

Il Consiglio di Stato, con una pronuncia che desta qualche perplessità, ha affermato che non si ravvisa la violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale nei confronti del contraente illegittimamente pretermesso in una gara d'appalto

Per Palazzo Spada la doppia giurisdizione tutela il contraente pretermesso

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, DEC. N. 3070 DEL 19 MAGGIO 2009

Contratti pubblici - Inefficacia - A seguito di illegittima aggiudicazione - Impossibilità di conoscere dell'inefficacia - Da parte del GA - Irrilevanza ai fini dell'effettività della tutela - Rimessione alla Corte di giustizia delle Comunità europee - Esclusione

Non sussistono le condizioni per la rimessione alla Corte di giustizia delle Comunità europee per violazione del principio di effettività della tutela, della questione relativa alla impossibilità da parte del GA di conoscere dell'inefficacia del contratto stipulato a seguito di illegittima aggiudicazione.

Conformemente a quanto affermato dall'Adunanza Plenaria 9/2008 spetta al giudice ordinario la cognizione sulla domanda volta ad accertare, con effetti di giudicato, l'inefficacia del contratto basato su aggiudicazione annullata da GA, con conseguente impossibilità per quest'ultimo di emanare sentenza di condanna di reintegrazione in forma specifica.

Per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione, la PA è tenuta a conformarsi alla sentenza adottando i conseguenti provvedimenti. In caso di inadempimento, il giudice amministrativo, in sede di ottemperanza, potrà adottare tutte le misure idonee a dare piena soddisfazione al ricorrente, direttamente o tramite commissario ad acta, per assicurare allo stesso il "bene della vita" perseguito attraverso il giudizio di legittimità.

di **Paola Maria Zerman**

Avvocato dello Stato – Avvocatura Generale dello Stato

Molto probabilmente solo con l'attuazione della direttiva ricorsi 2007/66/Ce, alla quale l'Italia dovrà dare attuazione entro il 20 dicembre 2009, l'impresa illegittimamente pretermessa in sede di aggiudicazione di un appalto riceverà una tutela che possa rappresentare effettiva soddisfazione dell'interesse a di-

ventare contraente della pubblica amministrazione. L'attuale orientamento del Consiglio di Stato, infatti, non sembra costituire compiuta e immediata tutela dell'interesse legittimo di chi si rivolge al giudice amministrativo per ottenere poi dall'amministrazione aggiudicatrice la stipula del contratto di

@ Il testo della sentenza sul sito
www.dpa.ilsole24ore.com

appalto, l'obiettivo finale dell'azione giudiziaria intrapresa con il ricorso.

L'attuale meccanismo di tutela, ribadito dalla sentenza del Consiglio di Stato in commento, non appare, infatti, adeguato alle esigenze concrete del cittadino, soprattutto quanto ai tempi nei quali lo stesso desidera realizzare l'auspicato "bene della vita", nonostante la favorevole pronuncia ottenuta in sede giurisdizionale.

La questione di fondo

Questione ampiamente dibattuta in dottrina e giurisprudenza è quella della sorte del contratto *medio tempore* stipulato dalla pubblica amministrazione sulla base di un'aggiudicazione risultata poi illegittima. L'esistenza del contratto si pone, infatti, come ostacolo giuridico all'effettività della tutela dell'impresa che, avendo ottenuto una sentenza di annullamento dell'aggiudicazione di una gara d'appalto, legittimamente aspira a subentrare al vincitore della gara per eseguire l'opera o il servizio quale "bene della vita". La soluzione del problema è resa particolarmente complessa dalla necessità di osservare i confini del riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, un tema sul quale, come sosteneva M.S. Giannini, sono stati sparsi "fumi di inchiostro", spesso costringendo dottrina e giurisprudenza a equilibrismi intellettuali anche in ragione del latente (o palese) conflitto esistente tra le due giurisdizioni in ordine a importanti materie di confine, non ultimo quello della ben nota "pregiudiziale amministrativa". Ma i risultati appaiono sotto gli occhi di tutti non convincenti, si da far intravedere l'effettiva individuazione di una compiuta tutela soltanto nella ormai imminente attuazione della direttiva ricorsi 2007/66/Ce.

L'approfondimento

I termini del problema

Come è noto, l'art. 244 del Codice dei contratti pubblici, Dlgs 163/2006 (che sostituisce l'art. 6 della legge 205/2000), attribuisce alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie, incluse risarcitorie, relative all'affidamento delle procedure di appalto di opere, forniture e servizi pubblici. L'art. 23-bis legge Tar, consapevole della delicatezza degli interessi in gioco e della necessità di concludere la procedura con la maggiore possibile celerità, dimezza i termini processuali.

Ma il profilo che rende problematici gli effetti concretamente e immediatamente satisfattivi della pronuncia favorevole ottenuta da chi è stato pretermesso nel corso di una gara riguarda l'ipotesi in cui, nelle more del giudizio, la PA abbia già stipulato il contratto con l'illegittimo aggiudicatario.

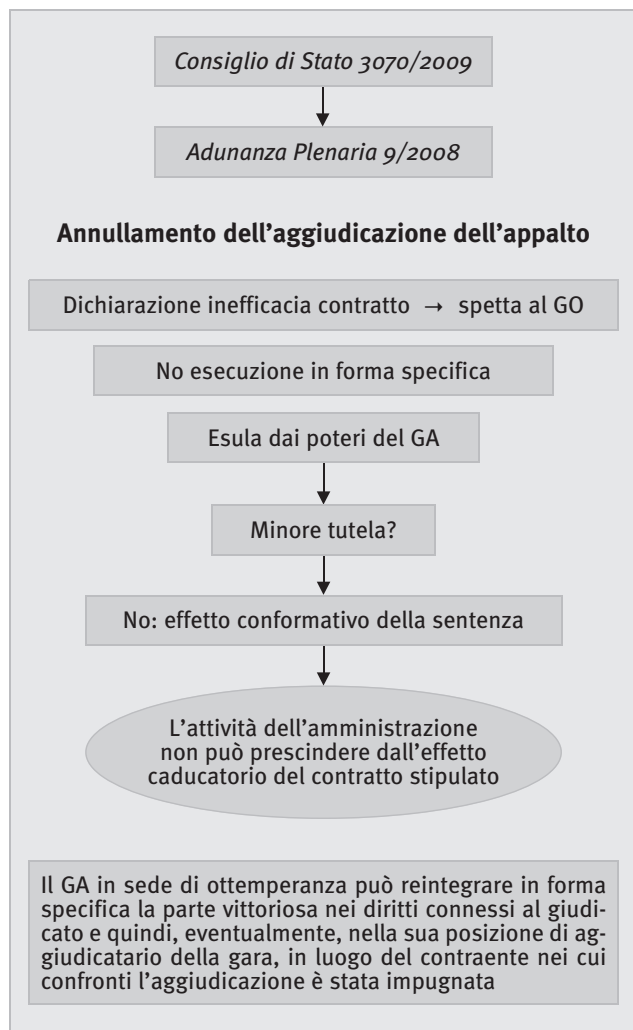
Può, in questo caso, il GA nel dichiarare illegittima l'aggiudicazione, pronunciare l'inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato?

Definendo il contrasto sorto all'interno della giurisprudenza amministrativa, ma soprattutto con le sezioni unite della Cassazione (per tutte: la 19805/2008 e 27169/2007) che avevano costantemente ribadito la competenza del giudice ordinario a conoscere delle vicende relative al contratto (e quindi anche alla sua eventuale sopravvenuta inefficacia o invalidità) in quanto relative a diritti soggettivi, nel luglio dello scorso anno la Plenaria (9/2008) aveva individuato una possibile soluzione nei seguenti termini:

- il GA non può pronunciare sull'inefficacia del contratto perché, in ragione dello spartiacque costituzionale in materia di interessi legittimi e diritti soggettivi (art. 103, primo comma, Cost.), la materia rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, solo competente a decidere con effetti di giudicato sull'inefficacia del contratto;
- pertanto non è nemmeno possibile la condanna, da parte del GA, al risarcimento in forma specifica mediante l'aggiudicazione dell'appalto, considerato che la stessa viene direttamente a incidere sul contratto;
- tale limitazione non significa, però, diminuzione dell'effettività della tutela per l'interessato giacché, a seguito della sentenza, sorge in capo alla PA l'obbligo di conformarsi alla pronuncia;
- l'annullamento dell'aggiudicazione è infatti "costitutivo di un vincolo permanente e puntuale sulla successiva attività dell'amministrazione il cui contenuto non può prescindere dall'effetto caducatorio del contratto stipulato".
- pertanto, in sede di esecuzione della sentenza, la PA "non può non rilevare la sopravvenuta caducazione del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione" e orientare in tal senso la sua azione;
- ove la PA non si conformi ai principi contenuti nella sentenza o in caso di inerzia, l'interessato potrà adire il giudice dell'ottemperanza. In quella sede, infatti, trattandosi di giurisdizione di merito, il GA potrà sindacare in modo pieno e satisfattivo per il ricorrente l'attività della PA, eventualmente nominando un commissario *ad acta*, per assicurarli il bene della vita, e cioè l'aggiudicazione dell'appalto, accertando incidentalmente l'inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato.

Come ricordato dall'Adunanza Plenaria, la PA è tenuta ad adeguarsi alla pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione, ponendo in essere tutti i provvedimenti consequenziali.

Pertanto, la PA, prendendo atto dell'intervenuta ca-



ducazione, dovrà adottare una serie di provvedimenti in autotutela che adeguino la situazione di diritto a quella di fatto, ad es. mediante l'annullamento del decreto o della delibera di approvazione del contratto e il disimpegno delle somme che erano state accantonate -e, pertanto, rese indisponibili per altra utilizzazione-, al fine della stipulazione del nuovo contratto con il legittimo aggiudicatario.

Quid iuris se l'amministrazione non adempie spontaneamente? *Nulla questio*, sostiene il Consiglio di Stato: è sufficiente adire il giudice dell'ottemperanza che, grazie ai maggiori poteri del giudizio di merito, può provvedere a reintegrare effettivamente il ricorrente nelle sue legittime aspettative, facendogli ottenere anche il bene della vita, rappresentato dall'aggiudicazione dell'appalto.

Tale impostazione è anche quella fatta propria dalla presente decisione della V sezione del Consiglio di Stato che ha riformato sul punto la sentenza del

Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, n. 1370 del 2008, la quale, dopo attenta e puntuale ricostruzione della normativa, aveva dichiarato in via incidentale la inefficacia del contratto stipulato in seguito alla illegittima aggiudicazione.

In modo fin troppo succintamente motivato i giudici di Palazzo Spada risolvono la questione dell'ammissibilità dell'accertamento *incidenter tantum* dell'inefficacia del contratto, ritenendo che in realtà lo stesso riguardasse direttamente la domanda involgendo quindi una questione principale, e come tale esclusa dalla cognizione del GA, che solo in sede di ottemperanza può conoscere della sorte del contratto e in via incidentale.

E che non vi fossero gli estremi per la rimessione, avanzata dal ricorrente incidentale, alla Corte di giustizia europea per violazione del principio di effettività della tutela.

La sentenza lascia irrisolti i dubbi che tuttora sussistono in ordine all'effettività della tutela del legittimo aggiudicatario in un contesto nel quale le regole europee hanno delineato diritti dei partecipanti alle gare che tendono a dare al ricorrente una risposta esaustiva e definitiva.

Sembra necessario, infatti, avviarsi verso una stagione della tutela che non possa poggiare esclusivamente sulla speranza di una tempestiva e puntuale esecuzione della PA per ottenere il bene della vita, in mancanza della quale colui che ha ottenuto una sentenza favorevole debba adire nuovamente il giudice per vedere caducato quel contratto che si frappone all'aggiudicazione dell'appalto in proprio favore.

Che sia il giudice civile (per la pronuncia con efficacia di giudicato) o quello amministrativo (in sede di ottemperanza), questa dilazione in due tempi della tutela diretta a ottenere un risultato perseguibile con un unico giudizio in caso di concentrazione presso un unico giudice continua a porre in dottrina fondati dubbi sull'effettività della tutela nonché sul rispetto dei principi del giusto processo, ai sensi dell'articolo 111 della Costituzione, considerato che la sua durata va intesa non solo con riferimento ai tempi di una singola vicenda giurisdizionale, ma a quella complessiva dei gradi di giudizio in relazione alla necessità di rivolgersi a più giudici per vedere completata e resa effettiva la tutela della medesima situazione giuridica.

Tempi lunghi, destinati inevitabilmente a scoraggiare psicologicamente - specie le imprese straniere - chi contesta l'illegittima aggiudicazione.

Una situazione che pone seri problemi alla stessa stazione appaltante, che rimane a lungo tra l'incudine e il martello in una vicenda ancora *sub iudice* e quindi non chiaramente definibile in sede amministrativa in via di autotutela, e le pretese, anche risar-



citorie, del contraente risultato illegittimamente aggiudicatario ma che intanto continua ad avere in mano un contratto non ancora dichiarato inefficace. Una condizione, quindi, confusa e incerta, che espone il legittimo aggiudicatario a vedere allontanarsi il perseguimento del bene della vita, la PA a richieste risarcitorie e, la comunità, nel cui interesse deve essere realizzata l'opera o effettuato il servizio, sottoposta ai disagi del differimento dell'opera o a quelli legati a cantieri aperti *sine die*.

Tutto ciò in contrasto con l'intenzione del legislatore di vedere definite quanto prima situazioni di tal genere, tanto da predisporre la particolare tutela accelerata prevista dall'art. 23-bis della legge Tar.

L'attuazione della direttiva 2007/66/Ce in materia ricorsi: un'occasione da non perdere

Come è noto la direttiva n. 2007/66/Ce apporta rilevanti modifiche alla precedente normativa comunitaria (Dir. 89/665/Cee, per i settori ordinari, e 92/13/Cee per i settori speciali) per il miglioramento dell'efficacia delle procedure contenziose in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, avendo constatato "una serie di lacune nei meccanismi di ricorso esistenti negli Stati membri".

Obiettivo principale della direttiva è quello di evitare che la stipulazione del contratto costituisca un ostacolo alla tutela effettiva del partecipante che contesta la legittimità dell'aggiudicazione della gara e pertanto aspira a divenire contraente della PA.

A tal fine, la direttiva vieta alle PA di stipulare il contratto durante il termine dilatorio decorrente dall'aggiudicazione dell'appalto (*still period* sostanziale) così come se, instaurato il ricorso, prima della decisione del giudizio cautelare o di merito (*still period* processuale).

Il primo termine, diretto a "concedere agli offerenti interessati il sufficiente tempo per esaminare la decisione dell'aggiudicazione dell'appalto e valutare se sia opportuno avviare una procedura di ricorso" (6

considerando), è in verità già previsto dall'articolo 11 del Codice dei contratti (Decreto legislativo n. 163 del 2006) ma privo di sanzione e quindi sostanzialmente inefficace.

Il secondo è diretto a evitare che, nelle more del processo, venga concluso il contratto, con ciò limitando poi la effettiva tutela del legittimo aggiudicatario.

Entrambe le prescrizioni sono sanzionate in linea di principio dalla direttiva con l'inefficacia del contratto, lasciando spazio al legislatore nazionale per determinare sanzioni più leggere in caso di violazioni formali e più lievi.

Ma dal tenore del meccanismo sanzionatorio impostato dalla direttiva risulta chiaro che il giudizio sulla gravità delle violazioni, sull'applicazione delle sanzioni (tra cui l'inefficacia) e sull'eventuale esistenza di ragioni di pubblico interesse che invece consiglino la prosecuzione degli effetti del contratto (con applicazione in tal caso di sanzioni alternative), è rimessa alla prudente valutazione del giudice.

Valutazione che, evidentemente, dovrà collocarsi già nel giudizio cognitorio e non in quello dell'ottemperanza.

Con ciò imponendo il ripensamento del "doppio binario" attualmente fatto proprio dalla giurisprudenza in ordine alla competenza del GA per l'annullamento dell'aggiudicazione e del GO per la declaratoria di inefficacia del contratto.

Sembra quindi auspicabile che, in sede di attuazione della direttiva, si preveda la concentrazione nell'unico giudice (amministrativo) della cognizione dell'inefficacia del contratto stipulato con soggetto risultato illegittimo aggiudicatario.

Con ciò, evidentemente, rendendo più rapido l'iter giurisdizionale a tutto vantaggio della tutela del legittimo contraente e alla realizzazione degli interessi pubblici in gioco.

La effettività della tutela si presenta quindi come via obbligata per stare al passo con l'Europa ●



IN SINTESI

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V,
DEC. N. 3070 DEL 19 MAGGIO 2009

Il fatto

Il comune di M. indiceva una gara per l'affidamento per nove anni della "gestione del servizio di ristorazione per gli asili nido e le scuole d'infanzia, scuole primarie,

scuole secondarie di primo grado e servizio agli anziani". Con sentenza n. 1370/2008 il Tar Lombardia annullava l'aggiudicazione nonché i sottostanti verbali e il disciplinare (nella parte relativa al monte ore), in accoglimento del ricorso proposto da A. Spa, classificatasi al secondo posto in graduatoria. Il Tar

dichiarava incidentalmente l'inefficacia del contratto stipulato *medio tempore* con l'illegittimo aggiudicatario. Quest'ultimo impugnava la sentenza deducendo sia l'impossibilità per il giudice amministrativo di pronunciarsi incidentalmente sull'inefficacia del contratto, sia l'erroneità della decisione in ordine agli ulteriori capi di

annullamento della procedura concorsuale. Il vincitore in primo grado a sua volta proponeva ricorso incidentale, deducendo tra l'altro che il Tar avrebbe dovuto pronunciarsi in via diretta sulla questione dell'inefficacia del contratto e chiedendo sul punto la rimessione della questione alla Corte di giustizia europea per violazione del principio di effettività della tutela.

La decisione

I giudici di Palazzo Spada, nella pronuncia in commento, respingono l'eccezione, escludendo la rimessione della questione alla Corte di giustizia europea, e ribadiscono, nel contempo, l'impossibilità per il GA di pronunciarsi in via diretta

sull'inefficacia del contratto - cognizione propria del giudice ordinario - e che solo in sede dell'ottemperanza il GA avrebbe potuto dare soddisfazione piena all'interessato anche mediante l'eventuale reintegrazione specifica, previa dichiarazione, *incidenter tantum*, dell'inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato.

Con la sentenza n. 3070/2009, il Consiglio di Stato accoglie, invece, parzialmente l'appello principale e riforma la sentenza appellata quanto ai capi con i quali era stato annullato in parte il disciplinare di gara ed era stato ritenuto "caducato" il contratto come "effetto" del pronunciato annullamento dell'aggiudicazione.

I precedenti

Nel disattendere la domanda dell'appellante incidentale, secondo cui il Tar avrebbe dovuto esaminare in via diretta la questione relativa all'inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato, la decisione ribadisce l'impostazione della sentenza **dell'Adunanza plenaria n. 9 del 30 luglio 2008** - in linea con l'orientamento espresso dalle sezioni unite della Corte di cassazione (**Cassazione, Sezioni Unite, sent. n. 27169 del 2007 e n. 19805 del 2008**) - secondo cui sussiste la giurisdizione civile sulla domanda volta ad accertare, con efficacia di giudicato, l'inefficacia del contratto la cui aggiudicazione sia stata annullata dal giudice amministrativo ●

I CODICI DI GUIDA AL DIRITTO

NUOVA
EDIZIONE



CODICE DEL DIRITTO DI FAMIGLIA E DEI MINORI

A cura di S. Galluzzo

La materia è caratterizzata da un fiorire di **giurisprudenza** attorno alle **modifiche legislative** intervenute tra la scorsa e l'attuale edizione, ma anche a quelle importanti disposizioni introdotte negli anni subito precedenti. Le norme che, più di altre, hanno movimentato il tema famiglia, emergono con il D.P.R. n. 108/2007 (**adozioni internazionali**), con il D.P.R. n. 103/2007 (**infanzia e adolescenza**) e con il D.P.R. n. 115/2007 (**pari opportunità uomo/donna**). Oltre l'aspetto più squisitamente legislativo, sono indicate anche le linee guida più recenti, emanate, in tal senso, con il D.M. Politiche famiglia 2 luglio 2007 (**ripartizione degli stanziamenti**), con il D.M. Salute 11 aprile 2008 (**procreazione medicalmente assistita**), con il D.M. Politiche famiglia 30 ottobre 2007, n. 240 (**contrasto allo sfruttamento sessuale, alla pedofilia e alla pornografia minorile**) e con il D.M. Politiche famiglia 30 ottobre 2007, n. 242 (**Osservatorio nazionale sulla famiglia**).

Pagg. 1.936 – € 41,00

Il prodotto è disponibile anche nelle librerie professionali.

Trova quella più vicina all'indirizzo www.librerie.ilssole24ore.com

GRUPPO 24ORE

La cultura dei fatti