

**La disciplina speciale dei contratti pubblici: procedure di affidamento, contratto ed esecuzione del rapporto tra diritto civile e diritto amministrativo. Problematiche attuali**

Roma, 5.4.2018

**Sommario:** **1.** Inquadramento generale. Il diritto processuale dell'evidenza pubblica nella cornice del diritto eurounitario; problemi di armonizzazione. **2.** La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nell'ambito dell'evidenza pubblica. **2.1** La responsabilità precontrattuale nei contratti attivi dell'amministrazione. **2.2** La responsabilità dell'amministrazione nei confronti dei soggetti che vantavano interesse al mantenimento di una aggiudicazione illegittima. **2.3** La responsabilità dell'amministrazione in ipotesi di affidamenti diretti intervenuti in radicale violazione dell'evidenza pubblica. **2.4** La responsabilità precontrattuale del privato nei confronti della pubblica amministrazione. **3.** La tutela del privato avverso il silenzio serbato dall'amministrazione tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto. **4.** L'inefficacia del contratto. **5.** Epifanie dell'evidenza pubblica nella fase di esecuzione del contratto

La presente riflessione focalizza l'attenzione su alcune e limitate problematiche "di confine" tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa che interessano la materia dell'evidenza pubblica.

Il lavoro non ha alcuna pretesa di esaustività, né tanto meno intende offrire soluzioni, tentando unicamente una analisi ragionata della giurisprudenza rinvenuta in materia.

**1. Inquadramento generale. Il diritto processuale dell'evidenza pubblica nella cornice del diritto eurounitario; problemi di armonizzazione.**

La disciplina degli appalti pubblici è, nell'ordinamento vigente, sostanzialmente condizionata dalla normativa eurounitaria che pone – anzi impone secondo rigorosi canoni di effettività ed alla luce del dovere di leale cooperazione degli Stati nell'attuazione del diritto dell'Unione– una dettagliata disciplina sostanziale delle commesse pubbliche, con riflessi anche di diritto processuale.

L'Unione Europea ha individuato la domanda pubblica di beni, servizi e forniture quale elemento di sviluppo ed orientamento dell'economia; l'attività amministrativa "allocativa", nel mondo moderno, rappresenta una leva di sviluppo della concorrenza, da intendersi come concorrenza per il mercato e non solo nel mercato, dunque come valore di interesse generale e non solo come appannaggio degli attori che già operano su un determinato mercato.

La costruzione europea, almeno formalmente, salvaguarda la materia processuale alla competenza degli Stati nazionali; tuttavia, come ci insegna ogni giorno il dibattito pubblico, le ragioni dell'economia e gli strumenti di tutela di queste ragioni non sono e non possono essere reciprocamente indifferenti.

E' oggetto di studi e analisi la tensione tra l'autonomia processuale formalmente riconosciuta agli Stati membri, sempre predicata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>1</sup>, e la realizzazione dei principi di equivalenza e piena effettività delle posizioni giuridiche soggettive conferite dall'ordinamento giuridico dell'Unione rispetto a quelle garantite dagli ordinamenti nazionali<sup>2</sup>; detti principi, di fatto, incidono talvolta pesantemente sui sistemi processuali.

---

<sup>1</sup> Il principio è affermato sin dalla sentenza Corte di Giustizia 16 dicembre 1976, Rewe-Zentral/Finanza, in causa C-33/76, in cui si legge "spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare il giudice competente e stabilire le modalità procedurali delle azioni intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta, modalità che non possono essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale" e costantemente ribadito nella giurisprudenza della Corte.

<sup>2</sup> In materia di appalti, ad esempio, la sentenza Corte di giustizia 26 novembre 2015, MedEval, in causa C-166/14, per quanto concerne il risarcimento del danno spettante al soggetto leso in conseguenza dei vizi di una procedura di gara, ha affermato: "spetta agli Stati membri disciplinare le modalità procedurali dei ricorsi per risarcimento danni. Tali modalità procedurali non devono tuttavia essere

Le ragioni dell'effettività della tutela hanno oggettivamente conformato il diritto processuale degli appalti, basti pensare alla materia cautelare<sup>3</sup>, al ricorso incidentale<sup>4</sup>, al decorso dei termini di impugnazione<sup>5</sup>, per non dire dello stesso superamento del dogma della non risarcibilità degli interessi legittimi, certamente propiziato dal diritto dell'Unione europea<sup>6</sup>.

A tale processo non resta del tutto immune la problematica del riparto di giurisdizione.

Il nostro ordinamento conosce un criterio fondamentale di riparto, quello basato sulla posizione giuridica soggettiva dettato dall'art. 103 della Costituzione, che non risponde al modello più diffuso a livello europeo e quindi necessariamente stride con la spinta armonizzatrice dei sistemi nazionali che la disciplina sovranazionale induce. Come recentemente osservato in dottrina<sup>7</sup>, i sistemi dualistici diffusi a livello europeo fondano il riparto di giurisdizione per lo più sulla qualificazione pubblicistica di atti e rapporti, piuttosto che sulla posizione giuridica soggettiva; l'ordinamento italiano "condizionato" da un criterio generale di riparto non rispondente al modello più diffuso (e forse più razionale), tende a compensare le difficoltà di armonizzazione con la previsione di ambiti di giurisdizione esclusiva, nel cui contesto la posizione giuridica soggettiva sfuma.

Con la sentenza n. 204 del 2004 la Corte Costituzionale ha ribadito la centralità della posizione giuridica soggettiva, evidenziando tuttavia che il criterio residuale della giurisdizione esclusiva si legittima in quelle "particolari materie" in cui, ferma la sussistente commistione di posizioni giuridiche soggettive, "la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo"; qualora l'amministrazione si manifesti come autorità il giudice amministrativo può, fornire piena ed effettiva tutela, anche attraverso forme di reintegrazione in forma specifica, che si sommano al tradizionale rimedio demolitorio.

La giurisprudenza della Corte pare avere, nel tempo, anche mitigato i limiti della giurisdizione esclusiva.

Si legge nella pronuncia Corte Costituzionale n. 35 del 2010 che, al principio affermato nel 2004 in caso di giurisdizione esclusiva, "è bene aggiungere che, se è pur vero, in linea con le ragioni storiche all'origine della configurazione di tale giurisdizione, che è normalmente necessaria la sussistenza di un intreccio di posizioni giuridiche nell'ambito del quale risulta difficile individuare i connotati identificativi delle singole situazioni soggettive, non può escludersi che la cognizione del giudice amministrativo possa avere ad oggetto, ricorrendo gli altri requisiti indicati di seguito, anche soltanto diritti soggettivi"; viene quindi ribadita la necessità che l'attribuzione ai limiti a materie determinate in l'azione dell'amministrazione si esplica come autorità.

---

meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi previsti per la tutela dei diritti derivanti dall'ordinamento interno (principio di equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività)"; *idem* sentenze 6 ottobre 2015, Orizzonte salute, in causa C-61/14, che si è spinta a vagliare la legittimità del contributo unificato imposto a questa tipologia di ricorsi dall'ordinamento italiano; identico principio è affermato nelle sentenze 12 marzo 2015, eVigilo Ltd, in causa C-538/13 e 6 maggio 2010, Club Hotel Loutraki AE, in cause riunite. C-145/08 e C-149/08.

<sup>3</sup> Il nesso inscindibile tra una tutela giurisdizionale effettiva e la tutela cautelare risulta da tempo sancito con le pronunce Corte di Giustizia 19 giugno 1990, Factortame, in causa C-213/89; Corte di Giustizia 21 febbraio 1991, Zuckerfabrik, in cause riunite C-143/88 e C-92/89; Corte di Giustizia 9 novembre 1995, Atalanta, in causa C-465/93.

<sup>4</sup> Corte di Giustizia, 4 luglio 2013, Fastweb, in causa C-100/12; Corte di Giustizia, Grande Camera, 5 aprile 2016, Puligienica, in causa C-689/13.

<sup>5</sup> Corte di Giustizia 8 maggio 2014, Idrodinamica Spurgo Velox s.r.l., in causa C-161/13.

<sup>6</sup> Ulteriori possibili fronti di evoluzione in materia processuale sono aperti in forza di questioni pregiudiziali allo stato pendenti innanzi alla Corte di Giustizia; si ricordano, a mero titolo esemplificativo, le ordinanze di rimessione Tar Piemonte, sez. I, ord. 17 gennaio 2018, n. 88, in tema di modalità e termini di impugnazione, ai sensi del modificato art. 120 bis c.p.a., delle ammissioni ed esclusioni dei concorrenti da una gara di appalto e Tar Liguria, sez. II, 29 marzo 2017, n. 263, in tema di legittimazione/interesse ad impugnare gli atti di una procedura di gara.

<sup>7</sup> Mazzamuto M., *Le tecniche di attuazione dei diritti nel processo amministrativo*, Giustamm, 1/2018, 1

La riflessione del giudice delle leggi sui criteri di riparto, in questi casi condotta in prospettiva nazionale, deve ulteriormente confrontarsi con le ragioni di effettività di tutela in “particolari materie” sollecitate dall’ordinamento europeo e da quest’ultimo declinate anche in forma di concentrazione e celerità dei giudizi. Può risultarne che la previsione di una ipotesi di giurisdizione esclusiva meglio soddisfi le “istanze” dell’ordinamento sovranazionale, attenuando le difficoltà di recepimento del diverso modello.

E’ coerente con questo quadro la scelta del legislatore nazionale di disciplinare, per la materia degli appalti, un ambito di giurisdizione esclusiva.

Recita l’art. 133 comma 1 lett. e) del c.p.a. che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie:

“1) relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, 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, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell’aggiudicazione ed alle sanzioni alternative;

2) relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell’ipotesi di cui all’articolo 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell’adeguamento dei prezzi ai sensi dell’articolo 133, commi 3 e 4, dello stesso decreto.”

Si aggiunga che, ai sensi dell’art. 7 del c.p.a., nell’ambito della giurisdizione esclusiva, la cognizione del giudice amministrativo può riguardare tanto l’esercizio che il mancato esercizio del potere, tanto gli atti che i comportamenti mentre, a fini risarcitori, il GA conosce anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi.

Al di là dell’anacronistico riferimento del codice del processo al d.lgs. n. 163/2006 (la disciplina della revisione prezzi è transitata nell’art. 106 del d.lgs. n. 50/2016 per i contratti di lavori e, per i contratti di servizi e forniture ad esecuzione continuata o periodica investiti da significativi squilibri contrattuali, nell’art. 1 comma 511 della l. n. 218/2015) l’ambito della giurisdizione esclusiva si qualifica per l’obbligo dell’applicazione della normativa comunitaria e nazionale che caratterizzano l’evidenza pubblica; è questa la particolare “materia”<sup>8</sup>, qualificata da forme di esercizio del potere (o, ai sensi dell’art. 7 c.p.a., di suo mancato esercizio), che giustifica la concentrazione innanzi ad un unico giudice della giurisdizione, con specifico riferimento anche alla declaratoria di inefficacia del contratto che, nella costruzione europea, è uno strumento di effettività di tutela.

Risulta quindi fondamentale, per comprendere l’ambito della giurisdizione esclusiva in materia di appalti, avere presente la valenza dell’evidenza pubblica nel diritto dell’Unione Europea, a sua volta figlia dei principi comuni degli Stati membri e fisiologicamente influenzata da modelli – non ultimo quello francese – che, nell’ambito della contrattualistica pubblica, attribuiscono all’amministrazione particolari forme di potere e prerogative estranee ai rapporti contrattuali di diritto privato e che in taluni ordinamenti consegnano al giudice amministrativo l’intero rapporto contrattuale dell’amministrazione.

---

<sup>8</sup> Il riferimento all’evidenza pubblica ed agli obblighi anche di derivazione comunitaria che la caratterizzano si rinvia sin dalla prima introduzione della giurisdizione esclusiva sulle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture prevista con l’art. 33 comma 3 lett e) del d.lgs. n. 80/1998, definizione ripresa dall’art. 6 della l. n. 205/2000; con l’art. 244 del d.lgs. n. 163/2006 la giurisdizione esclusiva è stata esplicitamente estesa alle domande a contenuto risarcitorio; il codice del processo amministrativo ha ulteriormente specificato l’allargamento della giurisdizione esclusiva alla declaratoria di inefficacia del contratto quale strumento di tutela, sostanzialmente imposto dal diritto eurounitario, su cui *infra* nel testo.

Il diritto dell'Unione Europea, sempre in materia di appalti, ci consegna la direttiva ricorsi (direttiva 66/2007/UE di modifica delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE), il cui senso ultimo può riassumersi nel favore per la tutela in forma specifica; essa opera tanto a vantaggio del concorrente ingiustamente pretermesso o leso da violazioni intervenute nell'ambito delle procedure di gara - al quale deve possibilmente essere garantito il "bene della vita", ossia il contratto - quanto a garanzia dell'effettività delle disposizioni europee stesse, per realizzare un effettivo contesto concorrenziale omogeneo nell'ambito dell'Unione.

Ricorre nella giurisprudenza eurounitaria l'affermazione secondo cui: "le disposizioni della direttiva 89/665, volte a tutelare gli offerenti dall'arbitrio dell'amministrazione aggiudicatrice, si propongono di rafforzare i meccanismi esistenti *al fine di garantire l'effettiva applicazione delle norme dell'Unione in materia di aggiudicazione di appalti pubblici*, segnatamente in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette" (Corte di giustizia 11 settembre 2014, Fastweb, in causa C-19/13). Nell'ottica del giudice sovranazionale la tutela del concorrente e la tutela dell'effettività dell'ordinamento europeo convergono. La tesi è perfettamente in linea con la direttiva 66/2007/UE il cui obiettivo è dichiaratamente molteplice: garantire agli interessati "strumenti di ricorso efficaci e rapidi avverso le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori" (considerando n. 2) ma anche indurre gli Stati a colmare le lacune che "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 di 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" (considerando n. 3 della direttiva).

L'evidenza pubblica, che la disciplina nazionale degli appalti finalizzava a far conseguire alla stazione appaltante il miglior risultato, è stata "investita" dal diritto dell'Unione Europea di ben più complesse e molteplici responsabilità; oltre a favorire l'organico sviluppo dei mercati, in forza delle recenti direttive 23/2014/UE, 24/2014/UE e 25/2014/UE, recepite nel nostro ordinamento con il d.lgs. n. 50/2016, le scelte di spesa pubblica devono essere orientate verso soluzioni ritenute socialmente preferibili (green economy, inclusione sociale, ecc.), e sono funzionali alla lotta alla corruzione, all'uso efficiente dei finanziamenti pubblici, al sostegno alle piccole e medie imprese.

In questo contesto si moltiplicano i vincoli (di natura necessariamente autoritativa) imposti alle stazioni appaltanti, sia a garanzia di una competizione trasparente e concorrenziale tra gli aspiranti, sia per orientare *ab origine* le scelte di acquisto, così da realizzare la svariate finalità appena elencate.

Ferma la consapevolezza dell'odierna complessità dell'ordinamento, che sembra opporsi ad ogni sforzo di ricostruzione sistematica<sup>9</sup>, pare di poter almeno concludere che:

- a) l'assunto, ricorrente nella giurisprudenza nazionale, secondo cui, dopo la stipulazione del contratto di appalto pubblico, i contraenti si trovano su un perfetto piano di parità assimilabile a quello in cui operano due contraenti privati entra talvolta in conflitto con le sollecitazioni di conformazione della contrattualistica pubblica a finalità estranee alla mera regolare esecuzione dell'accordo;
- b) i modelli che meglio garantiscono l'effettività delle regole di derivazione eurounitaria sono verosimilmente, in questo particolare settore, quelli che riconoscono un maggior margine di "potere" all'amministrazione e/o di specialità della sua posizione quale contraente, così da assicurare che, proprio attraverso siffatti margini di intervento anche *ab externo* sul contratto, gli obiettivi generali del diritto europeo dell'evidenza pubblica restino garantiti;
- c) il moltiplicarsi di prerogative o vincoli che caratterizzano la contrattazione pubblica, in ragione di una molteplicità di interessi esterni, moltiplica l'epifania di vere proprie forme di esercizio del potere che, nel nostro ordinamento, dovrebbero vedere quale giudice naturale il giudice amministrativo.

---

<sup>9</sup> N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

## 2. La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nell'ambito dell'evidenza pubblica.

La sussistenza della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, i suoi limiti e il giudice dotato di giurisdizione in materia è questione che affanna la giurisprudenza da almeno quaranta anni.

A partire dalla sentenza Cass. SU n. 1675/1961 si è ammessa una responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, inizialmente limitandola all'attività puramente privatistica; con la sentenza Cass. SU n. 2110/74 detta responsabilità è stata riconosciuta anche in ipotesi di contratti ad evidenza pubblica e, con la pronuncia Cass. SU n. 4673/1997, la stessa è stata limitata a partire dal momento dell'aggiudicazione (la casistica innanzi al giudice ordinario contava ipotesi di mancata stipula del contratto, suo ingiustificato ritardo, esito negativo delle prescritte procedure di controllo che ne paralizzava l'efficacia).

Il panorama è mutato con l'introduzione di previsioni di giurisdizione esclusiva del GA in materia.

Con la pronuncia Cons. St. Ad. Plen. n. 6/2005, alla luce dell'ipotesi di giurisdizione esclusiva nelle more introdotta all'art. 6 della legge n. 205/2000, si è affermato che "nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente l'amministrazione è tenuta non soltanto a rispettare le regole dettate nell'interesse pubblico (la cui violazione implica l'annullamento o la revoca dell'attività autoritativa) ma anche le norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune, regole la cui violazione assume significato e rilevanza, ovviamente, solo dopo che gli atti della fase pubblicistica attributiva degli effetti vantaggiosi sono venuti meno e questi ultimi effetti si sono trasformati in affidamenti restati senza seguito"<sup>10</sup>; la responsabilità precontrattuale è stata ascritta alla responsabilità da comportamento<sup>11</sup>, che ben può convivere con provvedimenti legittimi, ancorchè lesivi. E' stata così riconosciuta la responsabilità precontrattuale a carico di una stazione appaltante che, pur avendo legittimamente revocato una procedura di gara per mancanza di fondi, aveva di fatto inutilmente sollecitato il concorrente ignaro alla partecipazione, con connessi costi e perdita di parallele occasioni a causa dell'impegno profuso per la gara.

La fattispecie è stata ascritta, dalla plenaria, alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Il giudice del riparto, dopo un primo orientamento contrario<sup>12</sup>, ha condiviso la sussistenza della giurisdizione amministrativa in tema di responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nella fase di gestione di una procedura di evidenza pubblica, quantomeno quando a dolersene sia il soggetto che vanta un interesse oppositivo rispetto alle iniziative in autotutela che trovano radice in errori di programmazione della stazione appaltante (Cass. SU n. 17858/2013).

Ancora recentemente Cass. SU n. 13454/2017 ha ribadito, con riferimento ad una ipotesi di revoca di gara e conseguente aggiudicazione intervenuta prima della stipulazione del contratto per mancanza di fondi, che: "nelle procedure ad evidenza pubblica, aventi ad oggetto l'affidamento di servizi pubblici, la cognizione di comportamenti ed atti assunti prima dell'aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula dei singoli contratti, spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, mentre nella

---

<sup>10</sup> Per la sussistenza della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nei termini sanciti dall'adunanza plenaria si è successivamente espressa Cass. SU n. 15260/2014, secondo cui la soluzione adottata dal supremo consesso amministrativo merita adesione: "in un'ottica di adeguamento della disciplina nazionale a quella europea e comunitaria, che subordina l'interesse della pubblica amministrazione, un tempo ritenuto preminente, all'interesse di un mercato concorrenziale, in cui il partecipante alla gara è titolare di una posizione soggettiva direttamente tutelata, avente ad oggetto il corretto adempimento della procedura, indipendentemente da un affidamento specifico alla conclusione del contratto."

<sup>11</sup> Secondo la giurisprudenza amministrativa, la controversia in tema di responsabilità precontrattuale non riguarda gli atti della procedura di affidamento, con conseguente inapplicabilità a questo giudizio del rito abbreviato di cui all'art. 119 co. 1 lett. a), Cons. St., sez. IV, n. 5551/2016; *idem* Cons. St., sez. III, n. 1882/2018.

<sup>12</sup> Cass. SU, n. 6596/2011 ha intestato la giurisdizione in tema di responsabilità precontrattuale dell'amministrazione al giudice ordinario, assimilandola all'ipotesi, successivamente analizzata nel testo, di danno da emanazione di provvedimento favorevole illegittimo.

successiva fase contrattuale riguardante l'esecuzione del rapporto la giurisdizione è attribuita al giudice ordinario (Cass. SU n. 1939/2012; Cass. SU n. 14188/2015)."

Nella stessa pronuncia si è precisato: "la giurisdizione esclusiva, configurata per le procedure di evidenza pubblica tese alla ricerca dell'aggiudicatario negli appalti di lavori servizi e forniture, conduce alla identificazione di un'area nella quale sono in campo interessi legittimi e diritti soggettivi in correlazione tra di loro (Corte. Cost. n. 204/2004). E' proprio l'esercizio del potere autoritativo che consente di configurare quella particolare materia prefigurata dai costituenti nell'intreccio tra diritti, da un lato, e interessi e poteri della PA dall'altro (Cass. SU n. 25516/2016)".

Assumendo dunque che, quantomeno nelle fasi dell'evidenza pubblica, sussista la giurisdizione del giudice amministrativo in tema di responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, occorre delinearne i contorni.

La problematica della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, ed in particolare della sua estensione, è stata di recente riportata all'attenzione dell'adunanza plenaria (ord. Cons. St., sez. III, n. 5492/2017).

Il collegio che ha disposto la rimessione ha affrontato il caso di una revoca (ritenuta legittima) della procedura per acclarate contraddizioni interne alle regole di gara; la revoca era intervenuta in un momento in cui un concorrente, dopo essere risultato definitivamente vincitore in seguito alle impugnative giurisdizionali con cui aveva contestato la propria pregressa esclusione, poteva vantare, in ottemperanza al giudicato favorevole, una opposta pretesa alla conclusione della procedura.

Il punto posto all'attenzione dell'adunanza plenaria attiene innanzitutto alla stessa configurabilità di una responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nella fase antecedente all'aggiudicazione provvisoria (oggi dovrebbe dirsi proposta di aggiudicazione) o – addirittura - definitiva.

A sostegno della tesi negativa il collegio remittente evidenzia che, nell'ambito di una gara, non sono configurabili vere trattative, non potendo alcun soggetto vantare una aspettativa di esito favorevole. L'ordinanza di rimessione censura poi la ricostruzione che di norma supporta la contraria tesi favorevole alla sussistenza di una responsabilità precontrattuale dell'amministrazione a tutela dei concorrenti non aggiudicatari, ossia il parallelismo tra l'evidenza pubblica e i moduli di formazione progressiva del contratto che seguono lo schema dell'offerta al pubblico; si sottolinea come l'evidenza pubblica irrigidisca l'operato dell'amministrazione, la quale non conduce in verità alcuna trattativa, mentre il bando non sarebbe paragonabile ad una offerta al pubblico (non essendo *tout court* suscettibile di accettazione idonea a concludere il contratto), quanto piuttosto ad una offerta "*in incertam personam*".

L'ordinanza fa salve specifiche ipotesi di vera e propria "mala fede" nella condotta dell'amministrazione, riscontrabili soprattutto "a monte" della pubblicazione del bando, tra le quali il caso "di scuola" di cui all'adunanza plenaria del 2005.

La difficoltà che ha verosimilmente indotto la rimessione non sembra risolvibile tanto alla luce del parallelismo tra l'evidenza pubblica e le trattative contrattuali (parallelismo che, se soddisfatto sul piano descrittivo, non è idoneo per trarne effetti sistematici, per la inevitabile diversa natura dell'attività del contraente privato, libera, e di quella dell'amministrazione, procedimentalizzata), quanto cercando di enucleare e distinguere la casistica meritevole di tutela; questa ragionevole preoccupazione pare sottesa all'ordinanza di rimessione.

Una lettura moderna dell'azione amministrativa (azione responsabile, rispettosa degli affidamenti suscitati, non legittima *in re ipsa*), non sembra compatibile con la cancellazione di ogni obbligo di correttezza precontrattuale nei rapporti con i privati (quantomeno i privati circoscritti alla platea dei concorrenti di una gara); essa, tuttavia, deve confrontarsi con la attuale realtà del mercato e dei rapporti di forza che lo caratterizzano, evitando discutibili forme di vera e propria iper-tutela del privato.

Occorre in definitiva discernere quali concrete ipotesi di responsabilità precontrattuale si attagliano all'azione amministrativa.

La responsabilità precontrattuale ha, anche nell'ordinamento civile, una doppia anima.

Se infatti l'art. 1337 c.c., in tema di ingiustificato recesso dalle trattative, si fonda unicamente su obblighi di buona fede in senso oggettivo, il successivo art. 1338 c.c., che parte della dottrina considera in rapporto di specialità con l'art. 1337 c.c.<sup>13</sup>, mentre altra parte considera autentica fattispecie autonoma<sup>14</sup>, è caratterizzato dalla specifica rilevanza dell'affidamento della controparte che deve, "senza colpa", avere confidato nella validità del contratto.

Nella casistica di cui è investito il giudice amministrativo si tende ad effettuare un riferimento complessivo all'affidamento suscitato nel privato dalla condotta dell'amministrazione, spesso trascurando una chiara messa a fuoco della specifica fattispecie di interesse per il singolo caso.

Nel caso affrontato dall'ordinanza di rimessione alla plenaria, il concorrente aveva preso parte ad una procedura la cui disciplina presentava una contraddizione esplicita nella legge di gara, senza far rilevare la problematica né chiedere chiarimenti; insorto il contenzioso, e sopravvenuta l'autotutela, si è poi lamentata una lesione dell'affidamento in un contesto di prescrizioni ambigue.

Una contraddizione esplicita o un errore manifesto nella legge di gara non scontano, come nelle maggior parte delle ipotesi di responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1338 c.c., forme di asimmetria informativa che di norma giustificano questo tipo di responsabilità; se infatti è vero che la legge di gara viene impostata dalla stazione appaltante, ugualmente vero è che la normativa pertinente è estremamente tecnica e complessa e che i concorrenti delle gare di appalto, nella maggior parte dei casi, non sono *quivis de populo* ma soggetti altamente specializzati nel loro ambito di mercato, del tutto in grado di percepire eventuali errori di impostazione della gara<sup>15</sup>.

E' quindi ovvio che, se anche l'iniziativa della gara è sempre intestata all'amministrazione, un conto sono le ipotesi in cui la gara subisca esiti infausti per problematiche che, nel contesto della procedura, non erano

---

<sup>13</sup> Benatti, *Responsabilità precontrattuale*, in EG, XXVII.

<sup>14</sup> Bigliuzzi Geri, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, 258.

<sup>15</sup> Soluzioni che "ridimensionano" i margini di affidamento del privato concorrente in gare di appalto si rinvergono anche nella giurisprudenza civile, soprattutto là dove le violazioni di norme che hanno occasionato la condotta censurata dell'amministrazione riguardano regole di carattere generale ed imperativo, note ai più. Secondo Cass., sez. I, n. 18932/2012: "nel giudizio sulla responsabilità precontrattuale di una P.A. (nella specie, di un Comune), devono essere considerate le regole dell'evidenza pubblica, le quali implicano la rilevanza delle sole trattative riferibili agli organi rappresentativi dell'ente o agli organi cui è istituzionalmente devoluta la formazione della sua volontà o, al più, ai funzionari delegati da questi organi, restando irrilevanti gli atti interni alla P.A. (nella specie, delibere della Giunta municipale), sui quali non può fondarsi un incolpevole affidamento dell'altro contraente"; si legge in Cass., sez. I, n. 11135/2009: "L'approvazione ministeriale del contratto stipulato con la P.A., prevista dagli artt. 19 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 e 337 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, costituisce "condicio iuris", che incide non sulla formazione ma sulla efficacia del contratto, ed il suo diniego non consente di ravvisare una responsabilità precontrattuale della P.A., qualora la mancata approvazione derivi dalla violazione di norme di carattere generale, di cui può presumersi la conoscenza e la cui ignoranza avrebbe potuto essere superata attraverso l'uso della normale diligenza, non essendo in tal caso configurabile un affidamento incolpevole del privato" (nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata che aveva affermato la responsabilità precontrattuale della P.A. in un caso in cui la mancata approvazione di un contratto, ambiguamente indicato talora come "licitazione privata per appalto dei lavori" e talora come "atto di cottimo fiduciario", era dovuta alla violazione di norme imperative disciplinanti figure negoziali inconciliabili fra loro, anche ai fini della scelta del contraente); ancora Cass., sez. I, n. 7481/07 afferma: "La responsabilità prevista dall'art. 1338 cod.civ., a differenza di quella di cui all'art. 1337 stesso codice, tutela l'affidamento di una delle parti non sulla conclusione del contratto, ma sulla sua validità, sicchè non è configurabile una responsabilità precontrattuale della P.A. ove l'invalidità del contratto derivi da norme generali, da presumersi note alla generalità dei consociati e quindi tali da escludere l'affidamento incolpevole della parte adempiente".

percepibili da parte dei privati (la mancanza di fondi è un caso di asimmetria informativa; analogamente potrebbe dirsi per gli errori nel progetto a base d'asta quando l'amministrazione sia l'unica a conoscere, a monte, le proprie strutture ed esigenze; ancora si immagina la "scoperta" di problematiche economiche o progettuali in corso di gara, che non vengano tempestivamente rese note alle controparti, così da lasciarle magari per anni in inutile attesa della chiusura della procedura), altro conto sono le problematiche spesso riconducibili a vizi di conduzione della procedura, rispetto ai quali, per la trasparenza che necessariamente accompagna la gestione dell'evidenza pubblica, non sussistono reali asimmetrie informative.

Nei confronti del contraente pubblico, in effetti, il proliferare degli obblighi di trasparenza, accesso e contraddittorio tende, per via autonoma, a colmare le stesse asimmetrie informative, per far fronte alle quali, la giurisprudenza civile ha edificato la responsabilità disciplinata dagli articoli 1337 e 1338 c.c.

Inoltre i vizi della procedura in sé considerati sono spesso dovuti alla scorretta applicazione della pertinente normativa, anche eurounitaria.

Il disagio che emerge in talune pronunce del giudice amministrativo in materia di responsabilità precontrattuale dell'amministrazione potrebbe dunque trovare soluzione, non tanto ponendo attenzione all'azione dell'amministrazione in quanto tale ed alla sua maggiore o minore assimilabilità alle trattative di diritto privato, quanto tenendo a mente l'oggetto ultimo della tutela, l'affidamento, e la sua reale conformazione a fronte di un agire interamente normato e procedimentalizzato.

L'affidamento può presentare contorni indubbiamente differenti a seconda che la controparte sia un privato (non avvinto, in linea di principio, da obblighi di ostensione della propria condizione se non, appunto, quelli derivanti dal dovere di buona fede e correttezza nelle trattative) o una pubblica amministrazione, ampiamente tenuta a forme di trasparenza, partecipazione e procedimentalizzazione che riducono lo spazio di incolpevoli affidamenti del privato in un contesto interamente procedimentalizzato.

Inoltre, posto che l'evidenza pubblica ha in buona parte una matrice eurounitaria, non può trascurarsi che l'ordinamento europeo, che annovera la tutela dell'affidamento tra i propri principi fondamentali, ha una concezione dello stesso più rigorosa di quella nazionale; il principio, in sede eurounitaria, è legato alla "certezza del diritto", intesa come forma di tutela a fronte di modifiche normative o improvvisi ripensamenti dell'amministrazione, ma resta fisiologicamente bilanciato dal dovere di autoresponsabilità e certamente non tutela alcuna forma di "affidamento" che si basi su una violazione di regole<sup>16</sup>; tantomeno, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, un operatore economico può invocare legittimi affidamenti a fronte di violazioni dell'ordinamento eurounitario stesso.

Quanto al primo aspetto: "risulta dalla giurisprudenza costante della Corte che la possibilità di far valere il principio della tutela del legittimo affidamento è prevista per ogni operatore economico nel quale un'autorità nazionale abbia fatto sorgere fondate aspettative. Tuttavia, qualora un operatore economico prudente ed accorto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, non può invocare il detto principio nel caso in cui il provvedimento venga adottato. Inoltre, gli operatori economici non possono fare legittimamente affidamento sulla conservazione di una situazione esistente che può essere modificata nell'ambito del potere discrezionale delle autorità nazionali"<sup>17</sup>; dunque l'operatore del mercato deve essere considerato un soggetto "accorto", escludendo qualsivoglia forma di affidamento a fronte di

---

<sup>16</sup> Bacci "L'evoluzione dei principi del legittimo affidamento nel diritto dell'unione europea e degli stati membri"

<sup>17</sup> Corte di Giustizia sentenze 15 luglio 2004, Di Lenardo e Dilexport, in cause riunite C-37/02 e C-38/02; Corte di Giustizia, 7 settembre 2006, Spagna/Consiglio, in causa C-310/04; per un caso di diniego di responsabilità precontrattuale dell'amministrazione in conseguenza della revoca dell'aggiudicazione di una gara di smaltimento rifiuti il cui prezzo di aggiudicazione era divenuto ampiamente fuori mercato e il cui progetto impiantistico era rimasto privo della prescritta autorizzazione ambientale, costituente espressa condizione di aggiudicazione nel bando di gara, si veda Cons. St, sez. V, n. 5146/2017.



possibili e prevedibili esercizi di potere discrezionale (si pensi a tutte le clausole di bando che consentono di non procedere all'aggiudicazione a fronte di offerte inadeguate).

Quanto al secondo aspetto, si legge nella sentenza Corte di Giustizia 4 ottobre 2007, Commissione/Repubblica Italiana, in causa C-217/06, resa proprio in materia di appalti, "il comportamento di un'autorità nazionale incaricata di applicare il diritto comunitario, che sia in contrasto con quest'ultimo, non può giustificare l'esistenza, in capo ad un operatore economico, di un legittimo affidamento sul fatto di poter beneficiare di un trattamento in contrasto con il diritto comunitario (v. sentenze 26 aprile 1988, causa C-316/86, Krücken, Racc. pag. 2213, punto 24, e 1° aprile 1993, cause riunite da C-31/91 a C-44/91, Lageder e a., Racc. pag. I 1761, punto 38)."

L'affermazione eliminerebbe spazio per reclamare risarcimenti da affidamento qualora la gara sia stata vanificata dalla riscontrata e percepibile violazione di norme di derivazione europea.

D'altro canto, contestualizzando l'evidenza pubblica nella matrice sovranazionale da cui deriva, risulta che, in nome dell'effettività delle regole europee, il soggetto leso da una violazione di tali regole vanta una tutela risarcitoria caratterizzata da un regime di responsabilità aggravata a carico della PA, posto che la stessa prescinde dall'accertamento dell'elemento soggettivo della colpa<sup>18</sup>; sembra coerente, dunque, che la stessa giurisprudenza europea ritenga che, così come l'amministrazione non possa invocare la propria buona fede a fronte di una violazione del diritto eurounitario, neppure il privato possa invocare forme di affidamento che in tali violazioni trovino fondamento.

Utilizzando un concetto "eurounitario" di affidamento potrebbero quindi ridimensionarsi le controversie che sono in sostanza volte a trarre improprio beneficio da violazioni o errori procedurali soggetti ad accertamento e vaglio rigoroso, in nome dell'effettività del diritto comunitario, e tuttavia di per sé percepibili sia dalla stazione appaltante che dai concorrenti.

Sui possibili rischi di una ipertutela nell'ambito della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, si veda anche *infra* § 2.1.

Inoltre non pare sopita l'annosa questione circa la natura della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione; la maggioritaria giurisprudenza amministrativa (benchè non manchino voci, anche recenti, dissonanti<sup>19</sup>) la colloca nell'alveo della responsabilità aquiliana, seguendo quello che per lungo tempo è stato l'indirizzo maggioritario della giurisprudenza civile, sulla scorta di autorevole dottrina<sup>20</sup>. Recentemente, con una dotta pronuncia, la Corte di Cassazione<sup>21</sup> ha analizzato la responsabilità

---

<sup>18</sup> Corte di Giustizia sentenza 30 settembre 2010, Stadt Graz, in causa C-314/09.

<sup>19</sup> Cons. St., sez. V, n. 1979/2017

<sup>20</sup> BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 2000, 157

<sup>21</sup> Cass., sez. I, n. 14188/16, che ha analizzato una ipotesi di mancata approvazione del contratto ai sensi dell'art. 19 del r.d. n. 2240 del 1923; ascrive alla responsabilità da contatto sociale con prescrizione decennale la responsabilità dell'amministrazione anche Cass., sez. I, n. 25644/2017; la sentenza ha affrontato il caso di una ditta che, dopo aver conseguito una aggiudicazione annullata dal CO.RE.CO, era risultata vincitrice al Tar nel giudizio di impugnazione del provvedimento negativo di controllo; la ditta aveva quindi adito il giudice ordinario per il risarcimento del danno da mancata esecuzione del contratto illegittimamente perso. La vicenda sarebbe oggi inquadrabile in un danno da atto amministrativo illegittimo (atto di controllo annullato), diverso dal danno da mero fatto o condotta dell'amministrazione nell'ambito delle trattative.

Occorre comunque evitare una sovrapposizione di parametri di giudizio cronologicamente sfalsati; le vicende che arrivano oggi all'attenzione del giudice di legittimità trovano spesso origine in fatti risalenti nel tempo, ai quali era applicabile l'art. 16 del r.d. n. 2440 del 1923, che stabiliva che i processi verbali di aggiudicazione erano equivalenti al contratto, rendendo più difficile individuare una cesura tra la fase dell'evidenza pubblica e la fase contrattuale. La questione è del tutto superata poiché, già a partire dal d.lgs. n. 163/2006, e peraltro sempre per andare incontro ad istanze sovranazionali, il procedimento di aggiudicazione ha visto una netta separazione tra il provvedimento di aggiudicazione e la stipulazione del contratto.

precontrattuale dell'amministrazione optando per il suo inquadramento nell'ambito della responsabilità da contatto sociale o quasi-contratto e, in definitiva, contrattuale, con le ovvie ricadute quanto a regole in tema di prescrizione, onere della prova ed entità del danno risarcibile.

La pronuncia dà lealmente atto delle persistenti incertezze in materia.

Sarebbe auspicabile che entrambi i plessi giurisdizionali accogliessero la medesima soluzione, quantomeno in termini di inquadramento generale; tuttavia, innanzi al giudice amministrativo, intesa la responsabilità precontrattuale come responsabilità da fatto in un ambito di giurisdizione esclusiva, resterebbe poi dirimente stabilire se, a fronte del "contatto sociale qualificato con l'amministrazione" o "illecito aquiliano" che dir si voglia, sia stato leso un diritto soggettivo o un interesse legittimo<sup>22</sup>.

In questo secondo caso, infatti, opera il termine decadenziale previsto dall'art. 30 c.p.a. per l'azione risarcitoria, venendosi così a ridimensionare uno dei principali effetti dell'inquadramento della fattispecie nell'uno o nell'altro sistema di responsabilità.

Da ultimo giova ricordare che, nella giurisprudenza civile, la frontiera della responsabilità precontrattuale è mobile; basti pensare al riconoscimento della responsabilità precontrattuale anche in presenza di un contratto valido (Cass. SU, n. 26724/2007) o alle ipotesi di contratto, in tesi invalido, che l'interessato non intenda invalidare, preferendo il mero ristoro del pregiudizio precontrattuale (Cass., sez. III, n. 21255/2013).

Simili ipotesi, ove mai configurabili nella contrattualistica pubblica, attenendo all'equilibrio contrattuale di un rapporto negoziale in essere sarebbero devolute alla cognizione del GO, non senza ricordare, ancora una volta, che l'evidenza pubblica pone limiti alle parti circa le varianti (art. 106 d.lgs. n. 50/2016); qualora un eventuale riequilibrio contrattuale superasse i limiti delle varianti non potrebbe che insorgere l'obbligo di bandire una nuova gara, senza possibilità di ortopedie.

In definitiva anche il riequilibrio del rapporto negoziale, vicenda interna al contratto, incontra il limite esterno di elasticità dello stesso dettato dall'evidenza pubblica.

## **2.1 La responsabilità precontrattuale nei contratti attivi dell'amministrazione.**

Parallelamente alle ipotesi di responsabilità precontrattuale che possono emergere nella fase dell'evidenza pubblica, il giudice del riparto continua ad analizzare fattispecie di responsabilità precontrattuale ascrivibili all'amministrazione che operi secondo moduli strettamente privatistici, ipotesi certamente devolute alla cognizione del GO.

Cass. SU, n. 11656/2008 ha riconosciuto la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione che recede da una trattativa, di carattere privatistico, di vendita di cosa futura (*idem* Cass. SU, n. 14833/2009, in un caso di vendita; Cass. SU, n. 10413/2017, in un caso di locazione).

Questa giurisprudenza interessa, per lo più, i contratti attivi dell'amministrazione.

E' lecito interrogarsi se la soluzione possa essere in futuro incisa dalla modifica apportata all'art. 4 del d.lgs. n. 50/2016 dall'art. 5 del d.lgs. n. 56/2017, che ha positivizzato l'obbligo di applicazione dei principi generali dell'evidenza pubblica (economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente e dell'efficienza energetica) non solo ai cosiddetti contratti esclusi ma anche ai contratti attivi dell'amministrazione.

Il progressivo sviluppo degli obblighi di evidenza pubblica (che storicamente ha in precedenza investito la stessa trattativa privata negli appalti – oggi interamente procedimentalizzata – e i contratti sottosoglia), innesta, su quelle che sono sempre state forme di libera contrattazione, manifestazioni di esercizio della

---

<sup>22</sup> Sulla natura della posizione giuridica soggettiva lesa, *infra* § 2.2

funzione pubblica e quindi del potere, con una parallela possibile espansione della giurisdizione di legittimità del giudice naturale di tale potere.

A titolo di esempio, si ricorda che in tema di cartolarizzazione degli immobili dello Stato (procedimento che vede l'amministrazione dismettere beni e imprese pubbliche attraverso procedure di evidenza pubblica) è stata in più occasioni affermata la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo (Cass. SU, n. 9103/2005; Cass. SU, n. 5593/2007; Cass. SU, n. 3238/2010).

## **2.2 La responsabilità dell'amministrazione nei confronti dei soggetti che vantavano interesse al mantenimento di una aggiudicazione illegittima.**

La giurisprudenza di legittimità, a partire dalle sentenze Cass. SU nn. 6594, 6595, 6596/2011 ha elaborato particolari ipotesi risarcitorie da lesione *lato sensu* dell'affidamento provocata dall'azione dell'amministrazione, attribuendole alla cognizione del giudice ordinario.

Trattasi, in termini generali, del risarcimento reclamato da soggetti che, già beneficiari degli effetti di un atto amministrativo illegittimo, in seguito alla rimozione di quest'ultimo - per intervento del giudice amministrativo o della PA in autotutela - si dolgono di aver subito conseguenze dannose avendo "incolpevolmente" confidato nella posizione di vantaggio che l'atto illegittimo aveva loro attribuito.

Il giudice del riparto si è occupato della fattispecie sia con riferimento alla materia dell'edilizia ed urbanistica<sup>23</sup> che con riferimento alla materia degli appalti.<sup>24</sup>

La problematica viene in questa sede, per ovvie ragioni, analizzata con riferimento alla disciplina degli appalti.

La casistica e le problematiche che emergono nella prassi possono divergere molto tra loro.

Innanzitutto, nel caso affrontato da Cass. SU, n. 6596/2011, una delle domande del privato aveva riguardo alla parte di contratto regolarmente eseguita prima che intervenisse una pronuncia del giudice amministrativo a privarlo di efficacia, in quanto stipulato in seguito ad una aggiudicazione illegittima.

Tale tipo di domanda, in verità, non pare ascrivibile alla lesione di un affidamento ma integra piuttosto una controversia inerente l'esecuzione del rapporto contrattuale; la parte infatti altro non reclama che l'adempimento delle obbligazioni gravanti sulla stazione appaltante, avendo eseguito la propria prestazione sino alla caducazione del contratto.

Prescindendo in questa sede dalla ulteriore problematica circa il titolo a monte di tale prestazione (invalidato ovvero convalidato dall'intervento del giudice amministrativo, il quale ben può dichiarare l'inefficacia del contratto solo *pro futuro*), dovrebbe trattarsi di una controversia di adempimento di una prestazione contrattuale o di fatto, devoluta alla cognizione del GO.

---

<sup>23</sup> Cass. SU, n. 6594/2011 ha affrontato il caso del titolare di un permesso di costruire annullato su iniziativa di un terzo; Cass. SU, n. 6595/2011 ha vagliato il caso di un soggetto che aveva acquistato un terreno facendo affidamento sulle indicazioni rinvenibili nel certificato di destinazione urbanistica rilasciato dall'amministrazione ed aveva ottenuto il conseguente titolo edilizio, titolo poi annullato su iniziativa dei terzi i quali erano riusciti a dimostrare che l'area aveva, in verità, perso ogni capacità edificatoria; Cass. SU, n. 17586/2015 ha analizzato il caso di un soggetto beneficiario di una illegittima concessione demaniale ottenuta con affidamento diretto, successivamente annullato dal giudice amministrativo.

<sup>24</sup> Cass. SU, n. 6596/2011 ha riconosciuto la giurisdizione del GO sulla domanda risarcitoria proposta dall'aggiudicatario di un appalto la cui aggiudicazione era stata annullata dal GA con caducazione del relativo contratto; il soggetto, così pretermesso dall'esecuzione, aveva reclamato, oltre al pagamento delle prestazioni nelle more eseguite, un ulteriore danno per aver legittimamente confidato nella regolare prosecuzione del rapporto contrattuale; sempre in materia di appalti anche Cass. SU, n. 15640/2017

Si rinvia *infra* § 4 per le possibili ipotesi di estensione dell'ambito della giurisdizione del GA per connessione anche a controversie di carattere esecutivo.

Più complessa la problematica della giurisdizione nell'ipotesi di un soggetto che ha, di fatto, beneficiato per un certo tempo degli effetti favorevoli di un provvedimento illegittimo, l'aggiudicazione, annullata ancor prima della stipulazione del contratto.

Non pare scontata l'individuazione della posizione giuridica soggettiva lesa sottesa alla fattispecie.

L'argomentare del giudice del riparto, nelle pronunce citate, muove da alcune considerazioni: il risarcimento del danno non costituisce una autonoma fattispecie di giurisdizione esclusiva, bensì una tecnica di tutela che si accompagna - non necessariamente in forma contestuale - alla tutela demolitoria avverso atti; in ipotesi di questo tipo il privato non ha interesse a contestare atti che, in verità, gli hanno conferito un beneficio; egli si trova invece lesa per effetto di successive (pur legittime) forme di annullamento.

Se è indubbiamente condivisibile la premessa del ragionamento, resta non ovvia l'individuazione della posizione giuridica soggettiva lesa e, attraverso questa, del bene della vita in ipotesi ingiustamente perso dall'attore.

Alcune considerazioni del giudice del riparto non paiono perfettamente aderenti alla giurisprudenza costituzionale ed alla vigente disciplina del codice del processo amministrativo.

Si afferma ad esempio, nelle citate sentenze, che la tutela risarcitoria innanzi al giudice amministrativo si abbina necessariamente alla contestazione di atti (anche se non costretta in un unico giudizio né più soggetta a forme di "pregiudiziale"); l'assunto è eccessivamente restrittivo. L'azione risarcitoria la cui cognizione è devoluta al giudice amministrativo a completamento della pienezza della tutela nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva non è circoscritta alla cognizione di atti; l'art. 7 del c.p.a., conformemente alla giurisprudenza costituzionale, estende la cognizione del GA al mancato esercizio del potere ed ai meri comportamenti.

Se ne conclude che, o si reputa incostituzionale la previsione dell'art. 7 del c.p.a., ovvero alla stessa deve darsi attuazione.

Nella pronuncia Cass. SU n. 17586/2015 la Corte ha escluso che la posizione giuridica soggettiva lesa fosse riconducibile all'interesse legittimo pretensivo originariamente soddisfatto dall'atto favorevole; ha affermato infatti il giudice di legittimità che l'interesse pretensivo non ha ad oggetto l'astratto agire legittimo dell'amministrazione, bensì il conseguimento del bene della vita, esito che si era in origine verificato, con ciò "esaurendo" la rilevanza della fase amministrativa. La Corte ha quindi ipotizzato l'esistenza di un "diritto all'integrità patrimoniale" in capo al beneficiario dell'atto illegittimo, lesa dal condizionamento che le sue scelte avrebbero subito come effetto dall'iniziale ed illegittimo provvedimento favorevole. La responsabilità dell'amministrazione sarebbe configurabile a fronte di una condotta in grado di suscitare affidamenti incolpevoli circa la spettanza del bene della vita, condotta rispetto alla quale l'illegittimità dell'atto amministrativo presupposto degraderebbe a mero fatto storico.

La sentenza ha poi ribadito che la mera adozione di un atto amministrativo illegittimo, da sola considerata, non sarebbe idonea a supportare la pretesa risarcitoria, occorrendo ulteriori elementi per dirsi suscitato un legittimo affidamento<sup>25</sup>.

Così ragionando, ha concluso il giudice del riparto, non vi sarebbe spazio per questo tipo di azione innanzi al GA, neppure nell'ambito della giurisdizione esclusiva, poiché la controversia non solo non verterebbe

---

<sup>25</sup> L'orientamento risulta confermato con la pronuncia Cass. SU, n. 1654/2018, che ha analizzato una fattispecie di annullamento della sequenza procedimentale che aveva condotto alla stipulazione di una convenzione urbanistica.

sull'originario interesse legittimo pretensivo ma si focalizzerebbe sul preteso "diritto all'integrità patrimoniale".

Il ragionamento pare riproporre, pur formalmente negandola, l'idea della tutela risarcitoria come autonoma prestazione e non soddisfa in pieno nella parte in cui ipotizza un generico diritto "all'integrità patrimoniale". Ogni lesione di diritti o interessi patrimonialmente valutabili si potrebbe tradurre in termini di lesione dell'integrità patrimoniale (l'aspirante ad un impiego pubblico, che non supera la selezione concorsuale, subisce certamente un danno patrimoniale; il proprietario di un immobile che si vede negato il titolo edilizio per un ampliamento subisce una perdita patrimonialmente valutabile del valore del suo patrimonio immobiliare); non per questo l'integrità patrimoniale assurge sempre ad autonoma posizione giuridica soggettiva (può fare eccezione la materia fiscale in cui, in effetti, il contribuente vede confrontato con il potere impositivo tutto il suo patrimonio), finendo altrimenti per assorbirle praticamente tutte; il concetto non si presta dunque ad alcun utile discrimine.

Se si abbandona la non convincente tesi del "diritto all'integrità patrimoniale", nell'argomentare della decisione in commento, pur negandosi in linea di principio l'esistenza di una pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa in quanto tale, si finisce di fatto per accordarle tutela; inoltre mentre si afferma che l'oggetto della tutela non è l'originario interesse pretensivo, se ne garantisce di fatto una sorta di protezione "ultrattiva" pur a fronte del ripristino della legittimità dell'azione amministrativa.

Il ragionamento della Suprema Corte pare perdere di vista una delle caratteristiche fondamentali dei rapporti di diritto amministrativo; il rapporto tra il beneficiario dell'atto illegittimo, l'amministrazione e il terzo che ha chiesto e ottenuto l'annullamento del provvedimento non è una sommatoria di rapporti bilaterali separatamente valutabili ma un unico rapporto che vede confluire in un unico procedimento, volto al corretto esercizio del potere e al bilanciamento degli interessi in gioco, il potere, l'interesse pretensivo e le opposte ragioni dei cosiddetti controinteressati. Il procedimento è appunto il luogo di emersione delle pretese dei privati, in bilanciamento tra loro, in una - necessariamente contestuale - valutazione di interessi primari e secondari; d'alto canto il controinteressato (beneficiario dell'atto illegittimo) ha, in termini generali, facoltà di partecipazione procedimentale oltre ad essere parte necessaria nel giudizio che può condurre all'annullamento del provvedimento a lui favorevole.

Spezzare l'unitario rapporto amministrativo rischia di moltiplicare le posizioni tutelabili, senza offrirne una piena contestualizzazione.

In questi esatti termini, peraltro, si è espressa in altre occasioni la stessa Suprema Corte, se pure in materia edilizia.

Si legge infatti in Cass. SU, n. 8057/16: "Ciò che si vuol dire, in definitiva, è che l'azione amministrativa illegittima - composta da una sequela di atti intrinsecamente connessi - non può essere scissa in differenti posizioni da tutelare. E' l'agire provvedimentale nel suo complesso che è messo in discussione, mentre l'affidamento - nella legittimità degli atti - non è altro che un profilo riflesso senza alcuna incidenza ai fini dell'affermazione della giurisdizione." L'affermazione è ripresa, in materia di appalti, dalla già citata Cass. SU n. 13454/2017.

La qui criticata giurisprudenza del giudice del riparto, peraltro, risulta scarsamente conciliabile con il parallelo orientamento che attribuisce alla giurisdizione del GA il vaglio della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione per i casi di revoca dell'aggiudicazione, o della stessa gara, intervenuta prima della conclusione del contratto. Se quest'ultima soluzione è del tutto coerente con la circostanza che tutta la vicenda si è sviluppata nella pura fase di evidenza pubblica, quindi in concomitanza con l'esercizio di potere, resta il fatto che la revoca per mancanza di fondi altro non è che un caso di autotutela (per lo più legittima, non potendo l'amministrazione impegnare risorse di cui non dispone), in cui si ammette che l'originario beneficiario del provvedimento favorevole possa reclamare il danno da "affidamento incolpevole" innanzi

allo stesso giudice che valuta, nel complesso, la legittimità della revoca; l'elemento causativo del danno altro non è che la riedizione del potere in senso correttivo.

La circostanza, si potrebbe dire accidentale, che il soggetto che aspira al bene della vita abbia visto la sua pretesa temporaneamente soddisfatta con un illegittimo provvedimento favorevole, magari anche seguita dalla stipulazione di un contratto, se può certamente avere rilevanza per valutare il grado di affidamento maturato dal privato, non si comprende come possa mutare la natura della posizione giuridica soggettiva che lo stesso vanta a fronte dell'unitario esercizio del potere pubblico.

La stessa Cassazione, pur affermando che il danno in capo al soggetto illegittimamente beneficiario non deriverebbe dall'originario esercizio di potere in senso a lui favorevole (il che è ovvio, posto che l'esercizio di un potere in senso favorevole non può che portare un beneficio), in taluni passaggi parifica il l'annullamento dell'atto favorevole dovuto ad un intervento del giudice e quello dovuto all'autotutela esercitata, anche in pendenza di contratto, dalla stessa amministrazione; la soluzione è nel merito condivisibile, per l'ovvia ragione che l'eventuale effetto dannoso o meno in capo all'illegittimo beneficiario dell'atto favorevole è identico in entrambe le ipotesi, salvo trascurare che, quantomeno nel secondo caso, l'effetto dannoso è palesemente il risultato ultimo dell'autotutela, quindi dell'esercizio di un potere là dove, in quanto legittimo, verosimilmente previsto in capo all'amministrazione<sup>26</sup>.

In definitiva la posizione giuridica soggettiva pare ragionevolmente identificabile nel solo interesse legittimo, pur sempre plasmato dall'azione amministrativa, benchè soggetto a ripensamenti ed errori, inciso da atti di secondo grado o comportamenti comunque mediamente riconducibili al corretto esercizio del potere.

Quanto ai limiti entro i quali il beneficiario di un atto illegittimo può invocare il proprio affidamento, specialmente in materia di appalti, si rinvia al precedente § 2.

### **2.3 La responsabilità dell'amministrazione in ipotesi di affidamenti diretti intervenuti in radicale violazione dell'evidenza pubblica.**

La problematica del risarcimento spettante all'operatore del mercato che lamenta, in radice, la mancata indizione di una gara secondo le prescritte regole di evidenza pubblica è stata di recente portata all'attenzione dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato con l'ordinanza Cons. St., sez V, n. 118/2018. L'ordinanza non affronta la tematica della giurisdizione perché sul punto, nella specifica controversia, si era formato il giudicato<sup>27</sup>.

L'attenzione dell'ordinanza si è concentrata sui criteri per quantificare il risarcimento.

In particolare il risarcimento attiene alla perdita di una "chance" di aggiudicazione ed il giudice remittente si è interrogato sulla natura di siffatta chance, se ontologica o eziologica.

Gli effetti pratici mutano significativamente; seguendo una concezione ontologica della chance, posto che il mancato espletamento della gara rende impossibile formulare prognosi sull'esito della stessa ma non dovrebbe tradursi in danno dell'operatore pretermesso, il risarcimento dovrebbe essere accordato a prescindere da una prova di seria probabilità di conseguire l'aggiudicazione; per contro, secondo altro orientamento, cosiddetto della chance eziologica, sarebbe necessario che il ricorrente dimostrasse una elevata probabilità di conseguire l'aggiudicazione.

---

<sup>26</sup> Per le possibili ipotesi di autotutela anche successivamente alla stipulazione del contratto si veda infra, § 2.5.

<sup>27</sup> Per altri casi in cui la giurisprudenza amministrativa si è occupata di asseriti danni da mancata indizione della gara si vedano, a titolo esemplificativo, Cons. St., sez. III, n. 559/2016 in ipotesi di impugnazione di un affidamento diretto in proroga; Cons. St., sez. V, n. 4592/2015 in ipotesi di illegittimo affidamento in trattativa privata di un contratto; Cons. St., sez. V, n. 3450/2016, sempre in ipotesi di proroga contrattuale disposta senza il rispetto dell'evidenza pubblica.

Lasciando al supremo consesso la questione di merito, il considerando n. 13 della direttiva 2007/66/CE recita: "Per contrastare l'aggiudicazione di appalti mediante affidamenti diretti illegittimi, che secondo la Corte di giustizia rappresenta la violazione più grave del diritto comunitario degli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice o di un ente aggiudicatore, è opportuno prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive. Pertanto, un contratto risultante da un'aggiudicazione mediante affidamenti diretti illegittimi dovrebbe essere considerato in linea di principio privo di effetto. 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."

In termini di giurisdizione l'art. 133 lett. e) del c.p.a. esplicitamente devolve alla cognizione del GA le controversie inerenti il divieto di rinnovo tacito del contratto, che rappresenta una ipotesi di radicale omissione dell'evidenza pubblica e contemporaneamente estende la giurisdizione esclusiva del GA alla declaratoria di inefficacia del contratto, quando questa sia effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Fermo dunque che deve essere possibile per un giudice privare di efficacia il contratto stipulato omettendo – in sede di proroga o ab origine - le procedure di evidenza pubblica, in quanto tale evenienza costituisce la più radicale violazione della normativa comunitaria, ci si può interrogare se la giurisdizione esclusiva si estenda o meno alla declaratoria di inefficacia del contratto in ipotesi in cui non vi sia a monte un annullamento di atti, appunto perché atti di natura procedimentale non ve ne sono mai stati.

Il giudice del riparto ha fornito al quesito risposta positiva nella sentenza Cass. SU, n. 14260/2012 nella quale testualmente si legge: "Le Sezioni Unite di questa Corte si sono ormai più volte pronunciate - in materia di giurisdizione - nelle controversie relative a procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, sugli effetti della direttiva 11 dicembre 2007, n. 2007/66/CE . Con tali pronunce, le Sezioni Unite della Corte di cassazione - dando rilievo alle modifiche al sistema derivate dalle direttive anzidette - hanno superato il principio che negava la giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda di invalidità o inefficacia del contratto stipulato all'esito di gara annullata perché illegittima, in base all'argomento che non può incidere la riconosciuta connessione tra più domande oggetto di distinte giurisdizioni, per spostare questa da uno ad altro giudice. Infatti, sulla base della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007 n. 66, relativa al miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici" - i cui principi dovevano essere trasposti nel nostro ordinamento interno entro il 20 dicembre 2009 - fin dalla data di entrata in vigore di essa, una interpretazione orientata costituzionalmente, e quindi comunitariamente (art. 117 Cost.), delle norme sulla giurisdizione - per le gare bandite dopo tale data - ha reso necessario l'esame congiunto della domanda di invalidità dell'aggiudicazione e di privazione degli effetti del contratto concluso, nonostante l'annullamento della gara, prima o dopo la decisione del giudice adito, in ragione dei principi che la norma comunitaria impone agli Stati membri di attuare, che corrispondono a quelli di concentrazione, effettività e ragionevole durata del giusto processo disegnato nella carta costituzionale....Invero, il senso della disposizione è quello di attribuire al giudice amministrativo la cognizione piena di tutte le controversie conseguenti all'annullamento di un'aggiudicazione - comunque intervenuta -; quindi, a maggior ragione, nell'ipotesi di affidamento diretto, posto in essere in violazione delle norme nazionali e comunitarie, per non essere stata disposta alcuna gara. D'altra parte, sarebbe una contraddizione logica del sistema ammettere la giurisdizione del giudice amministrativo nel caso in cui una gara sia, comunque, stata effettuata e negarla in quello, di gran lunga più grave, di affidamento diretto, posto in essere dalla pubblica amministrazione con abuso delle funzioni pubbliche."

La soluzione può mutare a seconda che l'accento sia posto sulla radicale mancanza di atti procedimentali a monte, che rendono il contratto assimilabile ad un contratto di diritto privato, o sulla illegittimità comunitaria di tale mancanza, che integra la più grave violazione dell'evidenza pubblica (la cui cognizione l'art. 133 lett. e) c.p.a. devolve al GA).

Il principio affermato, per coerenza, dovrebbe poi indurre ad attribuire alla giurisdizione del GA la domanda di risarcimento proposta dal privato beffato dalla mancata indizione della gara, essendo il risarcimento solo una tecnica di tutela che completa la protezione del medesimo bene della vita.

In definitiva, come in effetti ritenuto dalla giurisprudenza del giudice amministrativo di appello, il ricorrente che reclama il risarcimento da perdita di chance per mancata indizione di una gara censura l'agire pubblicistico dell'amministrazione sotto il profilo dell'omessa attivazione di una doverosa attività procedimentale, con una contestazione che si indirizza al giudice amministrativo invocando una "tecnica di tutela", il risarcimento, alternativa alla declaratoria di inefficacia del contratto.

#### **2.4 La responsabilità precontrattuale del privato nei confronti della pubblica amministrazione.**

Molto più dubbia resta la problematica della giurisdizione nelle ipotesi in cui la responsabilità precontrattuale, per condotte manifestatesi nel contesto della procedura di evidenza pubblica, sia azionata dalla pubblica amministrazione nei confronti del privato.

Recentemente le Sezioni Unite si sono occupate di una fattispecie in cui la stazione appaltante ha agito nei confronti di un concorrente, contestandogli condotte fraudolente tenute nel contesto della fase dell'evidenza pubblica.

Il giudice del riparto, dando atto della novità della questione e del contrasto di giurisprudenza in materia in seno alla stessa giurisdizione amministrativa, ha osservato come la vertenza non tragga origine né dalla caducazione di atti amministrativi né da forme di esercizio del potere (ovviamente instabili solo alla parte pubblica), bensì del mero addebito di violazione di buona fede e correttezza mosso a carico di un privato, rispetto al quale la procedura di evidenza pubblica ha rappresentato una mera occasione per porre in essere la condotta scorretta; la Cassazione ha quindi concluso per la sussistenza della giurisdizione ordinaria (Cass. SU n. 16419/17).

Il giudice del riparto ha preso in esame due pronunce del giudice amministrativo, la pronuncia Tar Lombardia, n. 736/2014 e la pronuncia Tar Lecce, n.1492/2011, le quali si sono espresse in termini opposti sulla fattispecie. Infatti il giudice meneghino ha analizzato una complessa fattispecie inerente una procedura di *project financing* innestata su una vicenda di carattere urbanistico; l'aggiudicataria del *project financing* si era sottratta alla consegna dei lavori, adducendo svariati pretesti, e, in definitiva, contribuendo alla vanificazione dell'intera operazione. Il Tar ha affermato la propria giurisdizione, invocando il principio della concentrazione delle tutele, che osterebbe a che domande attinenti alla responsabilità precontrattuale aventi carattere reciproco e/o riconvenzionale vengano portate alla cognizione di giudici differenti.

La sentenza del TAR Lecce, di epoca ormai abbastanza risalente, argomentava invece con riferimento alla sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario per la fase che si dipana tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto, tesi che, in sé, risulta in parte superata dalla stessa giurisprudenza del giudice del riparto (su cui *infra* § 3).

Restano dirimenti gli argomenti sistematici esposti nella pronuncia della Cassazione che, tuttavia, devono anche confrontarsi con quanto recentemente statuito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 179/2016, avente ad oggetto la legittimità costituzionale dell'ipotesi di giurisdizione esclusiva prevista dall'art. 133 comma 1 lett. a) n. 2 e lett. f) del d.lgs. n. 104/2010.

Il remittente dubitava della possibilità, alla luce degli artt. 103 e 113 Cost., che, nelle materie di giurisdizione esclusiva, siano devolute al GA anche le controversie che vedono l'amministrazione quale parte attrice.



Se pure riferiti alla materia urbanistica, i principi affermati dal giudice costituzionale paiono ben adattarsi anche alla problematica in analisi.

Si legge infatti nella decisione del giudice delle leggi: “Al riguardo, va rilevato che – sebbene gli artt. 103 e 113 Cost. siano formulati con riferimento alla tutela riconosciuta al privato nelle diverse giurisdizioni – da ciò non deriva affatto che tali giurisdizioni siano esclusivamente attivabili dallo stesso privato, né che la giustizia amministrativa non possa essere attivata dalla pubblica amministrazione; tanto più ove si consideri che essa storicamente e istituzionalmente è finalizzata non solo alla tutela degli interessi legittimi (ed in caso di giurisdizione esclusiva degli stessi diritti), ma anche alla tutela dell’interesse pubblico, così come definito dalla legge. Per quanto riguarda, in particolare, l’art. 103 Cost., laddove esso prevede la giurisdizione esclusiva «in particolari materie indicate dalla legge», la costante giurisprudenza di questa Corte identifica i criteri che legittimano tale giurisdizione in riferimento esclusivo alle materie prescelte dal legislatore ed all’esercizio, ancorché in via indiretta o mediata, di un potere pubblico (sentenze n. 191 del 2006 e n. 204 del 2004).”

Ancora ha precisato la Corte: “che l’ordinamento non conosce materie “a giurisdizione frazionata”, in funzione della differente soggettività dei contendenti. Elementari ragioni di coerenza e di parità di trattamento esigono, infatti, che l’amministrazione possa avvalersi della concentrazione delle tutele che è propria della giurisdizione esclusiva e che quindi le sia riconosciuta la legittimazione attiva per convenire la parte privata avanti il giudice amministrativo. Viceversa, la soluzione prospettata dal rimettente introdurrebbe effetti disarmonici e irragionevoli. In primo luogo, la concentrazione delle tutele e l’adeguamento alla giurisprudenza costituzionale e delle giurisdizioni superiori costituivano criteri direttivi imposti al legislatore delegato dall’art. 44, comma 2, lettera a), della legge delega n. 69 del 2009, con la conseguenza che una scelta di segno opposto – nel senso indicato dal rimettente – si sarebbe posta in contrasto con i criteri della delega e quindi con l’art. 76 Cost.”

Il principio affermato dalla Corte Costituzionale è stato recentemente applicato dal giudice amministrativo d’appello nella materia degli appalti con la sentenza Cons. St, sez. III, n. 3755/2016, in una ipotesi di gara indetta per la stipulazione di un contratto di mutuo, all’esito della quale il contraente primo classificato aveva rifiutato la stipulazione e la stazione appaltante, aggiudicando al secondo, aveva contestualmente convenuto in giudizio innanzi al Tar il primo classificato per l’asserito danno precontrattuale dato dalla differenza (in peggio) tra le condizioni contrattuali offerte dal secondo concorrente e quelle offerte dall’originario aggiudicatario.

Nel merito il giudice amministrativo d’appello, dopo aver ritenuto la giurisdizione, ha rilevato come si sia tradizionalmente ritenuto che, qualora l’aggiudicatario rifiuti di stipulare il contratto, la stazione appaltante, oltre ad incamerare la cauzione<sup>28</sup>, possa reclamare eventuali maggiori danni; allo stesso modo, ove anche una cauzione non sia stata prevista, il danno sarebbe comunque reclamabile dalla parte pubblica.

Resta evidente come la presenza stessa della cauzione limiti i casi in cui la stazione appaltante avrà necessità di invocare una autonoma forma di responsabilità precontrattuale del privato; qualche perplessità desta anche l’argomento storico sul cui fondamento il danno riconosciuto è stato quantificato in base alla differenza tra le condizioni proposte dal secondo classificato e quelle promesse dall’aggiudicatario ritiratosi; tale soluzione, infatti, comporta il risarcimento di un vero e proprio interesse positivo, parametrato al vantaggio che si sarebbe conseguito con la stipulazione del contratto, soluzione che, se storicamente poteva trovare supporto nella valenza anche di contratto dell’aggiudicazione, non è oggi più coerente con la

---

<sup>28</sup> Secondo Cass. SU, n. 2634/2009 la cauzione provvisoria o garanzia fideiussoria richiesta al privato nell’ambito della gara non ha valore di clausola penale, che fisiologicamente circoscrive il risarcimento, quanto piuttosto di caparra confirmatoria, che non preclude quindi la richiesta del maggior danno da inadempimento; nel senso che l’incameramento della cauzione provvisoria non preclude il risarcimento, in favore dell’amministrazione, di eventuali maggiori danni anche Cons. St, sez. IV, n. 6302/2014, che ha ampiamente chiarito come la funzione della cauzione sia quella di garantire il “patto di integrità” che grava sul concorrente di una gara pubblica e quindi sanzionare tutti i casi di mancata stipulazione del contratto per cause ascrivibili a tale concorrente, quali la mancanza di requisiti economico-finanziari e tecnico organizzativi, oltre che generali, la mera mancata stipulazione, la presentazione di una offerta anomala, ed in generale il verificarsi di una causa di esclusione.

sequenza procedimentale; conseguentemente occorrerebbe interrogarsi su un eventuale interesse negativo, per quanto certamente difficile da quantificare, essendo l'unica occasione "alternativa" certa rispetto al contratto vanificato rappresentata proprio dall'offerta del secondo classificato.

In definitiva, se è pur vero che la compenetrazione tra obbligazioni contrattuali e procedimenti di formazione degli atti amministrativi risulta particolarmente evidente<sup>29</sup> nell'ambito delle convenzioni edilizie che hanno dato origine alla giurisprudenza che ha ampliato la giurisdizioni del GA anche alle azioni proposte dall'amministrazione, resta oggettivo che, quantomeno per la fase dell'evidenza pubblica in senso stretto, anche i comportamenti dei privati sono funzionali al buon esito della procedura, e quindi alla formazione di un legittimo atto di aggiudicazione, e che la frammentazione del contenzioso sulla scorta della qualità soggettiva dell'attore non agevola una visione di "insieme" delle varie problematiche implicate e non realizza né una semplificazione né la concentrazione delle tutele.

La soluzione ultima dipenderà dalla scelta di valorizzare maggiormente la natura della posizione giuridica soggettiva lesa o, sfruttando la previsione di giurisdizione esclusiva che tale problematica oblitera, le ragioni di concentrazione della tutela.

### **3 La tutela del privato avverso il silenzio serbato dall'amministrazione tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto.**

La più recente giurisprudenza del giudice del riparto pare attribuire alla giurisdizione del giudice amministrativo la cognizione della fase procedimentale che si dipana tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto<sup>30</sup>.

Uno specifico strumento di tutela di cui gode, in questa fase, il soggetto aggiudicatario innanzi al giudice amministrativo è la tutela avverso il silenzio, sviluppata soprattutto dalla giurisprudenza amministrativa di primo grado, quale rimedio all'inerzia serbata dall'amministrazione rispetto al dovere di stipulazione del contratto.

E' pacifico che il termine spettante all'amministrazione per la stipulazione del contratto, oggi dettato dall'art. 32 del d.lgs. n. 50/2016, sia un termine ordinatorio a fronte della cui scadenza, al più, il privato può sciogliersi da ogni vincolo<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> La stessa Corte di Cassazione, nella pronuncia SU n. 1763/2002, in materia di adempimento di convenzioni urbanistiche, ha affermato che non può non essere lo stesso giudice ad occuparsi di tutti gli obblighi (anche quelli a carico dei privati) scaturenti da una convenzione edilizia.

<sup>30</sup> In tal senso Cass., SU, n.12902/2013; Cass. SU, n. 9861/2015; Cass. SU n. 14188/2015 in una fattispecie in cui il ricorrente contestava la mancata stipulazione del contratto, reclamando un danno da responsabilità precontrattuale dell'amministrazione; Cons. St., sez. III, n. 5116/2015 ha affermato che: "E' stato chiarito, con insegnamenti coerenti tra i pronunciamenti delle due autorità giurisdizionali interessate, che la potestà cognitiva delle condotte e dei provvedimenti assunti prima della definizione della procedura di affidamento dei contratti di appalto (di lavori, servizi e forniture) o nella fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto dev'essere ascritta entro il perimetro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, mentre la cognizione di quelli afferenti all'esecuzione dell'accordo negoziale (con l'eccezione di quelli, espressamente riservati alla giurisdizione esclusiva amministrativa, relativi al divieto di rinnovo tacito dei contratti, alla revisione dei prezzi e al loro adeguamento) appartiene alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria."

<sup>31</sup> Cons. St., sez. III, n. 2671/2015, secondo cui il termine per la stipulazione può anche essere sospeso, se sussistono ragionevoli motivi, e tale sospensione non si traduce in una automatica responsabilità precontrattuale dell'amministrazione; ancora: "il mancato rispetto del termine di sessanta giorni per la stipulazione negoziale non integra di per sé un'ipotesi di responsabilità precontrattuale, spettando al presunto danneggiato dimostrare che il ritardo nella stipulazione sia manifestazione di una condotta antiggiuridica dell'amministrazione lesiva del proprio legittimo affidamento (Cons. St. sez. V, n. 3742/2016)", Cons. St., sez. III, n. 1882/2018, che ne ha fatto applicazione ad un caso in cui l'amministrazione ha ritenuto di acquisire la certificazione antimafia ed attenderne l'espressa emissione prima di sottoscrivere il contratto.

In termini generali il mancato perfezionamento della procedura può essere dovuto a mancanza o ritardo nella pronuncia dell'aggiudicazione definitiva dopo quella che oggi si definisce proposta di aggiudicazione o a mancata stipulazione del contratto *tout court*.

Resta evidente che, pur a fronte di ritardi dell'amministrazione, il privato può avere interesse ad insistere per la sottoscrizione del contratto e non a sciogliersi dallo stesso. Per porre termine alla situazione di incertezza è dunque possibile proporre azione avverso il silenzio dell'amministrazione.

In sostanza il privato può "provocare" la decisione dell'amministrazione di stipulare il contratto ovvero annullare la gara, venendosi così ulteriormente a ridurre i margini per invocare incolpevoli forme di affidamento da parte di soggetti rimasti inerti per lungo tempo a fronte di uno stallo procedimentale; si tratta, in definitiva, di un opportuno incremento delle forme di tutela scaturito quale effetto dell'attribuzione della giurisdizione al GA

Si legge in Tar Brescia n. 1003/2015 che, qualora la pubblica amministrazione non porti a termine una gara, essa viola palesemente il generale obbligo di concludere ogni procedimento con provvedimenti espressi, violazione che trova tutela nell'azione prevista dall'art. 117 c.p.a. al fine di provocare una esplicita decisione, sia essa nel senso di concludere il contratto o di revocare la gara<sup>32</sup>.

Il ritardo ingiustificato nell'obbligo di concludere il contratto può avere anche autonome conseguenze risarcitorie.

Un ulteriore spazio per la tutela avverso il silenzio è stato individuato dalla pronuncia Tar Puglia n. 105/2018 nell'ipotesi in cui, sempre nella fase tra l'aggiudicazione e contratto, il secondo classificato porti a conoscenza dell'amministrazione sopravvenuti elementi volti a stigmatizzare l'anomalia dell'offerta dell'aggiudicatario (nello specifico perdita di benefici derivanti dal jobs act), elementi che l'amministrazione potrebbe appunto essere "costretta" a valutare con una azione avverso il silenzio.

In definitiva è certamente opportuno l'inserimento di questo ulteriore strumento di tutela a favore del contraente privato, ferma la necessità, in presenza di un termine pacificamente ordinatorio, di distinguere i casi in cui il protrarsi dell'attesa sia ragionevole (ad esempio, come già ricordato, per essere in corso doverose verifiche) da quelli in cui sussiste l'obbligo di concludere la procedura; contestualmente emerge la necessità di tenere conto dell'esistenza di questo rimedio per meglio ponderare l'eventuale invocazione *ex post* di affidamenti indotti dalla mera inerzia dell'amministrazione.

#### **4 L'inefficacia del contratto.**

Come già più volte ricordato la direttiva 2007/66/CE ha imposto, quale forma di tutela specifica del contraente illegittimamente pretermesso e contemporaneamente quale garanzia di leale cooperazione degli Stati membri nell'attuazione delle disciplina comunitaria dell'evidenza pubblica, la privazione di effetti dei contratti stipulati in violazione di detta disciplina.

L'art. 2 quinquies della direttiva elenca dettagliatamente i casi in cui gli Stati membri devono "assicurare" la privazione di effetti del contratto illegittimamente stipulato (per lo più casi di radicale omissione dell'evidenza pubblica, violazione degli obblighi di pubblicità e dei cosiddetti obblighi di stand still), specificando che la soppressione degli obblighi contrattuali può essere prevista con effetto retroattivo o solo pro futuro; la norma dettaglia le possibili eccezioni (in particolare ragioni imperative di interesse generale) in cui può ritenersi necessario salvaguardare il contratto e procedere all'applicazione delle sanzioni alternative previste dall'art. 2 sexies della medesima direttiva.

---

<sup>32</sup> In senso sostanzialmente identico si sono espressi Tar Palermo, n. 1477/2017; Tar Lecce, n. 262/2018; Tar Lazio, sez. III, n. 1255/2018.

L'art. 2 quinquies precisa anche che "le conseguenze di un contratto considerato privo di effetti sono previste dal diritto nazionale".

La privazione di efficacia del contratto, nel sistema eurounitario, è uno strumento di tutela in forma specifica obbligatorio; ciò che resta demandato agli ordinamenti nazionali sono le "conseguenze" della privazione di efficacia del contratto<sup>33</sup>.

La vicenda contrattuale viene, nell'ottica europea, spezzata in due parti: da un lato vi è la persistente o meno efficacia del rapporto nei confronti della stazione appaltante, che risulta strettamente connessa alla legittimità dei provvedimenti di aggiudicazione, dall'altro vi è la regolazione degli eventuali residui rapporti con il primo contraente, il cui contratto sia stato eventualmente invalidato.

La privazione di efficacia del contratto è il rimedio indispensabile per garantire l'effettività all'annullamento degli atti illegittimi di aggiudicazione; la *ratio* risulta esplicita nei considerando della direttiva 2007/66/Ce, in cui si legge: "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 procedere molto rapidamente alla firma del contratto".

Il legislatore europeo conclude che, per ovviare alla potenziale carenza di tutela, occorre prevedere un termine sospensivo minimo (cosiddetto stand still) tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto, volto a consentire ai terzi interessati di tutelarsi avverso aggiudicazioni illegittime; inoltre "per contrastare l'aggiudicazione di appalti mediante affidamenti diretti illegittimi...è opportuno prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive. Pertanto un contratto risultante da un'aggiudicazione mediante affidamenti diretti illegittimi dovrebbe essere considerato in linea di principio privo di effetto. La carenza di effetti non dovrebbe essere automatica ma dovrebbe essere accertata da un organo di ricorso indipendente."

La direttiva procede poi a disciplinare i presupposti di invalidazione del contratto; l'invalidazione del contratto può essere pronunciata *ex nunc* o *ex tunc*, secondo un modello flessibile di tutela che, se è in linea di principio estraneo al nostro diritto positivo<sup>34</sup>, ha il suo modello nell'art. 264 del TFUE.

La giurisprudenza e dottrina nazionali si sono affannate per inquadrare, da un punto di vista sostanziale e sistematico, il vizio che affligge il contratto inefficace (nullità assoluta o di protezione, annullabilità su iniziativa della stazione appaltante, evento risolutorio ecc.); trattasi di un evidente caso di difficoltà di trasporre nell'ordinamento nazionale categorie giuridiche e rimedi che, in linea di principio, gli sono estranei.

Senza avere gli strumenti per impegnarsi nella soluzione della problematica, ci si limita ad osservare che l'istituto descritto nella direttiva non è tanto volto a qualificare come viziato il contratto, quanto a garantirne l'"inoperatività" per consentire il ripristino della legalità rispetto ai vincoli dell'evidenza pubblica.

Ricordato che anche un contratto valido può essere inefficace (si pensi al contratto soggetto a condizione sospensiva), ciò che rileva per l'ordinamento sovranazionale è che il contratto illegittimamente stipulato non sia di ostacolo al ripristino del rispetto dell'evidenza pubblica; "le conseguenze" della privazione di efficacia del contratto, in quanto tali, non sono invece dichiaratamente di particolare interesse per la direttiva.

---

<sup>33</sup> Nella sentenza Corte di giustizia, 11 settembre 2014, Fastweb, in causa C-19/13 è particolarmente vistoso il rigore con cui la Corte valuta il vincolo che avvince lo Stato nazionale con riferimento all'applicazione delle regole dettate dalla direttiva in tema di declaratoria di inefficacia del contratto, ivi incluse le eccezioni che tale declaratoria inibiscono; maggiore margine di libertà viene per contro riconosciuto agli Stati membri con riferimento agli effetti solo risarcitori ed agli effetti già irrimediabilmente prodotti dal contratto inefficace.

<sup>34</sup> Forme di invalidità sopravvenuta degli atti sono state ammesse dalla giurisprudenza a partire dalla sentenza Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755

La giurisprudenza nazionale, ancor prima dell'esplicito recepimento della direttiva 2007/66, ha ritenuto che il giudice amministrativo, nell'ambito del giudizio di ottemperanza<sup>35</sup> alle sentenze di annullamento di provvedimenti illegittimi di aggiudicazione, potesse pronunciare l'inefficacia del contratto<sup>36</sup>, al fine di garantire l'effettività delle decisioni di annullamento<sup>37</sup>.

La giurisprudenza, già nella fase antecedente il recepimento della direttiva, ha dunque elaborato soluzioni volte a sopperire alle criticità evidenziate proprio nei considerando della direttiva.

Oggi la disciplina della materia è dettata dagli artt. da 121 a 125 c.p.a., che codificano casi e modalità di declaratoria di inefficacia del contratto conformemente alla direttiva 2007/66, mentre l'art. 133 lett e) del medesimo codice demanda espressamente alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione circa la declaratoria di inefficacia del contratto "a seguito di annullamento dell'aggiudicazione", nonché la cognizione sulle sanzioni alternative.

La giurisprudenza, ferma l'esplicita attribuzione della domanda di declaratoria di inefficacia del contratto al giudice amministrativo, si è da subito interrogata se, la precisazione che tale attribuzione sussiste quale conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione, limiti la cognizione del GA<sup>38</sup> sulla declaratoria di inefficacia del contratto alla sola ipotesi di previo annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, escludendola invece nel caso in cui l'annullamento dell'aggiudicazione sia avvenuto su iniziativa autonoma dell'amministrazione in autotutela o comunque qualora la declaratoria di inefficacia sia reclamata in un momento successivo rispetto al giudizio di annullamento.

Già si è ricordato come la giurisprudenza più recente sia, del tutto ragionevolmente, pervenuta ad attribuire alla giurisdizione al giudice amministrativo la cognizione circa la declaratoria di inefficacia del contratto anche qualora la stessa sia intervenuta a valle di un atto di autotutela.<sup>39</sup>

---

<sup>35</sup> *Ex pluribus* Cons. St., sez. III, n. 6638/2011.

<sup>36</sup> Il giudice del riparto, dopo essersi reiteratamente pronunciato contro la giurisdizione amministrativa in relazione alla domanda di declaratoria di inefficacia del contratto, con la sentenza Cass. SU n. 2906/2010 ha definitivamente accolto la tesi secondo cui, ancor prima del formale recepimento della direttiva 2007/66, una interpretazione costituzionalmente, e quindi comunitariamente orientata della disciplina degli appalti, rendeva "necessario l'esame congiunto della domanda di invalidità dell'aggiudicazione e di privazione degli effetti del contratto concluso, nonostante l'annullamento della gara, prima o dopo la decisione del giudice adito, in ragione dei principi che la norma comunitaria impone agli Stati membri di attuare che corrispondono a quelli di concentrazione, effettività e ragionevole durata del giusto processo disegnato nella carta costituzionale. Per effetto della Direttiva che precede, anche prima del termine indicato per la trasposizione di essa nel diritto interno, la pubblica amministrazione era infatti onerata a dichiarare privo di effetti il contratto, se concluso con aggiudicatario diverso da quello dovuto, a meno che sussistessero condizioni che consentissero di non farlo e lo stesso potere-dovere dell'amministrazione imponeva di attribuire al giudice amministrativo, nelle materie di giurisdizione esclusiva, la cognizione delle controversie estesa anche ai contratti, essendo tale giudice l'organo indipendente dalla amministrazione della direttiva, che ha, nell'ordinamento interno, il potere di pronunciare l'annullamento della aggiudicazione."

<sup>37</sup> Cass. SU n. 26790/2008 ascriveva esplicitamente la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto ad una forma di reintegrazione in forma specifica delle ragioni del ricorrente, devoluta alla cognizione del GA.

<sup>38</sup> E' stata respinta, tanto del giudice del riparto che dal giudice amministrativo, una interpretazione restrittiva della fattispecie secondo cui la declaratoria di inefficacia del contratto sarebbe possibile solo qualora le conseguenze del vizio dell'aggiudicazione non fossero tali da rendere necessaria la riedizione della gara; l'inciso che l'articolo 122 c.p.a. formula in tal senso deve infatti essere riferito all'impossibilità, ove occorra ripetere la gara, di pronunciare il subentro e non, appunto, all'impossibilità di pronunciare l'inefficacia del contratto (Cass. SU n. 7295/2017; Cons. St. n. 1126/2016).

<sup>39</sup> Oltre alla giurisprudenza già citata nel testo si vedano Cass. SU, n. 14260/2012 e Cass. SU, n. 23600/2017 che chiarisce che, ai fini della sussistenza della giurisdizione amministrativa, occorre indagare, in concreto, se il contratto costituisca l'esito di un procedimento amministrativo e se l'annullamento in autotutela si configuri o meno come mezzo necessario per porre rimedio, *ex post ed ex tunc*, a vizi di legittimità di atti procedurali prodromici; anche Cass. SU n. 9861/2015

Nella prassi si è poi assistito ad una serie di veri e propri “abusi” del rimedio dell’inefficacia contrattuale da parte di stazioni appaltanti che, per questa via, lungi dal correggere le violazioni dell’evidenza pubblica, hanno talvolta inteso sottrarsi unilateralmente a vincoli contrattuali divenuti nel tempo non più convenienti.

La maggior parte della casistica si concentra nelle ipotesi di stipulazione di contratti di finanza derivata da parte di enti locali che, a distanza di anni, resisi conto dell’evidente danno economico che l’esecuzione del contratto stava provocando, hanno tentato di “revocare” a monte le determinate di affidamento per farne scaturire, a valle, una sorta di recesso contrattuale.

Premesso che le singole fattispecie non possono essere tutte parificate (in alcune ipotesi si riscontra, in effetti, all’origine anche una violazione della disciplina dell’evidenza pubblica) è del tutto condivisibile la giurisprudenza (sia del giudice amministrativo<sup>40</sup> che di quello ordinario<sup>41</sup>) che ha spesso ravvisato in siffatte iniziative una modalità anomala dell’amministrazione per tutelarsi da forme di eccessiva onerosità sopravvenuta o da veri vizi di formazione del consenso – errore, dolo - che indubbiamente trovano rimedio a livello civilistico ed appartengono alla cognizione del giudice ordinario<sup>42</sup>.

La giurisprudenza nazionale sconta invece incertezze nell’individuare i giusti rimedi, ed ancor prima il giudice da adire, per quanto concerne le conseguenze della privazione di efficacia del contratto, quando la stessa sia oggettivamente frutto di legittime forme di autotutela o di annullamento giurisdizionale divenuto inoppugnabile.

Si aggiunga che l’ “inefficacia” prevista dalle direttive, pur nota al nostro ordinamento in termini di teoria generale, non è codificata come una patologia contrattuale ma rappresenta di norma l’effetto – in questo caso persino mobile- di altre patologie. Le categorie di derivazione eurounitaria sono, fisiologicamente, imprecise rispetto a quelle degli ordinamenti nazionali, per l’esigenza di armonizzare tra loro ordinamenti difformi; per tale ragione siffatte categorie vanno acquisite non tanto nella loro – inesistente – precisione concettuale quanto avendo attenzione al fine che si propongono, in questo caso la garanzia del risultato “più effettivo”.

E’ in una impostazione “finalizzata” all’effettività della disciplina europea degli appalti che il sistema sta inducendo, nel nostro ordinamento, una sorta di “attrazione” del contratto all’aggiudicazione, dovendosi considerare le sorti del primo quale garanzia di correttezza della seconda.

Per quanto la soluzione possa apparire innaturale, alla luce delle nostre categorie giuridiche, l’inefficacia di derivazione eurounitaria spezza la vicenda contrattuale e quindi, in parte, anche la giurisdizione.

Innanzitutto, nelle ipotesi in cui il soggetto che ha subito la declaratoria di inefficacia del contratto lamenta un danno da mancata prosecuzione del rapporto stesso, il fuoco dell’attenzione può essere spostato dalle problematiche “esecutive del contratto” a quelle, preminenti, di effettività dell’evidenza pubblica.

---

ha attribuito al giudice amministrativo la giurisdizione in una complessa ipotesi di esercizio del potere di autotutela riferito ad una convenzione stipulata in materia di smaltimento rifiuti in violazione dell’evidenza pubblica, violazione peraltro acclarata anche nell’ambito di un giudizio di infrazione comunitaria.

<sup>40</sup> Cons. St. Ad. plen. n. 14/2014.

<sup>41</sup> Cass. SU n. 23600/2017 secondo cui: “In tema di contratti della P.A., la caducazione in autotutela di atti prodromici alla conclusione del contratto postula la giurisdizione del giudice amministrativo soltanto nell’ipotesi in cui l’esercizio del potere autoritativo di annullamento abbia la funzione di sindacare la legittimità degli atti appartenenti alla sequela procedimentale di carattere discrezionale che ha preceduto la successiva contrattazione con il privato, mentre sussiste la giurisdizione del giudice ordinario nella contraria ipotesi in cui la P.A. persegua l’obiettivo di sottrarsi ex post ad un vincolo contrattuale”.

<sup>42</sup> Secondo M. Renna, *Responsabilità della pubblica amministrazione, voce “profili sostanziali”, in Enc. Diritto, annali, IX, Milano, 2016*, la difficoltà in questi casi consiste nel discriminare l’autentico esercizio del potere di autotutela da ipotesi di recesso prive di copertura legale o convenzionale.

Almeno nell'ottica sovranazionale, infatti, non si tratta di controversie esecutive per la semplice ragione che, intervenuta la declaratoria di inefficacia del contratto, non vi è più alcun contratto da eseguire ed anzi, come già ricordato, in linea di principio "il comportamento di un'autorità nazionale incaricata di applicare il diritto comunitario, che sia in contrasto con quest'ultimo, non può giustificare l'esistenza, in capo ad un operatore economico, di un legittimo affidamento sul fatto di poter beneficiare di un trattamento in contrasto con il diritto comunitario."

Si tratta dunque, più propriamente, di pretese risarcitorie connesse ad aspettative maturate circa la legittimità del contratto, controversie assimilabili a quelle instaurate dai beneficiari di provvedimenti illegittimi che, per le stesse ragioni già esposte al § 2.2., si ritiene appartengano nel complessivo assetto attuale alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Diversa, invece, la natura delle controversie, queste sì esecutive, inerenti quella fase del rapporto contrattuale che, sino alla declaratoria di inefficacia, ha avuto esecuzione. Si tratterà di una esecuzione di mero fatto, qualora il titolo sia stato privato di efficacia *ex tunc*, ovvero di una esecuzione fondata su un titolo valido, o "convalidato" che dir si voglia, nelle ipotesi di inefficacia dichiarata *ex nunc*, ma pur sempre di prestazioni inesorabilmente rese, la cui sorte non può più rilevare per un maggiore o minore rispetto dell'evidenza pubblica; il problema che residua è, principalmente, evitare vere e proprie forme di ingiustificato arricchimento.

Questa tipologia di controversie non sembra avere alcuna ragione di attribuzione al giudice amministrativo, anche in forza della previsione della direttiva, secondo cui "le conseguenze" del contratto inefficace sono autonomamente gestite dall'ordinamento nazionale, dove per "conseguenze" può farsi riferimento anche a quanto già inesorabilmente verificatosi in forza di detto contratto.

La soluzione proposta non è "fisiologicamente" allineata con l'ordinamento nazionale, in cui le controversie sulla validità del titolo e quelle sulle eventuali conseguenze di tale invalidità appartengono ad un unico giudice, anzi per lo più ad un unico giudizio; essa diventa però accettabile se non si cerca di classificare la vicenda dell'inefficacia del contratto di derivazione eurounitaria in una determinata patologia contrattuale e si pone maggior attenzione alla sua funzione rimediabile.

Se si scorre la giurisprudenza del giudice del riparto in materia si riscontra infatti l'emergere di un ragionevole, ancorché eccentrico, parametro di attribuzione della giurisdizione sul contratto, quello della "connessione", in nome delle esigenze di effettività e concentrazione di tutela.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione ha sempre predicato l'inderogabilità della giurisdizione per motivi di "connessione"; l'affermazione, fondata sull'assunto che la giurisdizione è espressione del principio del giudice naturale predefinito per legge, è ribadita in recenti arresti in materia, ad esempio, di indennità di occupazione illegittima di fondi<sup>43</sup> o in materia agraria<sup>44</sup>.

Lo spostamento della giurisdizione per ragioni di connessione è stato invece ammesso dalla giurisprudenza della Cassazione proprio per venire incontro alla pressione dell'ordinamento europeo volta a concentrare, in quanto parte di un'unica vicenda rimediabile, il vaglio di legittimità/illegittimità dell'aggiudicazione e le sorti del contratto, in modo da evitare che gli esiti del primo giudizio fossero vanificati dalla fase contrattuale.

Trattasi di una soluzione lungimirante, in parte necessitata, in un contesto in cui il modello europeo stenta ad armonizzarsi con un criterio di riparto non coerente. Il formante giurisprudenziale, più liquido e quindi più sensibile all'armonizzazione, sembra aver trovato, nelle more dell'esplicita estensione della giurisdizione amministrativa esclusiva all'inefficacia del contratto, una soluzione – la giurisdizione per connessione – che,

---

<sup>43</sup> Cass. SU n. 7303/2017

<sup>44</sup> Cass. sez. II, n. 1527/2018.

anche se abdica a pregressi orientamenti, meglio garantisce nella specifica ipotesi la conformità dell'ordinamento nazionale alle prescrizioni di derivazione eurounitaria.

Lo stesso formante giurisprudenziale, nel momento in cui avalla una lettura ampia della previsione di giurisdizione esclusiva estesa anche alla casistica dell'autotutela, prosegue l'opera di armonizzazione.

Occorre tuttavia calibrare lo strumento sull'effettiva esigenza cui sopperisce che è, e resta nell'ottica eurounitaria, la garanzia di rispetto dell'evidenza pubblica.

Alla luce di questo quadro si rinvengono alcune singole decisioni del giudice del riparto che paiono troppo "avanzate" o troppo "arretrate".

Nella pronuncia Cass. SU n. 14260/2012 il giudice del riparto si è spinto ad attribuire alla giurisdizione del giudice amministrativo la cognizione sulle domande di ripetizione di indebito e arricchimento senza causa, statuendo che: "l'attribuzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulla domanda di dichiarazione di inefficacia o nullità del contratto - per le ragioni già evidenziate (*ndr* ragioni di concentrazione della tutela) - postula, inevitabilmente, che le domande conseguenti ad una tale declaratoria debbano essere conosciute dallo stesso giudice al quale è riconosciuta la giurisdizione sul contratto."<sup>45</sup>

L'affermazione è espressione di un punto di vista strettamente "nazionale", in forza del quale non può non essere un unico giudice ad occuparsi della validità del titolo contrattuale e degli effetti di tale invalidità; se tuttavia si considera che lo spostamento della giurisdizione per connessione non è una categoria del diritto nazionale ma uno strumento di armonizzazione a fronte di vincoli europei, si può concludere che la normativa sovranazionale impone ad un unico giudice di seguire le sorti del contratto nel limite in cui esse siano di ostacolo alla corretta gestione dell'evidenza pubblica (ivi incluse eventuali pretese del privato di trarre ulteriori vantaggi dal contratto inefficace), mentre consente una gestione separata delle problematiche che possono insorgere con riferimento a quella parte di rapporto già esauritasi.

Naturalmente possono ravvisarsi ragioni di opportunità di trattazione unitaria di queste controversie con la consapevolezza che, in tal caso, non si tratterebbe di un necessario adeguamento ai vincoli eurounitari ma di una scelta di diritto nazionale, scelta che porrebbe in termini generali il problema dell'incidenza della connessione delle domande sulla giurisdizione e che, per tali ragioni, anche se avallata dalla Corte costituzionale in presenza di specifiche previsioni normative, non potrebbe arrivare a scardinare il criterio di riparto che caratterizza il nostro ordinamento e lo stesso principio del giudice naturale.

La soluzione proposta nella sentenza commentata è stata successivamente mitigata con la sentenza Cass. SU n. 14859/17, che ha analizzato un'ipotesi in cui, da un lato, vi era stato un intervento in autotutela dell'amministrazione su un affidamento diretto (intervento vagliato in via definitiva dal giudice amministrativo e ritenuto legittimo), dall'altro l'amministrazione aveva successivamente convenuto l'impresa innanzi al GO per sentire accertare la nullità del contratto, con conseguente accertamento negativo del credito. Non è agevole, dalla descrizione del fatto, comprendere se l'accertamento negativo del credito fosse volto a paralizzare pretese economiche vantate dall'appaltatore con riferimento a prestazioni già rese o a contestare la mancata prosecuzione del rapporto.

Il giudice del riparto ha affermato che la cognizione delle vertenze appartenesse al GO, poichè ormai il giudizio amministrativo si era concluso; ha poi precisato che "in assenza di una pur dovuta declaratoria di

---

<sup>45</sup> *Contra* afferma la giurisdizione del giudice ordinario con riferimento a domande di risarcimento per presunti inadempimenti verificatisi prima che il contratto fosse oggetto di recesso da parte dell'amministrazione per essere il concorrente stato colpito da una interdittiva antimafia Cass. SU n. 15637/17; nel senso dell'attribuzione al giudice ordinario della controversia, consequenziale alla declaratoria di inefficacia, circa le spettanze per le prestazioni già rese Cons. St., sez. III, n. 4797/2017.



invalidità del contratto a valle della delibera annullata”, la vertenza concerneva diritti soggettivi vantati sulla base del contratto.

La soluzione merita alcune precisazioni; si condivide, per le ragioni già esposte, che le controversie circa le obbligazioni ormai inesorabilmente sorte sulla scorta della parte di rapporto contrattuale eseguita appartengano alla giurisdizione del giudice ordinario ed abbiano la consistenza di diritti soggettivi, che non scontano alcuna esigenza di concentrazione.

Tuttavia la “concentrazione” delle tutele, ove se ne riconosca l’esigenza, per darne una applicazione minimamente rispettosa del principio del giudice naturale in nessun caso dovrebbe essere intesa quale conseguenza della proposizione contestuale o meno di domande, sostanzialmente rimessa a scelte processuali delle parti; essa dovrebbe, più ragionevolmente, avere il significato di riunire “a priori” innanzi ad unico giudice tutte le vicende e i rimedi il cui esito complessivo garantisce l’effettività dell’evidenza pubblica; ciò si traduce, di norma, nella loro proposizione in unico giudizio ma, così come la domanda risarcitoria davanti al giudice amministrativo, pur rappresentando un completamento della tutela offerta non deve necessariamente essere contestuale a quella di annullamento, l’inefficacia del contratto ed il vaglio di pretese indirettamente derivanti da auspicati ulteriori effetti del contratto invalidato appartengono alla giurisdizione del GA, in quanto tasselli di tutela propri e necessari dell’evidenza pubblica.

Da ultimo si osserva come la giurisprudenza amministrativa sembri orientarsi per la natura officiosa della pronuncia di inefficacia del contratto.

Si legge in Cons. St, sez. V, n. 2445/2017: “Contrariamente a quanto ritenuto dalle parti appellate, la trascritta disposizione (*ndr.* 122 c.p.a.) configura la dichiarazione di inefficacia del contratto come conseguenza dell’esercizio di un potere officioso riconosciuto al giudice che pronunci l’annullamento dell’aggiudicazione definitiva. In questo caso, infatti, il giudice è chiamato anche a valutare, sulla base dei parametri specificati nella norma, se privare o meno di effetti il contratto stipulato. Soltanto ai fini dell’eventuale subentro nel rapporto, è richiesta una specifica domanda di parte, come si ricava, oltre che dall’articolo in parola, anche dal successivo articolo 124 cod. proc. amm<sup>46</sup>.”

La soluzione (coerente con la previsione, nell’art. 121 c.p.a., di una ipotesi di declaratoria di inefficacia “obbligatoria” e con l’alternatività tra declaratoria di inefficacia e sanzioni che risulta dal combinato disposto degli artt. 121 co. 4 e 123 c.p.a.), nuovamente, se risulta eccentrica in una giurisdizione di pacifica struttura soggettiva, soddisfa le istanze di ripristino della legalità provenienti dall’ordinamento europeo volte non solo alla tutela delle ragioni del concorrente illegittimamente pretermesso ma, più in radice, al ripristino del rispetto oggettivo della normativa comunitaria e delle ragioni della concorrenza.

## **5. Epifanie dell’evidenza pubblica nella fase di esecuzione del contratto.**

Benchè la giurisprudenza reiteratamente affermi che le parti, una volta stipulato il contratto, si trovano su di un piano di parità, tale affermazione, soprattutto alla luce dell’evoluzione dell’ordinamento indotta dalle direttive del 2014, risulta sempre meno aderente alla realtà.

E’ indubbio che appartengano alla giurisdizione del GO la controversie in tema di risoluzione del contratto per inadempimento dell’aggiudicatario<sup>47</sup>, e che l’amministrazione, pur beneficiando di una particolare disciplina legale del recesso (art. 109 del d.lgs. n. 50/2017) non vanti, una volta stipulato il contratto, alcuna discrezionale possibilità di rivalutazione dell’opportunità dello stesso, con coerente devoluzione al GO anche

---

<sup>46</sup> L’orientamento pare in via di consolidazione, si veda anche Cons. St, sez. V, n. 1032/2018.

<sup>47</sup> *Ex pluribus* da ultimo Cass. SU n. 5788/2018.

dei casi di recesso legalmente tipizzati che corrispondono comunque a vicende incidentali ed eventuali di un rapporto che resta, in sostanza, paritario.

Tuttavia, il contratto di appalto pubblico, nel corso della sua esecuzione, può subire ulteriori vicende (quali la modifica soggettiva di un contraente per ragioni societarie o cessioni di ramo d'azienda; il subappalto; la perdita da parte dell'aggiudicatario dei requisiti per contrattare con la pubblica amministrazione; lo scorrimento della graduatoria per decadenza del primo aggiudicatario) che chiamano di fatto in causa le originarie regole dell'evidenza pubblica, le quali mantengono dunque una limitata rilevanza per tutto il corso dell'evoluzione contrattuale<sup>48</sup>.

L'art. 133 lett. e) del c.p.a devolve esplicitamente alla giurisdizione esclusiva una serie di controversie astrattamente di natura esecutiva, tra cui quelle relative all'applicazione della clausola di revisione prezzi ed all'adeguamento del prezzo; la norma menziona anche l'ipotesi del rinnovo tacito.

Occorre interrogarsi se la prescrizione debba essere intesa in senso tassativo, sicchè le uniche controversie successive alla stipulazione del contratto di cui il GA può conoscere sarebbero circoscritte a tale elenco, ovvero se, ferma l'individuazione esplicita legislativa di alcune controversie che certamente potevano dare luogo a dubbi di attribuzione della giurisdizione, la problematica vada in ogni caso valutata nel contesto della specifica materia "appalti", con particolare attenzione alle regole "dell'evidenza pubblica", così come sancite dalle più recenti direttive.

Rispetto alle evenienze prima esemplificate la giurisprudenza pare ondivaga.

Il contratto ha forza di legge tra le parti, anche per il contraente pubblico; prima dell'aggiudicazione la stazione appaltante gode di discrezionalità organizzativa ed amministrativa ben maggiori di quelle che possono incidere sulla fase di esecuzione<sup>49</sup>, ciò non di meno le direttive del 2014 si occupano esplicitamente anche della fase dell'esecuzione contrattuale, nell'ottica dell'evidenza pubblica, soluzione che ha indotto parte della dottrina<sup>50</sup> ad immaginare che il nuovo assetto normativo porterà un *overruling* della giurisprudenza che ha fissato nella stipulazione del contratto il limite della giurisdizione amministrativa.

In concreto, nel caso in cui l'aggiudicatario ceda il ramo d'azienda ad un soggetto, ad esempio, privo dei requisiti oggi prescritti dall'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 - la cui sussistenza l'amministrazione è tenuta a verificare al momento del subentro - *quid iuris* se il nuovo soggetto privo dei suddetti requisiti viene escluso con revoca dell'originaria aggiudicazione e invalidazione del contratto?

Se ci si limita alla lettura delle massime lo spartiacque tra le due giurisdizioni sembra essere a prescindere il momento di stipulazione del contratto<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> Sulla necessità che l'aggiudicatario mantenga le qualificazioni richieste dal bando per tutta la durata del contratto e senza soluzione di continuità già Cons. St. Ad. plen., n. 8/2015.

<sup>49</sup> In tal senso sostanzialmente Cons. St., Ad. plen. 14/2014, che ha analizzato una ipotesi di recesso per rivalutazione dell'interesse generale sotteso al negozio sottolineando come, anche nell'ambito dell'evidenza pubblica, sussista una disciplina, ancorchè speciale, del recesso; essa, in quanto tale, riconduce su un piano contrattuale le vicende che ne sono oggetto, escludendo la possibilità di parallele prerogative di potere pubblico aventi identico contenuto; per un caso di ritenuta sussistenza della giurisdizione del GO in una controversia in cui la stazione appaltante aveva inteso riorganizzare il servizio, si veda anche Cons. St., sez. III, n. 5116/2015.

<sup>50</sup> De Nictolis, *L'autotutela provvedimento di annullamento degli atti illegittimi tra principi costituzionali, regole e eccezioni*, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>51</sup> Si veda per la manifestazione di perplessità verso questo tipo di impostazione M. Renna, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, voce "profili sostanziali", in *Enc. Diritto, annali, IX, Milano, 2016*, secondo cui "l'aspetto meno convincente dell'impostazione appena descritta risiede nel suo carattere apodittico. L'idea che la procedura ad evidenza pubblica sia "assorbita" dal successivo contratto è suggestiva ma, in definitiva, si risolve in una petizione di principio, peraltro contrastante con l'autonomia tra le due fasi — quella ad evidenza pubblica e quella negoziale — sottolineata proprio dai fautori della tesi in esame. L'atto di aggiudicazione non cessa di produrre i propri effetti, consistenti nella

Ai fini di una soluzione sistematica certamente non aiuta l'impropria terminologia utilizzata dal legislatore del d.lgs. n. 50/2016 all'art. 108<sup>52</sup> che, recependo le direttive del 2014, è rubricato "risoluzione".

Nella norma vengono tuttavia affastellate ipotesi tra loro molto eterogenee; alcune (comma 1) descrivono una "facoltà", più propriamente si ritiene di autotutela dell'amministrazione, altre (comma 2) un obbligo. Risultano poi terminologicamente accomunati casi in cui, nel corso di esecuzione del contratto, lo stesso subisca mutamenti che imporrebbero una nuova sollecitazione del mercato, perché esorbitano dai limiti imposti alle varianti dall'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016, perché il contraente era *ab origine* privo dei requisiti generali per contrarre con l'amministrazione, perché l'appalto in sé viene riconosciuto integrare una grave violazione degli obblighi eurounitari, come riconosciuti dalla Corte di giustizia, perché l'aggiudicatario ha perso la qualificazione per aver reso false dichiarazioni o per essere stato colpito da una misura di prevenzione o destinatario di una determinata tipologia di condanne (commi 1 e 2 dell'art. 108), a casi, totalmente diversi, di inadempimento o ritardo nell'esecuzione del contratto in senso proprio (commi 3 e 4).

L'impropria terminologia trova la sua radice nella acritica trasposizione del termine utilizzato nelle direttive (art. 73 direttiva 2014/24/UE, art. 44 direttiva 2014/23/UE, art. 90 della 2014/25/UE) termine che, in quel contesto, il legislatore europeo ha usato verosimilmente in senso atecnico (vista la natura del testo normativo che, per definizione, fissa obiettivi ed è destinato ad interlocutori tra loro molto diversi) per descrivere le ipotesi corrispondenti al comma 1 dell'attuale art. 108 del codice dei contratti; il nostro legislatore non solo ha ommesso una trasposizione critica e consapevole della categoria giuridica ma, per aumentare la confusione, ha inserito nella previsione normativa fattispecie che, nel precedente codice, erano suddivise in più articoli, alcune delle quali effettivamente corrispondono alla risoluzione contrattuale come intesa nel nostro ordinamento.

Si aggiunga che, con il d.lgs. n. 56/2017, in sede di correttivo, è stato aggiunto nel corpo dell'art. 108 un esplicito riferimento all'autotutela con rinvio all'art. 21-nonies della l. n. 241/90.

Con le direttive del 2014 il legislatore eurounitario si è dimostrato sempre meno disinteressato alle sorti dell'esecuzione del contratto, impostazione che ha espanso gli effetti e le implicazioni dell'evidenza pubblica e, in ottica nazionale, difficilmente può essere ignorata per delimitare i confini della giurisdizione.

D'altro canto la soluzione più restrittiva ancora sposata in forma maggioritaria<sup>53</sup> è illogica alla prova dei fatti, non fosse altro perché la verifica dei requisiti del contraente privato attiene a quegli stessi presupposti di diritto pubblico il cui vaglio è demandato al giudice amministrativo in sede di prima aggiudicazione e che costituiscono regole di evidenza pubblica, sempre uguali a se stesse, che nulla hanno a che fare con la "parità contrattuale" delle parti.

Tesi più restrittive si rinvengono nella giurisprudenza più risalente.

Ad esempio Cass. SU n. 18190/2013 ha analizzato una fattispecie in cui un terzo aveva impugnato l'aggiudicazione, poi effettivamente ritenuta illegittima dal giudice amministrativo, il quale aveva tuttavia accordato il solo risarcimento del danno, ritenendo prevalente l'interesse alla prosecuzione del rapporto contrattuale con l'originario aggiudicatario. La stazione appaltante, preso atto della carenza di un requisito a contrarre da parte dell'originario aggiudicatario, aveva in autonomia scelto di invalidare il contratto. La

---

individuazione della controparte negoziale della pubblica amministrazione, anche all'indomani della stipula, a nulla rilevando — in senso contrario — il fatto che solo dalla predetta stipula decorrano gli effetti obbligatori del contratto. Lo stesso dicasi per gli atti anteriori all'aggiudicazione, la cui specifica efficacia non è intaccata dalla stipula del contratto, sebbene questa rappresenti la fonte esclusiva e indiscussa delle obbligazioni negoziali".

<sup>52</sup> In sede consultiva Cons. St., comm. spec. n. 855/2016 ha evidenziato la matrice sostanzialmente pubblicistica di molte di queste ipotesi.

<sup>53</sup> Al di là di quanto statuito dalla già citata Ad. plen. n. 14/2014, si veda ad es. Cons. St., sez. III, n. 1637/2017.

Cassazione (conformemente alla presupposta statuizione contestata del Consiglio di Stato<sup>54</sup>) ha attribuito la cognizione della vertenza al GO, valorizzando la circostanza che le ragioni di concentrazione di tutela che giustificano l'attribuzione della giurisdizione sul contratto al GA vengono a mancare quando la vicenda amministrativa si sia in altra sede conclusa con il risarcimento; l'intervento sul contratto avverrebbe in tal caso in un contesto negoziale per definizione paritetico.

Quanto al primo argomento si rinvia a quanto già esposto circa l'inopportunità di costruire forme di concentrazione della tutela che possano dipendere, anche in parte, da scelte processuali delle parti e, dall'altro, si torna ad evidenziare che le nuove direttive (e il legislatore nazionale di conseguenza) codificano vere e proprie forme di autotutela (in taluni casi facoltativa, con incremento di profili di discrezionalità, che caratterizzano l'agire dell'amministrazione come potere) a garanzia dell'evidenza pubblica.

Una attenta lettura di più recenti arresti del giudice di legittimità, tuttavia, potrebbe corroborare la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo anche in talune evenienze successive alla stipulazione del contratto.

Si legge infatti in Cass. SU n. 10935/2017: "la giurisprudenza, nella sua evoluzione, si è fatta espressamente carico di distinguere, ai fini della giurisdizione, tra strumenti di autotutela pubblicistica e strumenti di autotutela privatistica della p.a. (ossia tra l'esercizio di autotutela incidente sugli atti del procedimento di evidenza pubblica e quello incidente sul rapporto contrattuale), affermando solo in relazione alla seconda ipotesi la giurisdizione del giudice ordinario..potendo l'autotutela provvedimento intervenire anche dopo la stipulazione del contratto senza per questo mettere in discussione la giurisdizione del giudice amministrativo. ..Pertanto può distinguersi tra atti di ritiro incidenti direttamente sul contratto, qualificabili come atti di autotutela "interna", che hanno natura privatistica con conseguente giurisdizione del giudice ordinario, e atti di ritiro dell'aggiudicazione (annullamento, decadenza, revoca) i quali, in quanto incidenti sul provvedimento conclusivo della procedura di evidenza pubblica (e solo di riflesso sul contratto), danno luogo ad una forma di autotutela "esterna" al contratto di appalto, hanno natura pubblicistica e rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo"; ha proseguito il giudice del riparto che "non si tratta di giurisdizione generale di legittimità bensì di giurisdizione esclusiva, essendo da ritenersi la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche in relazione alle controversie che, pur relative ad atti intervenuti successivamente alla stipula del contratto, involgono pur sempre il legittimo esercizio di potere da parte della P.A. di poteri autoritativi incidenti sul rapporto contrattuale, posto che la giurisdizione esclusiva sulle procedure di affidamento non può non riguardare anche gli atti di secondo grado, ossia gli atti incidenti su provvedimenti assunti nell'ambito delle suddette procedure e le relative conseguenze."

L'argomentazione, pienamente condivisibile, deve essere calata nella realtà contrattuale attuale della pubblica amministrazione.

I requisiti generali che legittimano la stipulazione del contratto con il contraente privato devono persistere per tutta l'esecuzione dello stesso, l'eventuale loro venir meno consente l'attivazione dell'autotutela che, evidentemente, in prima battuta, si indirizza avverso l'atto di aggiudicazione e, solo di riflesso colpisce il contratto, già stipulato. Né a diversa conclusione dovrebbe pervenirsi qualora, come spesso accade, l'amministrazione inserisca nel testo contrattuale clausole di recesso/risoluzione espressa che di fatto riproducono le prescrizioni normative<sup>55</sup>; ancorchè si realizzi in tal modo una sorta di "ripetizione" sul piano

---

<sup>54</sup> Le decisioni sono state rese nella vigenza del d.lgs. n. 163/2006, dunque in un contesto che alla luce delle direttive del 2014 ha subito delle evoluzioni.

<sup>55</sup> In senso contrario alla tesi sostenuta nel testo si rinvia un passaggio della motivazione della sentenza Cass. SU, n. 18190/2013, secondo cui il mero fatto che la stazione appaltante abbia inserito nel testo contrattuale una clausola di risoluzione per l'ipotesi di perdita dei requisiti da parte del contraente e che l'amministrazione, agendo in autotutela, abbia invocato detta clausola, comporterebbe la giurisdizione del GO; la soluzione, ove veramente ancorata alla sola presenza o assenza della clausola, rimetterebbe alla parte pubblica la scelta del giudice semplicemente replicando in

negoziale di quanto prescritto dalla normativa, la caducazione dell'aggiudicazione, e dunque del contratto, non è in questi casi l'esito di una facoltà negoziata o negoziale interna al contratto ma resta espressione di un potere dell'amministrazione nei casi indicati dalla legge.

In definitiva dovrebbe aversi riguardo al motivo di caducazione invocato: ove la stessa sia coerente con le previsioni di legge, ed a monte delle direttive, inerenti l'evidenza pubblica sussiste una origine pubblicistica dell'intervento dell'amministrazione e il suo agire può configurarsi quale autotutela "esterna" rispetto al negozio; ove invece sia stata contrattata una clausola di recesso, ad esempio a fronte di inadempimenti, o si eserciti il recesso legale tipizzato dall'art. 109 del codice, viene in emersione una vicenda interna all'equilibrio contrattuale, del tutto assimilabile a quella esercitabile da un privato in ordinari ambiti contrattuali.

Il ragionamento sin qui esplicitato risulta anche coerente con la, univoca, giurisprudenza in tema di caducazioni dei contratti di appalto quando il contraente viene colpito da una interdittiva antimafia.

In materia gli orientamenti, tanto del giudice del riparto che del giudice amministrativo, convergono.

Per tutte si riporta Cass. SU 15637/17 secondo cui: "come questa Corte ha già più volte ribadito la facoltà di recesso prevista dall'art. 11 co. 2 del d.p.r. n. 252/1998 (oggi art. 94 del d.lgs. n. 159/2011) 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, benchè attenga alla scelta stessa del contraente. Sicchè tale potere è estraneo alla sfera del diritto privato, perché a differenza del recesso non è giustificato da inadempienze contrattuali con imprese nei cui confronti emergano sospetti di collegamenti con la criminalità organizzata."

Si stenta a scorgere una differenza sostanziale tra l'ipotesi della facoltà di "recesso" esercitata dall'amministrazione nei confronti del soggetto colpito da interdittiva antimafia e la "risoluzione" facoltativa prevista nei confronti di un contraente che mancasse, ab origine, dei requisiti generali prescritti per la stipulazione del contratto o che, per vicende circolatorie del contratto stesso, vede il subentro di un soggetto che di tali requisiti è privo.

Paola Malanetto

Tar Piemonte

---

termini contrattuali le previsioni di legge. La sentenza è peraltro espressione di un orientamento in generale restrittivo circa l'estensione della giurisdizione del giudice amministrativo, già esposto nel testo.