

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 25/02/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29071-primi-effetti-della-direttiva-ricorsi-al-tar-il-potere-di-decidere-sull-inefficacia-di-un-contratto-illegittimamente-e-o-illecitamente-affidato>

Autore: Lazzini Sonia

Primi effetti della direttiva ricorsi: al tar il potere di decidere sull'inefficacia di un contratto illegittimamente (e/o illecitamente) affidato

Corte di Cassazione, Sezioni UNite, 10.02.2009 ordinanza n. 2906

Primi effetti della direttiva ricorsi: al tar il potere di decidere sull'inefficacia di un contratto illegittimamente (e/o illecitamente) affidato

Primo commento "a braccio" su CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONI UNITE - Ordinanza 10 febbraio 2010 n. 2906

Al Tar che <sospende il giudizio sulle domande di annullamento, declaratoria di nullità e/o inefficacia del contratto di appalto; sospende altresì il giudizio sulle domande di risarcimento in forma specifica e per equivalente>> le Sezioni Unite della Corte di Cassazione così sanciscono:

<Nella concreta fattispecie, deve quindi rigettarsi il ricorso della s.r.l. RICORRENTE che ha chiesto di dichiarare la giurisdizione dell'A.G.O. in ordine all'invalidità, inefficacia o caducazione degli effetti dei contratti di appalto stipulati all'esito di gare soltesi in modo illegittimo e confermarsi la giurisdizione su tale oggetto della controversia del giudice amministrativo adito, cioè del Tar della Puglia di Lecce, dinanzi al quale la causa deve rinviata>

Di Sonia Lazzini

Gli effetti della Direttiva si ripercuotono certamente nel caso in esame, relativo ad una gara che si è svolta dopo la pubblicazione della stessa, così come accadrà successivamente all'entrata in vigore delle norme di trasposizione nel diritto interno; per ogni appalto concluso in attuazione di una gara svoltasi con procedura illegittima; il diritto comunitario incide nel sistema giurisdizionale interno anche retroattivamente, esigendo la trattazione unitaria delle domande di annullamento del procedimento di affidamento dell'appalto e di caducazione del contratto stipulato per effetto dell'illegittima aggiudicazione, confermando l'orientamento giurisprudenziale minoritario

Per il caso in cui si chiedi contestuale tutela di diritti e/o di interessi in materia di affidamenti di appalti e di privazione di effetti dei contratti conclusi all'esito di gare invalidate, si deve affermare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo

L'esigenza della cognizione dal giudice amministrativo sulla domanda di annullamento dell'affidamento dell'appalto, per le illegittime modalità con cui si è svolto il relativo provvedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico, **COMPORTA CHE LO STESSO GIUDICE ADITO PER L'ANNULLAMENTO DEGLI ATTI DI GARA, CHE ABBA DECISO SU TALE PRIMA DOMANDA, PUO' CONOSCERE PURA DELLA DOMANDA DEL CONTRAENTE PRETERMESO DAL CONTRATTO ILLECITAMENTE, DI ESSERE REINTEGRATO NELLA SUA POSIZIONE, CON LA PRIVAZIONE DI EFFETTI DEL CONTRATTO EVENTUALMENTE STIPULATO DALL'AGGIUDICANTE CON IL CONCORRENTE SCELTO IN MODO ILLEGITTIMO**

La necessità quindi di concentrare su un solo giudice la cognizione dei diritti e interessi quando sia domandata la cauzione degli effetti del contratto di appalto come reintegratoria del diritto sorto

dall'annullamento della gara chiesto con il medesimo ricorso, dopo l'entrata in vigore della direttiva e anche prima del termine per la trasposizione di essa nell'ordinamento interno, incide sull'interpretazione delle norme in materia e IMPONE DI RICONOSCERE IL RILIEVO PER IL DIRITTO COMUNITARIO DELLA CONNESSIONE TRA LE DOMANDE IN PRECEDENZA RITENUTA IRRILEVANTE A FAVORE DELLA GIURISDIZIONE UNICA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO ESTESA ANCHE AGLI EFFETTI DEL CONTRATTO CONCLUSO A SEGUITO DI ILLEGITTIMA AGGIUDICAZIONE CHE APPARE CERTA NELLE MATERIA DI GIURISDIZIONE ESCLUSIVA

Se le due controversie per l'annullamento della gara e la cauzione del contratto sono in materia di giurisdizione esclusiva, deve quindi RITENERSI CHE, AI SENSI DELL'ARTICOLO 103 DELLA COSTITUZIONE, LE RICHIESTE DI TUTELA DEI DIRITTI INERENTI AI RAPPORTI CONTRATTUALI NON SONO SCINDIBILI DA QUELLE SUGLI INTERESSI LEGITTIMI VIOLATI DALL'ABUSO DEI POTERI DELLA PA, SU CUI HA DI CERTO COGNIZIONE IL GIUDICE AMMINISTRATIVO, CHE PUO' QUINDI DECIDERE "ANCHE" SU TALI DIRITTI, DOPO ESSERSI PRONUNCIATO SUGLI INTERESSI AL CORRETTO SVOLGIMENTO DELLA GARA

Non sembra quindi dubitabile il potere del giudice amministrativo di conoscere pure del rapporto contrattuale, che la normativa comunitaria prevede possa essere privato dei suoi effetti dallo stesso soggetto aggiudicante che ha stipulato l'atto e quindi dall'organo indipendente che decide sui ricorsi avverso i provvedimenti e le condotte conseguenti della stazione appaltate che sia soggetto di diritto pubblico

Il giudice amministrativo (Tar Puglia, Lecce, n. 2108 pubblicata il 9 settembre 2009 ma decisa il 9 luglio 2009) sancisce l'illegittimità di un'aggiudicazione di un appalto (23 febbraio 2009), sebbene il relativo contratto sia già stato sottoscritto (16 aprile 2009) ed in parte eseguito.

Nella parte conclusiva della sentenza si legge infatti che <<il Collegio accoglie, relativamente alla domanda di annullamento degli atti di gara, il ricorso principale, con assorbimento delle ulteriori censure, e per l'effetto annulla gli atti impugnati>>

Nella stessa sentenza però, avendo l'originaria aggiudicataria invocato il regolamento di giurisdizione ex art. 41 cpc deducendo la carenza di giurisdizione del Tar sulle domande di annullamento e/o declaratoria di nullità del contratto di appalto concluso tra il Comune di Martano e sulla domanda di risarcimento del danno in forma specifica proposta dalla ricorrente, l'adito giudice amministrativo pugliese:

<<ritenuto non manifestamente inammissibile o infondato il ricorso per regolamento di giurisdizione, sospende il giudizio sulle domande di annullamento, declaratoria di nullità e/o inefficacia del contratto di

appalto; sospende altresì il giudizio sulle domande di risarcimento in forma specifica e per equivalente>>

Si legge infatti negli atti processuali che <<Preliminarmente il Collegio dichiara non manifestamente inammissibile o infondato il ricorso per regolamento di giurisdizione in considerazione del noto orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenza n. 27169/2007) e dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenze nn. 9,12/2008) in base al quale è preclusa alla cognizione del giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, l'indagine sulla caducazione del contratto di appalto.

Pertanto il Collegio sospende il giudizio sulle domande di annullamento, declaratoria di nullità e/o inefficacia del contratto di appalto; sospende altresì il giudizio sulla domanda di risarcimento in forma specifica (dato che la relativa decisione – prevista dall'art. 35, primo comma, del d.lgs n.80 del 1998 e dall'art. 7, terzo comma, della legge n.1034 del 1971 - presuppone la caducazione del contratto intervenuto) e ,di conseguenza ,sulla domanda di risarcimento per equivalente>>

La questione passa quindi alla decisione della Suprema Corte di Cassazione che, riunitasi in sezioni Unite il 12 gennaio 2010, con la sentenza numero 2906 del 10 febbraio 2010, ci aiuta a comprendere quali saranno le profonde novità che la normativa in tema di appalti pubblici si appresta ad affrontare, dopo il recepimento nel nostro ordinamento, della cd direttiva ricorsi.

Prima di analizzare la straordinaria portata della sentenza, mi sia concessa una prima osservazione sulla quale ognuno di noi deve riflettere:

<p>E' trascorso meno di un anno, dall'aggiudicazione dell'appalto alla decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione!</p>

DOPPIA GIURIDISDIZIONE, ADDIO ????

Ci racconta la Suprema Corte che davanti al Tar o al Consiglio di Stato vanno discusse le controversie fino all'aggiudicazione, essendo tali situazioni comprensive degli eventuali pregiudizi agli interessi legittimi dei partecipanti, mentre dovrà essere il giudice ordinario a decidere sulle invalidità o inefficacia del contratto, stante la lesione dei diritti soggetti che si andrà trattanto

Tale orientamento_ ci insegna la Suprema Corte_ si fonda sul presupposto che ogni domanda sulla caducazione del contratto riguarda, appunto solo diritti soggettivi, in assenza di qualsiasi potere autoritativo della Pubblica Amministrazione, esercitato sia nella conclusione dell'appalto che nella sua esecuzione

Le sentenza che fanno proprio il principio che nega poteri cognitivi del giudice amministrativo sull'appalto concluso della pa con il contraente illegittimamente scelto, si fondano quindi sull'articol 244 del D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e sull'articolo 6 della Legge 21 luglio 2000 n. 205 che, al primo comma, devolve alla giurisdizione del giudice amministrativo, le sole controversie relative alle procedure di affidamento di lavori per la scelta del contraente, mantenendole distinte da quelle relative ai diritti soggetti inerenti al contratto stipulato con la pubblica amministrazione con l'aggiudicatario individuato in contrasto con la legge, riservata al giudice ordinario

LA SUPREMA CORTE RIFLETTE..

I problemi posti dalla soluzione adattata

Ad avviso della ricorrente, continuano i Supremi giudici civili, solo con la caducazione degli effetti del contratto d'appalto stipulato dal comune con l'aggiudicatario illegittimamente scelto, può aversi la reintegrazione in forma specifica del bene della vita individuato nell'esecuzione dei lavori appaltati, che è a base del riconoscimento sia degli interessi legittimi che dei diritti di cui la società ricorrente ha chiesto tutela giurisdizionale

Ora, perché' e cosa potrebbe cambiare?

Il rilievo della connessione alla luce delle modifiche al sistema derivate da Direttive Comunitarie

La enunciata negazione nella prevalente giurisprudenza di legittimità della giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda di invalidità o inefficacia del contratto stipulato all'esito di gara annullata perché illegittima, fondata sul principio che non può incidere la riconosciuta "connessione" tra le più domande oggetto di distinte giurisdizioni per spostare questa da uno a un altro giudice, nega che su di essere possa aversi giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, per effetto della impossibile ricorrenza di abusi di funzioni pubbliche nei rapporti inerenti al contratto, sia ai fini della stipula di esso che in quelli sorti dall'atto in sede di esecuzione di questo.

Tali rapporti, da chi nega il rilievo della connessione nella fattispecie, sono ritenuti autonomi rispetto a quelli che i concorrenti nella gara hanno avuto con la stazione appaltante e per tale motivo se ne afferma la non conoscibilità dallo stesso giudice amministrativo assieme ai connessi interessi legittimi ad un corretto procedimento, su cui lo stesso si pronuncia, anche in materia di giurisdizione esclusiva.

Deve però considerarsi che, per la sopravvenuta Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007 n. 66, relativa al "miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici", i cui principi dovevano essere trasposti nel nostro ordinamento interno entro il 20 dicembre 2009, sin dalla data di entrata in vigore di essere, una interpretazione orientata costituzionalmente e quindi comunitariamente (art 177 Costituzione) delle norme che precedono, per le gare bandite dopo tale data, RENDE NECESSARIO L'ESAME CONGIUNTO DELLA DOMANDA DI INVALIDITÀ DELL'AGGIUDICAZIONE E DI PRIVAZIONE DEGLI EFFETTI DEL CONTRATTO CONCLUSO, NONOSTANTE L'ANNULLAMENTO DELLA GARA, PRIMA O DOPO LA DECISIONE DEL GIUDICE ADITO, IN RAGIONE DEI PRINCIPI CHE LA NORMA COMUNITARIA IMPONE AGLI STATI MEMBRI DI ATTUARE CHE CORRISPONDONO A QUELLI DI CONCENTRAZIONE, EFFETTIVITÀ E RAGIONEVOLE DURATA DEL GIUSTO PROCESSO DISEGNATO NELLA CARTA COSTITUZIONALE

Lasciamo la parola alla sentenza:

Per effetto della Direttiva che precede, anche prima del termine indicato per la trasposizione di essa nel diritto interno la pubblica amministrazione era infatti onerata a dichiarare privo di effetti il contratto, se concluso con aggiudicatario diverso da quello dovuto, a meno che sussistessero condizioni che consentissero di non farlo e lo stesso potere-dovere dell'amministrazione imponeva di attribuire al giudice amministrativo, nelle materie di giurisdizione esclusiva, la cognizione delle controversie estese anche ai contratti, essendo tale giudice l'organo indipendente dalla amministrazione della direttiva, che ha, nell'ordinamento interno, il potere di pronunciare l'annullamento della aggiudicazione.

Ma non solo

Gli effetti della Direttiva si ripercuotono certamente nel caso in esame, relativo ad una gara che si è svolta dopo la pubblicazione della stessa, così come accadrà successivamente all'entrata in vigore delle norme di trasposizione nel diritto interno; per ogni appalto concluso in attuazione di una gara svoltasi con procedura illegittima; il diritto comunitario incide nel sistema giurisdizionale interno anche retroattivamente, esigendo la trattazione unitaria delle domande di annullamento del procedimento di affidamento dell'appalto e di caducazione del contratto stipulato per effetto dell'illegittima aggiudicazione, confermando l'orientamento giurisprudenziale minoritario

PERTANTO

La necessità quindi di concentrare su un solo giudice la cognizione dei diritti e interessi quando sia domandata la cauzione degli effetti del contratto di appalto come reintegratoria del diritto sorto dall'annullamento della gara chiesto con il medesimo ricorso, dopo l'entrata in vigore della direttiva e anche prima del termine per la trasposizione di essa nell'ordinamento interno, incide sull'interpretazione delle norme in materia e **IMPONE DI RICONOSCERE IL RILIEVO PER IL DIRITTO COMUNITARIO DELLA CONNESSIONE TRA LE DOMANDE IN PRECEDENZA RITENUTA IRRILEVANTE A FAVORE DELLA GIURISDIZIONE UNICA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO ESTESA ANCHE AGLI EFFETTI DEL CONTRATTO CONCLUSO A SEGUITO DI ILLEGITTIMA AGGIUDICAZIONE CHE APPARE CERTA NELLE MATERIA DI GIURISDIZIONE ESCLUSIVA**

OVVERO

Tale conclusione è pienamente conforme alle norme costituzionali che impongono la effettività della tutela (art. 24 e 111 Cost.) perché la rilevanza della connessione denegata in passato per la cognizione congiunta della lesione degli interessi legittimi e dei diritti conseguenti, non è oggi contestabile, derivando da norma comunitaria incidente sulla ermeneutica delle norme interne (art. 117), che è vincolante in tale senso per l'interprete.

Se le due controversie per l'annullamento della gara e la cauzione del contratto sono in materia di giurisdizione esclusiva, deve quindi **RITENERSI CHE, AI SENSI DELL'ARTICOLO 103 DELLA COSTITUZIONE, LE RICHIESTE DI TUTELA DEI DIRITTI INERENTI AI RAPPORTI CONTRATTUALI NON SONO SCINDIBILI DA QUELLE SUGLI INTERESSI LEGITTIMI VIOLATI DALL'ABUSO DEI POTERI DELLA PA, SU CUI HA DI CERTO COGNIZIONE IL GIUDICE AMMINISTRATIVO, CHE PUO' QUINDI DECIDERE "ANCHE" SU TALI DIRITTI, DOPO ESSERSI PRONUNCIATO SUGLI INTERESSI AL CORRETTO SVOLGIMENTO DELLA GARA**

In conclusione quindi

Nella specie, l'adito Tar della Puglia, dopo avere valutato la condotta del Comune di Martano quale autorità amministrativa nell'affidamento dell'appalto, prima e dopo l'aggiudicazione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 33 e 34 D. Lgs. N. 80 del 1998, come modificato successivamente dagli interventi della Corte costituzionale, ha il potere di disporre "anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto", così regolando diritti connessi ineludibilmente, per la richiamata Direttiva CE, agli interessi legittimi la cui lesione ha determinato l'annullamento degli atti amministrativi di aggiudicazione, presupposto indispensabile dei provvedimenti conseguenti (approvazione verbale di aggiudicazione e rifiuto d'intervento in sede di autotutela nella fattispecie sulla richiesta del controricorrente) e della stipula del contratto i cui effetti il ricorrente chiede di rimuovere a titolo risarcimento in forma specifica.

In altre parole

Non sembra quindi dubitabile il potere del giudice amministrativo di conoscere pure del rapporto contrattuale, che la normativa comunitaria prevede possa essere privato dei suoi effetti dallo stesso soggetto aggiudicante che ha stipulato l'atto e quindi dall'organo indipendente che decide sui ricorsi avverso i provvedimenti e le condotte conseguenti della stazione appaltate che sia soggetto di diritto pubblico

La Direttiva CE n. 2007/66, infatti, nei suoi "considerando preliminari", al n. 13, espressamente stabilisce che negli Stati della Comunità "un contratto risultante da un'aggiudicazione mediante affidamenti diretti illegittimi dovrebbe essere considerato in linea di principio privo di effetti", per cui il giudice adito, come "organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice", come può annullare l'affidamento, ha il potere di dichiarare "privo di effetti" il contratto concluso dalla stessa amministrazione aggiudicante con un contraente scelto illegittimamente (art. 2 quinquies Dir. n. 66 del 2007, par. 1), potendo anche non dar luogo a tale perdita di efficacia "per il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale" (par. 3 della stessa norma da ultimo citato).

Da quando ?

Pertanto tra la domanda di annullamento della gara e quella di dichiarazione della privazione degli effetti del contratto stipulato, nonostante l'annullamento dell'aggiudicazione, vi è una stretta connessione che con la normativa comunitaria di cui alla Direttiva citata, non vincolante *ratione temporis* per i casi oggetto delle controversie di cui alla pregressa

giurisprudenza in rapporto alle concrete fattispecie esaminate, assume invece rilievo unificante dei giudizi su ogni processo pendente davanti al giudice amministrativo, successivo al 20 dicembre 2009 relativo alle domande di cui alla normativa comunitaria.

Se si riconosce che per il diritto comunitario il nostro paese si è obbligato a trasporre nel nostro ordinamento la direttiva entro la indicata data oggi già superata, la disciplina comunitaria ha reso vincolante sin dalla sua entrata in vigore la connessione tra le due domande proposte, da trattare unitariamente davanti ad unico giudice; in rapporto a tale necessaria connessione, appare utile richiamare nella presente diversa fattispecie il seguente principio di diritto, già enunciato in altra materia di giurisdizione esclusiva, cioè quella urbanistico-edilizia, e relativo a ipotesi di proposizione di più domande a tutela congiunta o alternativa di diritti e/o interessi legittimi, del tipo di quelle per cui è causa: "Il criterio di riparto della giurisdizione, fondato sulla posizione soggettiva di cui si chiede tutela (diritto o interesse legittimo), che assegna al giudice ordinario la tutela dei diritti e a quello amministrativo la cognizione sulla pretesa lesione di interessi legittimi, è ovviamente applicabile allorché le dette domande siano proposte autonomamente. Qualora le stesse siano proposte congiuntamente o alternativamente, trovano invece applicazione i principi di logica processuale per cui, nelle materie di giurisdizione esclusiva, la decisione su più cause riunite e/o strettamente connesse, aventi ad oggetto in astratto diritti e interessi, spetta al giudice amministrativo, il quale, avendo cognizione su tutte le posizioni giuridiche controverse, ha competenze più ampie rispetto a quelle del giudice ordinario, limitate ai soli diritti" (Cass. 24 giugno 2009 n. 14805).

Tenuto conto della direttiva citata e fermo restando il principio per il quale di regola nessun mutamento di giurisdizione si può avere per effetto della connessione tra cause spettanti alla cognizione di giudici distinti a tutela di posizioni soggettive diversamente tutelate, sulle domande proposte al giudice amministrativo a tutela di interessi legittimi e diritti soggettivi per l'affidamento di un appalto e la caducazione del conseguente contratto se stipulato, in materia che il legislatore riserva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, quest'ultimo sul piano logico, deve necessariamente conoscere degli interessi legittimi prima di potersi pronunciare sui diritti e lo stretto legame tra le due domande evidenzia che si versa in un caso in cui con la richiesta di "tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi" s'è domandata tutela "anche dei diritti soggettivi" (art. 103 Cost.), in una controversia "avente ad oggetto procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori", dal Comune di Martano, soggetto tenuto all'applicazione della normativa comunitaria per la quale, successivamente al 20 dicembre 2009, si sarebbero dovute emanare nell'ordinamento interno norme che consentissero la trattazione congiunta delle due domande.

Quindi

In conclusione, il ricorso della società pretermessa dall'appalto costituisce una fattispecie indubbiamente regolata dalla Direttiva CE n. 6/2/007, come tale destinata all'esame del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva sia per l'annullamento della gara e dell'aggiudicazione richiesta che sulla domanda di privazione degli effetti del successivo appalto concluso dalla stazione appaltante con la contraente scelta in modo illegittimo e su tale seconda domanda deve pronunciarsi il

giudice amministrativo, che, nel caso, opera in materia di giurisdizione esclusiva ed ha cognizione anche dei diritti conseguenti e connessi agli interessi legittimi da esso valutati.

Ed ecco il passaggio finale.

In conclusione, può quindi affermarsi che "la esigenza della cognizione dal giudice amministrativo sulla domanda di annullamento dell'affidamento dell'appalto, per le illegittime modalità con cui si è svolto il relativo procedimento e della valutazione dei vizi di illegittimità del provvedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta che lo stesso giudice adito per l'annullamento degli atti di gara, che abbia deciso su tale prima domanda, può conoscere pure della domanda del contraente pretermesso dal contratto illecitamente, di essere reintegrato nella sua posizione, con la privazione di effetti del contratto eventualmente stipulato dall'aggiudicante con il concorrente alla gara scelto in modo illegittimo.

La posizione soggettiva del ricorrente, che ha chiesto il risarcimento in forma specifica delle posizioni soggettive a base delle sue domande di annullamento dell'aggiudicazione e di caducazione del contratto concluso dall'aggiudicatario, è da trattare unitariamente dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi della Direttiva CE n. 66/2007, che riconosce il rilievo peculiare in tal senso alla connessione tra le due indicate domande, che pertanto vanno decise di regola da un solo giudice.

Tale soluzione è ormai ineludibile per tutte le controversie in cui la procedura di affidamento sia intervenuta dopo il dicembre 2007, data dell'entrata in vigore della richiamata normativa comunitaria del 2007 e, comunque, quando la tutela delle due posizioni soggettive sia consentita dall'attribuzione della cognizione al giudice amministrativo di esse nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e possa essere effettiva solo attraverso la perdita di efficacia dei contratti conclusi dall'aggiudicante con l'aggiudicatario prima o dopo l'annullamento degli atti di gara, fermo restando il potere del giudice amministrativo di preferire, motivatamente e in relazione agli interessi generali e pubblici oggetto di controversia, un'eventuale reintegrazione per equivalente, se richiesta dal ricorrente in via subordinata".

L'ultima parola spetta quindi di nuovo al tar di lecce

Nella concreta fattispecie, deve quindi rigettarsi il ricorso della s.r.l. RICORRENTE che ha chiesto di dichiarare la giurisdizione dell'A.G.O. in ordine all'invalidità, inefficacia o caducazione degli effetti dei contratti di appalto stipulati all'esito di gare soltesi in modo illegittimo e confermare la giurisdizione su tale oggetto della controversia del giudice amministrativo adito, cioè del Tar della Puglia di Lecce, dinanzi al quale la causa deve rinviata.

A cura di Sonia LAzzini

Ord. n. 2906/2010 R.G. n. 14822/09 CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE SEZIONI UNITE CIVILI composta dai Magistrati: dr. Paolo Vittoria Primo Presidente f.f. dr. Enrico Papa Presidente di sezione dr. Lucio Mazziotti di Celso Consigliere dr. Umberto Goldoni Consigliere dr. Antonio Segreto Consigliere dr. Fabrizio Forte Consigliere rel. dr. Luigi Macioce Consigliere dr. Ettore Bucciante Consigliere dr. Maura La Terza Consigliere

Oggetto: regolamento preventivo giurisdizione e giudizio di annullamento gara e contratto ha pronunciato la seguente ORDINANZA sul ricorso iscritto al n. 14822 del Ruolo Generale degli affari civili del 2009,

proposto:

DA 1) RICORRENTE COSTRUZIONI S.r.l., con sede in Lecce, in persona del legale rappresentante dr. Sergio RICORRENTE, rappresentata e difesa, per procura a margine del ricorso, dall'avv. Riccardo Marzo da Lecce, il quale è elettivamente domiciliato in Roma, al Viale Mazzini n. 131, presso l'avv. Ignazio Serra.

RICORRENTE CONTRO EREDI CONTROINTERESSATA s.r.l., con sede in Nocera Inferiore (SA), in persona dell'amministratore unico e legale rappresentante geom. Eduardo S., elettivamente domiciliato in Roma, al Corso del Rinascimento n. 11, presso l'avv. Valeria Pellegrino, che la rappresenta e difende, per procura a margine del controricorso.

CONTRORICORRENTE NONCHÉ

1) COMUNE DI MARTANO, in persona del sindaco legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliato in Lecce alla Piazza Mazzini n. 72, presso l'avv. Roberto G. Marra;

2) S.C.V. s.r.l., in persona del legale rappresentante, con sede in Noci (BA), alla Via Gioia, zona B, n. 24 B;

3) ALFA EXPORT, s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. con BETA VINCENZO, con sede in Fasano (BR), Via Togliatti n. 38;

4) IMPRESA BETA VINCENZO, in proprio e quale mandante dell'A.T.I. con ALFA EXPORT s.r.l., con sede in Matera, alla Via E. Fermi n. 40.

INTIMATI

avente ad oggetto : regolamento preventivo di giurisdizione dei due ricorrenti, nella causa n. 604 del R.G. del 2009 pendente dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sez. terza di Lecce, introdotta da ricorso principale della Eredi CONTROINTERESSATA s.r.l. contro il Comune di Martano e nei confronti della RICORRENTE Costruzioni s.r.l., notificato il 20 aprile 2009, per: a) l'annullamento, nei limiti dell'interesse del ricorrente e previa concessione della tutela cautelare: 1) della determinazione n. 48 del 23 febbraio 2009, con cui il responsabile del 3° settore di detto ente locale ha approvato "il verbale di gara del 20 febbraio 2009 relativo alla procedura aperta per l'affidamento dei lavori per la realizzazione di una struttura socio assistenziale - Dopo di Noi -" ed ha quindi "definitivamente aggiudicato i lavori" relativi, per l'importo totale di €. 416.715,17 oltre IVA come per legge e di ogni altro atto connesso e consequenziale, come la nota del 26 marzo 2009 del responsabile

del procedimento, che ha respinto l'istanza di autotutela della società Eredi S.; b) l'annullamento o la declaratoria di nullità o inefficacia del contratto d'appalto, se sottoscritto nelle more, con il risarcimento del danno in forma specifica e, solo in subordine, per equivalente; e sul ricorso incidentale della s.r.l. RICORRENTE notificato il 22 maggio successivo, per la condanna al risarcimento del danno del Comune di Martano in suo favore, in caso di accoglimento di quello principale.

Lette le conclusioni del P.G., che ha chiesto di dichiarare la giurisdizione dell'AGO sulla controversia che attiene alla fase della stipula del contratto e non a quella della gara.

PREMESSO IN FATTO

1. Con ricorso notificato il 20 aprile 2009, la s.r.l. Eredi CONTROINTERESSATA impugnava gli atti della gara indetta dal Comune di Martano quale gestore di servizi per la costruzione della struttura socio-assistenziale "Dopo di Noi", lavori aggiudicati alla s.r.l. RICORRENTE Costruzioni con verbale del 20 febbraio 2009, di cui era stato invano chiesto - dalla società ricorrente all'ente locale - l'annullamento in sede amministrativa e in autotutela, per essere state ammesse alla gara le offerte di due partecipanti alla gara (S.C.V. e A.T.I. tra ALFA Export e BETA Vincenzo), le quali non avevano prodotto le documentazioni prescritte nel bando di gara approvato il 9 gennaio 2009, con la conseguenza che si era tenuto conto di tali offerte per determinare la "soglia di anomalia" alterata da esse e a base dell'affidamento dell'appalto con indotta invalidità della gara e della scelta dell'aggiudicatario, per violazione del bando e necessaria sostituzione della vincitrice società RICORRENTE con la ricorrente, quale affidataria dei lavori.

La Eredi S. s.r.l. chiedeva nello stesso ricorso, il risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, per equivalente, concludendo per l'accoglimento del ricorso "con ogni conseguenza in merito al contratto eventualmente stipulato dall'ente locale con la aggiudicataria", previa sospensione cautelare degli atti di gara, con inibizione, alla società RICORRENTE e al Comune di Martano, di procedere alla stipula del contratto, che era comunque già intervenuta il 16 aprile 2009, pur essendosi avuta una istanza-diffida del 23 marzo 2009 della società ricorrente all'ente locale di procedere in autotutela all'annullamento della gara, con risposta negativa del 26 marzo successivo, nella quale il responsabile del procedimento affermava la piena legittimità degli atti che avevano portato alla scelta della s.r.l. RICORRENTE, quale aggiudicataria.

Instaurato il giudizio sui ricorsi che precedono, il presidente del Tar Puglia, con decreto del 21 aprile 2009, concedeva in via interinale le misure cautelari chieste dalla ricorrente, contestualmente alla costituzione in giudizio della RICORRENTE Costruzioni che, con memoria della stessa data, aveva affermato di avere già iniziato i lavori sin dal 27 febbraio 2009 e di avere stipulato il contratto di cui sopra alla data richiamata, proponendo ricorso incidentale per ottenere il risarcimento dei danni dal Comune di Martano in caso di accoglimento delle richieste della s.r.l. Eredi S. di privare di effetti l'appalto già concluso.

Il Comune di Martano, all'esito della sospensione cautelare degli atti di gara impugnati, con provvedimento del 27 aprile 2009, sospendeva a sua volta i lavori iniziati, per conformarsi al provvedimento cautelare del presidente del TAR per la Puglia, confermato da ordinanza collegiale del 7 maggio 2009 e poi impugnato al Consiglio di Stato dalla RICORRENTE Costruzioni con ricorso notificato il 2 maggio 2009, con il quale era stato eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo che, neppure in sede cautelare, avrebbe potuto pronunciarsi sulla validità del contratto.

Con istanza del 22 giugno 2009, la RICORRENTE Costruzioni, che aveva già introdotto il presente regolamento di giurisdizione con ricorso 19 - 22 giugno 2009, chiedeva la sospensione del giudizio principale, ai sensi dell'art. 367 c.p.c. fino all'esito del presente regolamento e, all'udienza pubblica del

9 luglio 2009, il Tar adito si riservava la decisione, sia sul ricorso che sulla richiesta di sospensiva di cui al codice di rito.

Con il dispositivo della decisione, depositato in data 11 luglio 2009 n. 18, cui è seguita la sentenza n. 2108 del 10 settembre 2009, il Tar per la Puglia, ha accolto il ricorso principale limitatamente all'annullamento della gara ed ha dichiarato inammissibile quello incidentale perché non connesso nel suo contenuto a quello principale; ritenuto non manifestamente inammissibile o infondato il presente regolamento, il Tar ha sospeso "il giudizio sulle domande di annullamento, declaratoria di nullità e/o inefficacia del contratto di appalto... e sulle domande di risarcimento in forma specifica e per equivalente" in quanto, come si legge nella successiva sentenza "la relativa decisione - prevista dall'art. 35, primo comma, del D. Lgs. n. 80 del 1998 e dall'art. 7, terzo comma, della legge n. 1034 del 1971 - presuppone la caducazione del contratto intervenuto", tra l'ente locale e la società RICORRENTE, contraente scelto per effetto della gara illegittimamente svolta.

Per effetto del detto dispositivo di sentenza il Consiglio di Stato, con ordinanza del 14 luglio 2009 n. 406, dichiarata assorbita la impugnativa della misura cautelare venuta meno per effetto dalla decisione della causa di primo grado sugli atti di gara con il loro annullamento per illegittimità, ha ritenuto inammissibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso sulla sospensiva relativa alla validità dell'appalto in rapporto a quanto già deciso in primo grado, dovendo la P.A. conformarsi alla decisione anche cautelare, con la conseguenza di poter ritenere il relativo provvedimento dei giudici di primo grado meramente dichiarativo di tale obbligo dell'ente locale di ottemperare al decum e derivata carenza di interesse del ricorrente alla riforma del provvedimento provvisorio per la parte relativa al contratto di appalto in attesa della risoluzione del presente regolamento, in ragione della disposta sospensione della causa sulle domande relative alla efficacia o annullamento del contratto stesso.

All'adunanza del 12 gennaio 2010, l'avv. Gianluigi Pellegrino, per la controricorrente ha insistito per il rigetto del ricorso.

DIRITTO

1. Preliminarmente deve osservarsi che il regolamento è nel caso ammissibile, perché è stato domandato nel corso del giudizio amministrativo ancora parzialmente pendente in primo grado con ricorso notificato il 22 giugno 2009 e depositato e iscritto a ruolo prima dell'udienza del Tar della Puglia del 9 luglio 2009, nella quale la causa è stata discussa e parzialmente decisa, con pronuncia immediata del dispositivo pubblicato il 13 luglio 2009 ed emissione successiva della motivazione depositata nel settembre successiva della sentenza, da ritenere in ogni caso condizionata all'esito del presente procedimento incidentale e quindi non preclusiva dello stesso, che di certo è per tale profilo ammissibile (S.U. ord. 26 ottobre 2009 n. 22584, 1 marzo 2006 n. 4508, 22 maggio 2005 n. 14070, 19 maggio 2004 n. 9532 sulla scia di S.U. 17 dicembre 1999 n. 905).

Pur aderendo all'orientamento da ultimo richiamato, questa Corte ritiene opportuno evidenziare come nel caso la sentenza parziale emessa nel procedimento principale ha annullato il procedimento della gara e la scelta dell'aggiudicatario, perché illegittimi, pronunciandosi solo sulla richiesta di tutela demolitoria dei relativi provvedimenti amministrativi della s.r.l. Eredi CONTROINTERESSATA e prendendo atto del presente ricorso ai sensi dell'art. 41 c.p.c, della s.r.l. RICORRENTE Costruzioni, ritenuto dal Tar della Puglia non manifestamente inammissibile o infondato, in quanto attinente alla domanda di "annullamento, declaratoria di nullità e/o inefficacia del contratto di appalto ... nelle more sottoscritto" e per "il risarcimento del danno in forma specifica e solo in via subordinata per equivalente", istanze sulle quali ogni pronuncia di merito è stata sospesa, in base all'art. 367 c.p.c., fino all'esito del regolamento stesso, alla cui risoluzione vi è certamente interesse del ricorrente essendo

ancora incerta la soluzione della questione di giurisdizione in rapporto alla domanda di caducazione degli effetti del contratto concluso dal Comune di Martano con la ricorrente in questa sede, sulla quale nessuna decisione vi è ancora stata dal Tar Puglia. Quest'ultimo, solo in relazione alle domande risarcitorie e relative alle conseguenze dell'annullamento della gara sui rapporti sorti dal contratto di appalto già stipulato dalla società RICORRENTE e dall'ente locale, nella causa principale, ha sospeso ogni pronuncia, lasciando controversa la questione di giurisdizione sulla cui incerta risoluzione permane l'interesse delle parti ad una decisione in questa sede, confermandosi l'ammissibilità del ricorso anche per tale profilo.

2. I precedenti sulla questione. Questa Corte ha reiteratamente affermato che "spetta al giudice ordinario la giurisdizione sulla domanda volta a conseguire tanto la dichiarazione di nullità quanto quella di inefficacia ovvero l'annullamento, del contratto di appalto pubblico, a seguito dell'annullamento della delibera di scelta del contraente privato, adottata all'esito di una procedura ad evidenza pubblica, giacché in ciascuno dei casi anzidetti la controversia non ha ad oggetto i provvedimenti riguardanti la scelta del contraente, ma il successivo rapporto di esecuzione del contratto derivante dalla sua stipulazione e rispetto al quale gli interessati invocano l'accertamento di un aspetto patologico al fine di impedirne l'adempimento. Ne consegue, per un verso, che i predetti interessati esibiscono, al riguardo, situazioni giuridiche soggettive aventi consistenza di diritti soggettivi e che, per altro verso, si postula una verifica, da parte del giudice, della conformità alla normativa positiva delle regole in base alle quali l'atto negoziale è sorto ovvero è destinato a produrre i suoi effetti tipici." (S.U. 18 luglio 2008 n. 19805, 28 dicembre 2007 n. 27169, e, sulla scia di questa, S.U. ord. 13 marzo 2009 n. 6068 e 17 dicembre 2008 n. 29425 e Cons. St. Ad. Plen. 30 luglio 2008 n. 9 e Cons. St., sez. V, 19 maggio 2009 n. 3070).

Si afferma nella sentenza n. 19805/08 che ha ad oggetto una decisione di giudici amministrativi relativa ad una gara del marzo - aprile 2005 che, nella fattispecie, le domande di tutela al giudice amministrativo in ordine al procedimento di affidamento dell'appalto da parte del soggetto gestore del servizio che è una P.A. e le altre relative alla esecuzione del rapporto connesso alla conclusione del contratto, comprendenti quelle di invalidità o inefficacia di quest'ultimo, domande che, ai sensi dell'art. 386 c.p.c., concorrono a determinare la giurisdizione, azionano situazioni soggettive diverse: le prime interessi legittimi e le seconde diritti soggettivi. Afferma la citata sentenza che "provvedimento e contratto" restano "due realtà diverse e le vicende dell'uno non valgono ad ampliare o restringere l'ambito della giurisdizione" sull'altro, ritenendo che la "connessione" tra esse da consequenzialità logica e temporale, non rileva per modificare i poteri cognitivi dei giudici, chiamati a decidere sulle differenti posizioni, in conformità ad un orientamento costante di queste Sezioni unite. Tale orientamento si fonda sul presupposto che ogni domanda sulla caducazione del contratto riguarda solo diritti soggettivi in assenza di qualsiasi potere autoritativo della P.A. esercitato sia nella conclusione dell'appalto che nella sua esecuzione.

Non si è quindi ritenuta significativa la circostanza che interessi legittimi e diritti esercitati nelle materie di giurisdizione esclusiva, come quella dei servizi in cui sono proposte le due domande prospettate nella vicenda esaminata nel precedente del 2008 e nella presente fattispecie con il ricorso al Tar Puglia della s.r.l. Eredi CONTROINTERESSATA, in ragione dello stretto collegamento tra le situazioni soggettive azionate, siano state dal legislatore attribuite ad un unico giudice, perché si pronunci su entrambe le domande, sempre che sia dedotto l'abuso di poteri autoritativi della P.A. e la lesione dell'interesse legittimo come presupposto di quella dei diritti del ricorrente, essendo il primo riconosciuto dalla legge in rapporto al bene della vita costituito dalla esecuzione dei lavori dietro corrispettivo, che è anche l'oggetto del contratto e dei rapporti connessi e consequenziali ad esso, nei quali sono in gioco solamente diritti, in assenza di esercizio di poteri autoritativi dalla contraente amministrazione.

La descritta connessione se rileva ai fini della competenza, potendola modificare, come risulta dalla disciplina dell'istituto di cui al codice di rito {artt. 34 - 36 c.p.c), non incide invece sulla giurisdizione, come chiariscono le norme che seguono dello stesso codice {art. 37 - 40).

Le sentenze che fanno proprio il principio che nega poteri cognitivi del giudice amministrativo sull'appalto concluso dalla P.A. con il contraente illegittimamente scelto, si fondano quindi sull'art. 244 del D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e sull'art. 6 della legge 21 luglio 2000 n. 205 che, al primo comma, devolve alla giurisdizione del giudice amministrativo le sole controversie relative alle procedure di affidamento di lavori per la scelta del contraente, mantenendole distinte da quelle relative ai diritti soggettivi inerenti al contratto stipulato dalla pubblica amministrazione con l'aggiudicatario individuato in contrasto con la legge, riservate al giudice ordinario.

3. I problemi posti dalla soluzione adottata. Ad avviso della ricorrente, solo con la caducazione degli effetti del contratto d'appalto stipulato dal comune con l'aggiudicatario illegittimamente scelto, può aversi la reintegrazione in forma specifica del bene della vita individuato nell'esecuzione dei lavori appetiti, che è a base del riconoscimento sia degli interessi legittimi che dei diritti di cui la società ricorrente ha chiesto la tutela giurisdizionale nel giudizio principale. Peraltro le decisioni citate che escludono la giurisdizione del giudice amministrativo che ha pronunciato l'annullamento della gara e dell'aggiudicazione, considerano controversie relative al contratto, in riferimento all'art. 6 della legge 205 del 2000, solo quelle riguardanti la mera esecuzione del rapporto d'appalto o quelle che, concernendo la validità del contratto in relazione ai contraenti e alla loro legittimazione a stipulare, devono inquadarsi nella disciplina dell'invalidità o inefficacia dei contratti di cui al codice civile, che presuppone la pari posizione delle parti che confliggono in ordine ai loro diritti soggettivi, per la quale nessuna rilevanza è riconosciuta ai vizi del negozio che impingono nell'interesse legittimo lesa del concorrente pretermesso con abuso dei poteri della P.A. conseguente alla violazione delle norme sul procedimento. Da tale ricostruzione delle controversie di cui deve conoscere il giudice adito con cui si è attribuita *ratione temporis* la giurisdizione sul contratto concluso all'esito di una gara svolta illegittimamente e di una aggiudicazione entrambe del 2005 poi annullate, al giudice ordinario, non rilevando nell'accordo e negli effetti di esso alcuna funzione autoritativa dell'amministrazione aggiudicante, si sono già discostate alcune pronunce di questa Corte, che fondano una diversa soluzione sulla circostanza che, ai sensi dell'art. 35 del D.Lgs. n. 80 del 1998 come sostituito dall'art. 7 della legge n. 205 del 2000, nelle materie di giurisdizione esclusiva, deve conoscere il giudice amministrativo anche in ordine alla reintegrazione in forma specifica che il ricorrente è legittimato a chiedere ad esso con la domanda di caducazione degli effetti del contratto concluso in base ad una procedura ad evidenza pubblica di scelta del contraente svolta in modo illegittimo (in tal senso: S.U. ord. 19 agosto 2008 n. 18735 e 31 ottobre 2008 n. 26302 e la cit. Cons. St. Ad. Plen. n. 9/2008 che sposta in sede di ottemperanza l'esame delle istanze risarcitorie per equivalente o in forma specifica del concorrente pretermesso).

Quando l'appalto di cui alla gara è concluso nelle more del processo dinanzi al G.A. ovvero in precedenza, come accaduto nella presente causa principale, la stipula di esso impedisce al soggetto titolare degli interessi legittimi lesi dall'attività prozedimentale della pubblica amministrazione, di esercitare anche il diritto, che gli compete e gli è stato negato, di stipulare l'atto per il quale egli avrebbe dovuto essere il contraente illegittimamente pretermesso dall'aggiudicatario, e quindi l'appalto con questo perfezionato dall'amministrazione pubblica aggiudicante osta all'adempimento del dovere di questa di conformarsi alla sentenza che abbia annullato o annulli l'affidamento, pur non sussistendo interessi pubblici che possano giustificare tale condotta.

La soluzione richiamata, che in fatto può rendere il processo amministrativo non sempre utile e contrasta con l'effettività della tutela di chi agisce e con la concentrazione del processo, ha fatto affermare in più occasioni, in difformità dall'orientamento prevalente, che ogni domanda risarcitoria conseguente all'annullamento di atti illegittimi della P.A., può proporsi, nelle materie di giurisdizione

esclusiva, come reintegrazione in forma specifica della posizione del ricorrente, al solo giudice amministrativo (sul tema, cfr. S.U. 30 giugno 2009 n. 15325 e ord. 12 marzo 2009 n. 5973) e ciò anche quando la reintegrazione in forma specifica sia chiesta e debba essere attuata, attraverso la dichiarazione di invalidità di clausole contrattuali dopo una gara di cui il giudice amministrativo abbia rilevato l'illegittimità e l'invalidità (S.U. ord. 7 novembre 2008 n. 26790, 5 febbraio 2008 n. 2656, 20 marzo 2008 n. 7447).

4. Il rilievo della connessione alla luce delle modifiche al sistema derivate da Direttive comunitarie. La enunciata negazione nella prevalente giurisprudenza di legittimità della giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda di invalidità o inefficacia del contratto stipulato all'esito di gara annullata perché illegittima, fondata sul principio che non può incidere la riconosciuta "connessione" tra le più domande oggetto di distinte giurisdizioni per spostare questa da uno a altro giudice, nega che su di esse possa aversi giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, per effetto della impossibile ricorrenza di abusi di funzioni pubbliche nei rapporti inerenti al contratto, sia ai fini della stipula di esso che in quelli sorti dall'atto in sede di esecuzione di questo. Tali rapporti, da chi nega il rilievo della connessione nella fattispecie, sono ritenuti autonomi rispetto a quelli che i concorrenti nella gara hanno avuto con l'amministrazione nel procedimento di affidamento dell'appalto e, per tale motivo, se ne afferma la non conoscibilità dallo stesso giudice amministrativo insieme ai connessi interessi legittimi ad un corretto procedimento, su cui lo stesso si pronuncia, anche in materia di giurisdizione esclusiva.

Deve però considerarsi che, per la sopravvenuta Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007 n. 66, relativa al "miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici", i cui principi dovevano essere trasposti nel nostro ordinamento interno entro il 20 dicembre 2009, sin dalla data di entrata in vigore di essa, una interpretazione orientata costituzionalmente e quindi comunitariamente (art. 117 Cost.) delle norme che precedono, per le gare bandite dopo tale data, rende necessario l'esame congiunto della domanda di invalidità dell'aggiudicazione e di privazione degli effetti del contratto concluso, nonostante l'annullamento della gara, prima o dopo la decisione del giudice adito, in ragione dei principi che la norma comunitaria impone agli Stati membri di attuare che corrispondono a quelli di concentrazione, effettività e ragionevole durata del giusto processo disegnato nella carta costituzionale.

Per effetto della Direttiva che precede, anche prima del termine indicato per la trasposizione di essa nel diritto interno la pubblica amministrazione era infatti onerata a dichiarare privo di effetti il contratto, se concluso con aggiudicatario diverso da quello dovuto, a meno che sussistessero condizioni che consentissero di non farlo e lo stesso potere-dovere dell'amministrazione imponeva di attribuire al giudice amministrativo, nelle materie di giurisdizione esclusiva, la cognizione delle controversie esteso anche ai contratti, essendo tale giudice l'organo indipendente dalla amministrazione della direttiva, che ha, nell'ordinamento interno, il potere di pronunciare l'annullamento della aggiudicazione.

Gli effetti della Direttiva si ripercuotono certamente nel caso in esame, relativo ad una gara che si è svolta dopo la pubblicazione della stessa, così come accadrà successivamente all'entrata in vigore delle norme di trasposizione nel diritto interno; per ogni appalto concluso in attuazione di una gara svoltasi con procedura illegittima; il diritto comunitario incide nel sistema giurisdizionale interno anche retroattivamente, esigendo la trattazione unitaria delle domande di annullamento del procedimento di affidamento dell'appalto e di caducazione del contratto stipulato per effetto dell'illegittima aggiudicazione, confermando l'orientamento giurisprudenziale minoritario.

La necessità di concentrare su un solo giudice la cognizione di diritti e interessi quando sia domandata la caducazione degli effetti del contratto di appalto come reintegrata del diritto sorto dall'annullamento della gara chiesto con il medesimo ricorso, dopo l'entrata in vigore della direttiva e anche prima del termine per la trasposizione di essa nell'ordinamento interno incide sull'interpretazione delle norme in materia (su tale valenza ermeneutica delle Direttive, cfr. S.U. 16 marzo 2009 n. 6316), e

impone di riconoscere il rilievo per il diritto comunitario della connessione tra le domande in precedenza ritenuta irrilevante a favore di una giurisdizione unica del giudice amministrativo, estesa anche agli effetti del contratto concluso a seguito di illegittima aggiudicazione, che appare certa nelle materie di giurisdizione esclusiva.

Tale conclusione è pienamente conforme alle norme costituzionali che impongono la effettività della tutela (art. 24 e 111 Cost.) perché la rilevanza della connessione denegata in passato per la cognizione congiunta della lesione degli interessi legittimi e dei diritti conseguenti, non è oggi contestabile, derivando da norma comunitaria incidente sulla ermeneutica delle norme interne (art. 117), che è vincolante in tale senso per l'interprete.

Se le due controversie per l'annullamento della gara e la caducazione del contratto sono in materia di giurisdizione esclusiva deve quindi ritenersi che, ai sensi dell'art. 103 Cost., le richieste di tutela dei diritti inerenti ai rapporti contrattuali non sono scindibili da quelle sugli interessi legittimi violati dall'abuso dei poteri della P.A., su cui ha di certo cognizione il giudice amministrativo, che può quindi decidere "anche" su tali diritti, dopo essersi pronunciato sugli interessi al corretto svolgimento della gara (C. Cost. 6 luglio 2004 n. 204 e 11 maggio 2006 n. 196).

Ai sensi dell'art. 33, 2° comma, lett. d) del D.Lgs. n. 80 del 1998 sostituito dall'art. 7, comma 1, lett. a, della legge 21 luglio 2000 n. 205, dichiarato incostituzionale dalla citata sentenza del giudice della legge n. 204 del 2004, per la parte in cui esemplifica "controversie nelle quali può essere del tutto assente ogni profilo riconducibile alla pubblica amministrazione autorità", la richiesta di privazione di effetti del contratto concluso con l'aggiudicatario scelto con abuso delle funzioni pubbliche e autoritative del Comune di Martano, evidenzia che questo, cui è strumentale l'appalto oggetto di gara per la costruzione di una struttura per lo svolgimento del servizio da esso deve fornire, pure con le determinazioni e i provvedimenti emessi per stipulare il contratto ha abusato dei suoi poteri autoritativi, per cui, anche sulla violazione dei diritti inerenti al contratto e collegati agli interessi di cui sopra, è unico giudice che deve pronunciarsi.

Nella specie, l'adito Tar della Puglia, dopo avere valutato la condotta del Comune di Martano quale autorità amministrativa nell'affidamento dell'appalto, prima e dopo l'aggiudicazione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 33 e 34 D. Lgs. N. 80 del 1998, come modificato successivamente dagli interventi della Corte costituzionale, ha il potere di disporre "anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto", così regolando diritti connessi ineludibilmente, per la richiamata Direttiva CE, agli interessi legittimi la cui lesione ha determinato l'annullamento degli atti amministrativi di aggiudicazione, presupposto indispensabile dei provvedimenti conseguenti (approvazione verbale di aggiudicazione e rifiuto d'intervento in sede di autotutela nella fattispecie sulla richiesta del controricorrente) e della stipula del contratto i cui effetti il ricorrente chiede di rimuovere a titolo risarcimento in forma specifica.

Se il Comune di Martano non esercita poteri autoritativi nel rapporto che è sorto dal contratto concluso con l'aggiudicatario non correttamente scelto, tali situazioni soggettive conseguono però ad atti dell'amministrazione quale autorità anche successivi all'aggiudicazione, che costituiscono presupposti e condizioni della stipula dell'appalto, la cui cognizione non può che restare riservata al giudice amministrativo cui la legge attribuisce tale potere nelle materie di giurisdizione esclusiva.

Non sembra quindi dubitabile il potere del giudice amministrativo di conoscere pure del rapporto contrattuale, che la normativa comunitaria prevede possa essere privato dei suoi effetti dallo stesso soggetto aggiudicante che ha stipulato l'atto e quindi dall'organo indipendente che decide sui ricorsi avverso i provvedimenti e le condotte conseguenti della stazione appaltante che sia soggetto di diritto pubblico.

Se in passato, l'alternativa che pur si era posta sul piano interpretativo tra il ricondurre l'invalidità derivata del contratto e la sua pronuncia ai poteri del giudice amministrativo in giurisdizione esclusiva ovvero a quelli del giudice ordinario, era apparsa doversi risolvere nel secondo senso, una volta entrata in vigore la direttiva che precede, anche prima della scadenza del termine di trasposizione per gli Stati membri, la soluzione non può che essere l'opposta, per il caso in cui si chieda contestuale tutela di diritti e/o di interessi in materia di affidamenti di appalti e di privazione di effetti dei contratti conclusi all'esito di gare invalidate, dovendosi affermare la scelta ermeneutica della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

La Direttiva CE n. 2007/66, infatti, nei suoi "considerando preliminari", al n. 13, espressamente stabilisce che negli Stati della Comunità "un contratto risultante da un'aggiudicazione mediante affidamenti diretti illegittimi dovrebbe essere considerato in linea di principio privo di effetti", per cui il giudice adito, come "organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice", come può annullare l'affidamento, ha il potere di dichiarare "privo di effetti" il contratto concluso dalla stessa amministrazione aggiudicante con un contraente scelto illegittimamente (art. 2 quinquies Dir. n. 66 del 2007, par. 1), potendo anche non dar luogo a tale perdita di efficacia "per il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale" (par. 3 della stessa norma da ultimo citato).

Pertanto tra la domanda di annullamento della gara e quella di dichiarazione della privazione degli effetti del contratto stipulato, nonostante l'annullamento dell'aggiudicazione, vi è una stretta connessione che con la normativa comunitaria di cui alla Direttiva citata, non vincolante *ratione temporis* per i casi oggetto delle controversie di cui alla pregressa giurisprudenza in rapporto alle concrete fattispecie esaminate, assume invece rilievo unificante dei giudizi su ogni processo pendente davanti al giudice amministrativo, successivo al 20 dicembre 2009 relativo alle domande di cui alla normativa comunitaria.

Se si riconosce che per il diritto comunitario il nostro paese si è obbligato a trasporre nel nostro ordinamento la direttiva entro la indicata data oggi già superata, la disciplina comunitaria ha reso vincolante sin dalla sua entrata in vigore la connessione tra le due domande proposte, da trattare unitariamente davanti ad unico giudice; in rapporto a tale necessaria connessione, appare utile richiamare nella presente diversa fattispecie il seguente principio di diritto, già enunciato in altra materia di giurisdizione esclusiva, cioè quella urbanistico-edilizia, e relativo a ipotesi di proposizione di più domande a tutela congiunta o alternativa di diritti e/o interessi legittimi, del tipo di quelle per cui è causa: "Il criterio di riparto della giurisdizione, fondato sulla posizione soggettiva di cui si chiede tutela (diritto o interesse legittimo), che assegna al giudice ordinario la tutela dei diritti e a quello amministrativo la cognizione sulla pretesa lesione di interessi legittimi, è ovviamente applicabile allorché le dette domande siano proposte autonomamente. Qualora le stesse siano proposte congiuntamente o alternativamente, trovano invece applicazione i principi di logica processuale per cui, nelle materie di giurisdizione esclusiva, la decisione su più cause riunite e/o strettamente connesse, aventi ad oggetto in astratto diritti e interessi, spetta al giudice amministrativo, il quale, avendo cognizione su tutte le posizioni giuridiche controverse, ha competenze più ampie rispetto a quelle del giudice ordinario, limitate ai soli diritti" (Cass. 24 giugno 2009 n. 14805).

Tenuto conto della direttiva citata e fermo restando il principio per il quale di regola nessun mutamento di giurisdizione si può avere per effetto della connessione tra cause spettanti alla cognizione di giudici distinti a tutela di posizioni soggettive diversamente tutelate, sulle domande proposte al giudice amministrativo a tutela di interessi legittimi e diritti soggettivi per l'affidamento di un appalto e la caducazione del conseguente contratto se stipulato, in materia che il legislatore riserva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, quest'ultimo sul piano logico, deve necessariamente conoscere degli interessi legittimi prima di potersi pronunciare sui diritti e lo stretto legame tra le due domande evidenzia che si versa in un caso in cui con la richiesta di "tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi" s'è domandata tutela "anche dei

diritti soggettivi" (art. 103 Cost.), in una controversia "avente ad oggetto procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori", dal Comune di Martano, soggetto tenuto all'applicazione della normativa comunitaria per la quale, successivamente al 20 dicembre 2009, si sarebbero dovute emanare nell'ordinamento interno norme che consentissero la trattazione congiunta delle due domande.

Nel complesso non è dubitabile che il principio di concentrazione del processo e quello di effettività della tutela giurisdizionale dei beni della vita a base della attribuzione degli interessi legittimi e dei diritti conseguenti azionati nella presente controversia, rende concreta ed efficace la sola tutela giurisdizionale congiunta di cui sopra in conformità all'art. 24 della Cost. e alla normativa comunitaria da cui è imposta la trattazione della causa da un unico giudice dotato dalla legge di giurisdizione esclusiva, in contrasto con il precedente autorevole orientamento, comunque espresso prima della vigenza della direttiva di cui sopra.

5. L'esame dei provvedimenti e comportamenti dell'amministrazione dopo la gara conferma la nuova soluzione della questione di giurisdizione nella concreta fattispecie. Nel caso, il contratto concluso nell'1 aprile 2009 tra l'ente locale e la s.r.l. RICORRENTE Costruzioni, all'esito di una gara svolta all'inizio dell'anno e dopo una sorta di messa in mora dalla società Eredi CONTROINTERESSATA al Comune di Martano del marzo precedente, per l'annullamento dall'ente locale in autotutela, della procedura di affidamento che aveva portato alla scelta della richiedente il regolamento come contraente nell'appalto di lavori in luogo della società Eredi CONTROINTERESSATA, conferma che l'ente locale avrebbe dovuto non concludere il contratto di cui successivamente ha sospeso gli effetti, per ottemperare al provvedimento cautelare dei giudici amministrativi tendente a garantire entrambe le posizioni soggettive azionate.

Con l'annullamento deciso dal giudice amministrativo con la pronuncia non definitiva del settembre 2009 emessa nel giudizio principale, non solo della gara ma anche della lettera del 26 marzo 2009 del responsabile del procedimento, che ha respinto la richiesta della ricorrente di annullare in autotutela la gara riaffermandone la legittimità, è assorbito ogni problema sulla natura elusiva, rispetto agli effetti della decisione parziale, dell'appalto concluso dall'ente locale e degli atti successivi alla gara e necessari alla stipula (determinazione n. 48 del 23 febbraio 2009 d'approvazione dell'aggiudicazione alla s.r.l. RICORRENTE costruzioni, e incidenza su essa dell'art. 21 septies L. 7 agosto 1991 n. 241 introdotto dalla L. 11 febbraio 2005 n. 15).

Neppure rileva che nel giudizio principale, al Tar s'è proposto, dalla s.r.l. RICORRENTE costruzioni, ricorso incidentale per affermare la genericità della richiesta di accertamento di una diversa soglia di anomalia su cui svolgere la gara e condannare al risarcimento dei danni il Comune di Martano in favore della resistente, in caso di annullamento del contratto concluso, domanda ritenuta inammissibile per mancata connessione con l'oggetto del ricorso principale dalla sentenza parziale del Tar che ha concluso il primo grado del giudizio principale, con il solo annullamento della aggiudicazione, sospendendo ogni pronuncia sulla privazione degli effetti del contratto ai sensi dell'art. 367 c.p.c. essendo pendente il presente regolamento su tale richiesta relativa al rapporto di appalto.

In conclusione, il ricorso della società pretermessa dall'appalto costituisce una fattispecie indubbiamente regolata dalla Direttiva CE n. 6/2007, come tale destinata all'esame del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva sia per l'annullamento della gara e dell'aggiudicazione richiesta che sulla domanda di privazione degli effetti del successivo appalto concluso dalla stazione appaltante con la contraente scelta in modo illegittimo e su tale seconda domanda deve pronunciarsi il giudice amministrativo, che, nel caso, opera in materia di giurisdizione esclusiva ed ha cognizione anche dei diritti conseguenti e connessi agli interessi legittimi da esso valutati.

6. I principi del giusto processo e la soluzione della questione di giurisdizione nella fattispecie. Si è già rilevato come la Direttiva n. 66/2007 dia rilievo con chiarezza ai principi tutelati dalla Convenzione

europea dei diritti dell'uomo e dalla Costituzione, cui essa si ispira, in rapporto alla effettività della tutela del bene della vita a base e oggetto delle posizioni soggettive azionate nel caso concreto e al fine di garantire la ragionevole durata del processo.

Non è dubbio che l'estensione dei poteri cognitivi dei giudici amministrativi in ordine alla caducazione del contratto concluso per effetto di una procedura illegittima di affidamento dell'appalto, consente agli interessati di ottenere una tutela che si riteneva prima riconosciuta solo attraverso la ed. ottemperanza e all'esito del giudizio amministrativo di cognizione, con ritardi del processo che doveva proseguire oltre la pronuncia che lo definiva in sede cognitoria, imponendo un necessario autonomo procedimento giurisdizionale di esecuzione o ottemperanza, per ottenere il risarcimento del danno per equivalente o in forma specifica, attuativo dei diritti tutelati dalle ordinanze cautelari o sentenze esecutive dello stesso giudice amministrativo.

Lo stesso Consiglio di Stato, nell'ordinanza che nega la procedibilità dell'impugnazione avverso i provvedimenti provvisori e interinali emessi a istanza della s.r.l. Eredi CONTROINTERESSATA anche relativamente al contratto, ha ritenuto che le cautele adottate dovessero interpretarsi nel senso di avere solo affermato l'obbligo dell'ente locale di conformarsi a quanto statuito dal giudice amministrativo, e di non avere quindi riconosciuto il potere di quest'ultimo di annullare o caducare il contratto.

Solo in ordine al potere del Tar di emettere una pronuncia sul contratto ed i suoi effetti, il presente regolamento è stato introdotto e in relazione solamente a tali domande, il giudice di primo grado ha sospeso il processo, ai sensi dell'art. 367 c.p.c. fino all'esito di questo procedimento incidentale dinanzi alle Sezioni unite, in relazione ai dubbi sui suoi poteri di pronunciarsi anche sui diritti inerenti a tale accordo.

La retroattività dell'annullamento della gara deciso dal Tar nella fattispecie con la sentenza parziale sugli interessi legittimi oggetto di essa, comporta il venir meno retroattivo dell'aggiudicazione e la illegittimità della individuazione del contraente, con cui l'ente locale ha stipulato l'appalto prima ancora del ricorso al Tar della Puglia, la cui sentenza parziale che annulla la gara è esecutiva e potrebbe essere oggetto di ottemperanza ai sensi dell'art. 33, ultimo comma, della legge n. 1034 del 1971, nella quale i poteri attribuiti al giudice amministrativo non sono di mera legittimità, come di regola avviene nel processo amministrativo, ma si estendono al merito e ai rapporti, ai sensi dell'art. 27, primo comma, numero 4, del R.D. 26 giugno 1924 n. 1054 e successive modificazioni. Non è questa peraltro la sede per accertare se, con il rinvio per decidere sulla eventuale privazione degli effetti del contratto ai sensi dell'art. 33 della legge 6 dicembre 1971 n. 1034 ha stabilito, per tale parte della controversia il giudice amministrativo abbia anche i poteri di merito per decidere le modalità di tale caducazione dell'appalto, essendo dalla direttiva riservata ai singoli Stati membri, il potere di regolare le modalità di attuazione della normativa comunitaria del 2007 nell'ordinamento interno, dovendosi su tale punto escludere quindi la precisione e concordanza delle norme della direttiva e i suoi effetti vincolanti.

7. Effetti orizzontali della Direttiva n. 66 del 2007. La più volte citata Direttiva CE n. 66 del Parlamento europeo e del Consiglio del 2007 sul miglioramento delle procedure di ricorso in caso di aggiudicazione di appalti pubblici, pur se non autoesecutiva, ha inciso sul sistema di tutela del soggetto danneggiato da procedure violative dei principi della concorrenza, prevedendo che gli Stati membri della CE assicurino a questo di ricorrere a un unico "organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice" (art. 2 quinquies, comma 1); tale organo, "se un risarcimento danni viene domandato a causa di una decisione presa illegittimamente" dall'ente aggiudicante, deve anzitutto annullare tale provvedimento (art. 2 comma 6), potendo poi disporre che il contratto stipulato sia considerato privo di effetti (art. 2 quinquies comma 1), prendendo in considerazione eventuali "esigenze imperative connesse ad un interesse generale", che impongano il mantenimento

degli effetti del contratto e riservando ai diritti nazionali la disciplina delle conseguenze di un contratto, di cui sia stata decisa comunque la prevista privazione di effetti.

L'art. 3 della Direttiva citata stabilisce il termine entro il quale gli Stati membri devono "mettere in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi" ad essa "entro il 20 dicembre 2009", ma tali norme attuative non sono state ancora emesse.

La mancata tempestiva trasposizione nel diritto interno di Direttive CE costituisce condotta inadempiente dello Stato che dà diritto ai soggetti lesi da tale omissione o ritardo non solo al risarcimento del danno (Cass. 22 ottobre 2009 n. 2440, S.U. 17 aprile 2009 n. 9147) ma anche al diritto di chiedere alle autorità dello Stato - amministrative e/o giurisdizionali - di conformarsi, nella loro attività, ai principi sanciti dalle stesse direttive CE per le loro disposizioni chiare, incondizionate e scadute, con conseguenti effetti orizzontali di esse nei confronti dei singoli cittadini che ordinariamente sono invece vincolati alla sole norme dei Regolamenti CE.

Alla luce delle considerazioni già svolte per le quali vi è giurisdizione del giudice amministrativo anche in ordine alla richiesta di tutela risarcitoria in forma specifica, che si esplica e realizza, con la domanda di caducazione del contratto corrispondente alla "privazione di effetti" di cui alla citata Direttiva n. 66/2007, per l'appalto concluso in attuazione di una gara svoltasi con procedura illegittima, l'applicazione della norma comunitaria oggi incide nel sistema giurisdizionale interno non solo in ordine ad una interpretazione comunque ispirata dalle normative comunitarie, ma anche per la concreta disciplina del ricorso che non può che essere quella che si attende sia trasposta nel diritto interno.

Se il giudizio amministrativo viene limitato all'affidamento e alla mera sostituzione dell'aggiudicatario illegittimamente scelto con il ricorrente, impedendosi al giudice di "disporre" la reintegra del bene della vita in concreto protetto dagli interessi legittimi riconosciuti come lesi nella medesima sentenza da esso emessa, cioè quello di eseguire i lavori oggetto del contratto di appalto precluso dal medesimo atto negoziale nelle more del giudizio stipulato dall'aggiudicatario scelto illegittimamente, si perviene ad una conclusione che è difforme dal sistema costituzionale e comunitario oggi vincolante per cui devono riconoscersi i poteri cognitivi del giudice amministrativo nella fattispecie concreta.

Inoltre la trattazione disgiunta delle due domande ritarda, con la esigenza di adire altro giudice con le stesse finalità, la soddisfazione delle posizioni soggettive a tutela delle quali si è agito in giudizio, in contrasto, come già detto, con i principi del giusto processo e della ragionevole durata di esso e con quello di effettività delle azioni esercitate.

In conclusione, può quindi affermarsi che "la esigenza della cognizione dal giudice amministrativo sulla domanda di annullamento dell'affidamento dell'appalto, per le illegittime modalità con cui si è svolto il relativo procedimento e della valutazione dei vizi di illegittimità del provvedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta che lo stesso giudice adito per l'annullamento degli atti di gara, che abbia deciso su tale prima domanda, può conoscere pure della domanda del contraente pretermesso dal contratto illecitamente, di essere reintegrato nella sua posizione, con la privazione di effetti del contratto eventualmente stipulato dall'aggiudicante con il concorrente alla gara scelto in modo illegittimo.

La posizione soggettiva del ricorrente, che ha chiesto il risarcimento in forma specifica delle posizioni soggettive a base delle sue domande di annullamento dell'aggiudicazione e di caducazione del contratto concluso dall'aggiudicatario, è da trattare unitariamente dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi della Direttiva CE n. 66/2007, che riconosce il rilievo peculiare in tal senso alla connessione tra le due indicate domande, che pertanto vanno decise di regola da un solo giudice.

Tale soluzione è ormai ineludibile per tutte le controversie in cui la procedura di affidamento sia intervenuta dopo il dicembre 2007, data dell'entrata in vigore della richiamata normativa comunitaria del 2007 e, comunque, quando la tutela delle due posizioni soggettive sia consentita dall'attribuzione della cognizione al giudice amministrativo di esse nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e possa essere effettiva solo attraverso la perdita di efficacia dei contratti conclusi dall'aggiudicante con l'aggiudicatario prima o dopo l'annullamento degli atti di gara, fermo restando il potere del giudice amministrativo di preferire, motivatamente e in relazione agli interessi generali e pubblici oggetto di controversia, un'eventuale reintegrazione per equivalente, se richiesta dal ricorrente in via subordinata".

8. Nella concreta fattispecie, deve quindi rigettarsi il ricorso della s.r.l. RICORRENTE che ha chiesto di dichiarare la giurisdizione dell'A.G.O. in ordine all'invalidità, inefficacia o caducazione degli effetti dei contratti di appalto stipulati all'esito di gare soltesi in modo illegittimo e confermarsi la giurisdizione su tale oggetto della controversia del giudice amministrativo adito, cioè del Tar della Puglia di Lecce, dinanzi al quale la causa deve rinviata.

Le spese del presente procedimento incidentale possono compensarsi alla luce delle incertezze del diritto vivente che potevano giustificare il regolamento.

P.Q.M.

La Corte dichiara che anche sulle domande risarcitorie proposte nel processo principale dalla s.r.l. Eredi CONTROINTERESSATA, per la caducazione del contratto di appalto concluso dopo la gara dal Comune di Martano e la s.r.l. RICORRENTE Costruzione, scelta illegittimamente, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo, cioè al Tar della Puglia, sezione di Lecce, dinanzi al quale rimette le parti, per l'ulteriore corso del processo principale. Compensa interamente tra le parti le spese del presente procedimento incidentale.

Così deciso nella Camera di Consiglio delle sezioni unite della Corte Suprema di Cassazione il 12 gennaio 2010.

Il primo presidente f.f. Depositata in cancelleria il 10 febbraio 2010.