

Mercoledì 1 giugno 2005

Dott. Franco Bianchi

*Alcuni casi di giurisprudenza sugli argomenti trattati**

Introduzione del Dott. Francesco A. Caputo : grazie al Presidente per aver accettato l'invito e soprattutto per aver altamente nobilitato il calendario delle lezioni.

Io ho conosciuto il Presidente come persona estremamente tranquilla e razionale nelle sue decisioni; per quanto mi posso esprimere da avvocato ma, diciamo, da persona che frequenta l'università, mi permetto di ritenerLa anche una intelligenza giuridica altamente innovativa, cioè, uno di quei magistrati che in Diritto amministrativo hanno il coraggio di reggere il passo con le possibilità che gli aggiornamenti correnti forniscono. Per cui come avvocato che opera prevalentemente su Roma, ho potuto considerare e apprezzare l'autorevolezza del Presidente Bianchi che è stato per anni Presidente della Sezione II – bis, se ricordo bene, del TAR Lazio. Ragion per cui è stato per noi anche motivo promozionale annoverarlo tra i nostri relatori.

Mi dispiace che ci siano ritardi per quanto concerne i discenti iscritti al nostro corso, noi comunque abbiamo il dovere di cominciare per non abusare anche della cortesia che ci fa il Presidente.

Un' argomentazione preliminare per quanto riguarda la legittimazione del nascente Istituto Etico per l'Osservazione e la Promozione degli Appalti sul quale ci siamo intrattenuti precedentemente nell'ipotesi di impugnativa avverso i bandi di gara. Devo dire che il Presidente in una certa misura mi ha tranquillizzato ritenendo sussistere una possibilità di legittimazione e, quindi, di interesse ad una eventuale impugnativa in pregio alla regolarità e alla trasparenza dei processi di affidamento e, quindi, delle procedure ad evidenza pubblica. E' chiaro che è un argomento che poi andrà approfondito; in linea di massima mi ha detto *camera caritatis* che questa legittimazione

potrebbe esserci; la cosa ci soddisfa perché ci dà la possibilità anche di andare avanti con questa idea progettuale.

Io la ringrazio anche affettuosamente, mi permetto di dire, a nome del Prof. Tedeschini che poi Le darà il cambio, rendendo, insieme alla Prof.ssa Serra, le conclusioni di questo seminario.

Dott. Franco Bianchi : Buona sera a tutti, grazie all'avvocato Caputo che conosco da tanti anni e stimo moltissimo. E' un avvocato diligentissimo. Sono contento di essere presente, come docente, in questa fase finale; per voi è l'ultima lezione di un Master tenuto su un argomento di assoluto interesse e di grande rilevanza: gli appalti di servizi e forniture, con tutto ciò che sta nei dintorni di queste materie e specificamente tutti i principali istituti generali dell'azione amministrativa.

Vengo adesso da un altro convegno tenutosi a Cassino, presenti il Prof. Scoca, il Prof. Cirelli Irucci e tanti altri; si parlava della nuova legge, n. 15, del febbraio di quest'anno, che ha modificato la "241".

Ho appreso oggi, che la legge n.15 del 2005, è già stata modificata.

La legge 15 ci riguarda molto da vicino; essa ha modificato la legge "241", sul procedimento, ritornando su parecchi istituti, sostanziali, processuali. Questa volta il Legislatore, oltre che curare e normare il procedimento, ha disciplinato gli istituti sostanziali dell'atto amministrativo e le sue forme di invalidità e questo è un fatto nuovo per il nostro ordinamento.

A proposito di questa nuova legge, n. 15/2005, il Prof. Caputo mi aveva suggerito di trattenermi in particolare sull'art. 10 bis, cioè, sul c.d. "preavviso di rigetto".

Conosciamo l'art. 7 della legge 241 del '90, l'avviso di procedimento che, con l'apporto determinante della giurisprudenza, è entrato incisivamente nell'ordinamento.

Voglio osservare che, se la giurisprudenza prima o poi riesce a sistemare in maniera uniforme, dal punto di vista dogmatico, gli istituti sostanziali, processuali disciplinati dalla legge, essa lascia però tante vittime sul campo. Non mi sembra, in generale, un buon sistema affidare sempre alla

Giurisprudenza, in via pretoria, di sistemare le Leggi: è il segno chiaro di un dissesto, di un disagio, di un sistema normativo imperfetto. Le tante vittime innocenti sul campo sono il costo inevitabile di leggi non fatte bene.

L'art. 10 bis della L. n. 241/90 (il c.d. "preavviso di rigetto") è un po' il controaltare, della norma sull'avviso di procedimento (l'art. 7 stessa legge).

L'avviso di procedimento è stato gradualmente esteso a quasi tutti i tipi di procedimenti amministrativi, con poche eccezioni. Per gli stessi provvedimenti vincolanti (per esempio l'ordine di demolizione) si è ritenuto viziante il mancato avviso di procedimento, ossia la non osservanza dell'art. 7 : il principio, divenuto ormai sovrano, è che bisogna informare sempre l'interessato, il destinatario dell'atto o gli altri soggetti sui quali l'atto può direttamente influire, per avvertirli che si sta emanando, nei loro riguardi, un dato provvedimento. Rimanevano esclusi dall'avviso di procedimento, i soli procedimenti ad iniziativa di parte.

E' intervenuta la legge n. 15 che ha introdotto il c.d. "preavviso di rigetto".

Dopo la domanda, compiuta l'istruttoria, se il Responsabile del procedimento, o chi per lui, si orienta per una soluzione negativa, deve previamente darne comunicazione, in maniera puntuale, al destinatario dell'atto.

Vedremo cosa dirà la giurisprudenza. La previa comunicazione all'interessato deve essere certamente esauriente, deve far comprendere, non certamente in tutti i particolari, ma almeno nella sua conclusività, le emanande statuizioni.

Dovranno essere riassunti i principali elementi emersi in fatto e in diritto nel corso dell'istruttoria compiuta e dovrà assegnarsi un termine congruo, non meno di dieci giorni, per provvedere.

Questo modulo procedimentale non si applica ai procedimenti concorsuali e in materia di previdenza.

Lasciamo stare la materia di "previdenza": sembrano evidenti le ragioni della esclusione.

Vediamo ora le procedure concorsuali : trattasi di procedimenti d'ufficio, in quanto vi è un bando, emesso dalla Amministrazione, con il quale si apre la procedura, alla quale gli interessati chiedono di partecipare.

Il termine “procedure concorsuali” è onnicomprensivo, inglobando tutte le procedure dove si applicano le regole concorrenziali, le regole della selezione, dove c'è comunque una selezione fra più aspiranti che si candidano per conseguire un risultato.

Le procedure concorsuali, in materia di appalti, dovrebbero essere interamente escluse dall'ambito dell'art. 10 bis cit.. La primissima lettura di questa nuova norma dovrebbe essere in questo senso.

Intervento : *se noi abbiamo un funzionario che applica in maniera estensiva questa norma, nel senso che la applica anche alle procedure concorsuali, per esempio abbiamo un bando di concorso e una istanza del dipendente, il dirigente avvalendosi appunto di questa norma ti manda a dire che tu non sei ammesso per un qualche motivo: no?*

L'invio del preavviso, ancorché non previsto, non dovrebbe viziare il procedimento: *quod abundat non vitiat*. Dobbiamo però chiederci cosa si deve comunicare con il preavviso: la legge prevede che siano comunicate le motivazioni del diniego.

Intervento : *non è tanto la non ammissione, ma il fatto che andiamo a dire: io non ti ammetto per carenza di questo, ti sto preavvisando che sarai eluso e entro dieci giorni farai osservazioni e eventuali controdeduzioni, come prevede appunto la Legge 15. L'ho applicata anche a procedure concorsuali : ci possiamo ravvisare un vizio, qualcosa?*

Se la Stazione appaltante applica estensivamente questa norma, oltre l'ambito proprio della norma stessa, e mette in atto un'attività aggiuntiva nei confronti di tutti i soggetti che vertono nella stessa situazione, non ne dovrebbero discendere effetti vizianti: anche in questo caso *quod abundat non vitiat*, purchè non risulti alterata la *par condicio*. Anche alla luce della

241 e di altre norme contenute nel “157”, mi sembrerebbe un eccessivo formalismo interpretare in maniera viziante un’attività di questo genere. Considererei, tuttavia, di non metterla in atto. Diversamente, il rischio di alterare la *par condicio* diverrebbe alto e concreto. In una competizione, in una gara cominciare ad interloquire con l’Amministrazione può essere pericoloso. Questa sembra essere la ragione sostanziale perseguita dal Legislatore. Le procedure concorsuali, non essendo ad iniziativa di parte, restano quindi escluse dall’ambito dell’art. 10 bis cit.

In conclusione, il dettato della norma consente questa interpretazione.

Prof. Francesco Petrino : *Riformulo la stessa domanda del signore di prima probabilmente perché forse c’è un equivoco di fondo. L’Amministrazione comunale, nel caso di specie, probabilmente dopo aver indetto l’appalto in concorso tra i partecipanti ritenga che nei confronti di una delle ditte concorrenti risulta essere in piedi una domanda per l’apertura di procedura concorsuale, noi sappiamo bene che la domanda di apertura di procedura concorsuale è un condizionamento che potrebbe, come nel caso della comunicazione giudiziaria dell’avviso di reato , concludersi con la sentenza, ma anche con l’archiviazione.*

L’Amministrazione, a fronte di un concorrente a rischio che nelle more dell’appalto potesse essere dichiarato fallito, con procedura concorsuale ha l’obbligo di prevenire questo fenomeno escludendolo dalla gara o è costretta a lasciarlo in gara a competere con gli altri, pur paventando il rischio che si potesse aprire una procedura concorsuale? Voleva dire questo, questo è il quesito sul quale vorrei da Lei una risposta.

Io penso che si debba lasciare la gara.

Prof. Francesco Petrino : *e se poi fallisce?*

Se poi fallisce, si vedrà, bisogna adeguare il procedimento.

Prof. Francesco Petrino: *se si apre la procedura concorsuale, si capisce che si crea un problema con la curatela; non si può neppure revocare il contratto perché potrebbe continuarla la curatela, ma in condizioni di impugnazione del mantenimento del contratto indipendentemente poi dai tempi.*

Comunque, il presupposto per escludere deve sussistere quando lo si valuta. Se non sussiste in quel momento bisogna ricorrere qualche volta a rimedi pratici; per esempio si manda più lenta la procedura.

Prof. Francesco Petrino: *poiché la domanda di procedura concorsuale consente agli istituti di credito di revocare gli affidamenti, alla stessa maniera dovrebbe consentire cautelarmene al committente di non avvalersi dei servizi di quella impresa perché è a rischio di essere dichiarata fallita. Quella stessa precauzione o prudenza che permette alla banca di revocare i crediti dovrebbe essere consentita all'Ente per revocare il contratto ovvero la partecipazione del soggetto perché in quel momento, pur avendo i requisiti, sino a quando non si concretizza la chiusura o l'archiviazione della procedura concorsuale, quel soggetto è un soggetto a rischio.*

Non so se l'essere un soggetto a rischio, possa costituire presupposto per sospendere.

Prof. Francesco Petrino: *A mio avviso sì. Un istituto creditizio italiano nel momento in cui un soggetto presenta non più i requisiti di affidabilità e, quindi, anche di referenze deve essere assolutamente messo in quarantena, questo è quello che fa il sistema bancario, anzi prima lo revoca e poi eventualmente si discute, non è che prima si discute e poi lo revoca. Mantenere per un'Amministrazione il rapporto in piedi alla partecipazione di una impresa nei cui confronti sono state rivolte domande per l'apertura concorsuale comporta per il committente il rischio di allungare i tempi e di*

imbarcarsi in un'avventura con la curatela per la cessione del contratto che la curatela potrebbe far continuare in attività da un proprio amministratore giudiziario nominato e, quindi, per l'Amministrazione significa entrare in complicazione di tempi, costi notevoli. Così come per le banche è previsto che il venir meno di un qualsiasi requisito di affidabilità, quale il protesto, la presentazione di istanze di fallimento e qualsiasi esecuzione, permette alla banca di revocare il credito, all'Amministrazione committente è consentito tra i motivi di esclusione menzionare anche quello della eventuale conoscenza della domanda di apertura di procedura concorsuale?

Forse in un bando si potrebbe inserire una disposizione di questo genere, ossia il non essere in corso alcuna procedura concorsuale, requisito questo che deve sussistere e deve permanere in tutta la durata del rapporto. Quindi, se viene meno questo requisito, viene meno a pena di esclusione.

Dott. Francesco Caputo : *il problema è se quell'attestazione resa in sede di confezionamento dell'offerta è valida o deve permanere nella sussistenza di tutta la durata del rapporto.*

Ma quell'attestazione è stata ritirata perché la banca revoca immediatamente.

Prof. Francesco Petrino :*può accadere che, ammesso che la banca revoca il credito, se ha già emesso una lettera di referenze, che il soggetto ha consegnato all'Ente committente, praticamente anche se la banca ha revocato subito dopo rimane in piedi questa referenza. L'Ente, venendo a conoscenza, deve essere in grado, a sua volta, di poter cancellare questa referenza.*

Dott. Francesco Caputo : *sulla sussistenza della regolarità a livello di tasse e previdenziale, dal momento in cui si è presentata la domanda di partecipazione o l'offerta fino al momento in cui magari la prestazione è in*

corso se il concorrente si aggiudica la gara, la questione è rimessa alla Corte di Giustizia. L'ha rimessa il Presidente Mastrocola quando era alla I° bis del TAR Lazio per una questione mia, dove mi ha dato ragione per una parte della sentenza (e per l'altra ha rimesso alla Corte di Giustizia), cioè la sussistenza del requisito soggettivo è sufficiente che sia tale al momento in cui si formula la domanda di partecipazione o si formula l'offerta e in questo caso deve permanere durante tutta la durata del rapporto?

Direi di sì.

Prof. Francesco Petrino: *deve permanere, chiedo scusa Professore, anche perché se così non fosse potrebbe crearsi un ulteriore problema, cioè, che l'impresa partecipante all'appalto nel momento in cui si ritrova tra le mani la partecipazione ad una gara e ha presentato tutti i propri requisiti che a quel momento erano ancora validi, dopo quindici giorni si ritrova con una domanda di procedura concorsuale può giocarsi il contratto di appalto nei confronti del giudice delegato al fallimento per dire : attenzione, noi in questo momento stiamo per prendere questo appalto e, quindi, salvate la mia impresa, siamo in condizione di fattibilità. Sicuramente forse all'amministrativista non può stare tanto bene, ma per chi si occupa di diritto commerciale si tampona un buco e si apre una falla, cioè, a volte i giudici delegati abboccano ovvero prendono per valida la documentazione di contratti in fieri, però poi subito dopo arrivano cinquanta istanze di fallimento e quell'impresa, comunque, va al fallimento. Chi ha affidato l'incarico si ritrova in un mare di guai.*

Tentiamo di risolvere questo quesito in base ai principi generali. Per esempio, abbiamo procedure selettive per la concessione di finanziamenti regionali, dove si richiede, pena l'esclusione, anche referenze bancarie. Queste referenze bancarie, a volte per ragioni di falsità, altre volte perché ci si accorge effettivamente dopo, vengono revocate dalla banca. In quel caso l'Amministrazione precedente dichiara improcedibile la domanda o, se ti ha

incluso in graduatoria, revoca la posizione in graduatoria. Sono gli effetti del venir meno del requisito. Dovremo ragionare anche qui, in questo modo. Queste condizioni di partecipazione possono essere inserite preventivamente in un bando di gara.

Per la lezione di oggi ho preparato due argomenti: non so se faremo in tempo a svilupparli entrambi. Il Titolo è questo: “Aspettando la Corte di Giustizia” sulla questione dell’*in house providing*, degli affidamenti diretti al di fuori delle procedure di gara. C’è anche un sottotitolo: “Il *de profundis* per le società a capitale misto è già stato cantato”. Altro sottotitolo potrebbe essere: “La mala sorte delle società a capitale misto”.

A me pare, questo, un argomento di grande interesse, perché ormai la corte di Giustizia scrive le leggi, l’esempio dell’art.113 e 113 – bis del Testo Unico degli Enti Locali, il 267, è l’esempio più evidente, almeno il comma 5, lett.b) e lett. c), sono state scritte per come li ha dettati la Corte di Giustizia. Non sono esempi unici in cui il Parlamento recepisce, per non sbagliare, lo stesso testo della Sentenza. Dispositivi di sentenze della Corte di Giustizia diventano leggi nell’ordinamento italiano. Questo è successo per le società a capitale misto con partecipazioni maggioritarie o minoritarie. E’ un tema sul quale potremmo dedicarci, interessandoci di questo art. 113, del T.U.E.L.

L’altro argomento ha per titolo “Aspettando la Plenaria”, che decida quali siano gli effetti dell’annullamento della gara sui contratti, nel frattempo stipulati, applicati, esecutivi etc. Che cosa succede in questi casi?

La giurisprudenza si è posta questa domanda. Attualmente, non c’è un indirizzo prevalente, si procede in maniera diversa. Il problema è di capire esattamente che fine fa il contratto stipulato, perché sembra che gli effetti dell’annullamento di una aggiudicazione trovino un muro invalicabile proprio nel contratto stipulato. Da una parte, si annulla, dall’altra parte, il muro del contratto impedirebbe di coglierne gli effetti.

La complessa problematica pende davanti alla Plenaria. E' stata così rimessa dalla IV Sezione, con Sent. del 21 maggio n. 3355, che costituisce anche un buon materiale di studio.

Si aspettano gli esiti. Penso che il Consiglio di stato stia ritardando la decisione anche strategicamente. In verità , si è aspettata anche la sentenza della Corte costituzionale (la "204") che ha tagliato molto in fatto di giurisdizione esclusiva.

In materia di pubblici servizi, non esiste più la giurisdizione esclusiva; per fortuna esiste ancora la giurisdizione piena, esiste poi un potere cognitorio pieno; c'è inoltre il risarcimento del danno sia in forma specifica che per equivalente.

Ritorniamo al tema : "La cattiva sorte delle Società miste", società a capitale pubblico o a capitale privato di un Comune o di un consorzio di comuni, con un socio privato, scelto anche con la gara pubblica.

Come è noto, il socio di una società mista, sia esso di maggioranza o di minoranza, deve sempre essere scelto con la procedura di gara, quindi, entra a far parte di questa società mista con una procedura ad evidenza pubblica. Questo punto di arrivo sembrava aver posto fine ad ogni problema. Sembrava aver trovato la formula magica per far incontrare, nell'interesse reciproco, il capitale pubblico con il capitale privato, quest'ultimo mosso dall'intento di guadagnare e dotato di managerialità, capacità imprenditoriale, efficienza e conoscenza del mercato. Sembrava un connubio perfetto!

L'art. 113 è norma di difficile lettura per riuscire a distinguerne i servizi di rilevanza economica.

Il 5 comma di questo articolo recita: "*l'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con riferimento alla titolarità del servizio*", ormai, nei testi di legge è frequente il riferimento alla normativa ed ai principi del diritto comunitario. Continua : l'erogazione può essere fatta : "*a società di capitale individuale attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica*"; "*a società a capitale misto pubblico privato*" (e qui vi è perfetta

coincidenza con il testo della Corte di Giustizia del '99 (sentenza Tekcal) “nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee” etc; poi “a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano”.

La corte di giustizia, non molto tempo fa, nel '99, affermò principi chiari, si preoccupò del profilo controllo, sia nelle società miste sia nelle società a totale partecipazione. Si preoccupò che l'affidamento diretto (che è una deroga alle regole del mercato e della concorrenza) avvenisse “*in house*”, con talune garanzie.

“*In house*” vuol dire “a casa propria”: una certa attività di nostra competenza, la svolgiamo in proprio con i nostri mezzi. Se, viceversa, ciò non è possibile, bisogna rivolgersi al mercato con una gara. Questo disse la Comunità credendo nel mercato e nella concorrenza.

Nel '99 si cominciò a dubitare delle Società miste, che apparvero un “escamotage”, in elusione della concorrenza e del mercato.

Nel '99, la Corte incominciò a dubitare e mise un primo freno, ponendo due requisiti per la legittimità degli affidamenti “*in house*” in favore delle società miste, siano esse a capitale pubblico totalitario o meno. Non fece, tra i due tipi di società, alcuna distinzione.

Il primo requisito richiesto riguardava l'esistenza di un “controllo analogo” esercitato dall'Amministrazione sulla società. Si rivelò subito difficile capire quando il controllo poteva ritenersi analogo a quello espletato nei confronti dei propri servizi e delle proprie strutture.

E' una società per azioni per la quale il Comune esercita poteri di gestione, di vigilanza, di controllo: controllo analogo.

Introdusse questo concetto del controllo analogo.

La Corte richiese, ancora, un altro requisito: che la Società svolgesse il servizio appaltato come parte prevalente della sua attività.

Questi i due requisiti richiesti per l'affidamento diretto in favore delle Società miste. Di seguito, il Legislatore italiano scrisse l'art. 113 proprio in funzione di come la Corte aveva statuito in sentenze. Ciò fece l'Ufficio Legislativo della Presidenza del Consiglio trasferendo il testo del dispositivo di sentenza in norme di legge.

Il 13 gennaio di quest'anno, con un'altra sentenza, la Corte di Giustizia ha dato il colpo di grazia, manifestando assoluto disfavore, nei confronti del capitale privato e del socio privato di società miste, ormai numerose in tutti i Comuni d'Italia.

La sfiducia è totale: una lira di capitale privato che va a confondersi con il capitale pubblico preclude l'affidamento *in house*. Non è questo il “*de profundis*” per le Società miste? Difficilmente la Corte torna indietro!

Non vi è più ragione per costituire società miste; una lira di capitale privato inquina.

Si dice: mentre il capitale pubblico realizza l'interesse pubblico, il capitale privato realizza il lucro e, quindi, deve misurarsi con le regole del mercato e della concorrenza.

Il connubio capitale pubblico e privato, che prima sembrava ottimale ed era stato osannato dall'Ordinamento perché portava esperienza, managerialità - senza contraddire particolari principi - adesso diventa altamente sospetto.

Tutte le norme relative (noi abbiamo l'art. 113, 5 comma 5, lett. B) “*capitale misto*” diventano disapplicabili.

Intervento: *da quando questo?*

Da subito!

Intervento : *quando è entrata in vigore, dico?*

E' un principio della Corte di Giustizia che, seppure reso nei confronti di altro Stato, vale *erga omnes* per tutti i paesi dell'Unione e, quindi, qualunque giudice è obbligato ad applicarlo.

Lo vedremo! Adesso, le società miste esistenti, alle quali sono stati affidati servizi locali (dai servizi finanziari ai servizi dei trasporti, del gas ecc.) che sono state istituite proprio per questo fine potranno sopravvivere?

Se la questione è ormai definita, perché ho intitolato la lezione "*Aspettando la Corte di Giustizia*"?

Pendono, infatti, presso detto Giudice due remissioni, fatte dal Consiglio di Stato e dal TAR di Lecce, quando ancora non si conosceva la sentenza tranciante del 13 gennaio 2005, che, se non erro, ha tolto dall'Ordinamento giuridico le Società miste, come possibili soggetti ai quali affidare *in house*, direttamente, al di fuori della gara, un servizio pubblico.

Non sono soggetti buoni, non sono soggetti terzi, non sono soggetti affidabili, non vanno bene perché c'è una lira di capitale privato. Se, invece, il capitale è tutto pubblico, il soggetto societario resta idoneo ad ottenere l'affidamento diretto di un servizio pubblico, purchè risulti controllato dal comune, in "forma analoga", come se fosse una struttura interna, una derivazione dell'Ente.

Anche lì il Consiglio di Stato continua a dubitare su cosa si intende per controllo analogo e ha rimesso la questione alla Corte..

Mi permetto di precisare che quando il capitale è pubblico, a meno che lo statuto e l'atto costitutivo della Società non siano malfatti, il "controllo analogo" è sempre ravvisabile!

Si aspetta, dunque, la risposta che dovrà essere data al Consiglio di Stato su questo punto, ma si aspetta ancora un'altra risposta che deve essere data al TAR Puglia – Bari. Verosimilmente, se il TAR Puglia avesse conosciuto la successiva tranciante sentenza del gennaio scorso, forse si sarebbe astenuto dallo scrivere tante pagine (una trentina) perché la questione mi sembra superata.

Il TAR di Bari ha dubitato che le Amministrazioni possono liberamente scegliere l'una forma o l'altra di affidamento, tralasciando il profilo della convenienza.

Si è così chiesto alla Corte di interpretarci alcune norme dei Trattati, proprio con riferimento alle norme sulla concorrenza. Poiché l'Ordinamento comunitario ha elevato a regola generale la gara, non può poi consentire deroga semplicemente costituendo una società, senza nemmeno motivare, in ordine alla convenienza.

Dott. Francesco Caputo : *se posso, Presidente, il TAR Liguria, da ultimo, adesso non ho gli estremi, ha richiamato questa sentenza della Corte di Giustizia e ha sostenuto che laddove a monte vien fatto l'esperimento della procedura concorsuale per la scelta del socio privato, a quella mista figlia di una gara ad evidenza pubblica potrebbe essere affidato in via diretta il servizio.*

Forse lo ha detto prima del 13 gennaio del 2005. La TREA Leuna del 13 gennaio 2005 è tranciante, è distruttiva. Conclusivamente, conviene però leggere proprio il dispositivo della sentenza: *“Nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 92/50”,- “come modificata dalla direttiva 97/52, con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private”.*

Possiamo ora trattare il secondo titolo della lezione odierna “Aspettando la plenaria”. Quando uscì la legge n. 205 del 2000, in pieno agosto dell'anno Santo, si diffuse subito un generale ottimismo fra i giuristi. Forse, nel corso del master, avete avuto anche occasione di parlare della legge di riforma del processo amministrativo, la n.205/2000, che ha esteso la giurisdizione esclusiva ad ambiti molto vasti; sembrava una manna scesa dal cielo per i giudici e gli avvocati amministrativisti. L'edilizia e l'urbanistica, intesa nel senso più ampio, fino a ricomprendere tutto il

governo del territorio, comprese le occupazioni, gli espropri, eccetto la tutela ambientale – paesaggistica; tutti i servizi pubblici, nazionali, regionali, comunali, locali (sono tantissimi) vennero affidati alla giurisdizione esclusiva del G.A. estesa, quindi, sia agli interessi legittimi che ai diritti soggettivi. Si ricompose in tale giurisdizione anche la materia degli appalti. Nell'euforia sono subentrate le prime difficoltà, c'è stata una generale alzata di scudi da parte del Giudice ordinario (Cassazione, Tribunale di Roma) che ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di costituzionalità di questa legge. La Corte ha sancito (con la Sent. n. 2004/2004) l'incostituzionalità della legge n.205 (art. 33 e 34, che ampliano la giurisdizione esclusiva) per violazione dell'art. 103 Cost. che fissa il criterio di riparto della Giurisdizione tra Giudice amministrativo e Giudice ordinario, noto come il criterio della situazione soggettiva. In estrema sintesi, il giudizio sulla attività potestativa, autoritativa, di imperio (che incide su interessi legittimi) resta affidato al giudice amministrativo: viceversa, l'attività paritetica della P.A. e tutta quella congiunta con l'autonomia di diritto privato, incidendo su diritti soggettivi, ha, come giudice, il Giudice ordinario. Questo criterio vige dal 1889, quando si istituì la IV Sezione del Consiglio di Stato; con la Sent. della Corte Costituzionale, siamo ritornati alle origini.

La Corte ha riscritto talune norme della L. n. 205. Capita frequentemente che le norme siano scritte un po' dalla Corte di Giustizia, un po' dalla Corte Costituzionale.

La Corte ha sottratto dalla giurisdizione esclusiva del G.A. i comportamenti della P.A. ed i servizi pubblici. Per gli appalti, tutte le controversie afferenti la fase pubblicistica, che termina con l'aggiudicazione, restano al G.A. Dopo l'aggiudicazione, interviene la stipula del contratto. Da questo momento nascono, tra le parti, diritti, situazioni giuridiche soggettive piene, la cui cognizione, in caso di contenzioso, va al G.O.. La gestione del contratto non costituisce più attività potestativa, in quanto l'Amministrazione non ha più una situazione di preminenza, di primarietà, di supremazia, emana atti non autoritativi.

Il pronunciato della Corte sulla incostituzionalità della legge 205, ha acuito un problema, peraltro già esistente.

La giurisprudenza, dal nord al sud, ha incominciato a pensare quale sia la sorte del contratto, dopo l'annullamento della aggiudicazione. Per una situazione analoga, quella del pubblico impiego, la giurisprudenza non ha mai esitato a riconoscere l'effetto automatico della caducazione del contratto di assunzione discendente dalla caducazione della graduatoria.

Nel caso del contratto di appalto sono sorti tanti dubbi. Ogni Tribunale ha detto la sua. E' cominciato anche un braccio di ferro tra Cassazione e Consiglio di Stato per cui ognuno ha reso le sue pronunce: annullato l'atto finale della fase pubblicistica, ci si è chiesti quali fossero gli effetti. Qualche effetto dovrà pur esserci; annullare un'aggiudicazione vuol dire cancellare l'atto con effetto retroattivo.

Si è cominciato a pensare alla annullabilità del contratto, secondo la tesi primitiva della Cassazione, ragionando, in senso civilistico, sull'incapacità di contrattare e sui vizi di formazione della volontà, il che consentiva di esperire l'azione di annullamento del contratto.

La P.A., accortasi di una illegittima aggiudicazione, poteva essa stessa chiedere l'annullamento del (successivo) contratto. E' una delle tesi dell'Ordinanza di remissione alla Plenaria. Stiamo aspettando il responso!

Dott. Francesco A. Caputo: *la norma espressa è sui servizi di ingegneria che il contratto rimane salvo no?*

L'art.14, adesso ci arriviamo.

Si sono costruiti tre indirizzi diversi, ognuno dei quali presenta dubbi ed inconvenienti. La tesi della Cassazione, circa la annullabilità del contratto, ha il grave inconveniente di richiedere 5 processi (due presso il G.A., primo grado e secondo grado, e tre presso il G.O.) per pervenire all'annullamento del contratto.

Altra tesi, più radicale, del Consiglio di Stato è quella della nullità assoluta del contratto, ai sensi dell'art. 1418 del Codice civile. Il TAR di

Napoli per primo sostenne questa tesi: quando si annulla l'aggiudicazione, vuol dire che sono state violate norme di un bando di gara, norme di legge, a volte anche norme di diritto comunitario, tutte disposizioni inderogabili, la cui violazione conduce alla nullità del contratto, che opera in via automatica, e senza prescrizioni di tempo; se si opta per l'istituto della nullità, lo dobbiamo trattare con il 1418, adattandolo al processo amministrativo.

Anche la tesi della nullità porta inconvenienti, perché abbiamo un contratto che rimane sottoposto a questa spada di Damocle, senza limiti di tempo, ad azione di "chiunque" abbia interesse, d'ufficio, da parte del giudice. In questa ipotesi il giudice amministrativo, annullata l'aggiudicazione per uno qualunque dei tanti vizi riscontrabili, ne trae immediatamente le conseguenze, nella stessa Camera di Consiglio, dichiarando nullo il contratto.

Nell'incertezza delle soluzioni, oggi gli avvocati chiedono contestualmente la nullità, l'annullabilità e l'inefficacia del contratto.

Dott. Francesco Caputo : *il prof. Tedeschini mi ha insegnato "ogni misura consequenziale al caso di specie".*

Vediamo la terza tesi, di natura ibrida. Osservato che l'annullabilità obbliga a fare 2 processi presso il G.A. e 3 presso il Giudice ordinario, che la nullità, di cui all'art. 1418 C.C., lascia, comunque, delle incertezze applicative, si è ritenuto più agevole applicare gli istituti propri del processo amministrativo, l'invalidità caducante, ossia l'invalidità che deriva da altri atti, in via automatica; è illegittima l'aggiudicazione, che costituisce atto presupposto del contratto, ne discende, quindi, l'inefficacia sopravvenuta del contratto oppure caducazione.

Anche questa tesi offre qualche difficoltà: il concetto di inefficacia sopravvenuta va bene nel processo amministrativo, non altrettanto se riferita ad un contratto, il quale cade per difetti genetici o funzionali.

La sentenza della IV sezione del Consiglio di Stato (Relatore Deodato) la n. 3355 del 21 maggio 2005, fa il punto di tutta la problematica.

Al fondo del problema, vi è il tema dell'affidamento del terzo e le probabilità applicative degli articoli del Codice Civile, il "23" e il "25", secondo cui le conseguenze derivanti da atti di una persona giuridica privata dichiarati illegittimi non producono effetti sui destinatari e sui terzi, in buona fede.

L'Amministrazione non è persona giuridica privata, quindi come si può affermare il principio?

Personalmente, sul tema, ritengo che, avendo a che fare con un contratto, sarebbe più naturale parlare della inefficacia sopravvenuta e della caducazione automatica, da pronunciarsi con una sentenza dichiarativa emessa dallo stesso giudice che ha annullato l'aggiudicazione. La problematica è aperta e la Plenaria dovrà chiarire che sorte avrà il contratto di appalto, all'esito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Un quesito apposito, che dovrà essere sciolto dalla Plenaria, riguarda la giurisdizione, alla luce della sent.n.204/04 della Corte Cost.: l'accertamento successivo all'annullamento dell'aggiudicazione chi lo compie? : il G.O. o il G.A.?

La giurisdizione esclusiva, confermata dalla "205", attiene alle procedure di affidamento che terminano con l'aggiudicazione.

Quest'ultima potrebbe configurare un atto dal duplice contenuto, costituendo il termine della fase pubblicistica e, nel contempo, la volontà stessa del contrattare, sulla base dell'offerta presentata ed accettata dall'Amministrazione.

Per quanto riguarda le opere pubbliche strategiche, quelle della legge 443 del 2001 e del D.Lgs. 190/2002, si è stabilita una bella corsia preferenziale, ad opera dell'art. 14 del D.Lgs n. 190 del 2002.

La norma stabilisce che qualunque sia il vizio che inficia l'aggiudicazione, il contratto resta valido ed efficace; l'opera va avanti; non c'è spazio, in questo caso, per il risarcimento in forma specifica e per la tutela reintegrativa; resta il risarcimento per equivalente. Il G.A. potrà solo quantificare il danno in tutte le possibili tipologie che voi conoscete: quello morale, la perdita di *chance*, quello emergente, il lucro cessante, il danno

esistenziale. L'opera sarà comunque completata dall'aggiudicatario illegittimo!

Osserviamo: se l'Ordinamento, per le opere strategiche e soltanto per quelle, sancisce che l'annullamento dell'aggiudicazione non porta all'annullamento del contratto, si tratta di una deroga al principio generale. Il principio generale, valido per ogni altra opera, è, invece, il consequenziale annullamento del contratto. L'eccezione adottata per le opere strategiche porta con sé l'immediato inconveniente di dover pagare due volte, per la stessa opera: l'aggiudicatario illegittimo che, andando, comunque, avanti nella esecuzione dell'opera, dovrà essere ompensato e l'aggiudicatario virtuale, che, non potendo eseguire l'opera, ne pretenderà il compenso, a titolo di risarcimento del danno per equivalente.

Dott. Francesco Caputo : *Loro, essendo amministratori che gestiscono le gare per il Comune di Tivoli, quindi, con tutto il rispetto, fanno opere che non rientrano nelle grandi infrastrutture, rischiano di essere soggetti alla caducazione del contratto, quindi, le loro responsabilità sono maggiori? Volevo, ecco, se voleva dire loro qualcosa su questo e soprattutto su quella Circolare del Ministero delle Infrastrutture di cui noi abbiamo parlato sia in tema di lavori sia in tema di servizi e forniture: disponeva e dispone tutt'ora trenta giorni di tempo tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto proprio per consentire eventuali impugnative e poi per non ritrovarsi la caducazione del contratto.*

Non conosco la citata Circolare delle Infrastrutture; mi chiedo: cosa è? Un mero suggerimento?

Dott. Francesco Caputo : *sulla portata tassativa se ne discute, insomma. Dice trenta giorni dopo l'aggiudicazione in modo tale che eventuali ricorsi non andranno ad incidere eventualmente.*

La L. n. 205/2000, con l'art. 23 bis, vuole che i ricorsi in materia di appalti, i quali rivelino in sede cautelare evidenti profili di fondatezza, siano decisi nel merito alla prima udienza, decorsi i 30 giorni dalla Camera di consiglio. Quando le Amministrazioni possono, aspettino pure di stipulare contratto, all'esito del giudizio, che rende tutti più tranquilli in punto di responsabilità per eventuale risarcimento danni.

Dott. Francesco Caputo : *spero che il codice unico, questa legislazione unica in materia di appalti ci porti proprio ad abrogare quelle norme della Contabilità di Stato. Noi questo lo abbiamo sostenuto anche dando un taglio filosofico alla problematica, è arrivata intanto la Prof.ssa Serra, sull'applicazione di un regio decreto di ottanta anni fa. Questa sicuramente è anche una distorsione che ha uno sfondo anche filosofico, se mi posso permettere.*

Ritornando ai temi della lezione, dal titolo "Aspettando la Plenaria", mi sembra di non aver ancora trattato tutti i profili inerenti alla giurisdizione. Resta da chiederci: il Giudice amministrativo può condannare l'Amministrazione ad aggiudicare? Cioè, ad emettere un provvedimento favorevole al ricorrente, dopo l'accoglimento del ricorso? All'annullamento dell'aggiudicazione consegue l'obbligo conformativo dell'Amministrazione di riprendere il procedimento dall'ultimo atto valido. Scomparso l'aggiudicatario illegittimo, il G. A. può spingersi oltre e, quindi, emettere una pronuncia costitutiva, che condanni al rilascio di un provvedimento favorevole, e che aggiudichi ad altro concorrente l'appalto?

In base ai principi generali, dobbiamo escludere la condanna ad un "facere"; nessun giudice si può sostituire all'Amministrazione, per norme antiche, quelle del 1865. Il G.A. può annullare gli atti, se li ritiene illegittimi ma, all'effetto demolitorio segue soltanto l'obbligo conformativo, a carico dell'Amm/ne.

Salutiamo il Prof. Tedeschini.

Condannare ad un *facere*, ad aggiudicare la gara con una pronuncia costitutiva, mi sembra un traguardo troppo avanzato che scassa il sistema perché ci sostituiamo così all'Amministrazione. Però la tutela risarcitoria in forma specifica implica una *restituito in integrum*; dopo la pronuncia della Corte Cost. la giurisdizione del G.A. è piena; il risarcimento non è materia nuova, è conseguenza di un articolo della Costituzione, il 24, è l'effettività della giustizia: senza risarcimento un annullamento vale poco. In sintesi, l'obbligo conformativo dell'Amministrazione permane, però il G.A. deve garantire anche di poter eliminare tutte le conseguenze pregiudizievoli.

Ci sono argomentazioni forti per poter andare avanti in Plenaria, soprattutto nel caso degli interessi oppositivi. Non so se ora sia utile ricordare la distinzione degli interessi legittimi in oppositivi e pretensivi.

L'interesse oppositivo è l'interesse del ricorrente a conservare quello che ha (per esempio concessione edilizia, una autorizzazione di commercio, ecc..) Il Comune ne ha disposto l'annullamento; l'interessato vuole conservare il titolo che ha; questo è interesse oppositivo: far rientrare nel proprio patrimonio giuridico quello che si aveva.

L'interesse pretensivo, invece, è un interesse ad una pretesa, cioè, a conseguire un qualcosa che ancora non si ha. Abbiamo presentato una domanda per un permesso di costruire, una domanda di concessione, od altro. Nasce per noi un interesse, una aspettativa a conseguire il titolo. Questo è l'interesse pretensivo!

La eventuale condanna ad un "*facere*" in presenza di interessi pretensivi, si presenta ancor più complessa. In tutti i possibili esiti, restiamo fiduciosi, "aspettando la Plenaria"!

** Alla lezione hanno partecipato, in doveroso rispetto, alcuni Docenti del Seminario fra cui il Dott. Francesco Caputo e il Prof. Francesco Petrino, autori di alcuni specifici interventi.*