/66/CE da parte del D. Lgs. 53/2010, poi confluito nel nuovo codice del processo amministrativo (D. Lgs. 104/2010), con l'ambizione di esaminare il tema dal punto di vista del diritto europeo ed, in particolare, di mettere in luce la peculiarità di un intervento di diritto europeo in due settori – quello delle modalità di svolgimento del processo e quello della conclusione del contratto e del suo annullamento – tradizionalmente riservati al diritto nazionale degli Stati membri.

La particolare qualità delle relazioni tenute durante il seminario, certamente stimolata dalla alta qualificazione dei partecipanti, hanno suggerito di pubblicare i risultati del seminario nei WP dello IUSE, serie European and Comparative Law Issues (ECLI).

I principali contenuti della direttiva possono essere così sintetizzati:

- a) Introduzione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di rispettare un congruo termine dilatorio (*standstill*) fra la (comunicazione della) aggiudicazione e la stipulazione del contratto. È inoltre obbligatorio un ulteriore effetto sospensivo dalla proposizione del ricorso giurisdizionale fino alla pronuncia (cautelare o di merito, a scelta degli Stati membri)
- b) Conseguenze della violazione delle norme comunitarie:
 - a) Vi sono (art. 2-*quinqies*) alcuni casi tipici nei quali la violazione di determinate regole di diritto comunitario deve comportare obbligatoriamente la integrale privazione di effetti del contratto eventualmente stipulato, salve alcune tassative eccezioni che conducono all'applicazione di sanzioni alternative. Si tratta essenzialmente di radicale assenza di procedura concorrenziale o di mancato rispetto di uno dei termini sospensivi del contratto
 - b) Vi è un secondo gruppo di casi (art. 2-*sexies* par. 1) in cui gli Stati membri possono scegliere se prevedere la privazione di effetti del contratto o introdurre meccanismi sanzionatori purché proporzionati e dissuasivi (diversi dal risarcimento del danno) e consistenti nell'irrogazione di sanzioni pecuniarie oppure nella riduzione della durata del contratto. In tutti gli altri casi, la tutela della parte interessata è rimessa al diritto nazionale che può anche prevedere che essa sia limitata al solo danno per equivalente.
- c) Sotto il profilo processuale, gli Stati membri devono garantire che il ricorso sia giudicato da un organo indipendente dall'Amministrazione aggiudicatrice (2-*quinqies*). In Europa ci sono principalmente due diversi modelli: quello del ricorso all'autorità giudiziaria (che poi può essere il giudice ordinario o il giudice amministrativo) e quello del ricorso ad una autorità amministrativa indipendente,



come per esempio in Germania, paesi scandinavi, Romania, la cui decisione è poi impugnabile innanzi all'autorità giudiziaria.

- d) Il diritto comunitario non prende alcuna significativa posizione sulla definizione delle conseguenze giuridiche sostanziali della "privazione degli effetti" obbligatoria. Infatti l'articolo 2-*quinquies*, c. 2 dice che le conseguenze di un contratto considerato privo di effetti sono previste dal diritto nazionale. La direttiva consente agli Stati membri di scegliere tra la soppressione con effetto retroattivo o con effetto *ex nunc*, ma in tale secondo caso devono essere applicate le sanzioni. Nel caso di privazione con effetto retroattivo si innesta ovviamente il problema – non trattato dalla direttiva – del compenso per l'attività che risulta svolta senza contratto e che in Italia (e in Francia) va sotto la fattispecie dell'arricchimento senza causa.
- e) Gli Stati membri possono stabilire che la domanda di risarcimento del danno sia subordinata alla tempestiva richiesta di annullamento dei provvedimenti ritenuti illegittimi, secondo il nuovo articolo 2.6 direttiva. È il tema della pregiudiziale amministrativa, che la direttiva qualifica come non incompatibile con il diritto comunitario.

I contenuti della direttiva sono dunque raggruppabili in due principali categorie: la prima attiene al diritto sostanziale, là dove è prevista la clausola di *standstill* e gli obblighi di comunicazione; la seconda attiene al diritto processuale, là dove vengono definiti i poteri del giudice come reazione alla violazione delle norme sostanziali: aspetti cautelari, annullamento del contratto, condanna a sanzioni alternative ed al risarcimento del danno.

La direttiva 2007/66/CE è stata recepita in Italia con l'articolo 44 L. 80/09, attuata con il D. Lgs. 53/10. Sullo schema del D. Lgs. è stato espresso il parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 368/10. Il D. Lgs. 53/2010 ha introdotto alcune modifiche al codice appalti ed in particolare all'articolo 11 e 79 per la clausola *standstill* e gli obblighi di comunicazione; articoli 244 e seguenti per le innovazioni processuali. Poi, con l'approvazione del Codice del processo amministrativo tramite D. Lgs. 104/2010, le innovazioni processuali sono state trasferite dal codice appalti al codice del processo amministrativo ed in particolare (ma non solo) nel libro IV, titolo V – Riti abbreviati relativi a speciali controversie, articoli da 119 a 125, nonché nell'articolo 133 che raccoglie tutte le disposizioni speciali recanti giurisdizione esclusiva.

Le relazioni pubblicate in questo WP seguono l'ordine appena esposto.

Le innovazioni in materia di conclusione del contratto e di annullamento dello stesso introdotte dal diritto europeo sono analizzate nella relazione del dr. Salamone che le ha efficacemente messe in luce fin dal primo paragrafo, per poi analizzarle più compiutamente nei paragrafi successivi. In particolare, vengono esaminati l'istituto dello *standstill* (par. 3) e della sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione (par. 8), con tutte le conseguenze che derivano nell'ordinamento giuridico italiano dal recepimento delle regole di diritto europeo.

Gli aspetti processuali, ed in particolare quelli legati all'impiego della tutela cautelare sono esaminate nella relazione della dr.ssa Malanetto, la quale mette in luce nel paragrafo 3 la disciplina comunitaria rilevando come le direttive europee, pur stabilendo principi generali e limitandosi ad individuare gli obiettivi che i diritti nazionali debbono raggiungere, hanno in realtà imposto una disciplina uniforme del processo cautelare in materia di appalti pubblici. Tale risultato è raggiunto soprattutto a seguito degli interventi giurisprudenziali della Corte di Giustizia che sono giunti a modellare un vero e proprio



case law in materia cautelare al quale i diritti processuali nazionali – e così quello italiano – hanno dovuto adeguarsi.

Anche il tema affrontato nell'intervento del Prof. Gallo – relativo al rapporto tra iniziativa di parte e poteri d'ufficio – mette in luce caratteristiche non dissimili da quelle evidenziate nelle relazioni precedenti. In particolare viene sottolineata la natura di processo di parti imposta al processo amministrativo e ne vengono tratte le conseguenze in relazione ad alcuni casi di grande rilevanza come la fissazione dell'udienza di discussione del ricorso, la dichiarazione di inefficacia del contratto e l'applicazione delle sanzioni alternative.

Infine, l'intervento di chi scrive questa introduzione sottolinea come la direttiva ricorsi presupponga implicitamente un preciso modello di contratto di appalti pubblico ed in particolare quello francese di «*contrat administratif*», imponendo in tal modo un chiaro indirizzo alla uniformazione dei diritti nazionali degli Stati membri.

Il filo rosso che unisce tutte le relazioni consiste nella consapevolezza che il diritto interno in materia di appalti pubblici non può essere studiato ed applicato se non alla luce del diritto europeo – nel caso specifico, in relazione ai settori del processo e della conclusione ed annullamento del contratto – ma anche nella convinzione che il diritto amministrativo europeo è a sua volta inscindibilmente legato ai diritti amministrativi nazionali i quali lo ispirano e lo ravvivano continuamente, creando una circolazione dei modelli che si muove in entrambi i sensi.

Un'ultima notazione.

Non è casuale che il primo numero dei WP dello IUSE rechi la pubblicazione degli atti di un seminario di studi: la scelta rappresenta lo stretto legame esistente tra l'attività di alta formazione postuniversitaria svolta dallo IUSE ed il contributo che tale attività di formazione fornisce alla ricerca scientifica. I WP vogliono essere uno strumento per sottolineare meglio tale connessione e per valorizzare e diffondere i risultati della formazione di qualità che da oltre sessant'anni viene svolta presso l'Istituto Universitario di Studi Europei.



Procedure di evidenza pubblica e contratti nella disciplina del Codice dei contratti pubblici e del Codice del processo amministrativo

Vincenzo Salamone*

Sommario: 1 – Introduzione; 2 – Fasi della procedura di affidamento; 3 – Le regole dello standstill; 4 - Il nuovo sistema di comunicazioni e avvisi; 5 – L’avviso volontario per la trasparenza preventiva; 6 – Le nuove regole del riparto di giurisdizione correlate al rapporto aggiudicazione - contratto; 7 – Il rito speciale in materia di procedure di affidamento di appalti e servizi pubblici; 8 – Sorte del contratto ed annullamento dell’aggiudicazione nella disciplina del CPA; 9 – Le esigenze imperative per il mantenimento del contratto; 10 – Le sanzioni alternative alla mancata declaratoria di inefficacia del contratto; 11 – La tutela risarcitoria alternativa alla scelta del contraente.

1. Introduzione

Il d. l.vo n. 104 del 2 luglio 2010, in attuazione della delega conferita al Governo dall'art. 44 l. n. 69 del 2009, ha approvato il Codice del processo amministrativo, offrendo agli operatori e agli utenti della giustizia amministrativa un quadro normativo omogeneo e, per quanto possibile, chiaro e definito, in un'ottica di maggiore garanzia di effettività della tutela delle posizioni soggettive sottoposte alla giurisdizione amministrativa.

Trova ingresso nel codice del processo amministrativo la disciplina dei rapporti tra l'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto (qualora nelle more stipulato), disciplina già contenuta nel decreto legislativo numero 53 del 2010 (nonché la disciplina dello *standstil* ovvero l'impedimento temporaneo alla stipulazione del contratto).

Il codice del processo prevede, infatti, che il giudice amministrativo deve pronunciare sulla sorte del contratto applicando la disciplina introdotta dal d.lgs. n. 53/2010 che, in difetto di norme transitorie, è di immediata applicazione ai giudizi in corso.

La direttiva 11 dicembre 2007 n. 66 (in *G.U.* del 14 febbraio 2008) modifica in modo sostanziale le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, relative alle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, rispettivamente nei settori ordinari e nei settori speciali.

I due settori, mantenuti separati dalle direttive “sostanziali” 2004/17/CE e 2004/18/CE, vengono mantenuti separati, dal diritto comunitario, anche ai fini della tutela giustiziale e giurisdizionale.

Nel diritto italiano, invece, settori ordinari e speciali sono stati unificati nel codice dei contratti pubblici, e parimenti è stato unificato il recepimento della norme inerenti la tutela, formalmente contenute nelle distinte direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE come novellate dalla direttiva 2007/66/CE, mediante un’uniforme disciplina.

La nuova direttiva apporta importanti modifiche, introducendo, nella sostanza, un nuovo corpo normativo.

Si possono enucleare alcune tematiche centrali:

1. l'impedimento alla stipula del contratto per un certo lasso temporale dopo l'aggiudicazione, e, in prosieguo, per effetto di un ricorso avverso l'aggiudicazione

* Presidente della 2^a sezione del Tribunale amministrativo regionale del Piemonte



(artt. 1, 2, *2-bis*, *2-ter*, direttiva 89/665/CEE; artt. 1, 2, *2-bis*, *2-ter*, direttiva 92/13/CEE);

2. la sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione (art. 2, § 7, artt. *2-quinquies* e *2-sexies*, direttiva 89/665/CEE; art. 2, § 6; artt. *2-quinquies* e *2-sexies*, direttiva 92/13/CEE);

3. il termine di decadenza per il ricorso avverso l'aggiudicazione e gli altri provvedimenti inerenti una procedura di affidamento (artt. *2-quater* e *2-septies*, direttiva 89/665/CEE; artt. *2-quater* e *2-septies*, direttiva 92/13/CEE);

4. la tutela risarcitoria per equivalente e in forma specifica (art. 2, direttiva 89/665/CEE; art. 2, direttiva 92/13/CEE);

5. il riparto di giurisdizione (artt. 1 e 2, direttiva 89/665/CEE; artt. 1 e 2, direttiva 92/13/CEE)¹.

2. Fasi della procedura di affidamento

Preliminare all'esame della problematica del rapporto annullamento dell'aggiudicazione – sorte del contratto è la ricostruzione per linee generali delle fasi della procedura di affidamento degli appalti pubblici, quali disciplinate dall'articolo 11 del Codice dei contratti pubblici (approvato con Decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 e successive modificazioni ed integrazioni).

Come ha affermato la Corte costituzionale già con la fondamentale sentenza n. 401 del 23 novembre 2007 i "lavori pubblici" non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono e possono quindi essere ascritti, di volta in volta, a potestà legislative statali o regionali, sicché non è configurabile né una

¹ Con riguardo alla disciplina sostanziale delle gare, l'adozione della direttiva 2004/18/CE è stata guidata dall'esigenza di procedere alla raccolta in un unico testo – al fine di rispondere alle esigenze di semplificazione e di modernizzazione formulate sia dalle amministrazioni aggiudicatrici che dagli operatori economici nel contesto delle risposte al Libro verde adottato dalla Commissione il 27 novembre 1996 – delle direttive del Consiglio 92/50/CEE del 18 giugno 1992, che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, 93/36/CEE del 14 giugno 1993, che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, e 93/37/CEE del 14 giugno 1993, che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori.

La finalità perseguita con la direttiva n. 2004/18/CE è stata, in primo luogo, quella di garantire che nei singoli ordinamenti nazionali l'aggiudicazione degli appalti per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico avvenisse nel rispetto dei principi del Trattato ed, in particolare, dei principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei «principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza» (Considerando numero 2 della citata direttiva 18 del 2004). Si è voluto, infatti, assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza anche mediante «regole dettagliate» volte a garantire «procedure di gara concorrenziali a livello della Unione europea» (Comunicazione interpretativa della Commissione, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici», del 1° agosto 2006).

La stessa Corte di giustizia delle Comunità europee ha, inoltre, più volte sottolineato – sia pure con riferimento a particolari settori, ma con affermazioni di portata generale – che il coordinamento a livello comunitario delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici ha come fine essenziale «di proteggere gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro e, a tal fine, di escludere sia il rischio che gli offerenti nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti sia la possibilità che un'amministrazione aggiudicatrice si lasci guidare da considerazioni non economiche» (si veda, tra le altre, sentenza 27 novembre 2001, nelle cause riunite C-285/99 e C-286/99). Ne consegue che tale amministrazione è tenuta ad osservare «il principio di parità di trattamento degli offerenti», nonché l'«obbligo di trasparenza» al fine di garantire il rispetto del «divieto di discriminazione in base alla nazionalità».

Con la direttiva 2004/17/CE del 31 marzo 2004, il legislatore comunitario – «in occasione di nuove modificazioni alla direttiva 93/38/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993» – ha ritenuto opportuno, per motivi di chiarezza, procedere alla raccolta delle disposizioni previste dalla predetta direttiva in un unico testo. Il legislatore comunitario ha, inoltre, affermato che una delle ragioni principali per cui si è reso necessario un coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti degli enti erogatori di acqua e di energia, nonché degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, è stato «il carattere chiuso dei mercati in cui operano, dovuto alla concessione da parte degli Stati membri di diritti speciali o esclusivi, per l'approvvigionamento, la messa a disposizione o la gestione di reti che forniscono il servizio in questione».

In questo ambito, dunque, viene anche in rilievo un altro, ma connesso, aspetto relativo alla tutela della concorrenza: l'esigenza di prevedere misure di liberalizzazione dei settori sopra indicati finalizzate a garantire la graduale e completa apertura dei mercati alla libera concorrenza.



materia relativa ai lavori pubblici nazionali, né tanto meno un ambito materiale afferente al settore dei lavori pubblici di interesse regionale, e che ciò vale non solo per i contratti di appalto di lavori, ma per tutta l'attività contrattuale della p.a. che non può identificarsi in una materia a sé, ma rappresenta, appunto, un'attività che inerisce alle singole materie sulle quali essa si esplica, ai fini dello scrutinio delle q.l.c. delle disposizioni del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al d.lg. 12 aprile 2006 n. 163.

A tal proposito la Corte ha ritenuto che la nozione comunitaria di concorrenza, rilevante ai fini dello scrutinio delle questioni relative al d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, e che si riflette su quella di cui all'art. 117 comma 2, lettera e), cost., va definita come concorrenza "per" il mercato e impone che il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali, quali, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza; il che, peraltro, non significa che nello stesso settore degli appalti, soprattutto relativi ai servizi a rete, non sussistano concomitanti esigenze di assicurare la cosiddetta concorrenza "nel" mercato attraverso la liberalizzazione dei mercati stessi, che si realizza, tra l'altro, mediante l'eliminazione di diritti speciali o esclusivi concessi alle imprese.

Le fasi della procedura di scelta del contraente sono le seguenti:

Programmazione

Le procedure di affidamento dei contratti pubblici hanno luogo nel rispetto degli atti di programmazione delle amministrazioni aggiudicatrici, se previsti dal codice dei contratti o dalle norme vigenti.

Determina a contrarre

Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici decretano o determinano di contrarre, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte.

La selezione dei partecipanti avviene mediante uno dei sistemi previsti dal codice dei contratti per l'individuazione dei soggetti offerenti.

Bandi e inviti

L'articolo 64 del Codice dei contratti prevede che le stazioni appaltanti che intendono aggiudicare un appalto pubblico o un accordo quadro mediante procedura aperta, procedura ristretta, procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara, dialogo competitivo, rendono nota tale intenzione con un bando di gara e nel caso intendono istituire un sistema dinamico di acquisizione rendono nota tale intenzione mediante un bando di gara pubblicato con le modalità di cui all'art. 66.

Nelle procedure ristrette, nel dialogo competitivo, nelle procedure negoziate con e senza pubblicazione di un bando di gara, le stazioni appaltanti invitano simultaneamente e per iscritto i candidati selezionati a presentare le rispettive offerte o a negoziare o, in caso di dialogo competitivo, a partecipare al dialogo (art. 67).

Selezione

Ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta che è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione.

La stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento di detto termine.

Aggiudicazione provvisoria ed aggiudicazione definitiva

Le procedure di affidamento selezionano la migliore offerta, mediante uno dei criteri previsti dal codice dei contratti (prezzo più basso ed offerta economicamente più vantaggiosa).

Al termine della procedura è dichiarata l'aggiudicazione provvisoria a favore del miglior offerente.

La stazione appaltante, previa verifica dell'aggiudicazione provvisoria ai sensi dell'articolo 12, comma 1, provvede all'aggiudicazione definitiva.

L'aggiudicazione provvisoria è soggetta, infatti, ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, ovvero degli altri soggetti aggiudicatori, nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento dell'aggiudicazione provvisoria da parte dell'organo competente. In mancanza, il termine è pari a trenta giorni ed è interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti, e inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti pervengono all'organo richiedente.

L'aggiudicazione definitiva diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti di partecipazione.

Decorsi i termini previsti dai singoli ordinamenti o, in mancanza, quello di trenta giorni, l'aggiudicazione si intende approvata.

Stipula del contratto

L'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta.²

Che l'aggiudicazione non possa equivalere al contratto deriva anche dall'impostazione comunitaria secondo cui vi deve essere un lasso temporale minimo tra aggiudicazione e stipulazione, per consentire agli interessati di impugnare l'aggiudicazione e conseguire un effetto utile prima che con la stipulazione si consolidi l'aggiudicazione e diventi più complicato conseguire l'aggiudicazione da parte dei ricorrenti.

² Quanto alla disciplina previgente al Codice dei contratti ai sensi dell'art. 109 del D.P.R. n. 554 del 1999, che disciplinava la "stipulazione ed approvazione del contratto", la stipulazione del contratto di appalto doveva aver luogo entro sessanta giorni dalla aggiudicazione nel caso di pubblico incanto, licitazione privata ed appalto-concorso ed entro trenta giorni dalla comunicazione di accettazione dell'offerta nel caso di trattativa privata e di cottimo fiduciario.

In precedenza l'art. 16 comma 4 del R.D. 18 novembre 1923 n. 2440 stabiliva che "i processi verbali di aggiudicazione definitiva, in seguito ad incanti pubblici o a private licitazioni, equivalgono per ogni effetto legale al contratto". Ai sensi della suddetta disposizione, quindi, il vincolo contrattuale sorgeva in coincidenza con la data del processo verbale, in quanto l'aggiudicazione contiene la dichiarazione negoziale della pubblica Amministrazione alla quale si ricollega l'effetto della formazione del consenso e di costituzione del rapporto giuridico d'appalto. La stipulazione del contratto aveva, quindi, un valore meramente riproduttivo della già perfezionata manifestazione di volontà negoziale, rappresentando una mera formalità, fatto salvo il caso in cui dal verbale emergesse l'intento della pubblica Amministrazione di rinviare la costituzione del vincolo al momento successivo della stipulazione dell'atto. La giurisprudenza aveva rilevato che una simile impostazione propria del sistema delle norme di contabilità di Stato, oggi non appariva più applicabile al sistema degli appalti pubblici, né è in linea con i rapporti tra pubblica Amministrazione ed imprese. Infatti, le norme di contabilità di Stato non costituiscono più la disciplina "normale" degli appalti pubblici, essendo questi ultimi compiutamente regolati dalla Legge 109/94 e s.m. e dal regolamento attuativo e dalla disciplina successiva del codice degli appalti. Tale affermazione trovò affermazione nella giurisprudenza della Corte di Cassazione – sezioni unite – (sent. n. 5807 del 1998) che ha riconosciuto natura meramente dispositiva al co. 4 dell'art. 16 del R.D. 2440/1923; conseguentemente, la pubblica Amministrazione, la quale deve compiere una valutazione dell'interesse pubblico, può rinviare, anche implicitamente, la costituzione del vincolo contrattuale al momento della stipulazione del contratto, fino al quale non sussiste il diritto soggettivo dell'aggiudicatario all'esecuzione dello stesso. Anche il Consiglio di Stato si è espresso per la inapplicabilità della disposizione dell'art. 16 sia ai contratti conclusi dagli enti locali, sia alle fattispecie di operatività del d.lgs. 490/94 in materia di informazioni antimafia. Infatti, il Consiglio di Stato (sent. n. 4065 del 25 luglio 2001) ha evidenziato come le procedure che la pubblica Amministrazione, in applicazione della vigente normativa in materia di lavori pubblici, deve attivare anteriormente alla stipulazione del contratto, e segnatamente le verifiche per l'antimafia, indeboliscono l'assunto di cui al co. 4 dell'art. 16 del R.D. 2440/1923, secondo il quale il verbale di aggiudicazione ha valore di contratto: "la norma stessa deve essere in ogni caso coordinata con la più recente normativa antimafia: con la conseguenza che per i contratti indicati dall'art. 4 del d.lgs.n. 490/94, è sempre necessaria la stipulazione del contratto perché si realizzi il vincolo giuridico contrattuale e sorga dunque il diritto soggettivo dell'aggiudicatario all'esecuzione del contratto stesso".



E', pertanto, con la stipulazione del contratto d'appalto, e non più con il solo verbale di aggiudicazione definitiva che può considerarsi instaurato il vincolo contrattuale tra le parti.

Termini

Tra aggiudicazione e stipula del contratto vanno rispettati due termini:

- dilatorio non prima di 35 giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'articolo 79;
- acceleratori - 60 giorni dall'aggiudicazione;

Divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario. Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, ovvero il controllo di cui all'articolo 12, comma 3, non avviene nel termine ivi previsto, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate. Nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza e nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisorie. Nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni eseguite su ordine del direttore dell'esecuzione³. L'esecuzione di urgenza non è consentita durante il termine dilatorio di cui al comma 10 e durante il periodo di sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto previsto dal comma 10-ter, salvo che nelle procedure in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara, ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari.

³ Il D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (in *G.U.* n. 288 del 10 dicembre 2010 - *Suppl. Ord.* n. 270 - in vigore dal 9 giugno 2011) ha approvato il "Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»" il quale dispone "Art. 302 Termine e modalità per l'avvio dell'esecuzione del contratto 1. Dopo che il contratto è divenuto efficace, il responsabile del procedimento autorizza il direttore dell'esecuzione a dare avvio all'esecuzione della prestazione. 2. Il responsabile del procedimento può autorizzare, ai sensi dell'articolo 11, comma 9, del codice, l'esecuzione anticipata della prestazione dopo che l'aggiudicazione definitiva è divenuta efficace: a) quando il contratto ha ad oggetto beni o servizi che, per la loro natura o per il luogo in cui deve essere eseguito il contratto, debbono essere immediatamente consegnati o svolti; b) in casi di comprovata urgenza. 3. Il responsabile del procedimento autorizza, ai sensi del comma 2, l'esecuzione anticipata del contratto attraverso apposito provvedimento che indica in concreto i motivi che giustificano l'esecuzione anticipata. 4. Nei casi di cui al comma 2, nell'ipotesi di mancata stipula del contratto, il direttore della esecuzione tiene conto di quanto predisposto o somministrato dall'esecutore, per il rimborso delle relative spese. 5. Qualora l'avvio dell'esecuzione del contratto avvenga in ritardo rispetto al termine indicato nel contratto per fatto o colpa della stazione appaltante, l'esecutore può chiedere di recedere dal contratto. Nel caso di accoglimento dell'istanza di recesso l'esecutore ha diritto al rimborso di tutte le spese contrattuali nonchè di quelle effettivamente sostenute e documentate ma in misura non superiore ai limiti indicati dall'articolo 305. Ove l'istanza dell'esecutore non sia accolta e si proceda tardivamente all'avvio dell'esecuzione del contratto, l'esecutore ha diritto ad un compenso per i maggiori oneri dipendenti dal ritardo, le cui modalità di calcolo sono stabilite dall'articolo 305. 6. La facoltà della stazione appaltante di non accogliere l'istanza di recesso dell'esecutore non può esercitarsi, con le conseguenze previste dal comma 5, qualora il ritardo nell'avvio dell'esecuzione del contratto superi la metà del termine utile contrattuale o comunque sei mesi complessivi. 7. Si applica l'articolo 153, comma 2".



Forma del contratto

L'art. 11 disciplina le forme del contratto, prevedendo: atto notarile, forma pubblica amministrativa, scrittura privata, forma elettronica. Il contratto è stipulato mediante atto pubblico notarile, o mediante forma pubblica amministrativa (a cura dell'ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice), ovvero mediante scrittura privata, nonché in forma elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante.⁴ Quanto all'esecuzione, la stessa può avvenire dopo la stipula del contratto salvo i casi di anticipata esecuzione. L'esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante o l'ente aggiudicatore ne chieda l'esecuzione anticipata, nei modi e alle condizioni previste dal regolamento. L'esecuzione di urgenza non è consentita:

- durante il termine dilatorio di cui al comma 10;
- durante il periodo di sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto previsto dal comma 10-ter;
- salvo che nelle procedure in cui la normativa vigente:
- non prevede la pubblicazione del bando di gara;
- ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari.

3. Le regole dello *standstill*

Come sopra rilevato il legislatore comunitario ha avvertito l'esigenza di una nuova direttiva che rafforzi la tutela muovendo dall'osservazione che l'attuale tutela

⁴ Il D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 disciplina il contenuto del contratto nei seguenti articoli:

“Art. 137 Documenti facenti parte integrante del contratto (art.110, d.P.R. n. 554/1999) 1. Sono parte integrante del contratto, e devono in esso essere richiamati: a) il capitolato generale, se menzionato nel bando o nell'invito; b) il capitolato speciale; c) gli elaborati grafici progettuali e le relazioni; d) l'elenco dei prezzi unitari; e) i piani di sicurezza previsti dall'articolo 131 del codice; f) il cronoprogramma; g) le polizze di garanzia. 2. Sono esclusi dal contratto tutti gli elaborati progettuali diversi da quelli elencati al comma 1. 3. I documenti elencati al comma 1 possono anche non essere materialmente allegati, fatto salvo il capitolato speciale e l'elenco prezzi unitari, purché conservati dalla stazione appaltante e controfirmati dai contraenti. 4. In relazione alla tipologia di opera e al livello di progettazione posto a base di gara, possono essere allegati al contratto ulteriori documenti, dichiarati nel bando o nella lettera di invito, diversi dagli elaborati progettuali.

Art. 138 Contenuto dei capitolati e dei contratti (art.111, d.P.R. n. 554/1999) 1. Il capitolato generale disciplina, fra l'altro, nel rispetto delle disposizioni del codice e del presente regolamento: a) l'elezione del domicilio dell'esecutore; b) le modalità di indicazione delle persone autorizzate a riscuotere per conto dell'esecutore; c) le norme di condotta dei lavori da parte dell'esecutore; d) la disciplina e il buon ordine nei cantieri; e) le spese di contratto di registro ed accessorie; f) la provvista e provenienza dei materiali; g) le responsabilità e gli obblighi dell'esecutore per i difetti di costruzione; h) la durata giornaliera dei lavori; i) la proprietà degli oggetti trovati e dei materiali di demolizione. 2. Il capitolato speciale e i contratti disciplinano, fra l'altro, nel rispetto delle disposizioni del codice, del presente regolamento e del capitolato generale per le amministrazioni aggiudicatrici statali e, ove richiamato nel bando o nella lettera di invito, per le stazioni appaltanti diverse dalle amministrazioni aggiudicatrici statali: a) il termine entro il quale devono essere ultimati i lavori oggetto dell'appalto; b) i presupposti in presenza dei quali il responsabile del procedimento concede proroghe; c) le modalità di riscossione dei corrispettivi dell'appalto; d) i limiti di riconoscimento dei danni da forza maggiore di cui all'articolo 166, comma 1. 3. Al fine di attuare nella loro concreta attività di committenza il principio di cui all'articolo 2, comma 2, del codice nonché l'articolo 69 del codice, le stazioni appaltanti nella definizione dei contenuti del capitolato e dei contratti: a) ai fini del perseguimento delle esigenze ambientali, tengono in considerazione, ai sensi dell'articolo 68 del codice, ove possibile, i criteri di tutela ambientale di cui al decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 11 aprile 2008, pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 107 dell'8 maggio 2008, e successivi decreti attuativi; b) ai fini del perseguimento delle esigenze sociali, hanno la facoltà di concludere protocolli di intesa o protocolli di intenti con soggetti pubblici con competenze in materia di salute, sicurezza, previdenza, ordine pubblico nonché con le organizzazioni sindacali e imprenditoriali.

Art. 139 Spese di contratto, di registro ed accessorie a carico dell'affidatario (art.112, d.P.R. n. 554/1999) 1. Sono a carico dell'affidatario tutte le spese di bollo e registro, della copia del contratto e dei documenti e disegni di progetto. 2. La liquidazione delle spese di cui al comma 1 è fatta, in base alle tariffe vigenti, dal dirigente dell'ufficio presso cui è stato stipulato il contratto. 3. Sono pure a carico dell'affidatario tutte le spese di bollo inerenti agli atti occorrenti per la gestione del lavoro, dal giorno della consegna a quello della data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione”.



giurisdizionale, anche cautelare, nella pratica non sempre è effettiva, atteso che non si riesce ad impedire che, nelle more del giudizio avverso l'aggiudicazione, la stazione appaltante stipuli comunque il contratto, vanificando così l'aspettativa del ricorrente vittorioso di conseguire il contratto stesso.

Di qui la previsione, con la nuova direttiva, di meccanismi di *standstill*, vale a dire di sospensioni legali della possibilità di stipulare il contratto, per un determinato lasso temporale dopo l'aggiudicazione.

Lo *standstill* è un impedimento temporaneo alla stipulazione del contratto, che opera *ex lege* per trentacinque giorni, a prescindere dalla proposizione o meno di ricorsi giurisdizionali ed è uno *spatium deliberandi* lasciato ai concorrenti, per valutare se proporre o meno ricorso giurisdizionale, con la garanzia che, se ricorrono, non saranno pregiudicati da una stipulazione già avvenuta.

La direttiva contempla due meccanismi, uno denominato *standstill*, e l'altro effetto sospensivo automatico.

Lo *standstill* in senso tecnico è l'impedimento temporaneo alla stipulazione del contratto per un certo lasso temporale dopo l'aggiudicazione definitiva.

Infatti il termine dilatorio che deve intercorrere tra aggiudicazione e stipulazione ha lo scopo di consentire agli interessati di presentare un ricorso (amministrativo o giurisdizionale, nel disegno della direttiva), con la garanzia che nel frattempo il contratto non venga stipulato.

L'effetto sospensivo automatico deriva dalla proposizione di un ricorso, e consiste nell'impedimento alla stipula del contratto, se un ricorso è presentato, fino alla decisione cautelare o di merito.

Formalmente nella disciplina comunitaria la regola dello stand still non è espressamente richiamata per i "contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del codice", che sono regolati nel titolo secondo della medesima parte I.

Non vi sono ragioni logico-sistematiche per escludere che la disciplina si applichi anche a tali contratti⁵.

***Standstill* preprocessuale**

Il contratto non può essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'articolo 79.

Il termine dilatorio di cui sopra non si applica nei seguenti casi:

- a) se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara o inoltro degli inviti nel rispetto del codice dei contratti, è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del

⁵ Detti contratti sono:

- i contratti relativi alla produzione e al commercio di armi, munizioni e materiale bellico (art. 16, codice appalti);
- i contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza (art. 17, codice appalti);
- i contratti aggiudicati in base a norme internazionali (art. 18, codice appalti);
- i contratti di servizi esclusi (art. 19, codice appalti);
- gli appalti di servizi elencati nell'allegato II-B (art. 20, codice appalti);
- i contratti esclusi nel settore delle telecomunicazioni (art. 22, codice appalti);
- i contratti relativi a servizi al pubblico di autotrasporto mediante autobus (art. 23, codice appalti);
- gli appalti aggiudicati a scopo di rivendita o locazione a terzi (art. 24, codice appalti);
- gli appalti aggiudicati per l'acquisto di acqua e per la fornitura di energia o di combustibili destinati alla produzione di energia (art. 25, codice appalti);
- i contratti di sponsorizzazione (art. 26, codice appalti).

Infatti il titolo I della parte I del codice è intitolato "principi e disposizioni comuni", il che lascia intendere che sono principi e disposizioni di generale applicazione, sicché l'art. 11, collocato in tale ambito, si estende a tali tipi di contratti.



bando o della lettera di invito o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva;

- b) nel caso di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'articolo 59 e in caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'articolo 60.

Standstill processuale

Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato:

- dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni;
- a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva.

L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando:

- in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 14, comma 4, del codice del processo amministrativo,
- o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare.

Con lo *standstill* si cumula, per chi fa ricorso giurisdizionale, un ulteriore beneficio, che è una tutela cautelare *ex lege*, riconnessa alla notificazione del ricorso giurisdizionale.⁶

Tale meccanismo opera a condizione che sia impugnata l'aggiudicazione definitiva, e che sia ritualmente chiesta la tutela cautelare.

Non opera, pertanto, se vengono impugnati altri atti di gara, in quanto la stipulazione del contratto consegue solo all'aggiudicazione definitiva, e dunque un effetto sospensivo va ancorato solo all'impugnazione di quest'ultima.

Non opera nemmeno se il ricorso giurisdizionale non contiene una domanda cautelare.

Tale effetto sospensivo costituisce un effetto sostanziale che deriva dalla proposizione del ricorso giurisdizionale (così come la sospensione del termine di prescrizione).

Pertanto, sul piano sistematico, la regola è stata inserita nell'art. 10, codice, tra le norme sostanziali che regolano l'agire delle stazioni appaltanti, e non negli artt. 245 e ss., codice appalti (dal 16 settembre 2010 trasfuso nell'art. 120, c.p.a.), che regolano il processo, anche se, nell'originaria versione del testo, era stata invece collocata proprio nell'art. 245.

Il *dies a quo* di tale effetto sospensivo è la notificazione della domanda cautelare alla stazione appaltante (art. 11, co. 10-ter, codice).

⁶ Non è l'unico caso di tutela cautelare *ex lege* nell'ordinamento italiano, anche se la regola generale è quella, opposta, che la proposizione del ricorso giurisdizionale non sospende l'esecuzione del provvedimento impugnato, e che occorre all'uopo un provvedimento del giudice.

L'ordinamento italiano, comunque, contempla già altre due ipotesi, la prima interna, la seconda di derivazione comunitaria:

a) l'impugnazione di provvedimenti di modifica o revoca delle speciali misure di protezione nei confronti di collaboratori e testimoni di giustizia, sortisce un effetto sospensivo *ex lege*, in quanto nel termine entro il quale può essere proposto il ricorso giurisdizionale ed in pendenza di quest'ultimo, tali provvedimenti restano sospesi sino a contraria determinazione del giudice in sede cautelare o di merito (art. 10, co. 2-septies, d.l. n. 8/1991);

b) l'impugnazione di provvedimenti di allontanamento di cittadini comunitari davanti al Tar Lazio, sortisce un effetto sospensivo *ex lege* sino all'esito della domanda cautelare, salvo che il provvedimento di allontanamento si basi su una precedente decisione giudiziale ovvero sia fondato su motivi di sicurezza dello Stato o su motivi imperativi di pubblica sicurezza (art. 22, d.lgs. n. 30/2007).



Tale notificazione deve avvenire entro trenta giorni dalla ricezione della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva.

Posto che lo *standstill* dura trentacinque giorni, e decorre dall'ultima delle comunicazioni dell'aggiudicazione, l'Amministrazione, fisiologicamente, dovrebbe venire a conoscenza della notificazione del ricorso entro tali trentacinque giorni, e così essere in grado di bloccare ulteriormente la stipulazione del contratto.

Ciò che rileva, per il prodursi di tale effetto, infatti, non è la data in cui si richiede la notificazione (e dunque la data in cui si perfeziona per il notificante), ma la data in cui la notificazione arriva a destinazione (e dunque la data in cui si perfeziona per il suo destinatario).

Per le Amministrazioni statali e altri Enti che fruiscono del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, la notificazione si perfeziona, per regola generale, con la ricezione da parte dell'Avvocatura dello Stato, che è domiciliataria *ex lege*.

E' stata dettata una specifica regola di notificazione, che ha rilevanza non ai fini processuali, ma al solo fine dell'effetto sospensivo in commento.

Si ha dunque una doppia notificazione, di cui una a fini processuali e una a fini sostanziali.

La notifica a fini processuali è quella presso l'Avvocatura dello Stato: alla data di sua partenza occorre avere riguardo per valutare la tempestività del ricorso giurisdizionale. La notifica a soli fini sostanziali è quella presso l'Amministrazione nella sua sede reale: è dal suo arrivo a destinazione che si produce l'effetto sospensivo in esame.⁷

Gli adempimenti operativi a carico delle stazioni appaltanti.

Le stazioni appaltanti devono comunicare tempestivamente e contestualmente l'aggiudicazione definitiva a tutti i candidati indicati nell'art. 79, codice appalti, al fine della decorrenza del termine di *standstill*.

Le ipotesi di deroga allo *standstill* per accordi quadro e sistema dinamico di acquisizione, come anche l'esecuzione d'urgenza nelle procedure senza bando, non hanno concreto spazio applicativo nel settore delle infrastrutture strategiche dove le procedure sono con bando e dove non si utilizzano gli accordi quadro e il sistema dinamico di acquisizione.

Le stazioni appaltanti in tutti i settori, ivi comprese le infrastrutture strategiche, possono utilizzare la deroga per il caso di unico offerente, o unico offerente rimasto in gara, in assenza di contenziosi pendenti.

Le stazioni appaltanti devono monitorare la notifica dei ricorsi giurisdizionali avverso l'aggiudicazione definitiva, e astenersi dallo stipulare il contratto, dopo il decorso del termine di *standstill*, se nel frattempo è stato notificato ricorso giurisdizionale in quanto possono stipulare il contratto dopo il decorso dello *standstill*, se non sono stati proposti tempestivi ricorsi giurisdizionali e devono astenersi dallo stipulare il contratto anche se è palese che il ricorso è proposto a giudice incompetente: infatti l'effetto sospensivo processuale si produce per il solo fatto che è stato notificato un ricorso giurisdizionale

⁷ La norma prescrive che la notifica all'Amministrazione nella sua sede reale non possa avvenire in data anteriore alla notifica presso l'Avvocatura erariale: il che si comprende, perché comunque, non si può produrre un effetto sospensivo se non è validamente promosso un processo, e per promuovere validamente il processo occorre la notifica all'Avvocatura erariale, non sortendo la notifica nella sede reale dell'Amministrazione effetti processuali. Ciò che rileva, è, ovviamente, la data in cui partono le due notificazioni, non la data in cui arrivano a destinazione. Pertanto, la notifica per l'Amministrazione deve partire lo stesso giorno, o in data successiva, alla notifica all'Avvocatura, mentre, se tale condizione è rispettata, non rileva che, in ipotesi, la notifica all'Amministrazione arrivi a destinazione prima della notifica all'Avvocatura. Avendo la notifica all'Amministrazione nella sua sede reale solo un effetto sostanziale, comunque essa in astratto potrebbe avvenire dopo la scadenza del termine di ricorso: tuttavia, se non deriva la decadenza dal ricorso, ne può derivare l'inconveniente che l'Amministrazione stipuli il contratto, essendo scaduto il termine di trentacinque giorni. E in tal caso essa non incorrerebbe in sanzioni per violazione dello *standstill*.



avverso l'aggiudicazione definitiva, accompagnato da domanda cautelare, anche se in ipotesi il ricorso è proposto davanti a giudice incompetente.⁸

Le stazioni appaltanti possono stipulare il contratto anche se in sede di esame della domanda cautelare il giudice si dichiara incompetente, perché tale evento fa cessare l'effetto sospensivo processuale; considerato, però, che il giudizio può essere riproposto davanti al giudice competente, è comunque regola prudenziale, da applicare se possibile, caso per caso, attendere la definizione del giudizio con sentenza, quanto meno di primo grado, per avviare l'esecuzione del contratto.

Le stazioni appaltanti possono, inoltre, stipulare il contratto se in sede di udienza cautelare il giudice fissa l'udienza di merito senza concedere misure cautelari, perché tale evento fa cessare l'effetto sospensivo processuale e se in sede di udienza cautelare il giudice fissa l'udienza di merito e rinvia a tale udienza di merito anche l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, che è da interpretare come implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare; è comunque regola prudenziale, da applicare se possibile, caso per caso, attendere la definizione del giudizio con sentenza, quanto meno di primo grado, per avviare l'esecuzione del contratto.

4. Il nuovo sistema di comunicazioni e avvisi

Nel nuovo sistema di contenzioso sui pubblici appalti introdotto dal d.lgs. n. 53/2010, ancorato ai termini dilatori per la stipulazione del contratto e all'esigenza di una celere definizione della lite, acquista particolare importanza la tempestiva e completa conoscibilità degli atti di gara, in vista dell'attivazione degli strumenti precontenziosi e contenziosi.

Da un lato, dalla comunicazione a tutti i concorrenti dell'aggiudicazione definitiva, decorre, per la stazione appaltante, il termine di *standstill* per la stipulazione del contratto.

Dall'altro lato, dalla ricezione, da parte di ogni singolo concorrente, dell'aggiudicazione definitiva, decorre, per ognuno, il termine di proposizione del ricorso giurisdizionale, e alla proposizione del ricorso giurisdizionale si ricollega l'ulteriore sospensione legale del termine di stipulazione del contratto, fino alla pronuncia del giudice.

E', pertanto, interesse sia della stazione appaltante, che dei concorrenti, che vi siano termini e forme certi di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva e di tutti gli atti di gara rilevanti.

E' stato pertanto novellato l'art. 79, codice appalti, secondo quattro linee portanti:

- a) ampliamento dei destinatari della comunicazione dell'aggiudicazione;
- b) ampliamento degli atti e fatti oggetto di comunicazione;
- c) indicazione dettagliata della forma, delle modalità e del contenuto delle comunicazioni;
- d) imposizione ai concorrenti dell'onere di indicare l'esatto indirizzo, anche elettronico, per la ricezione delle comunicazioni inerenti la gara.

⁸ Le stazioni appaltanti possono, in teoria, stipulare il contratto se vi è la certezza che il ricorso è tardivamente notificato, ma è opportuno comunque sollecitare e attendere una pronuncia giudiziale di tardività e possono stipulare il contratto se il ricorso, in sede cautelare o di merito, è ritenuto infondato, dal giudice di primo grado, perché tali eventi fanno cessare l'effetto sospensivo processuale. stazioni appaltanti possono, in teoria, stipulare il contratto se vi è la certezza che il ricorso è tardivamente notificato, ma è opportuno comunque sollecitare e attendere una pronuncia giudiziale di tardività e possono stipulare il contratto se il ricorso, in sede cautelare o di merito, è ritenuto infondato, dal giudice di primo grado, perché tali eventi fanno cessare l'effetto sospensivo processuale.



Viene ora specificato che oggetto di comunicazione è solo l'aggiudicazione "definitiva", e non quella provvisoria, e che essa va comunicata, oltre che all'aggiudicatario, al concorrente che segue e a tutti coloro che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, compresi i concorrenti esclusi.

In particolare è previsto che la comunicazione deve pervenire anche a:

- a) coloro la cui candidatura sia stata esclusa;
- b) coloro che hanno impugnato il bando o la lettera invito, se le impugnazioni sono ancora pendenti per non essere state definite con pronuncia definitiva (art. 79, co. 5, lett. a), codice appalti, come novellato).

Tale ultima puntualizzazione vale per l'ipotesi in cui chi ha impugnato il bando o la lettera invito non rientri già nel novero dei concorrenti ammessi in gara.

Sotto il secondo profilo, devono essere comunicati, a tutti i soggetti di cui sopra, anche i seguenti fatti e atti:

- a) l'atto di aggiudicazione con la relativa motivazione, ovvero, in alternativa alla motivazione, con i verbali di gara;
- b) la data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto (art. 79, co. 5-ter, codice appalti);
- c) il fatto dell'avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario, con indicazione della relativa data; e tale comunicazione va fatta tempestivamente e comunque non oltre cinque giorni (art. 79, co. 5, lett. b-ter, codice appalti).

Quanto al contenuto delle comunicazioni, la stessa deve essere accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione. La motivazione deve avere il contenuto minimo già indicato nell'art. 79, co. 2, lett. c). L'onere di motivazione può essere assolto anche mediante invio dei verbali di gara e deve anche indicare:

- a) se ci sono atti ad accesso vietato o differito;
- b) l'ufficio presso cui l'accesso può essere esercitato, e i relativi orari.

Quanto alla forma delle comunicazioni, si stabilisce la forma scritta, e la trasmissione con uno dei seguenti mezzi alternativi:

- a) la lettera raccomandata con avviso di ricevimento;
- b) la notificazione;
- c) la posta elettronica, solo se certificata;
- d) il fax solo se l'utilizzo del fax sia espressamente autorizzato dal concorrente (art. 79, co. 5-bis, codice appalti).⁹

Quanto alla modalità delle comunicazioni, se esse hanno ad oggetto l'aggiudicazione definitiva o la stipulazione del contratto, occorre che la comunicazione e la notizia della spedizione siano inviate contestualmente a tutti i destinatari, vale a dire lo stesso giorno.

E' consentita una deroga al principio di contestualità se ricorre un'oggettiva impossibilità di rispettarlo, a causa dell'elevato numero di destinatari, della difficoltà di reperimento degli indirizzi, dell'impossibilità di recapito della posta elettronica o del fax a

⁹ L'invio deve avvenire alternativamente al domicilio eletto, all'indirizzo di posta elettronica, al numero di fax indicato dal destinatario in sede di candidatura o di offerta (art. 79, co. 5-bis, codice).

Allo scopo, il bando o l'avviso con cui si indice la gara, ovvero la lettera invito nelle procedure senza bando, fissano l'obbligo del candidato o concorrente di indicare, all'atto della presentazione della candidatura o dell'offerta, il domicilio eletto per le comunicazioni; tali atti possono anche obbligare il candidato o offerente a indicare l'indirizzo di posta elettronica o il numero di fax al fine dell'invio delle comunicazioni (art. 79, co. 5-quinquies, codice).

Delle forme di comunicazione, si considerano più celeri il fax e la posta elettronica, e più lenti i tradizionali mezzi della posta e della notificazione.

Pertanto, se viene utilizzata la lettera raccomandata o la notificazione, occorre che dell'avvenuta spedizione si dia contestualmente notizia al destinatario mediante fax o posta elettronica, questa volta anche non certificata.



taluno dei destinatari, o altro impedimento oggettivo e comprovato (art. 79, co. 5-*bis*, codice appalti).

5. L'avviso volontario per la trasparenza preventiva

Nella parte del codice appalti dedicata alle comunicazioni e agli avvisi viene inserita la disciplina di un nuovo avviso, quello volontario per la trasparenza preventiva (art. 79-*bis*, codice appalti), il cui scopo è quello di porre la stazione appaltante al riparo dalla privazione di effetti del contratto, quando essa abbia seguito una procedura senza bando (sia essa una procedura negoziata senza bando o un affidamento in economia).

A tal fine la stazione appaltante deve seguire un'articolata procedura che si snoda in tre passaggi.

Il primo passaggio è un atto motivato con cui la stazione appaltante dichiara di ritenere che il diritto comunitario o nazionale consentano di omettere la pubblicazione del bando di gara.

Il secondo passaggio è la pubblicazione dell'avviso volontario per la trasparenza preventiva.

Il terzo passaggio è il rispetto di un termine dilatorio di almeno dieci giorni per la stipulazione del contratto, decorrenti dal giorno successivo a quello di pubblicazione dell'avviso volontario per la trasparenza preventiva.¹⁰

6. Le nuove regole del riparto di giurisdizione correlate al rapporto aggiudicazione - contratto

Tendenzialmente, le controversie sui pubblici appalti, fino alla l. n. 205/2000 e al d.lgs. n. 80/1998, erano state ripartite tra giudice ordinario e giudice amministrativo secondo il generale criterio di riparto tra le due giurisdizioni basato sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi.

In materia di appalti pubblici, si muoveva dalla considerazione, confermata dall'art. 6, l. n. 205/2000 (riprodotto nell'art. 244, d.lgs. n. 163/2006 e poi dall'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a.), che il contratto, una volta stipulato, ha natura di atto negoziale, retto dalle regole del diritto civile, in cui la pubblica amministrazione opera in posizione di parità con il contraente privato: pertanto, le posizioni delle parti dopo la stipulazione del contratto, e inerenti all'esecuzione dello stesso, hanno, di regola, consistenza di diritti soggettivi, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario.

La fase che precede la stipulazione del contratto, volta alla scelta del contraente privato, è, invece, sorretta dalla c.d. evidenza pubblica, cioè dall'insieme di regole procedurali pubblicistiche volte a individuare il contraente privato attraverso il meccanismo della gara,

¹⁰ Quanto a tale ultimo avviso, il suo formato è stabilito, per i contratti di rilevanza comunitaria, dalla Commissione europea secondo la procedura di consultazione di cui all'art. 3-*ter*, par. 2, direttiva 89/665/CEE e di cui all'art. 3-*ter*, par. 2, direttiva 92/13/CEE.

Esso contiene le seguenti informazioni:

a) denominazione e recapito della stazione appaltante;

b) descrizione dell'oggetto del contratto;

c) motivazione della decisione della stazione appaltante di affidare il contratto senza la previa pubblicazione di un bando di gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia;

d) denominazione e recapito dell'operatore economico a favore del quale è avvenuta l'aggiudicazione definitiva;

e) se del caso, qualunque altra informazione ritenuta utile dalla stazione appaltante.



che mira a rendere la scelta dell'amministrazione rispettosa dei principi di trasparenza, concorrenza, *par condicio*.

Nella fase dell'evidenza pubblica, retta da norme pubblicistiche, e in cui l'amministrazione opera come pubblica autorità, e non *iure privatorum*, le situazioni soggettive dei privati interessati hanno natura di interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo.¹¹

Il carattere "esclusivo" della giurisdizione del giudice amministrativo comporta che le procedure di affidamento spettano a detto giudice a prescindere dalla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, e la giurisdizione del giudice amministrativo sussiste pure nel caso in cui si verta in tema di diritti soggettivi, e, segnatamente, di controversie risarcitorie inerenti la fase di affidamento dei lavori, servizi, forniture.¹²

L'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006) (come già l'art. 6, l. n. 205/2000), prevede la giurisdizione esclusiva ancorandola a principi di diritto amministrativo sostanziale, sia di carattere oggettivo che di carattere soggettivo.

La giurisdizione esclusiva sussiste solo se concorrono i presupposti oggettivi e soggettivi, vale a dire solo se, cumulativamente:

- vi sia una procedura di affidamento di lavori, servizi o forniture, o di scelta del socio;
- la procedura di affidamento o di scelta del socio sia posta in essere da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, al rispetto del diritto comunitario, o delle procedure di evidenza pubblica delineate dal diritto interno, nazionale o regionale.

Sotto il profilo soggettivo, vengono in considerazione le procedure di affidamento poste in essere dai soggetti tenuti al rispetto del d.lgs. n. 163 del 2006, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, vale a dire le categorie rientranti nelle nozioni di stazioni appaltanti, amministrazioni aggiudicatrici, soggetti aggiudicatori, enti aggiudicatori.¹³

La giurisdizione esclusiva riguarda tutti i settori dei pubblici contratti c.d. passivi, vale a dire:

- lavori;
- servizi.

¹¹ L'art. 6, l. n. 205/2000 ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale (art. 6, co. 1, l. n. 205/2000).

La norma è stata trasfusa in un primo momento nell'art. 244 del codice dei contratti pubblici, che affida al giudice amministrativo anche le cause risarcitorie inerenti le procedure di affidamento, nonché il contenzioso sulla revisione prezzi.

In seguito, il contenuto dell'art. 244 è stato trasferito nel codice del processo amministrativo (art. 133, co. 1, lett. e), d.lgs. n. 104/2010, o c.p.a.), con effetto dal 16 settembre 2010, e nell'art. 244 del codice dei contratti pubblici è stata introdotta una norma di coordinamento e rinvio del seguente tenore: "il codice del processo amministrativo individua le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di contratti pubblici".

¹² Rispetto all'art. 33, d.lgs. n. 80/1998, l'art. 6, l. n. 205/2000 e ora l'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244 codice degli appalti), hanno un ambito applicativo più esteso sotto molteplici profili:

- l'art. 33, secondo l'interpretazione che è prevalsa e che appare preferibile, prevedeva la giurisdizione esclusiva solo sugli appalti "strumentali" ai pubblici servizi, e dunque non sulla totalità dei pubblici appalti; invece l'art. 6 si riferisce a tutte le procedure di affidamento, e non solo agli appalti strumentali ai servizi pubblici;

- l'art. 33 si riferiva solo alle procedure di affidamento "di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture", mentre l'art. 6 si riferisce alle "procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture", e dunque non solo agli appalti, ma ad ogni sistema di affidamento, ivi compresi concessioni, *project financing*, *general contractor*;

- l'art. 6 si riferisce pure alle procedure di scelta del socio, oltre che a quelle di scelta del contraente.

¹³ Si tratta non solo di soggetti pubblici o ad essi equiparabili (p.es. l'organismo di diritto pubblico), ma anche, a determinate condizioni o entro certi limiti, di soggetti formalmente privati (società pubbliche) o sostanzialmente privati (concessionari, privati che eseguono opere o servizi con finanziamento pubblico superiore al 50%; privati che eseguono opere di urbanizzazione a scomputo; imprese pubbliche, soggetti che fruiscono di diritti speciali o esclusivi).



- forniture (art. 3, d.lgs. n. 163/2006);
- appalti misti (art. 14, d.lgs. n. 163/2006).
- servizi di progettazione (rientranti nel genus appalti di servizi) (artt. 90 e ss., d.lgs. n. 163/2006);
- lavori, servizi, forniture nei settori esclusi (art. 206 ss. d.lgs. n. 163/2006, già d.lgs. n. 158/1995);
- lavori e gestione in relazione ad infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale (artt. 161 ss. d.lgs. n. 163/2006, già d.lgs. n. 190/2002);
- appalti di lavori pubblici concernenti beni culturali (art. 197 ss., d.lgs. n. 163/2006, già d.lgs. n. 30/2004).

Per quanto riguarda i servizi, posto che l'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006) si riferisce alle procedure di affidamento, e ai servizi, senza utilizzare l'espressione "appalto", la giurisdizione esclusiva si estende all'affidamento delle concessioni di servizi pubblici.

La soluzione è coerente con la scelta operata dal codice, di dettare regole unitarie per gli appalti indipendentemente dal limite di importo comunitario; sarebbe stata infatti di difficile comprensibilità, sul piano della ragionevolezza e della costituzionalità, l'opposta soluzione che, a parità di regole di evidenza e di interessi da tutelare, discriminasse gli appalti interni escludendoli dalle nuove regole in punto di risarcimento e concentrazione giurisdizionale.

Diversamente dalle direttive comunitarie, volte a diversificare il regime giuridico degli appalti - tanto di lavori, quanto di forniture e servizi - in considerazione di determinate soglie applicative individuate dalle stesse fonti normative di livello europeo sulla base degli importi da aggiudicare - il codice detta una disciplina uniforme per i contratti sotto e sopra soglia.

Il codice dei contratti dispone in termini generali che l'aggiudicazione definitiva non equivale, per la stazione appaltante, ad accettazione dell'offerta (art. 11, co. 7, codice), sicché è sempre necessaria la successiva stipulazione.

Pertanto il rifiuto di stipulare si colloca sempre nell'ambito della procedura di affidamento, che termina solo con la stipulazione del contratto, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo.

Per quanto riguarda, in particolare, gli atti di ritiro dell'aggiudicazione (quali annullamento, decadenza, revoca), gli stessi danno luogo ad una forma di autotutela esterna al contratto di appalto, che incide sul provvedimento conclusivo della procedura di evidenza pubblica.

Sicché, mentre gli atti di autotutela che incidono direttamente sul contratto (recesso, risoluzione) sono atti privatistici, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario, gli atti di autotutela che incidono a monte sull'aggiudicazione, e di riflesso sul contratto, hanno natura pubblicistica, e rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo.

Alla luce dell'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006), anche la giurisdizione sugli atti di autotutela che incidono sull'aggiudicazione deve essere considerata esclusiva.

La giurisdizione esclusiva sulle procedure di affidamento riguarda pure gli atti di secondo grado che su tali procedure incidono, quali sono, appunto, gli atti di ritiro.

Si configura la tipica (nel diritto amministrativo) connessione tra un provvedimento autoritativo e un contratto privatistico.¹⁴

In tal caso la connessione tra provvedimento e contratto, il carattere autoritativo del primo e paritetico del secondo, l'interesse pubblico perseguito nel complesso con entrambi gli atti, comportano che:

- il provvedimento autoritativo costituisce il presupposto del contratto, sicché la caducazione o il ritiro del primo si riverberano di regola, e salve espresse eccezioni normative (v. art. 246, co. 4, codice appalti, in cui è stato trasfuso l'art. 14, co. 2, d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190, per le infrastrutture strategiche e gli insediamenti produttivi) sulla sopravvivenza del secondo;
- in relazione al provvedimento autoritativo l'amministrazione può esercitare poteri di autotutela pubblicistica (atti di ritiro: annullamento, revoca, decadenza, e simili);
- il ritiro, in via di autotutela, del provvedimento autoritativo che costituisce il presupposto del contratto, incide sulla sopravvivenza del contratto medesimo (non interessa, in questa sede, stabilire se il contratto diventa annullabile o risolubile);
- nell'ambito del contratto, l'amministrazione si trova in posizione paritaria con l'altro contraente, sicché può utilizzare strumenti di autotutela privatistici.¹⁵

L'art. 244, c. 1, codice appalti, conferma nella sostanza il criterio tendenziale di riparto di giurisdizione in materia di pubblici appalti, già elaborato dalla precedente giurisprudenza, attribuendo al giudice amministrativo le controversie che insorgono nella fase di scelta del contraente, prima della stipulazione del contratto, e lasciando al giudice ordinario le controversie che insorgono nella fase di esecuzione dell'appalto, dopo la stipulazione dello stesso.

L'attribuzione al giudice ordinario delle controversie relative alla fase di esecuzione dell'appalto si fonda sulla considerazione che tali liti incidono su diritti soggettivi.

¹⁴ Ne sono esempi:

- la c.d. concessione – contratto, in cui vi è un provvedimento autoritativo di concessione, che regola l'affidamento del servizio, e un contratto civilistico, che regola lo svolgimento del rapporto;

- l'appalto pubblico, in cui vi è il provvedimento autoritativo di aggiudicazione, volto a selezionare l'offerente e l'offerta, e il contratto di appalto, che regola l'esecuzione dell'opera, servizio, o fornitura.

¹⁵ La direttiva ricorsi disciplina la sorte del contratto in funzione della gravità delle violazioni commesse dalla stazione appaltante, violazioni che vengono distinte in violazioni gravi, meno gravi, non gravi.

La direttiva impone che il contratto sia considerato privo di effetti nel caso delle più gravi violazioni, vale a dire quando:

a) l'aggiudicazione di un appalto è avvenuta senza previa pubblicazione del bando, laddove la pubblicazione del bando sia imposta dal diritto comunitario;

b) la stazione appaltante ha violato lo *standstill* o l'effetto sospensivo automatico, se tale violazione si aggiunge a violazioni sostanziali delle procedure di gara, e abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto;

c) il contratto è stato aggiudicato a seguito di accordo quadro o sistema dinamico di acquisizione, violando le relative procedure.

In tali casi la privazione di effetti del contratto è in linea di principio doverosa, e secondo la direttiva può essere prevista direttamente dalle legislazioni nazionali, o demandata dalle legislazioni nazionali ad una pronuncia di un giudice.

Tuttavia, anche nel caso di violazioni gravi:

a) gli Stati membri possono demandare all'organo che decide il ricorso di non privare di effetti il contratto, se ciò appaia necessario per esigenze imperative connesse ad un interesse generale; in tal caso si applicano sanzioni alternative;

b) inoltre gli Stati membri possono scegliere se la privazione di effetti è retroattiva o limitata agli effetti che si devono ancora produrre (*ex nunc*), in questo secondo caso applicando sanzioni alternative.

Se la violazione riguarda lo *standstill* o l'effetto sospensivo automatico, ma non ha impedito la tutela giurisdizionale, e non si somma violazioni sostanziali del procedimento di aggiudicazione (nel senso che l'aggiudicazione è legittima), la violazione è considerata meno grave, per cui gli Stati membri possono scegliere tra la privazione di effetti del contratto e le sanzioni alternative, o lasciare tale scelta al giudice.

Se, infine, non vi sono violazioni inerenti la pubblicità dei bandi, lo *standstill* o l'effetto sospensivo, ma solo violazioni inerenti il procedimento di aggiudicazione, esse sono considerate violazioni non gravi, per cui la scelta in ordine alla sorte del contratto è lasciata al legislatore nazionale, e non si applicano le sanzioni alternative.

Le sanzioni alternative non si identificano con il risarcimento del danno, e possono essere o pene pecuniarie o riduzioni della durata del contratto, purché siano effettive, proporzionate, e dissuasive.



Rientrano in particolare nella fase di esecuzione dell'appalto, e dunque nella giurisdizione del giudice ordinario:

- le controversie relative ai pagamenti delle prestazioni oggetto del contratto, e tanto anche nel caso di appalti di progettazione e incarichi di progettazione in genere.
- le controversie inerenti la risoluzione del contratto conseguente alla perdita della qualificazione S.O.A., con conseguente giurisdizione del giudice ordinario;
- le controversie relative all'accertamento della durata del rapporto contrattuale.

Tale soluzione viene tenuta ferma nel vigore dell'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006).¹⁶

7. Il rito speciale in materia di procedure di affidamento di appalti e servizi pubblici

Una particolare importanza assumono nel codice del processo amministrativo le disposizioni che riprendono (e in parte riscrivono) le regole del rito speciale in materia di appalti pubblici, recentemente introdotte dal d. lgs. n. 53 del 2010.

Aderendo all'esigenza di omogeneità del sistema, il Codice di rito prevede l'applicazione anche al nuovo contenzioso sugli appalti del rito accelerato ordinario disciplinato dall'art. 119, con la sola eccezione dei termini per la notificazione del ricorso di primo grado e dei motivi aggiunti (tanto contro provvedimenti già impugnati, quanto contro provvedimenti nuovi), che viene, eccezionalmente, fissato in trenta giorni contro i sessanta ordinari espressamente confermati dall'art. 119 anche per il rito accelerato "comune a particolari materie".

Con riferimento a quest'ultimo modello processuale, si segnalano, rispetto alla disciplina prevista dall'art. 23 *bis* della legge n. 1034 del 1971, i nuovi termini per

¹⁶ Dubbi residuano quanto alla giurisdizione sulla risoluzione per reati accertati e venir meno dei requisiti di qualificazione, che esulano dal concetto di inadempimento e sono piuttosto riconducibili ad una decadenza pubblicistica per sopravvenuto difetto di requisiti. Con la recente sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 391 dell'11 gennaio 2011 si sono affermati i seguenti principi: "Secondo la giurisprudenza costante di queste Corti: A) Nelle procedure connotate da concorsualità aventi ad oggetto la conclusione di contratti da parte della p.a. spetta al giudice amministrativo la cognizione dei comportamenti ed atti assunti prima della aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, tra tali atti essendo compreso anche quello di revoca della aggiudicazione stessa (principio formulato nella sentenza n. 27169/07 e confermato nelle successive decisioni n. 10443/08, n. 19805/08 e n. 20596/08). B) La giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice dei diritti (in tal senso la sentenza n. 20596/08 già richiamata), diviene pienamente operativa nella successiva fase contrattuale afferente l'esecuzione del rapporto, fase aperta dalla stipula, nella quale si è entrati a seguito della conclusione - con l'aggiudicazione - di quella pubblicistica: "in questa seconda fase, pur strettamente connessa con la precedente, e ad essa consequenziale, che ha inizio con l'incontro delle volontà delle parti per la stipulazione del contratto, e prosegue con tutte le vicende in cui si articola la sua esecuzione, infatti, i contraenti - p.a. e privato - si trovano in una posizione paritetica e le rispettive situazioni soggettive si connotano del carattere, rispettivamente, di diritti soggettivi ed obblighi giuridici a seconda delle posizioni assunte in concreto. Sicché è proprio la costituzione di detto rapporto giuridico di diritto comune a divenire l'altro spartiacque fra le due giurisdizioni, quale primo atto appartenente a quella ordinaria, nel cui ambito rientra con la disciplina posta dall'art. 1321 c.c., e segg.; e che perciò comprende non soltanto quella positiva sui requisiti (art. 1325 c.c., e segg.) e gli effetti (art. 1372 c.c., e segg.), ma anche l'intero spettro delle patologie ed inefficacie negoziali, siano esse inerenti alla struttura del contratto, siano esse estranee e/o alla stessa sopravvenute" (così la sentenza n. 27169/07 di queste S.U. e poi Cass. S.U. 17/12/2008, n. 29425; 13/03/2009, n. 6068; 29/08/2008, n. 21928; 18/07/2008, n. 19805; 23/04/2008, n. 10443). C) Fa evidente eccezione al principio della generale devoluzione al giudice ordinario delle controversie correlate ad un rapporto giuridico già costituito (ipotesi del recesso dell'appaltante ai sensi del D.P.R. n. 252 del 1998, art. 11, commi 2 e 3, (recesso fondato sulla acquisizione della informativa prefettizia sul sospetto di infiltrazioni mafiose nei riguardi dell'impresa appaltatrice, quand'anche già stipulante): detto potere di recesso, del tutto alternativo a quello generale di cui alla L. n. 2248 del 1865, art. 345, all. F, è infatti espressione di un irrinunciabile potere autoritativo di valutazione discrezionale dei requisiti del contraente a fronte del quale l'appaltatore - contraente gode della posizione dell'interesse legittimo azionabile innanzi al giudice amministrativo (in tal senso le sentenze di queste Sezioni Unite n. 21928 e n. 28345 del 2008). D) Conseguentemente, una volta stipulato il contratto, la revoca dell'aggiudicazione effettuata per sopravvenuti motivi di opportunità, rientra nell'ambito del generale potere contrattuale di recesso (previsto, per i contratti di appalto di opere pubbliche, dalla L. n. 2248 del 1865, art. 345, all. F), sul cui esercizio sussiste la giurisdizione del giudice ordinario. (Cass. Sez. Unite, 17/12/2008, n. 29425; 13/03/2009, n. 6068; 29/08/2008, n. 21928; 18/07/2008, n. 19805)".



l'impugnazione delle sentenze (con l'espressa precisazione dell'irrelevanza della omessa impugnazione del dispositivo ai fini della successiva richiesta di sospensione) e l'espressa indicazione dei termini di appello delle ordinanze, nonché la modifica dei presupposti per la concessione delle misure cautelari e l'abolizione dei termini di deposito delle memorie e dei documenti a decorrere dall'ordinanza che fissa il merito e la necessità di un'espressa richiesta per la pubblicazione del dispositivo (non operante per il contenzioso appalti).

L'art. 119 del codice del processo amministrativo sostituisce l'art. 23 *bis* della legge n. 1034 del 1971, disciplinando il rito abbreviato comune a determinate materie.

Le disposizioni si applicano nei giudizi aventi ad oggetto le controversie relative, tra l'altro, a:

“a) i provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, salvo quanto previsto dagli articoli 120 e seguenti; b) i provvedimenti adottati dalle Autorità amministrative indipendenti, con esclusione di quelli relativi al rapporto di servizio con i propri dipendenti; c) i provvedimenti relativi alle procedure di privatizzazione o di dismissione di imprese o beni pubblici, nonché quelli relativi alla costituzione, modificazione o soppressione di società, aziende e istituzioni da arte degli enti locali”.....“l) le controversie comunque attinenti alle procedure e ai provvedimenti della pubblica amministrazione in materia di impianti di generazione di energia elettrica di cui al decreto legge 7 febbraio 2002, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2003, n. 55, comprese quelle concernenti la produzione di energia elettrica da fonte nucleare, i rigassificatori, i gasdotti di importazione, le centrali termoelettriche di potenza termica superiore a 400 MW nonché quelle relative ad infrastrutture di trasporto ricomprese o da ricomprendere nella rete di trasmissione nazionale o rete nazionale di gasdotti....”.

Una peculiarità di detto rito è che tutti i termini processuali ordinari sono dimezzati.

Fanno eccezione al dimezzamento, nei giudizi di primo grado, i termini per la notificazione (salvo quanto previsto dall'art. 120 c.p.a. per l'impugnazione degli atti di gara di appalti pubblici):

- del ricorso introduttivo;
- del ricorso incidentale;
- dei motivi aggiunti.

Non si dimezzano i termini di cui all'articolo 62, comma 1, per l'impugnazione delle ordinanze cautelari per cui è ammesso appello al Consiglio di Stato, da proporre nel termine di trenta giorni dalla notificazione dell'ordinanza, ovvero di sessanta giorni dalla sua pubblicazione.

Si dimezzano, invece, i termini per il deposito del ricorso (principale ed incidentale) e dei motivi aggiunti.

Come ormai pacificamente e unanimemente ritenuto in giurisprudenza, il dimezzamento dei termini di cui sopra (precedentemente previsto dall'art. 23-*bis* l. TAR e ribadito dal codice di rito si applica anche al termine di deposito dell'appello.¹⁷

La dimezzazione dei termini processuali prevista adesso dall'art. 119 concerne solo l'impugnazione di atti amministrativi e non i giudizi risarcitori.

Salva la pronuncia di sentenza in forma semplificata, il tribunale amministrativo regionale chiamato a pronunciare sulla domanda cautelare:

¹⁷ Cfr. Cons. Stato, Ad. Pl., 31 maggio 2002, n. 5; Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 2007, n. 389.



- accerta la completezza del contraddittorio ovvero dispone l'integrazione dello stesso;
- se ritiene, a un primo sommario esame, la sussistenza di profili di fondatezza del ricorso e di un pregiudizio grave e irreparabile, fissa con ordinanza la data di discussione del merito alla prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza, disponendo altresì il deposito dei documenti necessari e l'acquisizione delle eventuali altre prove occorrenti;
- fissa la data di svolgimento dell'udienza in caso di rigetto dell'istanza cautelare da parte del tribunale amministrativo regionale, ove il Consiglio di Stato riformi l'ordinanza di primo grado (in tale ipotesi, il termine di trenta giorni decorre dalla data di ricevimento dell'ordinanza da parte della segreteria del tribunale amministrativo regionale, che ne dà avviso alle parti). L'obbligo per il giudice di fissare i termini per il deposito di atti di memorie è correlato alla fissazione dell'udienza nel termine previsto dalla norma predetta, che deve ritenersi avere carattere ordinatorio; conseguentemente, in caso di fissazione dell'udienza oltre il termine predetto, i depositi di documenti, memorie e repliche vanno effettuati nei termini dimezzati previsti in via generale.

Con l'ordinanza cautelare, in caso di estrema gravità ed urgenza, il tribunale amministrativo regionale o il Consiglio di Stato possono disporre le opportune misure cautelari.

Al procedimento cautelare si applicano le disposizioni del Titolo II del Libro II, in materia di misure cautelari (tutela cautelare collegiale, monocratica interinale e ante causam).

Innovativa è la norma che rende facoltativa la pubblicazione del dispositivo quando almeno una delle parti, nell'udienza di discussione, dichiara di avere interesse alla pubblicazione anticipata del dispositivo rispetto alla sentenza e la dichiarazione della parte è attestata nel verbale d'udienza (fa eccezione il rito in materia di appalti disciplinato dall'art. 120 che rende obbligatorio detto adempimento).

In tal caso il dispositivo è pubblicato mediante deposito in segreteria, non oltre sette giorni dalla decisione della causa.

Il termine, pertanto, non decorre dall'udienza (pubblica o camerale) di discussione, ma dalla camera di consiglio di decisione.

La parte può chiedere al Consiglio di Stato la sospensione dell'esecutività del dispositivo, proponendo appello entro trenta giorni dalla relativa pubblicazione, con riserva dei motivi da proporre entro trenta giorni dalla notificazione della sentenza ovvero entro tre mesi dalla sua pubblicazione.

La mancata richiesta di sospensione dell'esecutività del dispositivo non preclude la possibilità di chiedere la sospensione dell'esecutività della sentenza dopo la pubblicazione dei motivi.

Anche le predette disposizioni si applicano anche nei giudizi di appello, revocazione e opposizione di terzo.

L'articolo 120 detta disposizioni integrative specifiche rispetto a quella contenuta all'articolo 119, limitatamente all'impugnazione degli atti delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a pubblici lavori, servizi o



forniture, nonché i connessi provvedimenti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Il rito accelerato si deve applicare quando la domanda proposta in giudizio, è rientrante tra quelli di cui sopra non abbia ad oggetto esclusivamente il risarcimento del danno, ma riguardi anche l'annullamento di atti amministrativi.

Detti provvedimenti sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente (escludendosi la proposizione del ricorso straordinario).¹⁸

La peculiarità più rilevante riguarda il termine per l'impugnazione degli atti delle procedure di affidamento, muovendosi dal principio affermato dalla Corte costituzionale secondo cui la riduzione a metà del termine entro il quale proporre ricorso, in materia di opere pubbliche, non importa modalità di esercizio così gravose da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio della difesa e lo svolgimento della connessa attività processuale; del resto varie norme vigenti dispongono nel senso della riduzione dei termini per instaurare giudizi amministrativi (Corte costituzionale 10 novembre 1999 numero 427).

Appare dubbio se la riduzione del termine per impugnare riguardi anche la proposizione del ricorso incidentale, non espressamente menzionato.

I termini per l'impugnazione sono fissati in maniera differenziata in relazione al rispetto da parte dell'amministrazione pubblica della disciplina contenuta nella direttiva ricorsi e recepite nell'ordinamento nazionale con il decreto legislativo numero 53 del 2010.

Nel caso in cui sia mancata la pubblicità del bando, il ricorso non può comunque essere più proposto decorsi trenta giorni dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva di cui all'articolo 65 e all'articolo 225 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, a condizione che tale avviso contenga la motivazione dell'atto con cui la stazione appaltante ha deciso di affidare il contratto senza previa pubblicazione del bando.

L'art. 65 del codice dei contratti, recependo nell'ordinamento nazionale l'art. 35, paragrafo 4, e art. 36, paragrafo 1, direttiva 2004/18), ha previsto che le stazioni appaltanti che hanno aggiudicato un contratto pubblico o concluso un accordo quadro inviano un avviso relativo ai risultati della procedura di aggiudicazione, entro quarantotto giorni dall'aggiudicazione del contratto o dalla conclusione dell'accordo quadro.

L'articolo 225 del codice dei contratti, invece, recependo l'art. 43, della direttiva 2004/17, dispone che gli enti aggiudicatori che abbiano aggiudicato un appalto o concluso un accordo quadro inviano un avviso relativo all'appalto aggiudicato entro due mesi

¹⁸ L'art. 243-bis. del Codice dei contratti disciplina l'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale disponendo che nelle materie di cui all'articolo 244, comma 1, i soggetti che intendono proporre un ricorso giurisdizionale informano le stazioni appaltanti della presunta violazione e della intenzione di proporre un ricorso giurisdizionale. L'informazione è fatta mediante comunicazione scritta e sottoscritta dall'interessato, o da un suo rappresentante, che reca una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio, salva in ogni caso la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi o ulteriori. L'interessato può avvalersi dell'assistenza di un difensore. La comunicazione può essere presentata fino a quando l'interessato non abbia notificato un ricorso giurisdizionale. L'informazione è diretta al responsabile del procedimento. La comunicazione prevista dal presente comma può essere effettuata anche oralmente nel corso di una seduta pubblica della commissione di gara ed è inserita nel verbale della seduta e comunicata immediatamente al responsabile del procedimento a cura della commissione di gara.

La stazione appaltante, entro quindici giorni dalla comunicazione del preavviso di ricorso comunica le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. L'inerzia equivale a diniego di autotutela. L'omissione della comunicazione e l'inerzia della stazione appaltante costituiscono comportamenti valutabili, ai fini della decisione sulle spese di giudizio, nonché ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile.

Il diniego totale o parziale di autotutela, espresso o tacito, è impugnabile solo unitamente all'atto cui si riferisce, ovvero, se quest'ultimo è già stato impugnato, con motivi aggiunti.



dall'aggiudicazione dell'appalto o dalla conclusione dell'accordo quadro e alle condizioni dalla Commissione europea.

Se sono omessi gli avvisi o le informazioni di cui sopra oppure se essi non sono conformi alle prescrizioni ivi contenute, il ricorso non può comunque essere proposto decorsi sei mesi dal giorno successivo alla data di stipulazione del contratto.

Per l'impugnazione degli atti della procedura di gara il ricorso e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

Le stazioni appaltanti, in applicazione della norma predetta, sono tenute ad informare tempestivamente i candidati e gli offerenti delle decisioni prese riguardo alla conclusione di un accordo quadro, all'aggiudicazione di un appalto, o all'ammissione in un sistema dinamico di acquisizione, ivi compresi i motivi della decisione di non concludere un accordo quadro, ovvero di non aggiudicare un appalto per il quale è stata indetta una gara, ovvero di riavviare la procedura, ovvero di non attuare un sistema dinamico di acquisizione.

Giova ricordare inoltre che la Corte giustizia CE, con la sentenza della sez. III, 28 gennaio 2010 n. 406 ha affermato il principio secondo il quale l'art. 1, n. 1, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, esige che il termine per proporre un ricorso diretto a far accertare la violazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici ovvero ad ottenere un risarcimento dei danni per la violazione di detta normativa decorra dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della violazione stessa.

L'onere di immediata impugnazione del bando di concorso (o di gara) è strettamente riconnesso alla contestazione di clausole riguardanti requisiti soggettivi di partecipazione, ostative all'ammissione dell'interessato, o al più impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, laddove siano assimilabili, per struttura e modo di operare, a quelle concernenti i requisiti soggettivi; va invece escluso un siffatto onere nei riguardi di ogni altra clausola dotata solo di astratta e potenziale lesività, la cui idoneità a produrre una concreta ed attuale lesione può essere valutata unicamente all'esito, non scontato, della medesima procedura e solo in caso in cui tale esito sia negativo per l'interessato.

Quando è impugnata l'aggiudicazione definitiva, se la stazione appaltante fruisce del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, il ricorso è notificato, oltre che presso detta Avvocatura, anche alla stazione appaltante nella sua sede reale, in data non anteriore alla notifica presso l'Avvocatura, e al solo fine dell'operatività della sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto.

Salvo che il giudizio non sia immediatamente definito con sentenza in forma semplificata adottata nella camera di consiglio fissata per la trattazione della domanda cautelare, ai sensi dell'articolo 60, l'udienza di merito, ove non indicata dal collegio ai sensi dell'articolo 119, comma 3 con l'ordinanza che esamina la domanda cautelare, è immediatamente fissata d'ufficio con assoluta priorità; e ciò a prescindere dall'accoglimento della domanda cautelare.



I nuovi atti attinenti la medesima procedura di gara devono essere impugnati con ricorso per motivi aggiunti.

Viene meno, pertanto la facoltatività della impugnazione con ricorso autonomo prevista in via ordinaria.

Il giudice decide interinalmente sulla domanda cautelare, anche se ordina adempimenti istruttori, se concede termini a difesa, o se solleva o vengono proposti incidenti processuali.

La norma predetta trova ragione di essere nell'esigenza di evitare che richieste di rinvio (ad esempio per proposizione di ricorso incidentale, motivi aggiunti o incidenti del processo) possano incidere sul principio della necessità che la fase cautelare venga definita in tempi certi.

Il dispositivo del provvedimento con cui il tribunale amministrativo regionale definisce il giudizio è pubblicato entro sette giorni dalla data della sua deliberazione.

Quindi non è rimessa alla valutazione delle parti la scelta di pubblicazione del dispositivo.

Si ribadisce che si accentua il principio che tutti gli atti di parte e i provvedimenti del giudice devono essere sintetici e la sentenza è redatta, ordinariamente, nelle forme di cui all'articolo 74 con la sentenza redatta in forma semplificata.

L'articolo 74 del codice di rito prevede che nel caso in cui ravvisi la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso, il giudice decide con sentenza in forma semplificata.

La motivazione della sentenza può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente conforme.

Ulteriori disposizioni processuali per le controversie relative a infrastrutture strategiche vengono introdotto dall'articolo 125 del codice del processo amministrativo, per cui nei giudizi che riguardano le procedure di progettazione, approvazione, e realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi e relative attività di espropriazione, occupazione e asservimento, di cui alla parte II, titolo III, capo IV del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, trovano applicazione le norme predette in materia di impugnazione delle procedure di gara ad eccezione dell'articolo 122 che disciplina il rapporto tra l'annullamento dell'aggiudicazione e la efficacia del contratto.¹⁹

In via derogatoria è, infatti, previsto che in sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto:

- delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi;
- del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera.

Ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure.

¹⁹ La norma si riferisce alla progettazione, l'approvazione dei progetti e la realizzazione delle infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale, nonché l'approvazione secondo quanto previsto dall'articolo 179 dei progetti degli insediamenti produttivi strategici e delle infrastrutture strategiche private di preminente interesse nazionale, individuati a mezzo del programma di cui al comma 1 dell'articolo 1 della legge 21 dicembre 2001, n. 443. Nell'ambito del programma predetto sono, altresì, individuate, con intese generali quadro tra il Governo e ogni singola regione o provincia autonoma, le opere per le quali l'interesse regionale è concorrente con il preminente interesse nazionale. Per tali opere le regioni o province autonome partecipano, con le modalità indicate nelle stesse intese, alle attività di progettazione, affidamento dei lavori e monitoraggio, in accordo alle normative vigenti e alle eventuali leggi regionali allo scopo emanate. Rimangono salve le competenze delle province autonome di Trento e Bolzano previste dallo statuto speciale e relative norme di attuazione.



Ferma restando l'applicazione degli articoli 121 (“Inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni”) e 123 (“Sanzioni alternative”, al di fuori dei casi in essi contemplati la sospensione e l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente).

Si applica l'articolo 34, comma 3 per cui quando nel corso del giudizio l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori.

L'art. 246, comma 4, del Codice dei contratti di cui al d.lg. n. 163 del 2006 e successive modificazioni, che nel caso di annullamento dell'aggiudicazione preclude la caducazione del contratto, è disposizione eccezionale applicabile solo agli interventi relativi alle infrastrutture strategiche e agli insediamenti produttivi di interesse nazionale, individuati a mezzo del programma di cui all'art. 1, l. 21 dicembre 2001 n. 443, non essendo sufficiente per la sua applicazione ad ipotesi diverse una analoga esigenza di speditezza della procedura.

8. Sorte del contratto ed annullamento dell'aggiudicazione nella disciplina del CPA

Il codice dei contratti nella sua versione originaria non affrontava espressamente la questione della sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione.²⁰

Solo con la novella recata dal decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi, è stata espressamente sancita la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulla sorte del contratto, e ne è stata data una disciplina sostanziale volta a chiarire quando il contratto deve essere “caducato” e quando può, invece, essere mantenuto.

²⁰ Con riguardo alla sorte del contratto erano emerse varie ipotesi.

Secondo un primo orientamento della Corte di Cassazione (Cass. 8 maggio 1996, n. 4269; 28 marzo 1996, n. 2842; 21 febbraio 1995, n. 1885; 7 aprile 1989, n. 1682.) i vizi del procedimento amministrativo che precede, accompagna o segue il compimento dell'attività negoziale della p.a. o incidono semplicemente sulla efficacia del negozio ovvero al massimo ne provocano la semplice annullabilità relativa, rilevabile, cioè, esclusivamente ad iniziativa della stessa p.a., conformemente a quanto previsto dall'art. 1441 cod. civ.; salvo che non sia ravvisabile un vizio di incompetenza tanto rilevante da assumere il carattere dello straripamento di potere e da determinare l'invasione dell'attività di un organo nella sfera dei poteri esclusivi di un altro organo ovvero l'uso di poteri non configurabili in relazione all'organo che abbia irregolarmente agito, nel qual caso il contratto è nullo e non semplicemente annullabile. Alla luce dei suesposti principi giurisprudenziali, l'intervenuta stipulazione del contratto, avendo determinato in capo ai contraenti il sorgere di posizioni giuridiche di diritto soggettivo, impedirebbe che l'annullamento degli atti di gara presupposti produca effetti direttamente caducanti sul rapporto contrattuale. Spetterebbe, quindi, alla stazione appaltante chiedere dinanzi al giudice ordinario competente l'annullamento del contratto de quo.

Secondo altra soluzione occorre verificare se gli atti del procedimento l'evidenza pubblica incidano sulla stessa validità della formazione del consenso negoziale dell'Amministrazione, determinandone la nullità (o, addirittura, l'esistenza stessa dell'accordo) anziché ripercuotersi in negativo sulla sua legittimazione al contratto, comportandone la sola annullabilità. La conseguenza sarebbe che, in caso di nullità (o inesistenza), ciascuna delle parti contraenti e gli stessi terzi, oltre che il giudice *ex officio*, possono farla valere o rilevarla; in caso di annullabilità, invece, (come sopra rilevato) la possibilità di farla valere in giudizio o di eccepirla, competerebbe alla sola Amministrazione, nel cui interesse esclusivo la normativa sull'evidenza pubblica è predisposta. La tesi della nullità è sostenuta da una risalente giurisprudenza del Consiglio di Stato (17 dicembre 1934, n. 413) ed è quella che sembrava più rispondente alla tutela della controparte privata e degli stessi terzi rimasti estranei al contratto, oltre che quella che meglio si addice a spiegare il rapporto tra atti di sequenza procedimentale (volti a garantire la rituale formazione della volontà negoziale della parte pubblica) ed il contratto stipulato all'esito del suo svolgimento.

L'effetto caducante derivante dall'annullamento dell'aggiudicazione si riteneva essere quello che, oltre a soddisfare integralmente le ragioni del ricorrente in ossequio al precetto costituzionale di cui all'art. 24 Cost., meglio garantisce l'applicazione del principio concorrenziale sotteso alla disciplina comunitaria concernente le procedure di scelta del contraente delle pubbliche amministrazioni, impedendo che ad eventuali violazioni delle regole dell'evidenza corrisponda una risposta inefficace dell'ordinamento, tenuto conto della sostanziale impermeabilità che la teorica dell'efficacia viziante attribuisce al contratto di fronte all'annullamento dell'aggiudicazione. Simili deroghe al diritto comunitario non possono essere tollerate dal diritto vivente, se non laddove si rinviengano espresse previsioni derogatorie provenienti dallo stesso Legislatore comunitario.



Al di fuori delle infrastrutture strategiche, l'annullamento dell'aggiudicazione può determinare l'inefficacia del contratto.

Se, pertanto, la stipulazione del contratto è una fase della procedura di affidamento, e se il giudice amministrativo ha giurisdizione sulla procedura di affidamento, ne deriva che il giudice amministrativo conosce anche delle questioni inerenti la stipulazione, ivi compresa la sua sorte dopo l'annullamento dell'aggiudicazione.

Come sopra rilevato trova ingresso nel codice del processo amministrativo la disciplina dei rapporti tra l'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto qualora nelle more stipulato), disciplina già contenuta nel decreto legislativo numero 53 del 2010.

Il giudice amministrativo deve pronunciare sulla sorte del contratto applicando la disciplina introdotta dal d.lgs. n. 53/2010 che, in difetto di norme transitorie, è di immediata applicazione ai giudizi in corso.

Non è oggetto di espressa disciplina se la pronuncia presuppone una domanda di accertamento con effetti costitutivi della parte legittimata.

La norma che disciplina la declaratoria di inefficacia del contratto non la prevede, sebbene, per il subentro del ricorrente, in caso di esito favorevole del giudizio, si presuppone una specifica domanda.

Dispone l'art. 244, d.lgs. n. 163/2006, come novellato dal citato d.lgs. n. 53/2010 (prima della traslazione nell'art. 133 c.p.a.) che il giudice amministrativo ha giurisdizione esclusiva sulla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione (la disposizione vale a consolidare la giurisdizione del giudice amministrativo, anche ove in ipotesi si ritenesse che ne fosse privo al momento della introduzione della lite).²¹

Dispone l'art. 245-ter, d.lgs. n. 163/2006 (prima della traslazione negli artt. 121 e 122 c.p.a.), che, fuori dei casi di violazioni gravi (che nella specie non ricorrono), il giudice che annulla l'aggiudicazione, se il tipo di vizio riscontrato non comporta l'obbligo di rinnovo della gara e dunque se vi sono fondati elementi per ritenere che l'appalto sarebbe stato aggiudicato al ricorrente vittorioso, valuta, avuto riguardo a una serie di elementi di fatto, se privare di effetti il contratto, facendovi subentrare il ricorrente, ovvero accordare il risarcimento del danno solo per equivalente.

Occorre in particolare tener conto dello stato di esecuzione del contratto, della possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione e subentrare nel contratto, degli interessi di tutte le parti.

L'articolo 121 del codice del processo amministrativo disciplina adesso i casi di pronuncia dell'inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni.

Il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto, precisando in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva, nei seguenti casi:

- a) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;
- b) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato

²¹ cfr. Cass., sez. un., 16 aprile 2009 n. 8999, ord.; Cass., sez. un., 19 febbraio 2002 n. 2415.



l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;

- c) se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'articolo 11, comma 10, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, per cui il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva; qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento;
- d) se il contratto è stato stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'articolo 11, comma 10-ter, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

In quest'ultimo caso se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva.

L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 14, comma 4, del codice del processo amministrativo, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare.

L'inefficacia del contratto prevista dalle norme predette, non trova applicazione quando la stazione appaltante abbia posto in essere la seguente procedura:

- a) abbia con atto motivato anteriore all'avvio della procedura di affidamento dichiarato di ritenere che la procedura senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana sia consentita dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (L'avviso volontario per la trasparenza preventiva il cui formato è stabilito, per i contratti di rilevanza comunitaria, dalla Commissione europea secondo la procedura di consultazione di cui all'articolo 3-ter, paragrafo 2, della direttiva 89/665/CE e di cui all'articolo 3-ter, paragrafo 2, della direttiva 92/13/CE, contiene le seguenti informazioni: a) denominazione e recapito della stazione appaltante; b) descrizione dell'oggetto del contratto; c) motivazione della decisione della stazione appaltante di affidare il contratto senza la previa pubblicazione di un bando di gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia; d) denominazione e



recapito dell'operatore economico a favore del quale e' avvenuta l'aggiudicazione definitiva e, se del caso, qualunque altra informazione ritenuta utile dalla stazione appaltante);

- b) abbia pubblicato, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia, nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana un avviso volontario per la trasparenza preventiva ai sensi dell'articolo 79-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto;
- c) il contratto non sia stato concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di cui alla lettera b).

Il contratto conserva efficacia (sempre pervia valutazione e pronuncia del giudice), anche in presenza delle violazioni di cui sopra qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti.

Tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale.

Gli interessi economici 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.

Per espressa disposizione normativa non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia.

Inoltre il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva, anche al di fuori della casistica contenuta nell'art. 121 c.p.a., stabilisce (articolo 122) 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;
- della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta.²²

Le disposizioni relative alla caducazione del contratto stipulato si applicano anche alle controversie relative alle procedure di cui all'articolo 140 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 che riguarda la procedura per la quale le stazioni appaltanti prevedono nel bando di gara che, in caso di fallimento dell'appaltatore o di risoluzione del contratto per grave inadempimento del medesimo, potranno interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al

²² A cura della segreteria, le sentenze che provvedono in applicazione del comma 2 sono trasmesse alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le politiche comunitarie.



fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori; in tal caso si procede all'interpello a partire dal soggetto che ha formulato la prima migliore offerta, fino al quinto migliore offerente escluso l'originario aggiudicatario.

9. Le esigenze imperative per il mantenimento del contratto

Va ribadito che l'interesse generale che impone il mantenimento del contratto per esigenze imperative è da intendersi come quello dell'intera collettività al mantenimento del contratto in funzione della celere realizzazione dell'opera pubblica, e non come il solo interesse pubblico della stazione appaltante.²³

Non sono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia (art. 245-bis, co. 2, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 121 c.p.a.).

Gli interessi economici 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 (art. 245-bis, co. 2, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 121 c.p.a.).

Normalmente, andranno mantenuti i contratti relativi a infrastrutture strategiche o insediamenti produttivi, per le quali è interesse generale la celere realizzazione delle opere.

Inoltre, un interesse generale può essere ravvisato in caso di opere pubbliche fruibili da parte di intere collettività, p.es. una strada, una scuola, un ospedale, o forniture e servizi correlati a servizi essenziali (salute, igiene, ordine e sicurezza pubblica ecc.), mentre più difficile sarà ravvisare un interesse generale in caso di opere pubbliche di interesse di una singola amministrazione (ad es. la ristrutturazione di un edificio adibito a pubblici uffici, se il ritardo non intralci l'assolvimento di pubbliche funzioni rivolte alla collettività).

In presenza di gravi violazioni, di regola il contratto deve essere privato di effetti e solo la sussistenza di esigenze imperative giustifica il mantenimento del contratto.

Tra gli elementi da valutare per ritenere sussistenti le esigenze imperative non rientra la buona fede del terzo contraente.²⁴

Nella nuova disciplina la sussistenza di gravi violazioni comporta per presunzione assoluta l'esclusione della buona fede del terzo o, piuttosto, si tratta, per la direttiva comunitaria, e per il recepimento nazionale, di un elemento giuridicamente irrilevante.

Si richiama l'aggiudicatario alle proprie responsabilità e gli si impone, implicitamente, l'onere di verificare che:

- venga rispettato lo *standstill*;

²³ A titolo di esempio tra le esigenze imperative vanno ricomprese 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 (art. 245-bis, co. 2, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 121 c.p.a.).

²⁴ Tale elemento poteva considerarsi rilevante prima del recepimento della direttiva, per escludere la privazione di effetti del contratto e lasciare il contratto in vita. Tuttavia se il contratto fosse stato stipulato dopo la proposizione del ricorso, o durante il periodo di *standstill* già previsto dall'art. 11 del codice appalti, la buona fede andava esclusa.



- venga rispettato il termine processuale sospensivo;
- vengano rispettate le regole sulla pubblicità dei bandi di gara;
- vengano rispettate le regole in tema di accordo quadro e sistema dinamico di acquisizione.

Pertanto, l'aggiudicatario che stipula il contratto in spregio a *standstill* o effetto sospensivo automatico, così come l'aggiudicatario che sia tale in esito a una procedura negoziata adottata al di fuori dei presupposti legali, è da presumere consapevole dell'illegittimità commessa, sicché la sua buona fede è in radice esclusa.

Il giudice, in caso di violazioni non gravi, per stabilire se mantenere il contratto o privarlo di effetti, deve tenere conto degli interessi delle parti in gioco, onde valutare, sulla base di elementi giuridici, e non di mera opportunità amministrativa, se vi sia la possibilità che il ricorrente possa agevolmente ed effettivamente subentrare nel contratto.

Occorre pertanto valutare, a tal fine:

- a) il tipo di vizio riscontrato, che sia tale da consentire, oltre che l'annullamento dell'aggiudicazione, anche l'aggiudicazione in favore del ricorrente, senza necessità di rinnovare la gara;
- b) lo stato di esecuzione del contratto e l'interesse reciproco delle parti;
- c) l'avvenuta presentazione, da parte del ricorrente, di una domanda di subentro nel contratto;
- d) la buona fede del terzo contraente (in casi residuali ed eccezionali).

In relazione al primo di tali elementi, va osservato che non necessariamente all'annullamento dell'aggiudicazione consegue l'automatica spettanza di essa al ricorrente.

Questa situazione si verifica solo quando il ricorrente segue in graduatoria immediatamente colui la cui aggiudicazione è stata annullata, o costui più ulteriori concorrenti che vanno comunque esclusi, e la sua offerta sia già stata positivamente vagliata dalla stazione appaltante, ivi compresa la verifica di anomalia. Non si verifica, invece, se l'aggiudicazione non viene annullata per vizi propri, ma per vizi di invalidità derivata da altri atti di gara, quali bando o esclusioni, o atto di nomina della commissione di gara, sicché la procedura di gara deve ricominciare dall'atto annullato, e non è detto che l'esito sarà favorevole al ricorrente. Non si verifica nemmeno quando l'aggiudicazione viene annullata per vizi propri, ma l'offerta del ricorrente, ancorché collocata utilmente in graduatoria dopo quella dell'aggiudicatario, deve ancora passare il vaglio della verifica di anomalia.

Dunque la privazione di effetti del contratto postula che il ricorrente abbia l'effettiva possibilità di subentrare nel contratto, perché ha titolo comprovato all'aggiudicazione.

In secondo luogo, anche ove ricorra tale situazione, occorre tener conto dello stato di esecuzione del contratto.

Pertanto se l'esecuzione è ultimata o sta per essere ultimata, o comunque è ad uno stadio avanzato, può essere contrario sia all'interesse del ricorrente, che a quello della stazione appaltante, invalidare il contratto e far subentrare il ricorrente.

Occorre poi valutare i primi due elementi indicati in modo combinato, schematizzando i seguenti casi:

- a) non è certo che il ricorrente può conseguire l'aggiudicazione e il contratto è ultimato o a uno stadio avanzato;



- b) è certo che il ricorrente può conseguire l'aggiudicazione ma il contratto è ultimato o è a uno stadio avanzato;
- c) non è certo che il ricorrente può conseguire l'aggiudicazione, e l'esecuzione del contratto non è iniziata ancora o è appena iniziata;
- d) è certo che il ricorrente può conseguire l'aggiudicazione, e l'esecuzione del contratto non è iniziata ancora o è appena iniziata.

Nei casi a) e b) il giudice ragionevolmente deciderà di mantenere il contratto. Nel caso d) il giudice ragionevolmente si determinerà per la privazione di effetti del contratto.

Nella ipotesi c) la tutela ripristinatoria passa attraverso la rinnovazione di atti di gara.

Occorre, come terzo elemento da valutare, che vi sia una domanda di subentro.

Se essa manca, non potendo il ricorrente essere costretto a subentrare, una caducazione del contratto non gioverebbe a nessuno, ma resterebbe fine a sé stessa.

Diversa questione è se la mancata domanda di subentro sia giustificata o meno.

Non sarebbe, infatti, giustificata quando vi sarebbe la possibilità concreta di subentrare nel contratto, lo sarebbe se invece il contratto è a uno stadio di esecuzione avanzata per cui alcun vantaggio deriva dal subentro.

Tali elementi formano oggetto di valutazione al fine della concessione o meno del risarcimento per equivalente in alternativa al subentro.

Un elemento da valutare nella scelta se privare o meno di effetti il contratto è la buona fede del terzo contraente, ancorandola di solito all'essere la stipulazione del contratto avvenuta prima o dopo la notifica del ricorso, ed escludendo la buona fede in caso di stipula dopo la proposizione del ricorso.

Un problema di buona fede del terzo non vi può essere nel caso di violazioni gravi e meno gravi soprattutto riconducibili ad una attività in sede di gara dell'aggiudicatario, in particolare qualora il contratto venga stipulato illegittimamente prima della scadenza del termine di *standstill* o in pendenza del termine processuale sospensivo.

10. Le sanzioni alternative alla mancata declaratoria di inefficacia del contratto

Nei casi in cui, nonostante le violazioni, il contratto sia considerato efficace o l'inefficacia sia temporalmente limitata si applicano le sanzioni alternative di cui all'articolo 123 per cui il giudice amministrativo individua le seguenti sanzioni alternative da applicare alternativamente o cumulativamente:

- a) la sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante, di importo dallo 0,5% al 5% del valore del contratto, inteso come prezzo di aggiudicazione, che è versata all'entrata del bilancio dello Stato - con imputazione al capitolo 2301, capo 8 "Mulle, ammende e sanzioni amministrative inflitte dalle autorità giudiziarie ed amministrative, con esclusione di quelle aventi natura tributaria" - entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che irroga sanzione; decorso il termine per il versamento, si applica una maggiorazione pari ad un decimo della sanzione per ogni semestre di ritardo; la sentenza che applica le sanzioni è comunicata, a cura della segreteria, al Ministero dell'economia e delle finanze entro cinque giorni dalla pubblicazione;



- b) la riduzione della durata del contratto, ove possibile, da un minimo del dieci per cento ad un massimo del cinquanta per cento della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo.

Il giudice amministrativo applica le sanzioni assicurando il rispetto del principio del contraddittorio e ne determina la misura in modo che siano effettive, dissuasive, proporzionate al valore del contratto, alla gravità della condotta della stazione appaltante e all'opera svolta dalla stazione appaltante per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione.

A tal fine si applica l'articolo 73, comma 3, c.p.a. per cui se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice la indica in udienza dandone atto a verbale e se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest'ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie.

In ogni caso l'eventuale condanna al risarcimento dei danni non costituisce sanzione alternativa e si cumula con le sanzioni alternative.

Il giudice applica le sanzioni di cui sopra anche qualora il contratto sia stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito per la stipulazione del contratto, ovvero è stato stipulato senza rispettare la sospensione della stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, quando la violazione non abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e non abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

Le sanzioni sono la diretta conseguenza di un accertamento giurisdizionale e pertanto ad irrogarle è il medesimo giudice che conduce l'accertamento giurisdizionale.²⁵

La sanzione pecuniaria, in particolare, è ancorata al valore del contratto inteso come prezzo di aggiudicazione, e va graduata tra un minimo dello 0,5% e un massimo del 5% di tale importo e va versata all'apposito capitolo di bilancio del Ministero dell'economia e delle finanze, entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che la irroga; decorso il termine per il versamento, si applica una maggiorazione pari a un decimo della sanzione per ogni semestre di ritardo.

L'esecuzione di tale sanzione è demandata al Ministero dell'economia e delle finanze, al quale è comunicata la sentenza che applica la sanzione, a cura della segreteria del giudice, entro cinque giorni dalla sua pubblicazione.

La riduzione della durata del contratto va graduata da un minimo del 10% ad un massimo del 50% della durata residua del contratto alla data di pubblicazione del dispositivo.

Tale sanzione trova in particolare approvazione nel caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica come le forniture, i servizi, i lavori di manutenzione.

In caso di mancata attuazione da parte della stazione appaltante, è da ritenere che gli interessati possano adire il giudice in sede di giudizio di ottemperanza.

La sanzione pecuniaria incide solo sulla stazione appaltante, essendo da essa dovuta.

²⁵ Le sanzioni alternative si applicano, in sintesi, nei seguenti casi:

- 1) se c'è una violazione grave e il giudice ritiene di mantenere il contratto, per esigenze imperative;
- 2) se c'è una violazione grave il giudice dichiara il contratto inefficace solo *ex nunc*;
- 3) se c'è una violazione delle regole sui termini dilatori di stipula del contratto, che non abbia privato della tutela giurisdizionale e non si accompagni a vizi dell'aggiudicazione, e il contratto resta *ex lege* in vita;
- 4) se la violazione delle regole sui termini dilatori di stipula del contratto, pur non privando di tutela il ricorrente, si accompagni a vizi dell'aggiudicazione, e il giudice decida di mantenere il contratto.



La sanzione della riduzione della durata del contratto incide, invece, anche sul terzo contraente.

Quanto ai criteri di applicazione delle sanzioni, sono richiamati il principio del contraddittorio, e i principi di effettività, proporzione e dissuasività della sanzione, alla luce della gravità della condotta della stazione appaltante, dell'opera da essa svolta per eliminare o attenuare le conseguenze della violazione.

L'art. 123, c.p.a., specifica che al fine della quantificazione della sanzione, si applica l'art. 73, co. 3, c.p.a., a tenore del quale il giudice, se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, la indica in udienza dandone atto a verbale. Se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest'ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie.

Il principio del contraddittorio va in particolare rispettato, in caso di riduzione della durata del contratto, anche nei confronti del terzo contraente e non solo della stazione appaltante.

Resta fermo che l'eventuale condanna al risarcimento del danno non costituisce sanzione alternativa e si cumula con questa.

La riduzione della durata del contratto differisce ontologicamente dalla declaratoria di inefficacia del contratto stesso, ma in concreto gli effetti potrebbero essere molto simili.

Infatti nella declaratoria di inefficacia il contratto viene vanificato, o retroattivamente, o *ex nunc*, quindi non può proseguire.

Nella riduzione della durata residua del contratto, il contratto resta in vita ma ne viene anticipata la scadenza; dunque per un certo lasso temporale il contratto prosegue con l'originario aggiudicatario.

In concreto, può succedere che le conseguenze della riduzione della durata residua del contratto sono molto simili alla privazione di effetti *ex nunc*: se infatti la durata residua del contratto è molto breve, si supponga due mesi, e si applica la sanzione della riduzione del 50%, il contratto resta in vita per altri trenta giorni, effetto che ai fini pratici è simile alla privazione di effetti *ex nunc*.

11. La tutela risarcitoria alternativa alla scelta del contraente

Nel Codice del processo amministrativo viene ribadito il principio già introdotto con la legge numero 205 del 2002, per cui ogni domanda di condanna al risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo.

Poiché deve escludersi la necessaria dipendenza del risarcimento del danno dal previo annullamento dell'atto illegittimo e dannoso, al G.A. può essere chiesta la tutela demolitoria e, insieme, o successivamente, quella risarcitoria completa, ma anche la sola tutela risarcitoria, senza che la parte debba, in tale caso, osservare il termine di decadenza pertinente alla azione di annullamento.²⁶

All'articolo 30 c.p.a. è contenuta una disciplina del tutto innovativa dell'azione di condanna della pubblica amministrazione.

L'azione di condanna può essere proposta anche in via autonoma.

²⁶ Cassazione civile, sez. un., 28 novembre 2007, n. 24668.



Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria.

Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi.

Del tutto innovativa è, invece, la norma del comma dell'articolo 30 c.p.a. che prevede un termine decadenziale per la proposizione dell'azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi.

La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi va proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo.

La norma contiene anche una disciplina di carattere sostanziale dell'azione risarcitoria, prevedendosi che nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti.

Da un lato la privazione di effetti del contratto è configurata come una conseguenza diretta dell'annullamento dell'aggiudicazione, anche se non c'è domanda di parte, ma dall'altro lato il subentro nel contratto postula la domanda di parte.

Inoltre, la privazione di effetti del contratto e il subentro in esso del ricorrente vittorioso, soddisfa in via specifica il danno subito, non lasciando, di regola, spazio per il risarcimento per equivalente.

Se, invece, il contratto, per le ragioni sopra elencate, resta in vita, si determinano le condizioni per il risarcimento per equivalente.

L'articolo 124 c.p.a. dispone che l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122 c.p.a.

Soltanto se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto può disporre il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato.

In quest'ultimo caso la condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di subentro o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile.

Al fine di scoraggiare condotte processuali preordinate soprattutto a conseguire la tutela risarcitoria anziché quella in forma specifica (di regola meno onerosa per l'amministrazione) si introduce il principio che la condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di esecuzione in forma specifica o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile.

Detta norma prevede in via generale 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 ed il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

Con quest'ultima norma del codice del processo amministrativo si introduce una fattispecie del tutto peculiare della mora del creditore dal momento che la giurisprudenza della Corte di cassazione è costantemente orientata nel ritenere che l'obbligo di diligenza gravante sul creditore, che rappresenta espressione del più generale dovere di correttezza



nei rapporti fra gli obbligati, tendendo a circoscrivere il danno derivante dall'altrui inadempimento entro i limiti che rappresentino una diretta conseguenza dell'altrui colpa, non comprende anche l'obbligo di esplicitare una straordinaria o gravosa attività, nella forma di un "facere" non corrispondente all'"*id quod plerumque accidit*"; per cui il comportamento operoso richiesto al creditore, improntato all'ordinaria diligenza, non ricomprende, per sua stessa definizione, attività tali da comportare sacrifici, esborsi, o assunzione di rischi, quale può essere l'esperienza di un'azione giudiziaria, sia essa di cognizione o esecutiva, che rappresenta esplicitazione di una mera facoltà, dall'esito non certo.²⁷

Quanto all'elemento soggettivo della responsabilità va segnalata la recente sentenza della Corte di Giustizia CE, sez. III 30 settembre 2010 (C-314/09) che ha affermato il principio secondo cui la direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata; viene meno, pertanto, la rilevanza dell'elemento soggettivo.

Altra questione affrontata è se vada o meno risarcito il danno per equivalente quando la parte ricorrente, pur potendo conseguire l'aggiudicazione e il contratto, non ne faccia richiesta, ovvero, dopo averne fatto richiesta, non si renda disponibile a subentrare nel contratto.

Se tale condotta ostativa è priva di giustificato motivo, il giudice ne tiene conto al fine del se e del quanto del risarcimento per equivalente, ai sensi dell'art. 1227 c.c. (art. 245-*quinquies*, co. 2, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 124 c.p.a.).

Pertanto si prospettano le seguenti soluzioni:

1. in caso di mantenimento del contratto deciso dal giudice nonostante la domanda di subentro, il risarcimento per equivalente spetta solo al ricorrente che ha titolo all'aggiudicazione;
2. in caso di mantenimento del contratto deciso dal giudice perché manca la domanda di subentro, il risarcimento per equivalente non spetta se il rifiuto di subentro è ingiustificato.

In questo contesto si colloca la decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 23 marzo 2011 n. 3 con la quale si sono affermati i seguenti principi:

- l'art. 30, comma 3, del codice del processo amministrativo, nel prevedere che nel determinare il risarcimento, "il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperienza degli strumenti di tutela previsti", pur non evocando in modo esplicito il disposto dell'art. 1227, comma 2, del codice civile, afferma che l'omessa attivazione degli strumenti di tutela previsti costituisce, nel quadro del

²⁷ Cassazione civile, sez. I, 05 maggio 2010, n. 10895.



comportamento complessivo delle parti, dato valutabile, alla stregua del canone di buona fede e del principio di solidarietà, ai fini dell'esclusione o della mitigazione del danno evitabile con l'ordinaria diligenza. Di qui la rilevanza sostanziale, sul versante prettamente causale, dell'omessa o tardiva impugnazione come fatto che preclude la risarcibilità di danni che sarebbero stati presumibilmente evitati in caso di rituale utilizzazione dello strumento di tutela specifica predisposto dall'ordinamento a protezione delle posizioni di interesse legittimo onde evitare la consolidazione di effetti dannosi;

- la regola della non risarcibilità dei danni evitabili con l'impugnazione del provvedimento e con la diligente utilizzazione e degli altri strumenti di tutela previsti dall'ordinamento, oggi sancita dall'art. 30, comma 3, del codice del processo amministrativo, è ricognitiva di principi già evincibili alla stregua di una interpretazione evolutiva del capoverso dell'articolo 1227 c.c. Tale regola è applicabile pertanto anche alle azioni risarcitorie proposte prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, essendo espressione, sul piano teleologico, del più generale principio di correttezza nei rapporti bilaterali, mirando a prevenire comportamenti opportunistici che intendano trarre occasione di lucro da situazioni che hanno leso in modo marginale gli interessi dei destinatari tanto da non averli indotti ad attivarsi in modo adeguato onde prevenire o controllare l'evolversi degli eventi (cfr., per ulteriori applicazioni del principio di causalità ipotetica, artt. 1221, comma 1 e 1805, comma 2 c.c., 369 cod. nav.);
- la scelta di non avvalersi della forma di tutela specifica e non (comparativamente) complessa che, grazie anche alle misure cautelari previste dall'ordinamento processuale, avrebbe plausibilmente (ossia più probabilmente che non) evitato, in tutto o in parte il danno, integra violazione dell'obbligo di cooperazione, che spezza il nesso causale e, per l'effetto, impedisce il risarcimento del danno evitabile. Detta omissione, apprezzata congiuntamente alla successiva proposizione di una domanda tesa al risarcimento di un danno che la tempestiva azione di annullamento avrebbe scongiurato, rende configurabile un comportamento complessivo di tipo opportunistico che viola il canone della buona fede e, quindi, in forza del principio di auto-responsabilità cristallizzato dall'art. 1227, comma 2, c.c., implica la non risarcibilità del danno evitabile.²⁸

²⁸ Già prima dell'entrata in vigore del codice, nello stesso senso Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2008, n. 3059; sez. V, 3 febbraio 2009, n. 578; sez. VI, 21 aprile 2009, n. 24363; sez. V, 3 novembre 2010, n. 7766.

Ha aggiunto la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 3 del 2011 che a diversa conclusione si deve invece pervenire laddove la decisione di non fare leva sullo strumento impugnatorio sia frutto di un'opzione discrezionale ragionevole e non sindacabile in quanto l'interesse all'annullamento oggettivamente non esista, sia venuto meno e, in generale, non sia adeguatamente suscettibile di soddisfazione.

Si consideri, a titolo esemplificativo, l'ipotesi in cui il provvedimento sia stato immediatamente eseguito producendo una modificazione di fatto irreversibile; o quella in cui i tempi tecnici del processo non consentano, ragionevolmente, di praticare, in modo efficiente, il rimedio della tutela ripristinatoria; o, ancora, le situazioni in cui, per effetto di specifica previsione di legge (cfr. l'art. 246, comma 4, del codice dei contratti pubblici, da ultimo confluito nell'art. 125, comma 3, del codice del processo amministrativo), il mezzo dell'annullamento non possa soddisfare, in termini reali, l'aspirazione al conseguimento del bene della vita desiderato.

Dette evenienze, ostative al soddisfacimento in natura della posizione azionata, possono maturare nel corso del giudizio in guisa da produrre la concentrazione in itinere della domanda sul solo profilo del risarcimento sulla base della regola giurisprudenziale prima ricordata, oggi canonizzata dall'art. 34, comma 3, del codice del processo amministrativo.

Si deve allora ritenere che, sulla base di principi già desumibili dal quadro normativo precedente ed oggi recepiti dall'art. 30, comma 3, del codice del processo amministrativo, il Giudice amministrativo sia chiamato a valutare, senza necessità di eccezione di parte ed acquisendo anche d'ufficio gli elementi di prova all'uopo necessari, se il presumibile esito del ricorso di annullamento e dell'utilizzazione degli altri strumenti di tutela avrebbe, secondo un giudizio di causalità ipotetica basato su una logica probabilistica che apprezzi il comportamento globale del ricorrente, evitando in tutto o in parte il danno.



La tutela cautelare tra diritto europeo e diritto interno

Paola Malanetto*

Sommario: 1 – Introduzione; 2 - Principi costituzionali che governano il sistema della tutela cautelare amministrativa, con particolare riferimento al settore degli appalti pubblici; 3 - Disciplina comunitaria degli appalti e standard minimo di tutela cautelare; 4 - La tutela cautelare ante causam nell'ordinamento italiano; 5 - Il fattivo superamento delle esigenze cautelari ante causam con il rafforzamento delle clausole "stand still"; 6 - La disciplina nazionale dell'effetto sospensivo indotto dall'istanza cautelare.

1. Introduzione

La tutela cautelare assolve, secondo il tradizionale insegnamento chiovendiano, alla funzione di impedire che la durata del processo si risolva in danno di chi ha ragione.

Nell'ambito del processo amministrativo la struttura dell'incidente cautelare ha subito una profonda trasformazione, indotta dalla parallela trasformazione delle esigenze sostanziali di tutela cui il giudizio amministrativo aspira ad assolvere.

Il tradizionale meccanismo della sospensione dell'atto impugnato, contemplato dagli artt. 39 r.d. n. 1054/1924 e 21 l. n. 1034/1971, declinazione della tutela cautelare che la più illuminata dottrina da oltre un ventennio ha qualificato "intollerabilmente asfittica"¹, è stato progressivamente trasformato in misura atipica, quindi affiancato da microsistemi normativi settoriali, in particolare nella materia degli appalti, e infine codificato in termini molto simili a quelli previsti dall'art. 700 c.p.c., dapprima con l'art. 3 della l. n. 205/2000 e quindi con il disposto dell'art. 55 del codice del processo amministrativo. Quest'ultimo consente oggi "l'emanazione di misure cautelari, compresa l'ingiunzione a pagare una somma in via provvisoria, che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso" e persino espressamente, ove necessario, decisioni cautelari da cui possono derivare effetti irreversibili "salva la prestazione di una cauzione" (art. 55. co. 2 c.p.a.).

Quanto ai contenuti vi è stata quindi una convergenza normativa tra la tutela cautelare propria del processo civile ordinario e di quello amministrativo; i due procedimenti sono invece evoluti in senso divergente sotto l'aspetto strettamente strutturale.

Il codice del processo amministrativo ha imposto, ai fini della procedibilità dell'istanza cautelare, la presentazione dell'istanza di fissazione dell'udienza di merito (art. 55 co. 4 c.p.a.), con la sola esclusione delle controversie per le quali l'udienza di merito è fissata comunque d'ufficio (tra le quali quelle in materia di affidamenti di pubblici lavori, servizi e forniture); si è quindi rafforzato il nesso di strumentalità necessaria, da un punto di vista strutturale, tra la fase cautelare e la fase di merito. D'altro canto, già con la sentenza n. 8 dell'1 febbraio 1982, la Corte Costituzionale, nel giudicare costituzionalmente illegittima la l. n. 1/1978 nella parte in cui non consentiva l'appello delle ordinanze cautelari adottate nei giudizi concernenti opere pubbliche e impianti industriali, aveva per contro ritenuto conformi a costituzione misure acceleratorie della definizione del merito del giudizio menzionando anche la previsione che "l'istanza di sospensione non può essere trattata se

*Magistrato presso il TAR Piemonte

¹ ROMANO A., *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in Foro it., 1985, I, 2493.



non sia stata presentata la domanda di fissazione d'udienza"; detta misura è stata valutata correttamente volta ad evitare che "pronunce sulla sospensione possano essere emesse e produrre effetti per lungo tempo e senza collegamento con la possibilità di una sollecita discussione del merito". La considerazione è tanto più attuale alla luce dell'art. 111 della Costituzione. La più recente disciplina cautelare del processo civile ordinario, per contro, ha visto, con il d.l. n. 35/2005, convertito in l. n. 80/2005, delle modifiche apportate all'art. 669 *octies* c.p.c., le quali hanno attenuato il nesso di strumentalità tra la cautela e il merito, nei casi di provvedimenti cautelari anticipatori. La soluzione non implica ovviamente che sia consentita una indeterminata stasi della fase cautelare ma più semplicemente porta ad assorbire definitivamente ogni pronuncia di merito nella pronuncia cautelare, resa autonomamente sufficiente rispetto alla domanda di giustizia. Nel processo amministrativo resta invece escluso, in linea di principio, che le pronunce cautelari possano evolvere in forme autosufficienti di definizione delle controversie, con l'unica eccezione dell'ultrattività delle misure cautelari previste dall'art. 4 co. 2bis del d.l. n. 115/2005, convertito in l. n. 168/2005, in favore di chi supera con successo scritti e orali dell'esame di abilitazione da avvocato, dopo esservi stato ammesso con riserva in sede giurisdizionale². Valenza ultrattiva generale ha poi la sola pronuncia sulle spese, che viene resa in sede cautelare ai sensi dell'art. 57 c.p.a. e mantiene anche ai fini del merito i suoi effetti.

Il vigente sistema cautelare amministrativo è l'esito di una complessa evoluzione cui molto ha contribuito la giurisprudenza³. Per utilizzare un interessante strumento di valutazione dell'evoluzione degli ordinamenti, proprio della dottrina comparatistica⁴, a dispetto del risalente "formante normativo", cristallizzato nell'art. 21 della l. n. 1034/1971, il parallelo "formante giurisprudenziale" amministrativo già da tempo aveva costruito un sistema di tutela cautelare duttile ed idoneo a garantire sia le peculiari caratteristiche degli interessi pretensivi⁵ sia la tutela di veri e propri diritti soggettivi⁶.

Da un punto di vista sistematico possono, come detto, individuarsi peculiarità proprie della materia degli appalti pubblici che sono state stimulate dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria, le quali sono a loro volta la sintesi derivata dai vari formanti normativi e giurisprudenziali degli Stati membri. La specifica materia, qui di interesse, ha percorso una parabola che allo stato attuale si è chiusa con il recepimento della direttiva 2007/66/CE ad opera del d.lgs. n. 53/2010, in parte trasfuso nel codice del processo amministrativo, e con l'introduzione di rimedi (il cosiddetto *stand still* e la sospensione obbligatoria) ascrivibili più al diritto sostanziale che a quello processuale, non a caso privilegiati da un ordinamento, quello comunitario, che proclama tuttora che il diritto

² La disposizione è stata ritenuta costituzionalmente legittima dalla Corte Costituzionale nella sentenza 9 aprile 2009, n. 108.

³ Secondo SATTA F., *Giustizia cautelare*, Enc. Dir., I, Aggiornamento, 595 "la sospensione dell'esecuzione ha avuto una straordinaria evoluzione nel suo reale significato".

⁴ SACCO R., *Introduzione al diritto comparato*, UTET, 1992.

⁵ Si pensi alla sospensione degli atti negativi con provvedimenti ad effetto propulsivo, ad esempio in relazione all'annosa questione dell'ammissione con riserva a prove d'esame, Cons. Stato, Ad. pl., 8 ottobre 1982, n. 17; quale più avanzata frontiera di tutela si segnala poi la tecnica del "remand", formalmente consacrata dal Consiglio di Stato con la sentenza sez. V, 19 febbraio 2007, n. 833, pronunciata vigente la versione dell'art. 21 l. tar come modificato dall'art. 3 della l. n. 205/2000. Tale strumento ha consentito, in fase cautelare, di demandare all'amministrazione di riprovvedere immediatamente, alla luce delle indicazioni rese in giudizio, mantenendosi la simmetria tra l'oggetto del giudizio cautelare e di quello di merito in regione non solo dell'effetto caducatorio della sentenza ma anche dei suoi aspetti conformativi.

⁶ Corte Costituzionale, 28 giugno 1985, n. 190, che ha ampliato gli strumenti di tutela cautelare in materia di pubblico impiego soggetto alla giurisdizione esclusiva del GA per eliminare l'asimmetria con la tutela garantita all'impiego privato innanzi al GO; Cons. Stato, Ad. pl., 30 marzo 2000, n. 1, secondo cui una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 21 l. tar, non poteva che portare a concludere per l'ammissibilità innanzi al giudice amministrativo di tutti i necessari strumenti di tutela cautelare già prima che la l. n. 205/2000 positivizzasse la natura atipica della misura cautelare amministrativa.



processuale in senso stretto appartiene alla cosiddetta “giurisdizione domestica” degli stati membri.

2. Principi costituzionali che governano il sistema della tutela cautelare amministrativa, con particolare riferimento al settore degli appalti pubblici

Numerose sono state le pronunce del giudice delle leggi che hanno inciso sul giudizio cautelare amministrativo.

Per la sua valenza di enunciazione di principio di carattere generale si ricorda innanzitutto la sentenza 27 dicembre 1974, n. 284, con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 13 della l. n. 865/1971 nella parte in cui prevedeva che i provvedimenti di dichiarazione di pubblica utilità, occupazione temporanea e di urgenza e di espropriazione, nella materia dell'edilizia residenziale pubblica, potessero essere sospesi nei soli casi di errore grave ed evidente. L'incostituzionalità della norma è stata affermata per contrasto con l'articolo 113 della Costituzione in quanto: “una volta che il legislatore ha operato le sue scelte in ordine all'attribuzione del potere finale di annullamento dell'atto e ha strutturato un sistema di giustizia amministrativa, il quale ha il suo cardine, nella giurisdizione generale di annullamento degli atti illegittimi, è naturale e consequenziale l'attribuzione, all'organo medesimo deputato all'annullamento, del concorrente potere di sospensione cautelare dell'atto impugnato. L'esercizio di tale potere consente, infatti, di anticipare, sia pure a titolo provvisorio, l'effetto tipico del provvedimento finale della giurisdizione, permettendo che questo intervenga *re adhuc integra*. ...una esclusione del potere medesimo o una limitazione dell'area di esercizio di esso con riguardo a determinate categorie di atti amministrativi o al tipo del vizio denunciato contrasta col principio di uguaglianza consacrato nell'art. 3 della Costituzione, qualora non ricorra una ragionevole giustificazione del diverso trattamento”.

Il principio è stato ulteriormente ribadito con una importante precisazione nella recente pronuncia della Corte Costituzionale 23 luglio 2010, n. 281 la quale si è espressa in relazione alla disciplina dettata dal d.l. n. 59/2008, convertito in l. n. 101/2008, che limitava a complessi 150 giorni il massimo termine di sospensione cautelare possibile dell'atto impugnato nei giudizi di opposizione a ruolo portante crediti previdenziali. Il giudice delle leggi ha ritenuto la norma incostituzionale e ha puntualizzato che: “La sospensione, come anche le altre misure cautelari a contenuto anticipatorio o conservativo, ha funzione strumentale all'effettività della tutela giurisdizionale sicché il *vulnus* prodotto dalla sua efficacia contenuta nei ristretti termini sopra indicati incide sulla detta effettività... La congruità di un termine processuale, se da un lato va valutata in relazione alle esigenze di celerità cui il processo deve ispirarsi, dall'altro deve tener conto anche dell'interesse del soggetto che ha l'onere di compiere un certo atto per salvaguardare i propri diritti. In casi in cui adempiere all'onere probatorio richieda l'espletamento di una attività istruttoria anche complessa, il termine di soli centocinquanta giorni per la conservazione dell'efficacia del provvedimento di sospensione si rileva non congruo”. La Corte non ha ommesso di raffrontare la statuizione con il proprio precedente, già ricordato, costituito dalla sentenza n. 8 del 1982 ricordando che in quella fattispecie era stata ritenuta congrua la limitazione a sei mesi della durata di efficacia delle ordinanze sospensive emesse dai T.A.R. in materia di procedure per l'esecuzione di opere pubbliche e di



impianti e costruzioni industriali. Il giudizio di congruità fu espresso “con riferimento al processo amministrativo che, soprattutto nell’epoca in cui la decisione fu adottata a con riguardo al settore dei lavori pubblici, era un processo sull’atto e non sul rapporto, si esauriva di regola in un’udienza e lasciava margini molto ridotti all’attività istruttoria”. L’inciso non è di poco momento se si considera che l’odierno processo amministrativo va spostando le proprie caratteristiche da giudizio sull’atto a giudizio sul rapporto, ha visto parificati al giudizio civile i mezzi istruttori e ben potrebbe richiedere una complessa attività di accertamento istruttorio.

Fondamentale nel percorso qui in analisi appare poi la già ricordata sentenza 28 giugno 1985, n. 190 che, con pronuncia additiva, ha sancito l’incostituzionalità dell’allora art. 21 l. tar nella parte in cui, limitando l’intervento d’urgenza del giudice amministrativo alla sospensione dell’esecutività dell’atto impugnato, non consentiva di adottare, nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego, sottoposte alla giurisdizione esclusiva del GA, i provvedimenti d’urgenza che apparissero secondo le circostanze più idonei ad assicurare gli effetti della decisione sul merito.

I principi enunciati dal giudice delle leggi hanno trovato piena attuazione nel contesto attuale del giudizio amministrativo ove l’atipicità delle misure cautelari, come visto, è ormai caratteristica generale mentre la tutela cautelare resta componente cardine di una corretta interpretazione del diritto di difesa.

Per quanto in specifico concerne la materia degli appalti la Corte Costituzionale è intervenuta su alcuni aspetti di specialità che il rito previsto per la trattazione di questa tipologia di controversie ha nel tempo proposto, specialità che, alla luce del vigente codice del processo amministrativo, hanno spesso presentato una naturale *vis expansiva*, diventando istituti di carattere generale.

Con la sentenza n. 249 del 16 luglio 1996 la Corte Costituzionale è intervenuta sull’art. 31 *bis* della l. n. 109/1994, come modificato dall’art. 9 del d.l. n. 101/1995, convertito in l. n. 216/1995, a tenore del quale, nelle controversie in materia di lavori pubblici, ove fosse proposta un’istanza cautelare l’amministrazione resistente o i controinteressati avrebbero potuto stimolare una immediata pronuncia di merito. In quell’occasione il giudice costituzionale, ribadendo che “la disponibilità delle misure cautelari è strumentale all’effettività della tutela giurisdizionale e costituisce espressione del principio per cui la durata del processo non deve andare a danno dell’attore che ha ragione, in attuazione dell’art. 24 della Costituzione”, ha pronunciato una sentenza interpretativa di rigetto, affermando che la disposizione non eliminava il potere cautelare del giudice che, ove necessario, avrebbe comunque potuto pronunciare una sospensiva, salva la contrazione dei tempi del giudizio di merito.

La problematica si è riproposta al vaglio del giudice costituzionale con la sentenza 10 novembre 1999, n. 427 pronunciata in relazione al successivo art. 19 del d.l. n. 67/97, convertito in l. n. 135/97 (sempre concernente “procedure di affidamento di incarichi di progettazione e attività tecnico-amministrative ad esse connesse e provvedimenti di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità”) nella parte in cui, tra l’altro, prevedeva che il giudice chiamato a pronunciarsi sull’istanza di sospensione potesse immediatamente decidere nel merito, con motivazione abbreviata. I remittenti contestavano in questo secondo caso l’impulso officioso del giudice nel convertire un procedimento cautelare in un giudizio di merito inducendo l’effetto, sospettato di incostituzionalità, di sopprimere la fase cautelare. L’argomento sembrava tuttavia invertire il senso logico degli strumenti di tutela: la tutela cautelare, come più



volte affermato nelle riportate pronunce, è prezioso strumento di tutela interinale volto a garantire che si pervenga al giudizio di merito *re adhuc integra* ma non è evidentemente un bene “in sé”, là dove la connessa esigenza di tutela possa essere immediatamente soddisfatta da quella stessa giustizia di merito che essa tende a conservare. La Corte Costituzionale ha infatti, in quell’occasione, puntualizzato il significato anche dei suoi precedenti interventi evidenziando che, nel nuovo modello processuale: “la pronuncia nella fase interinale e cautelare della sospensiva (dell’atto impugnato o della sentenza appellata) viene resa superflua da una tutela ancora più piena ed immediata (senza ulteriore esigenza di ordinanza che valuti l’esistenza di *periculum in mora*). Tale alternativa, con assorbimento nella sollecita e tempestiva pubblicazione del dispositivo della sentenza, si può verificare solo se, esistendo tutti gli altri presupposti (contraddittorio, sufficienza delle prove acquisite, ecc.), venga emessa sentenza che definisca il giudizio, essendo, in tutti gli altri casi, il giudice tenuto a pronunciarsi sulla domanda di sospensione, in base agli ordinari poteri cautelari, ivi compreso l’esercizio di potere di sospensione. Di conseguenza non si può affatto configurare una limitazione o una soppressione del diritto delle parti di chiedere e ottenere un provvedimento interinale e cautelare, ricevendo queste una immediata pronuncia che definisce la lite, rendendosi superflua ed irrilevante una specifica tutela cautelare. Né si può parlare di concentrazione del potere di impulso processuale nel giudice, sottratto alle parti, in quanto il ricorrente nel processo amministrativo non può avanzare una richiesta di sola decisione cautelare, dovendo la domanda di sospensione per il carattere incidentale, seguire o accompagnare un ricorso per una decisione definitiva della lite”.

L’istituto della cosiddetta “sentenza in forma semplificata”, con il prezioso avallo del giudice delle leggi, è stato poi generalizzato con le modifiche apportate agli artt. 21 co. 10 e 26 co. 4 della l. n. 1034/1971 da parte della l. n. 205/2000 per transitare nell’art. 60 del c.p.a.; esso è ovviamente applicabile, per l’esplicito rinvio contenuto nell’art. 119 c.p.a., anche alle materie che presentano specialità di rito.

Meno lungimirante si è dimostrata la giurisprudenza costituzionale sulla problematica della tutela cautelare *ante causam*, postasi con prepotenza all’attenzione degli operatori del processo amministrativo proprio per l’influenza del diritto comunitario degli appalti.

Con ordinanza 10 maggio 2002, n. 179 è stata dichiarata la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata, per violazione degli artt. 3, 24 e 113 della Costituzione, dal TAR Lombardia in relazione all’art. 21 l. tar nella parte in cui non consentiva la tutela cautelare *ante causam*. La Corte ha preso le mosse dalla configurazione della tutela cautelare all’esito delle modifiche introdotte dalla l. n. 205/2000 e ha ritenuto che: “il legislatore, nella sua discrezionalità - con il solo limite della non manifesta irragionevolezza o non palese arbitrarietà - può adottare norme processuali differenziate tra i diversi tipi di giurisdizioni e di riti procedimentali, non essendo tenuto, sul piano costituzionale, ad osservare regole uniformi rispetto al processo civile;

nel processo amministrativo la tempestività e la effettività della tutela anche cautelare sono ormai completamente assicurate - per i profili prospettati - dal complesso delle disposizioni processuali...; l’anzidetto completo sistema di tutela, anche di urgenza e cautelare, che riguarda tutte le posizioni azionabili davanti al giudice amministrativo, senza distinzione tra interessi legittimi o diritti soggettivi tutelabili, esclude l’applicabilità di altri istituti propri del processo civile e, quindi, che si possa configurare una esigenza



(rilevante sul piano costituzionale) di intervento additivo sulle norme relative ai procedimenti di urgenza della procedura civile; il sistema di tutela cautelare provvisoria, previsto per la giustizia amministrativa, consente l'immediata pronuncia interinale del Presidente del Tar o della sezione cui il ricorso è assegnato, su richiesta del ricorrente "contestualmente alla domanda cautelare o con separata istanza notificata alle controparti" (anche con utilizzazione dei nuovi mezzi di notifica in tempo reale), presupponendosi solo l'esistenza di un ricorso giurisdizionale anche contestuale (integrabile successivamente attraverso motivi aggiunti), comunque depositato, ed anche se non sia completato con la prova di tutte le notifiche, come è confermato indirettamente dall'espressa previsione di decreto motivato, anche con contraddittorio non completo; deve escludersi una mancanza di effettività della tutela, quando il ricorrente si può avvalere dei nuovi mezzi rapidissimi di notifica anche a mezzo telefax o per via telematica (uno dei due mezzi certamente esistenti ed utilizzabili per le pubbliche amministrazioni), accompagnati da eventuale riduzione di termini e contestuale decreto di fissazione sia di possibile convocazione delle parti avanti al Presidente, sia della successiva prima camera di consiglio collegiale utile." La questione ha tuttavia seguito ben diverso percorso di sviluppo in ragione della necessaria armonizzazione degli ordinamenti imposta dalla normativa comunitaria.

3. Disciplina comunitaria degli appalti e standard minimo di tutela cautelare

Il settore degli appalti pubblici è terreno di elezione della normativa comunitaria.

Come noto il diritto comunitario, almeno formalmente, continua ad ascrivere alla cosiddetta giurisdizione domestica degli Stati membri la materia processuale in senso stretto, che non rientra tra le materie devolute alla competenza dell'Unione. Il settore degli appalti pubblici, di particolare interesse perché nevralgico nel contesto della tutela della concorrenza, presenta numerose peculiarità tant'è che, sin dal 1989, il diritto comunitario ha dettato regole non solo sostanziali ma anche concernenti i ricorsi. L'impostazione delle direttive ricorsi resta tuttavia fedele al principio secondo cui non spetta all'Unione dettagliare i mezzi di tutela ma al limite delinearne caratteristiche minime e finalità.

Infatti il principio di "effettività" o "effetto utile" della disciplina comunitaria (ossia l'esigenza di imporne agli Stati membri la più solerte e corretta attuazione) ha indotto una teorica dell' "effettività della tutela"⁷ o degli "*standards* minimi" di tutela, foriera di incidenza sugli ordinamenti nazionali.

Il giudice di Lussemburgo, pur ribadendo che è esclusiva competenza degli Stati membri sia la qualificazione delle posizioni giuridiche soggettive di derivazione comunitaria sia la concreta individuazione dei connessi mezzi di tutela, impone quindi come risultato una tutela equivalente, non discriminatoria rispetto a quella delle posizioni giuridiche soggettive nazionali⁸, utile e improntata al principio di leale collaborazione tra

⁷ "Il principio di tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale di diritto comunitario che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che è stato sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e che è stato ribadito anche all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea", così sentenza Unibet del 13 marzo 2007, in causa C-432/05.

⁸ Ha stabilito, tra le altre, la sentenza Preston del 16 maggio 2000, in causa C- 78/98: "...al fine di stabilire se un ricorso previsto dalla legge nazionale costituisca un ricorso di natura interna analogo a quello diretto a far valere i diritti attribuiti del Trattato, il giudice nazionale deve verificare l'analogia dei ricorsi di cui trattasi con riguardo al loro oggetto alla loro finalità ed ai loro elementi essenziali. La Corte ha rilevato che il principio di equivalenza verrebbe ad essere violato se un singolo che facesse valere un diritto attribuito dall'ordinamento giuridico comunitario dovesse affrontare spese e attese superiori rispetto a colui che fondasse il proprio ricorso sulla legge puramente interna. In termini più generali ciascun caso in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale sia meno



gli Stati membri, la quale ultima intrinsecamente obbliga alla corretta attuazione della disciplina comunitaria⁹. In tal modo si coartano gli ordinamenti degli Stati membri verso l'individuazione di soluzioni armonizzate sempre più omogenee tra di loro.

Fondamentale per il percorso della giurisprudenza comunitaria in materia di tutela cautelare è innanzitutto la nota sentenza *Factortame* del 19 giugno 1990, in causa C-213/89. Nella pronuncia la Corte ha ribadito il principio della disapplicazione delle norme e dei provvedimenti nazionali adottati in violazione del diritto comunitario, disapplicazione che necessariamente deve trovare spazio anche in sede di procedimento cautelare, il quale può assumere contenuti atipici. Si legge nella motivazione: “la piena efficacia del diritto comunitario sarebbe ridotta se una norma di diritto nazionale potesse impedire al giudice chiamato a dirimere una controversia disciplinata dal diritto comunitario di concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire la piena efficacia della pronuncia giurisdizionale sull'esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario. Ne consegue che in una situazione del genere il giudice è tenuto a disapplicare la norma di diritto nazionale che sola osti alla concessione di provvedimenti provvisori.” Inoltre, secondo la sentenza *Unibet*, citata, “il principio di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti ai singoli dal diritto comunitario deve essere interpretato nel senso che esso richiede, nell'ordinamento giuridico di uno Stato membro, che provvedimenti provvisori possano essere concessi fino a quando il giudice competente si sia pronunciato sulla conformità di disposizioni nazionali con il diritto comunitario, quando la concessione di tali provvedimenti è necessaria per garantire la piena efficacia della successiva pronuncia giurisdizionale sull'esistenza di tali diritti”. Per il principio dell'equivalenza delle tutele, nel nostro ordinamento, la regola dettata dalla sentenza *Unibet* non potrebbe che trovare applicazione omogenea a quanto sancito da Cons. Stato, Ad. pl., 20 dicembre 1999, n. 2 in relazione all'esigenza di conciliare il controllo accentratore di legittimità costituzionale delle leggi con un possibile limitato sindacato diffuso delle medesime da parte del giudice che, nel sollevare la questione di legittimità costituzionale, concede una misura cautelare volta a garantire l'effetto utile dell'eventuale successiva pronuncia della Corte Costituzionale.

Con la sentenza *Zuckerfabrik* del 21 febbraio 1991 in cause riunite C-143/88 e C-92/98 la Corte ha ribadito il principio introdotto con la sentenza *Factortame*, estendendolo anche alla disapplicazione del diritto comunitario derivato, ove ritenuto in violazione del diritto comunitario primario, ciò per garantire la coerenza del sistema di tutela cautelare. Il livello di tutela non può infatti variare a seconda che si contesti la compatibilità comunitaria del

favorevole rispetto a quelle concernenti ricorsi analoghi di natura interna deve essere esaminato dal giudice nazionale tenendo conto del ruolo della detta norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali. Ne consegue che i vari aspetti delle modalità procedurali non possono essere esaminati singolarmente, bensì devono essere collocati nel loro contesto generale. Inoltre, tale esame non può essere condotto in modo soggettivo in funzione di circostanze di fatto, dovendo invece fondarsi su un raffronto oggettivo ed astratto delle modalità procedurali di cui trattasi.” Si legge ancora nella sentenza *Levez* dell'1 dicembre 1998, in causa C-326/96: “secondo una giurisprudenza costante della Corte, in mancanza di disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario, purché le dette modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio dell'equivalenza), né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività). Il rispetto del principio dell'equivalenza presuppone che la norma controversa si applichi indifferentemente ai ricorsi fondati sulla violazione del diritto comunitario e a quelli fondati sull'inosservanza del diritto interno aventi un oggetto e una causa analoghi.”

⁹ “Il principio generale di leale cooperazione, sancito dall'art. 10 CE, che disciplina i rapporti fra gli Stati membri e le istituzioni comunitarie, come constatato dalla Corte ... si impone alle istituzioni comunitarie e assume particolare importanza ove tale collaborazione riguardi le autorità giudiziarie degli Stati membri incaricate di vigilare sull'applicazione e sul rispetto del diritto comunitario nell'ordinamento giuridico nazionale. In tale contesto, i giudici nazionali da un lato e la Commissione e i giudici comunitari dall'altro, agiscono ciascuno in base alla funzione attribuita loro dal Trattato” (così ancora recentemente sentenza 11 giugno 2009, in causa *Inspecteur van de Belastingdienst contro X BV*, C-429/07).



diritto nazionale ovvero la validità di norme di diritto comunitario derivato. In relazione, per altro, alla sospensione di atti fondati su norme comunitarie la Corte ha prudentemente puntualizzato che i presupposti della sospensione devono concretizzarsi in “gravi dubbi sulla validità del regolamento comunitario” mentre il provvedimento cautelare deve mantenere il carattere provvisorio, limitato al momento in cui la Corte si pronuncerà nel merito sulla validità del regolamento. Quanto alla natura del pregiudizio, ha proseguito la Corte, “un pregiudizio meramente pecuniario non può, in linea di massima, considerarsi irreparabile”, mentre... “spetta al giudice del procedimento sommario esaminare le circostanze valutando gli elementi che consentono di accertare se l’immediata esecuzione dell’atto possa comportare in capo al ricorrente danni irreversibili”. Il giudice della sospensiva deve, poi, tenere pienamente conto del contrapposto “interesse della Comunità” nel senso che “ha l’obbligo di garantire la piena efficacia del diritto comunitario” e, in caso di dubbi sulla validità dei regolamenti comunitari, deve evitare che gli stessi “vengano esclusi senza una garanzia rigorosa”, ad esempio ponderando se “l’atto comunitario controverso non venga ad essere privato di ogni pratica efficacia in difetto di un’applicazione immediata”; ancora si deve valutare se la sospensione possa comportare per la Comunità un rischio finanziario, imponendo, in tal caso, la prestazione di garanzie quali cauzioni o sequestri.

Le argomentazioni sviluppate dalla Corte in relazione ai presupposti della sospensione di atti potenzialmente attuativi del diritto comunitario evocano il concetto di *periculum* bilaterale, utilizzato dal giudice amministrativo italiano per valutare i contrapposti interessi tra le parti del giudizio. D’altro canto un espresso monito alla contemporanea e bilanciata valutazione dei contrapposti interessi in sede cautelare si rinviene in materia di appalti proprio nella direttiva 665/89/CEE, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE, che, all’art. 2 par. 5 stabilisce: “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.”

Per quanto invece concerne la valutazione del *fumus boni iuris*, che costituisce il secondo presupposto della concessione delle misure cautelari, il nostro ordinamento ne ha incisivamente rafforzato il significato a partire dalla l. n. 205/2000, quando si è imposto al giudice di far espressamente emergere dalla motivazione del provvedimento cautelare suddetta valutazione. Nel giudizio amministrativo, infatti, storicamente la fase cautelare è stata caratterizzata da una maggiore attenzione al *periculum in mora* rispetto al *fumus* dell’istanza, tanto che in dottrina si sottolineava la concezione marcatamente “cautelare” della sospensiva¹⁰.

La giurisprudenza comunitaria espressasi in relazione alle direttive ricorsi ha sul punto statuito:

¹⁰ SATTA F., *op. cit.*, 606 che puntualizzava: “mentre in diritto il conflitto ha confini nettissimi, la sospensiva in senso stretto si colloca in un’area di confine tra legittimità ed opportunità: una valutazione di presumibile non infondatezza del ricorso è necessaria ma occorre valutare se sia “opportuno”, puramente e semplicemente opportuno, fermare l’azione dell’amministrazione e dei controinteressati a tutela dell’interesse del ricorrente... Per il caso di appalto l’identità del contraente in quanto tale è – e deve essere indifferente – per l’amministrazione; il conflitto è quindi essenzialmente tra privati. La sospensione dell’aggiudicazione impedisce però la realizzazione dell’opera pubblica e quindi coinvolge direttamente un interesse di rango superiore, “pubblico” appunto.” Si è tuttavia osservato che, sin da quanto con l’art. 2 del d.lg. n. 642/1948 il legislatore ha previsto la forma dell’ordinanza anziché del decreto per le pronunce sulle domande di sospensione, ha inteso sottolineare l’importanza della motivazione dei provvedimenti cautelari, SANCHINI M.R., *La tutela cautelare*, in Trattato di diritto amministrativo a cura di Sabino Cassese, V, Milano, 2003, 4497.



“L'art. 2 della direttiva 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici in materia di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, deve essere interpretato nel senso che non osta a che gli Stati membri prevedano che, quando un organo responsabile delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici statuisce su una domanda di provvedimenti provvisori, esso è tenuto o autorizzato a prendere in considerazione le prospettive di successo di una domanda di annullamento di una decisione dell'autorità aggiudicatrice fondata sull'illegittimità di quest'ultima, purché le norme nazionali così applicabili all'adozione di tali provvedimenti provvisori non siano meno favorevoli di quelle riguardanti ricorsi analoghi di natura interna e che non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giudico comunitario” (ordinanza 9 aprile 2003 in causa C-424/01). Nella sostanza la Corte si limita sul punto a ribadire il principio di equivalenza delle tutele, mancando un vincolo nella direttiva anche dopo le modifiche introdotte dalla direttiva 2007/66/CE

Infine, nel delineare gli *standards* della tutela cautelare delle posizioni giuridiche soggettive di derivazione comunitaria, appare fondamentale la sentenza Atalanta del 9 novembre 1995, in causa C-465/93, che ha affermato la “competenza dei giudici nazionali a concedere provvedimenti provvisori che modifichino o disciplinino le situazioni di diritto o i rapporti giuridici controversi in ordine ad un provvedimento amministrativo nazionale fondato su un regolamento comunitario che forma oggetto di un rinvio pregiudiziale per accertamento di validità”. La Corte in questa pronuncia ammette quindi espressamente la possibilità di concedere provvedimenti cautelari atipici e propulsivi.

Dirimente è stata poi l'influenza del diritto comunitario quanto ai rimedi cautelari *ante causam*, impostisi nel processo amministrativo proprio a partire dal settore degli appalti. Già con la sentenza 19 settembre 1996, in causa C-236/95, Commissione contro Repubblica Ellenica, la Corte era pervenuta ad affermare che l'ordinamento comunitario osta ad un sistema che subordina la concessione della misura cautelare alla previa introduzione del giudizio di merito. Il principio è stato ribadito nella sentenza 15 maggio 2003, in causa C-214/00, Commissione contro Regno di Spagna. Prestando attenzione alla descrizione in fatto della disciplina spagnola ivi valutata si rileva come la Corte abbia dato atto che la normativa spagnola consentiva la concessione di provvedimenti cautelari prima della proposizione del ricorso a condizione che l'interessato ne chiedesse conferma al momento della proposizione del ricorso, da introdursi entro dieci giorni dalla notifica dell'adozione del provvedimento cautelare. Interpretando la direttiva ricorsi 89/665/CEE, ed assumendo una posizione particolarmente rigorosa, la Corte è pervenuta ad affermare: “sebbene la normativa spagnola preveda la possibilità di adottare provvedimenti provvisori consistenti in un *facere*, tuttavia essa non può essere considerata come un sistema di tutela giurisdizionale provvisorio adeguato al fine di porre rimedio in modo efficace alle violazioni eventualmente commesse dalle amministrazioni aggiudicatrici, in quanto impone, come regola generale, la previa proposizione di un ricorso di merito quale condizione per adottare un provvedimento provvisorio contro una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice. Tale considerazione non è confutata dal fatto che, nell'ambito della sospensione per via giudiziaria, il ricorso può essere proposto con semplice atto scritto e che l'atto introduttivo del ricorso può essere formulato successivamente alla domanda di provvedimento provvisorio, dal momento che l'obbligo



di un previo esperimento di tale formalità non può neanche essere considerato compatibile con i precetti della direttiva 89/665/CEE, come precisati nella già sentenza Commissione/Grecia.” *Prima facie* la sentenza sembra non solo imporre la tutela *ante causam* ma potenzialmente scardinare la naturale strumentalità strutturale delle misure cautelari vigenti nel nostro ordinamento, quantomeno nell’ambito della normativa di derivazione comunitaria. Attenta dottrina¹¹ ha letto la pronuncia nel senso non di una generalizzata censura a procedimenti cautelari *ante causam* caratterizzati dalla strumentalità necessaria, bensì di critica di una specifica disciplina che concepiva la misura cautelare *ante causam* comunque come eccezionale; non si è mancato tuttavia di rilevare come lo stesso legislatore spagnolo abbia inteso la pronuncia in senso tale da imporre una misura autonoma dal giudizio di merito, introducendola con l’art. 67 della l. 30 dicembre 2003 n. 62.

Sulla scorta di questo rigoroso orientamento giurisprudenziale, su sollecitazione del TAR Lombardia, sezione staccata di Brescia, la Corte ha ribadito in relazione all’ordinamento italiano, nell’ordinanza 29 aprile 2004, in causa C-202/03: “L’art. 2, n. 1, lett. a), della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, come modificato dalla direttiva 92/50/CEE, deve essere interpretato nel senso che gli Stati membri sono tenuti a conferire ai loro organi competenti a conoscere dei ricorsi la facoltà di adottare, indipendentemente dalla previa proposizione di un ricorso di merito, qualsiasi provvedimento provvisorio, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica dell’appalto in esame”.

In chiusura dell’analisi della giurisprudenza comunitaria non può tuttavia non evidenziarsi la asimmetria o “geometria variabile”¹² di garanzie proprie della tutela cautelare che si riscontra all’interno dello stesso formante giurisprudenziale comunitario a seconda che oggetto del giudizio sia l’*enforcement* del diritto comunitario negli Stati membri ovvero la tutela cautelare avverso gli atti delle istituzioni comunitarie. E’ curioso notare come il livello minimo di garanzie prescritte precipiti quando si giudica di questi ultimi.

La tutela cautelare avverso gli atti delle istituzioni soggiace infatti, tra l’altro, alle seguenti condizioni, talvolta in palese contrasto con il livello di garanzia richiesto agli Stati membri:

- occorre la previa instaurazione di un giudizio di merito (così espressamente l’art. 83 par. 1 del regolamento di procedura della Corte di Giustizia e l’art. 104 par. 1 del regolamento di procedura del Tribunale);
- è esclusa l’adozione di provvedimenti provvisori di carattere sostitutivo, con particolare inammissibilità della sospensione dei provvedimenti negativi puri (così già a partire dalla nota ordinanza De Lacroix del 15 ottobre 1976, con la quale la Corte di Giustizia ha ritenuto inammissibile la domanda cautelare di un concorrente escluso da un concorso. *Idem* l’ordinanza del Presidente della Corte del 30 aprile 1997, in causa C-89/97, P. Moccia Irme s.p.a. contro Commissione, che ha affermato che: “in linea di massima, una domanda di sospensione dell’esecuzione è inconcepibile quando riguarda una decisione amministrativa

¹¹ SANDULLI M. A. *Diritto europeo e processo amministrativo. Relazione al secondo seminario franco-italiano di diritto amministrativo, Parigi, 12-13 ottobre 2007*, in www.giustizia-amministrativa.it

¹² MORBIDELLI G., *La tutela giurisdizionale dei diritti nell’ordinamento comunitario*, Milano, 2001, 46



negativa, dato che la sospensione non può avere l'effetto di modificare la situazione del richiedente". Più recentemente si veda l'ordinanza 18 marzo 2008 in causa Aer Lingus Group contro Commissione, T-411/07, secondo cui: "non è concepibile una domanda di sospensione dell'esecuzione diretta contro una decisione amministrativa negativa, dato che la concessione di siffatta sospensione non può avere l'effetto di modificare la situazione del richiedente. Pertanto, poiché siffatta domanda non presenta alcun interesse per il richiedente, dev'essere respinta, salvo nei limiti in cui la sospensione possa risultare necessaria al fine di adottare altri provvedimenti provvisori da egli richiesti, nel caso in cui il giudice del procedimento sommario ritenga ricevibili e fondate le relative domande").

4. La tutela cautelare ante causam nell'ordinamento italiano

Pressato dal monito della Corte di Giustizia il legislatore italiano, con l'art. 245 del d.lgs. n. 163/2006 (oggi migrato nell'art. 120 del c.p.a.), ha introdotto, limitatamente al settore degli appalti, la tutela cautelare *ante causam*¹³.

L'introduzione della tutela cautelare *ante causam* come peculiarità di un singolo ambito, seppure di certa rilevanza comunitaria, ha immediatamente indotto la sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato ad osservare, nel parere n. 355, reso all'adunanza del 6 febbraio 2006: "sussiste il problema della possibile disparità di trattamento che le disposizioni in esame potrebbero ingenerare. Prevedere la tutela cautelare *ante causam* solo nel settore dei pubblici appalti – pur nella peculiarità degli interessi coinvolti – potrebbe non superare il vaglio di costituzionalità per disparità di trattamento allorché si evidenzi che, anche in altre materie, si è in presenza della medesima situazione giuridica soggettiva tutelata nella materia degli appalti. Tuttavia, la portata della delega non consente tale pur auspicabile estensione della tutela anche a settori diversi da quelli in esame. Valuterà pertanto l'Amministrazione se non sia il caso di assumere una specifica ed urgente iniziativa legislativa diretta a prevedere la tutela cautelare per la generalità dei casi di giurisdizione amministrativa."

L'iniziativa legislativa è effettivamente stata assunta con l'art. 44 co. 2 l. n. 69/2009 di delega al governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo il cui co. 2 lett. f) ha dettato il seguente principio e criterio direttivo:

"..f) riordinare la tutela cautelare, anche generalizzando quella *ante causam*, nonché il procedimento cautelare innanzi al giudice amministrativo in caso di ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato, prevedendo che:

1) la domanda di tutela interinale non può essere trattata fino a quando il ricorrente non presenta istanza di fissazione di udienza per la trattazione del merito;

2) in caso di istanza cautelare *ante causam*, il ricorso introduttivo del giudizio è notificato e depositato, unitamente alla relativa istanza di fissazione di udienza per la trattazione del merito, entro i termini di decadenza previsti dalla legge o, in difetto di essi, nei sessanta giorni dall'istanza cautelare, perdendo altrimenti ogni effetto la concessa tutela interinale."

Conseguentemente l'art. 61 del c.p.a. oggi disciplina la tutela cautelare *ante causam* quale rimedio generalizzato nel processo amministrativo. Esso stabilisce che l'istanza,

¹³ In dottrina l'introduzione dell'art. 245 del d.lgs. n. 163/2006 è stata qualificata come "ricaduta diretta di carattere innovativo" della giurisprudenza comunitaria sull'ordinamento nazionale, VERCILLO G, *La tutela cautelare nel processo amministrativo ed il paradigma imposto dalla Corte di Giustizia nell'ottica del giudizio sul rapporto*, in www.giustamm.it, n. 10/2008



notificata con le forme prescritte per la notificazione del ricorso, si presenti al Presidente del Tar il quale, salvo delega e ove si ritenga competente per territorio, provvede accertato il perfezionamento della notificazione ed eventualmente sentite le parti interessate, senza formalità; se l'urgenza non consente di verificare il perfezionamento della notificazione il decreto può comunque essere concesso, salvo revoca. Il provvedimento di accoglimento è notificato agli interessati nel termine perentorio non superiore a cinque giorni e perde efficacia ove, entro quindici giorni dalla sua emanazione, non venga notificato il ricorso, corredato di domanda cautelare e depositato, unitamente all'istanza di fissazione d'udienza, nei cinque giorni dalla notificazione. Le misure cautelari *ante causam* perdono comunque efficacia decorsi 60 giorni dalla loro emissione.

Queste misure non devono ovviamente essere confuse con il decreto presidenziale previsto dall'art. 56 c.p.a., il quale interviene in corso di causa per soddisfare le esigenze cautelari che si possono manifestare tra la notificazione del ricorso e la camera di consiglio fissata per la trattazione collegiale dell'istanza cautelare.

In definitiva si può concludere che vi è stato un percorso evolutivo della giurisprudenza nazionale e comunitaria in materia cautelare parallelamente volto all'ampliamento degli strumenti di tutela dei ricorrenti, con l'unica vera fuga in avanti del giudice comunitario concernente la tutela cautelare *ante causam*.

5. Il fattivo superamento delle esigenze cautelari *ante causam* con il rafforzamento delle clausole “*standstill*”

La direttiva ricorsi 89/665/CEE che, come visto, ha costituito la base normativa sulla quale la Corte di Giustizia ha elaborato i principi afferenti la tutela cautelare *ante causam*, è stata modificata ad opera della direttiva 2007/66/CE. E' pacifico che la direttiva del 2007 ha tra i suoi obiettivi, per meglio garantire l'effettività delle norme di evidenza pubblica di matrice comunitaria, quello di impedire la cosiddetta “corsa alla stipulazione del contratto” e quindi di evitare in radice che un soggetto scelto con modalità non rispettose dell'evidenza pubblica comunitaria diventi irreversibilmente contraente dell'amministrazione aggiudicatrice¹⁴. A questo fine è certamente fondamentale il momento della tutela cautelare, perché fisiologicamente volto a paralizzare il realizzarsi di situazioni irreversibili pregiudizievoli per l'utile esito del giudizio, là dove per “utile esito” per il ricorrente in materia di appalti si intende la soddisfazione della pretesa consistente nel conseguimento del contratto.

¹⁴ Si legge nel terzo e quarto considerando della direttiva 2007/66/CE: “(3) Le consultazioni delle parti interessate e la giurisprudenza della Corte di Giustizia hanno evidenziato una serie di lacune nei meccanismi di ricorso esistenti negli Stati membri. A causa di tali carenze i meccanismi di cui alle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE non permettono sempre di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie, soprattutto in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette. Di conseguenza le garanzie di trasparenza e non discriminazione che costituiscono l'obiettivo di tali direttive dovrebbero essere rafforzate per garantire che la Comunità nel suo complesso benefici pienamente degli effetti positivi dovuti alla modernizzazione e alla semplificazione delle norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, operate dalle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE. E' opportuno quindi modificare le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE aggiungendo le precisazioni indispensabili per raggiungere i risultati prescritti dal legislatore comunitario. (4) Fra le carenze constatate figura in particolare l'assenza di un termine che consenta un ricorso efficace tra la decisione di aggiudicazione di un appalto e la stipula del relativo contratto. Ciò induce talvolta le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori desiderosi di rendere irreversibili le conseguenze di una decisione di aggiudicazione contestata a procedere molto rapidamente alla firma del contratto. Per rimediare a questa carenza, che costituisce un serio ostacolo ad una effettiva tutela giurisdizionale degli offerenti interessati, vale a dire coloro che non sono stati ancora definitivamente esclusi, è opportuno prevedere un termine sospensivo minimo, durante il quale la stipula del contratto in questione è sospesa, indipendentemente dal fatto che quest'ultima avvenga o meno al momento della firma del contratto.”



In questo contesto è intervenuto un radicale mutamento di impostazione degli strumenti di tutela, per quanto concerne la fase *ante causam*; può dirsi infatti che la tutela cautelare *ante causam*, che dal diritto comunitario degli appalti è stata sostanzialmente imposta al nostro ordinamento, finendo per espandersi ad ogni ambito del diritto amministrativo, è stata per lo più superata dal diritto comunitario stesso con l'introduzione delle clausole di *stand still* e di sospensione automatica, le quali di fatto assorbono l'utilità di un provvedimento cautelare *ante causam*.

Le clausole trovano il loro fondamento negli artt. 1, 2, 2 *bis* e 2 *ter* delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, come modificate dalla direttiva 2007/66/CE, la cui scadenza era stata fissata al 20 dicembre 2009. La direttiva 2007/66/CE è stata recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. n. 53/2010, la cui disciplina processuale è poi confluita nel codice del processo amministrativo, d.lgs. n. 104/2010. Per la parte sostanziale essa ancora è collocata nel codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 163/2006, come modificato dal d.lgs. n. 53/2010.

Ai sensi della direttiva lo *stand still* (di cui qui non si tratterà approfonditamente) è il termine dilatorio che deve intercorrere *ex lege* tra aggiudicazione e stipulazione del contratto. Trattasi di effetto di carattere "sostanziale", previsto già prima della direttiva 2007/66/CE e finalizzato a garantire un momento di soluzione di continuità nella procedura, che assicuri agli interessati un congruo lasso di tempo per valutare se presentare ricorso; con la direttiva 2007/66/CE esso è stato rafforzato con la previsione di puntuali conseguenze sanzionatorie per il caso di sua inosservanza; la sospensione è destinata a saldarsi eventualmente con il cosiddetto "effetto sospensivo", ossia con l'ulteriore impedimento alla stipulazione del contratto derivante dalla proposizione di un ricorso avverso un atto di aggiudicazione definitiva¹⁵.

L'effetto sospensivo trova fondamento nell'art. 2 par. 3 della direttiva 89/665/CEE¹⁶, come modificato dalla direttiva 2007/66/CE. L'effetto sospensivo nella direttiva deve ritenersi istituto di carattere obbligatorio per gli Stati membri¹⁷. Sul punto l'inversione di prospettiva è significativa rispetto alla precedente direttiva che tendeva ad escludere la portata sospensiva automatica di eventuali ricorsi, principio tuttora ribadito dall'art. 2 par. 4 appunto con la significativa eccezione proprio dell'impugnazione delle decisioni di aggiudicazione. La direttiva lascia agli Stati membri la scelta sia in ordine alla durata dello *standstill*, di cui impone solo una durata minima¹⁸, sia in ordine al "termine finale"

¹⁵ Si legge rispettivamente nel sesto e dodicesimo considerando della direttiva 2007/66/CE: "(6) Il termine sospensivo dovrebbe concedere agli offerenti interessati sufficiente tempo per esaminare la decisione d'aggiudicazione dell'appalto e valutare se sia opportuno attivare una procedura di ricorso...(12) La proposizione di un ricorso poco prima dello scadere di un termine sospensivo minimo non dovrebbe privare l'organo responsabile delle procedure di ricorso del tempo minimo indispensabile per intervenire, in particolare per prorogare il termine di sospensione per la conclusione del contratto. E' pertanto necessario prevedere un termine sospensivo minimo autonomo, che non dovrebbe scadere prima che l'organo di ricorso si sia pronunciato sulla domanda. Ciò non dovrebbe impedire all'organo di ricorso di formulare una valutazione preliminare circa la ricevibilità del ricorso come tale. Gli stati membri possono decidere che tale termine scada quando l'organo di ricorso abbia preso una decisione circa la domanda di provvedimenti cautelari anche riguardo ad un'ulteriore sospensione della stipula del contratto, o quando l'organo di ricorso abbia preso una decisione sul merito della questione, in particolare sulla domanda di annullamento delle decisioni illegittime."

¹⁶ Esso recita: "Qualora un organo di prima istanza, che è indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice, riceva un ricorso relativo ad una decisione di aggiudicazione di un appalto, gli Stati membri assicurano che l'amministrazione aggiudicatrice non possa stipulare il contratto prima che l'organo di ricorso abbia preso una decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso."

¹⁷ GRECO G., *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in www.giustamm.it; *idem* BARTOLINI A., FANTINI S., *La nuova direttiva ricorsi*, in *Urbanistica e appalti* 10/2008, 1096

¹⁸ Recita l'art. 2bis par. 2 della direttiva 89/665/CEE come modificato dalla direttiva 2007/66/CE: "La conclusione di un contratto in seguito alla decisione di aggiudicazione di un appalto disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE non può avvenire prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione di aggiudicazione dell'appalto è stata inviata agli offerenti e ai candidati interessati, se la spedizione è avvenuta per fax o per via elettronica, oppure se la spedizione è avvenuta con altri mezzi di comunicazione prima dello scadere di un termine di almeno quindici giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di ricezione della decisione di aggiudicazione dell'appalto". Il legislatore nazionale, all'art. 11 co. 10 del d.lgs. n. 163/2006, come modificato dal d.lgs. n. 53/2010, ha scelto un termine di *stand still* di 35 giorni dall'invio dell'ultima delle



dell'effetto sospensivo derivante dal ricorso giurisdizionale, che può essere individuato o nell'adozione di un provvedimento cautelare o in una sentenza di merito. Ciò che per altro pare evidente è che il potenziale saldarsi dei due effetti sospensivi nella prassi supera l'esigenza di un provvedimento cautelare *ante causam*.

6. La disciplina nazionale dell'effetto sospensivo indotto dall'istanza cautelare

L'art. 44 co. 3 della l. n. 88/2009 (legge delega per il recepimento della direttiva 2007/66/CE) ha demandato al legislatore delegato di:

...g) recepire l'articolo 2, paragrafi 3 e 4, della direttiva 89/665/CEE e l'articolo 2, paragrafi 3 e 3-*bis*, della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, prevedendo la sospensione della stipulazione del contratto in caso di proposizione di ricorso giurisdizionale avverso un provvedimento di aggiudicazione definitiva, accompagnato da contestuale domanda cautelare e rivolto al giudice competente, con i seguenti criteri:

1) la competenza, sia territoriale che per materia, è inderogabile e rilevabile d'ufficio prima di ogni altra questione¹⁹;

2) la preclusione alla stipulazione del contratto opera fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare definitivo, ovvero fino alla pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado, in udienza o entro i successivi sette giorni, se la causa può essere decisa nel merito nella camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare;”

Il legislatore delegante ha pertanto sciolto l'alternativa comunitaria fissando il termine dell'effetto sospensivo in connessione con un provvedimento cautelare, fatto salvo il caso di pronuncia semplificata nel merito già all'esito della camera di consiglio fissata per l'esame dell'istanza cautelare, con pubblicazione del dispositivo immediatamente o nei sette giorni successivi. Sono, quindi, state tenute in considerazione le preoccupazioni dei primi commentatori²⁰ che avevano visto nella sospensione automaticamente indotta dalla proposizione del ricorso uno strumento di tutela suscettibile di possibile uso distorto al mero fine di paralizzare le procedure mediante il deposito di ricorsi infondati o pretestuosi; si auspicava quindi che l'effetto sospensivo scattasse solo ove fosse presentata un'istanza cautelare, in quanto sintomatica di un reale interesse alla rapida definizione del contenzioso, e comunque limitatamente al momento di definizione del giudizio cautelare medesimo.

In questa direzione si è mosso il legislatore delegato del d.lgs. n. 53/2010 che, intervenendo sull'art. 11 co. 10 *ter* del d.lgs. n. 163/2006, ha previsto, con espressione poco felice, che, ove sia impugnata, con contestuale domanda cautelare, l'aggiudicazione

comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva. Tale termine, che precedentemente era di 30 giorni, è stato ritenuto idoneo a consentire che gli interessati si attivino in sede giudiziaria per la tutela delle proprie ragioni, a fronte di un modificato termine per presentare ricorso, introdotto sempre dal d.lgs. n. 53/2010, di 30 giorni (anziché come in precedenza 60) dalla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione, venendosi a creare una complessiva armonia dei termini; ciò tanto più se si considera l'esclusione del rimedio del ricorso straordinario al capo dello Stato in questa materia. L'art. 11 del d.lgs. n. 163/2006 contempla anche alcune ipotesi di deroga allo *stand still*, che esulano dai limiti della presente trattazione.

¹⁹ Sulla complessiva problematica della competenza territoriale, irrigidita dal codice del processo amministrativo anche in relazione alla fase cautelare, che esula dai limiti della presente trattazione, si ricorda che pende questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tar Napoli sez. I con ordinanza n. 800 del 18 novembre 2010.

²⁰ DE NICTOLIS R., *La riforma del codice appalti- La nuova direttiva ricorsi*, in Urb. e appalti, fasc. 6/08, 665; *idem* CONTESSA C., *Tutela cautelare e diritto comunitario: spunti ricostruttivi di un rapporto difficoltoso*, in www.giustizia-amministrativa.it



definitiva, la stipulazione del contratto resti preclusa “dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 14, comma 4, del codice del processo amministrativo, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare”.

La disposizione appare quantomeno bizantina nella formulazione.

Quanto al *dies a quo* dell'effetto sospensivo tanto l'art. 11 co. 10 *ter* che la legge delega lo individuano nel momento della “notificazione dell'istanza cautelare”. Poiché è pacifico che l'istanza cautelare possa essere proposta contestualmente al ricorso di merito ovvero separatamente si è posto il problema se un'istanza cautelare successivamente proposta possa indurre l'effetto sospensivo. La legge delega, come anche *l'incipit* dell'art. 11 comma 10 *ter*, sono chiari nel prescrivere la “contestualità” tra l'istanza cautelare e il ricorso di merito ai fini della sospensione; d'altro canto, tuttavia, in dottrina si è osservato come la *ratio* della norma potrebbe essere rispettata anche in caso di notificazione separata dell'istanza cautelare ma pur sempre nei trenta giorni previsti a pena di decadenza per l'impugnazione²¹.

E' poi frutto di difetto di coordinamento normativo il rinvio all'inesistente art. 14 co. 4 del c.p.a.. Il refuso si comprende se si tiene conto delle diverse versioni che si sono susseguite prima della definitiva approvazione del testo del c.p.a. Nella bozza del codice licenziata il 23 aprile 2010 esisteva un articolo 14 co. 4 che così recitava: “Per la competenza nel processo avente ad oggetto le materia di cui al libro IV, titolo V, capo II, si applica l'articolo 120, co. 5”. Quest'ultimo, nella coeva versione, prevedeva che, in materia appunto di appalti: “la competenza territoriale del tribunale amministrativo regionale è inderogabile ai sensi dell'art. 14 e il relativo difetto è rilevato, anche d'ufficio con ordinanza ai sensi dell'art. 16, con riduzione dei termini ivi previsti alla metà”. Infine l'art. 16 dettava, come oggi detta, se pur con alcune qui non rilevanti differenze, la disciplina del rilievo dell'incompetenza per le fattispecie di competenza inderogabile. Il rinvio a catena di norme si rendeva in allora necessario perché, in quella versione del codice, da una parte i casi di competenza territoriale inderogabile erano limitati, rispetto al testo poi definitivamente licenziato, e concentrati nell'art. 14 del codice, dall'altra il rito speciale degli appalti trovava collocazione espressa nel solo art. 120; l'inderogabilità della competenza per il medesimo prevista aveva quindi richiesto un coordinamento tra l'art. 14 co. 4 e l'art. 120.

Con la versione del codice definitivamente licenziata le fattispecie di competenza inderogabile sono divenute da eccezione norma (tali essendo sia quelle dell'art. 13 che quelle dell'art. 14 del c.p.a.) e il rito speciale appalti ha trovato disciplina nel combinato disposto degli artt. 119 e 120 c.p.a.. Il nuovo comma 3 dell'art. 14, richiamando l'art. 119 c.p.a. quale ipotesi di competenza inderogabile, include quindi anche le vertenze regolate con il rito degli appalti, cui conseguentemente si applicherà la disciplina del rilievo dell'incompetenza dettata dall'art. 16, in forza del semplice rinvio, contenuto nel vigente

²¹ GALLI D., *Il recepimento della direttiva ricorsi tra nuovi e vecchi problemi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 9/2010, 901



art. 14 co. 3, all'art. 119. Nella definitiva approvazione del codice è mancato quindi il coordinamento tra il nuovo testo dell'art. 14 c.p.a. e l'allegato 4 art. 3 co. 19 lett. a) del c.p.a. medesimo, che ha inserito il rinvio al c.p.a. nel testo dell'art. 11 co. 10 ter del d.lgs. n. 163/2006, mantenendo l'erronea indicazione di "art. 14 co. 4". Nei correttivi al codice in corso di approvazione è allo stato previsto che il rinvio all'art. "14 co. 4" del c.p.a., di cui all'art. 11 co. 10 ter del d.lgs. n. 163/2006 venga sostituito con un rinvio all'art. "14 co. 3" del c.p.a.

In sostanza il sopravvissuto erroneo rinvio altro non vuole significare se non che l'effetto sospensivo cessa quando il giudice si dichiara incompetente, e ciò faccia con le modalità previste per la declaratoria di incompetenza in fattispecie di competenza inderogabile, oggi risultanti dal combinato disposto degli artt. 13, 14 e 16 del c.p.a.

Al di là del refuso, la cessazione dell'effetto sospensivo in ipotesi di declaratoria di incompetenza territoriale in fase cautelare pone problemi sistematici e anche di coordinamento con la legge delega.

Rispetto alla legge delega la norma esordisce innanzitutto con un termine in più, sancendo che la stipulazione del contratto sia inibita per venti giorni dalla notificazione del ricorso "a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare". Il termine dovrebbe in effetti consentire la trattazione dell'istanza in camera di consiglio; ove tuttavia ciò non dovesse avvenire l'esordio del periodo deve essere coordinato con la parte finale della disposizione, la quale fa comunque salvi gli effetti sospensivi fino alla pronuncia di un provvedimento cautelare o di merito "se successiva". A questo punto, per dare un significato al primo termine dei venti giorni (che, pendente l'istanza cautelare, potrebbe comunque essere superato, con salvezza della sospensione fino alla pronuncia di un provvedimento in forza dell'ultima parte della norma), dovrebbe immaginarsi l'ipotesi che, nei venti giorni, l'istanza cautelare sia stata decisa in senso negativo; in tal caso l'effetto sospensivo permanerebbe comunque *ex lege* per almeno venti giorni, essendosi verificata la sola condizione dell'intervento di "un provvedimento cautelare" (quale che ne sia l'esito), consentendosi così, nelle more, alla parte eventualmente interessata un ulteriore margine per sollecitare il giudice d'appello²².

La legge delega ancorava la cessazione dell'effetto sospensivo ad un "provvedimento cautelare definitivo" ovvero ad una "sentenza" o "dispositivo". La nozione di "provvedimento cautelare definitivo" dovrebbe essere riferita a un provvedimento non più appellabile, perché di secondo grado, o perché sono scaduti i termini di impugnazione²³. Sulla scorta della legge delega, pertanto, la pronuncia cautelare esauriva l'effetto sospensivo in quanto "definitiva" o quantomeno poiché tale da pronunciarsi sul merito della vertenza. Il legislatore delegato invece ha ritenuto di far cessare l'effetto sospensivo anche in caso di declaratoria di incompetenza *tout court* in fase cautelare; questa ovviamente nulla dice quanto al merito e tanto meno può essere qualificata "definitiva", poiché non chiude affatto l'incidente cautelare ma demanda il vaglio dell'istanza ad altro giudice il quale, salvo conflitti di competenza, dovrà pronunciare un provvedimento cautelare di primo grado. La scelta del legislatore delegato di porre sullo stesso piano una decisione cautelare, che oggi fisiologicamente comporta una espressa valutazione di *fumus*, o addirittura una decisione semplificata di merito e per contro una declaratoria di

²² DE NICTOLIS R., *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 14

²³ Per un caso di espresso utilizzo del concetto di "pronunce cautelari definitive" si veda Cons. Stato, ord., sez. VI, 9 aprile 2010 n. 115, che le definisce esattamente come suggerito nel testo, ritenendo ammissibile il rimedio dell'opposizione ordinaria di terzo avverso tale tipologia di provvedimenti, assistiti dal cosiddetto "giudicato cautelare"



incompetenza suscita non poche perplessità sistematiche, oltre che non rispondere al criterio dettato dalla legge delega. Neppure la fattispecie è assimilabile al rinvio al merito concordato tra le parti (le quali in tal modo volontariamente rinunciano alla decisione cautelare e quindi all'effetto sospensivo) o ancora all'effetto di cosiddetta "attrazione del merito", che si verifica quando, in sede cautelare, il collegio, ritenuta la fondatezza dell'istanza, fissa immediatamente il merito, pur senza emettere un espresso provvedimento cautelare. Se è pur vero che in tale ultimo caso potrebbe verificarsi il rischio di una improvvida stipulazione del contratto vero è anche che è appunto rimessa alla sensibilità del collegio la rapida fissazione del merito, senza emettere provvedimenti nelle more idonei a paralizzare possibili effetti irreversibili, e quindi verosimilmente o si richiederà l'accordo delle parti circa la non stipulazione del contratto o si sarà valutata attentamente l'insussistenza di tale rischio.

La cosiddetta "attrazione del merito", infatti, è un meccanismo previsto in termini generali dall'art. 55 co. 10 del c.p.a. e ribadito, per i riti speciali, dall'art. 119 co. 3 del c.p.a., che si distingue dalla regola generale solo perché impone un termine puntuale (per altro ordinario) di trenta giorni dal deposito dell'ordinanza cautelare per la fissazione dell'udienza di merito. Nella fisiologia del codice il ricorso assistito da profili di fondatezza comporta quindi la fissazione rapida dell'udienza di merito *tout court* senza una espressa pronuncia cautelare; solo in caso di "estrema gravità ed urgenza" si dovrebbe pronunciare il provvedimento cautelare. Simile meccanismo non tiene conto tuttavia delle peculiarità proprie della materia degli appalti; infatti, poiché l'effetto sospensivo cessa in mancanza di espresso provvedimento cautelare, il sistema, che di norma dovrebbe con la rapida definizione del giudizio di merito meglio soddisfare l'interesse del ricorrente, nello specifico contesto degli appalti potrebbe vanificare fisiologicamente la garanzia della sospensione legale. Nella prassi questo ha comportato che il provvedimento cautelare venga quasi sempre pronunciato espressamente, salve le particolari ipotesi prima ricordate e da valutare caso per caso, poiché l'obiettivo comunitario di inibire la "corsa alla stipulazione" crea una sorta di "estrema gravità ed urgenza" di legge²⁴.

Il legislatore delegato è tuttavia parso più preoccupato di evitare il protrarsi della paralisi dell'azione amministrativa.

Il disposto normativo riferito al "provvedimento cautelare di primo grado" o all'alternativa decisione semplificata emessa all'esito della "camera di consiglio" conduce ad escludere che qualsivoglia influenza sull'effetto sospensivo possa essere spiegata dai decreti monocratici (*ante causam* o in corso di causa), sia perché a rigore sono pronunciati "in unico grado" e non in "primo grado", sia perché non necessariamente connessi ad una "camera di consiglio".

Infine, ai sensi dell'art. 2 par. 3 della direttiva nel testo risultante dopo le modifiche ad opera della 2007/66/CE, "la sospensione cessa non prima della scadenza del termine sospensivo" (*stand still*). La legge italiana si limita a precisare all'art. 11 del d.lgs. n. 163/2006 che, prima dello spirare del termine di *stand still*, il contratto non può "comunque" essere stipulato, dato che non può che essere inteso in senso conforme alla direttiva. Per altro resta ipotesi abbastanza di scuola quella secondo cui, allo scadere del trentacinquesimo giorno decorrente dall'invio dell'ultima comunicazione di avvenuta aggiudicazione, si siano già anche verificate la presentazione di un ricorso e il successivo

²⁴ La discrasia sistematica era correttamente rilevata da BARTOLINI A, FANTINI S., *La nuova direttiva ricorsi, urb. e appalti*, 10/2008, 1098, che auspicava una armonizzazione legale delle discipline che consentisse al collegio, per senza provvedere espressamente in via cautelare, di prorogare lo *stand still* sostanziale.



decorso di quantomeno venti giorni, ovvero l'intervenuta decisione sull'istanza cautelare, con esaurimento quindi anche della fisiologica sospensione processuale²⁵.

La disciplina dell'effetto sospensivo trova poi il suo completamento nell'art. 120 del c.p.a. L'istituto, per altro, complessivamente appartiene certamente più al diritto sostanziale che processuale²⁶; pertanto il "trasloco" nell'ambito del codice del processo amministrativo è stato solo parziale e sempre per tale ragione si giustifica anche la peculiare disciplina di cui all'art. 120 co. 4 del c.p.a., a mente del quale, quando sia impugnata l'aggiudicazione definitiva, "se la stazione appaltante fruisce del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, il ricorso è notificato, oltre che presso detta Avvocatura, anche alla stazione appaltante nella sua sede reale, in data non anteriore alla notifica presso l'Avvocatura, e al solo fine dell'operatività della sospensione obbligatoria".

La norma specifica, proprio perché non si tratta di un istituto processuale in senso stretto, che ai fini dell'effetto sospensivo, la notificazione del ricorso deve avvenire in ogni caso presso la sede reale della stazione appaltante; tanto risponde anche all'esigenza pratica di rendere immediatamente edotta quest'ultima della paralisi dell'attività contrattuale. Poiché tuttavia l'effetto sospensivo presuppone la proposizione di una istanza cautelare, per la sua corretta operatività, occorre che, precedentemente, il ricorso sia stato correttamente notificato e, ove si tratti di amministrazione domiciliata a fini processuali presso l'Avvocatura dello Stato, necessariamente presso quest'ultima; ciò perché solo la notificazione presso il domicilio eletto *ex lege* comporta l'instaurazione del rapporto processuale il quale a sua volta giustifica l'effetto sospensivo. Inoltre, sotto il profilo strettamente processuale, il sistema delle notificazioni è governato, in seguito ai noti e plurimi interventi della Corte Costituzionale, dal meccanismo della scissione soggettiva degli effetti della notificazione, sicché per il notificante, al fine di non incorrere in decadenza, rileverà il momento di consegna dell'atto notificando all'ufficiale giudiziario; siffatto principio non opererà ovviamente in relazione ad un tipico effetto che si produce nella sfera giuridica del notificato, quale l'effetto sospensivo, esattamente come avviene ad esempio per il caso di interruzione della prescrizione, sicché ai fini di paralizzare la stipulazione del contratto, non potrà che avere rilievo il momento in cui il destinatario dell'effetto inibitorio ne è edotto. In definitiva l'effetto sospensivo si produrrà dal momento in cui la stazione appaltante riceverà presso la sua sede reale la notificazione; perché tale effetto sia correttamente prodotto occorrerà tuttavia verificare che sia stato previamente instaurato il rapporto processuale, ponendo attenzione al momento in cui la notificazione, presso l'eventualmente diverso domicilio legale, è stata richiesta dal ricorrente.

Infine la suddivisione della disciplina dell'effetto sospensivo tra il codice dei contratti e il codice del processo comporta, sul piano dell'ambito oggettivo di applicazione, che

²⁵ Non pare condivisibile la tesi, prospettata in dottrina (BARTOLINI A, FANTINI S., *La nuova direttiva ricorsi, urb. e appalti*, 10/2008, 1096), secondo cui vi sarebbe un vero e proprio "divieto di discutere e decidere la controversia" durante la sospensione sostanziale. Simile risultato confligge con la complessiva *ratio* acceleratoria della decisione, propria dell'intera direttiva; in verità è ben possibile che, essendo i potenziali ricorrenti più di uno, ancorché una prima vertenza sia stata definita nell'ambito dello *stand still period*, a ridosso della sua scadenza venga attivato un altro ricorso in relazione al quale persiste il diritto di fruire della garanzia dell'intero periodo di *stand still* prima di determinarsi in un senso o nell'altro in ambito contenzioso. La *ratio* della disciplina sembra però coerentemente rispettata semplicemente inibendo la stipula del contratto sino al fisiologico esaurimento del lasso di tempo ritenuto congruo per garantire a chicchessia la possibilità di attivarsi in sede giudiziaria; se per ipotesi tale lasso di tempo consentisse anche l'esaurimento di una prima fase giudiziale, ciò non contrasterebbe con gli scopi della norma comunitaria.

²⁶ LIPARI M, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, in www.giustamm.it, il quale analizza il susseguirsi della disciplina di recepimento della direttiva 2007/66/CE nel d.lgs. n. 53/2010 immediatamente seguito dallo spostamento nel nuovo codice del processo amministrativo delle parti strettamente processuali; l'autore evidenzia come, per quanto concerne l'effetto sospensivo indotto dalla presentazione del ricorso, correttamente il medesimo continui a trovare spazio nel codice dei contratti, appunto in ragione della sua vocazione sostanziale.



mentre le norme dettate dall'art. 120 del c.p.a. sono genericamente riferite, per il tramite del rinvio all'art. 119 c.p.a., ai “provvedimenti concernenti l'affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture” le norme della parte I, titolo I del codice degli appalti, tra le quali si colloca l'art. 11 co. 10 *ter*, trovano la differenziata applicazione che il codice medesimo sancisce e pertanto, a rigore, non coinvolgono, ad esempio, i cosiddetti settori esclusi. In dottrina se ne è peraltro auspicata una estensione applicativa e generalizzata, previa qualificazione quali norme di principio²⁷.

²⁷ GALLI D., *Il recepimento della direttiva ricorsi tra nuovi e vecchi problemi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 9/2010, 897.



Iniziativa di parte e poteri d'ufficio nel processo sui contratti della P.A.

*Carlo Emanuele Gallo**

Sommario: 1. I principi generali. – 2. La fissazione dell'udienza di discussione del ricorso. – 3. La domanda di inefficacia del contratto. – 4. L'applicazione delle sanzioni alternative. - 5. Le sanzioni nel Decreto Sviluppo.

1. I principi generali

Il processo amministrativo, secondo quanto ormai da molto tempo riconosciuto dalla letteratura assolutamente prevalente e dalla giurisprudenza, e secondo quanto affermato espressamente all'art. 2 del Codice, è un processo di parti.

Ciò significa che spetta alle parti individuare l'oggetto del giudizio, chiedere la definizione del medesimo, esperire le impugnazioni o attivarsi per ottenere l'esecuzione della sentenza.

La qualificazione in questi termini del processo amministrativo è conseguente anche al riconoscimento, attuato dalla Costituzione agli artt. 24, 103 e 113, di una specifica posizione soggettiva del cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione anche quando esercita il potere (è in questo caso che, come riconosciuto dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004, ha ragion d'essere la giurisdizione amministrativa).

È evidente, alla luce di quanto detto, che la linea di sviluppo del processo amministrativo, per essere da un lato adeguata all'impianto costituzionale e dall'altro utile per il ricorrente, non può discostarsi dalla configurazione del processo amministrativo come processo di parti: va da sé che un'impostazione di questo genere riconduce il ruolo del giudice amministrativo a quanto è funzionale al raggiungimento dell'obiettivo che le parti si propongono (per esempio, superando disparità di posizione tra le medesime, come è in materia istruttoria).

Nella disciplina più recente del processo amministrativo, però, non mancano ipotesi nelle quali i poteri d'ufficio del giudice sono stati particolarmente sottolineati: si tratta, in specie, della disciplina del giudizio relativo all'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione in cui, sia il d. lgs. n. 53 del 2010, sia il Codice del Processo Amministrativo, sia, da ultimo, il cosiddetto Decreto Legge Sviluppo, hanno introdotto numerosi poteri d'ufficio del giudice amministrativo.

Si comprende l'esigenza che ha mosso il legislatore: da un lato l'esigenza di recepimento dell'orientamento comunitario, dall'altro la considerazione del rilievo economico particolarmente significativo di queste controversie e della loro incidenza sulla realizzazione di opere pubbliche che possono corrispondere ad aspettative vive dei cittadini.

Poiché si tratta, però, di disposizioni speciali rispetto allo schema generale del processo, le medesime non possono che essere interpretate in modo restrittivo e, nel dubbio, ricondotte ai principi generali vigenti.

*Professore Ordinario presso l'Università di Torino



2. La fissazione dell'udienza di discussione del ricorso

Uno dei problemi che il legislatore delle controversie in materia di contratti della Pubblica Amministrazione si è sempre posto, già all'art. 23 bis della legge n. 1034 del 1971, è stato quello di garantire una fissazione sollecita dell'udienza di discussione del ricorso: e ciò ipotizzando il legislatore stesso che le parti potessero avere un coincidente, anche se non commendevole, interesse ad evitare detta fissazione, pur in presenza di una istanza cautelare eventualmente accolta. E così, il decreto legislativo n. 53 del 2010 ha previsto espressamente, all'art. 8, che l'udienza di discussione debba essere "fissata d'ufficio" ed in un termine assai breve.

Questa previsione non è stata recepita con apprezzamento da parte del sistema della giustizia amministrativa, che ne ha lamentato l'eccessiva invasività nei meccanismi di fissazione dell'udienza, che vedrebbero, a questo punto, una generalizzata anticipazione delle sole controversie relative ai contratti.

Di questa valutazione non favorevole vi è probabilmente una spia nel Codice del Processo Amministrativo che, all'art. 120, comma 6, ha introdotto una disposizione letteralmente simile ma che, nel complesso, suona diversamente.

Il comma 6, infatti, stabilisce che, allorché l'udienza non è stata fissata in esito alla trattazione della domanda cautelare, vuoi in primo grado, vuoi in appello, la medesima "è immediatamente fissata d'ufficio con assoluta priorità".

Se si raffronta la disposizione con quella precedente, ne risulta una coincidenza terminologica e letterale: il fatto che, però, dopo l'espressione "d'ufficio" sia aggiunta la precisazione "con assoluta priorità" ha paradossalmente l'effetto di stemperare la previsione.

Non è dato di comprendere, infatti, a questo punto, se il legislatore abbia voluto rafforzare la precedente disciplina, oppure se abbia voluto, invece, semplicemente imporre che l'udienza, una volta richiesta, sia fissata con assoluta urgenza.

La perplessità è giustificata in quanto, da un lato, abitualmente nel contenzioso sui contratti vien richiesta la tutela cautelare, cosicché alla fissazione dell'udienza si giunge comunque in tempi rapidi, in applicazione della prima parte del sesto comma dell'art. 120, e cioè in applicazione dell'art. 60 o dell'art. 119.

Se le parti non chiedono la tutela cautelare, non si comprende perché si debba, a questo punto, fissare comunque d'ufficio con estrema urgenza l'udienza di discussione, anche quando, evidentemente, i soggetti interessati dimostrano di non avere alcuna ragione di urgenza.

Dall'altro lato, va osservato come, essendo operante la clausola del cosiddetto *standstill*, la parte che non richiede la tutela cautelare si preclude non soltanto di norma la possibilità di una reintegrazione in forma specifica, ma anche la possibilità di una adeguata tutela risarcitoria, alla luce del disposto dei successivi articoli del Codice e, in generale, della disciplina contenuta nell'art. 30, che, come è noto, pure nell'interpretazione dell'Adunanza Plenaria, rende rilevante il comportamento della parte anche ai fini risarcitori, proprio considerando se è stato o meno esperito lo strumento di tutela cautelare.

A questo punto, al di là della identità terminologica delle espressioni, deve considerarsi che la ragione della deroga introdotta nel d. lgs. n. 53 del 2010 più non sussista e che non possa che farsi applicazione del principio generale.

D'altro canto, paradossalmente, se così non si facesse, il risultato sarebbe che se l'udienza non viene fissata tempestivamente o se non viene fissata affatto, il ricorso in



questione non potrebbe mai essere dichiarato perento, poiché, essendo la fissazione dell'udienza di discussione onere del giudice, la mancata fissazione non potrebbe mai comportare il venir meno del giudizio.

Il risultato paradossale sarebbe che se il giudice, gravato dagli incombeni ordinari, non fissa queste controversie rispetto alle quali le parti non hanno dimostrato interesse, le medesime rimangono in vita a tempo indeterminato.

3. La domanda di inefficacia del contratto

L'art. 121 del Codice prevede che il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiari l'inefficacia del contratto, allorché si siano verificate gravi violazioni; l'art. 122 consente che il giudice dichiari inefficace il contratto negli altri casi, e cioè nei casi in cui non si sono verificate quelle gravi violazioni.

Il dubbio che sorge è se la declaratoria di inefficacia sia un provvedimento che il giudice adotta d'ufficio o sia, invece, un provvedimento che il giudice adotta su istanza delle parti¹.

L'interrogativo si pone per entrambe le ipotesi, anche se nel caso disciplinato dall'art. 121 la declaratoria di inefficacia sembra essere una conseguenza naturale dell'annullamento dell'aggiudicazione; ben può ritenersi, infatti, che in questo caso, a fronte della domanda delle parti, il giudice sia tenuto semplicemente a dichiarare l'inefficacia del contratto, mentre nell'ipotesi di cui all'art. 122, pure a fronte della domanda delle parti, il giudice abbia il potere di valutare, così come fa normalmente, se la declaratoria di inefficacia sia opportuna o meno (è evidente che non si tratta di una valutazione in termini di discrezionalità amministrativa, ma, invece, di una valutazione che il giudice compie effettuando la normale operazione interpretativa che è al medesimo attribuita ogni qualvolta si tratta di applicare una disposizione di carattere generale).

La tesi che sostiene che nel disposto dell'art. 121 vi sia la previsione di un potere d'ufficio del giudice fa leva sulla disciplina comunitaria, che prevede, con un'espressione resa in forma di indicativo presente, che il giudice privi il contratto dei suoi effetti: questa espressione viene considerata come il fondamento di un potere proprio del giudice.

È evidente che la giustificazione è troppo debole: la disciplina comunitaria, infatti, non si sovrappone integralmente alla disciplina nazionale, ma, semplicemente, appresta dei rimedi o, meglio, prescrive che il legislatore individui dei rimedi.

Questi rimedi, però, vanno però inseriti all'interno del sistema giurisdizionale del singolo paese.

Del resto, anche facendo riferimento ai principi, la disciplina comunitaria tutela il diritto alla concorrenza come un diritto del singolo imprenditore, per il medesimo disponibile, di modo che il rispetto della direttiva impone che la possibilità di privare il contratto di effetti sussista, ma non prescrive affatto che la privazione degli effetti sia

¹ La giurisprudenza è orientata per la prima ipotesi: per tutti, T.A.R. Lazio, Sez. III, 2 febbraio 2011, n. 972; T.A.R. Molise, Sez. I, 26 gennaio 2011, n. 20; i commentatori, viceversa, sono su posizioni variegata: per la sussistenza di poteri officiosi, R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 586; R. DE NICTOLIS, *Commento agli artt. 121 – 125*, in *Il processo amministrativo*, a cura di A. QUARANTA – V. LOPILATO, Milano, Giuffrè, 2011, p. 1019; A. GRAZIANO, *Note minime in tema di inefficacia del contratto d'appalto nel Codice del processo amministrativo*, in *LexItalia.it*, n. 5/2011; viceversa, per la necessità della domanda di parte, G. SPISANI, *I riti speciali*, in *Il nuovo processo amministrativo*, diretto da R. CARANTA, Zanichelli, Bologna, 2011, p. 732; D. FATA – M. SANINO, *Le sorti del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima*, UTET, Torino, 2011, p. 550.



disposta anche in assenza o in contrasto con la volontà della parte che sarebbe danneggiata in caso di esecuzione del contratto.

Conferma di quanto detto è il primo comma dell'art. 121, laddove stabilisce che il giudice dichiara l'inefficacia del contratto "in funzione delle deduzioni delle parti": ciò che il giudice pronuncerà l'inefficacia del contratto se le parti glielo hanno richiesto e se ritiene che la richiesta delle parti debba essere accolta, in considerazione di tutti gli altri elementi che la norma prevede.

Si tratta di una valutazione di carattere complessivo, che deve tener conto dei rilievi delle parti e delle loro domande, ove si consideri che al secondo comma si fa riferimento da un lato agli interessi dell'Amministrazione dall'altro alla richiesta o meno della parte ricorrente di subentrare nel contratto.

È il comportamento delle parti, perciò, che condiziona la valutazione del giudice (che, del resto, si sostanzia in una pronuncia costitutiva, che non costituisce naturale conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione, come è dimostrato dal fatto che può essere disposta oppure no a seconda delle situazioni).

Parimenti, l'art. 122 impone di tener conto "in particolare degli interessi delle parti".

Ancora una volta, è il comportamento della parte, e cioè innanzitutto la formulazione della domanda da parte del ricorrente, che fonda il potere di intervento del giudice.

Non diversamente dispone l'art. 124, che non soltanto al primo comma condiziona l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione o il contratto all'inefficacia del medesimo (inefficacia che a questo punto non può che dipendere dalla domanda delle parti: se la parte non la propone, la domanda di subentro non può di per sé essere accolta), ma che al secondo comma addirittura impone la valutazione ai fini del riconoscimento della pretesa risarcitoria, della proposizione o meno della domanda di aggiudicazione o della disponibilità al subentro.

Il comportamento della parte in ordine alla formulazione o meno della domanda incide sulla stessa possibilità di risarcimento.

Poiché il processo amministrativo, come si è detto, è un processo di parti, è evidente che tutti questi elementi non fanno che rafforzare l'impostazione di carattere generale che si è ricordata sub 1), a fronte della quale le espressioni contenute negli artt. 121 e 122, in forza delle quali il giudice dichiara l'inefficacia del contratto, vanno intese semplicemente come il riconoscimento del potere funzionale che spetta normalmente al giudice, cioè del potere di provvedere sulle domande delle parti.

4. L'applicazione delle sanzioni alternative

L'art. 123 stabilisce quali sono le sanzioni alternative che possono essere applicate nei confronti vuoi della stazione appaltante vuoi anche del controinteressato, nel caso in cui l'aggiudicazione sia stata effettuata con gravi violazioni.

In questo caso, trattandosi di sanzioni, è da escludere che sia determinante la domanda delle parti.

Le parti sono rilevanti poiché deve essere rispettato il contraddittorio, ma la scelta sanzionatoria non può che essere affidata al giudice.

Si tratta, in realtà, non tanto di sanzioni amministrative vere e proprie, quanto di sanzioni di carattere processuale, sulla scorta delle astreintes che l'ordinamento francese



da tempo conosce come sistema alternativo rispetto alla esecuzione del giudicato disciplinata nel giudizio di ottemperanza.

L'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione in proposito non crea problemi, posto che il giudice amministrativo in materia di contratti ha una giurisdizione esclusiva e posto che, trattandosi di sanzioni processuali, anche se di carattere in questo caso più che sollecitatorio sanzionatorio, non può che essere il giudice del processo ad applicarli.

La deroga al principio della domanda di parte trova la propria ragion d'essere nel fatto che per le sanzioni è sempre previsto un potere d'ufficio, in quanto, di norma, non vi possono essere parti interessate all'applicazione delle sanzioni, ma semmai parti interessate alla non applicazione delle sanzioni e poiché le sanzioni corrispondono non ad un interesse della parte ma ad un interesse dell'ordinamento.

5. Le sanzioni nel Decreto Sviluppo

Il Decreto Sviluppo introduce nel Codice dei Contratti l'art. 246 bis, che prevede una responsabilità per lite temeraria.

La norma stabilisce che, nei giudizi in materia di contratti, il giudice condanni d'ufficio la parte soccombente al pagamento di una sanzione pecuniaria in misura non inferiore al doppio e non superiore al triplo del contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo del giudizio quando la decisione è fondata su ragioni manifeste od orientamenti giurisprudenziali consolidati.

La norma introduce una particolare condanna per lite temeraria, prevista come pronuncia d'ufficio (ipotesi questa ammessa al terzo comma dell'art. 96 del Codice di procedura civile), giustificata in quanto il provento della condanna non va a favore della controparte ma dell'Amministrazione statale.

Si tratta di una previsione che trova il proprio fondamento nella tendenza a rinforzare il ruolo della giurisprudenza consolidata, anche attraverso la sottolineatura da un lato del ruolo della Corte di Cassazione, nel processo civile, dall'altro del ruolo dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nel processo amministrativo.

È evidente che il giudice dovrà valutare con prudenza quando sussistono le condizioni previste dalla norma, poiché la giurisprudenza consolidata è un concetto sicuramente di non facile applicazione, soprattutto in materia di contratti.

Con questa avvertenza, l'innovazione non può essere criticata (al di là del fatto che la *sedes materiae* è impropria, dovendo questa previsione essere inserita nel Codice del processo amministrativo).

Essa, d'altro canto, non crea alcuna alterazione nei principi generali che già si sono ricordati.



La direttiva ricorsi (2007/66/CE) e le sue conseguenze a livello sistematico: l'imposizione del modello francese di «*contrat administratif*»

*Mario Comba**

Sommario 1. La direttiva 89/665/CEE e l'intervento della Corte di Giustizia (sentenza Alcatel). L'imposizione del modello del contratto pubblico. 2. Il recepimento della sentenza Alcatel da parte della direttiva 2007/66/CE. 3. Oltre la stipula del contratto: la tutela giurisdizionale in caso di modifiche essenziali in fase di esecuzione.

1. La direttiva 89/665 CEE e l'intervento della Corte di Giustizia (sentenza Alcatel). L'imposizione del modello del contratto pubblico

La Direttiva 89/665/CEE del Consiglio del 21 dicembre 1989, nel suo testo originario, prevedeva essenzialmente l'obbligo per gli Stati membri di stabilire (i) "procedure di ricorso accessibili" (ii) che i provvedimenti di ricorso consentano di prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati (iii) che potessero essere annullate le decisioni illegittime, ma (iv) facendo salvo il principio per il quale "gli effetti dell'esercizio dei poteri di cui al paragrafo 1 sul contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione dell'appalto sono determinati dal diritto nazionale".

Come si vede fin da subito, la direttiva è caratterizzata da una evidente tensione: da una parte, intende garantire il massimo della tutela giurisdizionale, imponendo agli Stati membri di annullare le "decisioni illegittime", mentre dall'altra si arresta di fronte al muro invalicabile del contratto stipulato e della conseguente inattaccabile competenza del diritto nazionale in materia di annullamento del contratto già stipulato.

Quale sia il contenuto delle "decisioni illegittime" non viene specificato. L'articolo 2, comma 1, lett. b), prima della riforma operata dalla direttiva 2007/66/CE, affermava che sono comprese tra di esse le «specificazioni tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie» ma evidentemente tale indicazione non può essere considerata esaustiva. Molto più chiaro il comma 7 dell'articolo 2, secondo il quale, sempre nella versione anteriore alla direttiva 2007/66/CE: «Gli effetti dell'esercizio dei poteri di cui al paragrafo 1 sul contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione dell'appalto sono determinati dal diritto nazionale». Viene dunque dato risalto alla distinzione tra aggiudicazione e stipulazione del contratto, nel senso che il contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione non potrà essere oggetto degli strumenti di ricorso di cui agli articoli precedenti, in quanto le sue vicende vengono riservate alla competenza legislativa esclusiva dei diritti nazionali.

Il dettato della direttiva 89/665/CEE attribuisce certamente al diritto nazionale la competenza nel disciplinare le vicende del contratto concluso a seguito dell'aggiudicazione, ma non pare consentire che la definizione di quando il contratto si possa ritenere concluso rientri nella competenza legislativa esclusiva nazionale, perché in tal caso potrebbe venire frustrato l'effetto utile della direttiva, se la definizione di «contratto concluso» venisse eccessivamente anticipata fino a coincidere con quella di

*Professore Ordinario presso l'Università di Torino



«aggiudicazione». Il diritto nazionale ha competenza esclusiva per quanto riguarda la disciplina dell'annullamento del contratto, ma non può "conformare" l'istituto della conclusione del contratto a suo piacimento.

In altre parole, la direttiva presuppone che vi sia una ben chiara distinzione tra la «aggiudicazione» ed il «contratto concluso», uniforme a livello comunitario e che solo sulla base di tale distinzione – che esula dalla competenza dei diritti nazionali – questi ultimi potranno poi disciplinare le modalità di ricorso degli interessati nei confronti dei «contratti conclusi».

È però evidente che così non è, in quanto non esiste una definizione unitaria a livello comunitario del contratto e dunque, a maggior ragione, non esiste una definizione unitaria a livello comunitario dei modi di conclusione dei contratti¹.

La Corte di Giustizia è intervenuta sulla questione nel 1999 con la sentenza *Alcatel*² che ha affrontato un caso su rinvio di un giudice austriaco, nel quale una stazione appaltante aveva aggiudicato l'appalto e, nello stesso giorno, stipulato il contratto con l'aggiudicatario, senza nulla comunicare agli altri offerenti che avevano conosciuto la notizia solo dagli organi di stampa. Uno degli offerenti aveva presentato ricorso ed il Tribunale austriaco, dopo alterne vicende, aveva rinviato la questione alla Corte di Giustizia per sapere se il diritto austriaco, che non consentiva un ricorso contro il contratto stipulato, ma solo il risarcimento del danno, fosse compatibile con la direttiva 89/665/CEE. La Corte ha affermato in primo luogo che la direttiva 89/665/CEE impone agli Stati membri di consentire mezzi di ricorso contro l'aggiudicazione dell'appalto ed ha dedotto, sulla base del principio dell'effetto utile, che se l'aggiudicazione non è nota agli interessati – come nel caso in questione – prima che venga stipulato il contratto, allora la legge nazionale non può impedire agli interessati di avvalersi di un mezzo di ricorso anche contro il contratto.

Particolarmente significative le conclusioni dell'Avvocato generale J. Mischo, poi pienamente accolte dalla sentenza della Corte, che, ai punti 39 – 47 ricorda come l'effetto utile della direttiva ricorsi, consistente nell'obiettivo di prevedere ricorsi rapidi ed efficaci, sarebbe frustrato se fosse possibile ad uno Stato membro di dare alla limitazione di cui all'articolo 2 comma 6 (ora comma 7) una portata così ampia che la decisione più importante della stazione appaltante, e cioè l'aggiudicazione dell'appalto, ne sarebbe

¹ L'analisi delle diverse modalità di conclusione del contratto nei diritti nazionali è un tema molto caro agli studiosi di diritto privato comparato, a partire dalla nota opera di R. SCHLESINGER (a cura di), *Formation of contracts: a study of the common core of legal systems*, New York, Oceana - London, Stevens & Sons 1968, poi ripreso da R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., pag. 53 - 57 come esempio di utilizzo del *factual approach*, cioè del metodo che per l'A. è il più idoneo a svolgere la comparazione giuridica

² C. giust. Ce, C-81/98. I commenti alla sentenza sono numerosi: DE VUYST, BRUNO - MEYER, GUNTHER, *L'influence du droit communautaire sur la réglementation nationale des marchés publics*, in *Journal des tribunaux* 2000 p.286-287; B. GUTKNECHT, *The Judgment of the Court of Justice in Case C-81/98, Alcatel Austria AG e.al. v. Federal Ministry for Science and Transport - "Ökopoints" and the Consequences for Austrian Procurement Law*, in *Public Procurement Law Review* 2000 p.CS14-CS19; DISCHENDORFER - OEHLER, *Case C-81/98: The Ability to Challenge the Contract Award Decision under Community Law*, in *Public Procurement Law Review* 2000 p.CS54-CS58; MALMENDIER, BERTRAND: *Vergaberecht, quo vadis?*, in *Deutsches Verwaltungsblatt* 2000 p.963-969; GUTKNECHT, BRIGITTE: *Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2000 p.18-21; CAPUTI JAMBRENGHI, M.T. PAOLA: *Austria "(in)felix" e giurisdizione di annullamento nel diritto comunitario degli appalti, Diritto pubblico comparato ed europeo* 2000 p.233-236; ADOBATI, ENRICA - GRATANI, ADABELLA: *In materia di appalti pubblici deve essere prevista la possibilità di ricorrere conformemente a quanto disposto dalla direttiva n. 89/665/CEE*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali* 2000 p.615-616; LEONE, C.: *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* 2000 p.479-481; DAVIS, CECILY: *The European Court of Justice Decision in Alcatel - the Implications in the United Kingdom for Procurement Remedies and PFI*, in *Public Procurement Law Review* 2002 p.282-286; ARNOULD, JOËL: *The Consequences of the Alcatel Austria Case under French Law: the Sodisform Judgment of the Administrative Court of Paris, April 1, 2003*, in *Public Procurement Law Review* 2003 p.NA148-NA150; S. ARROWSMITH, *Implementation of the new EC procurement directives and the Alcatel ruling in England and Wales and Northern Ireland: a review of the new legislation and guidance*, in *Public Procurement Law Review*, 2006, 3, pag. 86 - 136.



sistematicamente esclusa, sfuggendo così all'ampia protezione di cui all'articolo 2 comma 1. Pertanto, se la legislazione nazionale configura la conclusione del contratto in modo da farla coincidere con l'aggiudicazione, essa frustra il fine della direttiva ricorsi in quanto impedisce di fatto agli interessati di avere un rimedio giurisdizionale contro l'aggiudicazione. È significativo in merito che il citato articolo 2, comma 6 (ora comma 7) parli di «contratto stipulato in seguito alla aggiudicazione dell'appalto» e dunque presuppone una scansione temporale tra l'aggiudicazione e la conclusione del contratto, che giustifica la riserva alla competenza legislativa statale della disciplina sul contratto. Ma se tale scansione viene meno, o perché i due atti vengono conclusi contestualmente o perché il primo rimane atto interno alla stazione appaltante, ignoto agli interessati, fino alla conclusione del secondo (e nel caso in questione si sono verificate entrambe queste condizioni), allora la «conclusione del contratto» viene «attratta» nella sfera della «aggiudicazione» e diventa come questa impugnabile.

La sentenza descrive la normativa austriaca ai punti 20 e 21:

“Nell'ordinanza di rinvio alla Corte il Bundesvergabeamt osserva che il BVergG non suddivide la procedura di aggiudicazione dell'appalto in una parte di diritto pubblico e una di diritto privato. In tale procedura l'autorità aggiudicatrice appare piuttosto esclusivamente come soggetto di diritto privato, il che significa che lo Stato, quale autorità aggiudicatrice, si serve delle norme, delle forme e degli strumenti del diritto civile. Ai sensi dell'art. 41, n. 1, del BVergG, durante il termine per l'aggiudicazione, il rapporto contrattuale tra l'autorità aggiudicatrice e l'offerente si realizza nel momento in cui quest'ultimo riceve notizia dell'accettazione della propria offerta.

Il giudice di rinvio osserva che in Austria, di regola, l'aggiudicazione dell'appalto e la conclusione del contratto non coincidono da un punto di vista formale. La scelta del contraente da parte dell'autorità aggiudicatrice viene di regola effettuata già prima che sia redatta la relativa decisione, la quale, a sua volta, non costituisce ancora, di per sé, la conclusione del contratto, perché l'offerente deve averne quanto meno notizia; nella prassi, però, la scelta del contraente è una decisione presa dall'autorità aggiudicatrice nell'ambito del proprio sistema organizzativo, la quale, secondo il diritto austriaco, non rileva all'esterno. Pertanto, per i terzi, la dichiarazione di aggiudicazione dell'appalto e la conclusione del contratto coincidono, in quanto il terzo di regola non ha né può avere notizia, per lo meno legalmente, della decisione presa dall'autorità aggiudicatrice nel proprio sistema interno. La decisione di aggiudicazione in quanto tale, vale a dire la decisione con cui l'autorità aggiudicatrice sceglie il proprio contraente, non è impugnabile. Il momento dell'aggiudicazione dell'appalto è determinante per lo svolgimento della procedura di ricorso dinanzi al Bundesvergabeamt”.

Con la sentenza Alcatel, dunque, la Corte di Giustizia, dichiara la incompatibilità con il diritto europeo di un diritto nazionale, come quello austriaco, il quale faccia coincidere il momento di aggiudicazione con quello della stipulazione del contratto, ritenendo che tale modello non consenta una corretta tutela dei terzi non aggiudicatari. Se si esamina tale affermazione in una luce comparatistica, si comprende che essa ha conseguenze ben più ampie di quelle – pur assai rilevanti – connesse alla disciplina dei ricorsi in materia di appalti. Per comprendere tali implicazioni è però necessario un breve riferimento ai diversi modelli di contratti pubblici nei diritti nazionali degli Stati membri.



L'analisi comparatistica ha tentato di individuare una tassonomia dei contratti pubblici ed ha notato³ come i principali ordinamenti giuridici europei qualificano i contratti pubblici secondo tre modelli.

Il primo è quello francese, per il quale i «contrats publics» hanno natura speciale e sono pertanto soggetti ad una specifica disciplina legislativa, non applicabile ai contratti civilistici. Tale impostazione, introdotta anche dal diritto spagnolo per via legislativa, è stata sviluppata in Francia principalmente per via giurisprudenziale, come d'altra parte accade per gran parte del diritto amministrativo francese. Il secondo modello, opposto al precedente, è quello di impostazione anglosassone, per il quale il contratto stipulato dalle pubbliche amministrazioni coincide con quello civilistico e non è pertanto dotato di alcuna specificità, così come non è soggetto ad una giurisdizione diversa da quella ordinaria. Infine vi è un modello intermedio, sviluppato in Italia, Germania e Olanda, nel quale vige il principio per cui il contratto è uno strumento di diritto privato, ma è soggetto ad un'ampia varietà di norme eccezionali quando utilizzato dagli enti pubblici, tale da far dubitare se si tratti di eccezione o di regola. Ma rimane pur sempre il principio che, in caso di assenza di regole specifiche, si applicano quelle civilistiche.

Secondo una classificazione parzialmente differente⁴ si possono individuare solo due categorie: quella di modello francese che è caratterizzata dal principio della sottomissione del contratto al diritto pubblico e quella di modello tedesco ed inglese, nella quale il contratto è soggetto al diritto privato. Il primo modello, recepito in Spagna, Portogallo e Grecia, viene modificato ed adattato quando è introdotto nel diritto italiano e belga. In tale tassonomia non si ritiene di attribuire autonoma rilevanza ad un modello intermedio tra quello francese e quello anglosassone, preferendosi assegnare l'ordinamento giuridico tedesco al modello privatistico anglosassone e far rientrare quello italiano nel modello francese, pur con alcuni adattamenti. Premesso che, ovviamente, ogni categorizzazione ha natura puramente stipulativa, pare più corretto seguire la seconda delle due qui esposte poiché in effetti la dottrina tedesca tende a qualificare i contratti stipulati dalle Amministrazioni – ivi compresi gli appalti pubblici – come soggetti esclusivamente al diritto privato, tanto che la relativa disciplina è stata inserita nella legge sulla concorrenza⁵ e l'aggiudicazione non è considerata provvedimento amministrativo⁶, mentre in Italia è riconosciuta la natura provvedimentale dell'aggiudicazione.

Tra le caratteristiche del modello privatistico vi è anche quella relativa alla modalità di conclusione del contratto: esso si conclude quando si verifica l'accettazione della proposta e dunque quando vi è la comunicazione dell'aggiudicazione, ove la successiva stipulazione ha natura meramente dichiarativa. Il modello francese, all'opposto, delinea la

³ J.B. Auby, *Comparative Approaches to the Rise of Contract in the Public Sphere*, cit., p. 46 – 48.

⁴ M. FROMONT, *Droit administratif*, cit., pag. 297 – 324; Anche NOGUELLOU – STELKENS, *Propos introductifs*, in NOGUELLOU – STELKENS (a cura di) *Comparative Law on Public Contracts Treatise/Traité de droit comparé des contrats publics*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pag. 1 – 26, punto 3.1, riprendono la classificazione in due categorie distinguendo il modello di uguaglianza giuridica tra le parti da quello di preminenza della parte pubblica. A favore della classificazione su due soli modelli è anche MASSERA, *L'attività contrattuale*, cit., pag. 175 – 163, che distingue tra modello francese e statunitense, qualificando però il modello tedesco, insieme a quello italiano, come variante di quello francese ed il modello inglese come variante di quello statunitense. Come si vede, è il modello tedesco quello che comporta maggiore incertezza classificatoria, essendo da alcuni (AUBY) considerato come un modello autonomo, da altri come una variante di quello francese (MASSERA), da altri ancora come variante di quello anglosassone (FROMONT, NOGUELLOU – STELKENS).

⁵ STELKENS, *Le droit des contrats publics en Allemagne*, cit. par. 3.4.5

⁶ M. BURGI, *EU Procurement Rules – A Report about the German Remedies System*, in LICHÈRE – TREUMER (a cura di), *Enforcement of EU Public Procurement Rules*, Copenhagen, Djof, 2011, pag. 106 – 107, nota come in diritto tedesco non vi sia differenza tra aggiudicazione e conclusione del contratto nel senso che non esiste l'aggiudicazione in quanto provvedimento amministrativo distinto dalla stipulazione del contratto. Dal che deriva, tra il resto, la difficoltà tedesca di recepire la *standstill clause* contenute nella direttiva 2007/66/CE la quale, come noto, impone di non concludere il contratto prima di un certo periodo computato a decorrere dall'aggiudicazione.



figura di *contrat administratif* cui non si applica il codice civile e per il quale esiste la figura dell'*acte detachable*, cioè del provvedimento di aggiudicazione che precede la stipula del contratto. Pertanto quando l'articolo 11 D. Lgs. 163/06 ha stabilito che l'aggiudicazione del contratto non equivale alla stipula, superando così l'articolo 16 RD 2440/1923, ha in realtà spostato sotto questo aspetto il modello italiano sotto l'influenza francese, distanziandolo da quello tedesco ed anglosassone.

Si può allora affermare che la Corte di Giustizia, con la sentenza Alcatel, ha imposto una concezione del contratto pubblico di tipo francese perché pretende che il procedimento di conclusione del contratto segua una scansione tipica del modulo pubblicistico, ignota a quello privatistico inglese⁷ o tedesco o austriaco. D'altra parte tutta la disciplina europea degli appalti pubblici tende ormai verso il modello della specialità rispetto al modello civilistico⁸. Ed è interessante che in uno dei più recenti manuali di diritto degli appalti inglesi⁹ questa pubblicizzazione della disciplina viene salutata con favore e se ne auspica un ulteriore sviluppo al fine di garantire ai contraenti privati una maggiore garanzia.

2. Il recepimento della sentenza Alcatel da parte della direttiva 2007/66/CE

Dopo la sentenza Alcatel vi sono stati altri interventi della Corte di Giustizia tesi a sanzionare il comportamento degli Stati membri in materia di ricorsi.

Con decisione 11 giugno 2009, C-327/08, la Corte di Giustizia ha condannato la Francia perché la legge francese prevedeva un periodo di dieci giorni tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, entro il quale gli interessati dovevano comunicare la loro intenzione di presentare ricorso, ma non potevano presentarlo prima che fossero trascorsi i successivi dieci giorni nel corso dei quali la stazione appaltante doveva rispondere al preavviso di ricorso. Solo che in quel periodo di dieci giorni la stazione appaltante non aveva il divieto di concludere il contratto e quindi poteva farlo prima che gli interessati potessero presentare ricorso.

Con due sentenze del 28 gennaio 2010, la Corte ha condannato anche l'Irlanda (C-456/08) ed il Regno Unito (C-406/08) per violazione della direttiva 89/665 per insufficienza del termine di standstill. Per completezza, la sentenza del 30 settembre 2010 C-314/09 Strabag ha stabilito che costituisce violazione della direttiva ricorsi una normativa nazionale la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo

⁷ Al proposito si noti che il Regno Unito è intervenuto nel giudizio Alcatel e che il suo rappresentante ha fatto rilevare che le direttive sugli appalti non impongono la presenza di un termine tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto (punto 41 della sentenza) con ciò evidentemente tentando di difendere la compatibilità del modello privatistico con il diritto europeo.

⁸ E' stato notato come, in generale, l'influenza del diritto europeo abbia rafforzato la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato nel Regno Unito, data la natura tendenzialmente pubblicistica della normativa europea: AUBY - FREELAND, *General Introduction/Introduction générale*, in FREELAND - AUBY (a cura di), *The Public law/Private law divide. Une entente assez cordiale?*, Oxford, Hart, 2006, pag. 4 - 5 e 7 - 8. In tal senso anche MASSERA, *L'attività contrattuale*, cit., pag. 202 - 203, il quale nota come l'influenza del diritto europeo abbia fatto prevalere anche negli ordinamenti giuridici di *common law* il modello pubblicistico, in quanto il diritto europeo degli appalti pubblici è a sua volta influenzato dalla impostazione francese del *contrat administratif*.

⁹ A.C.L. DAVIES, *Public law of Government Contracts*, OUP, Oxford, 2008, in particolare pagg. 63 - 83



all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata.

Le modifiche apportate alla direttiva 89/665/CEE ad opera della citata direttiva 2007/66/CE sono state in gran parte destinate ad adeguare la normativa secondaria in materia di ricorsi ai principi stabiliti dalla Corte di Giustizia, con particolare riferimento alla sentenza Alcatel. Il quarto considerando della direttiva 2007/66/CE afferma proprio che: «Fra le carenze constatate figura in particolare l'assenza di un termine che consenta un ricorso efficace tra la decisione d'aggiudicazione di un appalto e la stipula del relativo contratto. Ciò induce talvolta le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori desiderosi di rendere irreversibili le conseguenze di una decisione d'aggiudicazione contestata a procedere molto rapidamente alla firma del contratto. Per rimediare a questa carenza, che costituisce un serio ostacolo ad un'effettiva tutela giurisdizionale degli offerenti interessati, vale a dire coloro che non sono stati ancora definitivamente esclusi, è opportuno prevedere un termine sospensivo minimo, durante il quale la stipula del contratto in questione è sospesa, indipendentemente dal fatto che quest'ultima avvenga o meno al momento della firma del contratto».

Di conseguenza, la direttiva 2007/66/CE ha riformulato la riserva di competenza legislativa statale in merito al contratto concluso stabilendo al comma 7 dell'articolo 2 che essa rimane valida, ma con eccezione dei casi di cui dagli articoli da *2quinquies* a *2septies*. Tali articoli prevedono l'obbligo per gli Stati membri di inserire un termine minimo di tempo che deve intercorrere tra l'aggiudicazione e la conclusione del contratto, al fine di consentire agli interessati una tutela giudiziaria effettiva nei confronti dell'aggiudicazione. In particolare, l'articolo *2quinquies* stabilisce che gli Stati membri devono assicurare che un organo giudiziario nazionale dichiari privo di effetto un contratto già concluso qualora tale contratto sia stato concluso a seguito di una procedura priva della pubblicità prevista dalle direttive comunitarie, ovvero qualora siano state violate le norme di cui ai precedenti articoli della direttiva, nel caso in cui: «tale violazione abbia privato l'offerente che presenta ricorso della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto quando tale violazione si aggiunge ad una violazione della direttiva 2004/18/CE, se quest'ultima violazione ha influito sulle opportunità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto».

Rimane nella competenza legislativa statale la disciplina delle conseguenze di tale declaratoria di inefficacia del contratto concluso (articolo *2quinquies*, comma 2) ma all'interno di due opzioni chiaramente delineate dalla direttiva: o vengono soppressi, con effetto retroattivo (*ex tunc*), tutti gli obblighi nati dal contratto concluso, oppure si sopprimono solo quelli che rimangono ancora da adempiere (*ex nunc*), ma in questo caso è necessario prevedere una sanzione nei confronti della stazione appaltante.

Se ne può concludere che la direttiva 2007/66/CE di modifica della direttiva 89/665/CEE, nel recepire la sentenza Alcatel, ha in sostanza spostato in avanti il confine di applicabilità delle direttive appalti, consentendo che esse abbiano effetti anche nei confronti del contratto già stipulato, in presenza di particolari condizioni. In realtà, tale apparente eccezione alla regola per la quale le direttive appalti non invadono l'area dell'esecuzione del contratto, che è lasciata alla competenza di diritto privato degli Stati membri, può essere ricondotta a sistema se si considera che essa è applicabile solo quando la conclusione del contratto coincide – almeno dal punto di vista degli altri soggetti interessati all'appalto – con l'aggiudicazione, cosicché si può sostenere che



l'impugnazione dell'aggiudicazione porta con sé inevitabilmente anche l'inefficacia del contratto già stipulato, ma solo come effetto secondario, per il solo fatto che esso si trova illegittimamente «troppo vicino» all'aggiudicazione così che l'annullamento della prima, pur senza volerlo esplicitamente, produce effetti giuridici anche sul contratto concluso.

In ogni caso, da un punto di vista operativo, le modifiche apportate dalla direttiva 2007/66/CE alla direttiva 89/665/CEE comportano la completa soggezione alla disciplina comunitaria di quella zona grigia che intercorre tra la aggiudicazione e la conclusione del contratto. Non è infatti più in dubbio che il confine di competenza del diritto europeo non si fermi più all'aggiudicazione ma giunga fino alla stipula del contratto e – nei casi sopra descritti – possa anche travolgere quest'ultima.

3. Oltre la stipula del contratto: la tutela giurisdizionale in caso di modifiche essenziali in fase di esecuzione

In realtà la soggezione al diritto europeo non si ferma neppure alla stipula del contratto ma si estende ormai anche alla fase di esecuzione. E' infatti noto che con la sentenza *Presstetext*¹⁰ la Corte di Giustizia ha stabilito che le variazioni in fase di esecuzione le quali comportino una alterazione dell'equilibrio economico del contratto devono essere equiparate ad una risoluzione del contratto seguita da una nuova aggiudicazione, illegittima in quanto eseguita senza alcuna procedura ad evidenza pubblica¹¹. La disciplina relativa all'aggiudicazione ritorna dunque attuale anche in fase di esecuzione, quando le modifiche alle condizioni contrattuali sono tali da configurare una nuova aggiudicazione. Ritorna allora applicabile anche la disciplina processuale sopra esposta, nel senso che l'operatore del settore potrà chiedere l'annullamento della nuova aggiudicazione effettuata senza procedura ad evidenza pubblica.

Sul punto sorge però un rilevante problema interpretativo, che si può in questa sede solo accennare, derivante dalla sovrapposizione tra la normativa europea sugli appalti pubblici e quella sul divieto di aiuti di Stato.

È stato infatti rilevato¹² che la disciplina degli appalti pubblici si può sovrapporre a quella in materia di divieto di aiuti di Stato in quanto è possibile che là dove vi sia l'aggiudicazione illegittima di un appalto, tale aggiudicazione configuri un aiuto di stato illegittimo, soprattutto nei casi più macroscopici di affidamento diretto del contratto senza procedura ad evidenza pubblica, ovvero di significativo aumento dell'importo contrattuale dopo la stipula del contratto. Tale interpretazione – che non può essere in questa sede compiutamente esaminata – si basa su di un orientamento della Corte di Giustizia¹³ la quale, esaminando il rapporto tra gli articoli 28 e 87 TCE (ora articoli 34 e 107 TFUE) ritiene che il secondo sia in rapporto di specialità rispetto al primo e cioè che la disciplina in materia di divieto di aiuti di Stato costituisca un caso particolare del più generale principio di libera circolazione, che costituisce la base legale della normativa europea sugli appalti pubblici. Ne consegue, in estrema sintesi, che tutte le volte nelle quali la violazione della normativa sugli appalti pubblici (e dunque la violazione dell'art. 34

¹⁰ Sentenza 19 giugno 2008, *Presstetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, ECR 2008 p. I-4401)

¹¹ Per un'analisi della sentenza e delle sue conseguenze sia consentito rinviare a M.E.COMBA, *L'esecuzione delle opere pubbliche, con cenni di diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2011, pag. 47 - 57.

¹² A. DOERN, *The interaction between EC rules on public procurement and state aid*, in *Public procurement law review*, 2004, pag. 97 - 129.

¹³ Una rassegna delle principali sentenze si può trovare in DOERN, cit., pag. 99 - 104.



TFUE) si configuri come violazione del divieto di aiuti di Stato (e dunque dell'articolo 107 TFUE) occorrerebbe applicare questa seconda disciplina e non invece quella sugli appalti pubblici, derivante dall'articolo 34 TFUE.

La portata apparentemente dirompente di tale interpretazione, che potrebbe ridurre significativamente la rilevanza della disciplina europea degli appalti pubblici, è attenuata dall'applicazione da parte della Corte di Giustizia del criterio della "separabilità" e cioè della distinzione, nell'ambito di un comportamento che violi sia la disciplina sugli appalti che quella sugli aiuti di Stato, dei due diversi tipi di illegittimità. L'ipotesi in cui, durante l'esecuzione di un contratto di appalto, la stazione appaltante paghi un prezzo superiore a quello pattuito rientra esclusivamente nella materia degli aiuti di Stato, ma se tale maggior pagamento si accompagna ad una modifica illegittima del contratto allora vi è anche, per la parte relativa a tale modifica, una violazione della disciplina in materia di appalti pubblici in quanto tale modifica consiste in una nuova aggiudicazione senza gara, secondo la citata sentenza *Pressetext*.

Tra le principali conseguenze della sovrapposizione tra disciplina sugli aiuti di Stato e disciplina sugli appalti vi è certamente la diversa reazione prevista dall'ordinamento europeo alla violazione delle due norme: le Corti nazionali debbono applicare l'articolo 34 del Trattato e dunque sono competenti per ogni violazione della disciplina in materia di appalti, mentre l'articolo 107 è applicato esclusivamente dalla Commissione e ricade nella giurisdizione esclusiva della Corte di Giustizia. Ovviamente le due diverse azioni comportano conseguenze ben differenti tra di loro: nel caso in cui si agisca ex articolo 34 TFUE e dunque secondo le procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici (direttiva 89/665/CEE), il principale obiettivo sarà quello di eliminare gli ostacoli alla libera circolazione e dunque di annullare l'aggiudicazione illegittima per consentire all'operatore economico che aveva presentato l'offerta migliore di ottenere il contratto, mentre nel caso in cui la base giuridica sia costituita dall'articolo 107 TFUE l'obiettivo della Commissione potrà essere solo quello di eliminare l'aiuto illegittimo, pretendendone la restituzione da parte dell'impresa percipiente.

In buona sostanza, se si tratta di aiuto illegittimo, esso deve essere eliminato e nessun'altra impresa può pretendere di ottenerlo; se si tratta invece di illegittima aggiudicazione, allora la normativa europea vuole che tale aggiudicazione venga affidata all'impresa che più la merita.

Ne consegue che, a fronte di una ipotesi di violazione sulla normativa europea in materia di appalti pubblici, sarebbe necessario isolare la fattispecie comportante un aiuto di Stato illegittimo da quella più strettamente attinente alla libera circolazione. La direttiva 89/665/CEE andrebbe applicata solo alla seconda ipotesi, mentre nel primo caso è consentita esclusivamente la segnalazione alla Commissione affinché essa valuti l'eventuale applicazione dell'articolo 107 TFUE. Un caso significativo in tal senso è la decisione della Commissione del 2002 sulla Metropolitana di Londra¹⁴. In tale decisione, la Commissione premette che il contratto concluso dall'Autorità del trasporto metropolitano di Londra e le imprese private non costituiva un aiuto di Stato perché era stato stipulato a seguito di una procedura aperta, trasparente e non discriminatoria, nel rispetto delle direttive europee in materia di aggiudicazione di appalti pubblici (punti 79 -

¹⁴ Decisione C(2002)3578 fin, del 2 ottobre 2002 - State aid n. 264/2002 - *United Kingdom London Underground Public Private partnership*



85 della decisione)¹⁵. Poi però prosegue affermando che la possibile violazione del divieto di aiuti di Stato non si limita alla fase dell'aggiudicazione e che di conseguenza anche le modifiche dei termini contrattuali successive all'aggiudicazione devono essere esaminate con particolare attenzione (punti 86 – 112).

A tale proposito la Commissione esclude in generale che le modificazioni apportate al contratto in fase di esecuzione possano costituire di per sé una forma di discriminazione, anche in considerazione della complessità e della durata del contratto, ma rileva la necessità di verificare caso per caso le specifiche condizioni che le caratterizzano. In particolare, la Commissione ritiene necessario stabilire (i) se esse siano state causate da elementi che non avrebbero comunque influenzato nello stesso modo qualunque contraente, (ii) se esse abbiano alterato in modo sostanziale l'equilibrio del contratto, (iii) se siano tali che – qualora note prima della presentazione delle offerte – avrebbero indotto altri soggetti a presentare offerta ed infine (iv) se siano tali che – se note prima della valutazione delle offerte – avrebbero comportato un diverso esito della procedura di aggiudicazione.

Secondo la Commissione, qualora si verifichi la presenza anche di uno solo di questi elementi, la modifica del contratto successiva all'aggiudicazione deve essere qualificata come aiuto di Stato illegittimo e dunque comporta l'obbligo di restituzione dell'aiuto ricevuto e della eliminazione dell'aiuto che, nel caso specifico, consiste nel ripristino delle condizioni contrattuali precedenti.

A dimostrazione della difficoltà di operare la distinzione tra violazione della normativa appalti pubblici e quella sugli aiuti di Stato, la già citata sentenza *Presstext* affronta un caso non dissimile – e cioè l'introduzione di modifiche economiche ad un contratto di servizi di durata indeterminata – stabilendo l'applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici senza porsi il problema della soggezione alla normativa sugli aiuti di Stato.

Si può dunque concludere che, ad una prima analisi, la sovrapposizione tra le regole sostanziali in materia di appalti pubblici e di divieto di aiuti di Stato si estende anche ai rimedi previsti dall'ordinamento per la violazione delle due diverse normative. Benché la Corte di Giustizia abbia statuito con determinazione il principio di specificità della disciplina sugli aiuti di Stato rispetto a quella sugli appalti pubblici, pur con il temperamento della “separabilità” delle fattispecie, rimangono ancora alcune zone grigie nelle quali vi può essere incertezza se vi sia giurisdizione del giudice nazionale secondo la direttiva ricorsi ed in applicazione dell'articolo 34 TFUE, oppure se l'iniziativa spetti esclusivamente alla Commissione in attuazione dell'articolo 107 TFUE.

E l'ipotesi delle modifiche all'equilibrio economico del contratto dopo la stipulazione rientra certamente tra questi casi dubbi, costituendone forse l'esempio più rilevante.

¹⁵ “The Commission considers that when these types of infrastructure arrangements are concluded after the observance of an open, transparent and non-discriminatory procedure, it is, in principle, presumed that the level of any public sector support can be regarded as representing the market price for the execution of the project” (punto 79)