

SORTE DEL CONTRATTO

(nel nuovo rito sugli appalti) *

Di

Paolo Carpentieri

Magistrato Tar

Pubblicato sul sito il 26 marzo 2011

1. Le origini della questione. 2. Il punto della discussione prima del decreto delegato n. 53 del 2010 e del c.p.a. 3. Provvedimento/contratto: fine di una dicotomia? 4. La giurisdizione esclusiva “speciale” del g.a. nel c.p.a. 4.1. La condizione giuridica del contratto “inefficace”. 4.1.a. Invalidità (*una soluzione dogmaticamente corretta*). 4.1.b. Inefficacia per mancanza (successiva) di condizione legale (*una soluzione praticamente più semplice*). 4.2. La natura del potere giurisdizionale esercitato dal giudice amministrativo. 4.3. Poteri officiosi del giudice e principio della domanda. 5. Ambito applicativo. 6. Conclusioni.

1. Le origini della questione.

Il tema “sorte del contratto” è emerso, a livello di attenzione della giurisprudenza e della dottrina, agli inizi del decennio appena trascorso. Contribuì in qualche modo ad avviare la discussione una sentenza del Tar Napoli del 2002¹ che, in un contesto di discorso improntato alla priorità logico-giuridica della tutela ripristinatoria dell’ordine legale violato e sull’assunto della pregiudiziale amministrativa, opinò nel senso della nullità relativa speciale del contratto per violazione delle norme imperative sulla scelta del privato contraente e per carenza di “titolo” o legittimazione al contratto.

Quella pronuncia nasceva dal confronto con i fatti e anche da un persistente dubbio sul ruolo del giudice amministrativo (almeno nello specifico settore di contenzioso in materia di contratti della p.a.). Il tema presentava un duplice profilo di urgenza e di grande interesse: un profilo pratico, legato all’effettività della tutela e alla reale capacità delle sentenze di toccare i fatti e di avere un’esecuzione non puramente formalistica; un profilo teorico, legato alle ricorrenti domande sulla specialità del giudice amministrativo, sul ruolo della considerazione dell’interesse pubblico/generale nella giustizia amministrativa e sulla tendenza a “depurare” questa giustizia dai residui “oggettivistici”, verso una sua declinazione in chiave puramente “soggettivistica”, contenuta nei limiti del principio dispositivo e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato.

Sotto il primo profilo, la sorte del contratto costituiva, infatti, il *test* di effettività della pronuncia di annullamento dell’aggiudicazione (o della gara): se la pronuncia di annullamento nessun effetto diretto poteva svolgere sul contratto – ossia sul reale svolgimento dell’appalto – allora – veniva fatto di chiedersi – quali erano il senso e l’utilità di questo contenzioso? Era possibile, ci si chiedeva, che il rapporto contrattuale continuasse ad andare avanti come se nulla fosse, anche dopo l’accertamento giurisdizionale dell’illegittimità della gara e, soprattutto, dopo l’annullamento della scelta del privato

* Il testo costituisce una rielaborazione dell’intervento al Convegno di studi “*Il contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici*” organizzato dal Centro di Studi sulla Giustizia presso la facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli studi di Milano, svoltosi il 20 gennaio 2011.

¹ Tar Campania, Napoli, sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177, annotata da V. Cerulli Irelli, *L’annullamento dell’aggiudicazione e la sorte del contratto*, in *Giorn. dir. amm.*, 11/2002, 1195 ss.

contraente, ossia del titolo amministrativo identificativo del soggetto cui spettava stipulare? La tesi tradizionale della Cassazione, allora dominante, della annullabilità del contratto su azione della p.a., lasciava evidentemente insoddisfatti, sia per la facoltatività di tale azione, sia per la necessità di un secondo giudizio dinanzi al giudice ordinario. Era, come si è ripetuto tante volte², quello dell'annullabilità relativa rimessa all'azione della p.a., un sistema tarato sulla logica giuscontabilistica dell'evidenza pubblica finalizzata alla tutela del solo interesse della stazione committente a spuntare il migliore rapporto "qualità-prezzo", ma inadeguato rispetto alla rilevata estensione dell'area finalistica della tutela all'interesse generale alla concorrenza e al mercato (che è un caso emblematico, sia detto *per incidens*, di eterogenesi dei fini, o, se si vuole, di autopromozione del mezzo a fine, ma questo è un altro discorso, restando fermo che questa, del mercato e della concorrenza, è una delle verità assiomatiche politicamente corrette oggi "indiscutibili").

Sotto il secondo profilo, l'idea di condannare l'amministrazione a pagare due volte il prezzo del contratto (o, almeno, l'utile d'impresa), una prima volta a chi si era aggiudicato la gara illegittima (ma avrebbe continuato a svolgere l'appalto), una seconda volta, in sede risarcitoria, al vincitore giurisdizionale rimasto insoddisfatto *in executivis*, poneva al centro dell'attenzione la questione se fosse in qualche modo (ancora) consentito al giudice amministrativo di porsi il problema, al di là della domanda e della pretesa di tutela soggettiva delle parti, della razionalità oggettiva (anche nell'interesse pubblico e generale) dell'assetto degli interessi definito dalla sentenza (che è regola secondaria della stessa funzione pubblica, nei singoli episodi provvedimentali, quanto meno e senz'altro per gli effetti inibitori, ripristinatori e conformativi del giudicato di annullamento).

Emerse naturalmente sin dall'inizio la difficoltà oggettiva di trovare un punto di equilibrio tra l'esigenza di effettività della tutela e quella di mandare avanti i contratti, di salvaguardare la buona fede delle parti, di realizzare i lavori, i servizi e le forniture, anche tenuto conto del fatto che il "collo di bottiglia" della tutela dipendeva in parte significativa anche dalla irragionevole durata del processo. Ma, indubbiamente, lo stato dell'arte e l'assetto ricevuto – peraltro, in termini spesso puramente tralatici e poco avvertiti – non potevano risultare appaganti e lasciavano aperte molte domande senza risposta.

Il retroterra culturale della soluzione ipotizzata nella sentenza n. 3177 del 2002 si sostanziava dell'idea di una funzione – comunque, al fondo – correttiva della giustizia amministrativa, dove la considerazione dell'interesse pubblico (soggettivo della p.a. precedente) e di quello generale (oggettivo dell'ordinamento giuridico) facesse inevitabilmente parte dell'oggetto del giudizio, che non poteva esaurirsi nella tutela della sola parte che agisce, ma, vertendo sul modo di esercizio della funzione pubblica, intercettava comunque (anche) la considerazione dell'interesse generale/pubblico coinvolto nella fattispecie³.

In quel quadro l'idea che la sorte del contratto sfuggisse completamente alla cognizione e/o agli effetti della pronuncia del giudice amministrativo, per rimanere affidata agli incerti sviluppi ulteriori (eventuali) dell'azione amministrativa, sembrava ridurre la tanto declamata "pubblicizzazione" dell'interesse pro-competitivo delle imprese e del mercato a uno slogan vacuo. Parallelamente, l'idea della impermeabilità del contratto agli effetti dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione e l'idea della ammissibilità

² Per una semplice e chiara descrizione di questa dinamica cfr. G. Romeo, *Aggiudicazione e contratto: un tentativo fallito di pubblicizzare il contratto*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2008, 1031 ss.

³ Il retroterra culturale della decisione n. 3177 del 2002 – pregiudizialità amministrativa e priorità logico-giuridica della tutela ripristinatoria - è bene riassunto in G. Coraggio, *Effettività del giudicato e invalidità del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2003, 776 ss.

di un'azione di risarcimento senza annullamento sembravano costringere la cognizione amministrativa entro una dimensione puramente soggettiva, identica a quella civile, ridotta nell'ambito angusto del rapporto bilaterale con il soggetto che agisce in sede pretensiva, nei limiti della domanda, con rinuncia a qualsivoglia considerazione, sia pur attraverso il prisma dell'atto e del procedimento, dell'assetto degli interessi generali e pubblici coinvolti nella fattispecie⁴.

2. Il punto della discussione prima del decreto delegato n. 53 del 2010 e del c.p.a.

Mi sottraggo al compito – ormai, improbo – di ripercorrere le tappe dell'ormai decennale dibattito sul tema⁵ e mi limito a ricordarne i passaggi essenziali.

⁴ Meriterebbe un approfondimento a parte il tema dell'estensione dell'oggetto del giudizio amministrativo dall'atto al rapporto: questa "estensione", se non ben interpretata, rischia infatti di "restringere", non di ampliare l'ambito della tutela: ed infatti, se il "vecchio" modello – quello incentrato sulla giustizia nell'amministrazione – consentiva al giudice amministrativo una visione di gioco aperta alla considerazione dell'interesse generale, il "nuovo" modello, invece, rischia di far perdere di vista la complessità dinamica della più ampia vicenda amministrativa per far ripiegare la cognizione sul solo "rapporto" bilaterale tra il cittadino che ricorre e l'amministrazione che resiste: in tal modo si perde di vista il rapporto plurilaterale tra il corretto esercizio del potere e la cura dell'interesse pubblico.

⁵ La produzione di note e commenti è davvero fluviale. "Recuperando" da precedenti annotazioni, può essere comunque utile provare a fornirne un elenco, ancorché parziale e non del tutto aggiornato: M. Monteduro, *Illegittimità del procedimento ad evidenza pubblica e nullità del contratto d'appalto ex art. 1418 comma 1 c.c.; una radicale <<svolta>> della giurisprudenza tra luci ed ombre*, in *Foro amm.*, 2002, 2591 e ss.; G. Greco, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. amm.*, 3/2002, 413 e ss.; F. Caringella, *Corso di Diritto Amministrativo*, 2^a ed., tomo II, Milano, 2002, pag. 2037; M. Montanari, *Reintegrazione in forma specifica e risarcimento per equivalente davanti al giudice amministrativo, nella dimensione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2003, 355 ss.; M. Lipari, *Il processo in materia di infrastrutture e di insediamenti produttivi strategici*, in *Diritto e Formazione*, 11/2002, 1519 e ss., *Id.*, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto tra nullità, annullabilità ed inefficacia: la giurisdizione esclusiva amministrativa e la reintegrazione in forma specifica*, *ivi*, 2002, 245 ss.; S. Fantini, *Gli effetti sul contratto dell'annullamento dell'aggiudicazione: profili di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Urb. e App.*, n. 7/2003, 751 e ss.; G. Monteduro, *I rapporti tra evidenza pubblica e contratto di appalto*, nota di commento a Cons. St., sez. VI, 5 maggio 2003 n. 2332, *ivi*, n. 8/2003, 922 ss.; F. Cintioli, *Annullamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico*, nel sito <http://www.giustizia-amministrativa.it>; F. Satta, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. amm.*, 4/2003, 645 ss.; S. Varone, *L'invalidità contrattuale nella dialettica fra atto e negozio nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica*, in *Foro amm. – CdS*, 2003, 1648 ss.; L. Valla, *Annullamento degli atti della procedura di evidenza pubblica e contratto: due decisioni a confronto*, commento a Cons. St., sez. VI, 19 novembre 2003, n. 7470 e *id.* sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666, in *Urb. e App.*, 2/2004, 192 ss.; F. Saitta, *Esecuzione dei contratti ad evidenza pubblica e giudice amministrativo: la (persistente) <<specialità>> della giurisdizione esclusiva alla ricerca di un'identità*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2004, 58 ss.; F. Caringella, *Annullamento della procedura di evidenza pubblica a monte e sorte del contratto a valle: patologia o inefficacia?*, nota a Cons. St., sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666, in *Corr. giur.*, 5/2004, 669. F. Goisis, *In tema di conseguenze sul contratto dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione conclusivo del procedimento ad evidenza pubblica e di giudice competente a conoscerne*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2004, 177 ss.; S. Valaguzza, *Illegittimità della procedura pubblicistica e sue interferenze sulla validità del contratto*, *ivi*, 284 ss.; L.V. Moscarini, *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2004, 597 ss.; F. Freni, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul negozio*, in *Dir. amm.*, 4/2004, 837 ss.; M. Gavazzi, *L'effetto invalidante del vizio del procedimento di evidenza pubblica sull'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, nota a CGA, ord. 8 marzo 2005, n. 104, *Dir. proc. amm.*, n. 4/2005, 1060 ss.; F. G. Scoca, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm. – Tar*, 2007, 797 ss.; L. Garofalo, *Annullamento dell'aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici*, *Dir. proc. amm.*, 2008, 138; B. Marchetti, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto; esperienze europee a confronto*, *ivi*, 2008, 95 ss.; S. Vinti, *Quali rimedi per la salvaguardia dell'interesse legittimo al cospetto dei negozi giuridici? Il giudice del riparto e i legislatori (comunitario e domestico) alle prese con gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto di appalto pubblico*, *ivi*, 2008, 799 ss.; M. Ramajoli, *L'Adunanza plenaria risolve il problema dell'esecuzione della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione in presenza di contratto*, nota a Cons. Stato, Ad. plen., 30 luglio 2008, n. 9, *ivi*, 2008, 1154 ss.; F. Goisis, *Ordinamento comunitario e sorte del contratto, una volta annullata l'aggiudicazione*, nota a Corte eur. giust., sez. II, 18 luglio 2007, *ivi*, 2009, 112; A. Massera, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: le molte facce di un dialogo*

La tesi della nullità, ipotizzata dalla sentenza 3177 del 2002⁶, era stata, come è noto, variamente criticata, sotto il profilo della sproporzione delle conseguenze (insanabilità, rilevabilità *ex officio*, imprescrittibilità dell'azione, proponibilità da chiunque vi avesse interesse, inconfigurabilità di una nullità successiva, mancata considerazione della buona fede del terzo contraente e della stabilità del contratto con i relativi affidamenti, inadeguatezza a gestire con la dovuta duttilità il problema dell'eventuale esecuzione parziale del contratto *medio tempore* intervenuta, *etc.*). Tutte queste critiche erano apparse a chi scrive superabili. La sentenza n. 3177 del 2002 aveva infatti chiarito che si trattava di una nullità relativa speciale a legittimazione ristrettissima, in quanto legata al postulato della pregiudiziale amministrativa e alla rivendicazione di spettanza del titolo di prelazione legale alla stipula del contratto (a legittimazione, dunque, di fatto limitata al solo ricorrente vittorioso che avesse dimostrato, con azione impugnatoria proposta nei termini, la "spettanza" dell'appalto). Era, del resto, nota e ampiamente arata la figura, in diritto civile, della nullità relativa e speciale⁷. L'inconfigurabilità dell'invalidità successiva è e resta discussa⁸. L'obiezione della mancanza di una (necessaria) comminatoria espressa di legge era variamente superabile, in ragione del necessario riconoscimento della specialità del meccanismo amministrativo "a monte".

La "bocciatura" della tesi della nullità era in parte frutto di un "purismo" civilistico che escludeva *a priori* la possibilità di pensare a un istituto speciale, secondo un'impostazione culturale tipica, che ho in varie sedi criticato, che condiziona l'esito di molte discussioni su questioni "di confine" nel diritto amministrativo (si vedano, ad esempio, i temi "caldi" della configurazione del risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi pretensivi, la teorica della nullità dell'atto amministrativo, la stessa questione della pregiudiziale amministrativa)⁹.

asincrono tra i giudici, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 2; A. Scacchi, *Profili civilistici dell'incidenza dell'annullamento dell'aggiudicazione sul susseguente contratto*, *ivi*, 2009, 1501 ss. Sia consentito, in ultimo, di richiamare anche P. Carpentieri, *Aggiudicazione e contratto*, nel sito <http://www.giustizia-amministrativa.it>, giugno 2003, nonché in *Sospensive*, periodico mensile, n. 9 del 2003, e *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto* (nota a Cons. St., sez. V, 27 ottobre 2003, n. 6666), in *Giorn. dir. amm.*, n. 1/2004, 15 ss.

⁶ Nullità virtuale o extratestuale per violazione di norme imperative, ma anche, conseguentemente, di tipo strutturale, per difetto di titolo al contratto in capo all'aggiudicatario "illegittimo" e per violazione del divieto incombente sulla p.a. procedente di stipulare con un soggetto diverso da quello che ne avrebbe avuto titolo se la gara fosse stata legittima. Nella sentenza del 2002 la nullità (allora virtuale, oggi, come diremo, testuale) per violazione di norma imperativa (proibitiva di divieto della stipula del contratto con l'aggiudicatario illegittimo), si traduceva, dunque, anche in una conseguente nullità strutturale per carenza di titolo a contrarre. Pur nella consapevolezza delle difficoltà ricostruttive di questa figura (su cui cfr., A. Scacchi, *Profili civilistici dell'incidenza dell'annullamento dell'aggiudicazione sul susseguente contratto*, *cit.*, 1516 ss.), sembra – come si esporrà al par. 4.1.a. – che questa ricostruzione possa essere confermata, sia pure per i limitati casi di privazione totale di effetti ex art. 121 c.p.a.

⁷ In tema cfr. F. Di Marzio, *Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti. Appunti sulla legislazione, sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell'ultimo decennio*, in *Giust. Civ.*, 2000, II, pag. 479 ("il contratto che offende interessi generali è assolutamente nullo. E' invece solo relativamente nullo il contratto che offende interessi generali attraverso l'offesa di interessi particolari"); F. Caringella, commento al d.lg. 231/2002 sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, in *Urb. e App.*, 2/2003, 149 ss.; T. Longu, *Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, n. 3/2000, II, 345 ss.; G. Gioia, commento a Cass. civ., sez. I, 22 aprile 2000 n. 5286, in *Corr. giur.*, n. 7/2000, 883 ss.; A. Di Majo, *Clausole vessatorie e rischi assicurati: un difficile confine*, *ivi*, n. 3/2001, 386 ss.; G.A. Benacchio, *sintesi di informazione sul diritto privato comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, n. 2/2000, II, 223 ss.; G. Chiné, A. Zoppini, *Manale di diritto civile*, Roma, 2009, 1710 ss.

⁸ C.M. Bianca, *Diritto civile*, III Il Contratto, 2^a ed., Milano, 2000, 611.

⁹ Su questi profili ho avuto modo di discutere proprio in questa sede l'anno scorso, in occasione dell'incontro di studi del 27 maggio 2010, sempre egregiamente organizzato dal Centro di Studi sulla Giustizia di Milano e dal Prof. Villata, su "L'azione risarcitoria nel processo amministrativo" (P. Carpentieri, *Risarcimento del danno e provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2010, 857 ss.).

Il (prevalente) rifiuto, opposto dai commentatori, alla tesi della nullità, alternativa a quella della mera annullabilità per iniziativa della sola amministrazione, diede l'avvio, come è noto, alle soluzioni (che io chiamo) "descrittive": la tesi della caducazione automatica e quella della inefficacia.

La teorica della caducazione¹⁰ non chiarisce il tema. La caducazione automatica è un guscio vuoto che descrive, ma non spiega: designa un evento, un accadimento di fatto, ma nulla dice sui meccanismi che lo provocano e sulle ragioni intrinseche che lo giustificano; descrive la dinamica (quasi fisica) del travolgimento dell'atto "a valle" per effetto dell'annullamento di quello presupposto; ma non spiega le ragioni sostanziali di questa interferenza. A meno che con essa non si intendesse fare riferimento allo schema logico del rapporto di presupposizione tra atti, che però implica l'idea di un ruolo prevalentemente esecutivo del contratto rispetto all'aggiudicazione, quanto meno nel senso che il contratto sarebbe avvinto da un nesso talmente stringente alla presupposta aggiudicazione da giustificare l'applicazione della regola *simul stabunt, simul cadent*. In questo senso la tesi della caducazione automatica finirebbe (forse inconsapevolmente) per dire di più di quella della nullità, poiché andrebbe ben al di là della trasmissione del vizio dall'aggiudicazione al contratto, riducendo il contratto a una mera conseguenza logico-giuridica dell'aggiudicazione¹¹.

La teorica dell'inefficacia¹², per parte sua, non distingue tra inefficacia in senso ampio (che è improduttività dell'effetto, comunque provocata e, quindi, include anche la invalidità dell'atto) e inefficacia in senso stretto (dell'atto valido, ma inefficace¹³). Ora, se si fa riferimento alla nozione ampia di inefficacia, allora si ritorna al modello puramente descrittivo, conoscitivamente povero, della caducazione; se si fa riferimento alla seconda nozione – quella di inefficacia in senso stretto – allora si tende a costruire il fenomeno in termini di subordinazione del contratto (valido e *medio tempore* efficace) alla condizione risolutiva tacita dell'eventuale annullamento dell'aggiudicazione¹⁴, oppure al modello della *condicio juris* tipica del rapporto tra atto amministrativo (approvativo/autorizzativo) e contratto.

¹⁰ In giurisprudenza, la prima e più compiuta esposizione è in Cons. Stato, sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332 (reperibile, come tutta la giurisprudenza amministrativa successiva all'anno 2000 citata nel presente contributo, nel sito <http://www.giustizia-amministrativa.it>). Uno svolgimento coerente della tesi della caducazione in E. Sticchi Damiani, *La caducazione del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del codice degli appalti*, in *Foro Amm. – TAR*, 11/2006, 3719 ss.

¹¹ Al riguardo E. Follieri, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2010, 1088 ss., dopo avere ampiamente chiarito la logica della presupposizione tra atti, conclude nel senso che "se il quadro di riferimento è quello del rapporto tra atti presupposti e presupponenti, anche se questi ultimi non sono rappresentati da atti amministrativi, ma da un contratto, la disciplina giuridica non è quella della presupposizione quale risulta dai principi giurisprudenziali". Sul rapporto di presupposizione cfr. S. Dettori, *Il rapporto di presupposizione nel diritto amministrativo*, Napoli, 2006. Per una critica della logica della caducazione automatica in generale, cfr. E. Sticchi Damiani, *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2003, 633 ss. Per una specifica analisi del nesso di presupposizione con riferimento al rapporto tra aggiudicazione e contratto cfr. G. Greco, *La trasmissione dell'antigiuridicità (dell'atto amministrativo illegittimo)*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2007, 326 ss.

¹² In giurisprudenza, la prima e più compiuta esposizione è in Cons. Stato, sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666.

¹³ A. Falzea, voce *Efficacia giuridica* in *Enc. Dir.*, vol. XIV, Milano, 1965; V. Scalisi, voce *Inefficacia (dir. priv.)*, *ivi*, vol. XXI, Milano, 1971, pag. 322 ss.; *Id.*, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2003, 214 ss.; F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, 9^a, Napoli, 1983, 241, 259; C. M. Bianca, *Diritto civile*, III, *Il Contratto*, 2^a, Milano, 2000, 610.

¹⁴ In questo senso si orienta TAR Lombardia, Milano, sez. I, 14 giugno 2007, n. 5201, nonché *Id.*, n. 1370 del 2008, richiamata da A. Scacchi, *Profili civilistici dell'incidenza dell'annullamento dell'aggiudicazione sul susseguente contratto*, *cit.*, 1529.

La sentenza n. 3177 del 2002 prestava in realtà il fianco a più penetranti critiche in punto di riparto di giurisdizione (avrebbe esteso la giurisdizione esclusiva del g.a. ex d.lgs. n. 80 del 1998 alla sorte del contratto operando un'inammissibile estensione per connessione) e in punto di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (l'impresa ricorrente non aveva esplicitamente chiesto l'aggiudicazione e/o il subentro nel contratto).

Ma anche queste due critiche erano, a ben vedere, resistibili. Soprattutto, vorrei dire, paiono resistibili oggi, alla luce dei più recenti sviluppi sul tema, posto che la Cassazione, nel 2010¹⁵, sotto la spinta dei principi comunitari e interni di concentrazione, effettività e celerità della tutela, aveva in pratica ammesso l'estensione "per connessione" al contratto della giurisdizione esclusiva amministrativa, ancor prima dell'intervento del legislatore; e posto che, quanto all'altro versante, quello della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, non è da escludere, come vedremo nell'ultimo paragrafo, che il macchinoso sistema messo in piedi, oggi, dal legislatore abbia in parte derogato a tale principio e abbia ammesso talune ipotesi di pronunce di inefficacia slegate da una specifica domanda sul punto. Ma quelle critiche erano resistibili anche ieri, poiché, quanto alla giurisdizione, la sentenza 3177 si era sforzata di dare un senso utile all'attribuzione di giurisdizione esclusiva nella materia (ex artt. 33, lett. d), del d.lgs. n. 80 del 1998 e 6 della legge n. 205 del 2000), altrimenti priva di senso compiuto¹⁶, mentre, quanto al rispetto del principio della domanda, la forzatura introdotta trovava adeguata spiegazione nel postulato della priorità logico-giuridica della tutela conformativa di ripristino della legalità¹⁷.

La sentenza del Tar Napoli del 2002, inoltre, si faceva carico, in qualche modo, della fase successiva di riesercizio della funzione. Essa lasciava intendere che la definizione conclusiva dell'assetto degli interessi e dei rapporti si sarebbe potuta avere solo nella fase dell'ottemperanza (in questa logica la stessa Sezione I del Tar Napoli, con una sentenza precedente, si era posta la questione dell'ammissibilità della proposizione per la prima volta

¹⁵ Cass., ss. uu., ord. n. 2906 del 10 febbraio 2010, in *Giustamm.it*, con nota di F. Cardarelli, *Commento a Cass.*, ss. uu., ord. n. 2906 del 10 febbraio 2010, 17 febbraio 2010, nonché in *Giurisdiz. amm.*, 2010, III, 162. Nello stesso senso Cass., ss. uu., ord. 5 marzo 2010, n. 5291, in *Lexitalia.it*, n. 3/2010.

¹⁶ Sarebbe infatti rimasta priva di senso la qualificazione della giurisdizione sulle procedure di gara in termini di giurisdizione esclusiva, ove non si fosse ammessa un'estensione alla sorte del contratto. Non a caso i commentatori del codice del processo amministrativo concordano, oggi, nel dire che l'inclusione della cognizione di cui agli artt. 120 ss. c.p.a. nell'ambito della giurisdizione esclusiva – art. 133, comma 1, lettera e), n. 1), c.p.a. - serve proprio a consentire al g.a. la pronuncia sull'efficacia e le sanzioni alternative: se era vero l'assioma della separazione tra fase amministrativa, fino all'aggiudicazione, e fase civilistica, a partire dal contratto, l'esclusione di ogni cognizione sul contratto e la sua restrizione ai soli atti della serie amministrativa avrebbe reso sufficiente una giurisdizione soltanto impugnatoria, senza alcuna necessità di scomodare l'attribuzione di giurisdizione esclusiva (il risarcimento del danno, a partire dalla legge n. 205 del 2000, d'altra parte, era incluso senz'altro nell'ambito di qualunque giurisdizione del giudice amministrativo). Fu da subito chiaro, in ogni caso, che la cognizione sulla procedura di scelta del contraente poteva comprendere la cognizione sulla validità del contratto solo sotto il profilo del titolo della parte a stipularlo, con esclusione di ogni altro profilo di validità ed efficacia. Né poteva bastare a "giustificare" la previsione della giurisdizione esclusiva il richiamo a un supposto motivo occasionale del legislatore storico, che avrebbe voluto, con il d.lgs. n. 80 del 1998, troncare la *querelle* con la Cassazione innescata dalla sentenza sul caso cd. "Siena Parcheggi" (Cass. ss. uu. civ., 6 maggio 1995 n. 4989) e il tentativo del giudice ordinario di appropriarsi delle controversie sulle procedure di affidamento degli appalti esperite da soggetti formalmente privati, ma sostanzialmente pubblici (le società miste di gestione dei servizi locali, gli enti privatizzati, etc.). Non vi era, infatti, bisogno di un'attribuzione di giurisdizione esclusiva per consentire al giudice amministrativo di conoscere delle gare poste in essere dai soggetti formalmente privati (in tal senso, invece, F.G. Scoca, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, cit., 820), atteso che non si era mai dubitato, per il passato, della giurisdizione amministrativa (di legittimità) sulle gare celebrate dal concessionario di opere pubbliche, come *longa manus* dell'amministrazione (Cass. civ., ss. uu., 14 febbraio 2008, n. 3518, in *Foro amm. - CdS*, 2008, 2, 377; Cass. civ., ss. uu., 1 luglio 2008, n. 17926, che richiama *Id.*, n. 3518 del 2008, n. 73 del 2000, n. 12622 del 1998 e n. 11132 del 19, in *Juris data*, Giuffrè Editore).

¹⁷ Su cui cfr. G. Coraggio, *op. cit.*, nonché S. De Felice, *La tutela dell'interesse legittimo tra annullamento e risarcimento*, in *I TAR*, 2001, II, 641.

in sede di ottemperanza della domanda risarcitoria per equivalente, e ciò proprio alla luce di queste esperienze, che avevano dimostrato come non fosse possibile, in molti casi, capire, già nella fase impugnatoria della cognizione, quale tipo di effettività potesse raggiungere la tutela conformativa e quali spazi di ristorabilità per equivalente pecuniario sarebbero infine residuati, cosa possibile da stabilirsi solo dopo che l'amministrazione si fosse riappropriata dell'affare e avesse tentato un riesercizio conforme della funzione)¹⁸.

Come si vede, ancorché *in nuce* e in termini non ancora maturi, tutti i profili rilevanti del nesso aggiudicazione-contratto erano emersi già nel 2002 ed avevano poi trovato, almeno nella giurisprudenza, una sistemazione praticamente gestibile nella tesi anodina e senza "impegno ontologico" della caducazione automatica¹⁹, mentre i problemi concreti, di cosa succede "dopo" l'annullamento, erano rinviati alla fase eventuale dell'ottemperanza, dove il giudice si sostituisce all'amministrazione ed entra nel merito.

3. Provvedimento/contratto: fine di una dicotomia?

Probabilmente una risposta adeguata al problema andrebbe ricercata non già nei complicati e comunque opinabili meccanismi di trasferimento del vizio e/o dei suoi effetti invalidanti dal piano amministrativo dell'atto a quello civile del contratto, bensì nella riconsiderazione della teorica del contratto di diritto pubblico o contratto amministrativo. Sgombrando il campo dai "riflessi" sul riparto di giurisdizione (che spesso deformano la realtà sostanziale degli istituti), sarebbe dunque bene sottoporre a critica la tradizionale idea gianniniana del doppio binario e della netta separazione tra fase pubblicistica ("a monte" del contratto) e fase privatista ("a valle" della stipula del contratto)²⁰. Netta separazione in realtà

¹⁸ Tar Campania, Napoli, sez. I, 4 ottobre 2001, n. 4485, in *Urb. e app.*, n. 4/2002, 455 ss., con nota di C. Contessa, nonché in *Foro amm. – TAR*, 2005, 183 ss., con nota di A. L. Tarasco. L'art. 112, comma 4, c.p.a., innovando, ha ammesso questa soluzione. L'idea dell'ottemperanza come sede per "chiudere il cerchio" della tutela sull'aggiudicazione e sul nesso col contratto è stata poi valorizzata dalla già citata pronuncia della plenaria n. 9 del 2008 (Cons. Stato, ad. plen., 30 luglio 2008, n. 9, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1154 ss. con nota di M. Ramajoli, *cit.*). F. Satta, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto*, *cit.*, 678 ss., ha evidenziato la possibilità di valorizzare la fase dell'ottemperanza come momento rescissorio seguente all'annullamento.

¹⁹ Tesi giudicata "preferibile alla luce dell'art. 246 del codice" da R. Garofoli, in M. A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, VI, Milano, 2008, 3931.

²⁰ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, vol. I, 677 ss., soprattutto 680. In tema, per sintesi, cfr. F.G. Scoca, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 3/2002, 436. Questa impostazione trae peraltro origine dalla giurisprudenza della Cassazione successiva alla legge abolitrice del 1865 (A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999, 57-60). La tesi più innovativa, che valorizza la specialità del contratto con l'amministrazione, è sviluppata in G. Greco, *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986, 84 e ss., nonché *Id.*, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, *cit.* E. Sticchi Damiani, *op. cit.*, fa discendere la tesi della caducazione automatica, in chiave di rapporto tra atto presupposto e atto consequenziale, dalla configurazione del contratto d'appalto come accordo amministrativo integrativo di provvedimento. Lo stesso A., nel recente contributo *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Giust.Amm.it*, marzo 2011, osserva come "con l'introduzione del codice del processo la pubblicizzazione della fattispecie diviene ancor più pregnante" (pag. 5). Spunti in questa direzione anche in L. Garofalo, *Annullamento dell'aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici*, *cit.* Concorda con l'esigenza di "una revisione della tradizionale impostazione sistematica dell'evidenza pubblica" F. Freni, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul negozio*, *cit.* Quanto questo profilo sia reso ancor più attuale e urgente dopo la direttiva 66/2007 (e le norme interne di recepimento) è posto bene in luce da F. Cardarelli, *Commento a Cass.*, ss.uu., ord. n. 2906 del 10 febbraio 2010, *cit.*, parr. 4.4. e 5, secondo cui le novità introdotte dalla direttiva del 2007 e dal suo recepimento "potrebbe(ro) comportare un progressivo ripensamento della natura tradizionalmente privatistica del contratto di appalto pubblico, o comunque una accentuazione dei tratti di specialità negoziale che afferiscono alla fattispecie" (l'A. richiama sul punto G. Greco, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 5, 1029). Si vedano, in tale direzione, anche le osservazioni di V. Lopilato, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2010,

smentita proprio dalla vicenda delle reciproche interferenze tra aggiudicazione e contratto, di cui discutiamo. L'area grigia tra diritto pubblico e diritto privato, sia sul piano dell'azione amministrativa (procedimento/accordo, provvedimento/contratto) che su quello dell'organizzazione (privatizzazioni "fredde", società partecipate pubbliche, fondazioni di partecipazione, *etc.*) impone inevitabili contaminazioni e non può essere spiegata (*sapere cosa*), né gestita (*sapere come*) intestardendosi a voler fare uso dei modelli – pubblicistici o privatistici – "puri", immaginando linee di confine ben definite o compartimenti a tenuta stagna di separazione tra i due "mondi" incomunicabili del diritto pubblico speciale e del diritto privato comune.

Il postulato assiomatico della separatezza dei due mondi, quello amministrativo, fino all'aggiudicazione, e quello civile, a partire dal contratto, oltre che urtare con la evidenza dei fatti (che sono continui nell'unitarietà dell'affare economico-sociale), costringe ad acrobazie intellettuali più o meno sterili, per quanto brillanti, che finiscono comunque per scontrarsi con la innaturale impermeabilità e incomunicabilità tra le due fasi, imposta dall'assioma di partenza. Se si accantonasse il quale, invece, probabilmente, si riuscirebbe a vedere le cose come stanno realmente, e cioè che l'unitario affare economico sociale (una p.a. che deve acquistare beni, servizi o lavori sul mercato concorrenziale) non tollera cesure interne e valichi di intraducibilità tra l'area dell'attività coperta dall'art. 97 Cost. (quella amministrativa) e quella più direttamente riconducibile (in parte e salve le numerose clausole esorbitanti) ai dettami del codice civile. "Sdrammatizzando" la segmentazione della realtà indotta dalle segmentazioni accademiche e dogmatiche, sarebbe, forse, possibile ammettere senz'altro che l'invalidità dell'atto amministrativo (ossia il giudizio di disvalore espresso dall'ordinamento giuridico e la conseguente sanzione di non riconoscimento dell'atto o dei suoi effetti, in quanto deviante dal suo modello legale) si comunica direttamente al contratto di diritto privato, in quanto esso stesso, *pro parte* (per quanto attiene al titolo a contrarre), deviante (conseguentemente) dal suo modello legale (e perciò assoggettato dall'ordinamento giuridico allo stesso giudizio di disvalore e alla stessa sanzione logicamente omogenea di privazione di effetti già sancita sull'atto amministrativo, sanzione che del resto finirebbe per essere vanificata se non si comunicasse al contratto, che si pone, sia pur in un senso ampio ed economico, più che giuridico, come esecuzione e sviluppo del primo).

Né la formula dell'art. 11, comma 7, del codice dei contratti pubblici - secondo cui *L'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta* - pare di per sé ostativa a una ricostruzione unitaria della fattispecie a formazione progressiva. Tale ricostruzione non implica l'identità degli oggetti, ma la loro correlazione sequenziale di tipo procedimentale e preparatorio. In altri termini, non è in discussione l'identità del contratto come atto distinto dall'aggiudicazione, ma è in discussione la natura di questo contratto e il grado e la qualità del suo legame con la procedura selettiva "a monte".

Una linea ricostruttiva nuova dovrebbe sotto questo profilo trarre dal diritto civile non già rigidi assiomi indiscutibili, bensì spunti ricostruttivi epistemicamente fecondi e concettualmente utili. Ad esempio, andrebbe valorizzata la consapevolezza, ormai acquisita in diritto civile, della necessità di indagare la causa del negozio nell'ambito della complessiva operazione economico-sociale prefigurata dalle parti, valorizzando il collegamento negoziale ed evitando di notomizzare la unitaria realtà del negozio complesso

1326 ss., soprattutto 1333 e 1342, nonché di A. Angiuli, *Contratto pubblico e sindacato del giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 4/2010, 905, che pone l'accento sull'unitarietà del procedimento cui dà luogo la vicenda giuridica del "c.d. contratto amministrativo".

e dei plurimi rapporti, tra loro connessi, che ne derivano. Ed è curioso che proprio nell'ambito del diritto amministrativo, dove il procedimento assume una sempre maggiore centralità nello svolgersi della funzione, si voglia, invece, "spaccare" in due tronconi (tra loro incomunicabili) la realtà causalmente unitaria dell'aggiudicazione e del contratto, entrambi unificati da un'unica causa economico-sociale (la realizzazione dell'opera pubblica, l'erogazione del servizio, l'acquisto della fornitura funzionale all'organizzazione dell'amministrazione).

Vedremo, nel paragrafo dedicato al regime attuale, come, invece, il rifiuto di mettere in discussione i postulati ricevuti dalla tradizione, spinga sia il legislatore, che la dottrina a rifugiarsi dietro il paravento agnostico dell'inefficacia, rifiutando l'indagine sullo stato delle cose e sulla esatta qualificazione giuridica dello stato patologico del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Già in precedenti contributi sulla sorte del contratto avevo evidenziato come occorresse un ripensamento, aggiornato al 2000, di questa vecchia costruzione ereditata (e condizionata) dai conflitti di giurisdizione di inizio novecento che prepararono il concordato giurisprudenziale del 1930²¹. Costruzione che non è più adeguata rispetto alla nuova configurazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *in subiecta materia*. La teorica della doppia serie di atti e dell'impermeabilità della serie privatistica (dove operano diritti soggettivi) rispetto alle vicende della serie pubblicistica (dove agiscono interessi legittimi) è infatti coerente con un criterio di riparto della giurisdizione fondato sulla natura sostanziale della posizione soggettiva fatta valere, ma è meno utile a fronte di

²¹ Osserva come "la questione in esame è stata affrontata essenzialmente in chiave di riparto della giurisdizione" A. Botto, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto*, in *I settori speciali nel codice dei contratti pubblici*, a cura di C. Franchini e F. Titomanlio, Torino, 2010, 205 ss. E' noto (V. Cerulli Irelli, *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in Giustamm.it, al sito <http://www.giust.it/htm>, n. 6/2002) come nel diritto francese i *contrats administratifs* sono configurati come *actes de gestion publique* e sono sottoposti al sindacato del giudice amministrativo. La diversa soluzione in vigore nel nostro ordinamento sembra essere in qualche modo dipendente dalla storia della nostra giustizia amministrativa [attribuzione al giudice ordinario, allora unico giudice, della materia dei contratti, ai sensi dell'articolo 2 della legge 25 marzo 1865 n. 2248, all. E: A. Massera, *I contratti*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte speciale, tomo II, 2^a, Milano, 2003, 1550, ove si osserva che soltanto la legge abolitrice del contenzioso del 1865 attribuì al giudice ordinario la cognizione dei contratti, "rovesciando così il criterio della devoluzione alla competenza dei giudici del contenzioso amministrativo delle questioni attinenti all'interpretazione, validità ed esecuzione dei contratti delle pubbliche amministrazioni, seguito dalla legislazione degli Stati preunitari, e in particolare anche dal d.lg. 30 ottobre 1859, n. 3708 (c.d. legge Rattazzi)]; da qui la divaricazione tra contratto e provvedimento, la riconduzione del contratto amministrativo nell'alveo del diritto civile e l'estensione dell'area del provvedimento a coprire, con la propria impronta speciale-pubblicistica, vaste aree di interventi di erogazione della p.a. che ben avrebbero potuto risolversi in chiave contrattuale"]. E' altrettanto noto (cfr. F. G. Scoca, *Autorità e consenso*, cit., 446) che in Germania si è affermata la giurisdizione amministrativa sui contratti di diritto pubblico per la qualificazione pubblicistica delle norme che li disciplinano. Peraltro la dottrina tradizionale nega l'utilizzabilità in diritto italiano della nozione di contratto di diritto pubblico (cfr., ad es., A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, 1989, vol. II, 601). Spunti interessanti per l'avvio dell'auspicata riconsiderazione dell'inquadramento sistematico del contratto della p.a. in F. Satta, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto*, cit., nonché in V. Cerulli Irelli, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, ivi, 2/2003, nota 11 di pag. 221. Concorda sul disallineamento della tradizionale dicotomia rispetto al nuovo criterio di riparto imperniato sulla giurisdizione esclusiva A. Marra, *Rinegoziazione del contratto dopo l'aggiudicazione e riparto di giurisdizione*, nota a Cons. Stato, sez. V, 14 luglio 2003, n. 4167, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2004, 1171 e 1172. Che il modo di considerare la sequenza provvedimento/contratto sia in qualche modo "arbitrario" e dipendente dalle opzioni di metodo assunte è dimostrato del resto dal famoso caso "Trezza", deciso dalle sezioni unite della Cassazione con sentenza del 24 giugno 1897, nel quale il giudice ordinario rivendicò a sé la cognizione della stessa legittimità degli atti amministrativi (deliberazione comunale e approvazione prefettizia del contratto) in quanto incidenti sulla validità del contratto stipulato, in tal modo non escludendo, ma, anzi, postulando il travolgimento del contratto a causa dell'invalidità degli atti amministrativi "a monte" (sul tema cfr. L. Maruotti, *La giustizia amministrativa e le riforme costituzionali*, in *Foro amm.*, 1992, 2963).

un unico giudice (quello amministrativo) dotato di cognizione esclusiva e piena sulla scelta del contraente²².

4. La giurisdizione esclusiva “speciale” del g.a. nel c.p.a.

Il regime odierno è frutto del recepimento della direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, avvenuta con il d.lgs. n. 53 del 2010, e della riconduzione di tale ultimo testo normativo all'interno del codice del processo amministrativo (artt. 120 ss. c.p.a.). Si è in tal modo costruito un processo “speciale-speciale”, che aggiunge elementi speciali al rito, già speciale, ex art. 23-*bis* l. n. 1034 del 1971 (introdotto dalla legge n. 205 del 2000), oggi posto nell'art. 119 c.p.a.²³

Prima di passare alla discussione della natura di questi speciali poteri forniti al giudice amministrativo, occorre interrogarsi sulla *ratio* complessiva (o prevalente) che ispira la nuova direttiva – e, a valle, le norme interne di recepimento – e che, come tale, deve fungere anche da polo di riferimento e di attrazione dell'interpretazione (finalistica e sistematica). Il tema è di centrale importanza e molto delicato, poiché tocca nervi sensibili e scoperti della discussione, tra una declinazione tutta soggettivistica e processualcivilistica della tutela (*effettività* soggettivo-processuale) e una declinazione più neoggettivistica e pubblicistica del sistema (*effettività* della norma comunitaria pro-concorrenziale e dell'interesse generale della concorrenza e del mercato)²⁴. Non v'è dubbio sul fatto che la direttiva – come è naturale che sia per una disciplina comunitaria – si occupi soprattutto della *effettività* della direttiva sostanziale del 2004 nella materia delle commesse pubbliche²⁵ ed abbia di mira, dunque, prevalenti finalità di tutela dell'interesse generale di protezione della concorrenza²⁶. Nondimeno, da un diverso punto di vista, la norma comunitaria mostra di usare una tale cautela e circospezione nel toccare e maneggiare il contratto, da autorizzare una lettura più civilistica, che veda al centro, per l'appunto, la

²² P. Carpentieri, *Aggiudicazione e contratto*, cit., nel par. intitolato *L'esigenza di una revisione della tradizionale sistematica dell'evidenza pubblica*.

²³ E' noto che la specialità del rito appalti nasce nel 1978, con la legge n. 1 (*Accelerazione delle procedure per la esecuzione di opere pubbliche e di impianti e costruzioni industriali*), ma, poi, soprattutto, nel 1997, con il così detto decreto legge sblocca-cantieri (o “anti-Tar”) n. 67 del 1997 (art. 19). Sull'evoluzione della tutela speciale nella materia degli appalti cfr. M. Ramajoli, *La tutela cautelare nel contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti*, in *Giust.Amm.it*, marzo 2011. Il rilievo della specialità che si aggiunge alla specialità è di D. Galli, *Il recepimento della direttiva ricorsi tra nuovi e vecchi problemi*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 9/2010, 899 ss., che rileva condivisibilmente come l'inclusione del nuovo rito all'interno del c.p.a. possa operare da elemento di omogeneizzazione delle procedure, nell'ambito di una lettura sistematica (rilievo condiviso anche da M. Lipari, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, testo della relazione svolta al Convegno “*Il codice del processo amministrativo*, 12 e 13 novembre 2010, Lecce, in corso di pubblicazione sull'osservatorio sulla giustizia amministrativa curato da M.A. Sandulli e M. Lipari su *Foro amm. – TAR.*).

²⁴ Non deve equivocarsi tra *effettività* della tutela, nel senso processuale dell'art. 1 de c.p.a., ed *effetto utile* (e *effettività*) della norma comunitaria, che può anche condurre a privilegiare la tutela dell'interesse oggettivo generale – il ripristino della legalità comunitaria violata - a discapito di quello processuale soggettivo della parte ricorrente.

²⁵ Nel quattordicesimo *considerando* è detto che “La privazione di effetti è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati delle possibilità di competere.”

²⁶ E. Follieri, *op. cit.*, 1071 rileva che “il ricorrente è mosso dall'interesse sociologico di base che consiste nel risultare vincitore della gara e che si colora di forti connotazioni pubblicistiche per la tutela normativa dell'iniziativa economica nel rispetto dei principi del mercato”. Aggiunge (1072) che “l'obiettivo della direttiva ricorsi è quello di tutelare in via prioritaria l'interesse degli operatori economici al conseguimento dell'aggiudicazione della gara, della stipula del contratto e dell'esecuzione dell'appalto”. In tal senso, secondo A. Bartolini, S. Fantini, F. Figorilli, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, in *Urb. e app.*, 2010, 643, “al centro della nuova disciplina vi è sicuramente la volontà dell'ordinamento comunitario di tutelare l'interesse dell'operatore economico a conseguire il contratto”.

difesa del contratto e dell'autonomia delle parti, in termini di protezione della sicurezza degli scambi, della stabilità dei rapporti, della tutela degli affidamenti degli operatori economici. Sembra quasi, per certi aspetti, che la direttiva si preoccupi di difendere il contratto dagli effetti della anticomunitarietà dell'aggiudicazione e, nel "ripiegare" su sanzioni alternative, esprima una preferenza per un assetto equilibrato dei rapporti, anche a discapito sia dell'effettività della tutela processual-soggettiva della singola impresa che agisce, che può restare senza contratto, sia del ripristino della legge comunitaria violata, che può restare frustrato (secondo una logica per cui occorre fare salvo il contratto, ripagare l'imprenditore ricorrente e sanzionare l'amministrazione). Pare verosimile concludere su questo profilo nel senso che entrambi i valori e gli interessi sopra indicati convivano nella direttiva, che costituisce un tentativo di mediazione ispirato dal principio di proporzionalità e di minimo mezzo: massima tutela della concorrenza-mercato con il minimo sacrificio indispensabile del contratto.

Vi è poi convergenza di idee sul fatto che, per quanto riguarda il tema che ci occupa, la strategia della direttiva comunitaria sia soprattutto quella di prevenire ed evitare il problema del contratto, con il combinato disposto dello *stand still period* e della "bruciante" accelerazione dei tempi di risposta – anche interinale²⁷ – del giudice adito: l'obiettivo è rimuovere in radice la difficoltà del rapporto con il contratto, impedendone la stipula fino a che non sia ragionevole pensare che non ci saranno più ricorsi o che quelli proposti non verranno accolti²⁸. Il sistema sotto questo profilo sembra condizionato da una sorta di "paura" del contratto, considerato un ostacolo per certi aspetti insormontabile al dispiegarsi di una tutela effettiva dell'interesse comunitario, un fatto irreversibile che rende antieconomico il ripristino della legalità comunitaria violata.

Si tratta di un ulteriore caso²⁹ di effetto direttamente sospensivo del ricorso, che si legittima, nell'invariato quadro del principio di interinale efficacia dell'atto asseritamente illegittimo, per la considerazione della ora indicata "tattica" di "prevenzione" del contratto, che tende a "schiacciare" la verifica di legittimità degli atti entro ambiti (angusti) anticipatori e sommari. L'effetto sospensivo automatico si spiega, inoltre, con la natura "precontrattuale" del rimedio³⁰.

Residuano, tuttavia, casi di possibile evenienza di un annullamento che segua dopo il contratto (al di là delle ipotesi patologiche di accelerazione dell'amministrazione – che non rispetti il termine dilatorio – o di ritardo del giudice – che non rispetti i termini draconiani di

²⁷ Ad esempio, in base all'art. 120, comma 8, c.p.a., il giudice deve decidere interinalmente sulla domanda cautelare, anche se ordina adempimenti istruttori, se concede termini a difesa, o se solleva o vengono proposti incidenti processuali.

²⁸ Nel quarto *considerando* della direttiva 2007/66/CE si rileva infatti che "Fra le carenze constatate figura in particolare l'assenza di un termine che consenta un ricorso efficace tra la decisione d'aggiudicazione di un appalto e la stipula del relativo contratto. Ciò induce talvolta le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori desiderosi di rendere irreversibili le conseguenze di una decisione d'aggiudicazione contestata a procedere molto rapidamente alla firma del contratto. Per rimediare a questa carenza, che costituisce un serio ostacolo ad un'effettiva tutela giurisdizionale degli offerenti interessati, vale a dire coloro che non sono stati ancora definitivamente esclusi, è opportuno prevedere un termine sospensivo minimo, durante il quale la stipula del contratto in questione è sospesa, indipendentemente dal fatto che quest'ultima avvenga o meno al momento della firma del contratto".

²⁹ Il terzo, annota R. De Nictolis, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, nel sito <http://www.giustizia-amministrativa.it, studi e contributi>, 2010, 11, oltre al caso dei provvedimenti di revoca o modifica delle misure di protezione dei collaboratori di giustizia e al caso dei provvedimenti di allontanamento dei cittadini comunitari.

³⁰ M. Antonioli, F. Cardarelli, *Il recepimento della direttiva n. 66/2007/CE nell'ordinamento francese*, in 231. con riferimento al *référé précontractuel* nell'ordinamento francese, cui si è aggiunta un'azione diretta di annullamento del contratto (*référé contractuel*), introdotta in recepimento della direttiva comunitaria del 2007 dall'*ordonnance* del 7 maggio 2009, n. 515. Sul *contrat administratif* francese si vedano anche le recenti notazioni di A. Angiuli, *Contratto pubblico e sindacato del giudice amministrativo*, cit., 910.

celerità processuale, può ben accadere, a tacer d'altro, che il giudice cambi idea nel corso del processo e accolga nel merito l'azione che aveva negativamente valutato nella fase cautelare; vi sono, inoltre, i numerosi casi di deroga allo *stand still*, previsti nell'art. 11 del codice dei contratti, tra cui, soprattutto, la deroga consentita *nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari*: art. 11, comma 9, ultima parte). Il meccanismo preventivo dovrebbe, in teoria, essere efficace e funzionare: l'art. 1 del d.lgs. di recepimento n. 53 del 2010, modificando l'art. 11 del codice dei contratti pubblici, ha introdotto due termini dilatori per la stipulazione del contratto: uno "sostanziale", di 35 giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva, l'altro, "processuale", di 20 giorni successivi alla notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante, e comunque fino alla pronuncia, se successiva, del provvedimento cautelare di primo grado o del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare³¹.

La risposta al dilemma "aggiudicazione/contratto" fornita dalla direttiva – e sostanzialmente recepita in diritto interno - si compendia nei seguenti termini.

L'art. 121, comma 1, c.p.a. prevede talune ipotesi di inefficacia necessaria per alcune violazioni, ritenute più gravi (*gravi violazioni*, recita la rubrica dell'art. 121 c.p.a.)³², tali da rendere necessaria la totale sterilizzazione degli effetti; in tali casi è stabilito che il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva *dichiara l'inefficacia del contratto*. Nel dichiarare l'inefficacia il giudice deve *precisare* se la declaratoria opera *ex nunc*, ossia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo, oppure opera in via retroattiva. Tale scelta deve avvenire *in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto* (ovvero *in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti*, per usare la diversa locuzione presente nell'art. 44 della legge di delega n. 88 del 2009); il giudice, in deroga alla regola ora enunciata, può (in base al comma 2 dell'art. 121), accertare la perdurante efficacia (o omettere di dichiarare l'inefficacia?) del contratto (che *resta efficace*), anche in presenza delle violazioni gravi di cui al comma 1, *qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti*³³. Si tralascia in questa sede, per semplificare

³¹ La norma precisa che l'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare. Come già ricordato alla nota 27, in base all'art. 120, comma 8, c.p.a., il giudice deve decidere interinalmente sulla domanda cautelare, anche se ordina adempimenti istruttori, se concede termini a difesa, o se solleva o vengono proposti incidenti processuali.

³² Le gravi violazioni sono, in sintesi, le seguenti: a) aggiudicazione senza previa pubblicazione del bando o avviso, ove prescritta; b) aggiudicazione avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti, con omissione della pubblicità del bando o avviso prescritti; c) stipula del contratto senza rispettare il termine dilatorio, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento; d) stipula del contratto senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

³³ Lo stesso comma 2 dell'art. 121 c.p.a. circoscrive la discrezionalità del giudice, nel valutare questa ipotesi derogatoria di conservazione comunque degli effetti del contratto, precisando, nei successivi periodi, che tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale. Precisa altresì che gli interessi economici

l'esposizione, la sottoprocedura introdotta dal comma 5, che ulteriormente deroga alle ipotesi di inefficacia (in relazione al fatto, in sostanza, che la stazione committente abbia posto in essere preventivamente talune procedure di preavviso e di garanzia, ivi indicate).

L'art. 122 c.p.a. prevede, poi, negli altri casi, in cui non ricorrono le suddette "gravi violazioni", l'inefficacia eventuale a discrezione del giudice, riconoscendo al giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva il potere discrezionale di stabilire se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta.

L'art. 123 c.p.a. disciplina, quindi, le sanzioni alternative³⁴, pecuniarie e di riduzione della durata del rapporto, da applicarsi, in sostanza, come dice il loro stesso aggettivo qualificativo, quando non sia stato possibile dichiarare l'inefficacia del contratto, allorché, nonostante le gravi violazioni, il contratto sia considerato (anche temporalmente) efficace (ipotesi che ricorre anche quando la violazione non abbia condotto all'inefficacia perché non ha privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e non ha influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento). Le sanzioni alternative sono applicate dal giudice sia alternativamente che cumulativamente, nel rispetto dei principi del contraddittorio, di effettività, dissuasività e proporzionalità al valore del contratto, alla gravità della condotta della stazione appaltante e all'opera svolta dalla stazione appaltante per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione. Le sanzioni alternative - precisa l'art. 123 - non vanno confuse con il risarcimento del danno (*In ogni caso l'eventuale condanna al risarcimento dei danni non costituisce sanzione alternativa e si cumula con le sanzioni alternative*).

L'art. 124 c.p.a. considera, infine, la tutela in forma specifica e per equivalente regolando la domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto, subordinandone l'accoglimento alla dichiarazione di inefficacia, prevedendo, in mancanza, il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato (con la precisazione, applicativa della regola generale dell'art. 30, comma 3, ultimo periodo, c.p.a., per cui la condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile).

Questo, in sintesi, il quadro dei rimedi disegnato dal codice processuale, in modo sostanzialmente conforme al decreto delegato del 2010.

Mi pare che siano sostanzialmente tre le questioni che si pongono con maggiore evidenza all'interprete: 1) quale sia la condizione giuridica del contratto riguardato da queste vicende (invalidità o inefficacia?); 2) quale la natura della cognizione del g.a. (giurisdizione di merito o dilatazione della cognizione ordinaria, e/o fusione della fase della

possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara, e che non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia.

³⁴ Sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante, di importo dallo 0,5% al 5% del valore del contratto; riduzione della durata del contratto, ove possibile, da un minimo del dieci per cento ad un massimo del cinquanta per cento della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo.

cognizione con quella dell'ottemperanza? 3) se questa disciplina abbia in parte riproposto una pregiudizialità amministrativa (tra annullamento dell'aggiudicazione e pronuncia sull'efficacia del contratto) e quale sia il rapporto con il principio dispositivo della domanda. Resta poi da domandarsi quale sia l'ambito applicativo oggettivo di queste disposizioni processuali, a fronte della variegata eterogeneità dei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni di seguito a delibere di contrattare e procedure in vario grado selettive o negoziate³⁵.

4.1. La condizione giuridica del contratto “inefficace”.

4.1.a. Invalidità (una soluzione dogmaticamente corretta).

Sulla prima questione – la natura della condizione in cui versa il contratto suscettibile di essere dichiarato inefficace – ho già anticipato sopra il mio pensiero: si tratta, credo, di invalidità, riconducibile in parte alla nullità (per le violazioni gravi, cui segue una privazione totale di effetti con pronuncia dichiarativa *ex officio*), in parte alla annullabilità (quando, per le violazioni gravi, non segue la privazione totale degli effetti, nonché per le “altre” violazioni, di cui all'art. 122, per le quali la privazione di efficacia è “facoltativa”, ossia rimessa alla valutazione discrezionale del giudice attraverso una pronuncia costituiva).

Il punto centrale della tesi argomenta la scelta della *invalidità*, rispetto alla mera inefficacia in senso stretto. All'interno dell'opzione principale – nel senso della *invalidità* – la distinzione tra *nullità* e *annullabilità* assume poi un rilievo per certi aspetti secondario e può essere in questa sede solo abbozzata, come indicazione di massima, richiedendo, verosimilmente, maggiori approfondimenti. Non senza rilevare, sin d'ora, che, come è noto, la distinzione netta tra nullità e annullabilità tende a divenire sempre più sfocata anche in diritto civile³⁶. Ragion per cui, in prima approssimazione, sembra plausibile ipotizzare una declinazione della invalidità in termini di nullità quando si tratti di privazione totale di effetti pronunciata *ex officio* in relazione a una violazione grave, e una declinazione della invalidità in termini di annullabilità quando si tratti di conferma degli effetti o di privazione parziale di effetti pronunciata su domanda di parte in relazione ad altre violazioni o ad una violazione grave nel caso in cui operino le deroghe di cui all'art. 121, comma 2.

Nella prima ipotesi, di invalidità sotto forma di nullità, per i casi di violazione grave, per i quali, salve, come si è visto, talune eccezioni e deroghe, la regola (di diritto) è la privazione dell'efficacia, si tratta di nullità *speciale* e *testuale*, in quanto prevista e tipizzata

³⁵ Restano fuori dalla presente trattazione – per evitare ulteriori appesantimenti - numerosi altri aspetti pure rilevanti, quali l'esclusione del ricorso straordinario al Capo dello Stato o il trattamento dei regimi speciali previsti per le infrastrutture strategiche e di interesse nazionale di cui al d.lgs. n. 190 del 2002 (legge obiettivo n. 443 del 2001), nonché i rimedi previsti dall'art. 20 del d.l. n. 185 del 2008, convertito, con modificazioni, nella l. n. 2 del 2009. Esulano altresì dalla presente trattazione, più focalizzata sul tema della sorte del contratto, i profili concernenti le sanzioni alternative e i rapporti con l'azione autonoma risarcitoria.

³⁶ La linea di confine tra nullità relativa-speciale e annullabilità si fa sempre più opaca e variabile (V. Scalisi, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, cit., 210, parla di “sempre più accentuata storicizzazione . . . relativizzazione e atomizzazione della categoria delle invalidità”, per cui “tale forma di qualificazione negativa dell'agire privato può assumere una determinata connotazione e in pari tempo la connotazione opposta e contraria: essere assoluta e con eguale legittimità presentarsi siccome relativa; essere totale e anche parziale; insanabile e anche sanabile; imprescrittibile e a volte prescrivibile; testuale e spesso anche soltanto virtuale; originaria o anche successiva”). Una ricognizione sul tema in F. Caringella, *Studi di diritto civile*, IV, *Il contratto*, 2^a, Milano, 2007, che parla di “frantumazione della nullità” e di “crisi della differenza con l'annullamento” (220, 222, con *ivi* richiami di dottrina).

dalle norme in esame³⁷, in *funzione sanzionatoria* di una violazione di particolari norme imperative (proibitive), e *relativa*, ossia a legittimazione ristretta ai soli soggetti legittimati a domandare l'annullamento dell'aggiudicazione (e comunque rilevabile *ex officio* solo all'interno del giudizio impugnatorio dell'aggiudicazione ritualmente proposto entro il termine di decadenza). Si tratta di invalidità *sub specie* di nullità perché la sanzione mira a impedire l'effetto contrario al precetto posto a protezione di interessi superiori generali.

Potrebbe obiettarsi a questa ipotesi che essa ignora il profilo della tutela della buona fede e dell'affidamento dell'impresa affidataria che non abbia concorso all'illegittimità. Al riguardo è agevole replicare che, nei casi più gravi - affidamento diretto o a trattativa privata senza gara, o violazione dello *stand still* -, ove ricorrano tutti i presupposti per la privazione di effetti, l'ordinamento giuridico ha evidentemente compiuto in via generale e astratta una valutazione comparativa degli interessi in campo nel senso della necessità, per ragioni di effettività della disciplina pro-concorrenziale, di escludere e impedire gli effetti del contratto, anche con sacrificio della posizione dell'impresa affidataria: quella ponderazione che, di regola, è demandata al giudice nei singoli casi concreti (artt. 121, comma 2, 122), è assorbita e definita *ex ante*, a livello generale, dalla norma, nel senso della privazione degli effetti, allorquando sussistano tutti gli elementi costitutivi della fattispecie complessa di nullità. In tale evenienza, d'altra parte, la privazione totale di effetti, anche se configurata in termini di mera inefficacia, travolgerebbe comunque la posizione dell'impresa affidataria, a prescindere dal suo comportamento. Pare ammissibile, per conseguenza, che tale nullità sia fatta valere dalla stessa amministrazione stipulante in via di eccezione, ove convenuta per l'esecuzione del contratto nullo dinanzi al giudice civile, il quale ben potrà conoscere, in via incidentale, della invalidità amministrativa - omessa gara - determinante l'invalidità del contratto, decidendo il regolamento economico delle ripetizioni, delle restituzioni e degli eventuali risarcimenti. L'eccezionalità della nullità anche dinanzi al giudice ordinario adito per l'esecuzione e, dunque, la caducità del contratto stipulato, possono d'altra parte contribuire a garantire l'effettività della norma comunitaria rendendo gli affidamenti diretti illegittimi comunque poco convenienti anche per la stessa impresa favorita.

Più aperta e complessa è la questione della qualificazione delle altre ipotesi di privazione di efficacia facoltative, ex art. 122 c.p.a., nonché dei casi di violazioni gravi ex art. 121 in cui, però, per effetto del comma 2, la privazione di efficacia sia parziale o sia negata. In questi casi la qualificazione più calzante sembra essere quella della annullabilità, anche in relazione al carattere obiettivamente costitutivo della relativa pronuncia (su cui cfr. il seguente par. 4.3).

Nei casi di violazioni gravi ex art. 121, allorquando la privazione di efficacia sia totale, la qualificazione del contratto in termini di nullità sembra armonizzarsi anche con il

³⁷ Il *nomen juris* scelto agnosticamente dal legislatore europeo e nazionale nel senso della privazione di efficacia-inefficacia non vincola l'interprete, sotto il duplice profilo che, da un lato, il concetto di inefficacia in senso ampio non è contrario, ma complementare al concetto di invalidità, dall'altro, che le definizioni normative presentano una portata precettiva particolare e "minore", nel senso che l'enunciato normativo, pur in una logica performativa, *non potest de albo facere nigrum* [sul punto cfr. V. Crisafulli, voce *Disposizioni (e norma)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 195 ss., soprattutto 202 ss. e nota 30]. Ragion per cui non è preclusa all'interprete la ricerca di definizioni stipulative o precisanti. L. Ferrajoli, *Principia juris, Teoria del diritto e della democrazia*, I, *Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, 428, 430, parla di *norme istitutive*, che "come tutte le norme ipotetiche, non prescrivono immediatamente nulla. Esse, semplicemente, istituiscono, o se si vuole *definiscono*, dei concetti" [ove, in nota 10, si richiamano anche i termini *regole concettuali* (Bulygin) o *regole definitorie* (von Wright)].

principio della radicale improduttività di effetti e con la natura dichiarativa della relativa pronuncia³⁸, nonché con la rilevabilità d'ufficio, pure tradizionalmente associata alla nullità.

A questa doppia declinazione – nullità/annullabilità – può obiettarsi l'incoerenza della dipendenza della qualificazione del contratto dal fatto accidentale e non prevedibile della ostatività o meno delle ragioni di conservazione – parziale o totale – degli effetti, di cui al comma 2 dell'art. 121: la qualificazione del contratto come “nullo” dovrebbe rispondere a criteri assoluti e oggettivi e non mutare *secundum eventum litis*. Tuttavia, a una siffatta obiezione può replicarsi con il rilievo per cui alla qualificazione del contratto in termini di nullità non è di ostacolo la richiesta della compresenza di una pluralità di fattori positivi e negativi (grave violazione e insussistenza dei motivi ostativi alla privazione di effetti di cui al comma 2 dell'art. 121), convergenti alla costituzione di una fattispecie complessa.

Peraltro, la graduazione della invalidità – nullità/annullabilità – in un caso di nullità relativa-speciale, è destinato, come si è visto, a perdere di centralità ed ha scarse ricadute applicative. Sembra, comunque, più coerente riservare la qualificazione di nullità ai soli casi di violazioni gravi cui segua la privazione totale degli effetti, mentre, per gli altri casi, appare preferibile un inquadramento in termini di annullabilità. Si profila, conclusivamente, una configurazione in termini di “*invalidità flessibile o a geometria variabile*” (ora nullità, ora annullabilità; ora privazione di effetti totale, ora parziale, oppure “conferma” dell'efficacia), per riprendere – però in chiave di invalidità, non di mera inefficacia – una formula già suggerita dalla dottrina³⁹.

Per le evenienze in cui sia predicabile il carattere della nullità, come detto, si tratta di nullità espressa comminata dalla legge, per violazione di una vera e propria norma proibitiva degli effetti, e non di una nullità virtuale o extratestuale. Sarebbe in questo senso superabile l'obiezione imperniata sulla “impossibilità di predicare la nullità (virtuale) del provvedimento per ogni ipotesi di violazione delle *regulae* che disciplinano il procedimento di evidenza pubblica”⁴⁰. Può invero replicarsi sul punto che la tipizzazione legale della nullità (testuale), operata dalle norme in esame per le sole “gravi violazioni”, distingue, per l'appunto, tra (violazioni delle) *regulae* procedurali “meramente” imperative (ad es., quelle rilevanti ex art. 121) e (violazioni delle) *regulae* procedurali proibitive di divieto, sanzionate

³⁸ Peraltro, come si argomenterà nel par. 4.3, non sembra corretto e conoscitivamente utile far dipendere, in modo meccanico e diretto, la qualificazione dello stato del contratto “privato di efficacia” dalla natura – dichiarativa o costitutiva – della pronuncia del giudice: questo preteso nesso biunivoco è discutibile ed è messo in crisi dalla presenza di ipotesi di nullità speciali sanzionate con pronunce costitutive (cfr., ad es., sulle “nullità di protezione”, F. Caringella, *Studi di diritto civile, cit.*, 430 ed *ivi* ulteriori richiami), mentre, d'altra parte, a rigore, la tesi dell'inefficacia in senso stretto del contratto dovrebbe coerentemente assumere la natura dichiarativa e non costitutiva della sentenza del giudice, lì dove, invece, come si osserverà al suddetto par. 4.3, sembra vero il contrario (ossia sembra che la sentenza del giudice abbia quasi sempre natura costitutiva e non meramente dichiarativa). Pare forse eccessivo l'assunto di A. Bartolini, S. Fantini, F. Figorilli, *op. cit.*, 658, secondo cui la natura costitutiva della pronuncia “dovrebbe escludere la configurabilità dello stato viziato del contratto in termini di nullità”. Per una trattazione focalizzata sul versante civilistico della problematica, cfr. L.V. Moscarini, *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto, cit.*, che opina nel senso della nullità relativa speciale.

³⁹ M. Lipari, *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia “flessibile” del contratto*, in *Giustamm.it*, aprile 2010.

⁴⁰ Più volte sollevata nel decennale dibattito sul tema (da ultimo, cfr. A. Bartolini, S. Fantini, F. Figorilli *op. cit.*, 658). Su queste nozioni, in diritto civile, cfr. E. Russo, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, n. 5/2001, 581; V. Mariconda, *La nullità del contratto e Le cause di nullità*, in *Giur. sist. di dir. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi, *I contratti in generale*, diretto da Alpa e Bessone, che distingue tra contratto illegale e contratto illecito; G. Galgano, *La nullità per contrarietà a norme imperative e La nullità per illiceità*, in *Commentario del codice civile* Scialoja e Branca, a cura di F. Galgano, *Libro Quarto. Delle obbligazioni (Art. 1414-1446)*, Bologna-Roma, 1998, che distingue tra norme proibitive – le sole capaci di provocare una nullità per illiceità – e norme precettive. In tema cfr. anche A. Scacchi, *Profili civilistici dell'incidenza dell'annullamento dell'aggiudicazione sul susseguente contratto, cit.*, 1524 ss.

di nullità per il risultato che le parti si ripromettono di conseguire con l'attuazione del programma negoziale (ad es., l'affidamento diretto per evitare la gara). Ma, più radicalmente, la suindicata obiezione sembra superabile perché appare in realtà discutibile, nell'ambito della stessa dottrina e giurisprudenza civilistiche, la tenuta attuale del suo assunto di base, ossia della tesi che fa dipendere la nullità (virtuale) dalla sola violazione di norme proibitive. E' infatti da ricordare che la giurisprudenza della Cassazione preferisce al criterio della natura della norma violata quello del tipo di interesse tutelato, sicché il criterio per distinguere la norma imperativa la cui infrazione causa nullità virtuale da quella la cui violazione non ha questo effetto sarebbe costituito dal tipo di interesse protetto, ovvero dallo scopo della legge e dalla natura della tutela apprestata, se cioè di interesse pubblico o privato⁴¹. La giurisprudenza della Cassazione ha ricollegato la nullità virtuale anche a norme non (propriamente) proibitive ma solo "cogenti" o ordinarie (o precettive), impositive di requisiti abilitativi per il compimento di determinati atti giuridici, ritenendo che la mancanza di tali requisiti (iscrizioni in particolari albi idoneativi) determinasse la nullità del contratto, sulla considerazione della natura pubblicistica e generale dell'interesse protetto dal precetto. Sotto tale profilo la critica in esame assume come un dato assiomatico una certa visione della nullità per violazione di norma imperativa, di cui al primo comma dell'articolo 1418 c.c., che invece non costituisce un approdo pacifico dell'interpretazione e che, anzi, è messa in discussione dalla Cassazione e contestata da autorevoli voci nella dottrina, anche sull'abbrivio delle recenti innovazioni in tema di nullità dei contratti di derivazione comunitaria⁴².

Infine, come già innanzi osservato, nell'istituto in esame la nullità per violazione di una norma di divieto si ripercuote sul piano strutturale della fattispecie, determinando una nullità strutturale per difetto di legittimazione a contrarre⁴³.

Peraltro, l'opzione nel senso della *invalidità* e non della *mera inefficacia in senso stretto* poggia su di una considerazione molto semplice: l'invalidità è, nel senso più ampio, e in primo luogo, sul piano assiologico e finalistico, un giudizio di disconoscimento e di disvalore formulato dall'ordinamento giuridico riguardo a un fatto, a una fattispecie concreta, in ragione della sua difformità rispetto al modello legale e/o al divieto dei suoi effetti; è un divieto di effetti statuito dalla norma giuridica come sanzione di disvalore (secondo la logica modale) riguardo alla fattispecie, in quanto difforme e non riconoscibile alla stregua dei precetti giuridici vigenti e pertinenti⁴⁴. Nel contesto dell'invalidità,

⁴¹ Cass., ss.uu., 21 agosto 1972 n. 2697, richiamata da G. Esposito, *Qualificazione del contratto a fini fiscali e nullità per violazione di norme tributarie*, in *Corr. Giur.*, n. 3/2002, 351., nota 19; sul punto cfr. anche F. Di Marzio, *Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti*. . . cit., 479.

⁴² F. Di Marzio, *op. cit.*, 467-468, osserva come "La nuova legislazione di matrice comunitaria di costruzione del mercato unico ha invece introdotto numerose disposizioni imperative precettive . . . Ha così reso evidente che l'illiceità può essere conseguenza anche della violazione di una norma imperativa che pone un obbligo non negativo, ma positivo". Sotto tale profilo è agevole osservare come le norme comunitarie imperative (proibitive, ad es., di un affidamento diretto senza gara) sono poste a salvaguardia di interessi pubblicistici sia sul versante interno dell'articolo 97 della Costituzione, sia sul versante europeo del valore del mercato libero concorrenziale.

⁴³ Sul punto, criticamente, A. Scacchi, *Profili civilistici dell'incidenza dell'annullamento dell'aggiudicazione sul susseguente contratto*, cit., 1518 ss., che richiama puntualmente la nota teoria di E. Betti (*Teoria generale del negozio giuridico*, ristampa corretta della II edizione, Napoli, 2002, 221 ss.) - della legittimazione della parte come presupposto di validità del negozio distinto dalla capacità di agire, elaborazione teorica sicuramente discussa, ma che indubbiamente fornisce un criterio ricostruttivo che pare particolarmente calzante per la vicenda della sorte del contratto, qui oggetto di discussione. L'A. citata (A. Scacchi, *op. cit.*, 1531 ss.) pur non aderendo alla tesi bettiana, perviene comunque a una soluzione effettivamente non dissimile, in termini di nullità del contratto per sopravvenuta incapacità speciale della p.a.

⁴⁴ G. Corso, voce *Validità (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, 85 ss. Valido è l'atto formale le cui forme sono tutte conformi alle norme formali sulla sua formazione e che ammette almeno un significato coerente con tutte le norme sostanziali sulla sua produzione (L. Ferrajoli, *op. cit.*, 527; lo stesso A. evidenzia, inoltre - 283 - come

l'inefficacia è la mera conseguenza effettuale (negativa) della riconosciuta patologia dell'atto (inefficacia in senso ampio, come si è detto sopra)⁴⁵. Cosa diversa è l'inefficacia in senso stretto, che si ha per una sorta di incompletezza della fattispecie intesa in senso più ampio o perché la fattispecie, ancorché perfetta nei suoi elementi essenziali, è subordinata o variamente condizionata da eventi e fatti esterni ad essa, ma idonei a incidere sulla produzione degli effetti. Nella vicenda, in esame, della sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione, risulta evidente, in base alla stessa formulazione letterale delle norme, che la negazione degli effetti propri del contratto dipende in primo luogo e direttamente proprio dal giudizio di disvalore enunciato dall'ordinamento rispetto alla fattispecie difforme (e ai suoi effetti anticomunitari proibiti): è, in altri termini, un caso di inefficacia in senso ampio, dipendente dall'invalidità, non un caso di mera inefficacia in senso stretto.

Lo scopo della norma, la ragion d'essere stessa della norma comunitaria e della sua presunzione di effettività (effetto utile), risiede proprio nell'impedire – in taluni casi di più grave violazione – la produzione di effetti dell'atto anticomunitario, di assicurare la sterilizzazione totale o parziale degli effetti diretti e indiretti dell'atto anticomunitario. E gli effetti che la norma comunitaria vuole impedire non sono tanto e solo quelli dell'aggiudicazione, quanto e soprattutto quelli del contratto (sempre che sussistano i presupposti della “inefficacia” comunitaria). La privazione di effetti del contratto costituisce il mezzo per dare effettività al precetto comunitario pro-concorrenziale, di talché il nesso di derivazione dalla patologia dell'aggiudicazione anticomunitaria non è puramente accidentale (caducazione), ma inerisce allo stesso significato logico della fattispecie complessa, ossia è strettamente preordinato a munire di sanzione efficace il precetto comunitario. Recenti contributi⁴⁶ hanno condivisibilmente rilevato come da una *rilevanza esterna* degli interessi comunitari pro-concorrenziali, incidenti, dunque, solo in chiave di inefficacia sulla fattispecie contrattuale, si sia ormai passati a una *rilevanza diretta interna* di tali interessi, rispetto al contratto, che ne viene dunque a essere condizionato nella sua stessa validità.

Né il fatto che la patologia del negozio possa in concreto non essere sancita dal giudice adito – poiché egli dispone di una valutazione discrezionale in ordine alla sorte del contratto e solo in alcuni casi gli è consentito di decretarne l'inefficacia – pare possa costituire di per se un argomento risolutivo in senso contrario alla tesi della invalidità, atteso che l'ordinamento giuridico già conosce ipotesi di atti invalidi non annullabili (ad es. art. 21-*octies* l. n. 241 del 1990), e considerato che la graduazione della sanzione in relazione alla tutela di posizioni di terzi o, comunque, di altri interessi, anche generali, alla conservazione dell'atto fa parte del normale meccanismo di proporzionamento della

l'inefficacia in senso proprio non si addica all'invalidità, poiché l'atto invalido produce comunque taluni effetti, avendo un'efficacia interinale); F. Santoro Passarelli, *op. cit.*, 244.

⁴⁵ In tal senso non sembra condivisibile la tesi di A. Bartolini, S. Fantini, F. Figorilli, *op. cit.*, 643, secondo cui “la sanzione dell'inefficacia del contratto, che sino ad oggi è stata effettuata essenzialmente in termini di vizio del contratto, oggi non pare più avere questa connotazione” poiché “la sanzione dell'inefficacia incide sul rapporto contrattuale e non sulla validità del contratto” (gli AA. *cit.* sostengono la tesi dell'inefficacia “flessibile” o “a geometria variabile”, mutuata da M. Lipari, *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia “flessibile” del contratto*, *cit.*; in tal senso anche R. Calvo, *Appalti pubblici e <<decodificazione>> dei rimedi*, in *Urb. e app.*, n. 7/2010, 758). In realtà, se di sanzione si tratta, essa non può che colpire un vizio dell'atto (o l'inammissibilità dei suoi effetti in quanto violativi di un divieto di legge), mentre l'inefficacia in senso stretto non ha natura sanzionatoria, rispondendo semplicemente alla mancata realizzazione del quadro effettuale prefigurato dalla volontà delle parti per circostanze esterne all'atto medesimo.

⁴⁶ V. Lopilato, *op. cit.*, 1333 ss. L'A. conclude coerentemente nel senso della nullità per violazione di norme imperative che realizzano una forma di nullità sanzione (*ivi*, 1352).

sanzione di invalidità alla fattispecie considerata. In diritto civile, inoltre, si conoscono numerosi casi in cui è rimessa al giudice, con ampio margine di valutazione discrezionale (equità integrativa o correttiva), la definizione delle conseguenze della sanzione di atti e fatti antiggiuridici e il regolamento delle restituzioni, ripetizioni e riparazioni (al di là degli artt. 23 e 25, sovente richiamati, sui limiti nei confronti dei terzi di buona fede degli annullamenti delle deliberazioni degli enti, cfr. artt. 1226, 1227, 1419 sulla nullità parziale, 1450 e 1467, terzo comma, sulla *reductio ad aequitatem*, 2058). Resistibile, analogamente, appare l'obiezione per cui, in linea di fatto, nel sistema congegnato dagli artt. 121 ss., i casi di privazione di efficacia finiranno probabilmente per essere in pratica l'eccezione e non la regola, nel combinato disposto "restrittivo", da un lato, della rilevanza delle violazioni condizionata alla possibilità di aggiudicazione (per cui, anche in caso di violazioni del termine dilatorio, la privazione di efficacia opera solo se è dimostrato che la violazione del termine e quella della norma comunitaria procedurale hanno inciso negativamente sulla possibilità, per il ricorrente, di conseguire l'aggiudicazione) e, dall'altro, della prevalenza delle esigenze imperative ostative ex art. 121, comma 2 (su questi aspetti cfr., *amplius*, *sub* par. 4.3, note 69 e 76). Pare sufficiente al riguardo la considerazione (ovvia) che, in linea di fatto, moltissimi atti amministrativi (o contratti) in vario modo e in vario grado invalidi sono e restano, ciò nonostante, se non annullati, efficaci, ma non per questo si dubita della loro corretta qualificazione giuridica in termini di invalidità e non di inefficacia.

Neppure osta alla ricostruzione in chiave di invalidità l'osservazione critica secondo cui la tesi della nullità confonderebbe il nesso di presupposizione – che lega aggiudicazione e contratto – con il nesso endoprocedimentale preparatorio – che lega l'atto endoprocedimentale col provvedimento finale –, di talché il meccanismo di trasmissione dell'antigiuridicità non dovrebbe essere quello invalidante, ma quello caducante (o di inefficacia), come sarebbe tipico del rapporto tra (carezza sopravvenuta dell') atto presupposto e atto presupponente o conseguente⁴⁷. Questa critica appare replicabile sotto un duplice, convergente profilo: essa poggia sull'assioma della dicotomia provvedimento/contratto, nel senso che postula la separatezza tra aggiudicazione – che diviene presupposto esterno – e contratto – che verrebbe ad essere legato all'aggiudicazione da un nesso di presupposizione, onde la trasmissibilità dell'antigiuridicità solo per il tramite dell'annullamento dell'atto presupposto, ossia dell'aggiudicazione. In realtà, a parte la considerazione che anche nel nesso di presupposizione tra atti si parla normalmente di invalidità derivata e il fatto che si renda necessario il previo annullamento dell'atto presupposto non esclude la configurabilità di una vera e propria invalidità dell'atto conseguente, è possibile obiettare alla suesposta critica – richiamando quanto osservato *supra*, nel par. 3 – che il postulato della separatezza va esso stesso sottoposto a rivisitazione, poiché è necessario guardare alla unitarietà causale ed economica della sequenza aggiudicazione-contratto, nel cui contesto nulla vieterebbe di considerare l'aggiudicazione come atto preparatorio del contratto (in quanto atto che definisce il titolo a contrattare)⁴⁸. In

⁴⁷ R. Greco, *La trasmissione dell'antigiuridicità . . . cit.*, 340 ss., a giudizio del quale è "solo con l'annullamento di detta procedura, secondo i canoni dell'atto amministrativo, che potrà parlarsi di inefficacia del contratto, ai sensi degli artt. 23, comma 2 e 25, comma 2, c.c.". Probabilmente, come ipotizzato nel già richiamato par. 3, è solo conducendo fino in fondo il ripensamento del contratto in termini di contratto di diritto pubblico che queste aporie potranno essere superate. Lo stesso A., infatti, nel contributo sopra citato (343 ss.), non dubita, a proposito degli accordi ex art. 11 l. n. 241 del 1990 (costruiti, per l'appunto, come contratti di diritto pubblico) della piena applicabilità del nesso di derivazione invalidante proprio del rapporto tra atti preparatori e atto conclusivo.

⁴⁸ Quanto l'assunto della separatezza della fase pubblicistica da quella privatistica condizioni il tema della condizione del contratto è bene sintetizzato da Cons. Stato, sez. IV, 27 ottobre 2003 n. 6666, secondo cui "La categoria che viene in gioco in tal caso non è l'annullabilità, ma l'inefficacia" poiché "nei contratti ad evidenza pubblica gli atti della serie

secondo luogo, è possibile ribattere rilevando che è proprio osservando la vicenda giuridica attraverso il filtro ottico civilistico che il legame tra aggiudicazione e contratto potrebbe assumere una colorazione tipicamente preparatoria endoprocedimentale, atteso che, per i civilisti, l'aggiudicazione è un atto precontrattuale strumentale al perfezionamento del negozio, con funzione indubbiamente preparatoria (come la sollecitazione a offrire o l'offerta al pubblico, o la proposta irrevocabile), donde la piena applicabilità, a questa figura, del meccanismo di trasmissione *interno* della antigiuridicità, per cui i vizi degli atti preparatori ridondano in vizi dell'atto finale.

Sembra d'altra parte paradossale – in una visione d'assieme dell'evoluzione del dibattito sul tema – che proprio nel momento in cui il diritto comunitario esige un rafforzamento della tutela della concorrenza (effetto utile oggettivo di interesse generale) si finisca per minimizzare la portata delle ricadute dell'anticomunitarietà sul contratto e per ammettere un'incidenza del vizio dell'aggiudicazione ancora più blanda rispetto a quella (annullabilità per vizio del consenso) pacificamente ammessa anni fa dalla tradizionale tesi della Cassazione della annullabilità su azione della p.a.: per assurdo poteva molto più sul contratto la violazione di norme di azione poste a tutela del solo interesse pubblico soggettivo della stazione appaltante a concludere contratti convenienti (annullabilità su azione della stessa p.a.) che non la violazione di norme comunitarie poste a tutela dell'interesse generale della concorrenza e del mercato (nessun effetto invalidante sul contratto, ma solo residui casi di inefficacia in senso stretto). Anche questa considerazione diacronico-sistematica spinge verso la conclusione della qualificazione in termini di invalidità della condizione del contratto suscettibile di essere dichiarato inefficace a termini della direttiva comunitaria. La stessa Cassazione, del resto, si è di recente nuovamente pronunciata nel senso della nullità da violazione di norme imperative⁴⁹.

Sul piano più generale del metodo, non può non osservarsi, poi, come la tesi della inefficacia esprima un approccio scettico che potremmo definire “deflazionista” o “eliminativista”⁵⁰ in tema di qualificazione dello stato patologico del contratto; un approccio di tipo pragmatico che ritiene, in definitiva, inutilmente defatigante la questione ontologica sul *che cosa* è il contratto reso inefficace per conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione, ritenendo sufficiente senz'altro sapere *come funziona*, a ciò bastando l'assunto che il contratto non produce taluni dei suoi effetti tipici, altro non occorrendo per risolvere le liti e definire i rapporti giuridici. E' una posizione che risolve la questione ignorandola, ma che proprio per questo lascia insoddisfatti. Pur nella consapevolezza della

pubblicistica e quelli della serie privatistica sono indipendenti quanto alla validità; i primi condizionano, però, l'efficacia dei secondi, di modo che il contratto diviene *ab origine* inefficace se uno degli atti del procedimento viene meno per una qualsiasi causa”. E' invece condivisibile l'assunto di A. Bartolini, S. Fantini, F. Figorilli, *op. cit.*, 643, secondo cui nel nuovo regime l'oggetto del giudizio sembra essere quello che già nel diritto civile viene indicato come la cd. operazione contrattuale”.

⁴⁹ Cass. civ., sez. III, 16 febbraio 2010, n. 3672 (*in Giuridiz. Amm.*, 2008, III, 174, nonché in *Foro It.*, 2010, V, 1439). Secondo la Cassazione “Va infatti ribadito che l'elusione delle garanzie di sistema a presidio dell'interesse pubblico (nella specie aggiudicazione dell'appalto a licitazione privata) prescritte dalla legge per l'individuazione del contraente privato più affidabile e più tecnicamente organizzato per l'espletamento dei lavori, comporta la nullità del contratto per contrasto con le relative norme inderogabili (L. n. 14 del 1973, L. n. 584 del 1977, L. n. 741 del 1981, L. n. 687 del 1984).”

⁵⁰ Un po' come gli epistemologi di scuola pragmatista – a la Richard Rorty, per intendersi – che sostengono che la questione di che cosa sia la verità è, in definitiva, una questione inutile, che sconta l'idea metafisica del conoscere inteso come *mirroring*, come rispecchiamento di una realtà che esiste per sé *out there*, là fuori, nel mondo esterno, cui la mente dovrebbe adeguarsi e corrispondere, mentre la verità è consenso e ciò che serve è solo accordarsi nell'agire sociale, sulla traduzione e sulle regole d'uso del linguaggio per comprenderci e orientarsi nella vita (R. Rorty, *Philosophy and the Mirror of Nature*, 2^a ed., Princeton, 1980 - *La filosofia e lo specchio della natura*, trad. it. di G. Millone e R. Salizzoni, Milano, 2004).

natura stipulativa e convenzionale delle questioni “terminologiche”, che vanno sicuramente relativizzate⁵¹, resta comunque utile – e, forse, necessaria – la discussione volta a precisare il significato di termini e dei concetti adoperati.

Arricchisce, infine, la tesi favorevole alla qualificabilità in senso patologico del contratto dopo l’annullamento dell’aggiudicazione l’esame della soluzione adottata da altri paesi europei in sede di recepimento della direttiva: ad esempio la Francia⁵² ha optato nel senso della introduzione di un’azione di annullamento del contratto (pronunciabile peraltro anche *ex officio*), nel sistema del *référé contractuel*, di cui all’*ordonnance* 7 maggio 2009, n. 515, che ha sviluppato una recente apertura pretoria del *Conseil d’Etat*.

D’altra parte la considerazione processuale secondo cui il giudice amministrativo non deve valutare la validità e l’efficacia del contratto (ciò che esorbiterebbe dalla sua giurisdizione, pur esclusiva), dovendosi invece limitare a registrare e dare atto di un mero fatto, non può autorizzare la conclusione, sul piano sostanziale, che la disciplina dell’inefficacia del contratto a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione non si fondi sull’idea di una propagazione dei vizi della serie procedimentale amministrativa agli elementi del contratto⁵³. Che la regolazione del confine della giurisdizione possa avere obbedito a criteri puramente pratici e non abbia inteso qualificare normativamente la condizione giuridica degli atti non esclude, sul piano conoscitivo, il rilievo sostanziale per cui la privazione di effetti del contratto è causata e serve a garantire l’effetto utile della direttiva ed appare, pertanto, riconducibile a una condizione di invalidità e non di mera inefficacia in senso stretto. Il rifiuto del legislatore e della dottrina di considerare in termini di invalidità il contratto inefficace nasce anche dal timore di autorizzare un’indebita incursione del giudice amministrativo nel sacro recinto del sindacato sulle regole di validità del contratto, naturalmente riservato al giudice ordinario, con conseguenze di paventata interferenza con la nomofilachia della Cassazione, cui sfuggirebbero i *dicta* del giudice amministrativo sulla validità del contratto. Contro questo eccessivo timore non è valso chiarire (ciò che si fece, come detto, sin dal 2002) che il g.a. esamina il contratto solo ed esclusivamente sotto il limitato e specifico profilo del vizio di titolo a contrarre (o di violazione di divieto per la p.a. di contrarre con il non titolato), con rigorosa esclusione di ogni altra questione. Ancora una volta, anche per la dicotomia provvedimento/contratto, la polemica sul riparto di giurisdizione distorce e offusca la linearità e la chiarezza delle soluzioni dogmatiche.

4.1.b. Inefficacia per mancanza (successiva) di condizione legale (una soluzione praticamente più semplice).

⁵¹ Basti ricordare, al riguardo, la lezione di A. Ross, *La definizione nel linguaggio giuridico*, in *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di U. Scarpelli, Milano, 1976, 207, secondo cui i termini che designano diritti, come la “proprietà”, inseriti tra i fatti condizionanti e le conseguenze condizionate, sono in realtà parole senza alcun riferimento semantico, che servono esclusivamente come strumenti di presentazione.

⁵² Su cui cfr. M. Antonioli, F. Cardarelli, *op. cit.*, 237 ss., soprattutto 243 e 246, che rilevano che il *référé contractuel* costituisce un *recours en contestation de la validité du contract*, ed è parimenti applicabile dinanzi al giudice amministrativo per i contratti amministrativi e dinanzi al giudice ordinario per i contratti di diritto privato riferibili alla *commande publique*. Il precedente giurisprudenziale del Consiglio di Stato è il c.d. *arrêt Tropic* (decisione 16 luglio 2007, n. 291545, *Société Tropic travaux signalisation*).

⁵³ In tal senso, invece, E. Follieri, *I poteri del giudice amministrativo cit.*, 1083. L’illustre A. propende per la tesi della mera inefficacia del contratto, come “inefficacia sopravvenuta flessibile”, nel “quadro di riferimento . . . tra atti presupposti e presupponesti (“Rimane fuori ogni profilo relativo alla validità del contratto ed alla sua efficacia, come conseguenza della validità”, *ivi*, 1079). E. Sticchi Daminai, *Annullamento dell’aggiudicazione e inefficacia . . . cit.*, 5 ss., parla di “inefficacia nel contempo eventuale, flessibile, funzionale”, “dai caratteri evidentemente più pubblicistici e comunitari”.

Tuttavia, in specie ove ci si ponga da un altro angolo di visuale, più civilistico, o più tradizionale, e non si intenda metter in discussione l'assioma della separazione tra mondo dell'aggiudicazione e mondo del contratto, non può negarsi che la soluzione dell'inefficacia in senso stretto – vuoi se declinata in termini di *condicio juris*, vuoi se declinata in termini di condizione risolutiva tacita – presenta indubbi vantaggi in termini di qualità epistemiche, tali da renderla “più comoda” e pragmaticamente appetibile⁵⁴. Resta, invero, per parte sua coerente con il sistema “tradizionale” una ricostruzione della vicenda in termini di condizione legale del contratto, per cui la validità dell'aggiudicazione si pone come *condicio juris* di efficacia del contratto. Questa impostazione salverebbe la logica dicotomica per cui l'aggiudicazione non comunica con il contratto e l'antigiuridicità non si trasmette per contagio diretto, ma solo per effetto della caduta dello “sgabello” (l'atto presupposto) su cui poggia l'atto conseguente (il contratto). L'alternativa alla tesi dell'invalidità, dunque, dovrebbe ricercarsi nella tesi del negozio condizionato (inefficacia in senso stretto), vuoi risolutivamente all'avverarsi della condizione dell'annullamento dell'aggiudicazione (per la rilevazione dei vizi gravi cui tale effetto si riconnette), vuoi per la carenza sopravvenuta della *condicio juris* costituente presupposto di efficacia del negozio medesimo. E ciò sull'assunto, che qui non si può e non si intende discutere⁵⁵, per cui l'atto amministrativo autorizzatorio interferisce *ab externo* con il contratto, non ne condiziona la validità, ma solo l'efficacia (ciò che, ad esempio, si è sempre ritenuto per gli atti approvativi dei contratti, oppure circa il rapporto tra l'autorizzazione all'alienazione di un bene culturale pubblico e il negozio giuridico di diritto privato di alienazione, oppure, *mutatis mutandis* e guardando al rapporto tra atti amministrativi, circa il rapporto tra autorizzazione paesaggistica e permesso di costruire edilizio⁵⁶). Al netto di tutto, è forse questa la tesi praticamente preferibile, almeno sul piano della sue “qualità epistemiche” di semplicità e funzionalità, anche se incompleta e insufficiente sul piano conoscitivo.

La configurazione della condizione risolutiva tacita, forse appropriata nel “vecchio” regime anteriore alla direttiva del 2007, appare meno aderente al nuovo modello riversato nel codice processuale. L'idea della *condicio juris* sembra calzante soprattutto riguardo al profilo sostanziale del termine dilatorio, ma lo è molto meno riguardo al profilo processuale dell'eventuale pronuncia del giudice privativa degli effetti del contratto. Sotto il profilo sostanziale del termine dilatorio, infatti, la condizione sarebbe costituita dallo *stand still* senza impugnativa o senza sospensione/annullamento dell'aggiudicazione. L'effetto

⁵⁴ Sulle qualità epistemiche - semplicità, coerenza, potere esplicativo, fecondità euristica, efficacia inferenziale, *etc.* - che rilevano nel successo di una teoria cfr. H. Putnam, *Fatto/valore; fine di una dicotomia*, trad. it. di G. Pellegrino, Roma, 2004, 41 ss. Una delle ragioni pratiche che motivano la scelta di non impegno definitivo risiederebbe nel carattere “pan-processuale” della costruzione, per cui il giudice decide caso per caso la sorte del contratto e può rimodellare l'assetto negoziale derivante dall'aggiudicazione annullata; rispetto a questo approccio “l'eventuale richiamo di regole civilistiche rappresenterebbe un pericolo, determinando una limitazione dei larghi poteri di valutazione del giudice” (M. Lipari, *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia “flessibile” del contratto*, cit.).

⁵⁵ La condizione legale attiene a un elemento esterno al quale è subordinata l'efficacia, ma non la perfezione del contratto: C. M. Bianca, *op. cit.*, 562.

⁵⁶ Nonostante la lettera dell'art. 164 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al d.lgs. n. 42 del 2004, parli di *nullità* (riproducendo la previsione dell'art. 61 della legge n. 1089 del 1939 e dell'art. 135 del testo unico di cui al d.lgs. n. 490 del 1999), la condizione del contratto di alienazione stipulato in mancanza dei necessari atti autorizzatori ministeriali viene ricostruita in termini di inefficacia-inopponibilità. La previsione dell'art. 146, comma 4, del citato codice dei beni culturali, in base alla quale l'autorizzazione paesaggistica costituisce atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire, è normalmente configurata, in linea con la tradizionale e prevalente giurisprudenza in tema di rapporto tra nulla osta paesaggistico ambientale ex art. 7 della legge n. 1497 del 1939 e concessione edilizia, in termini di condizione di efficacia, e non di validità del titolo edilizio.

dell'aggiudicazione prenderebbe corso, ai fini della stipula del contratto, solo dopo che l'atto di aggiudicazione si sia "consolidato", vuoi per la mancata impugnativa nei termini, vuoi per un primo vaglio sfavorevole, anche solo cautelare, della sua contestazione giurisdizionale. In questo senso si avrebbe una sorta di controllo (semi)giurisdizionale preventivo – tacito, in caso di mancato ricorso, o espresso, in caso di delibazione/decisione negativa – condizionante l'efficacia dell'aggiudicazione come viatico al contratto. Sotto il profilo processuale dell'eventuale pronuncia del giudice privata degli effetti del contratto, invece, la costruzione imperniata sulla *condicio juris* urta contro la natura (ritenuta prevalentemente) costitutiva della sentenza di privazione (anche parziale) di effetti del contratto, lì dove, di regola, la mancata integrazione dell'efficacia dell'atto in conseguenza del non avverarsi della sua condizione di legge richiede una mera dichiarazione.

4.2. La natura del potere giurisdizionale esercitato dal giudice amministrativo.

La seconda questione che si impone all'attenzione dell'interprete riguarda la natura del potere giurisdizionale esercitato in questa materia dal giudice amministrativo. Il percorso è noto: la "plenaria" n. 9 del 2008 aveva indicato la via dell'ottemperanza, che è il caso più significativo, oggi, di giurisdizione di merito; la legge delega [7 luglio 2009, n. 88, art. 44, comma 3, lettera *h*]) aveva dettato il criterio e principio direttivo di recepire le disposizioni della direttiva 2007/66/CE nell'ambito di una giurisdizione *esclusiva e di merito*; il Consiglio di Stato, nel parere della commissione speciale 1 febbraio 2010, n. 368/2010⁵⁷, ha sconsigliato il ricorso alla giurisdizione di merito, sulla considerazione che la giurisdizione estesa al merito "presuppone che la legge autorizzi il giudice amministrativo a sostituirsi all'amministrazione, effettuando in luogo di questa scelte discrezionali conformi a regole non giuridiche di buona amministrazione" e dubitando della possibilità che l'interferenza sul contratto potesse costituire un'ipotesi di sostituzione del giudice all'amministrazione⁵⁸; il decreto legislativo attuativo – n. 53 del 2010 - ha conseguentemente espunto il riferimento alla giurisdizione di merito ed ha parlato esclusivamente di giurisdizione esclusiva limitandosi, all'art. 7, ad aggiungere all'articolo 244, comma 1, del codice dei contratti pubblici il seguente periodo: «*La giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative.*»; il c.p.a., infine, recependo, a sua volta, il contenuto delle norme del d.lgs. n. 53 del 2010, ha iscritto i poteri del giudice in *subiecta materia* nel solo ambito della giurisdizione esclusiva [artt. 133, comma 1, lettera *e*), n. 1) e, in negativo, art. 134, relativo alla giurisdizione di merito].

Questa soluzione è stata criticata⁵⁹ poiché dissonante rispetto all'impostazione tracciata dalla pronuncia dell'adunanza plenaria e al criterio della legge di delega e perché smentita dai contenuti invasivi del potere attribuito al giudice (dalla scelta sul *se* dichiarare l'inefficacia del contratto al *se* dichiararla *ex tunc* o *ex nunc*, sempre *in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti*, per usare la locuzione di sintesi

⁵⁷ Cons. Stato, parere comm. spec. 1 febbraio 2010, n. 368/2010, in *Federalismi.it*, marzo 2010.

⁵⁸ Sul punto, cfr. E. Folliero, *op. cit.*, 1074, nonché V. Lopilato, *op. cit.*, 1345 e E. d'Arpe, *Appalti pubblici: i punti critici del D.L.vo 20 marzo 2010, n. 53 attuativo della "direttiva ricorsi" 2007/66 delle Comunità Europee*, in *Giurisdiz. amm.*, n. 9/2010, IV, 419.

⁵⁹ R. Politi, *Il contenzioso in materia di appalti: dal recepimento della Direttiva ricorso al Codice del processo amministrativo*, al sito <http://www.giustizia-amministrativa.it>, 12 ottobre 2010; R. Caponigro, *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo*, *ivi*, 16 febbraio 2010; *Id.*, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto*, in *Foro amm – CdS*, 2009, 2341 ss.

dell'art. 44 della legge delega del 2009, fino all'adozione di sanzioni alternative, variamente configurate e graduate, incidenti anche sulla durata del rapporto contrattuale). Sennonché, come bene argomentato di recente⁶⁰, l'esclusione di questo contenzioso dall'ambito della giurisdizione di merito si riconnette alla restrizione dell'area stessa della giurisdizione di merito indotta dal c.p.a. come riflesso, a sua volta, del potenziamento e della più generale riconfigurazione dei poteri cognitori e decisorio del g.a., sia nella giurisdizione di legittimità che in quella esclusiva. Non è, dunque, che i poteri esercitati dal giudice in tema di inefficacia del contratto non presentino i tratti che, tradizionalmente, sono stati riconosciuti e attribuiti alla giurisdizione di merito; ma è che, più radicalmente, si andrebbe ridimensionando la nozione stessa della giurisdizione di merito e, conseguentemente, il suo ambito di denotazione⁶¹. L'introduzione – ancorché ancora discussa e comunque indiretta – dell'azione di adempimento o, comunque, di azioni e pronunce “atipiche” del giudice amministrativo, orientate solo dal fine della satisfattività e pienezza della tutela, relegherebbe la giurisdizione di merito entro un ambito sempre più ristretto⁶². Quei poteri

⁶⁰ E. Follieri, *op. cit.* (1075 e *passim*). L'Illustre A. sembra propendere per una qualificazione in termini di giurisdizione esclusiva speciale (ove parla di “sindacato particolarmente incisivo”, di “poteri cognitori attribuiti con totale pienezza” e di “giurisdizione piena”, che realizzerebbe in questa materia “quella conoscenza del rapporto di cui si discute da tempo”, secondo le indicazioni già desumibili da precedente Dottrina: A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2000; A. Fabri, *Giurisdizione esclusiva: i modelli processuali*, Torino, 2002). Tuttavia (1104) il medesimo A. osserva, giustamente, come “la decisione costitutiva che modifica la durata degli effetti del contratto sembra attagliarsi più ai casi di giurisdizione di merito”. F. Saitta, *op. cit.*, 7, sostiene che il potere del giudice sulla sorte del contratto sia di legittimità e non di merito perché la legislazione già ammetteva – legge n. 205 del 2000 – che il giudice amministrativo potesse compiere valutazioni di opportunità, ex art. 2058 c.c., in sede di risarcimento in forma specifica. Non dissimilmente da quanto qui esposto nel testo, anche A. Bartolini, S. Fantini, F. Figorilli, *op. cit.*, 656, danno atto della oggettiva perplessità della questione.

⁶¹ Definita dagli artt. 6, comma 6 (*Il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie indicate dalla legge e dall'articolo 134. Nell'esercizio di tale giurisdizione il giudice amministrativo può sostituirsi all'amministrazione*) e 34, comma 1, lettera d), c.p.a. (*In caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti della domanda . . . d) nei casi di giurisdizione di merito, adotta un nuovo atto, ovvero modifica o riforma quello impugnato*). Se è vero che, nel caso della sorte del contratto, il giudice non adotta, modifica o riforma l'atto amministrativo impugnato, ma interferisce su di un contratto, è altrettanto vero, però, che, in questo stesso caso, il giudice si sostituisce all'amministrazione nel compiere quelle valutazioni di opportunità e convenienza che sono il tratto tipico del merito amministrativo, normalmente non sindacabile nella sede di legittimità. Se è vero che la nozione di merito amministrativo è diversa da quella di giurisdizione estesa al merito (G. Coraggio, voce *Merito amministrativo*, in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1976; A. Romano Tassone, *Sulle vicende del concetto di <<merito>>*, in *Dir. amm.*, 2008, 539 ss.), è anche vero che questa distinzione concettuale non può essere intesa come separatezza dei due termini-concetto, che sono, anzi, sicuramente accomunati da alcuni aspetti di convergenza (quando, ad esempio, si scrive nelle sentenze che alcuni aspetti della scelta dell'amministrazione non sono sindacabili in sede di legittimità perché attengono al merito insindacabile della convenienza - opportunità riservato all'amministrazione). Se è vero che è precluso al giudice di legittimità di effettuare “una comparazione tra il grado di ragionevolezza di due scelte alternative, che rientra nel merito, riservato all'autorità amministrativa”, come rilevato da Cons. Stato, sez. IV, 22 gennaio 1999, n. 53 (in *Foro amm.*, 1999, 63, richiamata da F. Saitta, *op. cit.*, nota 49), allora dovrebbe ritenersi che, nel caso dei poteri del giudice sulla sorte del contratto, si abbia a che fare proprio con un caso del genere, di valutazione comparativa di alternative lecite in base a criteri di convenienza e opportunità, anche rispetto all'interesse pubblico della stessa stazione committente, ciò che sembrerebbe essere, per l'appunto, merito.

⁶² L'eliminazione, nel testo finale del codice, dell'elenco delle azioni (di accertamento e di adempimento) inizialmente inserite nella proposta della Commissione di studi istituita presso il Consiglio di Stato, non ha impedito alla dottrina di affermare l'ammissibilità comunque di tali azioni, in un quadro che si va profilando nel senso della atipicità delle azioni, basato soprattutto sull'enunciato contenuto nell'art. 34, comma 1, lettera c) c.p.a., in base al quale, in caso di accoglimento del ricorso, il giudice, oltre che al pagamento di una somma di denaro, anche a titolo di risarcimento del danno, può condannare l'amministrazione anche *all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio*. Su questa linea interpretativa cfr. M. Lipari, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, relazione al 56° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 23-25 settembre 2010 (testo provvisorio, dove l'A. propone una ricostruzione molto innovativa dei rapporti tra cognizione ed esecuzione). In tal senso anche M. Clarich, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, al sito <http://www.giustizia-amministrativa.it>, 11 novembre 2010, nonché in *Giorn. dir. amm.*, n. 11 del 2010, 1121 ss. Nel

più incisivi di ridefinizione dell'assetto degli interessi coinvolti dalla controversia, che fino a ieri, in un sistema imperniato su di una giurisdizione generale di legittimità limitata alle pronunce costitutive di annullamento e su di una giurisdizione esclusiva estesa al trattamento di diritti soggettivi, dovevano o rifiutarsi come inammissibili, o riportarsi all'area della giurisdizione di merito, oggi, invece, a fronte di un ampliamento delle azioni possibili e delle conseguenti pronunce del giudice, potrebbero trovare spazio nella stessa giurisdizione generale di legittimità e in quella esclusiva, come ridefinite in senso ampliativo, senza necessità di ricorrere al modello spurio e un po' fumoso della giurisdizione di merito (non a caso visto con disfavore dal legislatore delegante della legge n. 69 del 2009, che ne ha chiesto una riduzione dei casi applicativi). Questo ampliamento dell'area ordinaria della cognizione e della pronuncia del giudice sarebbe avvalorato e completato – si osserva - anche dal tendenziale superamento della tradizionale struttura bifasica della tutela e dall'ingresso progressivo di elementi di ottemperanza già nella fase della cognizione [così, ad esempio, la generalizzazione, contenuta nella lettera *d*) del comma 1 dell'art. 34, della nomina di un commissario ad *acta* sin dalla fase di cognizione, ciò che era sinora ammesso dalla giurisprudenza solo per il giudizio avverso il silenzio ex art. 21-*bis* della legge n. 1034 del 1971, mentre oggi potrebbe essere ammesso in ogni tipo di ricorso e in ogni tipo di giudizio].

In realtà anche queste ricostruzioni, per quanto ben fondate su un'interpretazione sistematica ed evolutiva delle novità introdotte dal codice processuale, non sembrano cogliere appieno la portata molto speciale delle attribuzioni e dei poteri riconosciuti al giudice in questa materia. Probabilmente la tradizionale classificazione tripartita della giurisdizione amministrativa, pur confermata dal codice del 2010, si mostra insufficiente a tali fini⁶³. Del resto, come giustamente osservato⁶⁴, questa stessa tripartizione andrebbe oggi sottoposta a critica poiché “la giurisdizione c.d. generale di legittimità è la giurisdizione del giudice amministrativo *tout court*, mentre in particolari tipi di controversie a questo giudice sono attribuiti speciali e ulteriori poteri (e corrispondentemente alle parti, nell'esercizio dell'azione), ciò che, appunto, corrisponde alla giurisdizione c.d. di merito (controversie nelle quali il giudice conosce dell'assetto degli interessi in gioco e adotta provvedimenti anche sostitutivi di quelli dell'amministrazione) e alla giurisdizione c.d. esclusiva (controversie nelle quali il giudice amministrativo conosce anche dei diritti)”.

Occorre porre l'accento non tanto sull'ampiezza e genericità del precetto regolativo dell'esercizio di tali poteri, che è, sì, orientato soprattutto a indicare delle finalità e dei criteri generali, ma che, indubbiamente, si sforza anche di fornire parametri, di indicare presupposti e condizioni per il suo esercizio, quanto, piuttosto, sulla natura più gestionale che decisoria degli apprezzamenti (e delle conseguenti pronunce) demandati al

sensu della atipicità delle azioni nel nuovo codice anche L. Torchia, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, relazione al 56° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 23-25 settembre 2010, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, 25 novembre 2010, nonché M. Ramajoli, *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in R. Caranta (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, 2010, 589 e 615. Perplexità sulla possibilità di una ricostruzione in tal senso sono invece espresse da A. Travi, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, relazione al 56° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 23-25 settembre 2010, pag. 1, nota 1 del testo provvisorio.

⁶³ Come osservato dal Prof. Villata nelle sue conclusioni al termine dell'incontro di studi sul contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici del 20 gennaio 2011, già *supra* richiamato.

⁶⁴ Si prende in prestito, in proposito, un'osservazione presentata dal Prof. V. Cerulli Irelli il 20 gennaio 2011 nell'ambito dei lavori dell'apposita Commissione di studio istituita presso il Consiglio di Stato per il monitoraggio dell'applicazione del codice e l'eventuale proposta di interventi correttivi e integrativi.

giudice⁶⁵. L'insieme di questi due profili – ossia l'uso abbondante, nella prescrizione normativa, di concetti giuridici indeterminati di rinvio a standard valutativi e la natura più gestionale che giurisdicente del potere attribuito – rende da questo punto di vista non privo di suggestione il richiamo ipotizzato al giudizio di equità⁶⁶. Volendo proporre un richiamo romanistico, potrebbe dirsi che si ha a che fare non con un *judicium strictum* (o *stricti juris*), bensì con un *judicium bonae fidei*, “in forza del quale al giudice era attribuito un largo margine di valutazione discrezionale, e cioè il potere di stabilire “*quidquid dare facere oportet ex fide bona*”⁶⁷. Insomma, i regolamenti dei conti successivi all'annullamento dell'aggiudicazione e alla sua possibile incidenza sul contratto, le restituzioni, il subentro nel contratto, il suo *dies a quo*, la sostituzione e la riforma di atti *etc.*, sono vicende non predefinite *stricti juris* dalla legge processuale, ma da questa rimesse, con l'uso abbondante di concetti giuridici indeterminati, al potere discrezionale del giudice creativo di diritto e integrativo *ex fide bona* del precetto giuridico indeterminato. In questo quadro il richiamo alla equità correttiva appare sicuramente pertinente e utile, poiché, in effetti, è questo tipo di potere, molto elastico e duttile, atipico, che è attribuito al giudice, anche in diritto civile, allorché si tratti di ricomporre il rapporto giuridico pregiudicato da atti o fatti illeciti mediante restituzioni, ripetizioni, risarcimenti (1226, 1227, 1450 e 1467, terzo comma, sulla *reductio ad aequitatem*, 2058).

I poteri del giudice previsti dagli artt. 121 ss. del c.p.a. spaziano dalla graduazione cronologica della declaratoria (in ciò naturalmente costitutiva) dell'inefficacia, “*in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione*

⁶⁵ Di “competenza tipicamente gestionale” parla A. Botto, *op. cit.*, 10. A. Angiuli, *Contratto pubblico e sindacato del giudice amministrativo*, *cit.*, 897, rileva come si tratti, “nella sostanza, di vere e proprie valutazioni discrezionali attribuite al giudice in sostituzione dell'Amministrazione committente che . . . approdano ad una rinnovata scelta di natura sostanzialmente amministrativa” e parla di “giudice della verifica della funzione amministrativa <<per il mercato>>” (901).

⁶⁶ M. Lipari, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, *cit.* F. Cintioli, *In difesa del processo di parti (note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul “nuovo” processo amministrativo sui contratti pubblici*, in *Giust.amm.it*, 2 marzo 2010) esclude che il legislatore, nel rafforzare il ruolo del giudice, abbia voluto seguire la strada del giudizio secondo equità. Sul giudizio di equità, in generale, cfr. A. Nasi, voce, *Equità (giudizio di)*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, 109 ss., dove appare particolarmente utile il richiamo delle note teoriche (Carnelutti, Calamandrei, Betti, *ivi* citati in note 10 e 11) circa la natura “dispositiva” o “determinativa” della pronuncia del giudice. Sulle radici aristoteliche del giudizio di equità come “diritto del caso singolo” e “giudizio secondo lo spirito – non la lettera – della legge”, V. Frosini, voce *Equità (nozione)*, *ivi*, 69 ss. Sui rapporti tra equità e discrezionalità cfr. G. Bottino, *Equità e discrezionalità*, Milano, 2004. Corte cost., 14 maggio 2008, n. 139 (in *Consultaonline*, al sito <http://www.cortecost.org>) evidenzia come la decisione secondo equità si differenzia da quella secondo diritto perché le controversie vengono risolte alla stregua delle particolari circostanze soggettive ed oggettive di ogni singolo rapporto, anziché secondo i criteri generali ed astratti previsti dalle leggi. Sulla nozione di equità nell'ambito dell'art. 113 c.p.c. è sufficiente in questa sede il richiamo di Corte cost., 6 luglio 2004, n. 206 (equità così detta formativa o sostitutiva-suppletiva vs. equità correttiva o integrativa). Naturalmente, per caratterizzare i poteri del giudice amministrativo sulla sorte del contratto, potrebbe farsi ricorso alla nozione di equità giudiziale integrativa o correttiva, non certo a quella di tipo suppletivo. Talune affinità invero sembrano rilevabili sia rispetto all'ipotesi della liquidazione equitativa del danno, riguardo alla quale la Cassazione precisa che “L'esercizio del potere discrezionale di liquidare il danno in via equitativa, conferito al giudice dagli artt. 1226 e 2056 c.c., espressione del più generale potere di cui all'art. 115 c.p.c., dà luogo non già ad un giudizio di equità, ma ad un giudizio di diritto caratterizzato dalla cosiddetta equità giudiziale correttiva od integrativa” (Cass., civ., sez. III, 30 aprile 2010, n. 10607, in *Giust. civ. Mass.* 2010, 4 646); sia all'ipotesi della riduzione giudiziale della penale, “il cui fondamento va ravvisato nella riconduzione - mediante l'equo temperamento degli interessi delle parti - dell'autonomia privata nei limiti in cui essa è meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, costituendo pertanto espressione dell'equità non già suppletiva bensì integrativa o più esattamente correttiva, è soggetta al principio della domanda, e può essere dalla parte invocata tanto in via di azione, quanto in via di eccezione, allorché tende a paralizzarne, sia pure in parte, la domanda di attribuzione, e in quest'ultimo caso è proponibile anche nel giudizio d'appello (Cass. civ., sez. III, 5 agosto 2002, n. 11710, in *Giust. civ. Mass.* 2002, 1465).

⁶⁷ A. Guarino, *Diritto privato romano*, 5^a, Napoli, 1976, 214, 215.

appaltante e della situazione di fatto”, alla valutazione della sussistenza di esigenze imperative connesse ad un interesse generale che impongano la conservazione degli effetti del contratto anche in presenza delle violazioni gravi. Nei casi in cui non ricorrono le gravi violazioni, poi, il giudice che annulla l’aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell’effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l’aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell’aggiudicazione non comporti l’obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta. In sintesi, il par. 5 dell’art. 2 della direttiva chiarisce che “Gli Stati membri possono prevedere che l’organo responsabile delle procedure di ricorso possa tener conto delle probabili conseguenze dei provvedimenti cautelari per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché per l’interesse pubblico e decidere di non accordare tali provvedimenti qualora le conseguenze negative possano superare quelle positive”.

Orbene, sostenere, come sembra fare la prevalente dottrina che sinora si è interrogata su questi temi, che questi poteri, benché “specialissimi”, si contengono adeguatamente entro la forma (per quanto dilatata) della giurisdizione generale di legittimità ed esclusiva (ossia estesa anche alla cognizione di diritti soggettivi), costituisce sicuramente la soluzione più rispettosa del codice, che ancora conosce dei *tria genera jurisdictionis* (legittimità, esclusiva, merito), ma, forse, può non essere sufficiente o del tutto appagante. Ragionando in termini più radicali, occorre forse domandarsi se questa speciale connotazione discrezionale del potere del giudice, caratterizzato, si ripete, da una valenza gestionale e dalla mera indicazione di finalità, non connoti questo potere in termini di potere amministrativo affidato al giudice, più che come vero e proprio potere giurisdizionale. Non a caso era stata anche ipotizzata come più logica l’attribuzione di tale potere all’Autorità indipendente di vigilanza. La direttiva comunitaria, del resto, non imponeva la scelta di attribuire questi poteri al giudice, bastando all’uopo un’autorità indipendente⁶⁸. Rimane dunque aperta la questione se queste nuove attribuzioni non realizzino un’ipotesi di “giudice-amministratore”, conducendo ad esiti paradossali la vecchia massima secondo cui giudicare dell’amministrazione è un po’ amministrare⁶⁹. Sembra utile chiudere sul tema ricordando che, proprio a proposito della giurisdizione di merito, si era giustamente osservato che “non è infrequente a quasi un secolo dalla sua introduzione sentirne parlare come di una specie di *monstrum* e cioè o come di un’attività sostanzialmente amministrativa

⁶⁸ L’art. 2, par. 2, della direttiva 2007/66/CE precisa che “I poteri di cui al paragrafo 1 e agli articoli 2 quinquies e 2 sexies possono essere conferiti ad organi distinti responsabili di aspetti differenti della procedura di ricorso”. Nei paragrafi 9 e 10 la direttiva espressamente considera il caso in cui “gli organi responsabili delle procedure di ricorso non sono organi giudiziari”. “La direttiva – osserva F. Saitta, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, in *Giut.amm*, 30 aprile 2010, 1 – si guardava bene dal puntualizzare le caratteristiche del predetto <<organo di ricorso indipendente dall’amministrazione aggiudicatrice>>.

⁶⁹ Il motto (*juger l’administration c’est administrer*) viene attribuito a Henrion de Pansey, *De l’autorité judiciaire en France*, 1827. Questa osservazione è anche in A. Botto, *op. cit.*, 10. R. De Nictolis, *op. cit.*, 48, ritiene che il giudice “tuttavia rimane, di regola, un giudice e non un amministratore non compiendo valutazioni di opportunità politica, ma pur sempre valutazioni giuridiche”, pur ammettendo che “la decisione sulla sorte del contratto può implicare, in casi peculiari, una sostituzione del giudice amministrativo all’amministrazione, sostituzione che non è una novità del sistema, essendovi da sempre nel giudizio di ottemperanza”. E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell’aggiudicazione e inefficacia . . . cit.*, 15, parla di possibile “amministrativizzazione del giudice”. Sarebbe ipotizzabile anche un parallelo con la volontaria giurisdizione, che è un caso “classico” di amministrazione affidata ad organi giudiziari (l’ipotesi è desunta da uno spunto sollecitato dal Prof. Villata, nelle sue conclusioni al termine dell’incontro di studi del 20 gennaio 2011, richiamato in nota iniziale).

e formalmente giurisdizionale o come un'attività amministrativa senza ulteriori specificazioni: e coloro che, quasi costretti dalla realtà normativa, ammettono che si tratti di attività giurisdizionale in senso stretto sono poi spesso perplessi sulla possibilità di inquadrala nel sistema”⁷⁰. Ration per cui, forse, proprio di giurisdizione estesa al merito si tratta, anche se l’istituto è considerato obsoleto perché postula una nozione “ristretta” di cognizione (di legittimità ed esclusiva) ordinaria del giudice amministrativo. La conclusione sul punto resta, dunque, allo stato, ancora perplessa: sembra trattarsi di giurisdizione esclusiva speciale rafforzata da attribuzioni di equità giudiziale correttiva e integrativa.

Peraltro, in tutti gli altri casi, nei quali il contratto non sia stato stipulato, la cognizione del giudice amministrativo, ancorché qualificata come esclusiva, non sembra discostarsi dai normali poteri decisorii in sede di annullamento, con gli ordinari effetti ripristinatori e, soprattutto, conformativi, propri delle sentenze di annullamento. In tutti questi “altri” casi, anche ove il contratto sia stato stipulato, affinché la cognizione e la pronuncia del giudice si estendano alla sorte del contratto, occorre una domanda (di annullamento del contratto) della parte ricorrente (la quale potrà, invece, senz’altro optare per il solo risarcimento per equivalente). Così, quando il giudice annulla la gara per un vizio procedimentale caducante l’intera selezione – o parti cospicue di essa – ne consegue naturalmente, senza che occorra in merito ipotizzare poteri speciali di condanna – il ritorno dell’affare nell’area della discrezionalità tecnica dell’amministrazione, che dovrà riesercitare la funzione, normalmente rieditando la gara (*ab initio* o riprendendola dall’ultimo atto legittimo non annullato o caducato), salvo motivata decisione di soprassedere per sopravvenute valutazioni di convenienza e opportunità che possano sconsigliare il ritorno all’appello al mercato, o abbiano reso non più utile la fornitura, o, ancora, abbiano consentito altre modalità legittime di sua acquisizione.

4.3. Poteri officiosi del giudice e principio della domanda.

Altri aspetti interessanti posti dalla nuova disciplina riguardano la natura – se dichiarativa o costitutiva – della pronuncia di inefficacia e la possibilità che essa sia resa d’ufficio, senza un’apposita domanda di parte.

Sotto il primo profilo, si è già avuto modo di evidenziare, *supra*, *sub* par. 4.1, che non è utile stabilire un’equazione rigida tra natura della condizione del contratto e natura della pronuncia del giudice, nel senso che la nullità non implica sempre e necessariamente una pronuncia dichiarativa, potendo ammettersi anche una sentenza costitutiva che sanzioni una nullità speciale, stante lo “scivolamento” di questa figura giuridica verso il modello della annullabilità, mentre, analogamente, non sempre e necessariamente l’inefficacia richiede di essere solo dichiarata, ma può anche esigere una pronuncia costitutiva (tant’è vero che l’opinione prevalente abbina, in modo non consequenziale, l’inefficacia in senso stretto del contratto alla natura costitutiva della pronuncia del giudice, lì dove, invece, di regola, il mancato verificarsi di una condizione legale richiederebbe una pronuncia solo dichiarativa, dovendo, poi, le restituzioni e le ripetizioni, essere definitive con pronunce di condanna).

In ogni caso, anche per chi, a dispetto dell’equazione “inefficacia = natura dichiarativa della pronuncia”, abbia prescelto la linea ricostruttiva della mera inefficacia, si impone all’attenzione un evidente caso di effetti comunque costitutivi della pronuncia del giudice, allorché la sentenza debba stabilire la decorrenza della “declaratoria” di

⁷⁰ G. Coraggio, voce *Merito amministrativo*, in *Enc. Dir., cit.*, par. 8, ove si richiama Pototschnig, *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, I, 39.

inefficacia⁷¹, o debba irrogare una sanzione alternativa incidente sulla durata del contratto. Sotto questo profilo e per queste ipotesi sembra corretto distinguere, a seconda dei casi, ed escludere una notazione unica e necessaria, nel senso che allorché la pronuncia di inefficacia si presenti per così dire “pura”, senza condizioni o limitazioni, allora potrà ritenersi la sua natura dichiarativa, ove, invece, essa veicoli statuizioni incidenti sui contenuti del contratto, allora sarà necessario ammetterne una sia pur parziale natura costitutiva. Poiché incide sulle regole contrattuali (durata residua del rapporto, ad esempio) sembrerebbe avere contenuti anche costitutivi e di condanna (sanzioni alternative): la restrizione dell’efficacia del contratto non è solo dichiarata, ma costituita dalla pronuncia del giudice (almeno in parte, come nel caso di scelta in ordine alla retroattività della privazione di effetti). Resta poi aperta la questione se il giudice amministrativo possa condannare le parti, in caso di privazione (totale o parziale) di efficacia del contratto, alle conseguenti restituzioni e ripetizioni e, se sì, entro quali limiti di corrispondenza a specifiche domande delle parti sul punto, o ricorrendo a poteri officiosi (di equità correttiva) *ex fide bona*.

Sempre in tema di pronuncia di inefficacia, è da notare come sia l’art. 121, per le violazioni gravi comportanti inefficacia necessaria (salvo eccezioni), sia l’art. 122, riguardante gli altri casi, in cui la possibilità di pronuncia di inefficacia è rimessa alla valutazione del giudice, richiedono che la violazione delle norme comunitarie e nazionali sulla gara abbia influito sulle opportunità dell’offerente di ottenere l’appalto, il che implica l’onere della prova, per il ricorrente, di possedere tutti i requisiti necessari per la partecipazione e per l’aggiudicazione dell’appalto. Questa necessaria incidenza delle violazioni rilevanti sulle possibilità di ricorso e di aggiudicazione – che configura una “rilevanza condizionata dei vizi di legittimità”⁷² – non sembra priva di ripercussioni sulla delimitazione dell’area della legittimazione ad agire di tipo puramente strumentale.

Venendo al secondo profilo – officiosità della pronuncia o necessità della domanda di parte – non c’è dubbio sul fatto che la lettera della legge⁷³ – artt. 121 e 124 codice – è chiara nell’ammettere la possibilità di una pronuncia d’ufficio – per i casi di violazioni gravi - e ciò

⁷¹ E. Follieri, *op. cit.*, 1092. Per M. Lipari, *Il recepimento della “direttiva ricorsi” . . . cit.*, 67, “l’inefficacia del contratto deriva sempre da una pronuncia costitutiva del giudice”. Per A. Bartolini, S. Fantini, F. Figorilli, *op. cit.*, 654, “appare difficilmente contestabile la natura costitutiva della pronuncia di inefficacia”. A. Angiuli, *Contratto pubblico e sindacato del giudice amministrativo, cit.*, 895, parla di “pronuncia dichiarativa o di accertamento costitutivo”.

⁷² F. Trimarchi, *Rilevanza condizionata dei vizi di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2010, 1117 ss., ha rilevato che il recepimento italiano avrebbe in parte deviato dall’indicazione comunitaria impositiva di una “rilevanza condizionata dei vizi di legittimità” della procedura, poiché il testo dell’art. 121 avrebbe spostato “l’indagine sull’efficienza causale della violazione, trasferendola dalla violazione che è stata commessa nel procedimento a quella che è stata commessa stipulando il contratto prima dello scadere dei termini”, mentre mancherebbe “l’espressa attribuzione del requisito della rilevanza causale ai vizi dell’aggiudicazione”. Sembra, tuttavia, possibile una lettura orientata del testo dell’art. 121 c.p.a. conforme alla direttiva comunitaria, benché, innegabilmente, la formula della lettera c) del comma 1 - *sempre che tale violazione* (del termine dilatorio – n.d.r.), *aggiungendosi a vizi propri dell’aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l’affidamento* – connette indebitamente l’incidenza della violazione sulle possibilità di aggiudicazione a quella sulle possibilità di ricorso.

⁷³ L’art. 120, comma 1 (*Il giudice che annulla l’aggiudicazione definitiva dichiara l’inefficacia del contratto nei seguenti casi*) introduce la pronuncia di dichiarazione dell’inefficacia mediante una locuzione – *dichiara*, al presente indicativo – che normalmente implica, nel linguaggio del diritto pubblico, doverosità. Lo stesso comma non menziona alcuna domanda di parte sul punto, limitandosi a menzionare le *deduzioni delle parti* ai soli fini della precisazione della eventuale retroattività della inefficacia. Parimenti nell’art. 122, riguardante gli altri casi, in cui la decisione di inefficacia è rimessa al giudice, la formula usata dal legislatore sembra compatibile con la configurazione di un potere officioso (1. *Fuori dei casi indicati dall’ articolo 121, comma 1, e dall’ articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l’aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto*), dove viene presa in considerazione, *inter alios*, la domanda di parte di subentro nel contratto, ma soltanto come uno dei parametri di giudizio cui il giudice deve ancorare la sua decisione, e non in termini di *condicio sine qua non* per la pronuncia di inefficacia.

per il duplice rilievo che non è prevista una domanda di declaratoria di inefficacia, ma solo una domanda di annullamento, cui possono aggiungersi domande (di condanna) di subentro nel contratto e di risarcimento, e che è invece espressamente richiamato l'adempimento dell'art. 83 c.p.a., che postula il rilievo d'ufficio delle questioni⁷⁴ La domanda di subentro implica quella di declaratoria di inefficacia, ma ciò non dimostra che sia ammessa dalla legge – ciò che, in effetti, non risulta dalla lettera delle disposizioni – una domanda autonoma di inefficacia del contratto (che non sia anche una domanda di subentro). E' altresì vero che la domanda di subentro-inefficacia del contratto non si configura, nel sistema delineato dagli articoli in esame, senza una domanda di annullamento dell'aggiudicazione, attesa la logica di stretta consequenzialità che, nella legge, lega la pronuncia di annullamento a quella di inefficacia. Peraltro, nella logica della invalidità/annullabilità come costruita nel par. 4.1.a., la domanda di annullamento dell'aggiudicazione può prescindere dalla domanda di annullamento del contratto (in tutti i casi in cui il giudice può escludere l'annullamento - la privazione di efficacia - del contratto e può ripiegare sul risarcimento del danno). La natura *flessibile* e a *geometria variabile* dell'invalidità, tra nullità e annullabilità, giustifica e spiega l'inevitabile commistione tra poteri officiosi e domanda di parte, che caratterizza il rimedio. La possibile officiosità della pronuncia di inefficacia del giudice sembrerebbe per certi versi testualmente fondata dal richiamo, nell'art. 123, comma 2, ancorché riferito all'applicazione delle sanzioni alternative, della previsione generale contenuta nell'art. 73, comma 3, ai fini della effettività del contraddittorio in caso di questioni sollevate d'ufficio. In ogni caso sembra veramente difficile "salvare" il principio della domanda per i casi di applicazione di sanzioni alternative a carico della stazione appaltante, sanzioni che non riguardano e che non possono perciò essere chieste dall'impresa ricorrente (a meno che non si voglia davvero imprimere a tale azione una connotazione "di classe", di tutela dell'interesse oggettivo del gruppo).

Si è posta la questione se la normativa in esame abbia reintrodotta un caso di pregiudiziale amministrativa (*recte*: di annullamento). La risposta pare debba essere affermativa⁷⁵, nel senso che non possono esservi una domanda e una cognizione di

⁷⁴ Opinano nel senso del potere officioso del giudice di dichiarare l'inefficacia del contratto, nei casi di violazioni gravi, G. Fonderico, *I poteri del giudice nel processo amministrativo sui contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 887, nonché A. Bartolini, S. Fantini, F. Figorilli, *op. cit.*, 654. E. Follieri, *op. cit.*, 1100, sostiene che il principio della domanda non sarebbe derogato perché la dichiarazione di inefficacia del contratto è una pronuncia consequenziale all'annullamento che il giudice deve disporre, in presenza di gravi violazioni, o può disporre, negli altri casi. Lo stesso dovrebbe sostenersi, secondo l'A. *cit.*, per le sanzioni alternative. Per M. Lipari, *Il recepimento della "direttiva ricorsi"* . . . *cit.*, 67, "il giudice può dichiarare di ufficio l'inefficacia del contratto, nei soli casi di gravi violazioni". Anche R. De Nictolis, *op. cit.*, 48, ammette che "il principio della domanda di parte subisce un temperamento".

⁷⁵ In tal senso D. Ponte, *Contratti, introdotta la pregiudiziale amministrativa*, in *Guida al diritto*, 2010, 31. Depone nel senso dell'introduzione di una ipotesi di pregiudiziale di annullamento la stessa lettera della disposizione dell'art. 124, comma, 1, c.p.a.: "1. *L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122*". Ha criticato il recepimento operato dal d.lgs. n. 53 del 2010, perché non avrebbe riconosciuto adeguatamente "il rilievo per il diritto comunitario della connessione tra le due domande (di annullamento del provvedimento, affidamento dell'appalto e di caducazione del contratto)" E. d'Arpe, *Appalti pubblici: i punti critici del D.L.vo 20 marzo 2010, n. 53* . . . *cit.*, 419 ss., a giudizio del quale il decreto di recepimento avrebbe dovuto "stabilire esplicitamente che tutte le domande inerenti la sorte del contratto di appalto concluso in (allegata) violazione delle norme disciplinanti le procedure di evidenza pubblica . . . debbano essere subordinate alla (tempestiva) richiesta di annullamento dei provvedimenti illegittimi", persistendo, in mancanza, il rischio che siano proposte domande di nullità del contratto dinanzi al giudice ordinario, secondo quanto previsto da Cass. civ., sez. III, 16 febbraio 2010, n. 3672 (*ivi*, 2008, III, 174). Per M. Lipari, *Il recepimento della "direttiva ricorsi"* . . . *cit.*, 67, "il veicolo processuale necessario è rappresentato dal giudizio di impugnazione dell'aggiudicazione" (l'A. ricorda – 69 - come la proposta originaria del decreto di recepimento contenesse una sorta di "super-pregiudiziale biunivoca di annullamento", per cui la domanda di annullamento doveva

privazione di efficacia del contratto senza una domanda di annullamento dell'aggiudicazione, atteso che, come si è sostenuto *supra*, il giudice amministrativo conosce non solo del dato accidentale dell'accadimento della caduta del contratto per effetto dell'annullamento, ma conosce anche della validità del contratto, sia pure sotto il solo, limitato profilo della violazione comunitaria e della legittimazione a esserne parte, sicché sembra proprio che sia stata introdotta una pregiudiziale di annullamento condizionante quella particolare forma di tutela ripristinatoria (o di adempimento) consistente nella condanna al subentro nel contratto, a sua volta dipendente dalla previa statuizione caducatoria (di annullamento) del contratto⁷⁶. Questo discorso non preclude, tuttavia, la proponibilità, nell'ambito dell'art. 30 c.p.a., della domanda risarcitoria autonoma, senza previo annullamento dell'aggiudicazione.

Talune questioni si pongono in ordine alla posizione dell'interesse strumentale alla caducazione dell'intera procedura. Al riguardo, nel nuovo sistema, ad un pieno riconoscimento della tutela dell'interesse strumentale pro-concorrenziale dell'impresa di settore in caso di omissione della gara⁷⁷, sembra affiancarsi una diminuzione della tutela dell'interesse strumentale dell'impresa che ha partecipato senza successo alla gara e deduca vizi caducanti (soprattutto se non costituenti "gravi violazioni"). Questo affievolimento di tutela riguarda, naturalmente, soprattutto i casi in cui, legittimamente o meno, il contratto sia già stato stipulato, ma non solo queste ipotesi, poiché, in generale, talune limitazioni paiono derivabili dal testo dell'art. 122 c.p.a. anche quando lo *stand still* abbia funzionato e il contratto non sia stato ancora stipulato. In particolare, significative limitazioni deriverebbero dalla specificazione "*nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta*" contenuta nell'art. 122 del codice come condizione per la privazione di effetti del contratto nei casi in cui non ricorrano gravi violazioni⁷⁸. Ma anche nei casi di violazioni "gravi" l'art. 121 esclude la privazione di effetti quando risulti "*evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale*" (ipotesi considerata nell'art. 121 come un caso tipico di "*esigenze imperative*" impeditive dell'inefficacia del contratto). L'obiezione di anticomunitarietà di tale limitazione non sembra condivisibile, poiché non pare che il legislatore nazionale abbia fatto un uso irragionevole degli ampi margini di scelta

contenere implicitamente quella di dichiarazione di inefficacia e di subentro nel contratto; proposta poi accantonata per la soluzione più aperta assunta nel testo finale). Anche A. Bartolini, S. Fantini, F. Figorilli, *op. cit.*, 653, nonché R. Calvo, *Appalti pubblici e <<decodificazione>> dei rimedi, cit.*, 758, sembrano propendere per la configurabilità di una pregiudiziale di annullamento.

⁷⁶ In senso contrario E. Follieri, *op. loc. cit.*, a giudizio del quale "Qui non si è in presenza di una pregiudiziale poiché il giudice amministrativo non ha cognizione della validità del contratto e della sua inefficacia (in via diretta), ma può disporre l'inefficacia come conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione e rientra, quindi, nella cognizione degli effetti dell'annullamento", sicché quella di inefficacia del contratto "non può costituire un'autonoma domanda". In realtà un'ipotesi di domanda di inefficacia sembra configurabile in via implicita nella domanda di subentro nel contratto. In tutti i casi in cui la privazione di effetti postuli una domanda di parte – ossia nelle ipotesi di violazioni "altre" o quando, non dovendosi reiterare la gara, occorra una domanda di subentro – la domanda volta alla privazione di effetti (che è domanda di annullamento) richiede necessariamente una domanda di annullamento dell'aggiudicazione.

⁷⁷ La cui domanda è proponibile entro trenta giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva di cui agli artt. 65 e 225 del codice dei contratti, a condizione che tale avviso contenga la motivazione dell'atto con cui la stazione appaltante ha deciso di affidare il contratto senza previa pubblicazione del bando, oppure, se sono omessi gli avvisi o le informazioni, o se essi non sono conformi alla legge, entro sei mesi dal giorno successivo alla data di stipulazione del contratto (art. 120, comma 2, c.p.a.).

⁷⁸ E. d'Arpe, *op. cit.*, 421-422, ha criticato la previsione contenuta nell'art. 10 del d.lgs. n. 53 del 2010 (poi trasfusa nell'art. 122 del codice) "che (in pratica) esclude radicalmente la possibilità per il Giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva di dichiarare l'inefficacia del contratto di appalto in tutti i (frequenti) casi in cui il vizio dell'aggiudicazione (denunciato da chi faccia valere il c.d. interesse strumentale) comporti l'obbligo di rinnovare la gara".

e dosaggio del *mix* dei rimedi consentito dalla norma europea. Sul piano più generale della coerenza del sistema, non v'è dubbio sul fatto che il nuovo impianto normativo guardi con disfavore alle azioni puramente strumentali, nelle quali ad un beneficio futuro e incerto, indiretto e condizionato del ricorrente strumentale, fa da contraltare un danno certo, immediato e diretto dell'interesse pubblico e di quello dei soggetti controinteressati. Questa scelta, dunque, non sembra illogica o sproporzionata. L'azione strumentale – che si pone sempre al confine con una sorta di azione di classe, in cui si fa valere non tanto l'interesse di tutela del singolo, ma l'interesse di tutela della categoria (se non quello generale pro-concorrenziale) – è risolta (e logicamente limitata) dal legislatore del recepimento in una fase necessariamente anteriore al contratto. L'articolo 11 del codice dei contratti pubblici, sotto questo profilo è chiaro. L'art. 121, comma 1, lettere *a*) e *b*) del c.p.a. pone l'omissione della gara tra le violazioni “gravi” per le quali è necessaria la privazione di effetti del contratto. Dunque, l'interesse strumentale dell'impresa di settore che reclama la concorrenza in caso di omissione di gara appare più che adeguatamente tutelato. L'interesse strumentale dell'impresa che ha partecipato senza successo alla gara e che non sia in grado di rivendicare l'aggiudicazione e il contratto, ma faccia valere solo vizi formali e procedurali, è invece giustamente ritenuto minusvalente rispetto a quello alla prosecuzione dell'esecuzione del contratto, e ciò sia quando lo *stand still* sia stato rispettato (e, dunque, le censure dedotte non abbiano sortito un vaglio giudiziario favorevole neppure in sede cautelare), sia quando il termine dilatorio sia stato violato, ma tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, non abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento. Sembra piuttosto eccessiva, invece, la previsione dell'art. 11, comma 9, ultimo periodo, del codice dei contratti pubblici, secondo cui l'esecuzione di urgenza è consentita anche durante il termine dilatorio *nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari*. Poiché il pericolo concreto di perdita dei finanziamenti è una motivazione frequentissima, è facile preconizzare una possibile portata – della citata previsione – svuotativa della tutela effettiva delle imprese che facciano valere interessi strumentali, soprattutto per i casi non gravi di cui all'art. 122 c.p.a., ma anche con riguardo ai casi di “gravi violazioni” di cui all'art. 121, ogni qual volta la violazione della norma procedurale (anche se “grave”) non si accompagni alla violazione del termine dilatorio (violazione, quest'ultima, “giustificata” in base alla ora trascritta disposizione, a motivo dell'urgenza per evitare la perdita del finanziamento) e – trattandosi di vizio travolgente la procedura - non abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento⁷⁹.

Dovrebbe piuttosto sottoporsi a critica la comune opinione della piena ammissibilità in ogni caso di ricorsi di imprese del settore avverso procedure – concorsuali o negoziate – asseritamente illegittime, senza neppure l'onere di comprovare il possesso dei requisiti minimi richiesti e di fornire la così detta “prova di resistenza”⁸⁰. Si tratta di azioni sorrette

⁷⁹ Il parere del Consiglio di Stato, commissione speciale, 1 febbraio 2010, n. 368/2010, si è pronunciato in senso nettamente negativo in ordine a questa deroga allo *stand still* (cfr. R. De Nictolis, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, cit., 15; in senso negativo anche E. d'Arpe, *op. cit.*).

⁸⁰ R. de Nictolis, *op. cit.*, 52, presenta una lettura severa delle disposizioni recate dall'art. 122, limitative delle possibilità di caducazione del contratto, senza peraltro dubitare della conformità di tale regime all'art. 24 Cost. L'A. rileva che “va osservato che non necessariamente all'annullamento dell'aggiudicazione consegue l'automatica spettanza di essa al ricorrente. Questa situazione si verifica solo quando il ricorrente segue in graduatoria immediatamente colui la cui aggiudicazione è stata annullata, o costui più ulteriori concorrenti che vanno comunque esclusi, e la sua offerta sia già stata positivamente vagliata dalla stazione appaltante, ivi compresa la verifica di anomalia. Questa situazione non si verifica, invece, se l'aggiudicazione non viene annullata per vizi propri, ma per vizi di invalidità derivata da altri atti di

da interessi puramente strumentali, che spesso paiono del tutto scollegati da un'utilità direttamente ritraibile dall'annullamento e che assumono la consistenza di azioni-denuncia o reclamo, in cui riemerge l'idea della giustizia amministrativa come tutela di interesse oggettivo al ripristino della legalità, in cui l'impresa di settore fa valere una sorta di azione di classe e si rende portatrice di un interesse non proprio, ma di gruppo, di carattere puramente demolitorio, mirante al solo ripristino della legalità violata. Scaturisce da questa discussione la conseguente domanda se, una volta ammesso questo riallineamento del giudice amministrativo su posizioni "civilistiche" attributivo/distributive di titoli di spettanza di beni della vita, non debba ravvisarsi una conseguente restrizione dell'area dell'ammissibilità, dinanzi a tale giudice, ormai privo di funzioni di controllo e di ripristino della legalità, delle azioni-denuncia sorrette da meri interessi strumentali/demolitori privi di sostanza rivendicativa.

Innovativa è, infine, indubbiamente, la previsione della domanda di subentro, che sembra in effetti configurare una speciale domanda di adempimento⁸¹ o di condanna a un *facere* specifico, mercé la quale il giudice, in caso di accoglimento, tenendo conto dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara, può condannare l'amministrazione a stipulare il nuovo contratto con il ricorrente vittorioso. Sembra dunque codificata dal legislatore quell'azione di condanna che taluna giurisprudenza⁸² aveva già ipotizzato in passato in via pretoria e sembra corroborata la tesi

gara, quali bando o esclusioni, o atto di nomina della commissione di gara, sicché la procedura di gara deve ricominciare dall'atto annullato, e non è detto che l'esito sarà favorevole al ricorrente. Non si verifica nemmeno quando l'aggiudicazione viene annullata per vizi propri, ma l'offerta del ricorrente, ancorché collocata utilmente in graduatoria dopo quella dell'aggiudicatario, deve ancora passare il vaglio della verifica di anomalia. Dunque la privazione di effetti del contratto postula che il ricorrente abbia l'effettiva possibilità di subentrare nel contratto, perché ha titolo comprovato all'aggiudicazione".

⁸¹ In tal senso E. Follieri, *op. cit.*, 1105.

⁸² Cons. St., sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2003, 208 e ss., con nota di A. Travi, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo tra azione di adempimento e azioni risarcitorie* (nonché, dello stesso A., *Processo amministrativo e azioni di risarcimento del danno: il risarcimento in forma specifica*, *ivi*, 4/2003, 994 ss.). E' noto che taluna giurisprudenza amministrativa aveva cercato di configurare la cd. "aggiudicazione sostitutiva", disposta *jussu judicis* in favore del ricorrente (in annullamento) vincitore, come una forma di risarcimento del danno in forma specifica, attuativa della "reintegrazione in forma specifica" di cui era parola nell'articolo 35 del d.lg. 80 del 1998 e nel nuovo testo dell'articolo 7 della legge 1034 del 1971 modificato dalla legge 205 del 2000 (così, ad es., Tar Lombardia, Brescia, 23 aprile 2002, n. 787, in *Urb. e App.*, n. 12/2002, 1456 ss., con nota di C. Iaione). La tesi è stata poi abbandonata perché non distingueva tra la tutela di tipo ripristinatorio-restitutorio, derivante dagli effetti conformativi di annullamento, e la tutela di tipo risarcitorio in forma specifica (inscritta in un illecito colposo e attuata mediante una sostituzione del bene leso con un *quid* di alternativo), distinzione bene tratteggiata in Cons. St., sez. VI, 25 marzo 2003, n. 1551 e 3 aprile 2003, n. 1716, nonché sez. IV, 12 gennaio 2005, n. 45. Un'ampia trattazione sul tema in S. Malinconico, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi: riparto di giurisdizione e rapporto tra tutela demolitoria e risarcitoria. In particolare il caso dell'occupazione illegittima*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2006, 1041 ss., nonché in F. Caringella, *Il risarcimento del danno ingiusto nella giurisdizione esclusiva del G.A.*, in F. Caringella, G. De Marzo, F. Della Valle, R. Garofoli, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Milano, 2000. Cfr. anche G. Guidarelli, *La reintegrazione in forma specifica nella tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2006, 644 ss. Sul modello dell'azione di condanna del diritto tedesco [Verpflichtungsklage di cui al par. 42, comma 2), della legge sul processo amministrativo tedesca (VWGO del 21 gennaio 1960)], cfr. A. Masucci, *La legge tedesca sul processo amministrativo*, Milano, 1991, 23, nonché M. Clarich, *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive ed orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 66 ss. e M. Carrà, *Risarcimento in forma specifica e Folgenbeseitigung: le frontiere mobili della responsabilità pubblica tra annullamento dell'atto e risarcimento per equivalente*, in *Dir. amm.*, 4/2004, 784 ss.. In generale, F. Liguori, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*, Napoli, 2003; L. Tarantino, *L'azione di condanna nel processo amministrativo*, Milano, 2003; D. Vaiano, *La pretesa di provvedimento e processo*

dell'ammissibilità nel nuovo processo amministrativo dell'azione di adempimento (anche se, per altro verso, la presenza di una previsione speciale potrebbe, in tesi, deporre anche in senso sfavorevole alla configurabilità, in generale, di un'azione "atipica" di adempimento nel nuovo processo amministrativo).

Come già osservato incidentalmente *sub* par. 4.3., la speciale costruzione della tutela in tema di procedure di gara e di sorte del contratto, di cui agli artt. 120 ss. c.p.a., non intacca e non preclude la proponibilità di una domanda autonoma di risarcimento del danno ai sensi dell'art. 30, comma 3, stesso codice. Ciò è del resto espressamente chiarito dall'art. 124 (*Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato*). Questo significa che l'impresa di settore – nonostante i dubbi sopra avanzati sulla possibile restrizione dell'area della legittimazione a ricorrere di puro reclamo e di carattere strumentale – potrà agire per rivendicare il risarcimento del danno (da perdita di *chance*) entro 120 giorni⁸³ dalla pubblicazione degli atti di affidamento diretto senza gara, a prescindere dalla proposizione o mancata proposizione dell'azione di annullamento e di privazione degli effetti del contratto; così come, parallelamente, l'impresa seconda graduata pretesa (mancata) aggiudicataria potrà optare per la domanda risarcitoria autonoma e chiedere direttamente, nei suddetti termini, il risarcimento del danno per equivalente (danno emergente e lucro cessante, commisurato all'utile ritraibile), pur senza avere impugnato l'aggiudicazione e il contratto, e ciò sia nei casi di violazioni gravi che di violazioni "altre", con l'unico limite per cui (art. 124, comma 2) "*la condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile*".

5. Ambito applicativo.

Un aspetto importante da considerare, infine, è quello dell'ambito applicativo delle nuove norme contenute negli artt. 120 ss. del codice del processo amministrativo, nonché di quelle, strettamente collegate, sul termine dilatorio, contenute nel codice dei contratti pubblici del 2006. Il problema nasce dal disallineamento tra l'ambito oggettivo di applicazione del codice del processo amministrativo, rispetto a quello della direttiva comunitaria n. 66 del 2007 e del codice dei contratti pubblici (e dal fatto, criticabile, che alcune norme sostanziali, ma di stretta connessione processuale, quali lo *stand still*, sono collocate nel codice dei contratti e non in quello del processo). Ed infatti, mentre il codice del processo amministrativo si applica (art. 120, comma 1) alle controversie aventi ad oggetto gli atti delle procedure di affidamento⁸⁴, ivi comprese le procedure di affidamento di

amministrativo, Milano, 2002, 644 ss. M. Clarich, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557 ss.

⁸³ Sembra da escludersi l'applicabilità del dimezzamento dei termini, ex art. 119 c.p.a., alle domande puramente risarcitorie ex art. 30 stesso codice, riferite a "provvedimenti concernenti le procedure di affidamento". In tal senso era orientata la giurisprudenza sotto il regime antecedente, di cui all'art. 23-bis della legge n. 1034 del 1971 (Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2009, n. 2801; Cons. Stato, sez. IV, 21 maggio 2007, n. 2582; Tar Lazio, sez. I, 18 gennaio 2010, n. 302; Tar Umbria, 19 novembre 2009, n. 723, secondo la massima per cui *Il regime di cui all'art. 23-bis, l. n. 1034 del 1971 si applica al giudizio impugnatorio del provvedimento adottato nell'esercizio di poteri afferenti a determinate materie, ma non anche all'eventuale giudizio di risarcimento dei danni causati dall'atto amministrativo illegittimo lesivo della situazione giuridica soggettiva*). Il codice processuale non sembra avere espressamente innovato, sotto questo profilo, il regime pregresso.

⁸⁴ Indette, *in primis*, dalle amministrazioni aggiudicatrici – ossia le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti - e dagli enti aggiudicatori – comprendenti, oltre alle amministrazioni

incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a pubblici lavori, servizi o forniture, le norme della direttiva comunitaria n. 66 del 2007 si applicano esclusivamente ai contratti di appalto disciplinati dalle direttive sostanziali del 2004; per parte sua l'ambito applicativo del codice dei contratti pubblici del 2006 è più ampio di quello delle direttive, poiché riguarda, ad es., anche i contratti sotto soglia. Il nuovo processo dovrebbe dunque applicarsi anche alle procedure dirette alla stipula di quelle tipologie di appalti esclusi dalle direttive comunitarie e dallo stesso codice nazionale (ad es., gli appalti, sotto e sopra soglia, di servizi di cui all'allegato II-B al codice dei contratti, richiamati dall'art. 27 stesso codice)⁸⁵. Sennonché agli esiti di queste procedure, pur assoggettate al nuovo regime processuale, non si applicano lo *stand still* (sostanziale e processuale), la regola della comunicazione di aggiudicazione definitiva (da cui prende a decorrere il termine di impugnazione) e il connesso preannuncio di ricorso (artt. 11, 79 e 243-*bis* codice dei contratti), norme che pure sono evidentemente propedeutiche al funzionamento del nuovo sistema processuale "super-accelerato" imperniato sulla decisione (almeno cautelare) della lite prima della stipula del contratto⁸⁶.

Il nuovo rito si applica, dunque, anche alle procedure e ai contratti di appalto (sotto o sopra soglia) di servizi finanziari rientranti nell'allegato II-B (quali, ad es., i contratti aventi ad oggetto i così detti "derivati" - *credit default swap* - di recente assurti agli onori della cronaca giurisdizionale perché oggetto di un ampio contenzioso tra enti locali e banche), ma resta la difficoltà applicativa della mancanza di termine dilatorio.

Il nuovo rito, invece, sicuramente non si applica al pur numeroso e complesso contenzioso inerente le procedure concorsuali per l'accesso al pubblico impiego privatizzato, di ruolo e non di ruolo, a tempo determinato o indeterminato, su incarichi dirigenziali e non, o per l'affidamento di prestazioni d'opera professionale (consulenze), procedure tutte seguite di regola dalla stipula di contratti di diritto privato, la cui sorte, in caso di annullamento della graduatoria definitiva e/o dell'atto conclusivo di nomina, resta affidata all'interpretazione giurisprudenziale, auspicabile apparendo comunque la possibilità di un'estensione analogica della normativa qui esaminata, in presenza di una *eadem ratio*.

6. Conclusioni.

Le tesi svolte possono riassumersi nei seguenti termini.

La risposta alla domanda sulla "sorte" del contratto in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione va probabilmente ricercata nel superamento della dicotomia "provvedimento di aggiudicazione/contratto": una volta recuperata, oltre a quella

aggiudicatrici, le imprese pubbliche e i soggetti che operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente, così come definiti nel codice dei contratti del 2006; ma anche, deve ritenersi, più ampiamente, da tutti i soggetti equiparati alle pubbliche amministrazioni o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo (arg. ex art. 7, comma 2, c.p.a.). L'ambito applicativo sembra dunque ampliato rispetto alla formula dell'art. 33, comma 1, lettera *d*), del d.lgs. n. 80 del 1998, ove era parola di procedure "svolte da soggetti comunque tenuti alla applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale".

⁸⁵ Servizi alberghieri e di ristorazione; servizi di trasporto per ferrovia; servizi di trasporto per via d'acqua; servizi di supporto e sussidiari per il settore dei trasporti; servizi legali; servizi di collocamento e reperimento di personale; servizi di investigazione e di sicurezza; servizi relativi all'istruzione, anche professionale; servizi sanitari e sociali; servizi ricreativi, culturali e sportivi. Sono esclusi, inoltre, i contratti nel settore delle telecomunicazioni, quelli relativi a servizi al pubblico di autotrasporto mediante autobus e quelli aggiudicati a scopo di rivendita o di locazione a terzi.

⁸⁶ A. Bartolini, S. Fantini, F. Figorilli, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, cit., 640, rilevano criticamente questa discrasia e propongono, ragionevolmente, l'estensione analogica, anche ai suddetti contratti esclusi dal codice dei contratti, delle stesse regole di *stand still* valide per gli altri.

funzionale, l'unità strutturale della vicenda giuridica, nella sequenza degli atti amministrativi, degli atti prenegoziali e del contratto, sarà poi agevole costruire la figura giuridica in termini di invalidità derivata (poco importa se **invalidante**, come dovrebbe essere nella logica "atto preparatorio - atto conclusivo", o **caducante**, come dovrebbe essere nella logica "atto presupposto - atto consequenziale"). Comunque, già in base al dato normativo vigente e al di là del ripensamento sistematico della figura del contratto pubblico, la sorte del contratto si configura - a voler tentare una costruzione dogmaticamente corretta - in termini non già di mera inefficacia, ma di invalidità, per contrasto con norme proibitive e imperative, con riflessi indiretti anche sul piano della menomazione strutturale del negozio (carenza di titolo a contrattare). Premesso che la distinzione nullità/annullabilità, nel *genus* "invalidità", va sfumando e perdendo rilievo anche in diritto civile, si potrà ipotizzare un'invalidità "flessibile", declinata in termini di nullità nei casi di privazione totale degli effetti con pronuncia (anche officiosa) di natura dichiarativa (nullità speciale, non virtuale, ma nominata, per effetto delle norme dell'art. 121 c.p.a., e relativa, a legittimazione ristretta a chi abbia impugnato nei termini l'aggiudicazione, oppure abbia proposto azione risarcitoria autonoma nei 120 giorni di cui all'art. 30 c.p.a., potendo dimostrare che avrebbe avuto titolo alla gara o all'aggiudicazione); declinata in termini di annullabilità nei casi (artt. 121, comma 2, e 122) di privazione solo parziale o di mancata privazione degli effetti con pronuncia costitutiva su domanda di parte. La mancata privazione di effetti pur in presenza di una invalidità non costituisce una novità nel regime giuridico dell'annullabilità (inopponibilità, non annullabilità ex art. 21-*octies* l. n. 241 del 1990, *etc.*). La *flessibilità* della risposta sta non solo nel gioco "nullità-annullabilità", ma soprattutto nella graduazione della privazione di effetti (totale, parziale, nulla), dipendente dalla concreta fattispecie esaminata.

Al netto del "relativismo" stipulativo delle definizioni giuridiche, resta tuttavia percorribile - sul piano pragmatico e in considerazione delle sue "migliori" qualità epistemiche di semplicità e coerenza con gli assiomi ricevuti - la descrizione del fenomeno in termini di inefficacia in senso stretto, per subordinazione del contratto (a seconda dei punti di vista) a una condizione risolutiva tacita (annullamento dell'aggiudicazione e altri presupposti non impeditivi della privazione di effetti), o a una *condicio juris* negativa (*idem* come sopra), in cui l'effetto dell'aggiudicazione di ammissione al contratto resta condizionato ad una sorta di previo controllo preventivo (tacito o espresso) del giudice amministrativo.

La risposta alla domanda sulla natura dei nuovi poteri del giudice resta, allo stato, perplessa (abbisognando di più significativi *test* giurisprudenziali, non ancora disponibili). E' possibile tuttavia ipotizzare che questi poteri, che fino a ieri avrebbero potuto senz'altro essere inquadrati nella giurisdizione di merito, oggi, dopo l'entrata in vigore del c.p.a. - che avrebbe allargato i poteri cognitori ordinari del giudice amministrativo anche nella giurisdizione generale di legittimità e in quella esclusiva, con un principio di tendenziale "atipicità" dell'azione, con estensione della cognizione al rapporto, con l'introduzione di azioni di adempimento e con la commistione tra fase cognitoria e fase dell'esecuzione - possono inquadarsi nell'ambito di una speciale giurisdizione esclusiva "potenziata", connotata da elementi di equità giudiziale correttiva o integrativa, con i tratti propri di un *judicium bonae fidei*, di romanistica reminiscenza, e con pronuncia dispositiva o determinativa del diritto del caso singolo, ciò che è tipico del giudizio di equità.

L'ambito applicativo delle nuove norme - distribuite, forse irrazionalmente, tra codice dei contratti e codice del processo amministrativo - presenta taluni disallineamenti,

nel senso che l'ambito applicativo delle norme del codice processuale è più ampio di quello del codice dei contratti (perché comprende anche gli affidamenti di servizi speciali di cui all'allegato II-B), che è, a sua volta, più ampio di quello della direttiva ricorsi n. 66 del 2007 (che riguarda solo i contratti sopra soglia). Resta aperta la questione se le conseguenti aporie (inapplicabilità dello *stand still* per i contratti di cui all'allegato II-B, cui però si applicherebbe il codice processuale e le norme sulla sorte del contratto) siano risolvibili in via analogica. Resta altresì aperta la questione del trattamento giuridico dei contratti "altri" rispetto al codice dei contratti – consulenze, incarichi professionali, rapporti di prestazione di lavoro subordinato – che pure conseguono a procedure concorsuali.

Paolo Carpentieri