

IL CONTENZIOSO SUGLI APPALTI PUBBLICI SOTTO LA SPINTA DEL DIRITTO EUROPEO. TRADIZIONE E DISCONTINUITÀ NEL MODELLO DI TUTELA OFFERTO DAL GIUDICE AMMINISTRATIVO*

El contencioso en materia de contratación pública bajo la influencia del Derecho Europeo. Tradición y discontinuidad en el modelo de tutela ofrecido por la justicia administrativa

About Public Contracts Litigation under the Influence of European Law. Tradition and discontinuity offered by Administrative Justice

Por: DR. SIMONE TORRICELLI

Prof. Associato di Diritto Amministrativo. Università degli Studi di Firenze

simone.torricelli@unifi.it

ABSTRACT: La Direttiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 11 dicembre 2007, ha imposto adattamenti significativi del sistema di tutela giurisdizionale in materia di appalti pubblici. Il caso italiano non fa eccezione. Lo studio analizza i principali cambiamenti introdotti in Italia al fine di offrire una maggiore protezione ai partecipanti alla gara che non abbiano ottenuto l'aggiudicazione del contratto, evidenziando come le misure adottate dal legislatore italiano abbiano creato numerose questioni, d'ordine pratico e teorico, rimaste in larga misura ancora irrisolte: dopo una disamina complessiva del sistema, è su questi nodi problematici che si concentrano le conclusioni del lavoro.

PAROLE CHIAVE: Appalti pubblici, Ricorsi, Direttiva, Annullamento dell'atto di aggiudicazione, Efficacia del contratto.

RESUMEN: La Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007, ha supuesto importantes cambios en materia de adjudicación de contratos públicos. El caso italiano no es una excepción. En las siguientes líneas, se realiza un breve análisis de los principales cambios introducidos en la materia en Italia.

* Recibido para publicación: 27 de abril de 2013.
Enviado para evaluación externa: 30 de abril de 2013.
Recibida evaluación externa positiva: 8 de mayo de 2013.
Aceptado para publicación: 10 de mayo de 2013.

Cambios que, en esencia, buscan conseguir una mayor protección de los empresarios contratantes o, también, frenar de la amplia litigiosidad en la materia, recogiendo actuaciones previas tendentes a la resolución amistosa de las controversias. Sin embargo, las medidas recogidas por el legislador italiano han sembrado amplias dudas desde un plano teórico y práctico como se expondrá en las últimas líneas de este trabajo.

PALABRAS CLAVE: Contratos públicos, Directiva, recursos, convalidación, anulación.

ABSTRACT: Directive 2007/66/EC of the European Parliament and of the Council Of 11 December 2007 has brought to important changes as for the awarding of public contracts in Member States. The article focuses on the principal changes in public procurement regulation introduced in Italian legislation, in order to grant a more efficient protection for tenderers. Nevertheless, owing to the reform, many theoretical and practical questions has arisen, which have not been resolved yet. After a general analysis of the Italian system, the author faces in the conclusion this critical aspects.

KEY WORDS: Public contracts, Directive, appeal, validation, annulment.

Sommario: I.- PREMESSE. CARATTERI E CRITICITÀ DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI. II.- UNA PRIMA DIRETTRICE DEL PROCESSO DI RIFORMA: CONSENTIRE AL GIUDICE DI DECIDERE PRIMA CHE IL CONTRATTO SIA CONCLUSO. III.- UN SECONDO TRATTO CARATTERIZZANTE: LA CELERITÀ NELLA DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA. IV.- ANNULLAMENTO DELL'AGGIUDICAZIONE E SORTE DEL CONTRATTO. V.- LA CONSERVAZIONE DEL CONTRATTO ILLEGITTIMAMENTE AGGIUDICATO. VI.- CENNI ALLE MOLTE QUESTIONI APERTE, IN RELAZIONE AL RAPPORTO TRA PRINCIPIO DELLA DOMANDA E POTERI DEL GIUDICE. VII.- L'IRRUZIONE DELLA PROPORZIONALITÀ NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO E LA DEQUOTAZIONE DELL'INTERESSE PUBBLICO AD INTERESSE 'NORMALE'.

I. PREMESSE. CARATTERI E CRITICITÀ DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI

Nel sistema italiano la materia degli appalti pubblici e, più in generale, dei contratti della pubblica amministrazione da sempre risulta problematica. L'intrecciarsi di atti autoritativi e consensuali e, in conseguenza, le reciproche interferenze tra diritto

pubblico e diritto privato¹, hanno fatto risaltare alcuni limiti e criticità proprie dell'organizzazione della tutela contro la pubblica amministrazione. Insufficienze per le quali il diritto europeo ha manifestato nel tempo la sua insofferenza.

Anche sotto il profilo sostanziale il tema pone complicazioni. I contratti coinvolgono soggetti diversi, portatori di interessi confliggenti: l'amministrazione, il ricorrente vittorioso, il terzo incolpevole². Realizzare un sistema di tutela che non risulti eccessivamente penalizzante, ma bilanci le esigenze di tutti contribuendo all'efficienza del sistema³, è, in effetti, tutt'altro che agevole.

Il primo dato da considerare è che il contenzioso in materia di appalti pubblici è ripartito tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Tale ripartizione riflette la diversa natura del diritto che il giudice si trova ad applicare e degli interessi cui si trova a dare tutela⁴. La fase concorsuale che precede la aggiudicazione ha natura pubblicistica e coinvolge situazioni soggettive considerate di interesse legittimo, con la conseguenza che le controversie che la riguardino rientrano nell'ambito di cognizione del giudice amministrativo. L'atto amministrativo che conclude la procedura di gara, dunque l'atto di aggiudicazione, segna il passaggio dalla fase pubblicistica a quella privatistica. Ciò che segue è ordinariamente regolato dal diritto privato, che attribuisce alle parti dei diritti soggettivi: è così regolata dal diritto privato tutta la fase della esecuzione, ivi compreso l'esercizio dei poteri (considerati privatistici) che la legislazione speciale

¹ E. Sticchi Damiani, *Brevi note in tema di annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto: i poteri del giudice alla luce del codice del processo amministrativo*, Report annuale – 2012, in www.ius-publicum.com.

² R. Garofoli, *Il problema del contratto concluso sulla base di aggiudicazione annullata dal G.A.: i profili sostanziali e processuali*, in G. Alpa e altri (a cura di), *La disciplina dell'appalto tra pubblico e privato*, Napoli, 2010, 115.

³ Sulla centralità dei profili di efficienza nelle scelte dei regimi sostanziali e processuali legati alla materia dei contratti pubblici, nelle diverse forme anche collaborative che possono assumere, e sugli impatti sistemici che tali esigenze stanno producendo, si veda P. Valcárcel Fernández, *Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos*, in J. M. Gimeno Feliú (diretto da) *Observatorio de la contratación pública*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2012, 435 ss.

⁴ Nel sistema italiano, il criterio di riparto della giurisdizione si fonda di regola sulla natura della situazione soggettiva dedotta in giudizio: a norma dell'art. 103 della Cost., il giudice amministrativo conosce delle situazioni soggettive che abbiano natura di interessi legittimi (interviene cioè quando l'interesse del privato fronteggia un potere discrezionale dell'amministrazione o quando, almeno secondo la giurisprudenza prevalente, l'amministrazione pone in essere attività vincolate, se le norme che stabiliscono i vincoli sono poste nel prevalente interesse pubblico). E' invece in principio il giudice ordinario che dà tutela ai diritti soggettivi, anche nei rapporti tra privati e amministrazione. Fanno eccezione alcune importanti materie che, sempre sulla base di quanto previsto dall'art. 103 Cost., la legge ha attribuito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Sui criteri di riparto di giurisdizione, si può rinviare ai manuali di giustizia amministrativa: si vedano, tra gli altri, F. G. Scoca, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 490, 67 ss.; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012, 49 ss. e 113 ss. Si rinvia anche a S. Torricelli, W. Gasparri, *Veille de droit administratif italien*, in *Droit administratif*, 2006, 18 ss.

sugli appalti⁵ attribuisce all'amministrazione appaltante⁶. Delle controversie che ineriscano a tale fase, dunque, dovrà occuparsi il giudice ordinario, applicando le tecniche di tutela proprie del processo civile (eccezion fatta per le concessioni di beni o servizi pubblici; queste ultime, infatti sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁷, che si occupa tanto della procedura di evidenza pubblica quanto della esecuzione⁸).

I problemi che si pongono in relazione a tutto ciò sono molteplici e, tra questi, due appaiono di particolare rilevanza.

Un primo problema concerne in termini generali la tutela che il giudice amministrativo offre nella fase dell'aggiudicazione e, in particolare, l'adeguatezza di tale tutela rispetto agli standard del diritto europeo⁹. Per corrispondere alle crescenti aspettative dell'Unione europea il processo amministrativo ha dovuto adattarsi ed assumere tratti nuovi e a volte anomali. Anzi talune previsioni specifiche, introdotte in relazione al processo in materia di contratti al fine di adeguarsi al diritto europeo, sono state poi estese a tutto il processo amministrativo: le istituzioni europee, insomma, indirettamente hanno conformato l'ordinamento anche al di là delle materie che rientrano nelle loro attribuzioni.

Un secondo problema concerne più specificamente il rapporto tra atto amministrativo di aggiudicazione e contratto (di diritto privato). Sotto il profilo sostanziale, mancando indicazioni legislative precise, la giurisprudenza ha faticato ad individuare quali conseguenze potesse produrre l'annullamento dell'atto di aggiudicazione sul contratto stipulato. Sotto il profilo processuale, la articolazione della vicenda contrattuale in due fasi nettamente distinte ha in passato obbligato chi intendesse contestare la scelta del

⁵Tale legislazione è contenuta nel codice dei contratti pubblici (d. lgs 12 aprile 2006 n. 163) e nel suo regolamento attuativo (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207). Su tale legislazione si veda, A. Massera, *Italie*, in R. Noguellou, U. Stelkens, *Droit comparé des contrats publics*, Bruxelles, 2010, 715 ss.

⁶ Tra le molte, Corte Cassazione, sez. un., 14 giugno 2006, n. 13690, secondo cui “le controversie nascenti dall'esecuzione contratti di appalto di opere pubbliche - e quindi anche di concessioni in materia di lavori pubblici [...] hanno ad oggetto posizioni di diritto soggettivo inerenti a rapporti contrattuali di natura privatistica, nelle quali non hanno incidenza i poteri discrezionali ed autoritativi della p.a., anche quando questa si avvalga della facoltà, conferitale dalla legge, di recedere dal rapporto; con la conseguenza che dette controversie appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice dei diritti, pur se la decisione dell'autorità amministrativa in ordine al rapporto sia adottata nelle forme dell'atto amministrativo (nella specie provvedimento di sospensione dei lavori), il quale non cessa di operare, per questo suo conto, nell'ambito delle paritetiche posizioni contrattuali delle parti”.

⁷Art. 133, co. I, lett. b e c, cod. proc. amm.; risultano escluse le controversie che abbiano ad oggetto indennità, canoni ed altri corrispettivi che rimangono di spettanza del giudice ordinario.

⁸Si veda per esempio Consiglio Stato, sez. VI, 3 novembre 2010, n. 7737.

⁹Si è osservato al riguardo che la nuova direttiva ricorsi ha segnato un significativo cambio di passo rispetto alla legislazione precedente, “con una sempre maggiore precisazione nell'indicazione dei contenuti della tutela” che ha generato un netto innalzamento degli standard: M. Ramajoli, *Un diritto processuale europeo in materia di appalti pubblici?* in G. Greco (a cura di), *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2012, 100.

contraente a chiedere prima al giudice amministrativo l'annullamento dell'atto di aggiudicazione, poi ad adire il giudice ordinario per decidere delle sorti contratto, rendendo la strada della tutela nel suo complesso insostenibilmente tortuosa.

E' nell'occasione della trasposizione della direttiva 2007/66/CE¹⁰ (di modifica della direttiva 89/665/CEE) che il legislatore ha razionalizzato e dato risposte certe a tali criticità. Ne è emerso un corpo di regole speciali, contenute oggi perlopiù in alcuni articoli che il codice del processo amministrativo (d. lgs n. 2 luglio 2010, n. 104) dedica ai giudizi in materia di contratti¹¹. Tale regime si applica in particolare a tutte le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture¹², senza distinzioni di valore (e dunque anche per i contratti il cui valore sia inferiore alle soglie di rilievo comunitario), come anche ai contratti che, ai sensi dell'art. 1 della dir. 2004/18/CE, abbiano natura di concessioni¹³. Il legislatore, dunque, è andato oltre ad una formalistica attuazione della direttiva, per ripensare, in termini più ampi e anche a prescindere dagli obblighi europei, il processo sugli appalti.

Parallelamente, la Corte di giustizia ha corretto una eccessiva restrittività della giurisprudenza nazionale in ordine ai presupposti per il riconoscimento della responsabilità dell'amministrazione per l'illegittima aggiudicazione, in particolare in relazione al requisito della colpa. In termini generali, la giurisprudenza italiana subordina la possibilità di ottenere il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo alla dimostrazione della colpa dell'amministrazione; a tal fine, esclude che la colpa coincida con la illegittimità del provvedimento e richiede invece che vi siano stati negligenza, omissioni o anche errori interpretativi di norme, ritenuti non scusabili. Tale posizione risulta incompatibile con quanto statuito dalla Corte di Giustizia¹⁴ (30 settembre 2010, Causa C – 314/09), che ha obbligato ad un revirement. Di recente, una parte della giurisprudenza ha ricostruito la responsabilità in materia di appalti come una responsabilità oggettiva, in cui null'altro se non l'illegittimità debba essere provato¹⁵.

¹⁰Su cui, A. Rallo, *La direttiva ricorso n. 2007/66/CE: standard di tutela per la concorrenza ed obiettivi "educativi" per le stazioni appaltanti*, in G. Alpa e altri (a cura di), *La disciplina dell'appalto tra pubblico e privato*, cit., 79 ss.

¹¹Si tratta degli articoli da 120 a 125, nonché dell'art. 119 che introduce un rito abbreviato, seppure tale ultimo articolo riguardi non solo le controversie in materia di contratti, ma anche altri importanti settori.

¹²Art. 119, co. 1, lett a, cod. proc. amm.

¹³In questo senso, Tar Toscana, sez. II, 29 novembre 2011 n. 1855 secondo cui: "La concessione di servizi, benché sottratta all'applicazione delle disposizioni in materia di contratti pubblici, ai sensi dell'art. 30 D.Lgs. n. 163/06 è comunque sottoposta alla medesima disciplina del contenzioso dettata per i contratti e, quanto alla scelta del concessionario, al rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità". Si veda anche Consiglio di stato, sez. V, 2 novembre 2011, n. 5843.

¹⁴Corte di Giustizia, 30 settembre 2010, Causa C – 314/09, Stadt Graz v Strabag AG and Others.

¹⁵T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 19 ottobre 2011, n. 1552; Consiglio di Stato, sez. V, 2 novembre 2011, n. 5837. In senso contrario, Consiglio Stato, sez. V, 23 maggio 2011, n. 3070. Sul punto, E. M. Barbieri,

L'intervento della Corte ha così introdotto un ulteriore elemento a comporre un sistema di tutela nel suo complesso molto implementato rispetto agli standard tradizionali.

Sarebbe però fuorviante interpretare l'influenza del diritto europeo limitandosi a considerare che esso ha valorizzato l'aspetto soggettivo della effettività della tutela. Nella direttiva 2007/66/CE il legislatore europeo ha dato ampio spazio all'interesse generale e alla possibilità che, in nome di tale interesse, anche la tutela dell'imprenditore ingiustamente pretermesso dalla procedura di gara possa risultare limitata. In sede di attuazione della direttiva, dunque, il legislatore nazionale ha potuto compensare la maggiore protezione imposta dal diritto europeo, con misure protettive dell'amministrazione e del contratto, che, come meglio si vedrà, pongono problemi rilevanti.

Sotto la pressione del diritto europeo, dunque, il contenzioso sugli appalti pubblici ha subito una rilevante trasformazione che ha profondamente inciso sugli elementi caratterizzanti il processo amministrativo, introducendo alcuni significativi elementi di discontinuità rispetto alla tradizione. È peculiare, nel processo in materia di appalti pubblici, il ruolo del giudice; sono spostati i confini delle giurisdizioni amministrativa e ordinaria; sono eccentriche le regole processuali; operano istituti che nel diritto processuale italiano non hanno precedenti né, nelle altre materie, corrispettivi.

II. UNA PRIMA DIRETTRICE DEL PROCESSO DI RIFORMA: CONSENTIRE AL GIUDICE DI DECIDERE PRIMA CHE IL CONTRATTO SIA CONCLUSO

Tra le ragioni ispiratrici della normativa europea, è chiaramente riconoscibile il tentativo di consentire che, in caso sopravvengano delle controversie in ordine alla procedura di gara, vi sia il tempo utile per una pronuncia del giudice prima che l'amministrazione provveda alla stipulazione del contratto¹⁶. D'altra parte, l'attuazione della direttiva potenzia la tutela del privato e dunque espone l'amministrazione a rischi gravi anche in relazione alle conseguenze economiche che potrebbero derivare dall'annullamento dell'aggiudicazione e dalla condanna al risarcimento del danno; ciò acuisce l'importanza di approntare un parallelo complesso di norme che prevenga il compiersi dell'illecito o ne limiti le conseguenze. Questa esigenza è stata raccolta dal legislatore italiano il quale, anzi, l'ha sviluppata anche attraverso strumenti ulteriori

Provvedimenti illegittimi, risarcimento del danno ed onere della prova della colpa della pubblica amministrazione, in *Riv. trim. app.*, 2012, 17 ss.

¹⁶Si vedano gli artt. 2 bis e 2 quater dir. 89/665/CEE.

rispetto a quelli imposti a livello europeo, al punto da configurare un vero e proprio “sistema di protezione preventiva”¹⁷.

Tra le norme che il legislatore ha autonomamente scelto di introdurre, vi è la previsione secondo cui il privato è tenuto a comunicare preventivamente all'amministrazione l'intenzione di proporre ricorso giurisdizionale, informando le stazioni appaltanti della presunta violazione: nella comunicazione debbono essere indicati in modo sintetico e sommario i presunti vizi di illegittimità e i motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio¹⁸. L'obiettivo perseguito è quello di permettere alla stazione appaltante di compiere una specifica riflessione sul proprio operato e in questo modo valutare l'esistenza delle condizioni per provvedere all'annullamento d'ufficio dell'atto di aggiudicazione adottato ed evitare il contenzioso.

L'eventuale mancata risposta dell'amministrazione entro quindici giorni equivale a rigetto della richiesta di annullamento. Il legislatore precisa che tale rigetto, espresso o tacito, può essere impugnato soltanto insieme all'atto a cui si riferisce o successivamente con motivi aggiunti. Seppure la norma presenti delle ambiguità, sembra però da escludere che vi sia un onere di impugnazione del rigetto e che, in particolare, la sua mancata impugnazione generi inammissibilità del ricorso proposto contro l'atto principale (bando, esclusione, aggiudicazione)¹⁹, posto che esso appare semplicemente mera conferma dell'atto già adottato, insuscettibile di produrre un autonomo effetto lesivo. Ciò salvo il caso nel quale l'amministrazione, allorché rifiuti espressamente di esercitare il potere di autotutela, indichi ulteriori elementi a sostegno della legittimità dell'atto e, in questo modo, ne integri la motivazione.

L'omissione della comunicazione preventiva dell'intenzione di ricorrere al giudice non impedisce la proposizione del ricorso, come anche il ricorso può essere proposto per motivi diversi ed ulteriori rispetto a quelli indicati nella comunicazione. Tali omissioni, tuttavia, rilevano sia ai fini della condanna alle spese dell'eventuale giudizio, sia ai fini dell'applicazione dell'art. 1227 del codice civile²⁰, dunque come comportamenti che, in violazione dell'obbligo di diligenza, hanno contribuito a determinare o aggravare il danno. Ai fini delle spese di giudizio potrà essere valutato, parallelamente e al contrario,

¹⁷L'espressione è di D. De Pretis, *Il sistema della protezione preventiva*, in G. Greco, a cura di, *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010, 3 ss.

¹⁸Art. 243 bis cod. contratti pubblici, in aderenza al potere riconosciuto agli stati ex art. 1, par. 4, dir. 89/665/CEE.

¹⁹Così, D. De Pretis, *Il sistema della protezione preventiva*, cit., 32. In senso contrario, N. Paolantonio, *Il rito abbreviato*, in F. G. Scoca, *Giustizia amministrativa*, cit., 490.

²⁰L'art. 1227 cc dispone che “Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza”

anche il mancato esercizio del potere di annullamento da parte dell'amministrazione, che non l'ha esercitato nonostante fosse stata resa edotta dei vizi del proprio atto.

Le norme in questione pongono in capo alle parti un onere di collaborazione che esula dei normali obblighi di diligenza che gravano sui privati. La ricerca di una soluzione bonaria, promossa mettendo le parti di fronte al rischio dell'applicazione delle spese di giudizio in chiave sanzionatoria o di vedere condizionato il risarcimento del danno, dovrebbe facilitare la possibilità di una composizione prima dell'insorgere di un vero contenzioso.

Tuttavia, il fatto che la comunicazione non sospenda il termine decadenziale per la proposizione del ricorso e considerato che tale ultimo termine è molto breve (trenta giorni), la possibilità che si possano realizzare le finalità deflattive perseguite, appare inevitabilmente ridotta²¹. Ove infatti l'amministrazione intendesse procedere in autotutela, comunque dovrebbe avviare un procedimento di secondo grado, comunicare l'avvio del procedimento ad eventuali controinteressati (per esempio al soggetto aggiudicatario) e, dopo aver dato termini ragionevoli a questi ultimi per formulare le proprie osservazioni, adottare un provvedimento espresso, anch'esso da comunicare. E' poco verosimile che ciò possa essere fatto prima dello scadere del termine per l'esercizio dell'azione e dunque prima che l'impresa abbia notificato il ricorso o magari chiesto provvedimenti cautelari.

A tale meccanismo, che ha natura puramente 'esortativa', si accompagnano ulteriori strumenti invece processuali, che impediscono o possono impedire all'amministrazione di concludere il contratto una volta che sia sorto un contenzioso e prima che il giudice abbia potuto in qualche modo pronunciarsi.

Va peraltro osservato che l'efficacia di tali ultimi strumenti è assicurata dalla previsione del termine sospensivo per la stipulazione del contratto. Dirimendo un dibattito su cui la giurisprudenza non era riuscita a dare risposta univoca, il legislatore ha chiarito che l'adozione dell'atto di aggiudicazione non equivale all'accettazione dell'offerta e che, quindi, essa non importa di per sé la stipulazione del contratto²². In aderenza alla normativa europea, poi, il codice dei contratti dispone che l'aggiudicazione provvisoria debba essere comunicata a tutti i partecipanti e che, inoltre, il contratto non possa essere concluso prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima comunicazione²³.

²¹Come osserva N. Paolantonio, *Il rito abbreviato*, in F. G. Scoca, *Giustizia amministrativa*, cit., 490, richiamando analoghi rilievi critici formulati dalla Commissione speciale del Consiglio di stato che ha reso un parere sul progetto di codice proc. amm.

²²Art. 11, co. 7, cod. contratti pubblici

²³Art. 11, co. 10, cod. contratti pubblici

Il legislatore ha dunque previsto un termine ben più ampio di quello minimo imposto dal diritto europeo (dieci o quindici giorni a seconda del mezzo impiegato per effettuare la comunicazione). In questo lasso di tempo sarà possibile, per chi intenda contestare l'aggiudicazione, non solo proporre ricorso, ma anche chiedere l'adozione di una misura cautelare, in particolare una misura che sospenda gli effetti dell'aggiudicazione, impedendo la stipulazione del contratto sino alla definizione del merito della controversia.

Proprio in relazione ai provvedimenti cautelari, nella materia degli appalti la Corte di giustizia è intervenuta con una decisione che ha introdotto un elemento di novità rilevante nel sistema processuale amministrativo nazionale. Tradizionalmente il processo amministrativo, a differenza di quello civile, non contemplava misure cautelari *ante causam*, quindi non consentiva al ricorrente di chiedere misure cautelari se non dopo l'instaurazione del giudizio. La Corte, adita in sede di rinvio pregiudiziale, ha ritenuto invece che l'art. 2 dir. 89/665/CEE imponesse la previsione della facoltà, per il giudice, di adottare provvedimenti cautelari anche prima della proposizione del ricorso²⁴. Il legislatore italiano si è adeguato; inizialmente, introducendo tale facoltà rispetto alla sola materia degli appalti²⁵, così limitandosi ad una attuazione formale della decisione del giudice europeo, per poi estenderla in modo generalizzato a tutto il processo amministrativo²⁶.

L'art. 11, co. X ter, cod. contratti, conformemente a quanto previsto dall'art. 2, par. 3, dir. 89/665/CEE, ha introdotto un ulteriore elemento innovativo. Nel sistema italiano, la proposizione del ricorso e, evidentemente, la richiesta di misura cautelare, non hanno effetto sospensivo. In relazione agli appalti, invece, la notifica di un ricorso avverso l'aggiudicazione, con contestuale domanda cautelare, impedisce la stipulazione del contratto per 20 giorni e comunque sino alla decisione sulla concessione della misura o sul merito del ricorso, ove esso sia definito in sede cautelare. Dunque, mentre il termine sospensivo per la stipulazione dà il tempo agli imprenditori pretermessi di reagire giudizialmente, questa seconda previsione ulteriormente posticipa il momento nel quale l'amministrazione potrà concludere il contratto, condizionandola a che vi sia stato l'intervento di un giudice, e che il giudice abbia ritenuto non necessario fermare in via d'urgenza la procedura.

L'obiettivo è chiaro. La stipulazione del contratto rende più gravi i problemi derivanti dall'annullamento dell'aggiudicazione. Il legislatore ha voluto così evitare che la scelta dell'aggiudicatario si stabilizzi subito consolidandosi nel contratto, perché ciò può

²⁴Corte Giustizia, 29 aprile 2004, C-202/03.

²⁵Art. 245 cod. contratti pubblici, ora abrogato.

²⁶Art. 61 cod. proc. amm.

limitare l'incisività del potere di intervento del giudice, rendere molto onerosi gli effetti della sentenza, o più difficoltosa la sua esecuzione.

III. UN SECONDO TRATTO CARATTERIZZANTE: LA CELERITÀ NELLA DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

Un ulteriore profilo di particolarità che caratterizza le regole processuali in materia di appalti pubblici consiste nella speciale celerità con la quale il legislatore impone che il giudizio sia concluso. A questo fine vengono derogate le regole ordinarie sulla articolazione temporale del giudizio, con la imposizione alle parti di oneri speciali; ad essi fa riscontro l'obbligo per il giudice di compiere a sua volta i propri adempimenti con una sollecitudine altrettanto speciale.

Di particolare rilievo, per le sue implicazioni, è la riduzione del termine per il ricorso. A dispetto degli ordinari sessanta giorni entro i quali l'atto amministrativo può essere contestato, gli atti adottati nell'ambito della procedura di gara (dal bando sino alla aggiudicazione, ivi comprese le eventuali esclusioni) debbono essere impugnati nel termine ridotto di trenta²⁷. Anzi, il legislatore in questa materia non ammette neppure la utilizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, un ricorso alternativo a quello ordinario al TAR che, essendo proponibile nel più ampio termine di 120 gg, costituisce talora un rimedio per il privato che tardivamente si determini ad agire²⁸.

Ciò costituisce un considerevole aggravio per il ricorrente.

In relazione alla impugnazione del bando, per le clausole che impediscano la partecipazione²⁹, il termine decorre dalla pubblicazione, della quale però il privato può non aver avuto conoscenza immediata³⁰. Se invece il bando non è stato pubblicato, il legislatore dispone che, a prescindere dall'effettiva piena conoscenza, il ricorso è proponibile entro trenta giorni dalla pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva, ove tale avviso contenga la indicazione della motivazione della scelta di affidare il contratto senza pubblicazione del bando; la giurisprudenza ha poi applicato lo stesso termine nel caso in cui il bando sia stato pubblicato con modalità diverse da

²⁷Art. 120, co. 5, cod. proc. amm.

²⁸Art. 120, co. 1, cod. proc. amm.

²⁹Per queste infatti vi è un interesse alla impugnazione immediata, perché producono un immediato effetto lesivo. Le altre, che invece manifestano l'effetto lesivo al momento della applicazione, potranno essere impuginate solo insieme all'aggiudicazione: una eventuale impugnazione diretta risulterebbe inammissibile per carenza di interesse (Consiglio Stato, sez. V, 22 settembre 2009, n. 5653).

³⁰Consiglio Stato, sez. V, 20 aprile 2009, n. 2349.

quelle prescritte³¹. Infine, in mancanza della pubblicazione dell'avviso o in caso esso non contenga la motivazione richiesta, la decadenza matura decorsi sei mesi dal giorno successivo alla data di stipulazione del contratto³².

La riduzione del termine per la proposizione del ricorso può risultare estremamente pregiudizievole anche in relazione alla impugnazione del provvedimento di aggiudicazione. In questo caso, il termine decorre dalla comunicazione individuale dell'aggiudicazione³³. Dunque se, rispetto al bando, vi è una presunzione di conoscenza derivante dalla pubblicazione dell'atto in forme idonee, rispetto ai provvedimenti di esclusione o aggiudicazione il termine non opera se non a partire dal momento in cui l'atto è entrato nella sfera di conoscenza o conoscibilità dello specifico destinatario³⁴.

Evitando le interpretazioni formalistiche che hanno connotato la sua giurisprudenza sui termini in altri ambiti, il Consiglio di Stato ha rilevato che la comunicazione dell'aggiudicazione può far decorrere il termine solo ove il concorrente astrattamente legittimato all'impugnativa sia in condizione di avvalersi delle proprie facoltà, il che avviene quando la comunicazione contenga l'indicazione delle "caratteristiche e vantaggi dell'offerta selezionata"³⁵. E' da sottolineare che tale interpretazione si è imposta in difformità con gli indirizzi giurisprudenziali applicati a tutt'oggi in materie diverse³⁶, in conseguenza anche in questo caso dell'incidenza europea. La Corte di giustizia ha infatti escluso che la mera conoscenza della non aggiudicazione consenta all'impresa di proporre efficacemente un ricorso, perché si tratta di un dato insufficiente per verificare l'illegittimità dell'atto: su queste premesse la Corte ha preteso che il

³¹Rifacendosi ai principi nazionali ed europei di effettività della tutela, come anche al principio europeo dell'effetto utile, il Consiglio di Stato ha statuito che "ove sia mancata la prescritta pubblicazione di un bando sulla Gazzetta Ufficiale della Unione Europea - il relativo termine di impugnazione in sede giurisdizionale non comincia a decorrere dalla data di pubblicazione avvenuta con modalità diverse" (Consiglio Stato, sez. VI, 22 marzo 2011, n. 1747).

³²Art. 120, co. 2, cod. proc. amm.

³³Tale comunicazione è prescritta dall'art. 79 cod. contratti pubblici, conformemente all'art. 2 quater dir. 89/665/CEE.

³⁴Sulla base di un'interpretazione la cui conformità alla direttiva europea non sembra scontata, se il privato ha avuto conoscenza dell'aggiudicazione prima della comunicazione, il termine decorre dalla conoscenza (Consiglio di Stato, sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 6531).

³⁵Consiglio di Stato, sez. IV, 3 maggio 2011 n. 2646; Consiglio di Stato, sez. IV, 14 dicembre 2011 n. 6543.

³⁶Come ricorda il Consiglio di Stato nella sentenza appena citata (n. 6543), ordinariamente "la piena conoscenza dell'atto amministrativo si concretizza con la cognizione degli elementi essenziali identificabili nell'autorità emanante, l'oggetto, il contenuto dispositivo del provvedimento ed il suo effetto lesivo, essendo tali elementi sufficienti a rendere consapevole il legittimato all'impugnativa dell'incidenza dell'atto nella sua sfera giuridica. Egli ha così la concreta possibilità, infatti, di rendersi conto della lesività del provvedimento, senza che sia necessaria all'uopo anche la compiuta conoscenza della motivazione e degli atti del procedimento, che può rilevare solo ai fini della proposizione di eventuali motivi aggiunti".

termine decorra dalla conoscenza dei motivi³⁷. Dunque, anche sotto questo profilo, ed in relazione al punto critico del *dies a quo* per la decorrenza del termine, le regole del contenzioso risultano condizionate in modo rilevante dal diritto europeo.

La giurisprudenza nazionale, tuttavia, si è adeguata solo parzialmente alle statuizioni della Corte.

Le possibilità concrete di valutare la legittimità dell'atto, al di là della sua formale motivazione, potranno dipendere, almeno in molti casi, dalla visione della documentazione di gara. Eppure, secondo il Consiglio di Stato, la comunicazione dell'aggiudicazione corredata dell'indicazione delle caratteristiche e vantaggi dell'offerta selezionata “rappresenta la condizione sufficiente per realizzare la conoscenza piena del provvedimento lesivo idonea a far decorrere il termine decadenziale, a nulla rilevando che la parte interessata ignori i documenti interni del procedimento”³⁸.

E' vero che l'accesso è riconosciuto in termini molto ampi, in relazione a tutti gli atti che consentano di verificare la ricorrenza, in capo all'aggiudicatario, dei requisiti di partecipazione, nonché la correttezza della valutazione compiuta dall'amministrazione in ordine alle offerte (ivi comprese, evidentemente, le offerte presentate)³⁹. Il legislatore ha anche dettato al riguardo una disciplina particolare in ordine alle modalità e tempi, stabilendo che le imprese partecipanti alla gara possano visionare e estrarre copia degli atti entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti, senza che occorra una istanza scritta o un provvedimento di assenso dell'amministrazione⁴⁰. Nonostante ciò, è chiaro però che il tempo effettivamente disponibile per la elaborazione e proposizione del ricorso, dopo avere potuto visionare la documentazione di gara, può in concreto risultare molto limitato. Ciò può far dubitare della compatibilità di una simile riduzione con la effettività del diritto alla tutela giurisdizionale.

Alla luce delle considerazioni svolte, si può osservare che la rapidità con cui il legislatore impone che la controversia sia definita si traduce in primo luogo in un onere per il ricorrente. Assolto tale onere, il processo presenta poi una immediata accelerazione.

³⁷Corte di Giustizia CE sez. III, 28 gennaio 2010, C- 406/08, *Uniplex (UK) Ltd c. NHS Business Services Authority*.

³⁸Consiglio di stato, sez. V, 1 settembre 2011 n. 4895.

³⁹Tar Lazio, Roma, sez. III ter, 15 luglio 2011, n. 6385, che osserva come non possono essere opposti motivi di riservatezza, “sia perché, una volta conclusasi la procedura concorsuale, i documenti prodotti dalle ditte partecipanti assumono rilevanza esterna, sia perché la documentazione prodotta a tali fini esce dalla sfera esclusiva delle imprese per formare oggetto di valutazione comparativa, essendo versata in un procedimento caratterizzato dai principi di concorsualità e trasparenza”. Vi sono peraltro alcune eccezioni, tra cui, a norma dell'art. 13, co. 5, cod. contratti pubblici, le informazioni che costituiscano segreti tecnici o commerciali.

⁴⁰Art. 79, co. 5 quater, cod. contratti pubblici.

La materia degli appalti, infatti, appartiene a quelle materie per le quali il codice del processo prevede una riduzione della metà di tutti i termini processuali⁴¹. A ciò si aggiunge la previsione secondo la quale, nei casi in cui sia stata chiesta una misura cautelare e a prescindere dal fatto che tale misura sia stata concessa o meno il giudice ha l'obbligo di fissare l'udienza 'con assoluta priorità'⁴². Sempre funzionalmente allo scopo di realizzare le esigenze di celerità, il legislatore prevede che il dispositivo della sentenza sia pubblicato entro sette giorni dalla data della sua deliberazione e che la sentenza sia resa in forma semplificata.

L'accelerazione ha però un costo. Nella materia degli appalti, il ricorso presuppone infatti il pagamento di un contributo ingente, che deve altresì essere versato allorché si propongano motivi aggiunti⁴³ e che rende l'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale estremamente oneroso. Anche in relazione a ciò sembra emergere un profilo di dubbia compatibilità della disciplina nazionale con il diritto europeo.

In termini più generali, la previsione di un rito super-accelerato⁴⁴ si presta a non pochi rilievi critici. Ordinariamente, infatti, il giudice è tenuto a fissare la discussione del merito dei ricorsi secondo l'ordine della loro presentazione, salvo che vi siano documentate ragioni di urgenza⁴⁵. In deroga a tali regole, le controversie in materia di appalti hanno una incondizionata e aprioristica preferenza nella trattazione, con la conseguenza per cui, trovando esse una corsia privilegiata, le altre controversie inevitabilmente verranno decise con sempre maggiori ritardi⁴⁶. Il principio di uguaglianza ne risulta scosso⁴⁷, anche considerando che la rapidità della decisione è una condizione fondamentale perché la tutela possa dirsi effettiva. D'altra parte, che nelle controversie relative agli appalti possano essere implicati interessi rilevanti è indubbio; che tali interessi non siano sempre e per forza *più* rilevanti rispetto a quelli coinvolti in altre controversie, che magari coinvolgano i bisogni essenziali non già dell'imprenditore ma del 'semplice' cittadino, sembra però altrettanto indubbio.

⁴¹Art. 119, co. 2, cod. proc. amm.

⁴²Art. 120, co. 6, cod. proc. amm.

⁴³Da 2000 a 6000 Euro, a seconda del valore della controversia: art. 37 d.l. 6 luglio 2011, n. 98, come modificato dalla l. 24 dicembre 2012, n. 228.

⁴⁴La definizione è di M. Lipari, *Il recepimento della 'direttiva ricorsi': il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia 'flessibile' del contratto*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁵Art. 8, norme di attuazione, cod. proc. amm.; art. 55, co. 10, cod. proc. amm.

⁴⁶Per alcune critiche, si rinvia a S. Torricelli, *Tutele differenziate e riti speciali nei processi contro la pubblica amministrazione: qualche riflessione comparatistica*, in G. Falcon, (a cura di), *Forme e strumenti di tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010, 304 ss..

⁴⁷La giurisprudenza costituzionale in relazione alle deroghe all'ordinario sistema di tutela è però molto timida, come osserva A. Corpaci, *La pluralità dei riti processuali nella giustizia amministrativa italiana*, in G. Falcon, (a cura di), *Forme e strumenti di tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, cit., 268-271.

IV. ANNULLAMENTO DELL'AGGIUDICAZIONE E SORTE DEL CONTRATTO

Tra gli aspetti più significativi della nuova disciplina del processo in materia di appalti, vanno annoverate le norme che, in modo espresso, regolano il rapporto tra aggiudicazione e contratto e, più specificamente, tra annullamento dell'aggiudicazione e patologie del contratto. La questione pone il problema del raccordo tra fase pubblicistica e fase privatistica: si colloca dunque in un punto di confine tra l'una e l'altra, un punto nel quale il sistema di tutela giurisdizionale italiano, fondato sulla doppia giurisdizione, ha mostrato i suoi più evidenti aspetti critici.

Da un lato, per molto tempo la giurisprudenza ha ritenuto che la giurisdizione del giudice amministrativo comprendesse solamente la conoscenza della illegittimità del provvedimento di aggiudicazione ed il suo conseguente annullamento. Il privato, una volta ottenuto l'annullamento, doveva dunque adire il giudice ordinario per qualsiasi questione relativa allo stato del contratto⁴⁸. Solo in tempi molto recenti la giurisprudenza ha ammesso l'estensione della giurisdizione del giudice amministrativo agli effetti prodotti dal venir meno dell'atto di aggiudicazione sul contratto⁴⁹.

Il giudice ordinario, a sua volta, ha incontrato la difficoltà di individuare le conseguenze che l'annullamento dell'aggiudicazione potevano produrre sul contratto concluso. Le soluzioni che si sono susseguite nel tempo hanno progressivamente offerto maggiori garanzie di tutela del ricorrente vittorioso: dopo una prima fase nella quale la Corte di cassazione ha ritenuto che l'annullamento dell'aggiudicazione configurasse un vizio della volontà che rendeva annullabile il contratto, previa azione esperibile soltanto dall'amministrazione⁵⁰, ha più recentemente propugnato la tesi della nullità per violazione di norme imperative o comunque del suo travolgimento automatico⁵¹. In conseguenza di tale evoluzione, essa ha concluso che non fosse necessaria una ulteriore azione, se non per finalità meramente dichiarative o per bloccare l'amministrazione che pretendesse di dare comunque esecuzione al contratto nullo o inefficace⁵².

⁴⁸Corte di cassazione, sez. unite, 18 luglio 2008, n. 19805, argomentando che "le situazioni giuridiche soggettive delle quali si chiede l'accertamento negativo hanno consistenza di diritti soggettivi pieni".

⁴⁹Consiglio Stato, Adunanza plenaria, 30 luglio 2008, n. 9, nonché Corte di cassazione, sez. unite, ord. 10 febbraio 2010, n. 2906.

⁵⁰Tra le altre, Consiglio stato, sez. VI, 1 febbraio 2002, n. 570.

⁵¹Corte di cassazione, sez. I, 15 aprile 2008, n. 9906; Consiglio Stato, sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218. Il dibattito sul tema è ripercorso da R. Garofoli, *Il problema del contratto concluso sulla base di aggiudicazione annullata dal G.A.: i profili sostanziali e processuali*, cit., 115 ss.

⁵²Ciò corrisponde peraltro ad una tendenza uniforme nei diritti europei: si veda in relazione a ciò, M. Ramajoli, *Un diritto processuale europeo in materia di appalti pubblici?* cit., spec. 112 ss; per un inquadramento più ampio del tema, in termini comparatistici, B. Marchetti, *Annullamento*

Sebbene la giurisprudenza più recente avesse corretto gli aspetti più discutibili del sistema, è stata la trasposizione della direttiva europea ad offrire l'occasione per una revisione complessiva.

Il primo dato rilevante è che la cognizione del giudice amministrativo adito con un ricorso avverso provvedimenti adottati nella fase della procedura di gara si estende sino a comprendere la conoscenza dello stato del contratto, almeno in relazione alle conseguenze sul contratto della sua sentenza di annullamento⁵³. Ragionevolmente il legislatore ha concentrato la tutela in un unico giudice, in coerenza con le esigenze di garanzia della efficacia del ricorso proposto e della rapidità della decisione, espresse dall'art. 1, par.1, dir. 89/665/CEE⁵⁴. Vi è in questo caso dunque uno spostamento del limite delle due giurisdizioni, in favore del giudice amministrativo⁵⁵.

Dal punto di vista sostanziale, il legislatore chiarisce che l'annullamento dell'aggiudicazione determina o può determinare l'inefficacia del contratto⁵⁶, in aderenza all'art. 2 quinquies dir. 89/665/CEE. Alla dichiarazione di inefficacia può poi conseguire, come tutela in forma specifica, la condanna dell'amministrazione ad aggiudicare il contratto al ricorrente⁵⁷; ove l'amministrazione non provveda, diverrà possibile proporre un giudizio di ottemperanza⁵⁸ con il quale il giudice potrà sostituirsi all'amministrazione rimasta inerte adottando gli atti necessari⁵⁹, ovvero nominare allo stesso fine un commissario ad acta che garantisca il subentro⁶⁰.

Questo potere di condanna si inquadra nella più complessiva tendenza del processo amministrativo ad eliminare alcune barriere solo formali che il giudice incontrava nel dare tutela agli interessi del ricorrente. In particolare, il codice del processo prevede che in caso di silenzio dell'amministrazione, quando cioè essa manchi di adottare un atto

dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 487 ss.

⁵³Art. 121 e 123 cod. proc. amm.

⁵⁴L'obbligo di garantire un ricorso efficace e rapido, di cui all'art. 1, par 1, della direttiva, è da riferire infatti a tutte le forme di tutela che, a norma della direttiva, debbono poter essere chieste, ivi inclusa, a norma dell'art. 2 quinquies, la tutela conseguente alla privazione degli effetti del contratto. Il limite posto al giudice dell'annullamento di assumere determinazioni anche in ordine al contratto appariva poco coerente con tale disposizione. In questo senso, F. Maellaro, *Giurisdizione e strumenti di tutela*, in M. Clarich, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010, 1079.

⁵⁵Cui infatti è stata riconosciuta la giurisdizione esclusiva anche in relazione all'efficacia del contratto dipendente dall'annullamento dell'aggiudicazione (v. 5).

⁵⁶Si vedano ancora gli artt. 121 e 123 cod. proc. amm.

⁵⁷L'art. 124 fa riferimento espresso all' "accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione".

⁵⁸Il giudizio di ottemperanza è lo strumento con il quale chi abbia ottenuto una sentenza favorevole può portare ad esecuzione forzatamente gli effetti della sentenza, anche contro una amministrazione che non vi provveda. La disciplina è contenuta negli artt. 112 e ss cod. proc amm.

⁵⁹Art. 114, co. 4, lett. a), cod. proc amm.

⁶⁰Art. 114, co. 4, lett. d), cod. proc amm. Si veda, ad esempio, Consiglio di stato, sez. V, 18 ottobre 2011 n. 5580.

amministrativo doveroso nel termine fissato, il giudice possa non solo condannare l'amministrazione a provvedere, ma anche pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, sempre che si tratti di attività vincolata o che non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione⁶¹. In questo caso, dunque, in cui l'amministrazione non ha, in astratto o in concreto, alcun potere di scelta, il giudice potrà condannare l'amministrazione ad un *facere* specifico, consistente nella adozione di uno specifico atto. Una recente riforma del Codice del processo⁶², ha esteso questo potere di condanna a tutti i casi in cui annulla un atto vincolato, potere che, prima dell'espressa modifica al codice, risultava controversa⁶³.

In materia di appalti, dunque, il potere del giudice di condannare al subentro (che in concreto si atteggia a potere di condannare alla adozione di un atto di aggiudicazione avente un diverso contenuto) non è una anomalia, nel sistema processuale⁶⁴. Al riguardo si è però rilevato che esso deve essere circoscritto ai soli nei casi nei quali, riscontrato il vizio, il contratto non potrà che essere aggiudicato al ricorrente, senza che occorran ulteriori valutazioni da parte dell'amministrazione⁶⁵. Dunque il giudice non può ricostruire, al di là di questi limiti, una ipotesi di comportamento corretto per poi verificarne gli esiti; potrà solo accertare in concreto quali sono le conseguenze che derivano necessariamente e senza alcuna opinabilità dai vizi rilevati⁶⁶. In questo senso, il subentro costituisce soltanto una esplicitazione dell'effetto conformativo che deriva dal giudicato.

L'annullamento e la privazione di effetti del contratto operano in principio retroattivamente. Individuare le conseguenze concrete della retroattività non è però agevole: sul piano dei rapporti tra amministrazione e illegittimo aggiudicatario, si dovrà considerare che le prestazioni sono state eseguite in assenza di contratto e che dunque il prestatore abbia diritto non già al corrispettivo pattuito ma alla ripetizione dell'indebito arricchimento; nei rapporti tra amministrazione e ricorrente che subentra nel contratto, la conseguenza potrà essere che, ove possibile, il primo ha diritto ad eseguire il contratto nella sua interezza e per la durata originariamente prevista⁶⁷.

⁶¹ Art. 31 cod. proc. amm.

⁶² Art. 34, co. 1, lett. c), cod. proc. Amm, come modificato dal D.Lgs. 14 settembre 2012, n. 160.

⁶³ A. Carbone, *Fine delle perplessità sull' azione di adempimento*, in *Foro amm.* TAR, 2011, 5, 1499 ss.

⁶⁴ Sul rapporto tra la previsione speciale contenuta nelle norme concernenti gli appalti, e altre più generali previsioni contenute nel codice, M. Ramajoli, *Il processo in materia di appalti pubblici da rito speciale a giudizio speciale*, cit., 144.

⁶⁵ Si può pensare al caso del ricorrente secondo classificato che impugni l'aggiudicazione per la mancata esclusione dell'aggiudicatario dalla gara.

⁶⁶ A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 352.

⁶⁷ Ciò sarà possibile in linea di principio per i contratti di appalto di servizi.

In tutti questi casi, il giudice può però limitare gli effetti dell'annullamento nel tempo e, in particolare, può limitare la declaratoria di inefficacia alle prestazioni ancora da eseguire, impedendo che esso abbia effetto *ex tunc*. Il giudice dovrà a tal fine valutare la gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto. Con ciò si evocano due criteri diversi: da un lato, il riferimento al comportamento della stazione appaltante fa ritenere che la 'inefficacia retroattiva' possa configurarsi come una sorta di meccanismo sanzionatorio per l'amministrazione che, imprudentemente o con consapevolezza, abbia stipulato e dato esecuzione a un contratto che sapeva o poteva sapere essere fondato su una illegittima aggiudicazione. Il richiamo alla situazione di fatto sembra invece voler dar rilievo a situazioni già consolidate e ad una valutazione comparativa degli interessi in gioco, che può giustificare o non giustificare la retroattività della declaratoria di inefficacia.

V. LA CONSERVAZIONE DEL CONTRATTO ILLEGITTIMAMENTE AGGIUDICATO

La direttiva 89/665/CEE riconosce agli stati la possibilità di attribuire al giudice il potere di tenere in vita il contratto illegittimamente aggiudicato⁶⁸. Tale possibilità è stata fatta propria dal legislatore italiano, che ha così introdotto nell'ordinamento ipotesi di conservazione del contratto che precedentemente non esistevano. La disciplina è peraltro differente a seconda della natura della violazione in cui l'amministrazione è incorsa.

Di fronte alle violazioni più gravi, rispetto a vizi che il legislatore indica in modo espresso, l'art. 121 cod. proc. amm dispone che ordinariamente il giudice dichiara l'inefficacia del contratto. Si tratta in primo luogo dei casi di mancata pubblicazione del bando di gara nelle forme di pubblicità prescritte o dell'utilizzazione della procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti⁶⁹. La gravità sembra dipendere, rispetto ad essi, dal fatto di avere limitato le possibilità di partecipare alla gara e così la concorrenza per l'aggiudicazione. Una seconda tipologia di vizi che conducono alla dichiarazione di inefficacia sulla base della stessa norma concerne i casi in cui il contratto sia stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio di trentacinque giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione o quando sia stato stipulato nonostante la proposizione di un ricorso giurisdizionale con domanda cautelare prima che vi sia stata una pronuncia del giudice: in entrambi questi ultimi casi, a condizione che la violazione abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento⁷⁰. Qui, il legislatore cerca di prevenire comportamenti strumentali

⁶⁸Art. 2 quinquies, par 3, dir. 89/665/CEE.

⁶⁹ Art. 121, co. 1, lett. a) e b), cod. proc. amm.

⁷⁰ Art. 121, co. 1, lett. c) e d), cod. proc. amm.

dell'amministrazione che, anticipando la stipula del contratto, tenti di pregiudicare in tutto o in parte l'efficacia del ricorso.

In questi casi, nonostante la gravità della violazione, il giudice può comunque disporre che il contratto resti efficace allorquando esigenze imperative connesse ad un interesse generale impongano che siano mantenuti gli effetti del contratto (come quando, si dà carico di esemplificare il legislatore, solo l'esecutore attuale può eseguire la parte residua del contratto e fornire la prestazione mancante)⁷¹. La previsione deve essere interpretata con estremo rigore, limitatamente alla ipotesi in cui risulti impossibile garantire altrimenti gli interessi pubblici in gioco e non sia sufficiente limitare temporalmente il venir meno degli effetti del contratto⁷². Sotto questo profilo il legislatore, echeggiando la disposizione europea, precisa che non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto e che, più in generale, gli interessi economici potranno essere considerati come esigenze imperative solo nei casi eccezionali nei quali l'inefficacia produce conseguenze sproporzionate. Il legislatore precisa anche che occorrerà tener conto della eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto (sempre che il vizio rilevato non sia di natura tale da richiedere la rinnovazione della gara): ove cioè il ricorrente non abbia chiesto la aggiudicazione in suo favore, la dichiarazione di inefficacia potrebbe generare un danno economico sproporzionato, poiché ad essa non potrebbe conseguire, per il ricorrente, alcun beneficio.

Quando l'aggiudicazione sia annullata per violazione diverse, connotate da un minor grado di gravità, il giudice che annulla l'aggiudicazione deve contestualmente stabilire, a norma dell'art. 122 cod. proc. amm., se dichiarare o meno l'inefficacia. E' da rilevare che, in questi secondi casi, la previsione nazionale che fa dipendere dall'annullamento dell'aggiudicazione l'inefficacia del contratto, sia pure in via solo eventuale, non è imposta dal diritto europeo⁷³, ma si lega ad una autonoma scelta del legislatore nazionale. La norma indica quali sono i termini della valutazione che al riguardo il giudice deve compiere: nel decidere, egli terrà conto degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente, sulla base dei vizi riscontrati di conseguire l'aggiudicazione, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di un subentro⁷⁴. Non occorre dunque il ricorrere di esigenze imperative, che solo la conservazione del contratto potrà soddisfare; è sufficiente, ai fini della conservazione, che gli interessi pubblici siano comparativamente prevalenti rispetto a quelli privati⁷⁵.

⁷¹ Art. 121, co. 2, cod. proc. amm.

⁷² Art. 2 quinquies, par 2, dir. 89/665/CEE.

⁷³ Art. 2, par. 7, dir. 89/665/CEE.

⁷⁴ Art. 122 cod. proc. amm.

⁷⁵ Argomentando sulla base di quella norma, per esempio, sembrerebbe sufficiente rilevare che il contratto è stato in larga misura eseguito, di talché il vantaggio di un subentro per il ricorrente sarebbe

Oltre alla diversità in ordine ai presupposti della conservazione di efficacia del contratto illegittimamente aggiudicato, sono anche diverse, a seconda della tipologia del vizio riscontrato, le conseguenze della conservazione del contratto.

In entrambi i casi, il ricorrente ha diritto al risarcimento del danno⁷⁶; tuttavia, solo rispetto alle violazioni più gravi di cui all'art. 121, la conservazione degli effetti del contratto importa l'applicazione di sanzioni. In particolare, il giudice commina alla stazione appaltante una sanzione pecuniaria di importo variabile tra lo 0,5 e il 5% del valore del contratto o la riduzione della durata del contratto da un minimo del 10% ad un massimo del 50%. La graduazione dipende ancora dalla gravità della condotta della stazione appaltante e l'opera che essa ha svolto per eliminare o attenuare le conseguenze della propria violazione. E' da rilevare che, mentre la norma europea prevede che le due sanzioni possano essere alternative⁷⁷, il legislatore italiano ne ha consentito il cumulo, irrigidendo in questo modo l'apparato sanzionatorio complessivo. Anche l'ammontare delle percentuali che esso ha fissato, tutt'altro che irrilevanti, conferma tale approccio severo⁷⁸.

L'introduzione di un simile meccanismo sanzionatorio desta però molte perplessità. Tali sanzioni hanno evidentemente una funzione punitiva, per un verso, dissuasiva, dall'altro; nulla hanno a che vedere con la tutela dell'interesse del ricorrente e dunque, risultano poco coerenti con il modello costituzionale di processo, che è un processo *sulla situazione soggettiva*⁷⁹.

Su un piano più pratico, inoltre, la previsione di una sanzione consistente nella riduzione dell'effetto conservativo del contratto (cioè si conserva l'efficacia del contratto, ma riducendone la durata), suscita a sua volta non pochi interrogativi. Il presupposto della conservazione è che vi siano esigenze imperative connesse all'interesse pubblico: se ciò è, lascia perplessi che, per effetto di una colpa dell'amministrazione e con finalità sanzionatoria, si possano pregiudicare gli interessi eccezionalmente sensibili che proprio la conservazione dovrebbe tutelare. Tale sanzione dovrebbe allora essere applicata nei soli casi in cui le esigenze imperative impediscano l'immediata privazione degli effetti del contratto (perché l'esecuzione del contratto non può essere cessata improvvisamente), ma possano essere soddisfatti anche da un

limitato, quando invece potrebbe portare ad un ritardo o un rischio rilevante nella corretta esecuzione della parte residua della prestazione.

⁷⁶ Art. 124 cod. proc. amm., secondo cui "Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato".

⁷⁷ Art. 2 sexies, par 2, dir. 89/665/CEE.

⁷⁸ La direttiva prevede infatti solamente che le sanzioni siano "effettive, proporzionate e dissuasive".

⁷⁹ Art. 123 cod. proc. amm. Sulla difficile compatibilità della previsioni di tali sanzioni con il modello costituzionale di processo amministrativo, M.P. Chiti, *Le misteriose "sanzioni alternative" nella direttiva ricorsi appalti ed i limiti dell'ingerenza dell'Unione europea nel diritto processuale* in G. Greco, a cura di, *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, cit., 175-177.

contratto di durata inferiore, perché comunque, nel corso dell'esecuzione, l'amministrazione dovrebbe potersi dar carico di organizzare una nuova aggiudicazione per le prestazioni residue.

VI. CENNI ALLE MOLTE QUESTIONI APERTE, IN RELAZIONE AL RAPPORTO TRA PRINCIPIO DELLA DOMANDA E POTERI DEL GIUDICE

Dal punto di vista processuale, la disciplina in esame lascia aperte numerose questioni, non solo di interesse teorico, ma con notevoli implicazioni pratiche.

Va premesso, sul piano sostanziale, che la identificazione del vizio che affligge il contratto a seguito dell'annullamento è ancora incerta⁸⁰, cosicché la posizione che si assuma in ordine a questa opzione interpretativa fondamentale finisce con il condizionare le risposte ai problemi processuali che poi si pongono. Non è questa la sede per analizzarli nel dettaglio e nondimeno pare utile quantomeno elencare i molti nodi ancora da sciogliere⁸¹.

E' incerta, innanzitutto, la natura della sentenza che il giudice si trova ad adottare in ordine alla inefficacia e, se del caso, alla conservazione. L'annullamento dell'atto di aggiudicazione ha effetto costitutivo, ma rimane da stabilire se esso produca come conseguenza automatica l'inefficacia del contratto o se invece anche la inefficacia derivi da una statuizione del giudice con effetto a sua volta costitutivo⁸². Anche (ma non solo) in ragione dell'incertezza sulla natura della sentenza da adottare, è controverso se il giudice possa decidere sull'inefficacia d'ufficio o se occorra invece una domanda di parte⁸³. Ci si chiede altresì se le soluzioni ai problemi menzionati siano comune ad

⁸⁰G. Passagnoli, *La nullità speciale del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 661-680.

⁸¹Si vedano in ordine a questi profili e ai connessi profili dell'ampiezza dei poteri del giudice, A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012, 354 ss; G. Greco, *Violazione della disciplina di affidamento degli appalti e sorte del contratto*, in G. Greco, a cura di, *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, cit., 54-55.

⁸²Secondo A. Carullo, “nonostante l'espressione utilizzata dal legislatore, la natura della pronuncia del giudice debba intendersi perlopiù costitutiva [...] proprio perché, accertati determinati elementi di fatto e di diritto, viene a modificare od estinguere un determinato rapporto giuridico e a crearne eventualmente un altro” (*La sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione: poteri del giudice e domanda di parte*, in *Riv. trim. app.*, 2010, 1009). In questo senso anche, Consiglio di stato, sez. III, 19 dicembre 2011, n. 6638, che parla appunto di ‘accertamento costitutivo’, almeno in relazione alla sentenza che annulli il contratto o ne dichiari l'inefficacia nei casi di vizi non gravi.

⁸³Nel senso dell'esistenza di un potere officioso del giudice circa la dichiarazione di inefficacia nei casi di gravi violazioni, G. Greco, *Violazione della disciplina di affidamento degli appalti e sorte del contratto*, cit., 51., il quale rileva in ciò “l'abbandono della concezione strettamente soggettiva della giurisdizione amministrativa: in questo caso, infatti, il Giudice non solo interviene d'ufficio, ma anche interviene [...] per soddisfare l'interesse oggettivo dell'ordinamento”. Per la stessa conclusione, A. Carbone, *L'azione di*

entrambi i casi di violazione o debba essere risolta diversamente a seconda che si discuta di annullamento per vizi gravi o meno gravi⁸⁴.

Anche in relazione al rapporto tra principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice le perplessità non mancano. La questione è, se possibile, ancora più nevralgica perché non si gioca su un piano solo processuale. Essa investe il modo nel quale l'interesse pubblico viene introdotto come elemento rilevante nella decisione del giudice e, per tale ragione, rileva ai fini di una corretta impostazione del rapporto tra giudice e amministrazione (amministrazione intesa in questo caso non solo come parte del giudizio, ma come componente di un altro potere dello Stato).

Sembra potersi dire, in relazione a ciò, che, ove si sia in presenza di vizi gravi che porterebbero altrimenti il giudice alla dichiarazione di inefficacia, occorra una specifica domanda dell'amministrazione, per più ordini di ragioni. Una prima è interna alla dinamica di quello specifico processo. La conservazione richiede una attività processuale ulteriore (l'accertamento della esistenza di motivi imperativi di interesse generale) che, come tale, può accedere al *thema decidendum* solo se espressamente richiesta. Altre ragioni appaiono di 'sistema'. In primo luogo, la conservazione importa l'applicazione di sanzioni pecuniarie e, quindi, dovrà essere oggetto di una valutazione di opportunità riservata all'amministrazione. In secondo luogo, così interpretata la norma anche il ruolo e il potere del giudice risultano più limitati e più coerenti con il *proprium* della funzione giurisdizionale: il giudice dovrà soltanto valutare l'idoneità degli argomenti portati dall'amministrazione a giustificare la pronuncia richiesta, così come egli valuta ordinariamente l'idoneità e la sufficienza degli elementi portati dall'amministrazione ai fini della adozione di un atto amministrativo.

Questa seconda considerazione appare utile anche nel caso di vizi 'non gravi', in cui, a norma dell'art. 122 cod. proc. amm., il giudice stabilisce 'se' dichiarare o meno l'inefficacia. Egli, infatti, dovrà compiere la ponderazione tra interessi per il sol fatto di valutare se il contratto debba essere dichiarato inefficace, a prescindere da ogni richiesta dell'amministrazione. Sarà però l'amministrazione a dover prospettare quali interessi pubblici meritano di essere tenuti in considerazione e di cui poi il giudice dovrà valutare

adempimento nel processo amministrativo, Torino, 2012, 303; A. Carullo, *La sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione: poteri del giudice e domanda di parte*, cit., 989 ss; C. Benetazzo, *Contratti della P.A. e annullamento dell'aggiudicazione*, Padova, 2012, 371; G. Fonderico, *I poteri del giudice nel processo amministrativo sui contratti pubblici*, in *Dir. amm.* 2010, 887; F. G. Scoca, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, in www.giustamm.it; A. Graziano, *Note minime in tema di inefficacia del contratto d'appalto nel Codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it. Contra F. Cintioli, *In difesa del processo di parti (Note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul "nuovo" processo amministrativo sui contratti pubblici)*, in www.giustamm.it.

⁸⁴N. Lipari, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, in www.giustamm.it.

il peso comparativo. In altri termini: la ‘introduzione’ e la ‘rappresentazione’ dell’interesse pubblico in giudizio è cosa che solo l’amministrazione potrà compiere.

Tuttavia, per quanto si possa in via interpretativa contenere i poteri del giudice in ordine alla valutazione degli interessi che giustificano la conservazione del contratto, tali poteri appaiono anomali nel quadro del processo amministrativo e contribuiscono molto ad accentuare la specialità del contenzioso sugli appalti⁸⁵. Anzi, si potrebbe dubitare della legittimità costituzionale delle norme che li prevedono, ipotizzando che le valutazioni sugli interessi che guidano le scelte del giudice in questi ambiti finiscano con il violare i limiti propri del potere giurisdizionale rispetto all’amministrazione. In senso contrario vi è chi ha osservato che il giudice si limiterebbe a svolgere un sindacato analogo a quello demandato al giudice civile allorché esso si trovi ad applicare clausole generali e, ancora più specificamente, è stato avvicinato a quello rimesso al giudice civile in sede di risarcimento in forma specifica, allorché, a norma dell’art. 2058 lo esclude allorché esso risulti eccessivamente onerosa per il debitore⁸⁶.

La questione investe un aspetto centrale nei rapporti tra giudice ed amministrazione e non se ne può nascondere la problematicità: anche alla luce di ciò, però, pare necessario tracciare alcuni limiti e, in particolare, pare necessario che il giudice agisca in conformità delle domande di parte e che debba limitarsi a prendere atto degli interessi formalmente rappresentati da esse sulla base di fatti di cui abbiano dato adeguata prova.

VII. L’IRRUZIONE DELLA PROPORZIONALITÀ NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO E LA DEQUOTAZIONE DELL’INTERESSE PUBBLICO AD INTERESSE ‘NORMALE’

In termini semplificati, si può osservare che la normativa europea ruota intorno a due assi. Un primo asse è costituito l’effettività della tutela dell’interesse privato ingiustamente leso da una violazione (anche funzionalmente alla realizzazione di certi valori di fondo dell’Unione, a partire dal consolidamento del mercato unico: tra interesse privato e interesse pubblico vi sono, nell’ottica dell’Unione, una stretta connessione ed una reciproca capacità di conformazione⁸⁷). Un secondo asse è costituito

⁸⁵ Una specialità che non riguarda dunque soltanto il rito, ma, come è stato osservato, rende complessivamente speciale il ‘giudizio’ stesso (M. Ramajoli, *Il processo in materia di appalti pubblici da rito speciale a giudizio speciale*, in G. Greco, a cura di, *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, cit., spec. 122.

⁸⁶A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 355.

⁸⁷Si rinvia sul punto alle considerazioni svolte in S. Torricelli, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, Milano, 2007, 284 e 316, nota 100. Vi è, in relazione al rapporto tra interessi privati/libertà europee e interessi pubblici/valori codificati nel Trattato, un bisogno di elaborazione che chiarisca meglio lo spazio dell’uno e dell’altro e che ad oggi non è stato appieno soddisfatto.

dalla possibilità di tutelare l'interesse pubblico nazionale allorché esso possa risultare in contraddizione con il primo, attraverso l'imposizione di limiti all'iniziativa giurisdizionale o al tipo di tutela che il privato può ottenere. L'Ue, come d'abitudine, manifesta un approccio sostanzialista. Rileva che, sul piano della realtà fattuale, può esservi una esigenza di bilanciamento di interessi e, laicamente, ammette che tale bilanciamento possa essere svolto anche al momento, in occasione o in sede di giudizio⁸⁸.

I due corpi normativi, che riflettono le contrapposte anime della legislazione, non sono però equiordinati. La normativa europea, da un lato, *pretende* la tutela dell'interesse privato, attraverso la garanzia di standard minimi elevati circa il suo trattamento processuale; dall'altro, *consente* agli stati di tutelare l'interesse pubblico nazionale, accettando in funzione di ciò, entro una misura stabilita, che esso possa tradursi nella limitazione della protezione giurisdizionale offerta. Tale diverso trattamento corrisponde al diverso 'grado' degli interessi sottesi: il primo riflette valori europei, di cui l'Unione direttamente si fa carico; il secondo è un interesse nazionale cui essa è tendenzialmente indifferente. L'Ue, insomma, non cerca né impone un bilanciamento, ma, tuttavia, lo consente. Come usuale, ne individua i limiti; insolitamente, individua però anche gli strumenti di contemperamento, che appaiono ispirati ad una idea di proporzionalità della tutela rispetto agli interessi in gioco, già da tempo utilizzati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia⁸⁹.

Per analizzare l'approccio del legislatore nazionale occorre dunque verificare in che modo esso si è rapportato ad entrambi i due corpi normativi e agli interessi codificati nella legislazione europea: sia agli obblighi imposti, che alle facoltà riconosciute.

Sotto il profilo dell'effettività della tutela giurisdizionale, il legislatore ha dato alla direttiva europea una applicazione 'espansiva': ha raccolto le esigenze che essa indicava e le ha realizzate spesso finanche con maggior rigore. Basti pensare, recuperando alcuni dei dati emersi, alla applicazione del rito speciale anche ai contratti sotto soglia, ai termini sospensivi per la stipulazione del contratto, più lunghi nella legislazione italiana rispetto a quelli stabiliti dalla normativa europea, alla previsione della inefficacia del contratto anche in presenza di vizi per i quali il diritto europeo non li ha imposti, alle entità delle sanzioni alternative fissate dal legislatore nazionale. In termini più complessivi, la rapidità cui il processo si conclude corrisponde ad uno standard che va analogamente oltre a quanto richiesto dalla direttiva. Il legislatore italiano, insomma, si

⁸⁸Ciò anche in relazione alla tutela che essa stessa offre: si rinvia a su questo a, S. Torricelli, *Disciplina normativa e poteri del giudice nella organizzazione del processo di fronte agli organi di giustizia dell'Unione europea*, in D. Sorace, (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei paesi europei*, cit., 279 ss.

⁸⁹S. Torricelli, *Disciplina normativa e poteri del giudice nella organizzazione del processo di fronte agli organi di giustizia dell'Unione europea*, cit., 277.

è dato seriamente carico del problema della effettività della tutela, che risulta ampiamente garantita almeno sotto il profilo formale degli strumenti e delle procedure che consentono di realizzarla. Anzi, come si è osservato, ha forse proceduto con troppo zelo e trascurando gli effetti di tanto privilegio rispetto al trattamento processuale di altre controversie non ricomprese in questa materia.

Più interessante è però osservare come il legislatore abbia trattato l'altro corpo normativo.

Nel sistema italiano, il modello di tutela è di stampo prettamente soggettivistico: esso tende a proteggere le situazioni soggettive dedotte e non tollera, o non dovrebbe tollerare, contaminazioni determinate dall'interesse pubblico. Eppure il legislatore ha ampiamente utilizzato gli strumenti che il diritto europeo ha messo a disposizione perché anche l'interesse pubblico nazionale potesse avere il suo spazio.

Così, per come il legislatore ha attuato la direttiva, l'interesse pubblico è divenuto un generale fattore di condizionamento della tutela giurisdizionale. La previsione della preventiva comunicazione all'amministrazione dell'intenzione di proporre ricorso, la necessaria pregiudizialità dell'annullamento dell'atto di aggiudicazione rispetto alla dichiarazione di inefficacia del contratto, le ipotesi di conservazione del contratto illegittimamente assegnato, anche in presenza dei vizi più gravi, la possibilità che l'amministrazione possa essere sanzionata per il suo comportamento.

Le ragioni del favore con cui il legislatore ha fatto propri tutti gli strumenti che la diretta ha previsto sono facilmente comprensibili. Quanto più la tutela del privato è effettiva, quanto più vi è il rischio della demolizione del contratto e dunque di ledere alcuni degli interessi pubblici che il contratto era preordinato a soddisfare.

In passato, di fronte ad un processo lento e farraginoso, il problema si poteva eludere: spesso l'amministrazione aveva il tempo di stipulare e eseguire il contratto anche ove l'aggiudicazione fosse stata impugnata. Anzi era invalsa la prassi, in presenza di ricorsi, di accelerare la stipula, così che in sede cautelare il giudice prendesse atto che la sospensione dell'aggiudicazione non poteva oramai più dare al ricorrente alcuna utilità⁹⁰, rifiutando l'emanazione della misura; al momento della sentenza, poi, il contratto aveva nel contempo già avuto in gran parte o integralmente la sua esecuzione. Né si può omettere di considerare che l'amministrazione non era responsabile per i

⁹⁰Sino al 2000, infatti, l'unica misura cautelare che il giudice amministrativo poteva adottare era la sospensione degli effetti dell'atto; la l. n. 205/2000 ha invece attribuito al giudice amministrativo il potere di adottare qualsiasi misura idonea a tutelare interinalmente la situazione soggettiva dedotta in giudizio.

danni cagionati in violazione delle situazioni soggettive dei concorrenti esclusi⁹¹: le violazioni, insomma, ben potevano rimanere prive di sanzione.

Oggi, di fronte ad una normativa europea e nazionale sempre più esigente e dettagliata e ad un processo indubabilmente efficace, la questione dell'interesse pubblico si pone fortemente. Di qui l'atteggiamento del legislatore in sede di trasposizione, il quale, come ha ampiamente dato attuazione alle previsioni sugli standard della tutela, ha non meno ampiamente fatto proprie le possibilità di limitare quella tutela in nome delle esigenze generali.

Non è senza rilievo il fatto che la direttiva non si limiti ad un generico rinvio alla attuazione nazionale, ma, con una singolare analiticità, precisa anche in quali modi e attraverso quali strumenti gli stati possono decidere di limitare la tutela individuale. In questo contesto, piuttosto che svolgere riflessioni autonome che potessero affrontare il problema sul piano sostanziale, è risultato più agevole e più facilmente giustificabile per il legislatore nazionale aderire in modo acritico alle soluzioni ipotizzate dal diritto europeo⁹². E perciò il processo italiano sugli appalti, anche attraverso questo meccanismo del tutto indiretto di influenza, può dirsi oggi nella sua interezza un 'prodotto' dell'attuazione della normativa europea.

Vi è da chiedersi se in questo modo l'attuazione della direttiva abbia più radicalmente messo in discussione lo stesso modello di processo.

Il luogo deputato alla tutela dell'interesse pubblico è evidentemente l'amministrazione. Una volta chiusa l'attività amministrativa, ove essa sia sottoposta al vaglio del giudice, è certo costituzionalmente discutibile che si ponga un problema dell'interesse pubblico, inteso come interesse preminente da tutelare anche a scapito di interessi privati. Ma, a ben vedere, il processo in materia di appalti non pone una questione di 'interesse pubblico', ma una questione di bilanciamento di interessi delle parti che, come si è visto, è comune nella normativa civile sulla reintegrazione in forma specifica.

Il fatto che, in questa valutazione, uno degli interessi che il giudice valuta sia 'pubblico' è un fatto accidentale. Esso rileva solo perché e in quanto è l'interesse di una parte. Ciò significa che la natura pubblica dell'interesse non può tradursi in una aprioristica esclusione della tutela in forma specifica: l'esclusione deve essere rigorosamente circoscritta ai soli casi in cui le conseguenze negative della tutela in forma specifica

⁹¹La responsabilità è stata prima imposta dal diritto europeo, in materia giustappunto di appalti, poi prevista in termini più generali dalla sentenza della Corte di cassazione, sezioni unite, 22 luglio 1999, n. 500.

⁹²Per altro verso, le incertezze che sono subito emerse nella interpretazione della normativa denunciano con evidenza una certa mancanza di attenzione per gli aspetti applicativi della normativa processuale. Parla di "infelice e complicata tecnica reazionale", M. Ramajoli, *Il processo in materia di appalti pubblici da rito speciale a giudizio speciale*, cit., 146.

dell'interesse di una parte risultino irragionevoli rispetto al vantaggio che il privato può ricavarne. Ciò nell'ambito di una valutazione rigorosamente relazionale, in cui cioè le conseguenze negative della reintegrazione in forma specifica sull'interesse pubblico siano apprezzate, non in assoluto, ma in relazione alle conseguenze negative della esclusione della reintegrazione in forma specifica nei confronti del privato. E' la proporzionalità che, in forme non eguali, ma che hanno eguale ispirazione rispetto alle previsioni del codice civile, irrompe nel processo amministrativo.

Ciò che sembra insomma accadere, in questo nuovo processo, è che l'interesse pubblico non gode più di una incondizionata ed aprioristica posizione di privilegio, come invece in precedenza accadeva (per le limitazioni delle forme di tutela, delle misure cautelari, della responsabilità) : il privato può ottenere una tutela veloce ed efficace, potenzialmente in tutte le forme idonee a proteggere il suo interesse leso. Di qui l'esigenza di misurare la tutela da accordare in funzione delle conseguenze che produce. Insomma, la proporzionalità viene ad animare il processo amministrativo una volta e perché l'interesse pubblico torna ad essere, in esso, un interesse 'normale'.