federalismi.it
Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato

L'AUTONOMIA CONTRATTUALE DELL'AMMINISTRAZIONE PUBBLICA ED IL LIMITE DELLA FUNZIONE FRA DIRITTO INTERNO E COMUNITARIO IN MATERIA DI APPALTI, ALLA LUCE DEI PIÙ RECENTI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI[*]

di

Emanuela Giannangeli

(Dottore di ricerca nell'Università di Milano)

13 giugno 2012

Sommario: **1.** Il riconoscimento legislativo di un'autonoma capacità di contrattazione della PA. **2.** La procedura ad evidenza pubblica nei contratti pubblici. **3.** La procedura ad evidenza pubblica nelle disposizioni « sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità dello Stato » a raffronto con quella del diritto comunitario. **4.** Cenni sulla nozione di appalto nel Codice dei contratti e sulla sua distinzione da figure affini. **5.** L'efficacia dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto di appalto pubblico, nell'interpretazione evolutiva ad intercalare della giurisprudenza ordinaria ed amministrativa. **6.** Il superamento del contenzioso pertinente alla definizione degli ambiti di competenza giurisdizionale da parte del Codice del processo amministrativo. **7.** La lungimiranza del legislatore comunitario e le problematiche aperte.

1. Il riconoscimento legislativo di un'autonoma capacità di contrattazione della PA

Il fondamento normativo dell'autonomia negoziale dell'Amministrazione pubblica s'identifica nell'articolo 1, comma 1-*bis*, della legge n. 241 del 1990[1], come modificato dalla

[*] Articolo sottoposto a referaggio.

[1] La legge 3 ottobre 2011, n. 174, in vigore dal 17 novembre di quest'anno, ha previsto, in un unico articolo, che quest'ultima (sulla G. U. n. 192 del 18 agosto 1990), contenente principi generali per le amministrazioni pubbliche, unitamente al D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 (sul S. O. n. 30 alla G. U. n. 42 del 20 febbraio 2001) e ai decreti legislativi 30 marzo 2001, n. 165 (sul S. O. n. 112 alla G. U. n. 106 del 9 maggio 2001, con rettifica sulla G. U. n. 241 del 16 ottobre 2001) e 27 ottobre 2009, n. 150 (sul S. O. n. 197 alla G. U. n. 254 del 31 ottobre 2009), debba essere raccolta in un apposito Codice o Testo unico (Tu), adottato, in forma di decreto

legge n. 15 del 2005. La disposizione in esso contenuta si rivolge, in modo generico, alla PA, per alludere alle amministrazioni e ai soggetti pubblici quali persone giuridiche e, perciò, soggetti di diritto, facendo espresso riferimento all'adozione di atti di natura non autoritativa. L'interpretazione preferibile porta ad escludere l'attribuzione ad essa di una reale portata innovativa, per circoscriverla al riconoscimento della capacità di diritto privato e di una generale potestà contrattuale dell'Amministrazione, che prima della sua introduzione erano da presupporre riconducibili al rinvio alle leggi speciali contenuto nell'articolo 11 del Codice civile.

In questo modo, il legislatore, prendendo atto di una profonda revisione dell' « agire funzionale » della PA, ha codificato il principio dell'accesso di quest'ultima agli strumenti privatistici come alternativa all'esercizio del potere, consapevole della loro idoneità all'attuazione dei principi, predefiniti dalla legge ed indisponibili, di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa. Pertanto, l'amministrazione in senso sostanziale, intesa alla stregua di un'attività giuridica finalizzata alla cura degli interessi pubblici (cosiddetta attività amministrativa di diritto privato o più propriamente denominata attività privata d'interesse pubblico), può condurre all'instaurazione di rapporti di diritto comune con i soggetti interessati, in alternanza allo strumento procedimentale e all'emanazione del provvedimento. Si tratta, però, di un'autonomia negoziale « limitata » e « funzionale », poiché deve svolgersi nel rispetto dei principi costituzionali di legalità, d'imparzialità e di tutela del terzo, che devono essere perseguiti nell'osservanza di criteri imperativi e continuativi, in assenza di discriminazioni e di limitazioni del diritto di azione dei terzi a tutela d'interessi legittimi. Ne consegue che lo strumento contrattuale può essere usato tanto per gli enti pubblici economici o a vantaggio delle società per azioni pubbliche miste, quanto in favore degli enti pubblici funzionali, purché nel rispetto degli scopi fissati dal legislatore, a prescindere dalla considerazione che si tratti di contratti tipici o atipici. Perciò, i limiti dell'autonomia negoziale della PA non sono soltanto quelli correlati al controllo del merito

---

legislativo, dal Governo, a fronte di una legge di delega del Parlamento. Essa ha costituito oggetto di pubblicazione sulla G. U. n. 255 del 2 novembre 2011. Il suo testo è stato anche messo *on line* da *www.federalismi.it* n. 22 del 16 novembre 2011.

Nella riunione dell'11 novembre 2011, l'esecutivo ha varato uno schema di decreto legislativo, che reca il Codice della pubblica amministrazione, che è suddiviso in quattro libri: Principi fondamentali, Attività amministrativa, Lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, Disposizioni finali e abrogazioni. Quest'ultimo si può vedere all'indirizzo:
http://www.lagazzettadeglientilocali.it/quotidiano/2011/161111/SchemaCodice20111115.pdf.

Fonti:
http://www.diritto.it/docs/5087861-processo-amministrativo-restyling- completato?tipo=news&source=1#
http://www.lagazzettadeglientilocali.it/
http://www.leggioggi.it/2011/11/17/pa-arriva-il-codice-firmato-brunetta/.

degli interessi *ex* articolo 1322 del Codice civile, ma anche quelli derivanti dalla soggettività dell'Amministrazione pubblica e, quindi, pertinenti al vincolo della funzione istituzionale che il legislatore ha voluto attribuire alla medesima. Ne costituiscono esempi la subordinazione dell'attività di diritto comune della PA alle regole che disciplinano l'accesso ai documenti amministrativi[2]; altrettanto si può dire per l'applicazione agli atti privatizzati di gestione del rapporto di lavoro dei dipendenti[3], non assoggettati al residuale regime pubblicistico, del

[2] Cfr. l'articolo 13 del d.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006 (v. *infra*, nt. 12). D'altro canto, le leggi 11 febbraio 2005, n. 15 (in G. U. n. 42 del 21 febbraio 2005 e commentata da G. TARANTINI in *Federalismi.it 2005,* n. 8) e il decreto legge 14 marzo 2005, n. 35 (sulla G. U. n. 62 del 16 marzo 2005), convertito, con modificazioni, nella legge 14 maggio 2005, n. 80 (sul S. O. n. 91 alla G. U. n. 111 del 14 maggio 2005) hanno innovato profondamente la legge generale sul procedimento amministrativo n. 241 del 7 agosto 1990 (v. *supra* nt. 1), dettando una disciplina più organica e completa della materia contenuta nel Capo V. In particolare, l'articolo 22 prevede che l'accesso ai documenti, pure costituendo un principio generale dell'attività amministrativa, sia finalizzato a favorire la partecipazione dei privati e ad assicurare l'imparzialità e la trasparenza dell'azione amministrativa. Il suo fondamento è, perciò, stato rinvenuto nell'articolo 117, comma 2, lettera *m),* della Costituzione, espressamente richiamato dalla disposizione in esso contenuta (articolo 22, comma secondo. Cfr. S. GAMBINO *Il diritto di accesso. La nuova disciplina legislativa (legge N. 15/2005) alla luce della revisione costituzionale del titolo V,* su *Federalismi.it 2005,* n. 9). Pertanto, la norma, nel recepire le decisioni della giurisprudenza, ha altresì risolto positivamente l'ulteriore problema dell'accessibilità degli atti di diritto privato emanati dall'Amministrazione pubblica (articolo 22, primo comma, lettera *d)*). In questo modo, è emerso che ciò che rileva per il legislatore è soltanto che l'attività di diritto privato sia preposta alla tutela del pubblico interesse e sia sottoposta al canone d'imparzialità. Per un approfondimento, si rinvia alla *Rivista quadrimestrale* nn. 1 e 2, Supplementi al volume *L'accesso ai documenti amministrativi 2006,* n. 10, della Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento per il coordinamento amministrativo e Dipartimento per l'informazione e l'editoria - consultabili *on line* alle URL:
http://www.governo.it/Presidenza/DICA/4_ACCESSO/volumi_accesso/vol_10_1.pdf,
http://www.governo.it/Presidenza/DICA/4_ACCESSO/volumi_accesso/quadrimestrale_10.2.pdf
e alla *Rivista quadrimestrale* n. 1, Supplemento al volume *L'accesso ai documenti amministrativi. Massimario 2008,* n. 12, della Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento per il coordinamento amministrativo e Dipartimento per l'informazione e l'editoria - all'indirizzo:
http://www.governo.it/Presidenza/DICA/4_ACCESSO/quadrimestrali/quadrimestrale_12.1.pdf.
Si considerino anche i contributi di: P. POZZANI *Nuovi profili del diritto di accesso dopo la L. 15/05* e di C. TAGLIENTI *Accesso ai documenti dell'Amministrazione. Aggiornamenti giurisprudenziali,* che possono essere letti alle seguenti URL:
http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/20050913Pozzani.htm
http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/Taglienti.htm.
Con specifico riferimento alla giurisprudenza recente, si ritiene opportuno segnalare la sentenza del CdS, Sez. VI, 12.03.2012, n. 1402, che è riportata, con breve nota interpretativa, sui siti: *http://www.giurdanella.it/mainprint.php?id=9080* e
http://www.diritto.it/docs/31667-diniego-di-accesso-ai-documenti-relativi-a-fase-esecutiva-appalto-cons-stato-n-1402-2012-inviata-da-r-staiano?tipo=content.

[3] Invero, dopo le recenti riforme si è parlato di un « ritorno al diritto del lavoro ». In quest'ambito, soltanto con il d.lgs. n. 29 del 3 febbraio 1993 (sul S. O. n. 14 alla G. U. n. 30 del 6 febbraio 1993), si era concretizzata quella che era stata definita la « prima privatizzazione » del pubblico impiego, con la regolamentazione esclusivamente contrattuale di molti rapporti di lavoro con la pubblica amministrazione. Una trasformazione maggiormente radicale di questi ultimi era stata possibile solo con la « seconda privatizzazione », che aveva trovato i propri fondamenti nell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59 (sul S. O. n. 56 alla G. U. n. 63 del 17 marzo 1997) e nel d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 (sul S. O. n. 65 alla G. U. n. 82 dell'8 aprile 1998), comportando una ridefinizione dell'intero diritto sindacale del settore pubblico, nel primo atto normativo ed estendo il rapporto di lavoro privato anche all'alta dirigenza, nonché introducendo la giurisdizione ordinaria ai rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni, nel secondo. Sulla scia di una forte spinta riformatrice (leggi n. 59 del 15 marzo 1997, sul S. O. n. 56/L alla G. U. n. 63 del 17 marzo 1997 e ripubblicata sul S. O. n. 91 alla G. U. n. 98 del 29 aprile 1997; n. 127 del 15 maggio 1997, sul S. O. n. 98 alla G. U. n. 113 del 17 maggio 1997 e d.lgs. n. 112 del 31 marzo 1998, sul S. O. n. 77 alla G. U. n. 92 del 21 aprile 1998, con rettifica sulla G. U. n. 116 del 21 maggio

1997), che ha realizzato una vera e propria « rivoluzione culturale », i cardini del nuovo impianto legislativo sono stati rappresentati dal d.lgs. n. 80 del 1998 (v. *supra*), come modificato dal d.lgs. n. 165 del 30 marzo 2001 (v. *supra* nt. 1. Cfr. F. CARINCI *Il mancato testo unico sul pubblico impiego*, in *Giorn. dir. amm. 2001*, n. 11), che hanno comportato un mutamento delle fonti idonee a regolamentare il rapporto, la separazione dei ruoli tra politica ed amministrazione con il conferimento di un nuovo e preminente ruolo alla dirigenza (articolo 23) e la ridefinizione del sistema delle relazioni sindacali della contrattazione collettiva, attraverso l'attribuzione delle controversie al giudice del lavoro privato.
Il Testo unico sul pubblico impiego è poi stato aggiornato con successive modifiche ed integrazioni (*http://www.altalex.com/index.php?idnot=2882* e
http://www.bosettiegatti.com/info/norme/statali/2001_0165.htm. Esso è commentato da M. BARILÀ – M. LOVO (cur.), in *Il nuovo testo unico sul pubblico impiego*, Milano, Il Sole 24 Ore/Pirola, [2010] 2012 e da A. M. REGIS (cur.), in *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche,* UNI.G.E.S., 2011):
- dalla legge 16 gennaio 2003, n. 3 (articoli 7-*bis* « Formazione del personale » e 34-*bis* « Disposizioni in materia di mobilità del personale », sul S. O. n. 5 alla G. U. n. 15 del 20 gennaio 2003);
- dalla legge 30 settembre 2004, n. 252 (sulla G. U. n. 240 del 12 ottobre 2004) e dalla legge 27 luglio 2005, n. 154 (articolo 3 « Personale in regime di diritto pubblico », sulla G. U. n. 177 del 1° agosto 2005);
- dal decreto legge 10 gennaio 2006, n. 4 (articoli 6 « Organizzazione e disciplina degli uffici e dotazioni organiche » e 35 « Reclutamento del personale », in G. U. n. 8 dell'11 gennaio 2006, convertito nella legge 9 marzo 2006, n. 80, sulla G. U. n. 59 dell'11 marzo 2006);
- dal decreto legge 4 luglio 2006, n. 223 (articoli 7 « Gestione delle risorse umane », 24 « Trattamento economico », articolo 53 « Incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi » e 60 « Controllo del costo del lavoro », sulla G. U. n. 153 del 4 luglio 2006, convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248, sul S. O. n. 183 alla G. U. n. 186 dell'11 agosto 2006);
- dalla legge 24 dicembre 2007, n. 244 (articoli 4 « Indirizzo politico-amministrativo. Funzioni e responsabilità » e 7, sul S. O. n. 285 alla G. U. n. 300 del 28 dicembre 2007);
- dal decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 (sul S. O. n. 152/L alla G. U. n. 147 del 25 giugno 2008, convertito nella legge n. 133 del 6 agosto 2008 (articoli 7, 36 « Utilizzo di contratti di lavoro flessibile » e 53, sul S. O. n. 196 alla G. U. n. 195 del 21 agosto 2008);
- dalla legge 4 marzo 2009, n. 15 (articolo 2 « Fonti », sulla G. U. n. 53 del 5 marzo 2009);
- dalla legge 18 giugno 2009, n. 69 (articolo 6-*bis* « Misure in materia di organizzazione e razionalizzazione della spesa per il funzionamento delle pubbliche amministrazioni », *infra* in nt. 71);
- dal decreto legge 1 luglio 2009, n. 78 (articoli 7 e 36, in G. U. n. 150 del 1° luglio 2009, convertito nella legge 3 agosto 2009, n. 102, sul S. O. n. 140 alla G. U. n. 179 del 4 agosto 2009);
- dal decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 (articoli 2, 5 « Potere di organizzazione », 6, 9 « Partecipazione sindacale », 16 « Funzioni dei dirigenti di uffici dirigenziali generali », 17 « Funzioni dei dirigenti », 19 « Incarichi di funzioni dirigenziali », 21 « Responsabilità dirigenziale », 22 « Comitato dei garanti », 23 « Ruolo dei dirigenti », 23-*bis* « Disposizioni in materia di mobilità tra pubblico e privato », 24 « Trattamento economico », 28 « Accesso alla qualifica di dirigente della seconda fascia », 28-*bis* « Accesso alla qualifica di dirigente della prima fascia », 29-*bis* « Mobilità intercompartimentale », 30 « Passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse », 35, 40 « Contratti collettivi nazionali e integrativi », 40-*bis* « Compatibilità in materia di contrattazione integrativa », 41 « Poteri di indirizzo nei confronti dell'ARAN », 43 « Rappresentatività sindacale ai fini della contrattazione collettiva », 45 « Trattamento economico », 49 « Interpretazione autentica dei contratti collettivi », 52 « Disciplina delle mansioni », 53, 55 « Sanzioni disciplinari e responsabilità », 55-*bis* « Forme e termini del procedimento disciplinare », 55-*ter* « Rapporti fra procedimento disciplinare e procedimento penale », 55-*quater* « Licenziamento disciplinare », 55-*quinquies* « False attestazioni o certificazioni », 55-*sexies* « Responsabilità disciplinare per condotte pregiudizievoli per l'amministrazione e limitazione della responsabilità per l'esercizio dell'azione disciplinare », 55-*septies* « Controlli sulle assenze », 55-*octies* « Permanente inidoneità psicofisica », 55-*novies* « Identificazione del personale a contatto con il pubblico », 56 « Impugnazione delle sanzioni disciplinari » e 70 « Norme finali », *supra* in nt. 1);
- dalla legge 30 luglio 2010, n. 122 (articolo 16, sul S. O. n. 174 alla G. U. n. 176 del 30 luglio 2010);
- dalla legge 4 novembre 2010, n. 183 (articoli 1 « Finalità ed ambito di applicazione », 7, 30, 57 « Pari opportunità », 65 « Tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie individuali » e 66 « Collegio di conciliazione », sul S. O. n. 243 alla G. U. n. 262 del 9 novembre 2010);
- dalla legge del 26 febbraio 2011, n. 10 (articolo 1, sul S. O. n. 53 alla G. U. n. 47 del 26 febbraio 2011);
- dalla legge 15 luglio 2011, n. 111 (articolo 55-*septies*, sulla G. U. n. 164 del 16 luglio 2011, di conversione del decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, sulla G. U. n. 155 del 6 luglio 2011);
- dal decreto legge del 13 agosto 2011, n. 138 (sulla G. U. n. 188 del 13 agosto 2011), convertito nella legge del 14 settembre 2011, n. 148 (in G. U. n. 216 del 16 settembre 2011, articoli 19 e 30);

principio di funzionalità amministrativa e con riferimento all'adozione della procedura ad evidenza pubblica per i contratti di diritto comune.

Allo stato attuale, è possibile dunque affermare che l'Amministrazione è sottoposta appieno al dettato normativo del Codice civile e della legislazione ordinaria, con l'unica eccezione rappresentata dalle norme privatistiche espressamente derogatorie. Riscontri, a tale proposito, si desumono dal superamento dell'indirizzo minoritario che escludeva l'applicazione del secondo comma dell'articolo 1341 del Codice civile nei confronti dell'Amministrazione pubblica[4]; dalla sottoposizione della medesima alla normativa comunitaria sulla tutela del consumatore dell'articolo 1469-*bis* del Codice civile[5], poi confluita nel Codice del consumo (articoli 142 e seguenti del decreto legislativo n. 206 del 2005)[6] e dalla configurazione di una sua responsabilità precontrattuale (articoli 1337 e 1338 del Codice civile), sotto il profilo della correttezza e della buona fede[7]. Rispondenze in merito derivano ugualmente dalla

---

- dalla legge del 12 novembre 2011, n. 183 (articolo 33 « Eccedenze di personale e mobilità collettiva », sul S. O. n. 234 alla G. U. n. 265 del 14 novembre 2011);
- dalla legge del 4 aprile 2012, n. 35 (articolo 38 « Accesso dei cittadini degli Stati membri della Unione europea », sul S. O. n. 69 alla G. U. n. 82 del 6 aprile 2012);
- dalla legge del 22 marzo 2012, n. 38 (articoli 42 « Diritti e prerogative sindacali nei luoghi di lavoro » e 50-*bis* « Personale delle rappresentanze diplomatiche e consolari e degli istituti italiani di cultura all'estero », sulla G. U. n. 86 del 12 aprile 2012).

Cfr. altresì F. CARINGELLA *Lezioni e sentenze di diritto amministrativo 2008,* Roma, DIKE GIURIDICA, 2008, 232 ss. e l'articolo di D. DE BENEDITTIS *Il rapporto di lavoro pubblico ed i nuovi contratti collettivi, 2 aprile 2007,* URL:
http://www.altalex.com/index.php?idnot=36357.

[4] Si veda CdS, Sez. IV, 1.03.2006, n. 1003, in *Osservatorio del Consiglio di Stato* del *Corr. giur. 2006,* n. 6, 774 e con nota a sentenza di V. DE GIOIA *La competenza territoriale per le gare di appalto di lavori pubblici indette dall'Anas,* in *Urb. app. 2006,* n. 6, 709 – 713.

In effetti, fino all'entrata in vigore del Codice dei contratti, l'assunto era apparso indiscusso solo nei confronti dei capitolati speciali, mentre era controverso e tendenzialmente negato nei riguardi dei capitolati generali, in particolare per quelli di opere pubbliche, in considerazione della natura regolamentare, che sembrava dovesse essere riconosciuta ai medesimi (attraverso l'interpretazione dell'articolo 3 della legge n. 109 dell'11 febbraio 1994, pubblicata sul S. O. n. 29 alla G. U. n. 41 del 19 febbraio 1994 e dell'articolo 110 del D.P.R. n. 554 del 21 dicembre 1999, *infra,* nt. 89. Cfr. L. MAZZAROLLI (et. al.) (curr.) *Diritto amministrativo,* Bologna, Monduzzi, II, [1993] 2001, III ed., 1647 - 1649). Tra la giurisprudenza in merito, era stata segnalata CCass. Civ., Sez. I, 11 settembre 2007, n. 19089, in G. GAROFOLI – G. FERRARI *Manuale di diritto amministrativo,* Roma, Nel Diritto editore, 2008, 980.

Da ultimo, ogni dubbio è stato chiarito dal d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 che, nell'attribuire alle stazioni appaltanti un'ampia autonomia negoziale nella definizione dei contenuti del rapporto contrattuale, ne ha riconosciuto la natura contrattuale, dopo che già si era espresso a favore il Consiglio di Stato (cfr. il parere del CdS, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza del 17 settembre 2007, N° Sezione Prot. 3262/2007, pubblicato *on line* da *Federalismi.it* sul n. 19 del 10 ottobre 2007 e consultabile anche sul sito *www.astrid-online.it/*).

[5] Esso sostituisce i precedenti articoli 1469-*bis* – 1469-*sexies.*

Cfr. S. CACACE *Clausole abusive e pubbliche amministrazioni,* URL:
http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/Cacace_Clausole_abusive_e_pubbliche_amministrazioni.htm#_ftnref27.

[6] Cfr. il d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, pubblicato sul S. O. n. 162/L della Gazzetta ufficiale (G. U.), Serie generale (Serie gen.), 8 ottobre 2005, n. 235, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229.

[7] Per una disamina delle pronunce recenti in materia, si può consultare la « Banca dati giuridica lex24 », con « Documenti e Approfondimenti », URL:
http://www.diritto24.ilsole24ore.com/amministrativo/rassegnaDiGiurisprudenza/2011/04/responsabilita-precontrattuale-della-pubblica-amministrazione-.html.

configurabilità della mora della PA (articoli 1219 e 1224 del Codice civile)[8] e della sua sottoposizione a risoluzione per inadempimento nei contratti a prestazioni corrispettive, aventi ad oggetto il pagamento di una somma di denaro, non erogata alla scadenza contrattuale, a seguito della mancata conclusione del correlato procedimento amministrativo (articolo 1453 del Codice civile)[9], nonché dalla possibilità ora offerta al privato, rispetto al passato, di richiedere la sentenza di esecuzione in forma specifica *ex* articolo 2932 del Codice civile, nell'evenienza di mancata esecuzione dell'obbligo di stipulare il contratto definitivo[10].

Tra di esse sono state segnalate: TAR Lazio, Roma, Sentenza 2.04.2010, n. 5621; TAR. Lazio, Roma, Sentenza 8.04.2010, n. 5913; TAR Lazio, Roma, Sentenza 20.04.2010, n. 7651; TAR Lazio, Roma, Sez. 1, Sentenza 22.06.2010, n. 19839; TAR Piemonte, Torino, Sez. 1, Sentenza 4.03.2011, n. 230; CdS, Sez. V, Sentenza 28.05.2010, n. 3393 (il cui dispositivo può essere letto anche su *Federalismi.it 16 giugno 2010*, n. 12 e sul sito della *Fondazione De Iure Publico Centro Studi Giuridici sulla Pubblica Amministrazione*, URL: *http://www.deiurepublico.it/*), richiamata in CdS, Sez. V, Sentenza 8 settembre 2010, n. 6489 (reperibile ugualmente sul sito *www.giustizia-amministrativa.it,* che si conforma ad un consolidato orientamento, in particolare CCass. Civ., Sez. I, 18.6.2005, n. 13164; CdS, Ad. plen., 5.9.2005, n. 6 e CdS, Sez. IV, 11.11.2008, n. 5633); CdS, Sez. III, Sentenza 19.03.2011, n. 1698 (di cui si riporta il testo integrale).
Si consideri parimenti TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 04.02.2011, n. 210, con breve commento, all'indirizzo: *http://www.diritto.it/docs/31610-nessun-rimprovero-pu-pertanto-essere-mosso-a-tale-amministrazione-che-constatato-il-venir-meno-della-copertura-finanziaria-della-procedura-indetta-ha-doverosamente-ritirato-gli-atti-di-gara?page=1;*
TAR Lazio, Sez. III, 14.02.2011, n. 1392, pubblicata sulla rivista *Federalismi.it 9 marzo 2011*, n. 5 e CdS, 07.02.2012, n. 662, sulla medesima rivista, *22 febbraio 2012*, n. 4.
Per converso, in dottrina si segnala: M. CORRADINO (cur.) *La responsabilità della Pubblica Amministrazione,* Torino, Giappichelli, 2011.

[8] A seguito della sentenza della Corte di cassazione, Sezioni unite, n. 3451 dell'8 giugno 1985. Per un breve commento alla medesima, si rinvia a:
http://www.ildirittoamministrativo.net/mora-pa.htm.
In ogni caso, è bene ricordare come già il d.lgs. n. 231 del 9 ottobre 2002 « di attuazione della direttiva 2000/35/CE » (pubblicato nella G. U. n. 249 del 23 ottobre 2002) abbia introdotto norme in materia di lotta contro i ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali, anche quando, tra i soggetti coinvolti in tali negozi, vi sia la pubblica amministrazione (articolo 2, lettera *b)*).
Da ultima, è stata approvata la Direttiva 2011/07/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 2011 « relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali », pubblicata sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea (GUUE) L 48/1 del 23 febbraio 2011. Essa ha previsto l'abrogazione della Direttiva 2000/35/CE, con efficacia, però, solo dal 16 marzo 2013 (articolo 13). Il termine dei pagamenti effettuati dagli enti pubblici alle imprese è stato così fissato a trenta giorni (23) ovvero, in circostanze del tutto eccezionali, entro 60 giorni (24), per i beni e i servizi che hanno acquistato. Inoltre, il tasso di legge applicabile agli interessi di mora è stato aumentato e portato ad almeno 8 punti percentuali al di sopra di quello di riferimento della Banca centrale europea (articolo 2, n. 6). Non è consentito agli enti pubblici fissare tassi inferiori per gli interessi di mora. Da ultimo, gli Stati membri saranno altresì tenuti a pubblicare i tassi applicabili agli interessi di mora, per renderli più accessibili per le imprese (articolo 8, comma primo).
Cfr. N. DURANTE *I rimedi contro l'inerzia dell'amministrazione: istruzioni per l'uso, con un occhio alla giurisprudenza e l'altro al codice del processo amministrativo, approvato con decreto legislativo 2 luglio 2010, n.104,* pubblicato sul sito *www.giustizia-amministrativa.it* il 13 settembre 2010, che contiene il riferimento ad una ricca casistica giurisprudenziale.

[9] Cfr. CCass. civ, Sez. I, 24.05.2007, n. 12162 e CCass., Sez. I, 6.11.2007, n. 23089 (articolo 35 del capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici, approvato con D.P.R. n. 1063 del 16 luglio 1962, sulla G. U. n. 198 del 7 agosto 1962, abrogato dall'articolo 231 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, *supra*, in nt. 4); TAR Lecce, Sez. III, 06.06.2008, n. 1681 (articoli 11 e 135 del d.lgs. 163/2006).

[10] La svolta è avvenuta con la sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione del 7 ottobre 1983, n. 5838, brevemente commentata all'URL:
http://www.e-glossa.it/wiki/cass._civile,_sez._unite_del_1983_numero_5838_(07$$10$$1983).aspx.
Cfr. anche TAR Napoli, Sez. II, 15.02.2007/23.03.2007, n. 2773
(URL: *http://www.iusna.net/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=411*);

Invero, i contratti o accordi di diritto pubblico, che l'opinione dottrinale maggioritaria ritiene introdotti nel nostro ordinamento dall'articolo 11 della legge sul procedimento amministrativo, non debbono essere confusi coi contratti di diritto comune, disciplinati dalle norme del Codice civile, dai quali, pure essendo applicabili alcuni istituti loro propri, si distinguono. Infatti, essi costituiscono una sola forma di esercizio del potere amministrativo, diversa dal provvedimento e trovano esclusivamente collocazione nell'ambito dei rapporti di diritto pubblico[11]. Inoltre, poiché l'area contrattuale è molto vasta, nell'ambito dell'azione amministrativa, la PA deve nondimeno considerarsi legittimata alla stipulazione di contratti speciali di diritto privato, che sono oggetto di regolamentazione da parte di norme civilistiche di specie rispetto a quelle generali. In ogni caso, sono individuati quali strumenti di amministrazione sostanziale sia i contratti cosiddetti passivi, con cui l'Amministrazione si procura da parte di soggetti terzi determinate prestazioni attraverso il pagamento di somme di denaro, sia i contratti denominati attivi, tramite i quali la PA incassa liquidità monetarie, a seguito dell'alienazione di beni o della prestazione di altre attività che, essendo pertinenti alla gestione patrimoniale, sono considerate piuttosto imputabili all'attività privata dell'Amministrazione. Mentre gli uni sono qualificati dal diritto comunitario come appalti e sono disciplinati dal decreto legislativo n. 163 del 12 aprile 2006[12], gli altri continuano ancora

---

TAR Veneto, Sez. II. 1.12.2010, n. 6321 (testo integrale e commento all'URL: *http://www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=34784&catid=192&Itemid=439&mese=12&anno=2010*) e
TAR Veneto, Sez. II, 13.07.2011, n. 1219 (dispositivo integralmente pubblicato su: *http://www.ambientediritto.it/sentenze/2011/TAR/Tar_Veneto_2011_n.1219.htm*).

[11] Nell'ambito della giurisprudenza di merito più recente al riguardo, si può fare riferimento a TAR Lombardia, Sez. I Brescia, 12.10.2010, n. 4026, commentata da M. CUNDARI, in *Giorn. dir. amm, 2011*, n. 6, 637 – 646.

[12] Cfr. le « definizioni » dell'articolo 3 del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (che è stato pubblicato sul S. O. n. 107 alla G. U., Serie gen., n. 100 del 2 maggio 2006). Molte disposizioni nello stesso contenute sono state modificate dal decreto legge 13 maggio 2011, n. 70 recante « Semestre europeo – Prime disposizioni urgenti per l'economia », cosiddetto « decreto per lo sviluppo » (pubblicato sulla G. U., Serie gen., n. 110 del 13 maggio 2011 e convertito nella legge 12 luglio 2011, n. 106, nella G. U. 12 luglio 2011, n. 160, menzionata in *Giorn. dir. amm. 2011*, n. 9, 952 e in *Corr. giur. 2011*, n. 9, 1197 e commentata in *Giorn. dir. amm. 2011*, n. 10, 1049 ss.). Esso è stato promulgato con gli obiettivi di ridurre i tempi di costruzione delle opere pubbliche, soprattutto se d'interesse strategico; di semplificare le procedure di affidamento dei relativi contratti pubblici; di garantire un più efficace sistema di controllo e, infine, di ridurre il contenzioso. Tra le modificazioni apportate, si segnalano quelle riguardanti: l'introduzione di un tetto di spesa per le « varianti » (lettera *c)*); la riduzione della spesa per gli accordi bonari (lettera *f)*); l'istituzione nelle Prefetture di un elenco di fornitori e prestatori di servizi non soggetti a rischio d'inquinamento mafioso (lettera *g)*); il disincentivo per le liti temerarie (lettera *h)*); l'estensione del criterio di autocertificazione per la dimostrazione dei requisiti richiesti per l'esecuzione dei lavori pubblici (lettera *l)* e *infra* l'articolo 89 del d.lgs. n. 159 del 2011); i controlli « ex post » sul possesso dei requisiti di partecipazione alle gare da parte delle stazioni appaltanti (lettera *m)*); l'obbligo di scorrimento della graduatoria, in caso di risoluzione del contratto (lettera *o)*); la razionalizzazione e l'esemplificazione del procedimento per la realizzazione di infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale (cosiddetta « Legge obiettivo ») (lettera *p)*); l'innalzamento dei limiti di costo per l'affidamento degli appalti di lavori mediante procedura negoziata (lettera *q)*) e l'elevazione dei limiti d'importo per l'accesso alla procedura semplificata ristretta per gli appalti di lavori, essendo stata altresì portata da cinquanta a settanta anni la soglia per la presunzione di interesse culturale degli immobili pubblici (lettera *r)*).

ad essere sottoposti alla disciplina della normativa di contabilità dello Stato (che è contenuta nel regio decreto n. 2440 del 18 novembre 1923)[13].

2. La procedura ad evidenza pubblica nei contratti pubblici

Secondo l'impostazione tradizionale, la disciplina generale dei contratti pubblici è connotata, tanto sul piano della formazione che dell'esecuzione, dall'incontro di volontà non omogenee e, quindi, dalla presenza d'istituti di diritto pubblico, spesso articolati in veri e propri poteri amministrativi. Pertanto, « l'evidenza pubblica è un modulo procedimentale idoneo ad essere applicato ad ogni tipologia contrattuale, in base ai parametri stabiliti dalla legge, che è qualificato dalla coesistenza di due procedimenti: l'uno intercorrente fra le parti e pertinente alla definizione della volontà alla stregua delle norme di diritto comune e l'altro coinvolgente l'Autorità stipulante e l'Autorità di controllo, che costituisce un autentico procedimento amministrativo »[14]. Essa, nell'ambito dell'attività negoziale della PA, si pone come limite alla libertà di quest'ultima nello svolgimento delle trattative, contrapponendosi alle negoziazioni fra privati, caratterizzate da forme e procedure libere, alle quali è imposta la sola osservanza degli obblighi di buona fede e correttezza *ex* articoli 1337 e 1338 del Codice civile.

Per converso, nella concezione più recente e ormai prevalente, la necessità delle procedure di evidenza pubblica, per le norme che le prevedono singolarmente e che l'Amministrazione aggiudicatrice è tenuta ad applicare, è ormai diventato un principio generale, enunciato più volte dalla giurisprudenza, in considerazione dell'evoluzione del diritto comunitario e del

---

Per un approfondimento, si consiglia O. CUTAJAR – A. MASSARI *Codice dei contratti pubblici commentato con la giurisprudenza. Annotato con il Regolamento (D.P.R. 207/2010) e la prassi. Aggiornamento maggio 2011,* al *link:*
http://www.approfondimenti.maggioli.it/download/codice_contratti_commentato/addenda.pdf; G. FIDONE - A. LINGUITI *La nuova disciplina degli appalti pubblici introdotta dal decreto sviluppo,* Nel diritto editore, 2011 e F. CARINGELLA – M. PROTTO *La riforma dei contratti pubblici. Commento organico al decreto sviluppo,* Roma, Dike Giuridica, 2011. Altri commenti si possono trovare in *Il diritto per i concorsi 2011*, n. 4 e *La Rivista nel diritto (Riv. dir.) 2011*, n. 7. Inoltre, si segnalano: *Codice dei contratti pubblici commentato con la giurisprudenza* e P. SANTORO – E. SANTORO *Nuovo manuale dei contratti pubblici,* Maggioli, 2011; E. MELE *I contratti delle pubbliche amministrazioni,* Milano, Giuffrè, 2011.
Infine, è adesso necessario considerare parimenti gli articoli 41 e seguenti, costituenti il Capo IV del Titolo IV « Misure per lo sviluppo infrastrutturale », del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, cosiddetta « Manovra Monti », contenente « Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici » (pubblicato nel S. O. n. 251 alla G. U. n. 284 del 6 dicembre 2011). Essi intervengono, in più punti, sulla disciplina del Codice dei contratti pubblici, comportando talora una netta inversione di tendenza rispetto a scelte legislative recenti. In particolare, si segnalano del medesimo gli articoli 23, comma quarto, 41 e 44, commi secondo, quinto, lettera *a)* e otto. Per un breve commento, si può consultare *on line www.diritto.it* del 7 dicembre 2011.

[13] « Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato » sono state pubblicate sulla G.U. n. 275 del 23 novembre 1923.

[14] In questo senso, F. CARINGELLA *Manuale di diritto amministrativo,* Roma, DIKE Giuridica, 2010, III ed., 1385.
Inoltre, è ancora quest'ultimo ad avere sottolineato, in *Lezioni e sentenze di diritto amministrativo 2008 cit.,* 564, che il ricorso all'affidamento diretto è ammissibile solo in presenza dei presupposti dell'*in house providing.*

diritto interno[15] . Ne consegue che, anche per la giurisprudenza amministrativa[16], il ricorso all'evidenza pubblica s'impone tutte le volte in cui si debba procedere alla scelta dell'operatore privato più idoneo a svolgere attività di pubblico interesse e ad offrire la prestazione richiesta alle condizioni migliori, mediante una valutazione comparativa basata su parametri obiettivi e nel rispetto dei principi, considerati immanenti nell'ordinamento, di *par condicio* e, quindi, di massima accessibilità da parte dei soggetti interessati, di pubblicità, nonché di concorrenzialità e di buona amministrazione[17]. Infatti, il Codice dei contratti pubblici fa precedere l'avvio della « procedura di affidamento », o più semplicemente « l'affidamento », sia degli appalti di lavori, servizi e forniture, quanto delle concessioni di lavori e servizi, dalla « decretazione o determinazione di contrarre »[18], che individua gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte[19]. D'altro canto, è ugualmente opportuno rammentare che, nei rapporti con i terzi, la

[15] Ad iniziare dall'articolo 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498 (sulla G. U. n. 304 del 29 dicembre 1992), abrogato dall'articolo 274, comma primo, lett. *w)*, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (sul S. O. n. 162 alla G. U. n. 227 del 28 settembre 2000). Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo cit.,* 1387 – 1390. V. *infra*, paragrafo 3.

[16] Cfr. CdS, Sez. V, 19.09. 2000, n. 4850; Cds, Sez. VI, 15.11.2005, n. 6368; CdS, Sez. V, 31.01.2006, n. 340; Cds, Sez. IV, 31.03.2010, n. 1830; CdS, Sez. VI, 27.04.2010, n. 2388; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 9.04.2004, n. 4233; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 23.08.2006, n. 7375; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 26.02.2010, n. 1195; TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 03.03.2010, n. 677. Per approfondire, utile è il rinvio a S. CACACE *L'idoneità degli operatori economici alla esecuzione di lavori pubblici: un filo conduttore che lega istituti vecchie nuovi del « Codice » unificato degli appalti,* all'URL:
http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/Cacace_Idoneita_operatori_economici.htm#_ftnref21
e a F. ARMENANTE (cur.) *Rassegna giurisprudenziale sulle procedure ad evidenza pubblica,* Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione Locale – Cerveteri, 14 giugno 2010: *http://www.piscino.it/file/bilancio/appalti-19.pdf*.

[17] Nel combinato disposto degli articoli 2, comma primo e 6, comma quinto, del d.lgs. n. 163 del 2006 l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (Avcp, *on line* all'URL: *http://www.avcp.it/portal/public/classic/*) è l'organo preposto a controllare che l'affidamento e l'esecuzione di questi ultimi garantisca la qualità delle prestazioni e si svolga nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza e si conformi ai principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel Codice, segnatamente assicurando il rispetto dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente, di economica ed efficiente esecuzione dei contratti, come pure l'osservanza delle regole della concorrenza nelle singole procedure di gara. Cfr. l'articolo 11 del d.lgs. n. 163 del 2006.

[18] Ciò nonostante, si è posto il dubbio, soprattutto in ambito dottrinale, se l'introduzione del comma 4-*bis* nell'articolo 11 della legge n. 241 del 1990, da parte della legge n. 15 del 2005, possa essere rilevante, ai fini di concorrere a risolvere la questione circa l'assimilazione della « determinazione preliminare » alla « delibera a contrarre » e, quindi, per affermare o sconfessare la coincidenza della fattispecie convenzionale col contratto ad evidenza pubblica. In effetti, secondo la tesi privatistica, mentre la « delibera a contrarre » può essere adottata anche da un organo diverso da quello che poi stipula il contratto, la « determinazione preventiva » è assunta dal medesimo organo legittimato a definire l'accordo. Per contro, in conformità dell'impostazione pubblicistica, se quest'ultima è strumentale all'attuazione delle motivazioni sottese ad un esercizio consensuale del potere, dall'altra discendono vincoli finalizzati ad orientare il successivo esercizio dell'autonomia privata.

[19] Così l'articolo 53, comma secondo e 55, comma primo, del d.lgs. n. 163 del 2006.
Nell'interpretazione giurisprudenziale, la « delibera a contrarre » è un provvedimento di tipo programmatico e gestionale, che deve precedere la conclusione di qualsiasi atto negoziale dell'Amministrazione pubblica. Con quest'atto si definisce il progetto contrattuale, spesso consistente in uno schema di contratto – tipo, comprensivo della previsione della spesa, al pari del metodo da seguire per la scelta del terzo contraente (cfr., a titolo

« delibera a contrarre » è sempre stata considerata, a livello giurisprudenziale, un atto di natura interna, revocabile *ad nutum* ed inidoneo di per sé alla formazione della volontà contrattuale del soggetto pubblico, al quale non è imposto neppure di essere necessariamente e anticipatamente esternato in un determinato atto formale, eccetto i casi selezionati dalla normativa europea[20].

Per converso, in attuazione della normativa comunitaria, recepita dal Codice dei contratti pubblici, la selezione dei partecipanti avviene con procedure aperte, ristrette e negoziate (con o senza pubblicazione del bando di gara), ovvero attraverso il dialogo competitivo[21]. Il principio generale è quello del ricorso alle procedure aperte e ristrette, mentre l'utilizzazione delle procedure negoziate e del dialogo competitivo[22] costituisce un'eccezione, la cui scelta è rimessa al giudizio discrezionale dell'Amministrazione[23].

---

esemplificativo, il nuovo comma 4-*bis* dell'articolo 64 del d,lgs. n. 163 del 2006, immesso dal decreto legge n. 70 del 2011 (v. *supra*, nt. 12).

È previsto che essa debba conformarsi al capitolato d'oneri, sia generale, contenente « condizioni generali di contratto », sia speciale, il quale si caratterizza per riferirsi, in maniera più specifica, all'oggetto concordato. Si è riconosciuto che il primo possa possedere un contenuto anche regolamentare e con sicurezza la giurisprudenza l'ha affermato nei confronti del capitolato generale d'appalto dei lavori pubblici, riservando una natura normativa soltanto al capitolato generale dello Stato. Per converso, al secondo si è preferito applicare la normativa civilistica, almeno con riferimento all'efficacia del capitolato nei confronti dell'altro contraente, al momento della conclusione del contratto e con riguardo alla subordinazione degli effetti delle condizioni generali che abbiano carattere vessatorio (v. *supra*, nt. 4. Un riferimento esplicito ai capitolati è ugualmente contenuto nei commi sette, otto e nove dell'articolo 5 del d.lgs. n. 163 del 2006). Tutto ciò, nonostante la diffusione di un orientamento inizialmente contrario della giurisprudenza, che col tempo è stato corretto sotto l'influenza delle fonti del diritto comunitario.

[20] Si consideri CCass. Civ., Sez. lav., 20.11.2007, n. 24045, all'indirizzo: *http://www.sivemp.it/docsOpener.php?pid=63&file=4*.

Cfr. TAR Veneto, Sez. III, 17.08.2009, n. 2329, all'URL: *http://www.comune.pisa.it/gare-lavori/normativa/TAR_VENETO_2329.pdf*.

Si veda anche Cds, Sez. VI, 3.06.2010, n. 3507, la cui massima è stata selezionata da F. ARMENANTE (cur.), *Rassegna giurisprudenziale sulle procedure ad evidenza pubblica cit.* in nt. 16.

Da ultimo, interessante è il riferimento a Trib. Nola, Sez. civ. II, 17.01.2011, URL: *http://www.iussit.eu/download/prestazioni.professionali.PA.pdf*.

[21] In questo senso, l'articolo 54 del d.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006, in attuazione dell'articolo 28 della Direttiva 2004/18/CE (v. *infra*, nt. 51). Cfr. G. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo cit.*, 1025 e F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo cit.*, 1397 – 1399.

[22] Esso è disciplinato dall'articolo 58 del d.lgs. n. 163 del 2006, che ha recepito l'articolo 29 della Direttiva 2004/18.

Il raffronto può essere fatto con il cosiddetto « dialogo preventivo » dell'ultimo comma dell'articolo 1 della direttiva 89/665/CEE del Consiglio dei ministri della Comunità economica europea (Cee) del 21 dicembre 1989, riguardante il « coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori » (pubblicata sulla Gazzetta ufficiale delle Comunità europee (GUCE) L 395/33 del 30 dicembre 1989) e recepita negli articoli 21 e 23-*bis* (quest'ultimo, dopo avere mutuato, in parte, il rito speciale di cui all'articolo 19 del decreto legge n. 67 del 25 marzo 1997, convertito nella legge 23 maggio 1997, n. 135, era stato sostituito dal rito speciale introdotto dall'articolo 8 del d.lgs. n. 53 del 2010, *infra*, ntt. 46, per poi essere abrogato, insieme all'articolo 21, dal d.lgs. n. 104 del 2 luglio 2010, *infra*, nt. 84) della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (pubblicata sulla G. U. n. 314 del 13 dicembre 1971) e negli articoli 12 e 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142, cosiddetta legge comunitaria per il 1991 (pubblicata sul S. O. della G. U. 20 febbraio 1992, n. 42 e abrogata dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, *supra* in nt. 3). Cfr. la sentenza della Corte di giustizia europea 9 dicembre 2010, causa

Inoltre, è opportuno evidenziare che così come il pubblico incanto (o l'asta pubblica)[24] è una procedura aperta, cui può prendere parte chiunque abbia interesse, purché in possesso dei requisiti fissati dall'Amministrazione col bando, la licitazione privata e l'appalto-concorso sono gare private ristrette. In particolare, alla prima è consentito partecipare solo a coloro che siano stati espressamente invitati, a seguito di una scelta preliminare e discrezionale, seria ed imparziale, del soggetto pubblico che l'ha indetta. Per contro, il secondo è un procedimento di concessione, ammesso nei soli casi tassativamente determinati dalla legge, nel quale l'Amministrazione pubblica, per predeterminare il contenuto contrattuale, si avvale della collaborazione dei privati, con l'invito alla presentazione di progetti tecnici e di condizioni alle quali offrono la loro disponibilità ad eseguirli[25]. Esso si distingue dalla procedura di gara in senso tecnico, perché presenta un contenuto discrezionale, con una forte parte tecnica, sicché persino il momento della stipula negoziale è del tutto autonomo e separato rispetto al procedimento finalizzato a scegliere l'offerta migliore.

Resta la constatazione che l'appalto – concorso e la trattativa privata sono accomunate dalla partecipazione del privato alla determinazione del contenuto del contratto, derivando in

---

C/568/08, con nota di V. DE FALCO *Le anomalie apparenti del sistema di tutela cautelare in Olanda nel complesso settore degli appalti pubblici,* in *Dir. pubbl. comp. eur. 2011,* II, 515 – 520.

[23] Secondo la disciplina contenuta nell'articolo 55, comma secondo, del d.lgs. n. 163 del 2006.

Diversa era, invece, la disciplina contenuta nell'articolo 3 del regio decreto (r. d.) n. 2440 del 18 novembre 1923, che distingueva a seconda che si trattasse di contratti attivi e passivi. Infatti, era previsto che i contratti dai quali fosse derivata un'entrata per lo Stato avrebbero dovuto essere preceduti dai pubblici incanti, sicché la licitazione privata era ammessa solo per particolari ragioni, delle quali avrebbe potuto farsi menzione nel decreto di approvazione del contratto e limitatamente ai casi da determinare con il regolamento, a differenza della trattava privata che era consentita nei soli casi di necessità. Al contrario, era stabilito che per i contratti che avessero comportato una spesa statale, sarebbe stato necessario ricorrere a gare mediante pubblico incanto o licitazione privata, a giudizio discrezionale dell'Amministrazione.

In seguito, nel combinato disposto degli articoli 20 e 24 della legge n. 109 del 1994 (*supra,* in nt. 4), la licitazione privata e il pubblico incanto sono stati previsti dalla legge come i sistemi normali per l'affidamento dei lavori, mentre l'appalto concorso e la trattativa privata sono stati riconosciuti come mezzi speciali, suscettibili di essere adottati esclusivamente nelle ipotesi e secondo le modalità previste dal legislatore (cfr. L. MAZZAROLLI (et. al.) (curr.), *Diritto amministrativo cit.*, 1650 – 1654.

[24] Riguardo alle procedure di scelta del contraente, è opportuno segnalare la possibilità di fare ricorso alla cosiddetta « asta elettronica ». L'articolo 3, comma quindici, che va letto nel combinato disposto con l'articolo 85 del d.lgs. n. 163 del 2006, la definisce, in recepimento della normativa comunitaria, « un processo per fasi successive, basato su un dispositivo elettronico di presentazione di nuovi prezzi, modificati al ribasso, o di nuovi valori riguardanti taluni elementi delle offerte, che interviene dopo una prima valutazione completa delle offerte, permettendo che la loro classificazione possa essere effettuata sulla base di un trattamento automatico ». In ogni caso, « gli appalti di servizi e di lavori che hanno per oggetto prestazioni intellettuali, come la progettazione di lavori, non possono essere oggetto di aste elettroniche ». Essa ha poi ricevuto nuovo impulso in forza dell'articolo 1, comma 450, della legge n. 296 del 27 dicembre 2006 (sul S. O. n. 244 alla G. U. n. 299 del 27 dicembre 2006), che ha prescritto, dal 1° luglio 2007, il ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione (*ex* articolo 11, comma quinto, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 4 aprile 2002, n. 101, che è stato abrogato dal D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, *infra* in nt. 89) per l'acquisto di beni e servizi sotto la soglia di rilievo comunitario, da parte delle amministrazioni statali centrali e periferiche, eccezione fatta per gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado, le istituzioni educative e le istituzioni universitarie.

[25] Cfr. l'articolo 4 del r. d. n. 2440 del 1923 e l'articolo 20, comma quarto, della legge n. 109 del 1994.

entrambe le ipotesi il vincolo dalla stipulazione, che ne rappresenta la fonte esclusiva[26]. Tuttavia, il ricorso alla trattativa privata, che è una procedura negoziata, continua ad essere ammesso soltanto quando ricorrono speciali ed eccezionali circostanze[27], che sono state ristrette nel corso degli anni dalla normativa comunitaria e dalla legislazione italiana[28]. Invero, autorevole dottrina[29] è stata addirittura indotta ad osservare correttamente che la caratteristica distintiva dell'asta e della licitazione dalla trattativa privata non è individuabile tanto nella gara di per sé, quanto piuttosto nella sua connotazione formale e nel criterio automatico che contraddistingue la scelta. Resta beninteso che l*'iter* procedimentale inizia con la pubblicazione del relativo bando o avviso d'asta, sostituito dall'invito nella licitazione privata. Esso, secondo una parte della giurisprudenza, sarebbe assimilabile ad un invito ad offrire il quale, a differenza dell'offerta al pubblico dell'articolo 1336 del Codice civile, non è

[26] L'articolo 55, comma sesto, del d.lgs. n. 163 del 2006, modificato dalla legge n. 106 del 2011 (*supra*, in nt. 12), afferma che alle procedure ristrette per l'affidamento di lavori sono invitati tutti i soggetti che ne abbiano fatto richiesta e che siano in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal bando, salva la previsione di un numero minimo di candidati da invitare nelle procedure ristrette relative a servizi e forniture, ovvero a lavori d'importo uguale o superiore a quaranta milioni di euro, nonché nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara e nel dialogo competitivo, a prescindere dalla considerazione dell'oggetto contrattuale, quando lo richieda la difficoltà o la complessità dell'opera, della fornitura o del servizio (articolo 62), nonché nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni e degli affidamenti a contraente generale mediante procedura ristretta, in relazione all'importanza e alla complessità delle opere da realizzare (articolo 177).

[27] Cfr. l'articolo 192 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (*supra*, in nt. 15). Cfr. G. F. FERRARI – P. GALEONE *Le opere pubbliche locali in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2012.

[28] Ciò ha spinto nel tempo la giurisprudenza amministrativa ad identificare la sussistenza di posizioni d'interesse legittimo, riconducibili a soggetti partecipanti alla cosiddetta gara informale propedeutica alla trattativa privata, nei soli casi nei quali l'Amministrazione abbia assunto un atto di autolimitazione vincolante, che l'avvicinerebbe all'appalto - concorso, con il quale abbia stabilito criteri precisi da seguire nella negoziazione (come ha rammentato V. CERULLI IRELLI in *Corso di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, [1994] 2002, 648 – 651, riportando anche diverse citazioni giurisprudenziali).
Si faccia riferimento, ad esempio, a: CdS, Sez. V, 24.12.2001, n. 6377 (*http://www.dirittoeschemi.it/consst6377.htm*); CdS, Sez. V, 21.06.2002, n. 3407 (*http://www.dirittoeschemi.it/consst3407.htm*); TAR Milano, Brescia, Sez. III, 27.05.2005, n. 1138 e TAR Abruzzo, Pescara, 26.07.2006, n. 397 (*http://www.altalex.com/index3.php?idnot=35368*).
Merita altresì particolare segnalazione la decisione del Consiglio di Stato 2.11.2011, n. 5837, con nota a cura di S. MAGRA, all'URL:
http://www.ildirittoamministrativo.it/allegati/NOTA%20A%20CONSIGLIO%20DI%20STATO,%20SEZ.%20V,%202%20novembre%202011,%20n.%205837%20a%20cura%20di%20Salvatore%20Magra.pdf.

[29] Si tratta di un'osservazione di S. A. ROMANO, testualmente riportata da V. CERULLI IRELLI, *cit. supra*, in nt. 28, 650.
D'altro canto, in una prospettiva più ampia, non può di certo essere sottaciuta la constatazione dell'esistenza di un'ampia bibliografia sull'autonomia negoziale e sull'attività contrattuale della PA. Tra quella recente, utile è il riferimento a: V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo cit.,* 635 – 658; R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo cit.*, 973 – 1054; M. D. BEMBO *I contratti dell'amministrazione: i rapporti tra profili pubblicistici e aspetti privatistici*, in *Riv. dir. 2009*, n. 9, 1253 – 1264; V. RICCIUTO – A. NERVI *Il contratto della Pubblica Amministrazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 2009; *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale,* Torino, Giappichelli, 2009; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo cit.*, 1375 – 1430; A. MALTONI *Considerazioni in tema di attività procedimentali a regime privatistico delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. amm. 2011*, n. 1, 97 – 162; A. MASSERA – M. SIMONCINI *Fondamenti dei contratti pubblici in Italia. Report annuale – 2011 – Italia, febbraio 2011*, sul sito:
http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/21_02_2011_14_41_Massera.pdf;

vincolante nei riguardi dei terzi e, pertanto, può essere revocato. Alla medesima segue poi la presentazione delle offerte, la loro valutazione e la scelta della migliore.

Tuttavia, la giurisprudenza[30] ha ritenuto che possano pure essere esclusi dalla procedura i concorrenti non graditi all'Amministrazione, con provvedimento amministrativo impugnabile e quelli che abbiano commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante. In proposito, il Tribunale amministrativo del Lazio[31] ha precisato che l'esclusione dalla gara dell'impresa, in tali ipotesi, non ha carattere sanzionatorio, ma è posta a tutela dell'elemento fiduciario, diretto a caratterizzare i rapporti contrattuali di appalto pubblico, fin dal loro momento costituivo. Pertanto, i giudici hanno evidenziato che l'accertamento dell'operatività di siffatte cause di esclusione debba essere condotto dalla stessa Amministrazione, in sede amministrativa[32].

---

[30] In applicazione dell'articolo 38, comma primo, lettera *f)*, del decreto legislativo n. 163 del 2006.
Sul medesimo si è pronunciata la Sezione Quinta del Consiglio di Stato, dapprima con la sentenza del 27 gennaio 2010 (depositata il 22 febbraio 2011), n. 296 (con commento sul sito *www.diritto.it/* del 23 giugno 2011) e poi con la decisione n. 409 del 21 gennaio 2011, il cui dispositivo è stato pubblicato, con nota, il 31 marzo 2011, alle URL:
http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/?p=15031,
http://www.diritto.it/docs/31383-in-virt-dell-articolo-38-comma-1-lettera-f-del-d-lgs-n-163-del-2006-la-gravit-della-generica-negligenza-o-dell-inadempimento-a-specifiche-obbligazioni-contrattuali-va-commisurata-al-pregiudizio-a?page=1.
Da ultimo, sull'interpretazione del suddetto si sono pronunciate la Sezioni unite della Corte di cassazione, con le sentenze n. 2312 e 2313 del 17 febbraio 2012, consultabili alle URL:
http://www.cortedicassazione.it/Notizie/GiurisprudenzaCivile/SezioniUnite/SchedaNews.asp?ID=3016,
http://www.cortedicassazione.it/Notizie/GiurisprudenzaCivile/SezioniUnite/SchedaNews.asp?ID=3015.

[31] Sez. Roma, 6.11.2009, n. 11789, in *Riv. dir. 2010*, n. 1, 118 – 119.
Per approfondire, può essere utile il riferimento a E. FERESIN *Le cause di esclusione negli appalti pubblici. Aggiornato al regolamento appalti D.P.R. n. 207/2010*, Milano, Giuffrè, 2011, segnalato anche da *Riv. trim. dir. pubbl. 2011*, n. 3.

[32] L'articolo 4, lettera *i)*, del decreto legge 13 maggio 2011, n. 70 ha premesso che l'individuazione, l'accertamento e la prova dei requisiti di partecipazione alle gare debba avvenire mediante collegamento telematico alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici. Lo stesso ha, di seguito, preconizzato la tipizzazione delle cause di esclusione dalle gare, precisando che possono essere solo quelle previste dal Codice dei contratti pubblici (ad esempio, si considerino quelle dell'articolo 24, comma 26, del decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, *supra* in nt. 3. Si veda al riguardo *Giorn. dir. amm. 2011*, n. 11, 1157 ss.) e dal relativo regolamento di esecuzione – attuazione. Sono state, invece, valutate irrilevanti le clausole addizionali eventualmente previste dalle stazioni appaltanti nella documentazione (lettera *n)*).
Ne consegue che l'articolo 38, comma secondo, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 modificato richiede adesso che il candidato o il concorrente attesti il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva, in conformità alle previsioni del Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa (decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445). Ciò nonostante, la giurisprudenza dominante non ne esige la necessità della sottoscrizione su ogni pagina (ad esempio, TAR Piemonte, Sez. II, 31.03.2011, n. 336, URL: *http://www.appaltieriserve.it/HTML/5448.html*). Inoltre, con il « Codice antimafia » (contenuto nel d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, pubblicato sul S. O. n. 214 della G. U. n. 226 del 28 settembre 2011), dal 13 ottobre 2011 è necessario del pari applicare le « Nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia » del relativo Libro II, da cui è auspicabile possano sortire effetti positivi a breve, sebbene gli operatori del diritto manifestino « a caldo » opinioni contrastanti in merito.
Infine, dopo il prima comma dell'articolo 46 del Codice dei contratti pubblici, ne è disposto l'inserimento di un altro, in osservanza del quale si richiede alla stazione appaltante di escludere i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni imposte dalla legislazione vigente (al riguardo, TAR Puglia, Sez. I, 1.03.2011, n. 359 e CdS, Sez. VI, 04.04.2011, n. 2100), nonché nelle ipotesi di incertezza assoluta sul contenuto

Infine, le operazioni, che devono essere documentate attraverso la redazione del processo verbale, terminano con l'aggiudicazione, che è il provvedimento che perfeziona il contratto e da cui scaturisce il vincolo negoziale, col quale è, perciò, accertato e proclamato il vincitore (cosiddetto « confine estremo della fase pubblicistica »)[33]. Tuttavia, l'orientamento maggioritario della giurisprudenza ordinaria[34] ed amministrativa puntualizza che l'aggiudicazione costituisce un atto avente diversa rilevanza, anche sotto il profilo sostanziale, a seconda del tipo di procedura ad evidenza pubblica prescelto dalla PA tra quelle consentite dalla legge. Pertanto, si attribuisce valore contrattuale alla medesima soltanto in caso di scelta del contraente attraverso il sistema del pubblico incanto o della licitazione privata. Infatti, in tale caso, la posizione soggettiva dell'aggiudicatario si configura in termini di diritto soggettivo, esercitabile anche ai sensi dell'articolo 2932 del Codice civile, riconosciuto suscettibile di affievolimento nei soli casi in cui la PA, nell'esercizio dei suoi poteri di autotutela, lo annulli o lo revochi, oppure vi siano delle preclusioni alla stipula. A questa conclusione, fino al riconoscimento di una responsabilità precontrattuale della pubblica Amministrazione, i giudici sono giunti, muovendo dalla considerazione letterale del dettato normativo e da un'analisi ermeneutica parallela con il pubblico impiego privatizzato[35]. Nell'ipotesi inversa, qualora il bando di gara, la lettera d'invito o il verbale di aggiudicazione

---

o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali, ovvero nell'evenienza di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o di altre irregolarità relative alla chiusura degli involti, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte. Si veda, da ultimo, CdS, Ad. plen., 28 luglio 2011, n. 13, brevemente commentata in *Giur. it. 2011*, n. 8 – 9, 1749 – 1750 e sul sito: *http://www.neldiritto.it/appgiurisprudenza.asp?id=6644*. Sotto un profilo strettamente processuale, si segnala anche la decisione del CdS, Ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4 (il cui testo può essere letto sulla rivista *Dir. proc. amm. 2011*, n. 3, 1035 – 1063), che ha affermato che il ricorso incidentale, diretto a contestare l'ammissione alla gara del ricorrente principale, va sempre esaminato con priorità, a prescindere dal numero dei partecipanti e dai requisiti, oggettivi e soggettivi, di partecipazione, che si assumono violati. Infatti, si è riconosciuto che con quest'ultimo il controinteressato pone una questione pregiudiziale di rito che, se fondata, si riflette sulla preclusione all'esame del ricorso principale per difetto di legittimazione ad agire. Si consideri A. SQUAZZONI, in *Dir. proc. amm. 2011*, n. 3. 1063 – 1118 e R. GISONDI, in *Giorn. dir. amm. 2011*, n. 10, 1103 – 1116. Cfr. anche G. LEONE *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Padova, CEDAM, 2011, II ed..

[33] Cfr. l'articolo 16, comma quarto, del r. d. n. 2440 del 1923 e l'articolo 11, commi quarto, quinto, settimo, ottavo, nono, del Codice dei contratti pubblici e G. GUZZO *L'appalto pubblico: fisiologia e patologia della vicenda contrattuale nel nuovo schema legislativo e giurisprudenziale*, pubblicato il 14 maggio 2010 sul sito: *http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/2010_5_Guzzo_Fisiologia_e_patologia_vicenda_contrattuale.htm*.

[34] Cfr. CCass., Sez. un., 11 gennaio 2011, n. 391, con commento di C. CILLA, sul sito *www.ildirittoamministrativo.it*, all'indirizzo: *http://www.ildirittoamministrativo.it/allegati/Nota%20Cass.%20S.U.%2011%20gennaio%202011%20n.%20391%20a%20cura%20di%20Cristina%20Cilla.pdf*.

[35] Del resto, anche nell'ambito dei contratti pubblici opera il principio fondamentale di buona fede *ex* articoli 1337 e 1338 del Codice civile, che domina, peraltro, l'intera materia negoziale. L'osservazione è di V. CERULLI IRELLI in *Corso di diritto amministrativo cit.*, 638 – 640, che dedica uno spazio di riguardo agli orientamenti della giurisprudenza sulla responsabilità precontrattuale della PA (v. *infra* nt. 98).

disponessero diversamente, posticipando l'insorgenza del vincolo contrattuale al momento della formale stipulazione del contratto, la situazione giuridica del potenziale contraente si configurerebbe in termini d'interesse legittimo, così come avviene nelle ipotesi di appalto-concorso o di trattativa privata[36].

Inoltre, la giurisprudenza amministrativa ha avuto occasione di pronunciarsi a proposito della mancata impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, pendente il ricorso avverso quella provvisoria, entrambe correlate alla procedura di evidenza pubblica prodromica alla stipulazione del contratto. La posizione più accreditata sostiene il carattere « endoprocedimentale » dell'aggiudicazione provvisoria e, quindi, la sua inidoneità a ledere definitivamente l'interesse dell'impresa non vincitrice della gara ed il suo assoggettamento all'approvazione della stazione appaltante. Essa ha reputato congruo asserire il carattere facoltativo dell'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria da parte del concorrente, mentre ne ha giudicato sempre indispensabile la proposizione nei riguardi dell'aggiudicazione definitiva. Quest'ultima è allora ritenuta tale da richiedere sempre un autonomo gravame, pure in pendenza di quello dell'aggiudicazione provvisoria. In effetti, si è avuto modo di argomentare che l'omessa impugnazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva renderebbe improcedibile il ricorso nei confronti dell'aggiudicazione provvisoria, per sopravvenuto difetto d'interesse. Questa regola non troverebbe applicazione soltanto nel caso in cui l'aggiudicazione definitiva dovesse sopraggiungere qualora fosse già pendente il ricorso contro il bando di gara, poiché l'annullamento dello stesso determinerebbe comunque il venire meno di tutti gli atti successivi del procedimento, compresa l'aggiudicazione definitiva. Invero, non è mancata altra parte della giurisprudenza, avallata da diverse pronunce del Consiglio di Stato, che ha preteso di statuire che non sussisterebbe l'esigenza d'impugnare l'aggiudicazione definitiva, sopravvenuta a quella provvisoria già impugnata, almeno nell'ipotesi in cui la prima dovesse recepire integralmente i risultati della seconda[37]. D'altro canto, si è di recente ribadito, in ambito giurisprudenziale, che in considerazione del fatto che l'aggiudicazione delimita la conclusione della fase pubblicistica di selezione del contraente e

[36] Siffatta interpretazione, però, secondo una parte della dottrina, non terrebbe in debita considerazione l'implicita distinzione fra aggiudicazione e contratto sottesa agli articoli 11 e 7 del d.lgs. n. 163 del 2006. L'aggiudicazione avrebbe, perciò, piuttosto natura di atto amministrativo ampliativo della sfera soggettiva del destinatario, che diventerebbe, quindi, titolare di un interesse legittimo pretensivo alla stipulazione. Non sono allora mancate interpretazioni dottrinali che l'hanno inquadrata fra gli accertamenti costitutivi (così P. VIRGA *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, I, 1993, III ed., 411 – 412 e R. GALLI *Corso di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, [1994], 1995, II ed., 811 – 813).

[37] In questo senso, TAR Sardegna 6.11.2009, n. 1690, in *Riv. dir. 2010*, n. 1, 117 – 118. L'assunto troverebbe fondamento nelle disposizioni di cui agli articoli 11, commi quarto e quinto e 12, comma primo, del decreto legislativo n. 163 del 2006.

la possibilità di esercitare i poteri di autotutela, è da escludersi un'applicabilità immediata della normativa entrata in vigore tra il momento della medesima e quello della stipula del contratto[38].

Per contro, la terza fase della procedura ad evidenza pubblica consta nella stipulazione del contratto, necessariamente per iscritto a pena di nullità, che è considerata indefettibile, in conformità della legge sulla contabilità dello Stato, qualora sia preceduta da trattativa privata o da appalto – concorso[39].

Diverso è il caso in cui l'Amministrazione, aggiudicato il contratto, rimanga inerte, anziché provvedere alla sua stipulazione nel termine stabilito[40]. In tal evenienza, è stato ritenuto ammissibile il diritto della controparte negoziale allo scioglimento di ogni vincolo ed al rimborso delle sole spese contrattuali sostenute per la partecipazione alla gara. D'altronde, anche parte della dottrina[41], senza qualificare la situazione dell'aggiudicatario alla stregua di un diritto soggettivo, è pervenuta a ritenere che dall'aggiudicazione derivi un vincolo preliminare di tipo contrattuale, la cui violazione giustifichi l'attivazione del rimedio dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre *ex* articolo 2932 del Codice civile[42].

In ogni caso, si deve tenere presente che i contratti statali aggiudicati e poi stipulati sono perfetti, ma improduttivi di effetti, fino all'adozione dell'atto di approvazione, che costituisce una *condicio juris* della loro efficacia retroattiva, consistente in un controllo di regolarità amministrativa e contabile[43]. Pertanto, in ambito giurisprudenziale, l'approvazione e il diniego di approvazione del contratto da parte della PA sono stati qualificati atti di natura « provvedimentale », costituendo esercizio di potere discrezionale ed autoritativo[44]. A questo proposito, ancora oggi, la giurisprudenza giudica legittimo il rifiuto di approvazione, quando è motivato dalla presenza di vizi di legittimità della procedura o da gravi motivi d'interesse pubblico, riconoscendo la legittimazione del privato stipulante a tutelare il suo interesse legittimo davanti al giudice amministrativo e facendo pure salvo il suo diritto ad agire per ottenere la restituzione della prestazione posta in essere in esecuzione del contratto.

[38] Si veda CdS, Sez. II, 27.03.2007, n. 440, in *Riv. dir. (Speciale magistrato e avvocato) 2008*, n. 2, 73 – 75. Cfr. altresì CC 10.06.2011, n. 184, sulla rivista *on line* www.federalismi.it *2011*, n. 12.

[39] Cfr. gli articoli 3, commi sei, undici e 11, comma tredici, del d.lgs. n. 163 del 2006.

[40] Quest'ultimo si evince dall'articolo 11, comma nono, del Codice dei contratti pubblici.

[41] Per esempio, R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo cit.*, 792 – 793, quando il rifiuto a contrarre manifestato dalla PA sulla stipulazione del definitivo sia del tutto immotivato o chiaramente pretestuoso.

[42] V. *supra.*

[43] Sul fondamento dell'articolo 11, comma undici, del Codice dei contratti pubblici.

[44] Così TAR Lazio, Sez. III, 13.04.2010, n. 6643. V. *supra,* nt. 30.

3. La procedura ad evidenza pubblica nelle disposizioni « sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità dello Stato » a raffronto con quella del diritto comunitario.

È importante evidenziare il riscontro di differenze importanti tra la tradizionale procedura ad evidenza pubblica risalente agli ordinamenti preunitari, confermata dalla legge di contabilità di Stato del 1923 e dal regolamento di contabilità statale del 1924[45] e quella introdotta dalle regole imposte dalla normativa comunitaria, accolta nel Codice dei contratti e di cui la disciplina più interessante è quella sui lavori pubblici[46].

La prima si proponeva l'obiettivo di garantire l'interesse dell'Amministrazione al conseguimento della migliore prestazione, alle condizioni economiche maggiormente favorevoli. Ne era anche conseguita la qualificazione dell'interesse dei contraenti alla corretta valutazione delle proprie offerte nei termini di un interesse legittimo occasionalmente protetto e, quindi, irrisarcibile. Nella fase della formazione della volontà contrattuale era allora prevalso, nei rapporti fra le parti, lo schema potere – interesse legittimo. Infatti, la giurisprudenza tradizionale aveva sempre considerato i relativi atti sottoposti alla disciplina tipica dei provvedimenti amministrativi e, perciò, annullabili d'ufficio, nonché impugnabili davanti al giudice amministrativo dagli interessati, ai fini della sospensione o dell'annullamento per illegittimità, come pure annullabili dall'organo di controllo o non suscettibili di registrazione da parte della Corte dei conti. Per converso, la giurisdizione ordinaria era prevalsa nella fase dell'esecuzione, nell'evenienza di controversie. Poiché il consenso dell'Amministrazione si perfezionava solo con l'approvazione e l'atto negoziale diventava efficace solo a seguito dei successivi controlli, il terzo contraente doveva considerarsi vincolato dal contratto stipulato, sicché sulla sua volontà non poteva ritenersi influente la successiva vicenda amministrativa.

---

[45] Cfr. il r. d. 23 maggio 1924, n. 827 « Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato », pubblicato nel S. alla G. U. del Regno n. 130 del 3 giugno 1924, URL: *http://augusto.digitpa.gov.it/gazzette/index/download/id/1924130_SO*
e aggiornato alla G. U. n. 171 del 25 luglio 2001, URL:
http://www.normativaitaliana.it/nazionale/RD%2023-05-1924%20n.827.asp.
V. *supra*, nt. 13.

[46] Cfr. la direttiva UE 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea, avente ad oggetto le modifiche delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio « per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici », pubblicata sulla GUUE L 335/31 del 20 dicembre 2007, in vigore dal 9 gennaio 2008 (e attuata con il d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53. V. *supra* nt. 22), URL:
http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:335:0031:0046:IT:PDF.
Si rinvia anche a M. LIPARI *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in *www.federalismi.it 2008*, n. 9.

In conformità ad un'impostazione più moderna, che ormai prevale, la procedura ad evidenza pubblica, che trova la sua fonte di disciplina nel diritto comunitario ed è stata recepita dal Codice dei contratti pubblici, è incentrata, invece, solo sul momento della scelta del contraente e, in particolare, sulla tutela e sulla valorizzazione della concorrenza, che costituisce un principio fondamentale del Trattato. Lo dimostra la disciplina dettata dalle recenti direttive sugli appalti[47], che si presenta come uno strumento per la realizzazione del mercato unico attraverso l'attuazione della libertà di circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali, nonché della libertà di stabilimento[48]. D'altro canto, la normativa comunitaria si è prefissata di ottemperare al principio della *par condicio,* anche per delimitare la discrezionalità dell'Amministrazione pubblica appaltante e allo scopo d'inquadrarla nell'ambito di procedure tipizzate. Inoltre, essa è stata emanata non più soltanto con l'intento di tutelare l'interesse dell'Amministrazione pubblica, ma altresì di proteggere i profitti degli imprenditori e, quindi, dei potenziali contraenti. Ciò soprattutto in conseguenza della considerazione delle ripercussioni economiche, che derivano agli operatori dalle scelte legislative adottate. Nel mutato quadro costituzionale, l'interpretazione preferibile sembrerebbe allora quella che trova conferma in una recente sentenza della Corte costituzionale, corretta da una successiva per le regioni a statuto speciale[49], in applicazione

[47] 2004/17/CEE (*infra* in nt. 54), 2004/18/CEE (*infra* in nt. 51) e 2007/66/CE (*supra* in nt. 46).
Meritevole di condivisione è pure l'osservazione secondo la quale una rinnovata concezione dell'interesse pubblico, « inteso ora come strumento funzionale al mercato, ossia come passaggio necessario a garantire la piena operatività del gioco concorrenziale, quale valore da promuovere oltre che da tutelare », rappresenta la stessa linea interpretativa seguita dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, Sezione Sesta, nella sentenza 12 dicembre 2002, nella causa C-470/99 (sulla GUCE del 25 gennaio 2003, C 19/1) e da quella della Sezione Quarta del Consiglio di Stato, nella decisione 6 ottobre 2004, n. 6491, nonché dai giudici della Corte costituzionale, nella sentenza 19-23 novembre 2007, n. 401 (*infra* in nt. 49), preceduta dalla sentenza n. 272 del 13-27 luglio 2004 (commentata da C. DEODATO *Luci ed ombre sul riparto di competenze legislative tra Stato e regioni in materia di servizi pubblici locali,* su *Federalismi.it 4 novembre 2004,* n. 21) e seguita dalle decisioni n. 326 del 30 luglio 2008 (pubblicata anche su *Federalismi.it* del 6 agosto 2008, n. 16) e 432 del 23 dicembre 2008 (su *Federalismi.it 14 gennaio 2009,* n. 1).
Cfr. F. STEFANANGELI – M. GALETTI BEER *L'evoluzione del principio di evidenza pubblica,* 2011, URL: *http://www.contabilita-pubblica.it/Archivio10/Dottrina/evol.pdf.*

[48] Cfr. l'articolo 3, lettere *c), d)* e *g),* della Versione consolidata del Trattato che istituisce la Comunità europea, sulla G.U.C.E. 24 dicembre 2002, C 325/33.
A ciò si devono aggiungere gli effetti, che sono derivati dall'applicazione del diritto comunitario *antitrust* da parte degli Stati membri della UE. L'obiettivo è di stabilire un piano di parità tra tutti gli operatori economici, che agiscono fuori dai propri confini nazionali e di uniformare la normativa sulla concorrenza in tutti i paesi dell'Unione Europea.

[49] Si tratta della sentenza della Corte costituzionale del 23 novembre 2007, n. 401.
Tuttavia, l'omologo provvedimento giurisdizionale dei giudici della Consulta del 12.02.2010, n. 45 riconosce alla Provincia autonoma di Trento la cognizione statutaria in materia di lavori pubblici, che nello statuto Trentino-Alto Adige è ricompresa nelle materie di attribuzione legislativa primaria. Per maggiori approfondimenti in merito, si propone R. BIN *Lavori pubblici: quanto « intangibili » sono le materie enumerate negli statuti speciali?,* in *Le Reg. 2010,* n. 5, 1147 ss.. Infine, si tenga pure presente la decisione dell'organo di giustizia costituzionale dell'11.02.2011, n. 43, su:
www.federalismi.it 2011, n. 4.

della quale tutti gli aspetti riguardanti i lavori pubblici, che ovviamente siano riconducibili alla tutela della concorrenza (articolo 117, secondo comma, lettera *e)*), all'ordinamento civile, alla giurisdizione e alla giustizia amministrativa (articolo 117, secondo capoverso, lettera *l)*), rientrano nella competenza legislativa esclusiva statale, trattandosi di materie non elencate dagli statuti tra quelle di spettanza regionale o provinciale e, invece, espressamente attribuite dalla Costituzione allo Stato.

4. Cenni sulla nozione di appalto nel Codice dei contratti e sulla sua distinzione da figure affini

L'assunto appare, peraltro, maggiormente comprensibile, se solo si pensa che la nozione di appalto pubblico deve essere tenuta distinta dall'omologa civilistica, che si desume dall'articolo 1655 del Codice civile. In effetti, quest'ultima consta di una delimitazione oggettiva e di un'altra soggettiva, riguardando « il compimento di un'opera o di un servizio », ma non la disciplina della fornitura di beni già prodotti ed essendo l'appaltatore dotato di una propria organizzazione economica.

Per contro, la definizione pubblica e comunitaria di appalto allude, sotto il profilo oggettivo, ad un contratto a prestazioni corrispettive e a titolo oneroso per l'autorità aggiudicatrice[50], concluso in forma scritta. Il medesimo, al pari della concessione[51], evoca una relazione intersoggettiva che ha ad oggetto la realizzazione di lavori, la prestazione di servizi, come pure la fornitura di beni, fino a comprendere la totalità dei contratti passivi della PA che,

[50] Del resto, la giurisprudenza ha avuto modo di precisare come l'onerosità debba essere intesa alla stregua di un onere economico a carico della PA. Essa è stata ritenuta sussistente anche nei casi nei quali il corrispettivo non sia direttamente erogato, ma soltanto traslato dall'Amministrazione. Ragionando in questi termini, si è affermato, attraverso un'interpretazione non costante, che i contratti che quest'ultima stipula con il *broker* e con l'*advisor* sono da considerare dei contratti a titolo oneroso. In questo senso, CCass., Sez. III, 7.02.2005, n. 2416, che può essere visionata all'indirizzo:
http://www.cortedicassazione.it/Notizie/GiurisprudenzaCivile/SezioniUnite/SchedaNews.asp?ID=495.
Per contro, di contrario avviso è stata la decisione del TAR Abruzzo, Sez. Pescara, 26.07.2006, n. 397, che può essere letta, con nota, all'URL:
http://www.altalex.com/index.php?idnot=35368. Cfr. F. CARINGELLA, *Lezioni e sentenze di diritto amministrativo 2008 cit.*, 565.

[51] Ai sensi dell'articolo 1, comma sesto, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio Ue del 31 marzo 2004 « relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi », pubblicata sulla GUUE L 134/114 del 30 aprile 2004, URL:
http://www.appaltiinlinea.it/normativa_appalti/Direttiva_CEE_18_2004_articoli.htm
e *http://www.simone.it/appaltipubblici/merloni/altre%20leggi/dir18_2004.htm*.
Essa è stata recepita dall'articolo 3, comma sei, del d.lgs. n. 163 del 2006, riprendendo una definizione già largamente utilizzata in passato (cfr. l'articolo 2 del d.lgs. 24 luglio 1992, n. 358, pubblicato sul S. O n. 104 alla G. U. n. 188 dell'11 agosto 1992; l'articolo 19, comma primo, della legge n. 109 del 1994, *supra*, in nt. 4; l'articolo 3, comma primo, del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157 e l'articolo 7 del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158, entrambi sul S. O. n. 52 alla G. U. n. 104 del 6 maggio 1995). Su *La nozione codicistica di contratto pubblico,* ha scritto C. IAIONE, URL:
http://www.anticorruzione.it/Portals/altocommissario/Documents/iaione.pdf.

peraltro, concorrono a costituire la maggiore parte dei contratti della medesima[52]. Essa non richiede un'organizzazione imprenditoriale per i servizi e le forniture. Così come per gli appalti di lavori si esige la qualifica di « imprenditore », per quelli di servizi e di forniture è sufficiente la mansione di « prestatore ».

La constatazione che il Codice dei contratti pubblici si riferisca solo ai contratti non è, peraltro, casuale[53]. Infatti, mentre ai fini comunitari[54] l'appalto è qualsiasi mezzo con il quale l'Amministrazione pubblica acquisisce beni, servizi ed opere, il Codice civile, per il conseguimento di uno scopo analogo, si riferisce, allo stesso modo, ad ogni altro contratto traslativo e a qualsivoglia fattispecie, indifferentemente tipica, atipica o mista, purché avente ad oggetto un dare o un fare.

Da ultimo, è bene ricordare che le concessioni sono comunque contratti che, a loro volta, si differenziano dagli appalti, articolandosi in un rapporto trilaterale, inerente al conferimento di un diritto di gestione dell'opera o del servizio, che permette al concessionario non soltanto di percepire i proventi dall'utente a titolo di controprestazione, ma altresì di assumere la responsabilità di gestione ed il conseguente « rischio economico » dell'attività diretta al soddisfacimento dell'interesse collettivo, sul quale normalmente gravano i costi[55].

---

[52] Invero, secondo il Consiglio di Stato, sono sottoposti ai principi comunitari, in materia di tutela della concorrenza, non solo i contratti « onerosi », ma anche i contratti cosiddetti « altruistici » o « gratuiti », con i quali le imprese, in vista di un tornaconto economico indiretto (in termini di pubblicità, di notorietà e presunta affidabilità), accettano di realizzare lavori, servizi o forniture senza alcun onere economico a carico della pubblica amministrazione. In tale ipotesi, però, si è evidenziato che non rileva la figura dell'appalto, proprio perché il vantaggio dell'impresa non è a carico dell'amministrazione, ma quella del contratto gratuito. D'altro canto, questa tipologia contrattuale rappresenta comunque un'occasione di guadagno per l'impresa che lo stipula e, per siffatto motivo, si ritiene che emerga la necessità di procedere alla selezione del contraente nel rispetto dei principi di evidenza pubblica. Cfr. CdS, Sez. VI, 10.01.2007, n. 60, richiamata da F. STEFANANGELI – M. GALETTI BEER, in *L'evoluzione del principio di evidenza pubblica cit.* in nt. 47.

D'altro canto, questa interpretazione, di certo condivisibile, sembrerebbe trovare conferma con riferimento ai cosiddetti « contratti di sponsorizzazione » *ex* articolo 26 del d.lgs. n. 163 del 2006. Infine, alla stessa conclusione si è pervenuti nei confronti dei contratti indicati nel Titolo II, della Parte I, del Codice dei contratti pubblici. Cfr., in merito, CdS, Sez. VI, 9.02.2006, n. 518; CdS, Sez. VI, 5.06.2006, n. 333; TAR Lazio, Sez. Latina, 8.09.2006, n. 610. Utile è anche il rinvio, ancora una volta, a F. CARINGELLA, *Lezioni e sentenze di diritto amministrativo 2008 cit.*, 566 – 569.

[53] Cfr. l'articolo 2 del d.lgs. n. 163 del 2006. Esso è stato modificato dal d.lgs. n. 6 del 26 gennaio 2007, che contiene « disposizioni correttive ed integrative del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62 (Legge comunitaria 2004) ». Il medesimo è pure stato pubblicato nella G. U. n. 25 del 31 gennaio 2007 e può essere rinvenuto sul Portale del Parlamento italiano, all'indirizzo:
http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/07006dl.htm.

[54] Cfr. la direttiva 2004/17/CE del 31 marzo 2004 del Parlamento europeo e del Consiglio Ue, « che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali », pubblicata nella GUUE L 134/1 del 30 aprile 2004, visionabile sul sito:
http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:134:0114:024:it:PDF.

[55] Sul tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi, si rinvia alla sentenza del CdS, Sez. V, 9.09.2011, 5068, alla quale si può accedere, con breve sintesi riepilogativa, su *http://www.diritto.it/*.

5. L'efficacia dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto di appalto pubblico, nell'interpretazione evolutiva a intercalare della giurisprudenza ordinaria ed amministrativa

Innanzitutto, è opportuno premettere come sia risalente nel tempo il contrasto giurisprudenziale sulle conseguenze giuridiche determinate dall'annullamento giurisdizionale del provvedimento conclusivo di un procedimento ad evidenza pubblica nei riguardi del contratto stipulato dall'Amministrazione[56].

Invero, la Corte di cassazione[57], già negli anni ottanta, aveva riconosciuto che i vizi dell'evidenza potessero essere riqualificati, in termini civilistici, come vizi del procedimento di formazione della volontà del contraente pubblico. La posizione, che si era consolidata, era stata quella in ossequio della quale la caducazione, in sede giurisdizionale od amministrativa, di atti della fase della formazione del contratto ad evidenza pubblica dovesse privare l'Amministrazione medesima, con efficacia *ex tunc*, della legittimazione a negoziare (*ex* articolo 1441 del Codice civile). Inoltre, seguendo l'impostazione della giurisprudenza tradizionale dominante, l'annullamento di un atto della fase di formazione negoziale avrebbe indotto all'esercizio dell'azione di annullamento del contratto, nel termine prescrizionale di cinque anni. La pertinente legittimazione attiva sarebbe stata riservata alla sola PA, ai sensi

---

Si leggano anche le *Massime della giurisprudenza classificate per il nodo « In genere »*, a cura della Avcp, all'indirizzo elettronico:
http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/Massimario/MassimarioGiurisprudenza?portal:componentId=26136097&portal:type=render&portal:isSecure=false&action=listaMassimeGiurPerNodoAlbero&idNodo=246&descrizioneAlbero=In%20genere.
In ogni caso, è bene ricordare che tradizionalmente mentre il contratto di appalto era qualificato come un contratto di diritto privato, la concessione era ricondotta ad un provvedimento amministrativo. Questa dicotomia è poi stata messa in crisi dalla nozione comunitaria di « contratto di concessione », recepita dal Codice dei contratti. Il diritto comunitario ha posto, dunque, questa fattispecie sullo stesso piano di quella del contratto, come si evince dalla definizione di concessione di lavori pubblici e di servizi, di cui all'articolo 3, commi undici e dodici, del d.lgs. n. 163 del 2006. Tuttavia, mentre le concessioni di lavori pubblici sono integralmente sottoposte alla disciplina del Codice dei contratti, al medesimo sono sottratte le concessioni di servizi, anche se la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi del Trattato e dei principi generali pertinenti ai contratti pubblici, previa gara informale, seguendo il dettato normativo dell'articolo 30 del Codice. Così F. CARINGELLA, *Lezioni e sentenze di diritto amministrativo 2008 cit.*, 566.

[56] Per una conoscenza esaustiva, a questo riguardo, si rinvia a:
N. DURANTE *Arresti giurisprudenziali in tema di annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto medio tempore stipulato*, consultabile *on line:*
http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/Durante_Annullamento_dell_aggiudicazione.htm;
A. CELLA – M. GIONCADA *Corso « L'applicazione del nuovo Codice dei contratti nell'ente locale »*, 19 gennaio 2007, all'indirizzo:
http://www.ascolod.it/objstore/filegrp/Biblioteca%20Seminari/3-Dispensa%20Cella%20e%20Gioncada.pdf;
L. RIOTTO *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto d'appalto stipulato: i problemi ancora aperti in punto di riparto di giurisdizione e la soluzione del Tar Lombardia (sent. 8 maggio 2008, n. 1370)*, pubblicato il 18 settembre 2008, URL:
http://www.ascolod.it/objstore/filegrp/Biblioteca%20Seminari/3-Dispensa%20Cella%20e%20Gioncada.pdf;

[57] Cfr. CCass., Sez. I, 20.11.1985, n. 5712 richiamata in CdS, Sez. IV, 27.10.2003, n. 6666. Il dispositivo di quest'ultima può essere letto, collegandosi al sito:
http://www.ambientediritto.it/sentenze/2003/CdS/giugno-dic/Cds%202003%20n.6666.htm.

dell'articolo 1441 del Codice civile, che avrebbe comportato la pronuncia di una sentenza di annullamento riconducibile al giudice ordinario, avente natura costitutiva[58].

Invero, seguendo questo ragionamento, la nullità era stata riconosciuta esclusivamente in caso d'incompetenza assoluta dell'organo stipulante e comunque ogni volta in cui fosse stato ravvisabile un vizio di straripamento del potere[59], nonché, nel rispetto di un certo filone dottrinale, nell'ipotesi di annullamento dell'atto di aggiudicazione, per venire meno del consenso di una delle parti[60]. Però, in questo modo, era stato giocoforza sollevare l'obiezione che quella posizione giurisprudenziale avrebbe sostanzialmente vanificato la tutela dei soggetti controinteressati, che dall'accoglimento del ricorso al giudice amministrativo non avrebbero praticamente tratto risultato utile alcuno, se non quello derivante dall'eventuale esercizio dell'azione di responsabilità, qualora concretamente ammissibile. Inoltre, si era osservato che tale impostazione, oltre ad attribuire alla PA una posizione di privilegio e comportare una frammentazione giurisdizionale, avrebbe, di fatto, reso inapplicabile la previsione di cui all'articolo 7 della legge del 6 dicembre 1971, n. 1034[61], istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali. Sulla scia di tali critiche, parte della giurisprudenza amministrativa aveva allora sostenuto la teoria della nullità virtuale del contratto per violazione di norme imperative ed inderogabili, in quanto preposte alla salvaguardia di un interesse di ordine pubblico generale, ai sensi dell'articolo 1418, comma primo, del Codice civile[62].

Per contro, in osservanza di un altro orientamento giurisprudenziale, soltanto nel caso di mancata approvazione contrattuale il privato avrebbe potuto reputarsi legittimato ad agire per l'inefficacia. In effetti, l'intervenuto diniego, incidendo retroattivamente sull'efficacia del contratto, avrebbe privato quest'ultimo di ogni possibilità di assurgere a fonte di obbligazioni per i contraenti[63]. Da ultimo, nella giurisprudenza amministrativa, si era diffusa la tesi dell'inefficacia del contratto, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, che avrebbe tratto valide argomentazioni a suo favore dall'articolo 246, comma quarto, del Codice dei contratti pubblici. Ne era derivato che alcune pronunce[64], che rappresentano ancora oggi

[58] Cfr. CCass., Sez. II, 21.02.1995, n. 1885 e 8.05.1996, n. 4269.
[59] Si era anche sostenuto la tesi dell'inefficacia *ex* articolo 1398 del Codice civile, nell'ipotesi di contratto concluso dal rappresentante senza potere. Così Ccass., Sez. III, 10.01.2003, n. 195.
[60] Cfr. CCass., sez. III, 4.11.2004, n. 21138; CdS, sez. V, 5.03.2003, n. 1218 e CdS, sez. VI, 19.11.2003, n. 7470.
[61] Così come modificato dall''articolo 7 della legge n. 205 del 21 luglio 2000 (sulla G. U., Serie gen., n. 173 del 26 luglio 2000 ed entrata in vigore il 10 agosto 2000) e, da ultimo, abrogato dall'articolo 4, n. 23, dell'Allegato 4 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (v. *infra* nt. 84)
[62] Cfr. CCass., Sez. I, 05.05.2008, n. 11031.
[63] Cfr. CCass., Sez. un., 26.07.1985, n. 4332.
[64] Cfr., a questo proposito, CdS, sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2992; CdS, sez. V, 28.05.2004, n. 3463; CdS, sez. V, 28 maggio 2004, n. 3465.

l'orientamento prevalente del Consiglio di Stato, si erano spinte nella direzione della valorizzazione del rapporto di consequenzialità fra aggiudicazione e contratto, ritenuto assimilabile al collegamento negoziale fra contratti di diritto privato. Si era allora affermato che l'annullamento dell'aggiudicazione, in sede giudiziale o amministrativa, avrebbe determinato la caducazione automatica, con effetti retroattivi del contratto « per mancanza legale del procedimento, ossia per carenza del presupposto legale di efficacia del contratto costituito dalla fase di evidenza pubblica per mancanza legale del procedimento ». Ne sarebbe conseguita l'applicazione del principio generale, secondo cui *simul stabunt simul cadent* e l'aggiudicazione automatica a vantaggio del secondo classificato. Per converso, in altre sentenze[65], si era optato per l'assunto dell'inefficacia relativa sopravvenuta, sicché l'efficacia contrattuale si sarebbe esaurita solo in conseguenza dell'iniziativa giurisdizionale, che sarebbe stata riservata, in via esclusiva, al contraente pretermesso, davanti allo stesso giudice che avrebbe dovuto pronunciare la sentenza costitutiva di demolizione dell'atto gravato. In questo modo, si era utilizzata la categoria dell'inefficacia successiva, che sarebbe ricorsa quando « il negozio, pienamente efficace al momento della stipula, fosse diventato inefficace per inidoneità funzionale, in cui fosse venuto a trovarsi il programma negoziale, per l'incidenza *ab externo* d'interessi giuridici di rango poziore incompatibili con l'interesse interno negoziale. L'inefficacia assoluta si sarebbe allora estesa retroattivamente, incontrando il duplice limite delle situazioni soggettive, che si fossero già consolidate in capo ai terzi fino alla domanda rivolta a fare dichiarare l'inefficacia e delle prestazioni già eseguite nei negozi di durata »[66].

Non sorprende, quindi, che, anche in tempi recerti, la questione degli effetti destinati a prodursi sul contratto di appalto, a seguito dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione[67], sia nuovamente emersa al centro del dibattito giurisprudenziale.

In effetti, le Sezioni unite erano nuovamente intervenute nel 2007[68], per individuare nel giudice ordinario l'autorità giurisdizionale competente a conoscere sulla domanda volta ad ottenere la dichiarazione di nullità, di inefficacia o l'annullamento del contratto, in conseguenza dell'annullamento, in sede giurisdizionale, della delibera di scelta dell'altro contraente, adottata all'esito di una procedura ad evidenza pubblica. Disinteressandosi, però,

[65] Ad esempio, CdS, sez. V, 28 maggio 2004, n. 3465.

[66] A questa ricostruzione ha aderito T.R.G.A., Sez. Bolzano, 08.01.2007, n. 5, che può essere letta, con nota, all'URL:
http://www.ratioiuris.it/news.interna.php?notizia=226.

[67] Per una trattazione esaustiva della materia, si consiglia S. RUSCICA *Inefficacia del contratto di appalto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2011.

[68] Cfr. CCass, Sez. un., 28.12.2007, n. 27169. In senso conforme, TAR Lombardia, Sez. I, 20.07.2009, n. 4398, su *www.mondogiuridico.com*.

del profilo dell'invalidità inficiante la fattispecie negoziale, esse si erano distaccate dall'approccio interpretativo giurisprudenziale e dottrinale del passato, che aveva affrontato le due questioni in un rapporto di logica consequenzialità. Infatti, le stesse si erano limitate a sottoporre al sindacato del giudice amministrativo il solo contenzioso pertinente alla fase pubblicistica dell'attività contrattuale dell'Amministrazione pubblica, per attrarre, invece, alla cognizione della giurisdizione ordinaria non soltanto la disciplina sui requisiti (articoli 1325 e seguenti del Codice civile) e sugli effetti del contratto (articoli 1372 e successivi del medesimo testo codicistico), ma anche l'intera gamma delle patologie ed inefficacie ad esso correlate, tanto strutturali, quanto estranee o sopravvenute. Si era sostenuta, al contrario, non invocabile la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Ciò innanzitutto in considerazione della necessità di conformarsi, nell'ordinamento processuale, al principio generale dell'inderogabilità della giurisdizione per ragioni di connessione e poi per la constatazione dell'impossibilità d'introdurre deroghe espresse, non riscontrate nella normativa esaminata[69].

La giurisprudenza della Suprema Corte di cassazione era poi tornata su tale intricata vicenda processuale nel 2008[70], per aderire sostanzialmente all'orientamento inaugurato l'anno precedente, ribadendo che provvedimento e contratto dovessero continuare ad essere considerate due realtà diverse. Essa aveva, perciò, ritenuto che la sussistenza di una loro connessione logica e temporale non fosse suscettibile di modificare i rispettivi e distinti poteri giurisdizionali dei giudici, individuati come competenti a decidere sulle distinte posizioni

[69] Cfr. R. GAROFOLI *Tracce amministrativo con giurisprudenza,* Roma, Nel diritto editore, 2008, 328 – 331.

[70] Si veda CCass, Sez. un., 18.07.2008, n. 19805.

Si tenga presente che le Sezioni unite della Corte di cassazione, già nella sentenza del 23 aprile 2008, n. 10443, nel decidere un ricorso avverso una sentenza del Consiglio di Stato, erano partite dalla premessa che la RAI è un organismo di diritto pubblico e, come tale, assoggettata alle procedure di evidenza pubblica per la scelta del contraente, negli appalti di valore eccedente le soglie comunitarie, con la sola eccezione degli appalti relativi ai servizi di radiodiffusione e televisione. Esse avevano allora riconosciuto la giurisdizione del giudice amministrativo con riferimento alla correlata procedura di affidamento ed avevano, invece, cassato la sentenza del Supremo organo di giustizia amministrativa, nella parte in cui aveva annullato i contratti stipulati e pronunciato sui relativi effetti. Infatti, in tale caso, le stesse avevano riscontrato un eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo, in considerazione del riscontro della sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario sui contratti. Per una sua lettura, si rinvia al sito:
http://www.astrid-online.it/Riforma-de4/Giurisprud/Cassazione-10443-2008.pdf.

In ogni caso, si ritiene opportuno rimarcare che il Codice dei contratti ha ridotto, in maniera considerabile, la distanza tra i contratti « sopra soglia » e quelli « sotto soglia ». Pertanto, entrambi ricevono oggi, per effetto della novella legislativa, una specifica disciplina, in conformità ai principi dell'evidenza pubblica, anche se la regolamentazione contenuta negli articoli 121 – 124 del d.lgs. n. 163 del 2006, riguardante i contratti « sotto soglia », appare meno rigida rispetto all'affine tipologia contrattuale. Si tenga, però, presente che la complessa normativa riguardante il « tetto » comunitario è stata revisionata dal regolamento comunitario della Commissione n. 1422 del 4 dicembre 2007 (pubblicato sulla GUUE L 317/34 del 5 dicembre 2007), che ha di nuovo abbassato il valore economico delle « soglie » in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti, modificando le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 2004/17/CE e 2004/18/CE. Cfr. nuovamente F. CARINGELLA, ult. *op. cit.*, 566 – 567.

giuridiche soggettive fatte valere. Logico corollario era stato allora la conferma dell'assunto interpretativo che ogni domanda sull'inefficacia del contratto potesse riguardare solo diritti soggettivi, in assenza dell'esercizio di qualsiasi potere autoritativo della PA, sia nella fase di conclusione, che di esecuzione dell'appalto.

D'altronde, soltanto in un *revirement* del 2010, le Sezioni unite della Corte di cassazione erano finalmente riuscite ad affrontare, con un approccio ermeneutico convincente, le critiche applicative ingenerate dall'indirizzo giurisprudenziale, che aveva esordito con le recenti pronunce del passato. Esse avevano, perciò, potuto dimostrare di aderire alla tesi della perdita di efficacia automatica del contratto[71]. Era stata così possibile la valorizzazione dell'essenzialità della sentenza sul contratto, ai fini di potere concretare una tutela risarcitoria piena ed effettiva. Di conseguenza, al ricorrente che avesse ottenuto, in sede giurisdizionale, l'annullamento dell'aggiudicazione illegittima, era stata concessa la possibilità di avvalersi della reintegrazione in forma specifica[72], disposta dal giudice amministrativo tanto in sede di giurisdizione esclusiva, quanto in presenza di giurisdizione ordinaria di legittimità. In questa maniera, aveva nondimeno potuto imporsi un'interpretazione orientata costituzionalmente e « comunitariamente » delle norme nazionali in materia di riparto di giurisdizione. Ciò aveva richiesto, per le gare pubbliche, la vincolante disamina congiunta della domanda d'invalidità dell'aggiudicazione e di privazione dell'efficacia del contratto concluso, a prescindere dall'annullamento della gara, prima o dopo la decisione del giudice adito, peraltro in adempimento dei principi di concentrazione, di effettività e di ragionevole durata del processo[73].

D'altro canto, sulla questione giurisdizionale inerente alla complessa vicenda del rapporto fra annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto aveva avuto l'opportunità di pronunciarsi ripetutamente anche il Consiglio di Stato attraverso pronunce dapprima contrastanti e poi sempre più convergenti con quelle dei giudici di legittimità.

---

[71] V. *supra* nt. 64. Le stesse avevano così potuto anche sollecitare l'applicazione dell'articolo 2-*quinquies* della direttiva UE 66/2007 (*supra* in nt. 46), alla cui trasposizione ha provveduto il Governo, sulla base dell'articolo 44 della legge delega n. 69 del 18 giugno 2009 per il riordino del processo amministrativo.
Quest'ultima recante « disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, nonché in materia di processo civile », è apparsa sul S. O. n. 95 della G. U. n. 140 del 19 giugno 2009. In attuazione del secondo e del terzo comma del suo articolo 32, è stato emanato il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (DPCM) del 26 aprile 2011 (sulla G. U. 1 agosto 2011, n. 177), che stabilisce, nel rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali, di cui al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 e successive modificazioni, le regole di diffusione nei siti informatici delle amministrazioni e degli enti pubblici, ovvero di loro associazioni, degli atti e dei provvedimenti concernenti procedure ad evidenza pubblica, nonché dei bilanci per i quali è prevista la pubblicazione sulla stampa quotidiana (articolo 2).

[72] La sua disciplina, già prevista dall'articolo 7, comma terzo, della legge n. 1034 del 1971, è oggi contenuta nell'articolo 30, comma secondo, del d.lgs. n. 104 del 2010, *infra* in nt. 84.

[73] A questo proposito, CCass, Sez. lav., 28.11.2008, n. 28456.

In primo luogo, nel 2008, la Quinta Sezione, nel rimettere la *vexata quaestio* al sindacato dell'Adunanza plenaria[74], aveva assunto una posizione del tutto diversa da quella adottata dalle Sezioni unite nel dicembre dell'anno precedente[75].

Essa era partita dalla premessa che per la risoluzione del contenzioso inerente al riparto giurisdizionale non dovesse essere applicata la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale[76], richiamata dai giudici di legittimità e fortemente contestata. Infatti, l'asserzione era derivata dalla constatazione che, quest'ultima, nel ridefinire l'inquadramento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, non si era pronunciata sulle specifiche previsioni contenute negli articoli 6 e 7 della legge n. 205 del 2000.

Pertanto, il Supremo organo di giurisdizione amministrativa aveva preferito pervenire alla conclusione che la prospettata questione di giurisdizione dovesse essere considerata logicamente successiva a quella sostanziale correlata alle ripercussioni contrattuali derivanti dall'annullamento dell'aggiudicazione. Pertanto, se si fosse voluto ottenere la pronuncia di decisioni costitutive e, quindi, di sentenze di annullamento, di risoluzione del contratto e d'inefficacia sopravvenuta, sarebbe stato necessario proporre domande dirette al ottenere un provvedimento giurisdizionale, che avrebbe dovuto statuire sull'eliminazione degli effetti del contratto, ma che non avrebbe potuto estendersi al sindacato incidentale sull'inefficacia contrattuale. Per contro, qualora si fosse voluto aderire all'interpretazione dell'inefficacia automatica del contratto, l'accertamento di quest'ultima avrebbe dovuto essere compiuto, anche incidentalmente, con sentenze dichiarative.

Inoltre, nel primo caso, in cui fosse stato indispensabile emettere sentenze costitutive, si era parimenti posta l'esigenza di verificare se l'ambito di giurisdizione esclusiva relativo alle procedure di affidamento degli appalti pubblici avesse potuto estendersi a comprendere ugualmente il sindacato diretto sull'invalidità e sull'inefficacia del contratto, fino ad esercitare la potestà di emettere pronunciamenti costitutivi di annullamento, cui si era pensato di dare una risposta positiva, nonostante gli ostacoli normativi. Per converso, la facoltà di statuire

[74] Il riferimento è all'ordinanza del 28 marzo 2008, n. 1328, il cui testo integrale è disponibile sul sito *web: http://giurisprudenza-amministrativa.blogspot.com/2008/04/consiglio-di-stato-v-28-marzo-2008-n.html.*
Per il suo studio, interessante può essere il rinvio a C. E. GALLO *Contratto ed annullamento dell'aggiudicazione: la scelta dell'adunanza plenaria,* in *Foro amm. CdS 2008,* n. 9, 2364.

[75] Il riferimento è ovviamente alla sentenza n. 27169 del 28 dicembre, *supra* in nt. 68.

[76] Il testo integrale della sentenza dei giudici della Consulta n. 204, depositata il 6 luglio 2004, è stato pubblicato sul sito
http://www.giurcost.org/decisioni/2004/0204s-04.html, con commenti a caldo di autorevoli studiosi e operatori del diritto, tra cui quello di F. LORENZONI *Commento a prima lettura della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 5 luglio 2004* e di V. CERULLI IRELLI *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 5 luglio 2004 (Osservazioni a primissima lettura),* entrambi pubblicati su *Federalismi.it dell'8 luglio 2004,* n. 15.

sulla risoluzione del contratto o su altre patologie prive di una connessione diretta con la validità dell'aggiudicazione era stata respinta. Difatti, si era osservato che si sarebbe trattato dell'accertamento di vicende relative all'attuazione del rapporto e non alla legittimità della procedura di affidamento che, come tali, avrebbero dovuto essere devolute alla giurisdizione del giudice ordinario.

Per converso, nel secondo caso, che postulava il riconoscimento automatico dell'inefficacia del contratto, la Quinta Sezione aveva ritenuto opportuno distinguere, a seconda che fosse stata presentata una domanda diretta ad ottenere una pronuncia dichiarativa, oppure fosse stata avanzata una domanda di reintegrazione in forma specifica. Se, nella prima ipotesi, la Quinta Sezione era pervenuta a conclusioni analoghe a quelle adottate a proposito delle pronunce costitutive, solo nella seconda evenienza la medesima si era spinta a giudicare ammissibile la competenza giurisdizionale del giudice amministrativo[77].

Da parte sua, soltanto l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato[78], pure non seguendo il ragionamento della sezione remittente, si era comunque allineata a quello delle Sezioni unite della Corte di cassazione. Il Supremo organo di giustizia amministrativa era partito dalla premessa che, nel sistema vigente, non era dato riscontrare la sussistenza di un espresso dettato normativo di carattere generale sull'ampliamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo al contenzioso concernente la fase di esecuzione del contratto di appalto. Ne era conseguito che, a fronte di una domanda proposta a seguito di una sentenza di annullamento dell'aggiudicazione o presentata da una delle parti del contratto d'appalto stipulato *medio tempore*, si sarebbe potuto individuare la sola competenza della giurisdizione civile, a fare accertare gli effetti che il provvedimento giurisdizionale avrebbe prodotto a livello contrattuale. Infatti, si era ragionato nel senso che, poiché nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo[79] confluivano le controversie concernenti le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, con esclusione di tutte le domande riguardanti la fase esecutiva contrattuale, alla richiesta di annullamento dell'aggiudicazione sarebbe potuto discendere solamente il risarcimento del danno per equivalente. Al contrario, era stata preclusa al giudice amministrativo la cognizione della domanda di reintegrazione in forma specifica, allineandosi così alle conclusioni dei giuridici remittenti. Inoltre, si era statuito che poiché l'annullamento dell'aggiudicazione avrebbe determinato la costituzione di un vincolo permanente sull'attività successiva dell'Amministrazione, la stessa sarebbe stata tenuta a

[77] Cfr. R. GAROFOLI, *Tracce amministrativo con giurisprudenza cit.,* 331 – 333.
[78] Cfr. la sentenza n. 9, depositata il 30 luglio 2008, pubblicata da *Federalismi.it.*
[79] Disciplinata dal vigente articolo 244 del d.lgs. n. 163 del 2006.

prendere atto della sopravvenuta caducazione del contratto in sede di esecuzione della sentenza, proprio come sarebbe avvenuto nel caso dell'annullamento della graduatoria di un concorso pubblico, oppure nell'ipotesi della concessione di un bene o di un servizio pubblico. In definitiva, allorché l'Amministrazione non si fosse conformata al giudicato della sentenza, oppure non avesse compiuto i controlli sulle conseguenze giuridiche che da essa se ne sarebbero tratte, o avesse deciso di rimanere successivamente inerte, sarebbe comunque sempre stata riconosciuta all'interessato la possibilità d'instaurare il giudizio di ottemperanza[80]. Infatti, quest'ultimo avrebbe consentito al giudice amministrativo, nell'ambito della sua giurisdizione di merito, di sindacare, in modo pieno e completo, ancorché satisfattorio per il ricorrente, l'attività posta in essere dall'Amministrazione o anche solo il suo comportamento omissivo[81].

Infine, per chiarire ogni dubbio è stato necessario l'intervento del legislatore, che ha finito con l'attrarre alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le questioni riguardanti l'inefficacia del contratto consequenziale all'annullamento dell'aggiudicazione[82], oltre a

---

[80] Da ultimo, le Sezioni unite civili della Corte di cassazione, con la sentenza del 28 gennaio 2011, n. 2065, l'hanno riconosciuto ammissibile addirittura sulla decisione emessa in sede di ricorso straordinario, argomentando dall'articolo 69 della legge n. 69 del 18 giugno 2009 (v. *supra*, nt. 71) e dall'articolo 112 del d.lgs. n. 104 del 2 luglio 2010 (v. *infra*, nt. 84). Tale provvedimento giurisdizionale è stato brevemente spiegato da V. CARBONE, in *Corr. giur. 2011*, n. 3, 313 – 314 e da P. QUINTO, in *Consiglio di Stato e Cassazione, d'accordo, rilanciano il ricorso straordinario,* sul sito *http://www.giustizia-amministrativa.it/*, nella sezione « Studi e contributi » del 14 giugno 2011. Il suo dispositivo completo è stato riprodotto al *link: http://www.cortedicassazione.it/Notizie/GiurisprudenzaCivile/SezioniUnite/SchedaNews.asp?ID=2873*.
L'interpretazione della recente giurisprudenza di merito è nel senso di ritenere possibile promuovere, nel corso del giudizio di ottemperanza, autonoma domanda di risarcimento dei danni, non soltanto in conseguenza della violazione o elusione o mancata esecuzione del giudicato, ma anche in presenza dei danni causati dalla PA nel periodo precedente al giudicato, di cui si chiede l'esecuzione. In questo senso, CdS, Sez. V, 23.11.2010, n. 8142; CdS, Sez. V, 1.04.2011, n. 2013 e CdS, Sez. III, 5.05.2011, n. 2693, in *Corr. giur. 2011*, n. 7, 917 – 918.

[81] Cfr. R. GAROFOLI *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto d'appalto (Cons. Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2008, n. 9)*, in *Riv. dir. (Speciale avvocato e magistrato) 2008*, n. 1, 76 – 79 e M. RAMAJOLI *L'Adunanza plenaria risolve il problema dell'esecuzione della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione in presenza di contratto,* in *Dir. proc. amm. 2008*, n. 4, 1165. D'interesse è parimenti la lettura di E. STICCHI DAMIANI *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia parziale del contratto,* in *Dir. e proc. amm. 2011*, n. 1, 240 ss.. Si veda anche Cds, Sez. VI, 03.03.2008, n. 796; CdS, Ad. plen., 21.11.2008, n. 12, su: *www.giustizia-amministrativa.it/* e esaminata, insieme con la decisione n. 9 del 2008, nella nota a sentenza di S. S. SCOCA *Aggiudicazione e contratto: la posizione dell'Adunanza plenaria*, in *Foro amm. CdS 2008*, n. 12, 3286; Cds, Sez. V, 06.12.2010, 8549, su: *www.federalismi.it 2010*, n. 24; TAR Toscana 27.01.2011, n. 51, su: *www.federalismi.it 2011*, n. 3; TAR Lazio, Sez. III, 22.02.2011, n. 1680, su: *www.federalismi.it 2011*, n. 5; Cds, Sez. III, 11.03.2011, n. 1570, su: *www.federalismi.it 2011*, n. 7 e analizzata da C. BRIGUGLIO su: *www.ildirittoamministrativo.it*, nonché TAR Calabria, Sez. I, 23.05.2011, n. 752, pubblicata sulla rivista telematica: *www.federalismi.it 2011*, n. 12.

[82] Ad esempio, ha aderito alla tesi dell'inefficacia automatica (v. *supra* nt. 64) Cds, Sez. V, 04.01.2011, n. 11 (su *Federalismi.it 2011*, n. 2).
Inoltre, la sentenza del TAR Campania, Sez. I, del 18 marzo 2011, n. 1522 (su *http://www.diritto.it/*) ha riconosciuto che all'illegittimità dell'aggiudicazione, conseguente all'esclusione della società aggiudicataria dalla gara per la mancanza di un requisito di partecipazione, debba conseguire la dichiarazione d'inefficacia del contratto per l'affidamento del servizio, ai sensi dell'articolo 122 del Codice del processo amministrativo. Si è ritenuto, però, che, una volta che abbia disposto l'aggiudicazione in favore della società ricorrente, in osservanza delle condizioni di legge, la stazione appaltante possa optare o per l'integrale reintegra in forma specifica

quelle riguardanti le sanzioni alternative[83].

Tuttavia, per comprendere meglio la scelta legislativa adottata per il risolvimento della questione riguardante il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in merito al rapporto tra aggiudicazione e contratto, è opportuno procedere, per sommi capi, alla disamina delle scelte normative adottate dalla legge vigente per affrontare e risolvere, quando è stato possibile, la questione riguardante, più in generale, il riparto giurisdizionale, al cui interno assume proprio rilevanza la *vexata quaestio,* che costituisce l'oggetto principale di studio di questo contributo.

---

dell'interesse leso, mediante la stipula di un nuovo contratto di appalto avente la medesima durata di quello originario, oppure per il risarcimento per equivalente, in relazione alla fase contrattuale non espletata, unitamente al subentro nel rapporto per la rimanente fase, Si è allora specificato che la misura di quest'ultimo dovrebbe attestarsi al 5 per cento dell'importo dell'appalto, proporzionato al periodo già svolto e come ribassato dall'offerta.

Per contro, la Sezione Terza del Consiglio di Stato, nella sentenza n. 6638 del 2011 (depositata il 19 dicembre 2011, il cui dispositivo è sulla rivista telematica *www.federalismi.it* n. 26 dell'11 gennaio 2012), ha ritenuto congruo affermare che, dopo l'entrata in vigore delle disposizioni attuative della direttiva comunitaria 2007/66/CE, trasfuse negli articoli 121 e 122 del Codice del processo amministrativo, in caso di annullamento giudiziale dell'aggiudicazione di una gara pubblica, spetterebbe al giudice amministrativo il potere di decidere discrezionalmente, anche nei casi di violazioni gravi, se mantenere o meno l'efficacia del contratto *medo tempore* stipulato. L'assunto è, peraltro, conseguente all'interpretazione in conformità della quale l'inefficacia contrattuale non sarebbe conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, determinando solo il sorgere del potere in capo al giudice di valutare se il contratto debba o meno continuare a produrre effetti.

Cfr. altresì P. CARPENTIERI *Sorte del contratto,* pubblicato il 26 marzo 2011 sul sito: *http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/Carpentieri-Sorte_del_contratto.htm*.

[83] Queste ultime si applicano soltanto in tutte le ipotesi nelle quali, nonostante le violazioni, il contratto sia considerato efficace o l'inefficacia dello stesso sia *pro tempore* limitata (articoli 121, comma quarto e 123 del Codice del processo). Invero, la *ratio legis* sembrerebbe essere quella di evitare che la mancata dichiarazione d'inefficacia possa costituire un espediente per disincentivare la stazione appaltante a tenere una condotta diligente nello svolgimento della gara.

6. Il superamento del contenzioso pertinente alla definizione degli ambiti di competenza giurisdizionale da parte del Codice del processo amministrativo

D'altro canto, non si può sottacere di evidenziare come, sulla ricostruzione interpretativa operata dalla giurisprudenza, si sia innestato, da ultimo, l'articolo 133, primo comma, lettera *e)*, n. 1, del Codice del processo (decreto legislativo n. 104 del 2 luglio 2010)[84]. Esso ha anche recepito gli emendamenti apportati dal decreto legislativo n. 53 del 20 marzo 2010[85], sostituendo l'articolo 244 dei Codice dei contratti pubblici e sembrando configurare una pregiudiziale di annullamento del provvedimento di aggiudicazione rispetto alla successiva dichiarazione d'inefficacia del contratto.

Invero, fino all'entrata in vigore della nuova disciplina, per il riparto di giurisdizione fondato sul criterio del *petitum* sostanziale, si era introdotta una distinzione tra autotutela contrattuale e autotutela amministrativa. In particolare, era stato ritenuto congruo differenziare la considerazione dell'atto emanato dall'Amministrazione pubblica, a seconda che avesse inciso direttamente sul contratto privato, stipulato a seguito di procedura ad evidenza pubblica, nella fase di esecuzione, ovvero si fosse ripercosso sugli atti del procedimento di affidamento, prodromici alla stipulazione e all'esecuzione negoziale, nella fase di scelta del contraente[86]. Mentre nel primo caso si era riconosciuto competente il giudice ordinario, la relativa cognizione, nel secondo, era stata devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Tuttavia, in concreto era da subito apparsa non agevole la qualificazione di alcune fattispecie. Così, era emerso che, anche durante la fase esecutiva dell'appalto, spesso la stazione

---

[84] La sua pubblicazione è avvenuta sul S. O. n. 148 della G. U. del 7 luglio 2010, n. 156, entrando in vigore il 22 luglio 2010. Il nuovo Codice del processo amministrativo è, invece, vigente dal 16 settembre 2010. In merito può essere di ausilio il Supplemento del quotidiano *Il Sole-24 Ore,* pubblicato nel settembre 2010, dal titolo *Il nuovo Codice del processo amministrativo,* Milano, Guida al Diritto.
Un'attenzione merita anche il d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195 contenente « disposizioni correttive ed integrative » al medesimo, pubblicato sulla G. U. del 23 novembre 2011, n. 273, in vigore dall'8 dicembre 2011. La notizia è stata data anche da *Diritto.it* del 24 novembre 2011. Per una sua prima considerazione « a caldo », si consideri l'articolo di quest'ultimo del 28 novembre 2011. Il suo articolato può essere letto su *Leggi Oggi,* URL: *http://www.leggioggi.it/2011/11/28/commento-al-decreto-correttivo-al-codice-del-processo-amministrativo-n-195-del-2011/.*

[85] Lo stesso è stato pubblicato sulla G. U. del 12 aprile 2010, n. 84 ed è entrato in vigore il 27 aprile 2010. In merito, si suggerisce la lettura, anche in una prospettiva comparata, di G. GRECO (cur.) *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa,* Milano, Giuffrè, 2010.

[86] In questo senso, CdS, V, 21.04.2010, n. 2254, in *Il diritto per i concorsi 2010,* n. 2, 121 – 122, con chiosa, nella stessa rivista, di F. CARINGELLA – L. TARANTINO *Il riparto di giurisdizione nel caso di impugnazione della revoca di aggiudicazione definitiva,* 120 – 121. Interessante è ugualmente TAR Campania, Sez. I Napoli, 29.04.2010, n. 2212, in *Il Diritto per i concorsi 2010,* n. 2, 123 – 124, con una breve riflessione a cura di F. CARINGELLA – L. TARANTINO dal titolo *La giurisdizione esclusiva del g. a. in tema di pretesa alla stipulazione del contratto,* sulla medesima rivista, 122 – 123. Non si trascuri poi di analizzare TAR Toscana, Sez. I, 12.05.2011, n. 818, su *www.federalismi.it 2011,* n. 13.

appaltante potesse essere titolare ed esercitare potestà pubbliche, nei confronti delle quali la posizione soggettiva del privato dovesse essere classificata alla stregua di un interesse legittimo, rientrante, quindi, nella competenza della giurisdizione generale di legittimità. In effetti, la formulazione normativa aveva ingenerato il dubbio, tutt'altro che infondato, circa l'estensione alla giurisdizione del giudice amministrativo delle controversie concernenti l'esecuzione dell'appalto, sebbene questa ricostruzione sistematica non fosse stata condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie. Perciò, aveva finito col prevalere la regola di diritto per cui le controversie insorte nella fase in cui l'appalto fosse stato in corso di esecuzione dovessero essere attratte alla giurisdizione del giudice ordinario. Tuttavia, la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo sarebbe residuata sugli atti di natura autoritativa, che fossero intervenuti nella fase esecutiva contrattuale.

Una conferma di quest'assunto interpretativo trova adesso fondamento nella previsione del recesso da parte dell'articolo 21-*sexies* della legge n. 241 del 1990 e nell'assunto dell'articolo 2, quarto comma, del Codice dei contratti pubblici. In particolare, si tratta dell'espressione di un potere di autotutela in senso lato della PA, il cui esercizio può essere previsto nel bando di gara e nel capitolato speciale dell'appalto e di cui un'importante disciplina è contenuta parimenti nell'articolo 134 del decreto legislativo n. 163 del 2006. A questo proposito, la tesi prevalente sostiene che tale recesso costituisca una fattispecie rapportabile a quella dell'articolo 1671 del Codice civile. Esso consiste nell'estrinsecazione di un diritto potestativo d'interruzione dell'adempimento del contratto, il quale si distingue da quello dagli accordi dell'articolo 11 della legge n. 241 del 1990, che è maggiormente accostabile alla revoca del provvedimento (articolo 21-*quinquies*) e che comporta, se espletato, un obbligo d'indennizzo. *A fortiori*, a fronte della supposizione della giurisdizione esclusiva sugli accordi, il recesso dai contratti di diritto comune rientra nella competenza del giudice ordinario, in ottemperanza alle sentenze n. 204 del 5 luglio 2004[87] e n. 191 dell'11 maggio 2006[88]. Del resto, tale interpretazione è anche quella che è stata accolta dalla giurisprudenza nel caso di procedura di affidamento *ex* articolo 244 del Codice dei contratti pubblici[89], tranne

[87] V. *supra* nt. 76.

[88] Il testo integrale della sentenza può essere letto su *Federalismi.it 2006*, n. 11.

[89] Cfr. l'articolo 129, ottavo comma e 140, settimo comma, dell'*ex* D.P.R. n. 554 del 21 dicembre 1999. Si tratta del « regolamento di attuazione della legge – quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni » (pubblicato sul S. O. n. 66 alla G. U. n. 98 del 28 aprile 2000), abrogato, dall'8 giugno 2011, dall'articolo 358, comma uno, del D.P.R. n. 207 del 5 ottobre 2010, « regolamento di esecuzione ed attuazione del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 […] » (pubblicato sul S. O. n. 270/L alla G. U. n. 288 del 10 dicembre 2010), al quale sono state apportate modificazioni dall'articolo 20, comma terzo, del decreto legge 9 febbraio 2012, n. 5 (sul S. O. n. 27 alla G. U. n. 33 del 9 febbraio 2012), convertito nella legge 4 aprile 2012, n. 35 (*supra*, in nt. 3). Per una sua interpretazione, articolo per articolo, si rinvia a: R. GIOVAGNOLI *Il nuovo regolamento sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2011.

l'ipotesi in cui il recesso sia espressione di un potere autoritativo di valutazione dei requisiti soggettivi del contraente[90], oltre che nel caso di revoca dell'aggiudicazione[91]. In effetti, lo stesso, attenendo alla scelta del contraente, appare estraneo all'ambito di diritto privato e si differenzia ugualmente dal recesso previsto dalla legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F, la cui cognizione, in caso di contestazione, è nuovamente attribuita al giudice ordinario.

Ciò nonostante, anche in tempi recenti, la giurisprudenza ha dovuto impegnarsi, con un'encomiabile costanza, nel trovare una sistemazione consona ad alcune ipotesi d'incerta sistemazione. Perciò, così come sono stati fatti rientrare nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario i contenziosi aventi ad oggetto la risoluzione del contratto di appalto[92], sono state attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie concernenti la risoluzione disposta a seguito della riscontrata perdita, nel corso del rapporto, della certificazione di qualità, nonché ogni vertenza concernente la revisione dei prezzi, compreso il profilo del *quantum debeatur*[93].

Ogni incertezza interpretativa residuale può ormai considerarsi superata con la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che viene adesso ad assumere una portata generale[94], delle procedure e di tutti i sistemi di affidamento, compresi gli atti di

---

[90] Cfr. CCass, Sez. un., 29.08.2008, n. 21928, con nota esplicativa di G. GAROFOLI *Recesso dal contratto e giurisdizione del g. a.*, in *Riv. dir. (Speciale magistrato e avvocato), 2008*, n. 2, 85 – 86.

[91] Utile, a questo proposito, è anche il rimando a CCass, Sez. un., 11.01.2011, n. 391 (v. *supra*, nt. 34).

[92] Così, la sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione del 9 maggio 2011, n. 10067, spiegata brevemente in *Giur. it. 2011*, n. 6, 1236 – 1237.
Si ritiene altresì opportuno segnalare che l'articolo 5 della legge 27 gennaio 2012, n. 3 (pubblicata sulla G. U. n. 24 del 30 gennaio 2012), entrata in vigore il 29 febbraio scorso, ha novellato il primo comma dell'articolo 135 del Codice dei contratti pubblici. Pertanto, è stato stabilito che anche la condanna irrevocabile dell'appaltatore per usura e riciclaggio, oltre che per frode, comporta che il responsabile del procedimento debba proporre alla stazione appaltante la risoluzione del contratto.

[93] In tali termini, CCass, Sez. un., 17.04.2009, n. 9152 e CCass, Sez. un., 15.06.2009, n. 13892; CdS, Sez. V, 17.02.2010, n. 935 e CdS, Sez. VI, 3.03.2010, n. 1247. Nella stessa direzione, CdS, Sez. III, 12.07.2011, n. 4165, che è consultabile *on line* su *Federalismi.it* del 27 luglio 2011, n. 15.
In questo modo, è stato superato il tradizionale orientamento interpretativo, fatto proprio dal TAR per il Lazio, in conformità del quale spettavano al giudice amministrativo le sole controversie in materia di *an* della pretesa della revisione del prezzo, mentre competevano al giudice ordinario le questioni inerenti alla quantificazione del compenso.

[94] Per una sua trattazione esaustiva, si veda R. GAROFOLI *La giurisdizione esclusiva nel codice del processo amministrativo: evoluzione, dubbi interpretativi e posizioni antistoriche*, su www.giustizia-amministrativa.it *17 novembre 2010.*
Ciò è stato possibile per quanto disposto prima dall'articolo 244 del d.lgs. n. 163 del 2006 e poi dall'articolo 133, comma primo, lettera *e)*, punto 2, del Codice del processo amministrativo.
L'articolo 25 del decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito in legge 15 luglio 2011, n. 111 (v. *supra* nt. 3), nell'aggiungere nell'articolo 1 della legge 13 dicembre 2010, n. 220 (cosiddetta « legge di stabilità 2011 », sul S. O. n. 281 alla G. U. n. 297 del 21 dicembre 2010) il comma 13-*bis*, ha fatto rientrare nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e ha devoluto alla competenza funzionale del TAR del Lazio i giudizi riguardanti l'assegnazione di diritti d'uso delle frequenze, la gara e le altre procedure di cui ai commi da 8 a 13, incluse le procedure di cui all'articolo 4 del decreto legge 31 marzo 2011, n. 34 (sulla G. U. n. 74 del 31 marzo

secondo grado incidenti su questi ultimi, a prescindere dalla qualificazione della posizione giuridica soggettiva fatta valere. Nel loro ambito, devono intendersi allora introdotti l'appalto tradizionale ed integrato, la concessione di servizi ed opere, l'affidamento a contraente generale, a promotore e a società di progetto. Allo stesso modo, è indispensabile ritenere inclusi tutti i criteri di scelta del contraente, persino quelli che sono previsti dal diritto dell'Unione europea. Per converso, la dottrina sembra orientata ad escludere da tale nozione i procedimenti strumentali e prodromici rispetto all'affidamento degli appalti, per i quali, al pari degli atti di ritiro dell'aggiudicazione, si è preferito applicare al riparto di giurisdizione la regola generale della *causa petendi.* Logico corollario è che il giudice amministrativo, in tutti i settori dei contratti pubblici cosiddetti passivi, diventa ora competente a conoscere, oltre che degli interessi legittimi, anche dei diritti soggettivi, comportando l'esclusione della competenza di ogni altro giudice, in particolare di quello ordinario[95]. Sul piano soggettivo, la giurisdizione esclusiva prescinde, invece, dalla considerazione della natura pubblica o privata della stazione appaltante e sussiste addirittura nell'ipotesi in cui le procedure di affidamento siano attuate da soggetti privati, purché obbligati all'applicazione della normativa Ue e tenuti al rispetto delle procedure di evidenza pubblica disciplinate dalle norme interne.

Per quanto riguarda specificatamente la mancata stipulazione del contratto da parte della PA con l'aggiudicatario, individuato all'esito della procedura di scelta, una parte della dottrina ha preteso argomentare che la giurisdizione esclusiva riguarderebbe solo la procedura di affidamento, con esclusione delle fasi successive. Si è allora replicato che, fino all'atto della sottoscrizione del contratto, tutti gli eventi devono presupporsi riconducibili nel suo ambito, mentre soltanto nell'ipotesi di aggiudicazione, vincolante per entrambi i soggetti, la stipulazione contrattuale acquisisce valore di ricognizione formale, sicché il relativo rifiuto deve reputarsi rientrante nella fase di esecuzione. Ne consegue che con riferimento ai contratti disciplinati dal Codice, volendo aderire alla tesi secondo cui la posizione soggettiva dell'aggiudicatario debba essere intesa alla stregua di un interesse legittimo pretensivo[96], dovrebbe dedursi la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di

---

2011), convertito, con modificazioni, dalla legge 26 maggio 2011, n. 75 (sulla G. U. n. 122 del 27 maggio 2011). V. *supra* nt. 70.

[95] L'eliminazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, unitamente alla previsione della riduzione dei termini per proporre ricorso (articoli 119, comma secondo e 120, commi secondo e quinto) e dei motivi aggiunti relativi ad atti non ancora impugnati (articolo 120, comma settimo, del Codice del processo amministrativo), già prevista dall'articolo 245 del d.lgs n. 163 del 2006, è stata spiegata con l'esigenza di accelerare la definizione del giudizio, in sintonia con il diritto comunitario, senza sottrarre ai soggetti coinvolti dispositivi di tutela congrui.

[96] Quest'interpretazione è stata accolta nella sentenza del CdS, Sez. V, 07.09.2011, n. 5032, riprodotta, con nota, all'indirizzo:
http://www.neldiritto.it/appgiurisprudenza.asp?id=6730.

tutte le controversie pertinenti alla mancata stipula del contratto. Si deve, perciò, tenere conto pure dell'interpretazione giurisprudenziale più recente, secondo la quale l'aggiudicatario è titolare di un diritto soggettivo. A fronte di comportamenti dilatori ed ingiustificati della PA alla stipulazione del contratto da parte del privato, il problema della giurisdizione è stato, dunque, risolto attraverso l'individuazione del momento conclusivo della procedura di affidamento e, secondo la tesi dominante, ritenendo sussistente la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Non a caso, allo stato attuale, la ricostruzione preferibile conduce ad attribuire preferenza a quest'ultima, fino ad estendersi a tutte le volte in cui ad assurgere ad oggetto di contestazione sia il ricorso alla trattativa privata, con violazione dell'obbligo di conformarsi alla procedura di evidenza. Analoghe osservazioni sono state tratte in tutte le ipotesi in cui siano attuati comportamenti non « provvedimentali » nell'espletamento della procedura di affidamento, sebbene solo mediatamente connessi all'esercizio del potere, secondo la *ratio decidendi* della sentenza della Corte costituzionale n. 191 del 2006[97]. Ad assumere altrettanta importanza possono essere silenzi, ritardi, rifiuti taciti e comportamenti scorretti nella fase delle trattative, che sono fonte di responsabilità precontrattuale[98],

[97] V. *supra* nt. 88.

[98] Secondo le indicazioni interpretative, finora fornite dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 16 maggio 2005, n. 6.
Di pari passo, la Sezione Sesta del Consiglio di Stato ha esordito, nel gennaio 2010, con una pronuncia che, con l'intento di analizzare i diversi profili della tutela risarcitoria, è pervenuta ad applicare il paradigma aquiliano alla responsabilità dell'Amministrazione pubblica, che è stata qualificata come extracontrattuale, per lesione di posizioni d'interesse legittimo (in merito si consiglia la disamina del contributo di V. CARBONE *Le nuove frontiere della responsabilità civile della P.A.*, in *Danno resp. 2011*, n. 6, 577 – 587). A siffatta deduzione essa è pervenuta, nell'eventualità che si sia potuta verificare la violazione di norme imperative o di principi generali, che abbiano posto regole di validità a tutela d'interessi pubblici e da cui sia potuta scaturire l'illegittimità degli atti o dei provvedimenti riguardanti il procedimento amministrativo di scelta del contraente. In questo modo, si è ripresentata la necessità, sulla scia di recenti orientamenti giurisprudenziali, di tenere distinte le regole di validità e di condotta, perché operanti su piani separati. Perciò, è stato precisato che la sola lesione di norme imperative, preposte alla tutela di prescrizioni comportamentali, che devono essere sempre osservate durante lo svolgimento del procedimento negoziale, a difesa della libertà contrattuale, può condurre alla configurazione di una responsabilità precontrattuale (Cfr. CdS, Sez. VI, 11.01.2010, n. 14. Si esamini anche Cds, Sez. VI, 20.10.2010, n. 7593, in *Corr. giur. 2011*, n. 1, 29 ss. e nella *Nuova giur. civ. comm. 2011*, n. 4, 306 – 307, col contributo di M. BONOMI *La perdita di chance quale danno risarcibile in via autonoma a seguito di illegittimo comportamento della PA*, in quella rivista, 307 - 317. Si consideri pure M. F. LO MORO *Perdita di chance nella giurisprudenza amministrativa*, in *Danno e resp. 2011*, n. 5, 485 – 492 e F. ORABONA *La responsabilità dell'Amministrazione per il danno da perdita di chance*, in *Il Mondo Giudiziario (Mondo giud.) 2012*, n. 1, 2).
Resta beninteso che, in materia di gare pubbliche, la responsabilità precontrattuale, sul fondamento di un consolidato orientamento giurisprudenziale (così, CCass. civ., Sez. I, 18.6.2005, n. 13164; CdS, Ad. plen., 5.9.2005, n. 6; CdS, Sez. IV, 11.11.2008, n. 5633; CdS, Sez. V, 8 settembre 2010, n. 6489) è stata reputata ipotizzabile, in astratto, anche alla presenza di una revoca legittima degli atti concorsuali, nell'ipotesi di affidamento suscitato nell'impresa (in tal senso, una diffusa giurisprudenza amministrativa: CdS, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6; Id., Sez. V, 30 novembre 2007, n. 6137; Id., Sez. V, 8 ottobre 2008, n. 4947; CdS. Sez. III, 19.03.2011, n. 1698). Tuttavia, essa non è stata giudicata configurabile, fino a quando la procedura selettiva non sia terminata con l'aggiudicazione definitiva, che abbia individuato il soggetto possibile contraente. Si è ritenuta, quindi, prospettabile solo dopo la conclusione della procedura ad evidenza pubblica e con riguardo ad un segmento procedimentale successivo all'esito della stessa (cfr. CCass. civ., Sez. un., 26 maggio 1997 n. 4673; C.G.A. Sicilia 27 ottobre 2006, n. 610; TAR Toscana, Sez. II, 21 febbraio 2008 n. 174 e TAR Campania Napoli,

ugualmente qualora non siano violate norme di evidenza, che determinino illegittimità della procedura, ovvero non si riscontri la violazione dei canoni di correttezza comportamentale. Quest'interpretazione è adesso avallata, a maggiore ragione, dalla riconduzione nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle cause risarcitorie. Ciò nonostante, le Sezioni Unite della Cassazione[99] hanno fatto rientrare nella giurisdizione ordinaria il contenzioso avente ad oggetto la domanda autonoma di risarcimento dei danni proposta da colui che, avendo ottenuto l'aggiudicazione di una gara per l'affidamento di un servizio pubblico, successivamente annullata dal Tribunale amministrativo, poiché illegittima, su ricorso di un altro concorrente, desuma la lesione dell'affidamento ingenerata da tale provvedimento, ma non ne richieda in giudizio l'accertamento dell'illegittimità e, quindi, non contesti alla PA l'illegittimo esercizio del potere nei suoi confronti.

Infine, dalle prime interpretazioni giurisprudenziali « a caldo » degli articoli 121 e 122 del decreto legislativo n. 104 del 2010, sembrerebbe emergere che, solo nelle ipotesi di gravi violazioni di derivazione comunitaria, l'inefficacia del contratto costituirebbe una conseguenza automatica, correlata alla natura sanzionatoria della pronuncia. La medesima potrebbe essere rilevata dal giudice *ex officio*, salvo che non sia accertata la sussistenza di esigenze imperative, che rendano necessaria l'applicazione di principi conservativi[100]. Sembrerebbe *a fortiori* non convincente neppure la tesi della sua riconduzione alla categoria civilistica della nullità – sanzione, mancandone i due presupposti fondamentali

---

Sez. I, 7 giugno 2010, n. 12676; TAR Campania, Sez. I, 18 marzo 2011, n. 1525). Infatti, si è osservato che, prima di tale momento, l'impresa aggiudicataria non potrebbe essere qualificata come parte della trattativa negoziale.

[99] Cfr. Ord. CCass, Sez. un., 23.03.2011, n. 6594, n. 6595 e n. 6596. Tutte sono integralmente consultabili sul sito ufficiale della Corte di cassazione e, con annotazione di A. DI MAJO, in *Corr. giur. 2011*, n. 7, 940 – 942.

[100] Nella sentenza del TAR Lazio, Sezione Terza *Ter*, del 1° giugno 2011, n. 4984 (su *http://www.appaltiecontratti.it./*), è emerso che il potere discrezionale della stazione appaltante, di prescrivere adeguati requisiti per la partecipazione alle gare per l'affidamento di appalti pubblici, è soggetto ai limiti connaturati alla funzione affidata alle clausole del bando, volte a determinare i requisiti speciali. Si è, quindi, affermato che la stazione appaltante non possa poi derogare, in sede di gara, al puntuale accertamento preliminare di tali requisiti, prodromici alla stessa competizione concorsuale tra le imprese aspiranti. Del resto, si è statuito pure che è principio pacifico quello secondo il quale il provvedimento di espulsione da una gara d'appalto costituisce un atto vincolato rispetto alla clausola del bando, che indica le formalità di presentazione dei documenti, a pena di esclusione. Si è, peraltro, argomentato che il burocratismo, che caratterizza la disciplina delle procedure di gara, risponde, per un verso, ad esigenze pratiche di certezza e celerità e, per altro profilo, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i ricorrenti. La decisione, nella parte conclusiva, dopo aver annullato l'aggiudicazione e dichiarato inefficace il contratto, ha disposto che, a titolo di risarcimento in forma specifica, la ricorrente subentrasse nel rapporto contrattuale con l'Amministrazione e conseguentemente proseguisse nella conduzione del servizio. Cfr. anche *supra*, in nt. 82, la sentenza del Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, n. 6638 del 2011.

Consigliabile è comunque il raffronto con il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 30 giugno 2011 sulla Stazione unica appaltante, pubblicato sulla G. U. n. 200 del 29 agosto 2011, in attuazione dell'articolo 13 della legge n. 136 del 13 agosto 2010 « Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia », sulla *G. U., Serie gen., n. 196 del 23 agosto 2010 e con la circolare del ministro dell'Interno del 5 ottobre 2011. Cfr. Lotta alla mafia. Una circolare invita i prefetti a promuovere il nuovo soggetto. Appalti vigilati dalle « stazioni », in Il Sole 24 Ore 7 ottobre 2011, n. 274, 34.*

dell'obbligatorietà della rilevazione giudiziale e della « originarietà ». Del resto, si osserva che a venire in considerazione è una sentenza costitutiva, pronunciata a seguito di domanda di parte, proposta nello stesso giudizio di annullamento, rientrante nel novero delle risoluzioni giudiziali[101]. Per contro, nel silenzio legislativo, un recente pronunciamento della giurisprudenza amministrativa di merito porta ad escludere il conferimento di un potere di autotutela a favore della stazione appaltante, in caso di annullamento dell'aggiudicazione definitiva[102].

In ogni caso, a differenza dell'articolo 245-*quinquies,* primo comma, secondo periodo, del Codice dei contratti, l'articolo 124 del decreto legislativo n. 104 del 2010, nel trasferirne il contenuto, eliminando ogni riferimento all'avente titolo all'aggiudicazione e alla domanda del medesimo, non sembra adesso lasciare adito a dubbi nell'ammettere ogni forma di risarcimento della cosiddetta perdita di *chances* di aggiudicazione, sempre che sia ovviamente provata, anche se è scomparsa la *probatio diabolica*. Si riconosce addirittura un intervento *ex officio* del giudice, al quale è concessa la possibilità di disporre il risarcimento del danno per equivalente, a prescindere da una domanda di parte, che è, però, onerata della correlata prova.[103]

Il dettato normativo utilizzato dal legislatore non si è nemmeno prestato ad equivoci, nel condurre la dottrina e la giurisprudenza prevalenti a riportare nell'ambito della giurisdizione ordinaria le vertenze pertinenti all'attuazione del contratto successiva alla sua stipulazione, in

---

[101] In questi termini, si è espressa anche la sentenza del TAR Toscana 11.11.2010, n. 6579, reperibile al *link: http://www.concorsoinmagistratura.it/?p=73*.
Tuttavia, il tenore della disposizione dell'articolo 121 del Codice del processo amministrativo ha anche condotto a sostenere il valore meramente ricognitivo della relativa pronuncia, che sarebbe emessa a prescindere da una specifica richiesta del ricorrente, con efficacia *ex tunc* o *ex nunc,* sulla base della valutazione della *situazione di fatto* (cfr. B. RAGANELLI *Effettività della tutela ed efficacia delle procedure di ricorso in materia di contratti pubblici,* in *Dir. e proc. amm. 2011,* n. 4, 1194 ss).

[102] Al riguardo, la sentenza del TAR Toscana, Sez. I, 27.01.2011, n. 154, citata in *Il diritto per i concorsi 2011,* n. 2, 59 – 60.
Per un'esegesi dottrinale in merito, si suggerisce la relazione di M. FRACANZONI *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto nel nuovo processo amministrativo: dall'onere di impugnazione alla pronuncia di inefficacia,* sul sito ufficiale del Consiglio di Stato (30 luglio 2010), URL: *http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/2010_7_Fracanzani.htm*.
Per una versione interpretativa contrapposta, si suggerisce la sentenza del CdS, Sez. V, 07.09,2011, n. 5032, *supra,* in nt. 96, nella quale si osserva che nei contratti dell'Amministrazione pubblica non è precluso di procedere all'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione. Infatti, tale potere di autotutela troverebbe fondamento nei principi di legalità, imparzialità e buon andamento, ai sensi dell'articolo 97 della Costituzione. Si riconosce, però, che l'annullamento giurisdizionale possa comportare la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto in seguito stipulato, con l'attribuzione delle liti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In questo senso, TAR Napoli, Sez. I, 04.06/19.07.2010, n. 16834, all'indirizzo: *http://www.iusna.net/index.php?option=com_content&task=view&id=729&Itemid=2*.

[103] Sulla tutela risarcitoria in materia di contratti pubblici, si consiglia la decisione del CdS, Sez. V, 24.02.2011, n. 1193, con nota di C. CAPONETTO, al *link:*
http://www.ildirittoamministrativo.it/public/sito/pagine/694/file/Nota%20Cons.%20Stato,%20sez.%20V,%2024%20febbraio%202011%20n.%201193%20a%20cura%20di%20Claudia%20Caponetto.pdf.

particolare in tema di esercizio dei diritti codificati dal regolamento sui lavori pubblici[104], nonché in materia di recesso e di rescissione del contratto di appalto[105]. Ciò è stato possibile da parte della giurisprudenza, non soltanto amministrativa, applicando il criterio ordinario di riparto giurisdizionale e attenendosi ai parametri limitativi costituzionali[106] e giurisprudenziali.[107]

7. La lungimiranza del legislatore comunitario e le problematiche aperte

In conclusione, la prospettiva del legislatore comunitario e di quello nazionale è di evitare in radice che il contratto possa essere stipulato, quando la legittimità dell'aggiudicazione è ancora in discussione ed eliminare così preventivamente le incertezze sulla sorte contrattuale. Il suo obiettivo è di bilanciare l'esigenza di assicurare la *chance* di una protezione effettiva, in ambito processuale, attraverso l'assegnazione agli aspiranti contraenti del bene della vita, cioè della vera e propria posizione contrattuale, con quella di tutelare gli effetti del contratto già stipulato, indispensabile per la certezza dei rapporti giuridici ed il buon funzionamento delle relazioni economiche.

Tale condivisibile bilanciamento non deve comunque indurre a ritenere superati tutti i problemi, che potrebbero condizionare anche in futuro le scelte non autonome del legislatore italiano[108] e condurre a trascurare il ricorso ad una puntuale e penetrante tutela cautelare[109]. Quest'ultima, già richiamata nell'articolo 4 del decreto legge n. 90 del 2008[110], la cui questione di legittimità è stata dichiarata infondata dalla Corte costituzionale[111], dovrà

---

[104] V. *supra* n. 46.

[105] Ora articoli 134 e seguenti del Codice dei contratti pubblici

[106] Articoli 3 e 103 della Costituzione

[107] Si allude alle sentenze della Corte costituzionale n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006.

[108] Cfr. F. SAITTA *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE,* su:
www.giustizia-amministrativa.it del 4 maggio 2010.

[109] Ai sensi dell'articolo 60, nel combinato disposto coi commi sesto e ottavo dell'articolo 120 del d.lgs. n. 104 del 2010. Per una maggiore comprensione delle disposizioni contenute nei medesimi, si consiglia la lettura del contributo di M. RAMAJOLI *La tutela cautelare nel contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici,* in *Dir. proc. amm. 2011,* n. 3, 928 ss..

[110] Ora abrogato dall'articolo 4, comma primo *39),* del d.lgs. 2010 n. 104.
Si tratta del decreto legge del 23 maggio « recante misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania e ulteriori disposizioni di protezione civile » (che è stato pubblicato nella G. U., Serie gen., n. 120 del 23 maggio 2008). Esso è stato convertito con la legge 14 luglio 2008, n. 123 (sulla G. U. n. 165 del 16 luglio 2008).

[111] Con la sentenza del 5 febbraio 2010, n. 35, commentata da F. SAITTA nel contributo *La « 204 » al macero: il giudice amministrativo si riappropria (quasi) del tutto dei comportamenti, ma i « confini del potere » restano incerti,* in *Giur. it. 2010,* 1931 – 1937.
L'articolo 4 del D.P.R. n. 90 del 2008 aveva previsto la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di tutte le controversie, comprese quelle riguardanti diritti costituzionalmente tutelati, anche in ordine alla fase cautelare, comunque attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti dell'amministrazione pubblica e dei soggetti alla stessa equiparati.

continuare in futuro a rappresentare un valido strumento. Ciò in considerazione della concentrazione delle azioni in capo al giudice amministrativo, già enunciata nella materia urbanistico – edilizia e avvalorata, con superamento della precedente giurisprudenza, dalle Sezioni unite[112]. Infatti, le medesime hanno affermato che la direttiva 2007/66/CE permette comunque l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'articolo 244 del d.lgs. n. 163 del 2006, anche delle controversie concernenti le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, sebbene relative ad una gara che si sia svolta dopo la pubblicazione della fonte comunitaria, ma prima del termine indicato per la sua trasposizione nel diritto interno. A questa deduzione i giudici di legittimità sono giunti, riconoscendo rilevanza alla connessione tra le domande di annullamento dell'aggiudicazione e di caducazione del contratto di appalto concluso a seguito dell'illegittima aggiudicazione.

Pertanto, si ritiene di condividere l'opinione secondo la quale resta da chiarire se la disciplina europea e nazionale, cui si deve aggiungere quella del Codice del processo amministrativo, stia andando nella direzione giusta, o non si debba piuttosto cominciare a ripensare ad un sistema improntato ad una maggiore speditezza, che si rivolga preferibilmente a disciplinare le eventuali irregolarità in sede giurisdizionale, sanzionandole con un meccanismo efficace di risarcimento dei danni, capace di compensare, in modo adeguato, il ricorrente e di disincentivare la stazione appaltante a tenere condotte, che possano indurre alla presentazione di ricorsi fondati.[113]

[112] Il riferimento è a CCass, Sez. un., 10.02.2010, n. 2906, inclusa nella Banca dati *De Jure* e trascritta in *Corr. giur. 2010*, n. 6, 741 ss..
Per un approfondimento, si raccomanda F. CARDARELLI *Commento a Cass. SSUU. Ord. 2906 del 12.01.2010*, su: *www.federalismi,it 2009*, n. 3. Un suo richiamo è contenuto parimenti nella sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 10067 del 2011, *supra*, in nt. 92.

[113] Essa è stata espressa da B. RAGANELLI, in *Effettività della tutela ed efficacia delle procedure di ricorso in materia di contratti pubblici cit.*, 1199.