

Annullamento della aggiudicazione e sorte del contratto: dopo le SS.UU. della Cassazione si pronuncia l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (nota a A.P. Cons. di Stato n. 9/08).

A distanza di pochi mesi ritorna all'attenzione del dibattito giurisprudenziale e dottrinale la questione relativa alle conseguenze dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione sul contratto *medio tempore* stipulato.

Premesse: la decisione dell'Adunanza Plenaria n. 9/2008

Con la decisione in esame (riportata per esteso in calce) sono state affrontate sostanzialmente tre questioni fondamentali:

1. Giurisdizione civile sull'accertamento dell'inefficacia del contratto. Stante quanto statuito al punto 6 delle motivazioni in diritto l'Adunanza Plenaria ritiene di “*non doversi discostare dal delineato orientamento delle Sezioni Unite, secondo cui sussiste la giurisdizione civile sulla domanda volta ad ottenere, con efficacia di giudicato, l'accertamento dell'inefficacia del contratto, la cui aggiudicazione sia stata annullata dal giudice amministrativo*”.

2. Conseguenze e obbligo di conformazione della Pubblica amministrazione soccombente. Così come definito al punto 6.1.1. delle statuizioni in diritto “*la sentenza di annullamento dell'aggiudicazione determina in capo all'amministrazione soccombente l'obbligo di conformarsi alle relative statuizioni.....in altri termini l'annullamento dell'aggiudicazione è costitutivo di un vincolo permanente e puntuale sulla successiva attività dell'amministrazione, il cui contenuto non può prescindere dall'effetto caducatorio del contratto stipulato*”.

3. Rimedi contro inosservanza: esperibilità del giudizio di ottemperanza. Ai sensi e per l'effetto di quanto statuito al punto 6.1.2. “*ove l'amministrazione non si conformi puntualmente ai principi contenuti nella sentenza oppure non constati le conseguenze giuridiche che da essa discendono, ovvero nel caso di successiva inerzia l'interessato può instaurare il giudizio di ottemperanza, nel quale il giudice amministrativo – nell'esercizio della sua giurisdizione di merito- ben può sindacare in modo e completo (e satisfattivo per il ricorrente) l'attività posta in essere dall'amministrazione o anche il suo comportamento omissivo, adottando tutte le misure necessarie ed opportune per dare esatta ed integrale esecuzione alla sentenza e per consentire una corretta riedizione del potere amministrativo*”.

Osservazioni.

1. In ordine alla prima questione (**giurisdizione**), occorre ricostruire preliminarmente il quadro dottrinale e giurisprudenziale relativo agli effetti dell'annullamento della

aggiudicazione sul contratto. L'adesione ad un orientamento piuttosto che ad un altro ha chiari risvolti sulla individuazione della giurisdizione.

In merito si segnalano quattro indirizzi dottrinali¹. Secondo un primo orientamento l'annullamento dell'aggiudicazione della gara comporterebbe l'annullabilità relativa del contratto stipulato, ex art. 1441 c.c. In base a tale impostazione gli atti anteriori alla stipula del contratto devono ritenersi strumenti di integrazione della volontà dell'amministrazione, per cui i relativi vizi non possono che comportare l'annullabilità del contratto, deducibile solo dall'ente stesso. Tale tesi, sostenuta principalmente dalla Cassazione (vedasi Cass. 8 maggio 1996, n. 4269²; Cass. 17 novembre 2000, n. 14901), ma anche da parte di una certa corrente della giurisprudenza amministrativa (per tutti TAR Lombardia Milano, 11 dicembre 2000, n. 7702³; TAR Campania, Napoli, 20 ottobre 2000, n. 3890) pone in evidenza il fatto che il procedimento ad evidenza pubblica avrebbe la funzione di garantire una corretta formazione del consenso della pubblica amministrazione, mediante la scelta del migliore contraente tra tutti i partecipanti alla procedura di gara.

All'interno dello stesso orientamento, parte della giurisprudenza ha cercato di giustificare l'annullabilità del contratto rinviando all'applicazione ora degli articoli 1428 e 1429, 3 comma, del c.c. ovvero al vizio del consenso per errore essenziale e riconoscibile sulla qualità di legittimo aggiudicatario dell'altro contraente; ora all'applicazione dell'art. 1425 c.c. ovvero invocando l'annullabilità del contratto per incapacità a contrarre dell'amministrazione rispetto allo specifico contratto. Questa impostazione determinerebbe sul piano processuale un riparto di giurisdizione tra G.A. e G.O.: al primo compete l'annullamento dell'aggiudicazione, al secondo compete l'annullamento del contratto, a seguito di richiesta della P.A.

La dottrina prevalente non ha mancato di evidenziare in modo critico i limiti di tale impostazione giurisprudenziale. Innanzitutto è chiaro che le norme dell'evidenza pubblica non sono poste solo nell'interesse della pubblica amministrazione, ma

¹ Vedasi per completezza *Trattato sui contratti pubblici*, di Sandulli Maria Alessandra (diretto da), De Nictolis Rosanna (diretto da); Garofoli Roberto (diretto da), ed. Giuffrè, 2008, pagg. 3915 e ss.; *Manuale di diritto amministrativo*; Caringella Francesco, ed. Giuffrè, 2006, pagg. 1253 e segg.

² Per tutti, Cass. 8 maggio 1996, n. 4269 “*Gli atti amministrativi, i quali devono precedere la stipulazione del contratti jure privatorum della P.A., non sono altro che mezzi di integrazione della capacità e volontà dell'ente pubblico, sicché i vizi attinenti a tale capacità e a tale volontà, non possono che comportare l'annullabilità del contratto deducibile, in via di azione o di eccezione, soltanto da detto ente*”.

³ In senso conforme TAR Lombardia Milano, 11 dicembre 2000, n. 7702 “*l'accertamento di vizi della procedura ad evidenza pubblica non rileva direttamente sul rapporto contrattuale medio tempore sopravvenuto, la cui annullabilità resta disciplinata dalle norme di diritto Comune... All'indicata argomentazione va necessariamente soggiunto che l'art. 33 del D.Lgs. 31.3.1998, n. 80, che ha attribuito al Giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva in ordine alle sole procedure di affidamento di pubblici appalti, esprime l'implicita ma avvertita ratio di mantenere la giurisdizione sul contratto in capo all'Autorità giudiziaria ordinaria, involgendo esso rapporti paritetici fra le parti, una volta che sia venuta meno la preminente posizione dell'Amministrazione che caratterizza le procedure di evidenza pubblica, essenzialmente e tipicamente finalizzate al perseguimento del pubblico interesse. Il che per conseguenza significa che l'eventuale accoglimento del presente ricorso per ragioni di legittimità non può tradursi sotto alcun profilo in una concorrente declaratoria di nullità del rapporto contrattuale intercorso fra il Comune e la Telecom, atteso che i vizi della procedura ad evidenza pubblica potranno rappresentare la sola premessa per l'eventuale accertamento a favore della ricorrente del diritto al reclamato risarcimento del danno: la domanda in tal senso avanzata con riferimento all'allegata, dipendente nullità del contratto deve essere dunque per ciò solo dichiarata inammissibile per difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo.*”

dovrebbero garantire il pieno rispetto dei principi posti a fondamento della concorrenza e del mercato.

Riconoscere la legittimità a ricorrere per l'annullamento del contratto solo alla P.A. non garantirebbe una piena e soddisfacente tutela del contraente ricorrente che ha ottenuto l'annullamento della aggiudicazione. Ancora, risultano poco persuasivi i tentativi di ascrivere l'annullamento dell'aggiudicazione alla categoria dell'incapacità a contrarre o dei vizi del consenso mancando in concreto indicazioni argomentative tali giustificare i caratteri costitutivi della presunta incapacità legale della P.A.

Secondo un altro orientamento della giurisprudenza l'annullamento dell'aggiudicazione determinerebbe la nullità del contratto *medio tempore* stipulato. Venuto meno il provvedimento di aggiudicazione *ex tunc* verrebbe meno fin dall'origine il consenso dell'amministrazione all'assunzione del vincolo negoziale, pertanto il contratto sarebbe ora nullo ex artt. 1418, comma 2, e 1325 comma 1; ora nullo ex art. 1418, 1 comma,⁴ determinandosi nel caso di specie una nullità virtuale del contratto per violazione di norme imperative, disciplinanti il procedimento di gara ad evidenza pubblica e volte a imporre il divieto di stipulare contratti con soggetti non risultanti legittimi vincitori della pubblica selezione.⁵

Anche questa tesi è stata oggetto di un vaglio critico da parte della dottrina più attenta, in quanto il difetto genetico del contratto troverebbe il suo fondamento in un fatto sopravvenuto (annullamento aggiudicazione); l'accertamento della nullità potrebbe essere avanzata da chiunque vi abbia interesse senza termini di prescrizione (ex art. 1422), la nullità sarebbe rilevabile anche d'ufficio ex art. 1421 c.c., determinando tutto ciò un evidente stato di incertezza dei rapporti giuridici coinvolgenti una pubblica amministrazione.⁶

⁴ vedasi in sintesi Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218 *“La caducazione del contratto, nel caso in esame, è conseguente al suo stato di nullità – e non di annullabilità – essendosi violate le norme attinenti alla fase di scelta del contraente che nei procedimenti di formazione dei contratti ad evidenza pubblica è regolata da norme di diritto pubblico e, pertanto, imperative, con la conseguente attrazione del contratto nell'ambito di operatività dell'art. 1418, primo comma, cod. civ.”.*

⁵ Ancora TAR Basilicata, 4 marzo 2004, n. 126, *“Deve, altresì, essere accolta la domanda con cui l'A.T.I. ha dedotto l'invalidità del contratto stipulato in data 16 luglio 2003 tra la Ditta Ageco ed il Comune di Tolve, quale conseguenza dell'annullamento dei presupposti atti di gara, ivi compreso il provvedimento di aggiudicazione. La declaratoria di nullità del contratto si impone, quale conseguenza dell'illegittimità dei presupposti atti di gara ivi compresa l'aggiudicazione, per violazione di norme imperative, tale natura rivestendo, secondo un pregevole e condiviso arresto giurisprudenziale (T.A.R. Campania, Napoli, Sez I., 29 maggio 2002, n. 317), cui ha anche recentemente aderito il Tribunale (sent. n. 1025 del 29 novembre 2003), le norme di azione con cui l'amministrazione disciplina il procedimento di evidenza pubblica. Le norme che prescrivono il modo di scelta del contraente esprimono infatti un divieto di stipulare –allorquando la procedura ad evidenza pubblica sia imposta dalla legge o sia stata comunque adottata dall'amministrazione con proprio autolimitate- con soggetti che non siano stati legittimamente selezionati e non siano riusciti legittimamente vincitori nella pubblica selezione.”*

⁶Vedasi per tutti Cons. Stato, sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666 *“la tesi della nullità del contratto, del pari, non convince, in quanto la nullità configura una patologia del contratto consistente in un vizio genetico che lo inficia ab origine, mentre nella specie trattasi di una vicenda sopravvenuta all'annullamento giurisdizionale dell'atto conclusivo della procedura di gara. Accogliere la tesi della nullità del contratto, poi, significherebbe consentire la proposizione della relativa azione dichiarativa in ogni tempo - stante l'imprescrittibilità della medesima (art. 1422 c.c.) - da parte di chiunque vi abbia interesse e anche la rilevabilità ex officio (art. 1421 c.c.), a prescindere, quindi, da una previa rituale e tempestiva impugnazione, da parte dei soli soggetti legittimati a ricorrere, dell'atto amministrativo viziato (deliberazione di contrattare, bando, aggiudicazione) nel termine di decadenza proprio del*

Di recente si sono formati due ulteriori orientamenti, l'uno promotore della tesi dell'inefficacia del contratto, l'altro della tesi della caducazione automatica dello stesso.

Secondo il Consiglio di Stato⁷ la tesi che appare preferibile è quella della mancanza del requisito della legittimazione a contrarre.

E, invero, la caducazione, in sede giurisdizionale o amministrativa, di atti della fase della formazione, attraverso i quali si è formata in concreto la volontà contrattuale dell'Amministrazione, dà luogo alla conseguenza di privare l'Amministrazione stessa, con efficacia *ex tunc*, della legittimazione a negoziare; in sostanza, l'organo amministrativo che ha stipulato il contratto, una volta che viene a cadere, con effetto *ex tunc*, uno degli atti del procedimento costitutivo della volontà dell'amministrazione, come la deliberazione di contrattare, il bando o l'aggiudicazione, si trova nella condizione di aver stipulato *injure*, privo della legittimazione che gli è stata conferita dai precedenti atti amministrativi. In base a tale impostazione la categoria che viene in gioco in tal caso non è l'annullabilità, ma l'inefficacia.

E, infatti, nei contratti ad evidenza pubblica gli atti della serie pubblicistica e quelli della serie privatistica sono indipendenti quanto alla validità; i primi condizionano, però, l'efficacia dei secondi, di modo che il contratto diviene *ab origine* inefficace se uno degli atti del procedimento viene meno per una qualsiasi causa.

L'inefficacia sopravvenuta derivante dall'annullamento degli atti di gara ovvero del provvedimento di aggiudicazione, sia in sede giurisdizionale, che amministrativa o in via di autotutela (sempre che, in tal caso ne ricorrano tutti i presupposti sostanziali), è relativa e può essere fatta valere solo dalla parte che abbia ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione. Più problematica appare, invece, la posizione dell'amministrazione. Di regola il contratto rimane vincolante *inter partes*, nonostante l'intervenuto annullamento dell'aggiudicazione in sede giurisdizionale, fino all'adozione di apposite iniziative da parte degli interessati.

Appare meritevole di protezione anche l'interesse dell'amministrazione a rimuovere gli effetti di situazioni ormai riconosciute illegittime. In tale eventualità, tuttavia, la P.A. può determinare l'inefficacia del contratto, ma attraverso il procedimento di annullamento degli atti di gara in via di autotutela, applicando i principi garantistici in materia (avviso di avvio del procedimento; congrua motivazione; adeguata valutazione dell'interesse pubblico e dell'affidamento del contraente).

Per quanto, più in particolare, riguarda la tutela dei soggetti che abbiano ottenuto ragione dinanzi al giudice amministrativo tramite l'annullamento dell'atto di aggiudicazione, nei casi in cui il contratto sia già stato concluso, ritiene il Collegio preferibile la posizione dottrinale orientata nel senso dell'applicazione della normativa dettata dal codice civile a proposito delle associazioni e fondazioni, in quanto

giudizio amministrativo. Ma ciò, a ben considerare, finirebbe per pregiudicare alquanto la certezza dei rapporti giuridici, atteso che esporrebbe il contratto, magari a distanza di molto tempo dalla sua conclusione ed in corso di avanzata esecuzione, al rischio di venire travolto con effetto retroattivo ad iniziativa di chiunque vi abbia interesse."

⁷ vedasi Cons. Stato, sez. IV, 27 Ottobre 2003, n. 6666.

esprime principi generali, applicabili anche alla pubblica amministrazione, quale persona giuridica ex art. 11 c.c., soggetta, quindi, oltre che alle norme di diritto pubblico, anche alle norme civilistiche essenziali che disciplinano le persone giuridiche. Secondo tali principi, l'annullamento della deliberazione formativa della volontà contrattuale dell'ente "*non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione medesima*" (art. 23 e 25 c.c.).

Questo criterio, consente di tutelare la posizione del contraente di buona fede, ma allo stesso tempo consente di dare pieno riconoscimento alle ragioni di colui che abbia ottenuto l'annullamento di atti della fase di formazione (e segnatamente, dell'aggiudicazione) laddove possa essere esclusa la buona fede del contraente, travolgendo in tal caso detto annullamento la fattispecie contrattuale nella sua interezza.⁸

Infine, di recente è prevalso l'orientamento giurisprudenziale della caducazione automatica. Questa teoria pone l'accento sul rapporto di consequenzialità necessaria tra la procedura ad evidenza pubblica e il contratto successivamente stipulato. L'eliminazione con effetto retroattivo del presupposto posto a condizione del contratto comporta l'inefficacia del medesimo, quindi farebbe venire meno il vincolo negoziale illegittimamente sorto. L'inefficacia del contratto si atteggia a vicenda sopravvenuta all'annullamento giurisdizionale della procedura amministrativa.⁹

⁸ vedasi Cons. Stato, sez. VI, 2003 n. 2992 "*l'amministrazione pubblica in forza dell'art.11 del cod. civ. è pur sempre una persona giuridica, e pertanto soggetta alle norme civilistiche essenziali che disciplinano le persone giuridiche, oltre alle norme di diritto pubblico. Ciò comporta l'inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento della delibera di approvazione per difetto di un presupposto o di una condizione di efficacia del contratto medesimo; l'annullamento della delibera deve operare – per principio generale - senza pregiudizio dei diritti acquistati dai terzi di buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione medesima (art. 23 comma 2 cod. civ.), circostanza questa che consente di contemperare l'esigenza del rispetto delle norme di diritto pubblico che disciplinano l'evidenza pubblica con il rispetto dei diritti dei terzi. Terzi di buona fede peraltro di norma non potranno essere i soggetti che hanno partecipato al giudizio amministrativo di annullamento, (salvo i casi- come quello in discussione - in cui il contratto sia stato stipulato prima dell'insorgere del giudizio di annullamento) poiché in tal caso i soggetti coinvolti nel giudizio non potevano confidare nel consolidamento della loro posizione contrattuale....Il principio nella specie comporta l'inefficacia sopravvenuta del contratto (poiché il contratto ha già avuto un' attuazione interinale in forza di atti provvisori la cui efficacia subordinata a quella dell'appello Tiroler Marmorwerke non può essere travolta ora per allora), la salvezza degli atti compiuti medio tempore in esecuzione dei contratti stipulati fra l'Amministrazione e la Lasa Marmo, ma non impedisce la rinnovazione dell'attività amministrativa ed il rinnovo della stipula poiché il contratto è inopponibile nei confronti della ricorrente."*

⁹vedasi Cons. Stato, sez. VI, 5 maggio 2002, n. 2332 "*.. non si vede perché lo stesso effetto condizionante non debba essere riconosciuto anche alla fase sostanziale di aggiudicazione; di qui il corollario che anche l'annullamento dell'aggiudicazione fa venir meno retroattivamente detto presupposto condizionante del contratto e ne determina, con effetto caducante, la perdita di efficacia. La mancanza del procedimento di evidenza pubblica deve in ultima analisi essere equiparata all'ipotesi di mancanza legale del procedimento, derivante dall'annullamento del provvedimento di aggiudicazione. Al pari della radicale mancanza dell'intera fase di evidenza pubblica, o di una sua parte essenziale (quale la procedura di gara), l'annullamento segna infatti, in via retroattiva, la carenza di uno dei presupposti di efficacia del contratto, che, pertanto, resta definitivamente privato dei suoi effetti giuridici. L'assunto è corroborato dalla considerazione che mentre la nullità civilistica configura una patologia propria del contratto, in relazione ad un vizio genetico che lo inficia ab origine, nella specie il contratto subisce gli effetti del vizio che affligge la procedura amministrativa a monte. Ne deriva che il vizio della procedura di evidenza pubblica non rappresenta, di per sé, causa di invalidità del contratto eventualmente stipulato, come dimostrato dalla non contestabile considerazione che, vita la ratio del termine di decadenza nel giudizio amministrativo, non sarebbe possibile la proposizione di azione dichiarativa della nullità del contratto, ai sensi degli artt. 1418 c.c., se non previa rituale e tempestiva*

Il contratto stipulato pienamente efficace al momento della sua nascita diviene inefficace per il sopravvenire di una ragione nuova di inefficacia, quest'ultima da considerare quale inidoneità funzionale in cui venga a trovarsi il programma negoziale per l'incidenza di interessi giuridici esterni di rango superiore incompatibili con l'interesse negoziale interno. In concreto non viene in rilievo l'atto/contratto sotto il profilo genetico (validità o invalidità), ma dal punto di vista della sua efficacia. L'inefficacia agisce retroattivamente, incontrando tuttavia due limiti quali le posizioni soggettive consolidate in capo a terzi fino alla domanda volta a far dichiarare l'inefficacia nonché le prestazioni già eseguite nei negozi di durata.

Tale tesi viene sostenuta da una parte della dottrina¹⁰ che partendo dal dato letterale del diritto positivo arriva alla conclusione per cui l'annullamento dell'aggiudicazione determinerebbe senz'altro la caducazione del contratto, ponendosi quale presupposto legale necessario ed indefettibile.

Come anticipato, aderire ad una piuttosto che ad altra di queste tesi comporta dei risvolti chiari in termini di individuazione della giurisdizione competente a pronunciarsi sul contratto.

La dottrina richiamata¹¹ fa discendere dalla tesi da ultimo esposta la competenza del giudice amministrativo, come giurisdizione esclusiva, in merito al giudizio sugli effetti dell'annullamento della procedura di affidamento sul contratto *medio tempore* stipulato, coerentemente con le esigenze di concentrazione e pienezza della tutela del cittadino.

L'annullamento determinerebbe *ipso jure* l'inefficacia istantanea del contratto stipulato. Il giudice amministrativo annullando la gara avrebbe potere e dovere di dichiarare caduca la stipula del contratto. L'annullamento del contratto avrebbe effetto caducante dell'integrale fase negoziale proprio in virtù del rapporto di consequenzialità tra procedura ad evidenza pubblica ed il contratto successivamente stipulato.

L'Adunanza Plenaria in commento non affronta direttamente il problema della qualificazione giuridica dell'esito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

impugnativa dell'atto amministrativo viziato. E' allora concettualmente chiara l'atecnicità del richiamo della categoria della nullità del contratto, che di per sé evocerebbe una sua inefficacia originaria stigmatizzabile da subito con un'azione dichiarativa, mentre nella specie è pacifico che l'inefficacia del contratto è una vicenda sopravvenuta al necessario annullamento giurisdizionale della procedura amministrativa. Non osta, poi, al meccanismo dell'efficacia caducante la circostanza che il rapporto di presupposizione riguardi una fattispecie mista di collegamento tra provvedimento amministrativo e contratto di diritto privato piuttosto che l'ipotesi paradigmatica di correlazione tra atti amministrativi. Si deve osservare infatti che anche nel diritto civile, in virtù del nesso inscindibile di connessione che avvinca contratti (e, più in generale, negozi) collegati in via necessaria, la perdita di efficacia di uno dei contratti, per effetto di una patologia ovvero di una causa originaria o sopravvenuta che ne recida gli effetti, non ingenera una ipotesi di invalidità degli altri contratti (o dell'altro contratto) ma innesca un fenomeno di perdita di efficacia di una fattispecie pattizia che non può sopravvivere orfana delle altre tessere del mosaico negoziale; fenomeno scolpito dal brocardo simul stabunt simul cadent. Si può allora convenire che il meccanismo dell'effetto caducante costituisce espressione di un principio generale che coglie il nesso di connessione inscindibile tra una pluralità di atti iscritti nell'ambito di una vicenda sostanzialmente unitaria."

¹⁰ vedasi Garofoli in *Trattato sui contratti pubblici*, cit., pagg. 3930 e ss. Partendo dal dato letterale dell'art. 246 del codice dei contratti pubblici l'autore fornisce un'interpretazione *a contrario*: se l'eccezione è che il contratto non sia caducato dall'annullamento, la regola è viceversa che la sorte del negozio per il caso di atti di gara inficiati sia la caducazione.

¹¹ per tutti vedasi *Trattato sui contratti pubblici*, cit., pagg. 3924 e pag. 3931. Vedasi altresì Cintioli, *Annulamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico*, in www.giustizia-amministrativa.it

Implicitamente aderisce alla tesi dell'*inefficacia sopravvenuta*, rinviando semplicemente alla decisione delle SS.UU., così come statuito al punto 6 delle considerazioni in diritto. Decisione che riconosce espressamente la competenza del giudice ordinario sulla domanda volta ad ottenere con efficacia di giudicato l'accertamento sull'inefficacia del contratto la cui aggiudicazione sia stata annullata dal giudice amministrativo.

Gli articoli 6 e 7 della legge 205/2000 nel devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative alle procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, avrebbero riguardo solo alla fase pubblicistica dell'appalto ma non riguarderebbero la fase successiva relativa all'esecuzione del rapporto, concernente i diritti e gli obblighi derivanti per ciascuna delle parti dal contratto stipulato successivamente agli atti di evidenza pubblica. Secondo le disposizioni delle SS.UU. in questa seconda fase resta operante la giurisdizione del giudice ordinario quale giudice dei diritti, cui spetta verificare la conformità alle norme positive delle regole attraverso le quali i contraenti hanno disciplinato i loro contrapposti interessi e delle relative condotte attuative.

Ancora, per le SS.UU. Cass.¹² spetterebbe sempre al giudice ordinario la giurisdizione sulla domanda volta ad ottenere tanto la dichiarazione di nullità quanto quella di inefficacia o l'annullamento del contratto di appalto, a seguito dell'annullamento della delibera di scelta dell'altro contraente, posto che in ciascuno di questi casi la controversia non ha ad oggetto i provvedimenti riguardanti la scelta suddetta, ma il successivo rapporto di esecuzione che si concretizza nella stipulazione del contratto.

Dalla posizione assunta dalla Plenaria se ne ricava una espressa impossibilità per il giudice di cognizione di garantire un risarcimento in forma specifica con condanna ad un *facere* tale da comportare la sostituzione dell'aggiudicatario ad opera del giudice stesso. Come statuito al punto 6 della sentenza in commento *“resta in tal modo estranea alla cognizione del giudice amministrativo la domanda di reintegrazione in forma specifica, pure prevista insieme al risarcimento per equivalente dall'articolo 35 del D. Lgs. n. 80 del 1998, come sostituito dall'articolo 7 della legge n. 205 del 2000: infatti, posto che nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo fissata dall'articolo 244 del D. Lgs. n. 163 del 2006 rientrano le sole controversie inerenti le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, con esclusione di ogni domanda che concerna la fase dell'esecuzione dei relativi contratti, alla richiesta di annullamento dell'aggiudicazione può conseguire solo il risarcimento del danno per equivalente, ma non anche la reintegrazione in forma specifica che, incidendo necessariamente sul contratto e quindi sulla fase negoziale e sui diritti soggettivi, esula dai poteri giurisdizionali amministrativi”*.

Il travolgimento degli effetti del contratto troverebbe di converso la sua sede naturale nel giudizio di ottemperanza.

Premesso che l'amministrazione soccombente, stante quanto statuito al punto 6.1.1. delle motivazioni in diritto, ha l'obbligo di conformarsi alle statuizioni della sentenza di annullamento della gara (**seconda questione di cui alle premesse**) ogni valutazione del giudice circa la sorte del contratto rimarrebbe subordinata alla circostanza che

¹² da ultimo vedasi Cass. SS.UU. 18 luglio 2008, n. 19805.

l'amministrazione stessa non si conformi al giudicato dell'annullamento, ovvero nel caso in cui resti inerte.

L'amministrazione non può non tenere conto degli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione, anche nell'emanare successivi provvedimenti.

Ove poi l'amministrazione non si conformi puntualmente ai principi contenuti nella sentenza ovvero nel caso di sua successiva inerzia, l'interessato può instaurare il giudizio di ottemperanza nel quale il giudice amministrativo, nell'ambito della sua giurisdizione di merito, ben può sindacare in modo pieno e completo l'attività posta in essere dall'amministrazione. **(terza questione).**

La tutela del privato passa quindi dalla realizzazione dell'effetto conformativo alla sentenza del g.a. sia attraverso la spontanea esecuzione del giudicato da parte dell'amministrazione, sia attraverso l'intervento del giudice dell'ottemperanza nel caso in cui manchi la spontanea esecuzione.

A ben vedere anche quanto sopra enunciato non deve considerarsi una novità. La Plenaria non fa altro che avallare una posizione risalente del Consiglio di Stato.¹³

¹³Vedasi per tutti sentenza n. 3338/02 laddove la Sesta sezione ha statuito che *“La domanda mira invece all'accertamento del contenuto dell'attività amministrativa conseguente all'annullamento attraverso una formula della parte dispositiva della presente decisione, che assumerebbe la sostanza di un ordine di un determinato fare all'amministrazione. Si tratta di verificare se sia ammissibile nel processo amministrativo una domanda di tal genere. Al riguardo, è noto che parte della dottrina sostiene che con l'inciso “anche attraverso la reintegrazione in forma specifica”, di cui all'art. 35 del D. Lgs. n. 80/1998 il legislatore abbia inteso introdurre nel nostro ordinamento un'azione di adempimento simile a quella prevista nell'ordinamento tedesco, che consente di agire in giudizio per ottenere la condanna dell'amministrazione all'emanazione di un atto amministrativo; il potere di ordinare all'amministrazione un fare, consistente anche nell'emanazione di atti amministrativi, sussisterebbe a condizione che si tratti di attività vincolata e non di attività con significativo tasso di discrezionalità. A tale orientamento, che presuppone l'introduzione attraverso il rimedio della reintegrazione in forma specifica di una azione di adempimento esercitabile nei confronti della P.a., se ne contrappone un altro, che appare preferibile, maggiormente coerente con la natura risarcitoria, o riparatoria, dell'istituto, come risultante dall'art. 2058 c.c.. Tale ricostruzione presuppone un concetto di reintegrazione in forma specifica del tutto diverso da quello affermato in sede civilistica sulla base dell'art. 2058 c.c.. In sede civilistica, il risarcimento in forma specifica consiste nella diretta rimozione delle conseguenze derivanti dall'evento lesivo tramite la produzione di una situazione materiale corrispondente a quella che si sarebbe realizzata se non fosse intervenuto il fatto illecito produttivo del danno. Sempre nell'ottica civilistica la reintegrazione in forma specifica rimane un rimedio risarcitorio (o comunque riparatorio), ossia una forma di reintegrazione dell'interesse del danneggiato mediante una prestazione diversa e succedanea rispetto al contenuto del rapporto obbligatorio e non va confusa né con l'azione di adempimento (diretta ad ottenere la condanna del debitore all'adempimento dell'obbligazione) né con il diverso rimedio dell'esecuzione in forma specifica quale strumento per l'attuazione coercitiva del diritto e non mezzo di rimozione diretta delle conseguenze pregiudizievoli. La forma specifica non è né una forma eccezionale né una forma sussidiaria di responsabilità, ma uno dei modi attraverso i quali il danno può essere risarcito, la cui scelta spetta al creditore salva l'ipotesi di eccessiva onerosità o l'oggettiva impossibilità. Tornando al processo amministrativo, si osserva che il legislatore ha chiaramente inserito l'inciso “anche attraverso la reintegrazione in forma specifica” all'interno della disposizione che prevede che il giudice amministrativo dispone il risarcimento del danno ingiusto, con la conseguenza che contrasta con il dato letterale ogni interpretazione che pone l'istituto al di fuori di una alternativa risarcitoria. Lo strumento risarcitorio, sia per equivalente che in forma specifica, si caratterizza per l'imposizione al debitore (rectius, all'amministrazione) di una “prestazione” diversa in sostituzione di quella originaria. Se l'amministrazione era tenuta al rilascio di un determinato provvedimento, l'adozione di quell'atto costituisce il contenuto primario della “prestazione” cui la P.a. era appunto tenuta, e non assume una funzione risarcitoria. Peraltro, quando il legislatore ha voluto configurare la possibilità da parte del giudice amministrativo di ordinare un fare all'amministrazione, lo ha fatto espressamente come nell'ipotesi di cui all'art. 25 della legge n. 241/90 (“...il giudice*

Partendo dall'affermazione della carenza di giurisdizione, la Plenaria fa propria acriticamente la teoria consolidata secondo la quale nel giudizio amministrativo l'ammissibilità di un ordine di *facere* sia relegata alla fase di ottemperanza.

Il giudice dell'ottemperanza avrebbe il potere di produrre esso stesso l'assetto materiale conforme al paradigma legale violato dall'amministrazione con l'atto annullato nel giudizio di cognizione. Nel caso di annullamento dell'aggiudicazione, e laddove l'annullamento si disposta perché accertata la violazione di regole sostanziali che avrebbero portato, qualora non violate, all'aggiudicazione al ricorrente vittorioso, è stato ritenuto che in sede di ottemperanza il giudice amministrativo possa disporre la produzione di un assetto materiale in forza del quale non solo l'aggiudicazione va pronunciata nei confronti del ricorrente, ma con questo va stipulato il contratto, laddove il contratto con il precedente aggiudicatario sia travolto.

Stante quanto esposto si ritiene di poter indicare, in senso critico, tre spunti di riflessione.

amministrativo, sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione dei documenti richiesti ...").I sostenitori dell'opposta teoria evidenziano come l'evoluzione del processo amministrativo contrasti con tale interpretazione "restrittiva", in base a cui permarrrebbe la tradizionale sequenza annullamento – inerzia della P.a. – ottemperanza a fronte di un invece più rapido conseguimento del risultato ottenibile con l'ordine alla P.a. ad adottare un determinato atto a contenuto vincolato.L'argomentazione, benché suggestiva, non appare risolutiva non solo per le suesposte considerazioni circa il dato letterale della norma, ma anche sotto il profilo delle effettività della tutela giurisdizionale, cui deve sempre tendere l'interprete sulla base dei principi costituzionali e di derivazione comunitaria.Si osserva che l'obbligo per la P.a. di provvedere in un determinato modo è già presente nel giudizio amministrativo in virtù del legame tra parte dispositiva e parte motiva della decisione, cui la P.a. è tenuta a conformarsi.Non vi è molta differenza tra una sentenza che disponga il rilascio di un determinato provvedimento e analoga decisione che annulli un diniego riconoscendo in parte motiva la fondatezza della pretesa sostanziale del privato, imponendo così all'amministrazione di conformarsi. Il rimedio alla mancata attuazione sarebbe pur sempre, in entrambi i casi, il giudizio per l'esecuzione del giudicato.L'adozione da parte dell'amministrazione di un determinato atto amministrativo attiene più ai profili di adempimento e di esecuzione che non a quelli risarcitori: in presenza di un illegittimo diniego e di accertata spettanza del provvedimento amministrativo richiesto, il rilascio dello stesso costituisce non una misura risarcitoria, ma la doverosa esecuzione di un obbligo che grava sull'amministrazione, salvi gli eventuali danni causati al privato (esso viene infatti accordato a prescindere sia dall'esistenza di un danno patrimonialmente apprezzabile, che, soprattutto, dall'indagine sull'elemento soggettivo dell'illecito).Riportare anche tale fase nell'ambito della reintegrazione e quindi della tutela risarcitoria significa estendere a tale fase anche tutti i limiti di tale tutela, che sono più rigorosi rispetto ai limiti previsti per l'esecuzione.Infatti, mentre la reintegrazione in forma specifica richiede una verifica in termini di onerosità ai sensi dell'art. 2058, comma 2, c.c., tale verifica non è richiesta in relazione alle forme di esecuzione in forma specifica della prestazione originariamente dovuta, per le quali può rilevare la sola sopravvenuta impossibilità. Costituisce, pertanto, una diminuzione di tutela per il privato la conseguenza cui giungono le tesi criticate, in quanto quello che prima costituiva il c.d. effetto conformativo per la P.a., assoggettato al solo limite della sopravvenuta impossibilità, verrebbe invece ingiustificatamente condizionato anche alla verifica di onerosità ai sensi dell'art. 2058, comma 2, c.c..Va inoltre considerato che l'effettività della tutela giurisdizionale non dipende tanto dalla formale statuizione contenuta nelle decisioni, ma piuttosto dal grado di eseguibilità delle decisioni stesse; tale tutela avviene nel nostro ordinamento nella incisiva forma del giudizio di ottemperanza, che consente finanche la nomina di un commissario che provveda secondo le indicazioni del giudice in luogo dell'amministrazione. Intesa in tal modo (definito "civilistico"), la reintegrazione in forma specifica trova applicazione nel diritto amministrativo soprattutto in caso di interessi di tipo oppositivo (es. riconsegna e ripristino del bene illegittimamente sottratto al privato; consegna di cosa uguale a quella illegittimamente distrutta; riparazione materiale dei danni cagionati in esecuzione di un provvedimento illegittimo).

In primo luogo, affermare la necessità di due giurisdizioni sulle controversie relative all'affidamento e alle sorti del contratto nonché l'assenza di una presa di posizione chiara sulla qualificazione giuridica delle conseguenze giuridiche dell'annullamento dell'aggiudicazione, non si conciliano con l'esigenza di garantire una piena applicazione del principio della concentrazione delle tutele.

Principio questo ben presente nel nostro ordinamento¹⁴, sancito dalla nostra Costituzione all'articolo 103 laddove viene riconosciuta la possibilità per il giudice amministrativo di conoscere questioni relativi ad interessi legittimi e diritti soggettivi; sia dalla legge ordinaria, ad esempio vedasi articolo 40 del c.p.c. per il processo civile; vedasi ancora articolo 21, comma 1, della legge n. 1034/71, così come modificata dalla legge 205/2000 per il processo amministrativo. Quest'ultima norma riconosce la possibilità di impugnare mediante la proposizione di motivi aggiunti provvedimenti sopravvenuti in corso di causa diversi da quello impugnato con il ricorso, ma connessi soggettivamente e oggettivamente ad esso.

Anche la giurisprudenza delle SS. UU. della Cassazione¹⁵ ha affermato che *“la costituzionalizzazione del principio della ragionevole durata del processo imponga all'interprete una nuova sensibilità e un nuovo approccio interpretativo, per cui ogni soluzione che si adotti nella risoluzione di questioni attinenti a norme sullo svolgimento del processo deve essere verificata non solo sul piano tradizionale della sua coerenza logico concettuale, ma anche e soprattutto per il suo impatto operativo sulla realizzazione del detto obiettivo costituzionale”*. Il principio della concentrazione delle tutele diventa mezzo imprescindibile al fine dell'attuazione del principio del giusto processo, operando anche nel senso di imporre lo spostamento della giurisdizione per ragioni di connessione.

In secondo luogo, non possono non essere esaminate attentamente due norme del codice dei contratti, ovvero gli articoli 244 e 246.

Il comma 1 dell'articolo 244 statuisce che *“sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, incluse quelle risarcitoria, relative a procedure di affidamento dei lavori, servizi, forniture”*.

Ai sensi dell'articolo 246, comma 4, *“la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato”*.

Con riferimento all'articolo 244, comma 1, è chiaro che il principio in esso statuito debba considerarsi meramente ricognitivo circa le forme di tutela risarcitoria previste dall'ordinamento, di cui all'articolo 7 della legge n. 1034/71 e articolo 35 del d. lgs. n. 80/98, ricomprendenti anche il risarcimento del danno attraverso la reintegrazione in forma specifica.

La Plenaria sembra interpretare l'articolo 7 suindicato in funzione dell'articolo 244, ma non può essere accolta questa impostazione restrittiva, difficilmente conciliabile con i principi costituzionali in materia di garanzia e tutela dei diritti.

¹⁴ Vedasi lo studio di Cacciavillani Chiara, *Giurisdizione sui contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it

¹⁵ Cass. SS.UU. n. 4636 del 2007; Vedasi da ultimo SS.UU. 24883 del 2008.

Essa, da una prima lettura della sentenza in commento, sembra considerare la reintegrazione in forma specifica come *possibilità di aggiudicare* l'appalto al ricorrente vittorioso. E quindi non può che escludere tale evenienza in quanto la reintegrazione in forma specifica comporterebbe la valutazione della validità del contratto, il g.a. pertanto dovrebbe decidere su posizioni di diritti soggettivi, in concreto non fattibile per carenza di poteri giurisdizionali amministrativi. Di converso, stante quanto esplicitato dall'articolo 244, il g.a. dovrebbe limitarsi a verificare la correttezza dello svolgimento della fase pubblicistica dell'appalto.

Ma a ben vedere i poteri di cognizione e di decisione del g.a. si fonderebbero sulla previsione normativa dell'articolo 35 del d.lgs. n. 80/98, così come modificato dall'articolo 7 della legge 205/2000, per cui *“il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto”*.

Inoltre, la dottrina più attenta ha riconosciuto al g.a. la possibilità di accertare già nel processo di cognizione la eventuale spettanza del provvedimento finale favorevole al ricorrente vittorioso, partendo dal presupposto che la reintegrazione in forma specifica debba considerarsi come possibilità di *“integrare la sfera giuridica dell'interessato attribuendo l'utilità illegittimamente negata dall'amministrazione”*.¹⁶

Il diritto al risarcimento del danno, espressamente esteso alla forma di risarcimento in forma specifica e attribuito alla cognizione del giudice amministrativo (*il TAR nell'ambito della sua giurisdizione conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica...*) sarebbe limitato alla forma di risarcimento per equivalente solo in presenza di precisi limiti al potere di cognizione e decisione del giudice amministrativo.

Se si avalla la tesi per cui disporre il risarcimento in forma specifica significa attribuire al ricorrente vittorioso l'utilità ingiustamente attribuita a terzi mediante il riconoscimento della qualità di aggiudicatario e poi eventualmente di contraente non si può che affermare la possibilità di ammettere anche nel giudizio di cognizione una condanna ad *un facere*. In tal senso si veda anche consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato¹⁷ per cui la pronuncia sulla domanda di risarcimento non è preclusa dalla stipula del contratto e ben può intervenire sia per equivalente o in forma specifica in considerazione dell'interesse delle parti del giudizio che ha portato all'annullamento dell'aggiudicazione. Il risarcimento in forma specifica si risolverebbe nella condanna dell'amministrazione ad aggiudicare l'appalto in favore del ricorrente vincitore e può, a seguire, comportare l'acquisto della qualità di contraente ovvero il subentro nel contratto al posto del soggetto all'origine aggiudicatario.

Il ricorrente vittorioso poi avrà la possibilità di attivarsi per l'ottemperanza al giudicato. Il giudizio di cognizione può risolversi nell'accertamento che l'aggiudicazione spetta a quest'ultimo, o nell'accertamento della necessità di reiterazione della gara. La stipula

¹⁶ Esaustivo il lavoro di ricostruzione del problema ad opera di Gallo Paolo, *Consiglio di Stato e Corte di Cassazione finalmente d'accordo*, in Urbanistica e appalti 10/2008, giurisprudenza amministrativa.

¹⁷ Cons. Stato, sez IV, n. 6666/03, da ultimo Cons. Stato, sez. VI, n. 213/08 *“secondo la prevalente giurisprudenza la stipula del contratto non è di ostacolo al subentro del ricorrente in caso di annullamento dell'aggiudicazione.....spetterà alla ricorrente scegliere se procedere al subentro del contratto qualora non sia stato ancora interamente eseguito, o se optare per il risarcimento del danno”*.

del contratto non è di ostacolo all'ottemperanza, e il giudizio di ottemperanza potrà imporre o l'aggiudicazione al ricorrente o la reiterazione della gara.

Con riferimento all'articolo 246 del codice dei contratti, appare agevole affermare che il legislatore abbia voluto riconoscere quale effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione la caducazione del contratto *medio tempore* stipulato. Come si è avuto modo di evidenziare nel corso della trattazione, parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato nonché parte della dottrina hanno voluto affermare, da una lettura *a contrario* del suddetto articolo, la competenza del giudice amministrativo anche in merito alle sorti del contratto.¹⁸ L'annullamento produrrebbe un effetto caducante sul contratto in virtù del rapporto consequenziale necessario tra procedura ad evidenza pubblica e il contratto successivamente stipulato.

Da ultimo, non si può non tenere in considerazione la Direttiva europea n. 2007/66/CE, intervenuta a modifica delle direttive sui ricorsi in materia di appalti pubblici, che dovrà essere recepita dal legislatore italiano.

Con tale Direttiva vengono ribaditi i principi di effettività e celerità della tutela, che si estrinsecano in 4 corollari: 1) ai sensi del *considerando* n. 4 si vuole prevedere un termine dilatorio tra l'aggiudicazione dell'appalto e la stipulazione del contratto¹⁹; 2) ai sensi del *considerando* n. 13 si vuole definire privo di effetti il contratto concluso in casi di gravi illegittimità, attribuendo la relativa competenza a pronunciarsi al riguardo ad un organo indipendente già competente a decidere sulla violazione della normativa comunitaria²⁰; 3) ai sensi del *considerando* 22 si ritiene necessario prevedere casi in cui per il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale gli effetti del contratto siano mantenuti²¹; infine, 4) ai sensi del *considerando* n. 21 si ritiene

¹⁸ Vedasi Cons. Stato, sez. V, n. 3465/2004 “*Di qui il corollario, coerente con le esigenze di concentrazione e pienezza della tutela, che il giudice amministrativo, dotato di giurisdizione esclusiva sulla procedura di affidamento, indagherà anche sugli effetti prodotti dall'annullamento della procedura sul contratto medio tempore stipulato*”.

¹⁹ “*Fra le carenze constatate figura in particolare l'assenza di un termine che consenta un ricorso efficace tra la decisione d'aggiudicazione di un appalto e la stipula del relativo contratto. Ciò induce talvolta le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori desiderosi di rendere irreversibili le conseguenze di una decisione d'aggiudicazione contestata a procedere molto rapidamente alla firma del contratto. Per rimediare a questa carenza, che costituisce un serio ostacolo ad un'effettiva tutela giurisdizionale degli offerenti interessati, vale a dire coloro che non sono stati ancora definitivamente esclusi, è opportuno prevedere un termine sospensivo minimo, durante il quale la stipula del contratto in questione è sospesa*”.

²⁰ “*Per contrastare l'aggiudicazione di appalti mediante affidamenti diretti illegittimi, che secondo la Corte di giustizia rappresenta la violazione più grave del diritto comunitario degli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice o di un ente aggiudicatore, è opportuno prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive. Pertanto, un contratto risultante da un'aggiudicazione mediante affidamenti diretti illegittimi dovrebbe essere considerato in linea di principio privo di effetto. La carenza di effetti non dovrebbe essere automatica ma dovrebbe essere accertata da un organo di ricorso indipendente o dovrebbe essere il risultato di una decisione di quest'ultimo*”.

²¹ “*Per garantire la proporzionalità delle sanzioni applicate, gli Stati membri possono tuttavia consentire all'organo responsabile delle procedure di ricorso di non rimettere in discussione il contratto o di riconoscerne in parte o in toto gli effetti nel tempo quando, nelle circostanze eccezionali della fattispecie, ciò sia reso necessario per rispettare alcune esigenze imperative legate ad un interesse generale. In tali casi dovrebbero invece applicarsi sanzioni alternative. L'organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore dovrebbe esaminare tutti gli aspetti pertinenti per stabilire se esigenze imperative legate ad un interesse generale impongano che gli effetti del contratto siano mantenuti.*”

opportuno che le conseguenze della privazione degli effetti del contratto siano disciplinate dal diritto nazionale²².

Le osservazioni formulate, in conclusione, inducono ad una valutazione di fondo: la pronuncia della Plenaria in commento non ha posto fine alla questione in esame, anzi è chiaro che un ripensamento del problema si rende necessario.

Non è plausibile, considerata la vigenza del principio del giusto processo, immaginare che l'attore vittorioso in sede giurisdizionale davanti al giudice amministrativo debba attivare un nuovo processo, davanti ad altro giudice, per ottenere l'annullamento del contratto precedentemente concluso dall'amministrazione soccombente per avere una concreta tutela, in forma specifica, con subentro nella posizione negoziale.

De *iure condendo* sembra preferibile concentrare la decisione sull'aggiudicazione e la sorte del contratto correlato presso un unico giudice, rafforzando la giurisdizione di cognizione del giudice amministrativo sulle conseguenze dell'accertamento dell'illegittimità dell'azione amministrativa. Un ruolo determinante sulla definizione della questione viene quindi inevitabilmente demandato al legislatore.

Barbara Spatola
Funzionario Automobile Club d'Italia

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

²² “Le conseguenze che derivano dalla privazione di effetti di un contratto dovrebbero essere determinate dal diritto nazionale. Pertanto il diritto nazionale può, ad esempio, prevedere la soppressione con effetto retroattivo di tutti gli obblighi contrattuali (*ex tunc*) o viceversa limitare la portata della soppressione agli obblighi che rimangono da adempiere (*ex nunc*). Ciò non dovrebbe condurre a una mancanza di forti sanzioni se gli obblighi derivanti da un contratto sono già stati adempiuti interamente o quasi interamente. In tali casi gli Stati membri dovrebbero prevedere sanzioni alternative che tengano conto in che misura il contratto rimane in vigore conformemente al diritto nazionale. Il diritto nazionale dovrà determinare inoltre le conseguenze riguardanti il possibile recupero delle somme eventualmente versate nonché ogni altra forma di possibile restituzione, compresa la restituzione in valore qualora la restituzione in natura non sia possibile”.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (adunanza plenaria) ha pronunciato

la seguente

DECISIONE

sui ricorsi (riuniti in appello) n. 7 del 2008 e n. 10 del 2008 del ruolo dell'adunanza plenaria, proposti:

quanto al n. 7/2008, da Kpmg Advisory s.p.a., con sede legale in Milano in persona dell'Amministratore delegato, legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dal prof. avv. Gennaro Terracciano, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Piazza di Spagna n. 35;

contro

Engineering Sanità Enti Locali s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati prof. Stefano Vinti ed Elia Barbieri, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, Via Emilia n. 88;

e nei confronti della

Regione Molise, in persona del presidente della Giunta regionale, legale rappresentante pro tempore;

quanto al n. 10/2008, dalla Regione Molise, in persona del presidente della Giunta regionale, legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dell'Avvocatura generale dello Stato e domiciliato ope legis nei suoi Uffici in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

da Kpmg Advisory s.p.a., con sede legale in Milano in persona dell'Amministratore delegato, legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dal prof. avv. Gennaro Terracciano, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Piazza di Spagna n. 35;

e nei confronti della

Engineering Sanità Enti Locali s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati prof. Stefano Vinti ed Elia Barbieri, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, Via Emilia n. 88;

per la riforma

della sentenza del tribunale amministrativo regionale del Molise n. 1009/2006 in data 11 dicembre 2006;

visti i ricorsi in appello;

visti l'atto di costituzione in giudizio di Engineering Sanità Enti Locali s.p.a. nel ricorso n. 7/2008 e di Kpmg Advisory s.p.a. e di Engineering Sanità Enti Locali s.p.a., nel ricorso n. 10/2008;

vista la memoria di Engineering Sanità Enti Locali s.p.a.;

vista l'ordinanza sezione quinta di questo Consiglio n. 1328 in data 28 marzo 2008, con cui la causa è stata rimessa all'esame dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato;

viste la memoria dell'appellante e di Engineering Sanità Enti Locali s.p.a.

visti tutti gli atti della causa;

relatore all'udienza pubblica dell'11 aprile 2008 il consigliere Cesare Lamberti, e uditi gli avvocati Terracciano per Kpmg Advisory s.p.a., e Vinti per Engineering Sanità Enti Locali s.p.a.;

ritenuto e considerato quanto segue.

FATTO

1) Con il ricorso n. 212 del 2006, la società Engineering Sanità Enti Locali S.p.A. ha adito il Tar del Molise, chiedendo l'annullamento:

- dell'aggiudicazione definitiva adottata con deliberazione della Giunta regionale

del 30 dicembre 2005, n. 1929, del servizio di attuazione del programma delle azioni 7.2 e 7.3 E-health Molise e delle attività di manutenzione della piattaforma di assistenza ed affiancamento al soggetto gestore, della piattaforma stessa e dell'osservatorio individuato dalla Regione Molise, nonché dei verbali di gara n. 3 in seduta riservata del 18.12.2005, n. 4 dell'1.10.2005 n. 5 del 24.10.2005 n. 7 del 29.12.2005 in seduta pubblica e del verbale della seduta pubblica n. 6 del 22.12.2005;

- del bando, del disciplinare di gara, del capitolato tecnico e della deliberazione della Giunta regionale n. 832 del 20 giugno 2005, di nomina della Commissione di gara.

Nelle conclusioni del ricorso, la società ha chiesto l'annullamento del provvedimenti impugnati con ogni conseguente statuizione e in via subordinata, qualora nel tempo fosse venuta meno ogni chance a conseguire la commessa, la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno per equivalente ai sensi dell'art. 7 della legge n. 205/2000, rappresentato dalle spese sostenute per la partecipazione alla gara nonché delle ragionevoli chances di vittoria che essa avrebbe avuto ove si fosse provveduto a rinnovare la procedura di gara, nella misura da quantificare nel corso del giudizio o ritenuta di giustizia.

2) La società ha esposto di avere partecipato alla gara indetta dalla Regione per la realizzazione di una rete attiva di information society e di servizi innovativi e l'istituzione di un osservatorio permanente della H-health ed interscambio regionale del programma e-health Molise da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con l'assegnazione sino ad un massimo di 70 punti per la qualità dell'offerta e di 30 punti per il prezzo. Per il punteggio da attribuirsi all'offerta tecnica, l'art. 8 del disciplinare di gara prevedeva i sottopunteggi massimi di 25 punti per la qualità complessiva, 20 punti per la coerenza della soluzione

proposta e dei servizi offerti rispetto alle specifiche del capitolato nonché per il rispetto e l'aderenza agli standard di riferimento alle soluzioni adottate dal CNIPA, 15 punti per la capacità e la competenza tecnica della concorrente ed infine 10 punti per le eventuali migliorie progettuali e/o servizi e/o prestazioni aggiuntive rispetto a quanto imposto nel capitolato. Alla gara sono state ammesse nove concorrenti, tra cui la società Engineering Sanità Enti Locali s.p.a, ricorrente in primo grado e la Kpmg Advisory s.p.a., aggiudicataria della gara.

2.1) Dal verbale in seduta pubblica n. 6 del 22.12.2005, risulta che a tutte le concorrenti è stato assegnato il medesimo punteggio massimo di 70 punti in relazione all'offerta tecnica. Nella stessa seduta sono state esaminate le offerte economiche, il cui punteggio, sommato a quello di 70 punti, ottenuto da ciascuna delle partecipanti ammesse, ha determinato la graduatoria, nella quale la società Engineering Sanità Enti Locali s.p.a. si è posizionata al 7° posto, con complessivi 88,49 punti, e la controinteressata, Kpmg Advisory ha ottenuto il 1° posto, con 100 punti. Ancora nella medesima seduta pubblica, la Commissione ha chiesto all'aggiudicataria, al raggruppamento Finsiel ed alla società K Solutions di fornire elementi giustificativi delle loro offerta ritenute affette da anomalia. Nella successiva seduta del 29.12.2005, sono state ritenute congrue le giustificazioni ed è stata aggiudicata la gara in via provvisoria alla Kpmg Advisory s.p.a..

3) Nel giudizio di primo grado, instaurato dalla società Engineering Sanità Enti Locali S.p.A. avverso gli anzidetti provvedimenti e l'operato della Commissione di gara, si sono costituite la regione Molise e la contro interessata Kpmg Advisory S.p.A. che hanno eccepito l'inammissibilità dell'appello per la posizione in graduatoria della ricorrente (settima fra le ditte partecipanti qualificatesi) che non le avrebbe consentito l'aggiudicazione della gara e per l'inesistenza dell'interesse strumentale a vedere

indetta una nuova gara. Medio tempore è stato stipulato il relativo contratto, registrato il 17 febbraio 2006.

4) Con la sentenza riportata in epigrafe, il Tribunale amministrativo regionale, respinte le eccezioni d'inammissibilità del ricorso della Regione e della controinteressata, lo ha accolto sul duplice rilievo che la Commissione, nell'assegnare il punteggio massimo di 70 all'offerta tecnica di tutte le concorrenti, avrebbe svilito la ratio della gara volta ad individuare il progetto migliore anche eventualmente ad un prezzo più elevato in ragione del peso tecnico riconosciuto al valore del progetto medesimo. L'attribuzione del punteggio numerico era, poi, di per sé insufficiente ad assolvere l'onere di adeguata motivazione laddove la sua assegnazione fosse integrata da specifici criteri contenuti nel disciplinare di gara, il cui art. 8 richiedeva una più puntuale spiegazione per rendere ostensibili i giudizi elaborati dalla Commissione.

4.1) La sentenza ha poi dichiarato inefficace il contratto per effetto dei venire meno di un presupposto. Nell'evidenza pubblica, il previo esperimento della fase di gara instaura un rapporto di presupposizione, assumendo la fisionomia propria di una condizione legale di efficacia del contratto, di modo che l'annullamento dell'aggiudicazione farebbe venir meno retroattivamente un presupposto condizionante del contratto, determinandone, con automatico effetto caducante, la perdita di efficacia.

4.2) Siffatta questione è stata ritenuta attratta dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, estesa, in virtù della communis opinio, anche alle questioni relative alla validità ed efficacia del contratto, ferma restando l'esclusione delle sole controversie relative all'esecuzione del contratto. Nell'esegesi dell'art. 6 della legge n. 205/2000, l'attribuzione delle controversie relative alle procedure di affidamento degli appalti pubblici alla giurisdizione esclusiva amministrativa risulterebbe del tutto

inutile, se da tale ambito di competenza si eccettuassero le questioni relative alla validità ed all'efficacia del contratto, concernenti diritti soggettivi. L'esclusione di queste ultime dal novero di quelle conoscibili dal giudice amministrativo determinerebbe inoltre l'inaccettabile conseguenza di costringere il ricorrente ad un defatigante iter giurisdizionale, dal giudice amministrativo per l'annullamento dell'aggiudicazione, a quello ordinario per l'annullamento o risoluzione o declaratoria di nullità del contratto ed eventualmente di nuovo al giudice amministrativo per il risarcimento del danno.

5) La sentenza è stata appellata con distinti ricorsi da Kpmg Advisory S.p.A. e dalla Regione Molise. Nel procedimento R.G.R. n. 1082/07 si è costituita la società Engineering Sanità Enti Locali s.p.a.. Non si è costituita la Regione Molise. Nel procedimento R.G.R. 2333/07 si sono costituite la società Kpmg Advisory s.p.a e la società Engineering Sanità Enti Locali S.p.A.

6) Con l'ordinanza n. 1328/08 in data 28 marzo 2008, la Quinta Sezione ha riunito per connessione soggettiva e oggettiva gli appelli a quelli proposti dalla Kpmg Advisory s.p.a. (R.G.R. n. 1083/07) e dalla Regione Molise (R.G.R. 2332/07) nei confronti della sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Molise 11 dicembre 2006, n. 1009 ed ha rimesso all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato le seguenti questioni:

a) la sorte del contratto d'appalto stipulato sulla base di un'aggiudicazione annullata;

b) la sussistenza della giurisdizione amministrativa, con riferimento alle domande ed al corrispondente tipo di decisioni al riguardo proponibili;

c) l'applicabilità alla fattispecie considerata degli artt. 23 e 25 cod. civ.;

d) l'ammissibilità, nel giudizio di cognizione, della condanna della pubblica

amministrazione al rilascio di un provvedimento favorevole al ricorrente;

e) i presupposti di applicabilità dell'art. 2058 cod. civ..

7) In data 30 maggio 2007 e in data 5 giugno 2008, Engineering Sanità Enti Locali S.p.A. ha depositato rispettivamente copia del riepilogo dei costi sostenuti e buste paga del personale impiegato per la realizzazione degli interventi nonché memoria illustrativa nella quale si evidenzia:

a) la Corte di cassazione, sezione I°, con la sentenza 15 aprile 2008, n. 9906 ha affermato che la caducazione dei provvedimenti attraverso i quali si è formata in concreto la volontà contrattuale, priva l'amministrazione, con efficacia ex nunc, della legittimazione a contrattare sicché l'organo amministrativo si trova nella condizione di avere stipulato inique e l'annullamento dell'aggiudicazione segna in via retroattiva la carenza di uno dei presupposti di efficacia del contratto;

b) la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 28 dicembre 2007, n. 27169 non è di ostacolo alla cognizione dell'eventuale nullità o inefficacia del contratto stipulato non solo in sede di ottemperanza ma anche in sede di cognizione diretta dell'atto di aggiudicazione, dal cui annullamento deriva la facoltà del Giudice amministrativo di conoscere incidenter tantum quando sia necessario quantificare il risarcimento del danno; la necessità di adire il Giudice ordinario per l'annullamento del contratto vulnera il principio comunitario dell'effettività della tutela giurisdizionale e implica il rinvio della relativa questione alla Corte di Giustizia comunitaria ai sensi 234 del Trattato;

c) gli artt. 244 e 11 del D.Lgs. n. 163 del 2006 confermano la riserva al Giudice ordinario delle sole controversie riguardanti la fase esecutiva della procedura ad evidenza pubblica e attraggono nella giurisdizione esclusiva anche le controversie inerenti la stipulazione del contratto di appalto; escludere dalla cognizione del giudice

amministrativo l'incidenza dell'annullamento sul contratto già stipulato, frazionando la tutela del contraente illegittimamente pretermesso, contraddice al canone della ragionevole durata del processo;

d) il novellato art. 7 della legge n. 1034 del 1971 demanda alla giurisdizione amministrativa tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica e il riconoscimento degli altri diritti patrimoniali consequenziali; l'annullamento della gara fa sorgere in via consequenziale il diritto a far valere la sopravvenuta inefficacia del contratto; il carattere rimediale della cognizione risarcitoria affermato dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006 confermano l'attribuzione al giudice amministrativo, dopo la legge n. 205 del 2000, della cognizione del contratto, alla stregua di fatto dedotto a fondamento delle domanda, che si assume causativo del danno ingiusto. La diversa interpretazione dell'art. 7 sarebbe irragionevole e pertanto in contrasto con l'art. 3 cost.;

e) la regola degli artt. 23 e 25 cod. civ. che fa salvi i diritti dei terzi acquistati in buona fede sulla base degli atti esecutivi delle delibere degli organi amministrativi delle fondazioni annullate non è applicabile alle procedure di gara, per il divieto di analogia e per l'impossibilità di invocare la buona fede dell'aggiudicatario;

f) l'interesse di Engineering Sanità Enti Locali s.p.a., ove consegua la posizione di aggiudicataria, è, alternativamente di tutela conformativa e risarcitoria per la parte di contratto rimasta ineseguita e rimane risarcitoria per la parte che ha avuto esecuzione;

8) La causa viene in decisione dopo essere stata discussa all'udienza del 16 giugno 2008. Al termine dell'udienza, l'Adunanza Plenaria ha depositato il dispositivo della decisione, cui segue il deposito della relativa motivazione.

DIRITTO

1) *Con la sentenza gravata, il TAR per il Molise ha accolto il ricorso della s.p.a. Engineering Sanità Enti Locali ed ha annullato l'aggiudicazione della gara (disposta in favore della s.p.a. Kpmg Advisory), indetta dalla Regione per la realizzazione di una rete attiva di information society e di servizi innovativi e l'istituzione di un osservatorio permanente di H-health ed interscambio regionale del programma E-health Molise.*

2) *La sentenza ha annullato integralmente l'atto di aggiudicazione, poiché il punteggio massimo di 70 assegnato all'offerta tecnica di tutte le concorrenti non consentiva di individuare il progetto migliore e poiché il punteggio numerico è stato assegnato senza specifica motivazione, in assenza di criteri tali da rendere adeguate le valutazioni della commissione.*

2.1) *In sede di esame della domanda risarcitoria formulata dalla s.p.a, Engineering, la sentenza ha dichiarato l'inefficacia sopravvenuta del contratto stipulato, sul presupposto che sussista sul punto la giurisdizione amministrativa esclusiva, perché consequenziale all'annullamento dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 6 della legge n. 205/2000.*

3) *Rilevato che, nel corso del giudizio, vi è stata l'esecuzione del contratto quasi nella sua integralità, gli appellanti, Kpmg Advisory (R.G.R. n. 1082/07) e Regione Molise (R.G.R. n. 2333/07), hanno chiesto che sia dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla gravata statuizione inerente l'avvenuta caducazione degli effetti del contratto, ed hanno lamentato l'ultrapetizione di tale statuizione, perché la questione della caducazione del contratto esulerebbe dalle domande formulate col ricorso in primo grado.*

4) *Con la decisione parziale in data 28 marzo 2008 n. 1328, la Quinta Sezione ha respinto gli appelli nelle parti in cui essi hanno contestato la sussistenza dell'interesse*

ad agire in capo alla ricorrente e la sussistenza dei vizi degli atti della Commissione di gara (con la conseguente conferma della statuizione di annullamento della aggiudicazione del contratto) ed ha rimesso all'esame dell'Adunanza Plenaria le questioni relative:

- alle conseguenze che l'annullamento dell'aggiudicazione comporta sugli effetti del contratto già stipulato;

- alla determinazione del giudice competente a conoscerne, in relazione alle quali è stata demandata anche la censura di ultrapetizione della sentenza, non essendo stato il subentro nel contratto oggetto di richiesta in primo grado.

5) Sugli effetti della pronuncia di annullamento, la Sezione remittente ha richiamato le argomentazioni poste a base delle ordinanze del 21 maggio 2004, n. 3355 della IV Sezione di questo Consiglio e dell'8 maggio 2005, n. 104 del Consiglio di giustizia amministrativa della Sicilia (sulle quali questa Adunanza Plenaria non si è potuta pronunciare per intervenuta rinuncia al ricorso e per irrilevanza dei quesiti formulati).

La Sezione ha precisato, al proposito, che la Quinta e la Quarta Sezione hanno attribuito all'annullamento dell'aggiudicazione un "effetto caducatorio" del contratto, mentre la Sesta Sezione ha ritenuto sussistente la caducazione automatica, con la necessaria cessazione dell'efficacia del negozio.

La Sezione remittente ha inoltre dato atto dell'orientamento della Quarta e della Sesta Sezione, circa la necessità dell'apposita domanda del ricorrente vittorioso, ferme restando l'esigenza di tutelare la buona fede del contraente e quella di evitare l'eccessiva onerosità dell'Amministrazione ad effettuare la sostituzione.

Sulla questione di giurisdizione, la Sezione remittente ha puntualizzato che la richiesta consiste nel verificare se l'ambito della giurisdizione esclusiva – prevista

dall'art. 6 della legge n. 205 del 2000 – vada circoscritto alle controversie aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici, ovvero comprenda anche le questioni inerenti alla validità e alla efficacia del contratto, anche in relazione al potere del giudice amministrativo di emanare pronunce costitutive (di annullamento o di risoluzione), oppure se si possa accertare l'inefficacia del contratto con una pronunzia dichiarativa, anche in via incidentale, in applicazione dell'art. 7 della legge n. 205 del 2000.

In questo contesto, è anche rimesso l'esame del vizio di ultrapetizione della sentenza, poiché il ricorso di primo grado non avrebbe espressamente chiesto che fosse dichiarata la caducazione degli effetti del contratto conseguente alla aggiudicazione poi annullata.

5) Così ricostruite le questioni sollevate nell'ordinanza di rimessione, ritiene l'Adunanza Plenaria che vada preliminarmente esaminato l'ambito di operatività dell'art. 244, comma 1, del D.Lgs. n. 163 del 2006 (che ha sostituito, per l'abrogazione disposta dal successivo art. 256, l'art. 6, comma 1, della legge n. 205 del 2000).

Il medesimo comma 1 ha attribuito alla giurisdizione esclusiva amministrativa tutte le controversie, incluse quelle risarcitorie, relative alle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture ad opera di soggetti aggiudicatori comunque tenuti all'applicazione delle norme comunitarie o alle regole dell'evidenza pubblica.

Nell'art. 7, comma 1, della legge 205 del 2000 (che ha sostituito, modificandole, le corrispondenti disposizioni del D.Lgs. n. 80 del 1998), alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi sono devolute le controversie aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture svolte da soggetti tenuti ad applicare le norme comunitarie (art. 33, comma 1 lett. d), D.Lgs. n. 80/1998), per le quali lo stesso giudice amministrativo dispone, anche

attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto (art. 35, comma 1, D.Lgs. n. 80/1988).

5.1) La possibilità di comprendere nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche le controversie relative all'esecuzione dei contratti di appalto è stata esclusa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, sia con riferimento all'art. 33 del D.Lgs. n. 80 del 1998 (Cass., Sez. Un. 30 marzo 2000, n. 72) sia con riguardo all'art. 6 della legge n. 205 del 2000, la cui disciplina non recherebbe alcuna modifica agli ordinari criteri di riparto delle giurisdizioni (Cass. Sez. Un. 19 aprile 2004, n. 76461; 22 luglio 2002, n. 10726).

5.2) Senza discostarsi dall'indirizzo delle Sezioni Unite, l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio (Cons. Stato, Ad. Plen. 5 settembre 2005, n. 6) ha ravvisato la sussistenza della giurisdizione amministrativa sulla domanda di risarcimento del danno derivante dalla violazione degli obblighi riconducibili alla fase pubblicistica precontrattuale, poiché l'art. 6 della legge n. 205 del 2000 ha previsto la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo per tutte le controversie riguardanti la fase anteriore alla stipula dei contratti di lavori, forniture e servizi: l'art. 6 non è stato inciso dai principi enunciati dalla sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale, che ha riguardato l'art. 7 della legge n. 205 del 2000 (che ha modificato l'originaria versione degli artt. 33 e 34 del decreto legislativo n. 80 del 1998 sulla giurisdizione esclusiva in materia edilizia, urbanistica e servizi pubblici).

5.3) La limitazione della giurisdizione esclusiva amministrativa alla sola fase pubblicistica dell'appalto, anteriore al momento della stipula del contratto, è stata affermata dalle Sezioni Unite, in sede di regolamento preventivo, nelle controversie sui corrispettivi per l'affidamento di pubblici servizi, ritenute proprie della fase di esecuzione del rapporto e quindi estranee all'art. 33, del D.Lgs. n. 80 del 1998 (Cass.

Sez. Un. ord. 22 agosto 2007, n. 17829; ord. 22 agosto 2007, n. 17830), in relazione a giudizi riguardanti la domanda di risoluzione dell'appalto di servizi con incameramento della garanzia fideiussoria, stante l'attinenza del recesso dal contratto a posizioni di diritto soggettivo (Cass. Sez. Un. ord. 27 febbraio 2007, n. 4427) e nelle questioni di annullamento dei contratti di manutenzione e ripristino di opere pubbliche, sottratti all'incidenza dei poteri discrezionali ed autoritativi della pubblica amministrazione (Cass. SS.UU. ord. 27 febbraio 2007, n. 4116).

5.4) L'appartenenza al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica della valutazione dell'agire autoritativo consentito dalla legge, a prescindere dalla qualificazione dell'atto o del comportamento come illecito o illegittimo, è stata più recentemente ricondotta da questa stessa Adunanza Plenaria alla "diretta applicazione dei principi di effettività e concentrazione della tutela" oltre che dall'attribuzione dalla legge ordinaria al "giudice naturale dell'amministrazione" non solo delle domande impugnatrici di annullamento dell'attività autoritativa, ma di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno ingiusto anche attraverso la reintegrazione in forma specifica (Cons. Stato, Ad. Plen. 22 ottobre 2007, n. 12).

Nella giurisdizione amministrativa, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce, infatti, una nuova materia ma uno strumento di tutela ulteriore rispetto a quello demolitorio che ne completa i poteri, in armonia con l'art. 24 Cost., concentrando l'intera protezione del cittadino in un unico giudice, idoneo ad offrire la piena tutela oltre agli interessi legittimi, anche ai diritti soggettivi anche costituzionalmente garantiti se coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa (Corte cost. 27 aprile 2007, n. 140).

5.5) Diversamente da siffatta impostazione, che riconduce nell'alveo della

giurisdizione amministrativa tanto la dichiarazione di nullità, quanto quella di inefficacia o di annullamento del contratto di appalto a seguito dell'annullamento della delibera di scelta del contraente all'esito dell'aggiudicazione, le Sezioni Unite hanno mantenuto ferma l'esclusione dagli artt. 6 e 7 della legge n. 205 del 2000 della fase di esecuzione del rapporto, devoluta al giudice civile, cui spetta la verifica di conformità alle norme positive delle regole e delle condotte seguite dai contraenti per disciplinare i loro opposti interessi (Cass. Sez. Un. 28 dicembre 2007, n. 27169).

5.6) L'art. 244 del D.Lgs. n. 163 del 2006 è stato pertanto interpretato nel senso che:

- la giurisdizione del giudice civile sussiste in ordine all'accertamento delle conseguenze provocate dalla sopravvenuta mancanza delle condizioni di legalità del vincolo contrattuale, essendo il criterio di riparto della giurisdizione basato unicamente sulla separazione imposta dall'art. 103, comma 1, Cost. tra il piano procedimentale del diritto pubblico e quello negoziale, retto interamente dal diritto privato (Cass. Sez. Un. 28 dicembre 2007, n. 27169);

- la giurisdizione del giudice civile sussiste anche quando si tratti di individuare, con statuizioni idonee a passare in giudicato, le conseguenze prodotte sul contratto dalla sentenza amministrativa di annullamento della aggiudicazione della gara (Cass. Sez. Un. 23 aprile 2008, n. 10443).

6) L'Adunanza Plenaria ritiene di non doversi discostare dal delineato orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, secondo cui sussistente la giurisdizione civile sulla domanda volta ad ottenere, con efficacia di giudicato, l'accertamento dell'inefficacia del contratto, la cui aggiudicazione sia stata annullata dal giudice amministrativo.

Nel vigente sistema, infatti, non sussiste una espressa previsione normativa di

carattere generale sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine alle controversie riguardanti la fase dell'esecuzione del contratto d'appalto: pertanto, nel caso di una specifica domanda intentata da chi abbia chiesto ed ottenuto dal giudice amministrativo l'annullamento della aggiudicazione, ovvero in presenza di una domanda di una delle parti del contratto pubblico d'appalto stipulato medio tempore, sussiste la giurisdizione civile quando si intendano far accertare – con efficacia di giudicato – le conseguenze che la medesima sentenza ha prodotto sul contratto.

Resta in tal modo estranea alla cognizione del giudice amministrativo la domanda di reintegrazione in forma specifica, pure prevista insieme al risarcimento per equivalente dall'articolo 35 del D. Lgs. n. 80 del 1998, come sostituito dall'articolo 7 della legge n. 205 del 2000: infatti, posto che nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo fissata dall'articolo 244 del D. Lgs. n. 163 del 2006 rientrano le sole controversie inerenti le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, con esclusione di ogni domanda che concerna la fase dell'esecuzione dei relativi contratti, alla richiesta di annullamento dell'aggiudicazione può conseguire solo il risarcimento del danno per equivalente, ma non anche la reintegrazione in forma specifica che, incidendo necessariamente sul contratto e quindi sulla fase negoziale e sui diritti soggettivi, esula dai poteri giurisdizionali amministrativi.

6.1) Tali conclusioni tuttavia non comportano sul piano del sistema della giustizia amministrativa - con specifico riferimento ai principi sanciti dagli articoli 24 e 113 della Costituzione - una diminuzione della tutela del soggetto che abbia ottenuto l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione.

6.1.1) Innanzitutto, la sentenza di annullamento della aggiudicazione determina in capo all'amministrazione soccombente l'obbligo di conformarsi alle relative statuizioni, nell'ambito degli ulteriori provvedimenti che rimangono salvi ai sensi

dell'art. 26 della legge n. 1034 del 1971: in altri termini, l'annullamento dell'aggiudicazione è costitutivo di un vincolo permanente e puntuale sulla successiva attività dell'amministrazione (Cons. Stato, Ad. Plen. 19 marzo 1984, n. 6), il cui contenuto non può prescindere dall'effetto caducatorio del contratto stipulato.

In sede di esecuzione della sentenza, pertanto, l'amministrazione non può non rilevare la sopravvenuta caducazione del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione (secondo quanto, del resto, ribadito dalla Corte di Cassazione, sez. I, 15 aprile 2008, n. 9906), similmente a quanto avviene nel caso di annullamento di una graduatoria di un pubblico concorso che comporta la caducazione degli effetti del contratto di lavoro su di essa fondato, ovvero di annullamento di una concessione di un bene o di un servizio pubblico che comporta la caducazione degli effetti dell'accordo accessivo.

Anche nell'emanare i provvedimenti ulteriori che conseguono all'effetto caducatorio dell'annullamento dell'aggiudicazione della gara, l'amministrazione deve tenere conto dei principi enunciati nella sentenza di annullamento e delle conseguenze giuridiche determinate dal suo contenuto ed orientare conseguentemente la sua ulteriore azione.

Rispetto a tali provvedimenti, il sindacato del giudice amministrativo è pieno e completo, investendo situazioni che restano esclusivamente nel campo del diritto pubblico e che non si intersecano mai con il piano dei diritti soggettivi sorti dal vincolo contrattuale imperniato sull'aggiudicazione annullata.

6.1.2) Ove poi l'amministrazione non si conformi puntualmente ai principi contenuti nella sentenza oppure non constati le conseguenze giuridiche che da essa discendono, ovvero ancora nel caso di successiva sua inerzia, l'interessato può instaurare il giudizio di ottemperanza, nel quale il giudice amministrativo -

nell'esercizio della sua giurisdizione di merito - ben può sindacare in modo pieno e completo (e soddisfacente per il ricorrente) l'attività posta in essere dall'amministrazione o anche il suo comportamento omissivo, adottando tutte le misure (direttamente o per il tramite di un commissario) necessarie ed opportune per dare esatta ed integrale esecuzione alla sentenza e per consentire una corretta riedizione del potere amministrativo.

In tal modo, il giudice amministrativo può realizzare il contenuto conformativo della sentenza, di per sé riferibile alla fase pubblicistica successiva all'annullamento ed emanare tutti i provvedimenti idonei ad assicurare al ricorrente vittorioso il bene della vita effettivamente perseguito attraverso il giudizio di legittimità e reintegrarlo pienamente nella situazione concreta che avrebbe dovuto già conseguire qualora l'amministrazione non avesse adottato l'atto di aggiudicazione illegittimo: ciò perché la funzione del giudice dell'ottemperanza è proprio quella di adeguare la situazione di fatto a quella di diritto nascente dal giudicato, nell'esercizio della potestà di riformare l'atto illegittimo o sostituirlo, espressamente conferitagli dall'art. 26 della legge n. 1034 del 1971.

6.1.3) La separazione imposta dall'art. 103, co. 1, cost. tra il piano negoziale e quello procedimentale, se preclude ogni pronuncia da parte del giudice amministrativo sul regolamento dei rapporti con l'aggiudicatario connessi all'annullamento dell'atto illegittimo (Cass. SS.UU. 28 dicembre 2007, n. 27169), non incide in alcun modo sulla realizzazione in concreto dell'effetto conformativo sia da parte dell'amministrazione, nell'esecuzione spontanea del giudicato, sia da parte del giudice dell'ottemperanza, nell'eventuale fase dell'esecuzione.

La sostituzione dell'aggiudicatario, quale "reintegrazione in forma specifica" del soggetto che ha ottenuto la statuizione di annullamento, appartiene, invero, agli

ulteriori provvedimenti dell'amministrazione che rimangono comunque salvi dopo la pronunzia emanata nel giudizio di legittimità.

Di questi provvedimenti, il giudice amministrativo conosce nella sede dell'ottemperanza perché appartengono alle condotte materiali e all'adeguamento della situazione di fatto a quella di diritto, che l'amministrazione è tenuta a realizzare nel dare esecuzione al giudicato e ripristinare le ragioni del ricorrente in conformità alle statuizioni dell'annullamento.

Non è pertanto escluso che nel quadro della verifica della corretta conformazione alla sentenza da eseguire, il giudice amministrativo, per effetto dei suoi ampi poteri derivanti proprio dall'esercizio della giurisdizione di merito, possa effettivamente reintegrare in forma specifica la parte vittoriosa nei diritti connessi al giudicato e quindi, eventualmente, nella sua posizione di aggiudicatario della gara, in luogo del contraente nei cui confronti l'aggiudicazione è stata impugnata.

7) Conclusivamente, si deve ritenere che è sottratta alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo la decisione sulla domanda formulata a pagg. 18/19 del ricorso di primo grado, volta a conseguire - quale "reintegrazione in forma specifica" - l'aggiudicazione o l'assegnazione del servizio (anche parziale).

In tali limiti, vanno accolti gli appelli in epigrafe.

8) La riforma della gravata statuizione sulla caducazione degli effetti del contratto comporta l'irrilevanza della ulteriore questione, sollevata dalla Sezione remittente, se siano rilevanti i principi espressi dagli artt. 23 e 25 cod. civ. nel caso in cui vi sia la buona fede di chi abbia contratto con una persona giuridica privata.

9) Pertanto, l'adunanza plenaria, ferme restando le statuizioni definitive già pronunciate dalla Sezione remittente:

- accoglie in parte gli appelli e dichiara il difetto di giurisdizione del giudice

amministrativo sulla domanda di primo grado e riproposta nel giudizio d'appello, volta a far accertare - con efficacia di giudicato - l'avvenuta caducazione del contratto d'appalto;

- fa salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa, conseguenti all'annullamento dell'aggiudicazione, disposto con la sentenza di primo grado, con una statuizione confermata dalla Sezione remittente;

- dispone che sulle residue questioni controverse tra le parti – nonché sulle spese e sugli onorari del giudizio - si pronunci la Sezione remittente.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (adunanza plenaria):

- accoglie in parte gli appelli e dichiara il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda di primo grado (e riproposta nel giudizio d'appello) volta a far accertare – con efficacia di giudicato – l'avvenuta caducazione del contratto d'appalto;

- fa salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa, conseguenti all'annullamento dell'aggiudicazione (disposto con la sentenza di primo grado, con una statuizione confermata dalla Sezione remittente);

- dispone che sulle residue questioni controverse tra le parti – nonché sulle spese e sugli onorari del giudizio - si pronunci la Sezione remittente

Dispone la restituzione del fascicolo alla segreteria dell'adunanza plenaria, affinché provveda a trasmetterlo alla Quinta Sezione.

Così deciso in Roma il 16 giugno 2008 dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale (adunanza plenaria), in camera di consiglio, con l'intervento dei signori:

Paolo Salvatore

presidente del Consiglio di Stato

<i>Giovanni Ruoppolo</i>	<i>presidente di sezione</i>
<i>Gaetano Trotta</i>	<i>presidente di sezione</i>
<i>Costantino Salvatore</i>	<i>consigliere</i>
<i>Luigi Maruotti</i>	<i>consigliere</i>
<i>Pier Luigi Lodi</i>	<i>consigliere</i>
<i>Paolo Buonvino</i>	<i>consigliere</i>
<i>Luciano Barra Caracciolo</i>	<i>consigliere</i>
<i>Cesare Lamberti</i>	<i>consigliere estensore</i>
<i>Aldo Fera</i>	<i>consigliere</i>
<i>Filoreto D'Agostino</i>	<i>consigliere</i>
<i>Domenico Cafini</i>	<i>consigliere</i>
<i>Claudio Marchitiello</i>	<i>consigliere</i>

IL PRESIDENTE

Paolo Salvatore

L'ESTENSORE

Cesare Lamberti

IL SEGRETARIO

M. Rita Oliva

DEPOSITA IN SEGRETERIA

IL 30/07/2008

