

Lucia de Micco
dottoranda in Governo dell'Unione Europea, politiche sociali e tributarie
Seconda Università degli Studi di Napoli

APPLICAZIONE DIRETTA DELLE NORME COSTITUZIONALI SULL'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE E VALENZA ERMENEUTICA DELLE DIRETTIVE NON RECEPITE: CON UNA MOSSA VINCENTE -IN MATERIA DI APPALTI- LA CASSAZIONE ANTICIPA IL LEGISLATORE

Con la sentenza n. 2906 resa a Sezioni Unite nel febbraio 2010, il Supremo Giudice di legittimità si è premurato di assicurare più veloce risposta alle pretese risarcitorie del contraente pretermesso illecitamente dall'aggiudicazione del contratto di appalto: dopo un andirivieni di sentenze di senso contraddittorio, la Cassazione affida al giudice amministrativo anche la controversia relativa alla sorte del contratto a seguito del previo annullamento dell'aggiudicazione.

In pieno contrasto con una precedente e altrettanto autorevole pronuncia¹, valorizzante il ruolo dell'aggiudicazione come *discrimen* tra le fasi di evidenza pubblica e quella essenzialmente privatistica della stipulazione del contratto - sulle cui controversie dovrebbe dunque ritenersi sussistente la giurisdizione ordinaria - la Corte in questa nuova e recente decisione avalla una posizione pur già in parte espressa dal Consiglio di Stato², ravvivandola di una motivazione che già da sola giustifica l'interesse per la questione: l'esigenza di coniugare gli esiti delle interpretazioni costituzionalmente e "comunitariamente" conformi.

Questo il *decisum*: il giudice amministrativo annulla il provvedimento di aggiudicazione per illegittimità della procedura, il giudice amministrativo si pronuncia sull'invalidità del contratto di appalto nelle more stipulato.

La riqualificazione - quale risarcimento in forma specifica - della domanda con la quale il ricorrente pretermesso dall'aggiudicazione chiede la caducazione del contratto intercorso con l'illegittimo aggiudicatario, conduce ad una lineare applicazione dell'art. 7 della legge 205/2000, che concentra la tutela risarcitoria, anche in forma specifica, nelle mani del giudice amministrativo in sede esclusiva.

In questo modo si rivitalizza senz'altro il principio di strumentalità delle forme processuali all'effettiva tutela delle posizioni lese dall'illegittimo *agere*, perché il non aggiudicatario ha certo interesse ad ottenere la stipula del contratto più che a veder annullato il solo provvedimento di aggiudicazione, con successivo onere di impugnare dinanzi al giudice ordinario il contratto nel frattempo stipulato con l'illegittimamente preferito.

¹ Cass. SS.UU. 27169/2007

² Cons.Stato 6292/2008

Ciononostante è necessario rilevare che la Corte fonda su ben altro il suo *decisum* : richiama infatti i principi espressi nella Direttiva europea n. 66 del 2007, che avrebbero dovuto essere trasposti nel nostro ordinamento interno entro il 20 dicembre 2009.

“Il miglioramento dell’efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici” - questo il vincolo finalistico posto dalla fonte europea - impone un 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.

Questa necessità si pone alla luce dei principi espressi nella Direttiva, indipendentemente dal suo recepimento: anche prima del termine fissato, riconferma la Corte³, essi orientano l’interpretazione delle norme in materia.

Dunque, alle gare bandite dopo la data di entrata in vigore della Direttiva deve applicarsi il nuovo sistema da essa disegnato, fondato su principi di concentrazione, effettività e ragionevole durata del processo. L’operatività retroattiva del diritto comunitario fa sì che anche in caso di già avvenuto annullamento dell’aggiudicazione, il rivitalizzato criterio di connessione, bistrattato dalla giurisprudenza maggioritaria, serva a riconoscere proprio nel giudice amministrativo quell’ “organo di ricorso indipendente dall’amministrazione aggiudicatrice” che il comma 1 dell’art 2 *quinquies* della Direttiva individua come deputato a considerare il contratto privo di effetti.

Ora, mentre è dato acquisito e metabolizzato dalla nostra giurisprudenza che i principi espressi dalla fonte comunitaria debbano guidare l’interpretazione delle norme interne in materia, in attuazione dell’ art. 11 Cost. e del principio di leale collaborazione, meno compreso è da quale momento una fonte comunitaria non direttamente applicabile quale una Direttiva abbia tale impatto; sebbene orsù venti anni fa la Corte di Giustizia abbia imposto al giudice nazionale di interpretare il diritto interno alla luce di una direttiva inattuata⁴.

Dunque in casi del genere (con i limiti ad esempio dell’interpretazione in *malam partem* della norma penale incriminatrice) precedere l’*interpositio legislatoris* è praticamente un dovere.

Mirevole è invece lo sforzo della Corte di riuscire a reggere uno sforzo interpretativo che renda la norma interna conforme sì al diritto comunitario, ma ancor prima alla Costituzione.

Gli Ermellini infatti sottolineano la piena conformità della conclusione - che dà rilievo alla connessione esistente tra i giudizi in materie di giurisdizione esclusiva - alle norme costituzionali che impongono l’effettività della tutela giurisdizionale (artt. 24 e 111 della Carta Costituzionale), come rielaborate alla luce delle richieste del diritto comunitario. Ed in questo sforzo di armonizzazione, svolge un ruolo essenziale l’elemento della connessione tra gli interessi legittimi violati dall’abuso di poteri della p.a. e i diritti soggettivi inerenti ai rapporti contrattuali: la sua rivalutazione discende, afferma la Corte, da una norma comunitaria

³ Come già chiarito nella sentenza SSUU 6316/2009, in cui si richiama, a sostegno della decisione, la posizione della Corte di Giustizia; la quale “in numerose recenti decisioni ha riaffermato quest’obbligo, quanto alle direttive della Comunità, in modo incondizionato a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive alla direttiva; con la conseguenza che il giudice nazionale è onerato anche in tal caso di un’esegesi da svolgersi quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest’ultima” (in tal senso cfr., tra le molte, le sentenze 5 ottobre 2004, C-397/01-403/01; 22 maggio 2003, C-462/99, nonché 15 maggio 2003, C- 160/01; 13 novembre 1990, C-106/89).

⁴ Sentenza in causa C- 106/89 del 13 novembre 1990, Marleasing SA- la Commercial internacional.

incidente sull'ermeneutica delle norme interne. La norma in questione è l'art. 2 *quinqies* della Direttiva, che commina l'integrale privazione degli effetti del contratto eventualmente stipulato in casi specifici individuati attraverso una serie di rinvii ad altre disposizioni della stessa.

La valenza della connessione si riverbera inoltre sul rispetto dell'art. 103 Cost.: la cognizione degli interessi legittimi al corretto svolgimento della gara da parte del giudice amministrativo non potrebbe dirsi piena ove non comprendesse le richieste di tutela dei diritti inerenti ai rapporti contrattuali discendenti dall'abuso di poteri della p.a.⁵

E' doveroso in questa sede sottolineare che l'interpretazione adeguatrice della normativa interna sugli appalti, alla luce di principi costituzionali e comunitari, operata dalla Corte di Cassazione, costituisce un'anticipazione in via pretoria degli esiti dell'iter legislativo avviato in vista del recepimento della Direttiva CE 2007/66, segnato da:

a) l'approvazione della legge 88/2009 con cui il Parlamento all'art. 44 ha delegato il Governo a provvedere alla trasposizione della disciplina comunitaria;

b) l'elaborazione di una bozza di decreto legislativo su cui si era appena espressa la Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato⁶.

c) l'emanazione del d.lgs. n.53 del 20 marzo 2010⁷, che pur conservando i tratti essenziali della disciplina disegnata dalla Direttiva, ne ha modificato alcuni aspetti pur non marginali.

Il ruolo di assoluta centralità ascrivito al giudice amministrativo è pienamente conservato: l'art. 9 della nuova normativa – che inserisce l'art. 245 bis nel codice dei contratti pubblici – sancisce che “il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto”, e prosegue con l'elencazione dei casi in cui ciò è consentito (mancata pubblicazione del bando, procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi previsti, violazione del termine dilatorio o della sospensione obbligatoria di cui all'art. 11, comma 10 e 10ter).

Contro lo spirito conservatore del disegno, invece, il Legislatore delegato sceglie di non attribuire al giudice amministrativo anche una giurisdizione di merito, benché la delega consentisse questa possibilità: la scelta è condivisa dalla Commissione speciale presso il Consiglio di Stato, che, come detto, si è espressa sullo schema di decreto legislativo.

D'altronde non può ritenersi espressione di un sindacato di merito la possibilità accordata al G.A. di scegliere, a fronte della sopraggiunta caducazione degli atti di gara, tra più rimedi (inefficacia del contratto e sanzioni alternative): esso è piuttosto “l'esito di valutazioni effettuate in sede giurisdizionale sulla base di presupposti predeterminati dal legislatore”.

Diversamente, la Commissione esprime perplessità in ordine all'ulteriore affermazione della presunzione che la domanda di annullamento debba intendersi comprensiva della domanda di conseguire l'aggiudicazione. Per quanto ciò potrebbe considerarsi discendente direttamente dalla qualificazione tutta

⁵ Punto 4 della sentenza SS.UU. n.2906 del 10.02.2010.

⁶ Cons.Stato, parere 1 febbraio 2010 n. 368.

⁷ G.U. n. 84 del 12 aprile 2010; in vigore dal 27/04/2010.

italiana della patologia del contratto quale “inefficacia” - *sub specie* di caducazione automatica (la Direttiva parla infatti di generica “privazione di effetti del contratto”)- secondo il Collegio questa soluzione sarebbe difficilmente armonizzabile con il rispetto della volontà delle parti sintetizzata dal principio della domanda.

In effetti, ai sensi della Direttiva, la privazione degli effetti prescinde dalla domanda di parte, ma ciò non toglie che sia data rilevanza alla domanda di subentro nel contratto.

Il D.lgs. 53/2010 ottempera all’indicazione, prevedendo che, nel caso in cui il vizio dell’aggiudicazione non comporti l’obbligo di rinnovare la gara, e la domanda di subentro sia stata proposta dal ricorrente, il giudice possa farlo subentrare nel contratto.

Inoltre nel potere decisorio del giudice rientra, come consentito dalla Direttiva al paragrafo 2 dell’art. 2 *quinquies*, la valutazione della retroattività o irretroattività degli effetti della caducazione del contratto sugli obblighi contrattuali già adempiuti, con rilevanti effetti in punto di eventuale subingresso del ricorrente. Conformemente, l’art. 245-bis del Codice dei contratti pubblici, come modificato dall’art. 9 del D.lgs. 53/2010, affida al giudice che annulla l’aggiudicazione definitiva il compito di “precisare [...] se la declaratoria di inefficacia del contratto sia limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o operi in via retroattiva”.

Dunque, il decreto legislativo in commento esegue e perfeziona: così formulato, è entrato in vigore il 27 aprile 2010.

Dopo neanche un mese, il Tar Puglia, cui la Cassazione a Sezioni Unite aveva rimesso le parti, dichiara caducato il contratto di appalto definendo “vizio radicale del contratto” l’illegittima aggiudicazione e qualificando la caducazione quale risarcimento in forma specifica a favore del ricorrente⁸.

⁸ Tar Puglia Lecce, 12.05.2010, n. 1129.