

del 1994, art. 4, e concernenti la presenza di tentativi di infiltrazioni mafiose tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi della società, stabilì di recedere dai predetto contratto di appalto.

La Società impugnò la deliberazione di recesso, nonché le informative prefettizie innanzi al t.a.r. per la Calabria, sede di Catanzaro, il quale, con sentenza n.52 del 25 gennaio 1999, dichiarò inammissibile il ricorso per difetto di giurisdizione, assumendo che la controversia riguardava posizioni di diritto soggettivo tutelabili dinanzi al Giudice ordinario.

Di conseguenza, la Società convenne in giudizio l'Ente dinanzi al tribunale di Crotone per sentir dichiarare l'illegittimità della deliberazione di recesso, nonché di ogni altro atto endoprocedimentale precedente e successivo, con condanna al risarcimento del danno. In corso di giudizio, fu chiamata in causa la Prefettura di Palermo, la quale eccepì il difetto di giurisdizione.

Con sentenza del 15 aprile 2002, il Tribunale di Crotone dichiarò la propria incompetenza territoriale, indicando come territorialmente competente il tribunale di Palermo.

Nell'ottobre del 2002, la Società riassunse il giudizio innanzi al tribunale di Palermo ed Il Ministero dell'interno - Ufficio territoriale del Governo di Palermo – insistette per il difetto di giurisdizione.

Con sentenza del 14 novembre 2005 il tribunale di Palermo dichiarò il proprio difetto di giurisdizione in favore della giurisdizione del Giudice amministrativo, affermando che il recesso dal contratto, stipulato prima di ricevere le informative del Prefetto, era avvenuto nell'esercizio di potestà pubblicistiche connesse al perseguimento di interesse di ordine pubblico nella scelta del contraente e non già di potestà privatistiche che trovano la loro giustificazione nelle modalità di esecuzione del rapporto.

La Società chiese alle sezioni unite della Cassazione di risolvere il conflitto di giurisdizione negativo insorto a seguito della sentenza del t.a.r. e della successiva sentenza del Tribunale di Palermo¹.

2. Il contenuto della sentenza in commento².

La Cassazione, una volta ritenuto che la deliberazione dell'Ente del 1998, pur avendo ad oggetto formalmente l'esercizio del potere di recesso dal contratto, è espressione di un potere autoritativo di valutazione dei requisiti soggettivi del contraente, il cui esercizio è consentito anche nella fase di esecuzione del contratto (ai sensi dell'art. 11, comma 2, D.P.R. n. 252 del 1998), ha concluso per la giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia.

Secondo la Cassazione, il menzionato potere è estraneo alla sfera del diritto privato dal momento che il recesso di cui si tratta non trova fondamento in inadempienze verificatesi nella fase di esecuzione del contratto, ma è consequenziale all'informativa del Prefetto ai sensi del D.P.R. n. 252 del 1998, art. 10, e quindi è espressione di un potere di valutazione di natura pubblicistica diretto a soddisfare l'esigenza di evitare la costituzione o il mantenimento di rapporti contrattuali fra i soggetti indicati nel citato D.P.R. art. 1, e imprese nei cui confronti emergono sospetti di collegamenti con la criminalità organizzata.

3. Analisi della sentenza della Cassazione.

La Suprema Corte distingue tra le varie ipotesi di recesso dal contratto da parte della p.a., considerando di competenza del giudice ordinario quelle giustificate da inadempienze intervenute nella fase esecutiva del contratto, mentre sarebbero soggette alla giurisdizione del giudice amministrativo quelle conseguenti ad una valutazione discrezionale spettante all'Amministrazione.

Trattasi di massima apparentemente conforme ai principi generali consolidati che presiedono al riparto di giurisdizione tra giudice ordinario ed amministrativo³, atteso che generalmente si ritengono attribuite al giudice amministrativo le contestazioni relative ad un atto del procedimento di evidenza pubblica (ad es. esclusione dalla gara, aggiudicazione, annullamento e revoca dell'aggiudicazione)⁴ presupposto di un contratto di diritto privato ed al giudice ordinario le controversie aventi ad oggetto direttamente il contratto stipulato all'esito del relativo procedimento, con riferimento non solo alle vicende relative all'esecuzione del contratto ma anche alle patologie ed all'inefficacia della fattispecie negoziale pur se derivanti da irregolarità/illegittimità del relativo procedimento⁵.

4.Particolarità della fattispecie.

Il recesso posto in essere dall'Ente (consentito nei casi previsti dalla legge o dal contratto ai sensi dell'art. 21 sexies L. n.241/1990 e successive modificazioni) è un atto unilaterale che ha ad oggetto non un provvedimento amministrativo del procedimento ad evidenza pubblica di scelta del contraente ma direttamente il contratto stipulato a seguito di tale procedimento, che pone fine al rapporto contrattuale, con obbligo a carico della p.a. recedente di pagare all'altro contraente il valore delle opere già eseguite e di rimborsare le spese sostenute per l'esecuzione del rimanente nei limiti delle utilità conseguite dalla p.a. , ai sensi dell'art. 11, 2° comma, D.P.R. n. 252/1998.

5.Conclusione provvisoria.

Ne dovrebbe conseguire, alla stregua dei menzionati orientamenti della Suprema Corte di Cassazione, la giurisdizione del giudice ordinario sulla controversia in esame in quanto l'atto unilaterale di recesso della p.a. incide direttamente sull'esecuzione del contratto, sia pure per renderlo inefficace ed impedirne l'ulteriore esecuzione, e non sugli atti del procedimento di scelta del contraente⁶.

6. Rilevanza dell'incidenza dell'atto unilaterale della p.a. sull'esecuzione del contratto.

La indicata conclusione provvisoria appare avvalorata da altro filone giurisprudenziale della Cassazione che, ai fini del riparto di giurisdizione, ha approfondito il potere di autotutela da parte della p.a. con incidenza sulla esecuzione dei contratti di diritto privato, stabilendo quanto segue:

-la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie relative ai diritti ed agli obblighi derivanti dal contratto non resta esclusa per il fatto che la pubblica amministrazione committente si avvalga della facoltà di rescindere il rapporto, ai sensi della L. 20 marzo 1865, n. 2248, art. 340, all. F,⁷ atteso che il provvedimento rescindente, inidoneo ad incidere sulle posizioni soggettive nascenti dal contratto aventi consistenza di diritti soggettivi, ancorchè integrante un atto amministrativo, non cessa di operare nell'ambito delle paritetiche posizioni contrattuali, onde le contestazioni, che investono l'esercizio di tale forma di autotutela, sono sottratte alla giurisdizione del giudice amministrativo⁸;

-deve considerarsi di generale applicazione il principio secondo cui il controllo dell'esercizio legittimo dell'autotutela, quando essa venga ad incidere posizioni di diritto soggettivo, resta del giudice ordinario, con la comprensione di tutti i casi in cui la Pubblica Amministrazione gode di una posizione privilegiata in forza della quale può procedere con propri atti unilaterali all'esecuzione o alla rescissione di contratti di diritto privato, indipendentemente dall'azione giudiziale e anche pendente il relativo giudizio⁹;

-le controversie nascenti dall'esecuzione di contratti di appalto di opere pubbliche hanno ad oggetto posizioni di diritto soggettivo inerenti a rapporti contrattuali di natura privatistica, nelle quali non hanno incidenza i poteri

discrezionali ed autoritativi della pubblica amministrazione, anche quando questa si sia avvalsa della facoltà, conferitale dalla legge, di recedere dal rapporto. Dette controversie appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice dei diritti, pur se la decisione dell' autorità amministrativa in ordine al rapporto sia stata adottata nelle forme dell' atto amministrativo, il quale, per questo suo connotato, non ha natura provvedimentoale e non cessa di operare nell'ambito delle paritetiche posizioni contrattuali delle parti, e che rientra nei poteri di detto giudice accertare, verificando in via incidentale la legittimità dell' atto rescissorio, se l' amministrazione abbia violato le clausole contrattuali e vulnerato il diritto soggettivo dell' appaltatore a proseguire il rapporto ¹⁰;

-in materia di appalto di opere pubbliche sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative alla procedura di affidamento dell' appalto, mentre quelle concernenti l'esecuzione del contratto sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, ivi compresa quella avente a oggetto la risoluzione unilaterale anticipata del contratto da parte dell'Amministrazione per inadempimento dell'appaltatore, e ciò anche quando l'atto rescissorio rivesta le forme dell'atto amministrativo, in quanto esso non ha natura provvedimentoale ma costituisce una forma di autotutela privata che non cessa di operare nell'ambito delle posizioni paritetiche di diritto soggettivo derivanti dal contratto¹¹.

7. Analisi delle informative prefettizie che impediscono di contrattare con la p.a.

Come è ormai pacifico, l'art. 4 d.lgs. n. 490/1994 prevede due tipi di informative (c.d. interdittive), che impediscono la contrattazione:

a) informazione prefettizia che comunica la sussistenza a carico dei soggetti responsabili dell'impresa ovvero dei soggetti familiari, anche di fatto, conviventi nel territorio dello Stato, delle cause di divieto o sospensione dei

procedimenti indicate nell'allegato 1 (vale a dire le cause di divieto, sospensione, decadenza, previste dall'art. 10, l. 31 maggio 1965, n. 575);
b) informazione prefettizia da cui risultino eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte o gli indirizzi delle società o imprese interessate¹².

Vi è poi una terza informativa prefettizia (c.d. supplementare atipica), fondata sull'accertamento di elementi i quali, pur denotando il pericolo di collegamenti tra l'impresa e la criminalità organizzata, non raggiungono la soglia di gravità prevista dall'art. 4, d.lgs. n. 490/1994, vuoi perché carenti di alcuni requisiti soggettivi o oggettivi pertinenti alle cause di divieto o sospensione, vuoi perché non integranti del tutto il tentativo di infiltrazione mafiosa¹³. Quest'ultima è senz'altro priva di efficacia interdittiva automatica¹⁴, poiché consente l'attivazione degli ordinari poteri discrezionali di ritiro del contratto da parte della stazione appaltante¹⁵). Tale potere - dovere di informativa supplementare da parte del Prefetto nei confronti delle stazioni appaltanti trova fondamento: da un lato nell'art. 1 septies, d.l. 6 settembre 1982, conv. nella l. 12 ottobre 1982, n. 726, aggiunto dall'art. 2 l. 15 novembre 1988 n. 486, a tenore del quale l'alto commissario antimafia (le cui competenze sono state nelle more devolute ai Prefetti) può «comunicare alle autorità competenti al rilascio di licenze, autorizzazioni, concessioni (...) per lo svolgimento di attività economiche (...) elementi di fatto ed altre indicazioni utili alla valutazione, nell'ambito della discrezionalità ammessa dalla legge, dei requisiti soggettivi richiesti; dall'altro lato, nel principio generale di collaborazione reciproca, con correlati obblighi di trasmissione di conoscenze, tra le pubbliche istituzioni.

I tre tipi di informative sopra indicati sono stati sostanzialmente mantenuti fermi dall'art. 247 del D. L.vo n. 163/2006 e successive modificazioni.

8. Tutela accordata all'impresa o società pregiudicata dalle informative prefettizie.

L'estensione della relativa tutela non è evidentemente identica per le tre informative menzionate ma si diversifica in relazione al tipo di informativa di cui trattasi e del concreto comportamento che assume la p.a. anche in considerazione del momento in cui l'informativa interviene (ad. es. prima o dopo la stipulazione del contratto).

Si può prescindere in questa sede dall'esaminare la c.d. informativa ricognitiva in quanto essa non ha recentemente dato luogo a controversie¹⁶.

Per quanto concerne l'informativa supplementare atipica appare sufficiente quanto in precedenza già indicato (v. in particolare la nota 14).

Interessa invece soffermarsi sull'informativa da cui risultino eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte o gli indirizzi delle società o imprese interessate, che è poi l'ipotesi che viene in discussione nel caso in esame.

A fronte di tale informativa, la p.a. è tenuta a non accordare la licenza, l'autorizzazione o la concessione, nonché ad annullare o revocare l'aggiudicazione ed a recedere dall'eventuale contratto stipulato, salvo un limitato margine di discrezionalità della stazione appaltante destinataria dell'informazione da rinvenirsi nella valutazione dell'opportunità, per l'interesse pubblico, della prosecuzione del rapporto contrattuale già in corso di svolgimento. Il che potrà avvenire solo allorché il rapporto contrattuale sia in avanzata fase di esecuzione e sussistano concrete ragioni che rendano del tutto sconveniente per l'amministrazione l'interruzione della fornitura, del servizio o dei lavori che formano l'oggetto del contratto revocando, con conseguente ampia motivazione a supporto della determinazione di proseguire il rapporto in funzione dell'esistenza di dette circostanze, ma non per l'opposto

caso in cui, in assenza di queste ultime, non via siano ragioni per vanificare la portata dell'informazione interdittiva. In quest'ultimo caso, invero, a giustificare l'adozione del provvedimento negativo è sufficiente il rinvio alla stessa informativa prefettizia tipica¹⁷.

Con particolare riferimento all'ipotesi di intervenuta stipulazione del contratto, la p.a. può agire in autotutela sia sugli atti della fase procedimentale (ad es. annullando o revocando l'aggiudicazione) e quindi recedere dal contratto, sia intervenendo direttamente sul contratto recedendo da esso, sulla base dei menzionati art. 11 D.P.R. n. 252/1998 e art. 21 sexies L. n.241/1990 e successive modificazioni (quest'ultima è la fattispecie in esame).

Nel caso in cui l'Amministrazione decida di intervenire in autotutela sull'aggiudicazione e quindi di recedere dal contratto, l'impresa pregiudicata potrà tutelarsi davanti al giudice amministrativo, nei prescritti termini di decadenza, impugnando il provvedimento di autotutela e nel contempo l'informativa interdittiva che ne costituisce presupposto¹⁸. Invece, il giudice amministrativo non dovrebbe avere giurisdizione per l'accertamento della perdita di efficacia del contratto per effetto dell'atto unilaterale di recesso da parte della p.a., anche se consequenziale all'atto di autotutela, essendo di competenza del giudice ordinario non solo le vicende relative all'esecuzione del contratto ma anche le patologie e l'inefficacia della fattispecie negoziale pur se derivanti da irregolarità/illegittimità del relativo procedimento¹⁹.

Può darsi però che la p.a. non ritenga di intervenire sugli atti del procedimento di evidenza pubblica e ponga in essere direttamente un atto di recesso dal contratto. In tal caso, secondo la sentenza in commento, poiché il recesso non trova fondamento in inadempienze verificatesi nella fase di esecuzione del contratto, ma è consequenziale all'informativa del Prefetto ai sensi del D.P.R.

n. 252 del 1998, art. 10, esso sarebbe espressione di un potere di valutazione di natura pubblicistica.

Ma in effetti quello che la Cassazione ritiene espressione di un potere di valutazione di natura pubblicistica non riguarda l'atto di recesso, che invece appare atto dovuto per effetto dell'informativa prefettizia da cui risultino eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa a carico dell'impresa, ma semmai l'implicito provvedimento di autotutela (di annullamento o revoca dell'aggiudicazione) insito nell'atto di recesso della p.a.

Invece, l'atto di recesso dal contratto consentito alla p.a., tenendo presente la disciplina di cui all'art. 1373 c.c.²⁰, è riconducibile nell'ambito della categoria civilistica dei diritti potestativi ed in quanto tale la sussistenza o meno dei presupposti per l'esercizio della relativa facoltà dovrebbe competere al giudice civile.

Invero, nella normativa di settore (art 4 , comma 6°, D. L.vo n.490/1994 ed art. 10, comma 2°, D. P.R. 252/1998) ha carattere prevalente il divieto per la p.a., in presenza di un'informazione interdittiva, di stipulare o autorizzare i contratti o i subcontratti , o di rilasciare le autorizzazioni o le concessioni.

Il legislatore, al fine di evitare incertezze interpretative, ha poi precisato (art 4, comma 6°, D. L.vo n.490/1994 ed art. 11, comma 3°, D. P.R. 252/1998) che qualora la causa interdittiva dovesse essere accertata successivamente alla stipula del contratto, al rilascio dell'autorizzazione o della concessione, la p.a. ha comunque la facoltà di revocare le autorizzazioni o le concessioni o recedere dei contratti (salvo il pagamento del valore delle opere eseguite ed il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite)²¹.

Pertanto, la facoltà attribuita alla p.a. di recedere dal contratto è riconducibile all'esercizio non di un potere autoritativo ma di un diritto potestativo, che

eccezionalmente il legislatore concede all'Amministrazione, per prevalenti esigenze di interesse pubblico, in presenza di un'informativa interdittiva.

Tale facoltà si atteggia almeno come dovere (sanzionabile disciplinarmente ed eventualmente con responsabilità erariale) nei confronti del responsabile del relativo procedimento nei rapporti interni alla p.a.²² e come diritto potestativo nei riguardi dell'altro contraente.

9. Giustificazione della giurisdizione amministrativa sulla controversia.

Le ragioni che militano per la giurisdizione amministrativa sono rinvenibili, invece, nel fatto che il recesso è meramente consequenziale all'informativa interdittiva del Prefetto, come del resto si è resa conto la stessa Cassazione. Per cui, nella fattispecie si tratta di stabilire unicamente la legittimità o meno dell'informativa prefettizia, che in quanto atto autoritativo soggiace evidentemente alla giurisdizione del giudice amministrativo.

10. Spiragli di razionalizzazione del sistema di riparto sulla sorte del contratto anche in considerazione dell'esigenza di rispettare la normativa comunitaria.

Ma se quella enunciata è la ratio profonda della giurisdizione amministrativa in detta materia, essa dovrebbe estendersi anche al caso in cui occorre accertare l'efficacia o meno del contratto allorché il vizio che lo inficia discenda unicamente dall'annullamento giudiziale della procedura di gara che ne costituisce presupposto, non venendo in rilievo in tale ipotesi un vizio autonomo della fattispecie negoziale.

Analogamente dovrebbe operare allorché la p.a., a seguito dell'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, decida di risolvere il contratto con l'impresa aggiudicataria, poiché anche in tal caso la risoluzione del contratto non sarebbe dovuta ad inadempimento della parte privata ma conseguenza dell'atto autoritativo di annullamento, per cui l'impugnativa

della risoluzione per effetto del provvedimento di autotutela dovrebbe essere portata davanti al giudice amministrativo.

Ciò in virtù di un'esigenza di concentrazione dei giudizi presso il giudice amministrativo sul provvedimento amministrativo presupposto e sulla sorte del contratto, esigenza cui si è mostrata sensibile la stessa Suprema Corte della Cassazione, al fine di evitare gli effetti devastanti sulla durata del processo conseguenti ad alcune tradizionali tecnicità processuali, con riferimento all'ipotesi in cui l'applicazione dell'orientamento tradizionale comporterebbe la devoluzione di due domande, basate sulla esposizione dei medesimi fatti, ed attinenti alla medesima controversia, a due giurisdizioni differenti.

Invero, la Suprema Corte ha ritenuto che la costituzionalizzazione del principio della ragionevole durata del processo imponga all'interprete una nuova sensibilità ed un nuovo approccio interpretativo, per cui ogni soluzione che si adotti nella risoluzione di questioni attinenti a norme sullo svolgimento del processo, deve essere verificata non solo sul piano tradizionale della sua coerenza logico concettuale, ma anche, e soprattutto, per il suo impatto operativo sulla realizzazione di detto obiettivo costituzionale. Ha precisato al riguardo che l'articolo 111 Cost., in combinazione con l'articolo 24, esprime dunque, quale mezzo imprescindibile al fine, un principio di concentrazione delle tutele (vedi, ad es., per la dichiarata incidenza del novellato art. 111 Cost. sulla estensione del principio di non contestazione al processo tributario: Cass. 24 gennaio 2007 n. 1540. Ha rilevato che nel nostro ordinamento esiste già il principio della concentrazione processuale, di cui è espressione l'art. 40 c.p.c.; esso però vale nei limiti della competenza (Cass. Sez. un. 15 maggio 2003 n. 7621), e non vale a spostare la giurisdizione, salvo casi particolari, come quello previsto dall'art. 4 c.p.c., n. 3, sulla attrazione nella giurisdizione del giudice italiano di cause connesse dello straniero (Cass. Sez. un. 17

maggio 1995 n. 5391), o sulla prevalenza della giurisdizione ordinaria su quella arbitrale (Cass. 23 agosto 1990 n. 8608 e 18 maggio 1979 n.3099). Ha concluso la Suprema Corte ritenendo che il principio costituzionale della precostituzione del giudice secondo legge (art. 25 Cost., comma 1) non esclude però che il giudice amministrativo, avente giurisdizione esclusiva sulla pretesa di rapporto di lavoro con ente pubblico, possa conoscere delle domande comunque originate dalla situazione lavorativa sulla quale ha giurisdizione, in coerenza con la propria giurisprudenza sulla centralità della esposizione dei fatti ai fini della risposta giudiziaria (Cass. Sez. un. 3 febbraio 1998 n. 1099)²³.

La rilevanza del principio della ragionevole durata del processo è stata recentemente ribadita dalla Suprema Corte a proposito della nuova lettura che occorre dare all' 37 c.p.c. (enunciando il principio innovativo secondo cui le sentenze di appello sono impugnabili per difetto di giurisdizione solo se sul punto non si è formato un giudicato esplicito o implicito; il giudice può rilevare anche d'ufficio il difetto di giurisdizione fino a quando sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito), affermandosi che “il principio di ragionevole durata del processo ben può fungere da parametro di costituzionalità con riguardo a quelle norme processuali le quali- rispetto al fine primario del processo che consiste nella realizzazione del diritto delle parti ad ottenere una risposta, affermativa o negativa, in ordine al bene della vita oggetto della contesa (V. corte cost. n.77/2007)- prevedano rallentamenti o tempi lunghi, inutili passaggi di atti da un organo all'altro, formalità superflue non giustificate da garanzie difensive né da esigenze repressive o di altro genere”²⁴.

Né può ragionevolmente escludersi che la sorte del contratto per vizi dipendenti dal procedimento amministrativo presupposto, da decidere presso il giudice civile, costituisca un appesantimento inutile ed inoltre essa attiene

alla medesima controversia relativa all'annullamento o alla revoca della procedura ad evidenza pubblica, come è stato recentemente evidenziato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato²⁵, la quale pur riconoscendo la formale giurisdizione civile sulla domanda volta ad ottenere, con efficacia di giudicato, l'accertamento dell'inefficacia del contratto, la cui aggiudicazione sia stata annullata dal giudice amministrativo, ha poi precisato che ciò non comporterebbe sul piano del sistema della giustizia amministrativa - con specifico riferimento ai principi sanciti dagli articoli 24 e 113 della Costituzione - una diminuzione della tutela del soggetto che abbia ottenuto l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione.

Secondo la Plenaria, l'amministrazione non può non rilevare in sede di esecuzione della sentenza la sopravvenuta caducazione del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione (secondo quanto, del resto, ribadito dalla Corte di Cassazione, sez. I, 15 aprile 2008, n. 9906) e perciò, nell'emanare i provvedimenti ulteriori l'amministrazione deve tenere conto dei principi enunciati nella sentenza di annullamento e delle conseguenze giuridiche determinate dal suo contenuto ed orientare conseguentemente la sua ulteriore azione. Rispetto a tali provvedimenti, il sindacato del giudice amministrativo è pieno e completo, investendo situazioni che restano esclusivamente nel campo del diritto pubblico e che non si intersecano mai con il piano dei diritti soggettivi sorti dal vincolo contrattuale imperniato sull'aggiudicazione annullata e, ove poi l'amministrazione non si conformi puntualmente ai principi contenuti nella sentenza oppure non constati le conseguenze giuridiche che da essa discendono, ovvero ancora nel caso di successiva sua inerzia, l'interessato potrà instaurare il giudizio di ottemperanza, nel quale il giudice amministrativo - nell'esercizio della sua giurisdizione di merito - ben può sindacare in modo pieno e completo (e soddisfacente per il ricorrente) l'attività posta in essere dall'amministrazione o anche il suo comportamento omissivo, adottando tutte le misure (direttamente

o per il tramite di un commissario) necessarie ed opportune per dare esatta ed integrale esecuzione alla sentenza e per consentire una corretta riedizione del potere amministrativo.

Per cui l'Amministrazione è tenuta a realizzare nel dare esecuzione al giudicato e ripristinare le ragioni del ricorrente in conformità alle statuizioni dell'annullamento.

Non è pertanto escluso che nel quadro della verifica della corretta conformazione alla sentenza da eseguire, il giudice amministrativo, per effetto dei suoi ampi poteri derivanti proprio dall'esercizio della giurisdizione di merito, possa effettivamente reintegrare in forma specifica la parte vittoriosa nei diritti connessi al giudicato e quindi, eventualmente, nella sua posizione di aggiudicatario della gara, in luogo del contraente nei cui confronti l'aggiudicazione è stata impugnata²⁶.

D'altra parte la Suprema Corte ha espressamente ammesso che nell'ipotesi in cui il provvedimento autoritativo di aggiudicazione dovesse costituire in pari tempo atto conclusivo del procedimento di gara ed estrinsecazione dell'accordo delle parti contraenti (senza perciò rinviare l'instaurazione del vincolo contrattuale alla successiva stipulazione del contratto), allora l'annullamento dell'aggiudicazione comporterebbe necessariamente la contestuale caducazione delle pattuizioni in esso contenute, con conseguente giurisdizione amministrativa sull'intera controversia.

La Corte di Cassazione ritiene diversa la regola sul riparto di giurisdizione allorché la p.a. dovesse manifestare la volontà di vincolarsi esclusivamente al momento della formale stipulazione del contratto, traendone la conseguenza della giurisdizione del giudice civile sulla sorte del contratto per effetto della scelta dell'Amministrazione da un lato e l'adesione dei partecipanti alle regole di gara²⁷.

In tal modo però la determinazione del giudice della eventuale futura controversia sulla sorte del contratto verrebbe rimessa all'iniziativa dell'Amministrazione, il che non appare consentito dal sistema²⁸.

Né può ritenersi differente la natura del contratto contenuto nel provvedimento di aggiudicazione rispetto al formale contratto che dovesse essere stipulato successivamente per il sorgere del vincolo dell'Amministrazione, in quanto anche nel primo caso viene in essere una fattispecie negoziale dotata di autonomia funzionale sia pure coordinata all'assolvimento della funzione fondamentale della complessa fattispecie²⁹.

Inoltre, la tesi della Cassazione sulla giurisdizione civile sulla sorte del contratto per accertarne l'inefficacia e/o l'efficacia potrebbe comportare un depotenziamento del processo amministrativo nella delicata materia degli appalti pubblici, costringendo gli interessati ad intraprendere la via del giudice civile³⁰, dopo l'annullamento del giudice amministrativo, con probabile intreccio di giudicati e incoerenza col principio comunitario di effettività della tutela giurisdizionale di cui alla direttiva CE 21 dicembre 1989 n. 665, come integrata dalla direttiva CE 11 dicembre 2007 n.66 (quest'ultima da attuare entro il 20 dicembre 2009).

Per quanto concerne il primo aspetto (direttiva n.665/1989), occorre rammentare che Il principio comunitario di effettività costituisce il fulcro della tutela garantita dalla direttiva 89/665. La rapidità dei ricorsi è considerata un aspetto dell'effettività.

Invero, i primi tre 'considerando' della direttiva 89/665 sottolineano che lo scopo della direttiva consiste nel garantire l'effettiva applicazione delle direttive comunitarie di armonizzazione in materia di appalti pubblici, istituendo un sistema di mezzi di ricorso in caso di «violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che

recepiscano tale diritto»; l'art. 1, n. 1, stabilisce che le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici devono essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile; L'art. 2, n. 7, richiede che le decisioni adottate dagli organi responsabili delle procedure di ricorso possano essere attuate in maniera efficace.

La Corte di Giustizia ha, inoltre, da tempo dichiarato che tale principio osta a che l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario venga reso praticamente impossibile o eccessivamente difficile³¹.

A sua volta la direttiva CEE n.66/2007 stabilisce, tra l'altro, che “ gli Stati membri assicurano che un contratto sia considerato privo di effetti da un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice o che la sua privazione di effetti sia la conseguenza di una decisione di detto organo di ricorso” (art. 2 quinquies, comma 1).

Questa affermazione è chiarita nelle premesse della direttiva (considerando n. 13), ove si precisa che “la carenza di effetti non dovrebbe essere automatica ma dovrebbe essere accertata da un organo di ricorso indipendente o dovrebbe essere il risultato di una decisione di quest'ultimo.

Il riferimento alla necessità di una pronuncia esplicita comporta l'esigenza di assicurare una tutela rapida ed effettiva.

Il requisito minimo per soddisfare il principio di tempestività esige la concentrazione della tutela in un unico giudizio, che permetta di affrontare, contestualmente, tutti gli aspetti collegati alla violazione del diritto comunitario, incidenti sui provvedimenti amministrativi di gara o sul contratto stipulato, nei limiti in cui la privazione di effetti sia dedotta come diretta conseguenza dell'accertata violazione delle regole pubblicistiche di affidamento dei contratti³².

Non si nasconde la necessità di un intervento risolutore del legislatore per recare chiarezza in questa delicata materia e l'occasione potrebbe essere

offerta dall'attuazione della Direttiva CE n.66/2007³³, ma nel frattempo la questione potrebbe essere riesaminata dalla Corte di Cassazione, in considerazione di quanto nel frattempo emerso in sede dottrinale e giurisprudenziale alla luce del vigente principio costituzionale della ragionevole durata del processo al fine di ridimensionare il principio della inderogabilità della giurisdizione per ragioni di connessione (salvo deroghe espresse) , utilizzando i riferimenti sistematici e costituzionali che consentano di contenerne la portata nei limiti dei parametri di ragionevolezza consentiti dall'ordinamento³⁴.

Roma, 13 ottobre 2008

¹ Alla stregua dell'art. 362 c.p.c. i conflitti di giurisdizione (positivi o negativi) tra giudici speciali e giudici ordinari possono essere denunciati in ogni tempo con ricorso per Cassazione.

² Pubblicata in lexitalia.it, copertina di settembre 2008.

³ Sia consentito il richiamo del mio scritto “ Il riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo nella sua evoluzione. Punti fermi e problematiche aperte.”, pubblicato nel settembre 2007 nei siti “Giustizia Amministrativa” del Consiglio di Stato e “Giustamm.it”.

⁴ E' ormai orientamento diffuso nella giurisprudenza della Cassazione e del Consiglio di Stato il principio secondo cui il generale potere di autotutela che compete alla pubblica amministrazione può essere legittimamente esercitato anche con riferimento agli atti amministrativi costituenti il presupposto di un contratto di diritto privato stipulato successivamente agli atti stessi e seguito dall'esercizio della autotutela, giacché, in tale ipotesi, l'autotutela ha per oggetto, non già il contratto, ma i provvedimenti adottati nel corso dell'iter procedimentale prodromico alla relativa stipulazione (V. Cass. S.U. sent. n. 5179 del 12.3.2004 e n. 13296 del 21.6. 2005; Cons. di Stato, sez. IV n. 6931 del 22.10.2004)). Inizialmente, in particolare negli anni 1910-50, vi è stata al riguardo una netta contrapposizione tra il Consiglio di Stato e la Cassazione, finché non è intervenuta la sentenza Cass, S. U. n.1785 del 10.6.1955 (F. It. 1956, I, c. 560, con la pregevole nota di commento di R. Sandulli), che per la prima volta ha ammesso la giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere della legittimità dell' annullamento in autotutela di un provvedimento amministrativo presupposto di un contratto.

⁵ Si va consolidando, ormai, il criterio secondo cui spetta al giudice ordinario la giurisdizione sulla domanda volta ad ottenere tanto la dichiarazione di nullità quanto quella di inefficacia o l'annullamento del contratto di appalto, a seguito dell'annullamento della delibera di scelta dell'altro contraente, adottata all'esito di una procedura ad evidenza pubblica. Invero, in ciascuno di questi casi la controversia non ha ad oggetto i provvedimenti riguardanti la scelta suddetta, ma il

successivo rapporto di esecuzione che si concreta nella stipulazione del contratto di appalto, del quale i soggetti interessati chiedono di accertare un aspetto patologico, al fine di impedirne l'adempimento. In tali casi le situazioni giuridiche soggettive delle quali si chiede l'accertamento negativo hanno consistenza di diritti soggettivi pieni ed il giudice è comunque chiamato a verificare la conformità alla normativa positiva delle regole attraverso cui l'atto negoziale è sorto, ovvero è destinato a produrre i suoi effetti (V. Cass. S. U. n. 27169 del 28.12.2007 e n. 19805 del 18.7.2008; Cons. di Stato, A. P. n. 9 del 30.7.2008, sia pure con temperamenti con riferimento al giudizio di ottemperanza).

⁶ Ritiene che il recesso dal contratto per effetto di informativa antimafia incida sull'esecuzione del contratto, con conseguente giurisdizione civile sulla controversia, Cons. di Stato sez. VI n. 5981 del 26 ottobre 2005 .

⁷ Detta disposizione prevede che “l'amministrazione è in diritto di rescindere il contratto , quando l'appaltatore si renda colpevole di frode o di grave negligenza, e contravvenga agli obblighi ed alle condizioni stipulate”.

⁸ V. Cass. S. U. n. 27170 del 20.12.2006.

⁹ V. Cass. S. U. n.27170/2006, già citata.

¹⁰ V. Cass. S. U. n. 4116 del 22.2.2007 (ove vengono citate a conferma Cass. S.U. 2006 n. 27170; 2006 n. 13690; 2006 n. 10994; 2005 n. 20116; 2005 n. 9534; 2005 n. 9391; 2005 n. 6992; 2004 n. 9534; 2003 n. 19787; 2002 n. 5640; 2002 n. 1760; 2001 n. 14539; 2001 n. 95).

¹¹ V. Cass. S. U. n. 6421 dell'11.3.2008 (ove vengono citate a conferma Cass. S.U. 5 aprile 2005, n. 6992; 18 ottobre 2005, n. 20116; 12 maggio 2006, n. 10994).

¹² Sulle due informative interdittive ex art. 4 d.l.vo n. 490/1994 v. Cons. di Stato, sez. VI, 6 giugno 2003 n. 3163 e sez. V, 29 agosto 2005 n. 4408. Quest'ultima decisione si sofferma anche sulle novità introdotte dagli artt. 10 e 11 d.p.r. 3 giugno 1998 n. 252 (Regolamento per la semplificazione dei procedimenti relativi al rilascio delle comunicazioni e delle informazioni antimafia).

¹³ V. Cons. di Stato, sez. VI n. 3163/2003 già citata e 3. maggio 2007 n.1948; C.si 28 dicembre 2006 n. 873.

¹⁴ L'informativa di cui al punto a) ha carattere ricognitivo dell'esistenza di cause di divieto di cui all'art. 10 l. n.575/1965 (V. Csi n.873/2006, già citata e Cons. di St. sez. VI n. 1948/2007, già citata), mentre quella di cui al punto b) dovrebbe avere carattere accertativo-costitutivo di elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa nella società o impresa interessata. Entrambe hanno un'efficacia interdittiva automatica.

Invece, l'informativa di cui all'art 1 septies del D.L. n.629/82 è un atto che non ha autonoma efficacia lesiva, in quanto non comporta effetti preclusivi immediatamente incidenti nella sfera giuridica dell'impresa, ma è unicamente diretta a fornire all'amministrazione indicazioni utili alla valutazione, nell'ambito della discrezionalità e nell'esercizio dei poteri di autotutela previsti dalla legge, dei requisiti soggettivi per l'adozione di determinazioni a vari fini, comprese quelle concernenti l'affidamento di lavori pubblici. Per cui ad essa è stato riconosciuto carattere di “atipicità”, proprio in quanto dall'adozione della misura non consegue alcun effetto interdittivo

automatico, a differenza di quanto si verifica per le altre due misure “tipiche” di cui all’art 4 del D.lgs. 490/94 ed anche in considerazione della molteplicità delle situazioni che possono dar luogo ad un giudizio negativo.

Tale funzione meramente sollecitatoria dell’informativa atipica comporta che questa assume natura di mero atto interno di un subprocedimento che potrà eventualmente concludersi con un provvedimento finale della stazione appaltante di esclusione dalla gara dell’impresa cui si riferisce; ed è dunque solo a quest’ultimo provvedimento che deve aver luogo per l’individuazione dell’interesse a ricorrere e dell’Amministrazione cui occorre necessariamente notificare il ricorso al giudice amministrativo.

¹⁵ V. C. Stato, V, 24 ottobre 2000, n. 5710 e 28 marzo 2008 n. 1310; IV, 1° marzo 2001, n. 1148; VI, 14 gennaio 2002, n. 149 e 3 maggio 2007 n.1948.

¹⁶ Si può ricordare per il passato l’intervento dell’A. P. del Consiglio di Stato (n. 7 del 10.7.1988) a proposito della temporaneità degli effetti preclusivi delle misure di prevenzione disposte nei confronti di soggetti indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso per il caso di intervenuta scadenza delle misure stesse e della Corte Cost. (n. 510 del 20 novembre 2000) con riferimento alla legittimità costituzionale dell’art. 10 della legge 31 maggio 1965, n.575 nella parte in cui prevede che i divieti, a carico delle persone alle quali sia stata applicata con provvedimento definitivo una misura di prevenzione, operino anche nei confronti di chiunque conviva con il sottoposto alla misura di prevenzione.

In ogni caso, tale informativa potrebbe essere impugnata davanti al giudice amministrativo solo per errore di fatto (non corrispondenza della situazione in cui versa l’impresa rispetto alle specifiche ipotesi delineate dall’art. 10 L. n. 575/1965) o per limiti di applicabilità dell’art. 10 L. n.475/1965, non competendo in tal caso al Prefetto alcuna valutazione discrezionale da effettuare, a differenza di quanto avviene per l’informativa circa la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa (sul contenuto di quest’ultima V. Cons. di Stato, sez. VI n.3603 del 17 luglio 2008).

¹⁷ V. Cons. di Stato, sez. VI n. 7619 del 30 dicembre 2005 e n. 1948 del 3 maggio 2007; sez. V n. 4408/2005, già citata; Csi n. 873/2006, già citata.

¹⁸ Il relativo ricorso dovrà essere necessariamente notificato anche alla competente Prefettura se si intendono contestare le conclusioni cui è pervenuto tale organo in ordine ai tentativi di infiltrazione mafiosa (V. TAR Campania n. 1644 del 31 marzo 2008).

Sulla competenza del giudice amministrativo in ordine all’atto di autotutela della p.a. su atti del procedimento di evidenza pubblica, anche se interviene durante la fase esecutiva del relativo contratto, vi è ormai piena concordanza tra il giudice amministrativo (V. Consigli di Stato, sez. V, n. 3463 del 28 maggio 2004 e n. 950 dell’8 marzo 2005) e Corte di Cassazione (v. la nota 4).

¹⁹Peraltro, non può escludersi nell’ipotesi esaminata un’impugnativa solo dell’informativa prefettizia interdittiva in quanto incidente sulla futura capacità contrattuale dell’impresa con la p. a., indipendentemente dall’esito della specifica gara in cui tale informativa sia intervenuta (V. Cons. di Stato, sez. VI, n. 3603 del 17 luglio 2008 e n. 3958 del 19 agosto 2008, sia pure quest’ultima incidentalmente al fine di verificare la tempestività dell’appello).

²⁰ V. Federico Roselli, che nel volume collettaneo (A.Checchini, M.Costanza, M.Franzoni, A.Gentili, F.Roselli, G.Vettori) Effetti del contratto, Giappichelli, 2002,) definisce il recesso come “la manifestazione di volontà con cui una delle parti produce lo scioglimento totale o parziale del rapporto giuridico di origine contrattuale”.

²¹ E' dubbio se il recesso dal contratto (consentito nei casi previsti dalla legge o dal contratto) possa essere esercitato dalla p.a. anche nel caso di informativa supplementare atipica pervenuta in ritardo, atteso che la lettera della disposizione legislativa fondamentale in materia (art. 4 D. L.vo n.490/1994) ricollega tale misura unicamente alla sussistenza di una causa di divieto ex art 10 L. n.575/1965 ed alla presenza di elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa. V. comunque anche l'art. 135 del d. L.vo n. 163/2006 e successive modificazioni.

²² Nel caso di conclusione di contratti o subcontratti in violazione dei divieti previsti dall'art. 10 L. n. 475/1965, il pubblico amministratore, il funzionario o il dipendente pubblico ovvero il concessionario di opere o servizi pubblici è punito con la reclusione da due a quattro anni (pena ridotta da tre mesi ad un anno se il fatto è commesso con colpa), ai sensi dell'art. 10-quinquies L n. 575/1965 e successive modificazioni.

²³ V. Cass. S. U. n. 4636 del 28 febbraio 2007.

²⁴ V. Cass. S. U. n. 24883 del 9 ottobre 2008, in Italgireweb, Servizio Novità della Corte Suprema di Cassazione.

²⁵ A. P. n.9/2008, già citata.

²⁶ La Plenaria sembra essersi ispirata alla tesi enunciata da Fabio Cintioli, " le Sezioni unite rivendicano a sé il contratto, ma non bloccano il giudizio di ottemperanza", in Giustamm.it, gennaio 2008.

²⁷ V. Cass. S. U. n. 19805/2008, già citata.

²⁸ V. Cass. S. U. n. 17635 del 20 novembre 2003 e Cons. di Stato, sez. V, n. 7554 del 18 novembre 2004.

²⁹ V. Cass. S. U. n. 214 del 24 giugno 1967 a proposito delle concessioni-contratto.

³⁰ V. Fabio Cintioli, Scritto citato.

³¹ V. Corte di Giustizia CEE –Conclusioni dell'avv. Generale 7 giugno 2007, nel procedimento C-241/06; Corte di Giustizia CEE –Sez. II, sentenza 3 aprile 2008 , nel procedimento C-446/06.

³² V. Marco Lipari , "Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario" in Giustamm.it, aprile 2008.

³³ V. Giuseppe Della Pietra "Cassazione e Consiglio di Stato disputano ancora: a chi spetta di pronunciarsi sulla sorte del contratto quando sia annullata l'aggiudicazione?" in Giustamm.it, ottobre 2008.

³⁴ Principio a cui si richiama la Suprema Corte per sostenere la giurisdizione civile sulla sorte del contratto per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione della gara nelle sentenze S. U. n. 27169/2007 e n. 19805/2008, già citate.