

CONTRATTI PUBBLICI, GIUDICE E PROCESSO AMMINISTRATIVO

FABRIZIO FRACCHIA

SOMMARIO: 1. Il ruolo delle Corti nell'affinamento della disciplina applicabile ai contratti dell'amministrazione pubblica. – 2. Il processo amministrativo e il contenzioso sui contratti come “luogo di emersione” di tendenze o problematiche generali. – 3. *Segue*: il c.d. “rito appalti” come “luogo di manifestazione” di istituti peculiari. – 4. Brevi considerazioni conclusive.

1. Il ruolo delle Corti nell'affinamento della disciplina applicabile ai contratti dell'amministrazione pubblica: considerazioni generali

Guardare ai contratti pubblici attraverso il filtro costituito dal formante giurisprudenziale significa illuminare una pluralità di problemi e di istituti giuridici centrali del nostro ordinamento.

Non è ovviamente possibile, in questa sede, censire e trattare tutti gli spunti che si offrono in tal guisa alla riflessione dell'interprete.

Pare invece più opportuno indugiare soltanto su taluni profili, quelli individuabili considerando i contratti dapprima come materia plasmata dall'attività per così dire “generatrice di regole” del giudice (il contratto, qui, è sostanzialmente mero “oggetto” dell'attività pretoria, non solo del giudice amministrativo, ma anche comunitario: utile è il riferimento al dialogo tra le Corti), per poi passare a considerare quel “luogo” come spazio in cui emergono problemi generali del processo o, più in generale, del diritto (il contratto si atteggia in tal caso a cartina di tornasole di tematiche giuridiche) e, infine, giungere a valutare in quale misura la specificità dell'oggetto (contratto) conduce alla definizione di una “specialità” del giudizio (qui oggetto e soggetto interagiscono più intimamente).

Il primo punto può essere trattato in modo molto sintetico, ché (per limitarsi all'elaborazione giurisprudenziale che ha avuto luogo a livello eurounitario) la centralità dell'impatto della giurisprudenza si coglie con chiarezza leggendo il primo considerando della Direttiva 18/2004: “la presente direttiva si basa sulla giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare sulla giurisprudenza relativa ai criteri di aggiudicazione”.

L'accenno testé compiuto consente di aggiungere che una delle matrici più evidenti del tessuto normativo nazionale relativo ai contratti è costituito dal formante eurounitario, interpretato dalla Cgue, espresso dalle direttive e costituente una delle principali anime della disciplina contrattuale che le traspone.

La presenza di questo paradigma, sul piano nazionale, ha tra l'altro alimentato una specifica produzione giurisprudenziale che ha incarnato la spinta del nostro ordinamento ad affinare gli istituti tradizionali o a elaborarne di nuovi al fine di mantenersi nei margini della compatibilità con il diritto euorunitario. Emblematico, al riguardo, è stato il caso dell'*in house providing*, talmente noto nei suoi caratteri e (aspetto qui più rilevante) nella sua traiettoria evolutiva, la quale ha avuto un importante approdo nella disciplina posta dal d.lgs 50/2016 e dal d.lgs. 175/2016, da giustificare in questa sede un mero riferimento sintetico.

Un ulteriore esempio è costituito dalla disciplina applicabile alle opere di urbanizzazione a scomputo di valore superiore alle soglie comunitarie: sotto l'influenza della giurisprudenza eurounitaria (Corte giustizia, 12 luglio 2001, causa C-399/98), sollecitata dal giudice italiano, il quadro giuridico si è assestato nel senso che il privato che intenda realizzare tali opere deve sottostare alle regole dell'evidenza pubblica. Tra l'altro, siffatta vicenda mostra come il giudice abbia determinato un ampliamento del campo di applicazione della disciplina degli appalti, che, a ben vedere, vale a sottrarre un'operazione peculiare (la realizzazione di opere di urbanizzazione a scomputo) dall'ambito suo proprio (la gestione del territorio) per ricondurla, appunto, al settore degli appalti, onde evitare quello che poteva apparire come un affidamento diretto del compito di realizzare opere pubbliche

Pure il confine tra libertà di organizzazione (autoproduzione) e ricorso al mercato è stato definito e messo a tema dalla giurisprudenza e dalla faticosa dialettica tra le Corti (da ultimo, v. CGUE, ord. 6 febbraio 2020, cause da C-89/19 a C-91/19 e Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100).

Ove poi si scendesse a considerare l'elaborazione operata dal giudice amministrativo in relazione alle regole del codice dei contratti, si confermerebbe l'ovvio e, cioè, che (pure) nel settore dei contratti l'attività pretoria del giudice amministrativo, anche in ragione del carattere frammentato e francamente disordinato del quadro normativo, ha svolto e svolge un ruolo essenziale (soprattutto nella prospettiva di

riconduzione a unità di quel materiale prescrittivo) per la definizione e per la creazione del contesto regolatorio.

Allargando lo sguardo agli istituti per così dire “satellite” rispetto all’oggetto strettamente confinato dalla stipula di una pattuizione tra amministrazione e operatore economico, è sufficiente qui citare, da ultimo, la sentenza (Cons. Stato, ad. plen. 2 aprile 2020, n. 20) relativa ai margini di applicabilità dell’accesso civico alla fase esecutiva dell’attività contrattuale.

2. Il processo amministrativo e il contenzioso sui contratti come “luogo di emersione” di tendenze o problematiche generali

Confrontandosi con la complessa tematica dell’attività contrattuale dell’amministrazione, soprattutto in ragione del condizionamento eurounitario, la giurisprudenza è stata indotta ad affinare importanti istituti giuridici generali dell’ordinamento.

Tra questi può annoverarsi l’illecito della pubblica amministrazione connesso all’attività contrattuale (tematica che sarà ripresa, sotto un profilo diverso, anche nel corso del paragrafo successivo). L’art. 13, l. 142/1992 (legge comunitaria del 1991), infatti, riconoscendo la risarcibilità dei danni legati alla violazione delle norme relative agli appalti pubblici, costituì un momento fondamentale del percorso di maturazione che avrebbe condotto la Cassazione, con la sent. 500/1999, ad accordare la risarcibilità della lesione degli interessi legittimi. Si trattò di un passo decisivo che non deve stupire, atteso che costituiva il completamento di quella “mutazione genetica” funzionale della normativa sui contratti. La disciplina sulla c.d. evidenza pubblica è finalizzata a tutelare anche la concorrenza e l’imprenditore; ne deriva, quasi come logico corollario, che la violazione di quelle norme non rileva unicamente sul piano della lesione dell’interesse pubblico, ma va a compromettere un interesse che ben fa parte del patrimonio giuridico del ricorrente. In altri termini, era quasi naturale configurare quell’interesse come un “bene finale” degno di protezione anche sotto il profilo risarcitorio. Il cerchio si sarebbe chiuso, appunto, con la sent. n. 500/1999, prima che il legislatore annettesse quel fascio di controversie alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Per passare al piano processuale, una traiettoria evolutiva affiorata prima nel settore dei contratti è quello della tutela cautelare: il rimedio

ante causam, oggi disciplinato nel codice del processo amministrativo, infatti, nacque appunto nel settore degli appalti sulla spinta della giurisprudenza della Corte giustizia Comunità europee, che, in particolare con la sent. 29 aprile 2004, n. 202/03, aveva chiarito che le direttive sugli appalti vanno interpretate nel senso che gli Stati membri sono tenuti a conferire ai loro organi competenti a conoscere dei ricorsi la facoltà di adottare, indipendentemente dalla previa proposizione di un ricorso di merito, qualsiasi provvedimento provvisorio, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica dell'appalto in esame.

Ancora (per giungere ad anni più recenti): guardando ai contratti pubblici, si coglie un'“accentuazione” dell'esperienza più ampia dei riti speciali, nel senso che, in questo settore, come dimostra la semplice lettura in sequenza degli artt. 119 e 120, d.lgs. 104/2010, rispetto alle altre procedure relative “a speciali controversie”, il rito appalti esibisce caratteri ancora più marcati e margini di differenziazione più significativi.

L'elenco di istituti generali che “affiorano” sul terreno (e che meglio si colgono nel prisma) del contenzioso relativo ai contratti è comunque assai più nutrito.

Basti pensare alla questione dell'immediata lesività degli atti (nel caso di specie: i bandi: Cons. Stato, ad. plen., 26 aprile 2018, n. 8) e al fatto che, se è vero che non solo nel contesto dei contratti pubblici sussiste il fenomeno della legittimazione *ex lege*, quella dell'Anac riveste qui un ruolo significativo e una latitudine assai importante (v. art. 211, d.lgs. 50/2016).

A proposito di Anac (e tenendo conto che il giudice amministrativo è oramai abituato a confrontarsi diffusamente con le autorità indipendenti, veri soggetti pubblici “forti” del nostro ordinamento), nel rito speciale di cui all'art. 120, comma 1, d.lgs. 104/2010 trova conferma la dialettica con le *authorities*, che risulta accentuata in ragione della pluralità di compiti assegnati all'Anac.

L'Anac si occupa intensamente di regolazione (altra funzione che, con alterne fortune, ricorre in molti altri settori dell'ordinamento e i cui contorni il giudice amministrativo – si pensi alle importanti prese di posizione sulle linee guida: Cons. Stato, comm. spec., parere 1° aprile 2016, n. 855, reso prima della riforma introdotta dal d.l. 32/2019 – ha attivamente concorso a tracciare proprio sul terreno contrattuale) e dispone anche di poteri attinenti al c.d. precontenzioso: al-

largando lo sguardo (e, cioè, considerando i rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale disciplinati dagli artt. 205 e ss., d.lgs. 50/2016), si coglie la medesima “tendenza” alla valorizzazione dei c.d. ADR che percorre l’ordinamento generale, ma che nel settore dei contratti assume un’intensità molto peculiare.

Ciò conduce a trattare del c.d. diritto amministrativo “fuori dalle Corti”, fenomeno che deve indurre i giuristi a rammentare che non tutti i caratteri e le sfumature del diritto amministrativo sono percepibili facendo esclusivo riferimento al prisma giurisprudenziale.

Molti rapporti giuridici e svariate fattispecie, infatti, “vivono” nell’ordinamento senza essere catturati all’interno di controversie regolate dai giudici. La questione, ancora una volta, ha un’importanza che eccede il settore degli appalti, ma qui assume un’importanza più rilevante ponendo mente alle barriere all’accesso alla giustizia introdotte dal nostro legislatore (ovvio è il riferimento all’aumento del contributo unificato), a tacere di alcune proposte favorevoli a sostituire la tutela costitutiva con quella risarcitoria che determinerebbe probabilmente (una riduzione della protezione degli interessi della collettività, ma anche) una contrazione del contenzioso. Ciò suggerisce di non sopravvalutare il dato giurisprudenziale in un settore in cui è esperienza comune che tanti atti amministrativi illegittimi circolano nel nostro ordinamento posto che nessuno ha avuto interesse (per le ragioni più disparate) ad impugnarli.

Il rilievo non è secondario anche in ordine alla riflessione circa il ruolo del giudice amministrativo, spesso accusato (nel settore dei contratti più che in altri ambiti) di costituire un “freno” per lo sviluppo del Paese.

Sul punto non si può poi non osservare come una quota di responsabilità ricada sul legislatore (e non già su chi deve applicare regole spesso oscure e farraginose). Il quadro normativo si è venuto deteriorando negli ultimi anni, a cagione del moltiplicarsi dei livelli normativi, ma anche come conseguenza di una fibrillazione legislativa – e di un impulso riformatore che sembra diventare un fine in se stesso – che non pare trovare sosta e che concorre a rendere frammentata e, soprattutto, instabile, la trama normativa.

Una disciplina inutilmente complessa cozza ovviamente con il valore dell’efficienza e con il principio del buon andamento; per altro verso, aumentando i lacci e i laccioli giuridici all’azione amministrativa, si incrementa il rischio che la decisione finale sia illegittima. In questi

casi, dunque, sarebbe ingeneroso imputare esclusivamente al giudice (o all'amministrazione) colpe che, invece, sono del potere normativo.

3. Segue: *il rito appalti come "luogo di manifestazione" di istituti peculiari*

Il c.d. rito appalti, infine, é un "luogo" in cui si sperimentano e, comunque, emergono istituti nuovi o provvisti di un elevato tasso di specificità, anticipando spesso tendenze e problemi che affiorano in altri segmenti ordinamentali. Al riguardo, è sufficiente evocare la questione della sorte dell'atto negoziale stipulato a seguito di una procedura concorsuale illegittima: il profilo, che intercetta anche la tematica del riparto di giurisdizione, trova espressa disciplina, quanto alle società, negli artt. 8 e 10, d.lgs. 175/2016, laddove mancano invece norme espresse in tema di pubblico impiego o di contratti attivi.

Sulla questione torneremo tra poco. Con l'obiettivo di indicare la presenza di "regole speciali", si consideri per il momento l'istituto della legittimazione ad agire: per semplificare una tematica estremamente complessa e oggetto di acceso dibattito (oltre che – v. subito *infra*– di una nutrita elaborazione giurisprudenziale, anche relativa al ricorso incidentale con effetto c.d. paralizzante) che, invero, si sviluppa sul confine tra legittimazione ad agire e interesse ad agire, è d'uopo osservare che, se è vero che la legittimazione spetta al titolare di una posizione soggettiva tutelabile, è però indubitabile che essa sia qui riconosciuta unicamente in capo a chi legittimamente abbia preso parte al procedimento concorsuale e abbia la possibilità di risultare aggiudicatario.

A proposito di ricorso incidentale (e sfiorando il tema dell'ordine di esame delle domande), nel settore degli appalti, come già accennato, l'istituto è stato oggetto di un faticoso confronto tra le Corti; esso pare avere trovato un punto di approdo (una sorta di superamento dell'istituto, il quale tra l'altro, aveva addirittura indotto all'introduzione di un rito super-speciale, poi eliminato dal legislatore) nell'arresto della CGUE 5 settembre 2019, causa C-333/18, sollecitata a pronunciarsi dal Consiglio di Stato, con riferimento a una controversia caratterizzata dalla presenza di più imprese non evocate in giudizio (esse, non interessate dai ricorsi incidentali, erano potenziali destinatarie dello scorrimento della graduatoria). La Corte ha negato l'effetto

paralizzante (sicché il giudice non può dichiarare irricevibile o inammissibile il ricorso principale per effetto dell'accoglimento di quello incidentale) "quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi". La decisione statuisce che l'offerente non può essere chiamato a fornire la prova (della comunanza del vizio e) del fatto che l'amministrazione aggiudicatrice sarà indotta a ripetere la procedura di affidamento di appalto pubblico: l'esistenza di una mera possibilità siffatta deve essere considerata sufficiente. Questa (mera) possibilità (che dà sostanza all'interesse strumentale del ricorrente principale), secondo la Corte, è legata al fatto che l'amministrazione potrebbe annullare l'intera gara al fine di avviare una nuova procedura ritenendo le restanti offerte, pur regolari e non vagliate in giudizio, non corrispondenti alle attese dell'amministrazione medesima. Per anticipare un motivo su cui si tornerà nel corso del paragrafo finale, pare qui emergere un modello processuale ispirato soprattutto alla tutela della legalità delle gare soggette alle regole comunitarie nell'ottica della giurisdizione di tipo oggettivo (in sostanza, il bene della vita assicurato nel processo non è tanto l'aggiudicazione, quanto la corretta cristallizzazione della platea dei concorrenti).

Di rilievo è poi l'indicazione legislativa circa la valorizzazione dell'interesse pubblico nella ponderazione che il giudice compie in sede cautelare e che si ricava, in ordine alle infrastrutture strategiche, dall'art. 125, d.lgs. 104/2010, norma che assegna carattere preminente all'interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera.

Sul piano sostanziale (ma si tratta di istituto forgiato dall'elaborazione processuale), si può invece citare la sentenza della Corte di giustizia CE, 30 settembre 2010, causa C-314/09, la quale ha affermato che il diritto dell'Unione europea osta a una normativa nazionale che, nelle ipotesi di violazione della disciplina sugli appalti pubblici, subordini il diritto ad ottenere il risarcimento dei danni al carattere colpevole di tale violazione, precisando che non sono ammesse né presunzioni di colpevolezza in capo all'amministrazione né la possibilità di far valere un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata. Si configura, dunque, una responsabilità oggettiva applicabile nel settore delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di rilevanza comunitaria (Cons. Stato, sez. IV, n. 483/2012; v. altresì sez. V, n. 5686/2012 e n. 1672/2014).

Pure la disciplina della sorte dei contratti contenuta nel codice del

processo amministrativo, menzionata all'inizio di questo paragrafo, è estremamente peculiare.

Guardando alle regole poste dagli artt. 120 e ss., d.lgs. 104/2010 (e senza qui potere analizzare nello specifico l'intero regime delineato dal legislatore), si può sinteticamente osservare che l'incidenza del diritto comunitario e la relativa preoccupazione di garantire la concorrenza fanno passare in secondo piano l'interesse pubblico alla migliore pattuizione negoziale. La disciplina dell'inefficacia del contratto, infatti, è scolpita senza tener conto del tenore della negoziazione originariamente versata nel contratto. Ciò che rileva, nella tipizzazione dei casi gravi o meno gravi di vizi, è unicamente il rispetto di alcuni tratti dell'evidenza pubblica, in particolare di quelli che costituiscono il precipitato del diritto comunitario, preoccupato che sia rispettata la regola della gara.

Pure la protezione offerta attraverso i meccanismi di *standstill*, d'altro canto, è assicurata soprattutto fuori e prima del processo, quando ancora non si sa chi ha ragione, quasi a sottolineare che ciò che viene tutelato è un interesse comunque superiore a quello della parte e da esso eventualmente diverso.

Per sintetizzare il discorso fin qui svolto, quanto meno con riferimento ai vizi gravi (art. 121, d.lgs. 104/2010), si può rilevare che, sotto "dettatura" comunitaria, il legislatore si occupa della proiezione, sul contratto e sulla sua sorte, dei profili patologici della fase di aggiudicazione accertati dal giudice. Una sanzione (sono evidenti alcune analogie rispetto a quanto accade, ad esempio, nell'ipotesi di atto nullo per violazione del giudicato) per l'amministrazione che abbia "osato" violare il dogma essenziale a livello eurounitario, costituito dall'imperativo "rispetta la concorrenza".

Il giudice (ed è questa una specificità del "rito appalti") è il signore dell'apprezzamento della concorrenza e il guardiano delle relative regole: quasi un soggetto delegato dall'Unione ad applicare quelle che la direttiva chiama "sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive".

4. *Brevi considerazioni conclusive*

Quanto osservato nel corso dei paragrafi precedenti in ordine al profilo processuale disvela la presenza di tracce di una giurisdizione di tipo oggettivo, in cui, nell'alveo di un rito speciale, prevale l'esigenza

di assicurare il vaglio del rispetto delle norme sulla concorrenza più che di proteggere la posizione della parte (o di rispettare ritmi processuali sedimentati nella nostra tradizione), proprio in ragione del condizionamento europeo: a tacere della disciplina della sorte del contratto, ne sono conferma la negazione, sancita dalla Corte di giustizia e nei limiti sopra indicati, dell'efficacia paralizzante del ricorso incidentale escludente e, sul piano sostanziale, la definizione di una figura di responsabilità oggettiva; si aggiunga la "sanzione" della nullità per le clausole di esclusione non previste dalla legge introdotta dall'art. 83, d.lgs. 50/2016: essa consente al giudice di vagliare la legittimità della *lex specialis* che le contenga e, dunque, ancora una volta, di presidiare il "comando" incentrato sul rispetto del principio della concorrenza (che non deve subire indebite compressioni attraverso, appunto, l'introduzione di clausole di esclusione).

Sembra suggestivo domandarsi se non si sia al cospetto del risvolto processuale di una peculiare realtà sostanziale.

Al riguardo si può ipotizzare che la disciplina dei contratti pubblici che abbiamo evocato esibisca i connotati di un ordinamento (speciale rispetto a quello generale, ancorché non abbia a oggetto un vero e proprio mercato in senso proprio: quell'ordinamento si definisce piuttosto in ragione della fattispecie – il contratto – che ne è il baricentro), al cui vertice è collocato l'Anac, che sovrintende l'attività contrattuale di tutti i soggetti pubblici.

La presenza di un rito speciale e di regole processuali particolari, dunque, pare completare, sul piano processuale, le peculiarità di ciò che appare un vero e proprio ordinamento di settore, che si regge anche sulla presenza di uno specifico codice di diritto sostanziale.

