



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO

Relazione tematica ricorso n. 27443/2011 (Rif. foglietto n. 171/2012)

Rel. n. 170

Roma, 28 settembre 2012

Oggetto: GIURISDIZIONE CIVILE – GIURISDIZIONE ORDINARIA E AMMINISTRATIVA – IN GENERE – Contratto della P.A. stipulato all’esito di procedura di evidenza pubblica – Annullamento in autotutela degli atti della procedura di evidenza pubblica – Controversia relativa – Giurisdizione del giudice ordinario o del giudice amministrativo.

GIURISDIZIONE CIVILE – GIURISDIZIONE ORDINARIA E AMMINISTRATIVA – IN GENERE – Procedura di affidamento in materia di pubblici servizi – Contratti pubblici – Giurisdizione esclusiva ex art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, del d.lgs. n. 104 del 2010 – Limiti – Riflessi sulla validità ed efficacia del contratto dell’annullamento in autotutela degli atti della procedura di evidenza pubblica – Controversia relativa – Giurisdizione del giudice ordinario o del giudice amministrativo.

GIURISDIZIONE CIVILE – STRANIERO (GIURISDIZIONE SULLO) – IN GENERE – Deroga convenzionale alla giurisdizione italiana – Giurisdizione sul provvedimento della P.A. di annullamento in autotutela degli atti di una procedura di evidenza pubblica in un momento successivo alla stipulazione del contratto – Giurisdizione sulla validità ed efficacia del contratto a seguito dell’annullamento in autotutela degli atti del procedimento di evidenza pubblica – Pattuizione di proroga a norma dell’art. 23 del Regolamento CE n. 44/2001 – Validità ed efficacia – Limiti.

Questioni oggetto della relazione:

- 1) Se difetti la giurisdizione del giudice amministrativo in relazione alle controversie riguardanti l’esercizio del potere di annullamento in autotutela, da parte della Pubblica Amministrazione, degli atti di una procedura ad evidenza pubblica in un momento successivo alla stipulazione di un contratto, e, preliminarmente, se la Pubblica Amministrazione sia titolare di questo potere;*

- 2) *Se difetti la giurisdizione del giudice amministrativo in relazione alle controversie riguardanti la dichiarazione di inefficacia del contratto come conseguenza dell'annullamento in autotutela degli atti della procedura di evidenza pubblica;*
- 3) *Se difetti la giurisdizione del giudice amministrativo in relazione alle controversie in tema (a) di esercizio dei poteri di annullamento in autotutela, da parte della Pubblica Amministrazione, degli atti di una procedura di evidenza pubblica in un momento successivo alla stipulazione di un contratto e (b) di dichiarazione di inefficacia del contratto come conseguenza dell'annullamento in autotutela degli atti della procedura di evidenza pubblica, per effetto di un accordo di proroga stipulato a norma dell'art. 23 del Regolamento Comunitario n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000.*

SOMMARIO:

1. La vicenda processuale.
2. La posizione del problema: una questione di giurisdizione di diritto nazionale e di diritto internazionale privato.
- 3/I. La questione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo secondo il diritto nazionale: premessa.
- 3/II. La questione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo secondo il diritto nazionale: le disposizioni normative di riferimento.
- 3/III. La questione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo secondo il diritto nazionale: il potere della P.A. di procedere all'annullamento di ufficio degli atti della procedura di evidenza pubblica anche dopo la stipula del contratto e la giurisdizione del giudice amministrativo.
- 3/IV. La questione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo secondo il diritto nazionale: la giurisdizione sulla domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto come conseguenza dell'annullamento in autotutela degli atti della procedura di evidenza pubblica.
- 4.I. La questione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo secondo il diritto internazionale privato: premessa.
- 4/II. La questione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo secondo il diritto internazionale privato: le disposizioni normative di riferimento.
- 4/III. La questione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo secondo il diritto internazionale privato: ammissibilità e limiti di operatività degli accordi di proroga di giurisdizione in tema di contratti della P.A. stipulati all'esito di procedure di evidenza pubblica.
5. Osservazioni conclusive.

1. La vicenda processuale.

1.1. Con determinazione dirigenziale del 1° settembre 2006, l'Amministrazione della Provincia di Pisa stabiliva di effettuare una gara ufficiosa per l'individuazione di uno o più intermediari finanziari con i quali perfezionare un'operazione di ristrutturazione del debito per un importo complessivo fino ad Euro 99.870.000.

Con successiva delibera del 23 gennaio 2007, la Giunta Provinciale prendeva atto, approvandoli, dei lavori della commissione tecnica che individuava nell'istituto di credito Associazione temporanea di impresa Depfa Bank Plc – Dexia Crediop s.p.a. il soggetto con cui concludere l'operazione di ristrutturazione del debito, consistente nell'emissione di prestito obbligazionario al tasso Euribor + 0,063% e abbinamento di strumento derivato avente lo scopo di cautelare l'Amministrazione da variazioni incrementative eccessive dei tassi di interesse.

In seguito, intervenivano: a) la determinazione dirigenziale del 16 febbraio 2007, che affidava all'istituto di credito Associazione temporanea di impresa Depfa Bank Plc – Dexia Crediop s.p.a. l'operazione di ristrutturazione del debito secondo le modalità della delibera della giunta provinciale del 23 gennaio 2007; b) la delibera del Consiglio Provinciale di Pisa del 7 giugno 2007, che, in particolare, conteneva l'approvazione dell'operazione di ristrutturazione del debito nelle modalità precedentemente stabilite; c) la determinazione dirigenziale del 22 giugno 2007 che disponeva l'aggiudicazione definitiva dell'operazione alla luce di quanto stabilito nella delibera del Consiglio Provinciale del 7 giugno 2007.

Con ulteriore determinazione del 3 luglio 2007, l'Amministrazione Provinciale: -) individuava la tipologia di contratto derivato; -) approvava e stipulava sia l'Accordo Quadro elaborato da ISDA (International Swap and Derivates Association Inc.), contenente il Prospetto delle clausole analitiche, sia le strutture di tasso relative alla trasformazione dell'indebitamento formulate da Depfa Bank Plc – Dexia Crediop s.p.a.; -) dava atto che, in considerazione della volatilità dei tassi di mercato, i tassi definitivi delle operazioni sarebbero stati concordati tra le parti all'atto del perfezionamento delle operazioni stesse sulla base delle concorrenti condizioni di mercato.

1.2. Con determinazione del 29 giugno 2009, il Dirigente del Servizio Gestione Risorse Finanziarie ed Umane annullava di ufficio con efficacia retroattiva sia le determinazioni del 16 febbraio 2007 e del 22 giugno 2007, nella parte relativa all'operazione in strumenti finanziari derivati, sia la determinazione del 3 luglio 2007.

A base del provvedimento si rappresentava che le analisi di esperti avevano fatto emergere la violazione, nell'operazione, sia dell'art. 41 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, sia dell'art. 3 della Circolare Ministeriale del 27 maggio 2004.

In particolare, si assumeva che: -) la violazione dell'art. 41 della legge n. 448 del 2001 conseguiva al mancato rispetto del principio della convenienza economica ed era determinata dalla circostanza che il contratto di swap, invece di avere un valore iniziale pari a zero, aveva un valore negativo per l'Amministrazione e positivo per le

banche; -) la violazione dell'art. 3 della Circolare Ministeriale del 2004 derivava da uno squilibrio in danno della Provincia nella fissazione dei tassi di riferimento minimi e massimi; -) dette violazioni dipendevano dai cd. "costi impliciti" dello swap, come tali non calcolabili dall'Ente locale se non denunciati – ed in effetti mai denunciati – dalle banche proponenti il derivato; -) il costo implicito dello swap vanificava la convenienza dell'operazione; -) se la Provincia avesse avuto informazioni complete sui tassi di interesse dello swap sarebbe pervenuta ad un risultato di affidamento dell'operazione diverso da quello effettuato; -) l'art. 1, comma 136 della legge 30 dicembre 2004, n. 311, prevede espressamente la possibilità di annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari; -) il comportamento degli istituti di credito Depfa Bank Plc – Dexia Crediop s.p.a., consistente nel non rendere edotta l'Amministrazione pubblica circa i costi impliciti dei derivati proposti, era in violazione del principio di buona fede e correttezza.

Alla determinazione dirigenziale del 29 giugno 2009, poi, seguiva la deliberazione della Giunta Provinciale del 15 luglio 2009.

1.3. Con distinti ricorsi, Depfa Bank Plc e Dexia Crediop s.p.a. chiedevano al T.A.R. della Toscana l'annullamento della determinazione dirigenziale del 29 giugno 2009 e della deliberazione della Giunta Provinciale del 15 luglio 2009.

Gli istituti di credito deducevano, in particolare, che i precisati atti di autotutela erano illegittimi perché: -) viziati dall'omessa comunicazione di avvio del procedimento; -) posti in essere sulla base di una disciplina, quella di cui alla legge n. 448 del 2001 e della circolare ministeriale del 2004, relativa ai mutui degli enti locali, ma alla quale dovevano ritenersi estranee le operazioni di ristrutturazione dei debiti, tanto più che il derivato non era configurabile quale passività, né il valore dell'operazione poteva essere considerato come una commissione o un costo; -) privi di valutazione sui contrapposti rilevanti interessi privati. I ricorrenti, inoltre, affermavano in via pregiudiziale il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo italiano ed aggiungevano che, in ogni caso, gli effetti dei provvedimenti impugnati non avrebbero comunque potuto estendere i loro effetti ai contratti "medio tempore" stipulati, essendo gli stessi, in forza di apposita clausola contrattuale, assoggettati alla giurisdizione del giudice inglese (oltre che al diritto inglese).

La Provincia di Pisa, dal canto suo, proponeva due separati ricorsi nei confronti di Depfa Bank Plc e Dexia Crediop s.p.a. chiedendo al T.A.R. della Toscana la declaratoria di inefficacia del contratto in strumenti finanziari derivati stipulato il 4 luglio 2007.

1.4. Il T.A.R. della Toscana, con sentenza n. 6579 dell'11 novembre 2010, riuniti i ricorsi degli istituti di credito, in parte li accoglieva e in parte li rigettava.

Segnatamente, il giudice amministrativo di primo grado riteneva legittimi i provvedimenti di autotutela della Provincia di Pisa – che avevano annullato di ufficio le delibere di affidamento della ristrutturazione del proprio debito nella parte relativa all'operazione in strumenti finanziari derivati –, ravvisando una violazione dell'art. 41,

comma 2, della legge n. 448 del 2001, in quanto il contratto di swap, per garantire un equilibrio tra le parti, al momento della stipulazione, deve dare un differenziale pari a zero.

Il medesimo giudice, però, escludeva che i provvedimenti impugnati comportassero una automatica caducazione del contratto, poiché a tal fine era necessaria un'apposita pronuncia del giudice competente a conoscere dell'esecuzione del contratto, e che questo doveva individuarsi nel giudice ordinario.

Successivamente, con sentenza n. 154 del 27 gennaio 2011, il T.A.R. della Toscana, riuniti i ricorsi della Provincia di Pisa, li dichiarava inammissibili, richiamando la precedente sentenza n. 6579 del 2010, laddove affermava che il giudice competente a decidere sull'inefficacia dei contratti era esclusivamente quello ordinario.

1.5. Avverso la sentenza n. 6579 del 2010 proponevano appello Depfa Bank Plc e Dexia Crediop s.p.a., che, con motivi pressoché identici, lamentavano innanzitutto l'omessa pronuncia sull'eccezione di difetto di giurisdizione, derivante dalla nullità e inesistenza dei provvedimenti impugnati, in quanto incidenti sui contratti e fondati su motivi attinenti a vizi della volontà contrattuale, piuttosto che alla fase di evidenza pubblica della scelta del contraente. Deducevano, inoltre, l'illegittimità dei provvedimenti impugnati: -) per violazione dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento; -) per essere stata l'autotutela esercitata in difetto dell'attualità dell'interesse pubblico, di una comparazione degli interessi in rilievo e di un tempo ragionevole dall'aggiudicazione; -) per essere inapplicabile l'art. 41 della legge n. 448 del 2001 ai contratti di swap e al differenziale negativo – di cui si affermava l'insussistenza –, che non rientravano nella valutazione di convenienza economica dell'operazione.

La Provincia di Pisa, invece, proponeva appello sia contro la sentenza n. 6579 del 2010, sia contro la sentenza n. 154 del 2011, argomentando che l'annullamento dell'aggiudicazione, anche a seguito dell'autotutela, produce effetti caducanti sul contratto, e che in ordine a tale fattispecie sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

1.6. Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 5034 del 7 settembre 2011, riunendo gli appelli, ha accolto quelli proposti dalla Provincia di Pisa, e rigettato tutti i motivi di quelli proposti da Depfa Bank Plc e Dexia Crediop s.p.a., salvo l'ultimo motivo, nella parte relativa alla (in)sussistenza del differenziale negativo dei contratti di swap o comunque dello squilibrio economico iniziale della struttura del derivato, in relazione al quale ha disposto consulenza tecnica di ufficio, al fine di accertare la sussistenza del differenziale negativo nel contratto di swap o comunque di uno squilibrio economico iniziale tra le parti.

In particolare, con riferimento alla questione di difetto di giurisdizione sollevata dagli istituti di credito, il giudice amministrativo di secondo grado ha dapprima osservato, in linea generale, che: -) “anche in relazione ai procedimenti ad evidenza pubblica per l'affidamento di lavori, servizi e forniture, l'amministrazione conserva il potere di annullare il bando, le singole operazioni di gara e lo stesso provvedimento di

aggiudicazione, ancorché definitivo, in presenza di gravi vizi dell'intera procedura, dovendo tener conto delle preminenti ragioni di salvaguardia del pubblico interesse"; -) l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione non è precluso nemmeno dopo l'incontro delle volontà dell'amministrazione e del privato in ordine alla conclusione del contratto, poiché il "potere di autotutela trova fondamento nei principi di legalità, imparzialità e buon andamento, cui deve essere improntata l'attività della pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 97 della Costituzione, in attuazione dei quali l'amministrazione deve adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire"; -) "di fronte all'esercizio del potere di annullamento la situazione del privato è di interesse legittimo, a nulla rilevando che tale esercizio, in ultima analisi produca effetti indiretti su di un contratto stipulato da cui sono derivati diritti"; -) gli atti impugnati non risultavano affetti da alcun vizio di nullità o inesistenza di cui all'art. 21 septies della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Il medesimo giudice ha poi evidenziato, con riferimento al caso di specie, che: ---) i provvedimenti impugnati erano riconducibili all'esercizio del potere amministrativo di autotutela e non potevano essere qualificati come esercizio del potere negoziale di recesso, in quanto dichiaratamente determinati dalla constatazione dell'avvenuta violazione dell'art. 41 della legge n. 448 del 2001 e dell'art. 3 della circolare ministeriale del 2004; ---) il richiamo all'omessa informazione da parte delle banche in ordine ai "costi impliciti" dei contratti di swap era volto non a contestare la violazione di un obbligo precontrattuale, ma a spiegare "l'erroneo ed insufficiente apprezzamento incolpevole della convenienza economica che sola poteva giustificare l'intera operazione di ristrutturazione, ai sensi dell'art. 41 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 ..., e che, come tale, non rientrava nella 'causa' del contratto di swap, costituendone piuttosto il presupposto logico-giuridico", risultando ciò confermato anche dal riferimento all'art.1, comma 136, della legge n. 311 del 2004; ---) deve escludersi una negoziazione del contenuto dei contratti swap dopo l'aggiudicazione e prima della stipulazione, in quanto il bando di gara, lungi dal prevedere ciò, stabiliva che il contenuto fondamentale della complessiva operazione di ristrutturazione del debito dove essere contenuto nell'offerta tecnica, soggetta alla valutazione della commissione tecnica.

L'organo di appello della giustizia amministrativa ha quindi affermato "l'irrilevanza della clausola contrattuale contenuta nei contratti di swap" di deroga alla giurisdizione italiana in favore di quella inglese, in quanto detta deroga può avvenire solo in relazione alle cause vertenti su diritti disponibili, e quindi non anche a quelle relative al sindacato sul corretto esercizio del potere amministrativo; come conseguenza, ha affermato essere irrilevante anche la pendenza di controversia tra le parti davanti al giudice inglese.

Il Consiglio di Stato, inoltre, ha accolto gli appelli della Provincia di Pisa in ordine alla sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo sull'efficacia del contratto. Ha addotto a sostegno di tale conclusione il disposto degli art. 121 e 122 del codice del processo amministrativo, la cui disciplina era stata già preceduta nei medesimi termini da quella di cui al d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, precisando di ritenere "irragionevole" l'opinione che restringe l'applicazione di tali previsioni ai soli casi di

annullamento dell'aggiudicazione disposta in sede giurisdizionale, in quanto "ciò che conta, infatti, è il collegamento sostanziale tra i due atti, l'aggiudicazione e il contratto, i quali *simul stabunt simul cadent*, qualunque sia la sede dell'annullamento". Ha poi affermato la ragionevolezza della scelta legislativa della giurisdizione esclusiva in ordine a detta materia, in quanto relativa a controversie "caratterizzate da una inestricabile commistione di interessi, pubblici e privati, tra i quali è quanto meno problematico, se non impossibile, individuare posizioni di interesse legittimo e/o di diritto soggettivo". Ha quindi tratto anche da ciò conferma della "irrilevanza nella fattispecie in esame delle clausole contrattuali di deroga alla giurisdizione italiana", essendo tale deroga "configurabile solo per quanto attiene ai diritti indisponibili, ipotesi che non sussiste nel caso di specie, tant'è che lo stesso legislatore, nell'impossibilità di poter individuare con certezza una posizione di diritto soggettivo, ha ritenuto di dover affidare tali controversie alla giurisdizione a esclusiva del giudice amministrativo".

1.7. Contro la decisione del Consiglio di Stato hanno proposto due ricorsi per cassazione, formalmente distinti, ma identici nel contenuto, Depfa Bank Plc e Dexia Crediop s.p.a. "ex artt. 111 Cost. – 220 C.P.A – 362 C.P.C.", articolando quattro motivi.

Nell'impugnazione si procede innanzitutto ad un'ampia premessa in ordine ai fatti oggetto del processo. Si sottolinea, in particolare, che: -) gli atti di autotutela dell'Amministrazione Provinciale di Pisa, posti in essere a partire dal 29 giugno 2009, erano stati preceduti da un'azione civile promossa dalle due banche in data 26 giugno 2009, al fine di far accertare e dichiarare la validità dei contratti di swap, davanti la "High Court of Justice, Queen's Bench Division Commercial" Court di Londra, la quale aveva affermato la propria giurisdizione nel merito con sentenza del 25 maggio 2010, passata in giudicato in quanto non appellata; -) il contenuto dei contratti di swap era stato negoziato successivamente all'aggiudicazione della gara relativa alla ristrutturazione del debito; -) l'orientamento seguito dal Consiglio di Stato consentirebbe alla P.A. di scegliere la giurisdizione, attivando un procedimento di autotutela, anche se palesemente infondato.

Nel primo motivo, si lamenta che la cognizione della controversia sarebbe di spettanza del giudice ordinario in quanto la lite avrebbe ad oggetto questioni inerenti alla esecuzione, o, in subordine, alla stipulazione del contratto. Si segnala, in particolare, che la questione deve intendersi riferita alla fase dell'esecuzione, poiché essa attiene all'asserito squilibrio economico del contratto al momento della stipulazione, che l'istituto ricorrente avrebbe dovuto riequilibrare; se ne fa conseguire che, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, la giurisdizione è del giudice ordinario. In subordine, si rappresenta che, a non voler seguire tale assunto, la questione non può che essere riferita alla fase della stipulazione, perché l'effettiva disciplina del contratto di swap è stata definita – sulla base di una scelta della Commissione tecnica nominata dalla Provincia di Pisa effettuata tra diverse proposte formulate dagli istituti di credito, e di modifiche concordate tra le parti – solo all'esito di una contrattazione successiva alla gara per la

ristrutturazione del debito, in relazione alla quale “si richiedeva soltanto la previsione della stipulazione “a latere” di un contratto di ‘swap’”; dovendo tale contrattazione essere qualificata come di tipo privatistico, sarebbe possibile invocare eventualmente un vizio della volontà, ma non un vizio del procedimento di aggiudicazione, e ne conseguirebbe perciò la giurisdizione del giudice ordinario. In ulteriore subordine, si rileva che i provvedimenti della Provincia sarebbero non atti amministrativi, bensì negozi di diritto privato di recesso unilaterale da un contratto, non previsti da alcuna norma, e, in quanto tali, sottoposti alla cognizione del giudice ordinario.

Nel secondo motivo, si deduce che non esistono ipotesi di caducazione del contratto che non rientrino nelle ipotesi di nullità, annullabilità o risoluzione e che eventuali patologie dello stesso derivanti da un provvedimento di autotutela dovranno essere ricondotte a tali fattispecie, in ordine alle quali non vi è alcun dubbio circa la spettanza della giurisdizione al giudice ordinario. Si osserva, in particolare, che: ---) la sentenza impugnata fa discendere la caducazione degli effetti negoziali dall’esercizio dei poteri amministrativi, derivando così la giurisdizione del giudice amministrativo, e che, però, la stretta consequenzialità tra aggiudicazione della gara pubblica e stipulazione del contratto appartiene al novero delle “formule che non vanno al di là di una empirica descrizione del dato”; ---) il termine ‘caducazione’ è stato adoperato dal giudice amministrativo “in una accezione neutra”, sebbene lo stesso sia riferibile in ogni caso “all’area del contratto”, incidendo sulla fase esecutiva – o, al più, su quella costitutiva – dello stesso; ---) il richiamo alla convenienza economica come “presupposto” del contratto non esclude la giurisdizione del giudice ordinario, perché la convenienza economica attiene ai motivi del contratto, mentre la nozione di presupposto ricade nel campo dei requisiti soggettivi dei contraenti o dei vizi dell’accordo; ---) il richiamo nei provvedimenti di autotutela e nella pronuncia del Consiglio di Stato all’ignoranza incolpevole dell’Amministrazione in ordine ai costi impliciti come ragione dell’insufficiente apprezzamento della convenienza economica dell’operazione evidenzia il ricorso a categorie attinenti al regime del contratto; ---) la giurisdizione del giudice ordinario, incidendo sul contratto di swap, ne consentirebbe la correzione dello squilibrio iniziale, impedendo la caducazione di questo solo negozio nel contesto della più vasta ed unitaria operazione di ristrutturazione del debito, della quale potrebbe invece esaminare i vincoli di collegamento tra i vari atti.

Nel terzo motivo, si censura la mancata declaratoria del difetto di giurisdizione e si chiede una pronuncia che, cassando la sentenza del Consiglio di Stato, sancisca la giurisdizione del giudice ordinario, da individuarsi nella “High Court” di Londra attese le clausole concordate tra le parti e statuenti l’applicabilità al contratto del diritto inglese e la giurisdizione dei giudici di quella nazione (si riporta, in particolare, l’art. 13 dell’Accordo Quadro elaborato da ISDA, il quale dispone: “(b) *Scelta del Foro. Ogni azione legale, procedimento o disputa che potrà sorgere in relazione al presente accordo sarà devoluta dalle parti irrevocabilmente: (i) alla giurisdizione dei tribunali inglesi, se è espressamente previsto che il presente accordo sia disciplinato dal diritto inglese*”). Si osserva, analiticamente, che: ---) la validità e l’efficacia della convenzione di deroga (e proroga) della giurisdizione è espressamente riconosciuta dall’art. 23 del Regolamento comunitario n. 44 del 2001; --) l’unico limite all’applicazione di tale norma è costituito dall’art. 1 del medesimo

Regolamento, secondo cui le disposizioni da esso dettate riguardano la “materia civile e commerciale, indipendentemente dalla natura dell’organo giurisdizionale”, ma non anche la materia “fiscale, doganale ed amministrativa”; ---) le nozioni di “materia civile e commerciale” e di materia “amministrativa”, secondo la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, si individuano in forza di un’interpretazione autonoma rispetto agli ordinamenti nazionali ed indipendentemente dalle eventuali ripartizioni di competenza tra le varie giurisdizioni esistenti nei singoli Stati; ---) esorbita dalla materia civile, secondo la giurisprudenza comunitaria e la dottrina, solo ciò che non è strettamente attinente ad una manifestazione autoritativa del potere pubblico; ---) a norma dell’art. 27 del Regolamento n. 44 del 2001, la preesistente pendenza davanti al giudice inglese della controversia relativa a domande aventi il medesimo oggetto ed il medesimo titolo, avendo detto giudice affermato la sua giurisdizione, imponeva comunque la dichiarazione di incompetenza da parte del Consiglio di Stato.

Nel quarto motivo, infine, si censura l’argomento – ritenuto implicito – del Consiglio di Stato, secondo cui le norme degli artt. 121 e 122 del codice del processo amministrativo prevarrebbero su quelle del Regolamento comunitario n. 44 del 2001, in quanto sono queste ultime a prevalere su quelle nazionali. Si richiede, inoltre, ove reputato necessario, la rimessione alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea della questione relativa all’ambito di applicazione dell’art. 23 del citato Regolamento comunitario ed al suo eventuale conflitto con gli artt. 121 e 122 c.p.a.

1.8. La Provincia di Pisa ha presentato controricorso.

Nell’atto, preliminarmente, si osserva che l’azione davanti al giudice inglese è stata proposta dalle banche solo dopo la comunicazione di apertura del procedimento di autotutela da parte della Provincia e si deduce l’inammissibilità del ricorso per cassazione: ---) per difetto di base giuridica, atteso il suo riferimento ad una norma in realtà inesistente, quale l’art. 220 c.p.a.; ---) per abuso di procedura in relazione alla richiesta rivolta alla Suprema Corte di accertare e dichiarare la giurisdizione del giudice di uno stato estero, non sussistendo alcun fondamento giuridico in proposito; ---) per violazione dell’art. 111, ultimo comma, Costituzione, dell’art. 362 cod. proc. civ. e dell’art. 110 cod. proc. amm., in quanto caratterizzato da una contestazione della sentenza impugnata “in fatto e nel merito”.

Si rappresenta, inoltre, che i contratti di swap stipulati tra l’Amministrazione e le banche sono disciplinati dal Codice dei contratti pubblici, e che il contenzioso relativo a tale tipologia di contratti – come assunto pacificamente dai giudici amministrativi di primo e secondo grado – è disciplinata dagli artt. 121, 122 e 133 del cod. proc. amm., i quali hanno recepito disposizioni contenute nella Direttiva comunitaria n. 66 del 2007.

Con specifico riferimento al primo motivo di ricorso, si rileva che: ---) la qualificazione operata dal Consiglio di Stato degli atti emessi dalla Provincia di Pisa come espressione del potere amministrativo di autotutela mediante annullamento, e non, invece, come espressione di un potere negoziale di recesso unilaterale dai contratti stipulati deve restare ferma, in quanto relativa a materia in cui il giudice amministrativo ha sicura giurisdizione; ---) la disciplina della giurisdizione in ordine

alla sorte del contratto dopo l'annullamento degli atti amministrativi prodromici è contenuta negli artt. 121, 122 e 133 cod. proc. amm., i quali danno attuazione, in particolare, all'art. 2 quinquies della Direttiva n. 66 del 2007; ---) non ha alcun significato riferire la controversia alla fase della stipulazione, in quanto nella procedura ad evidenza pubblica non è consentito riconoscere al momento della stipula un autonomo rilievo giuridico rispetto alle fasi precedenti.

Con particolare riguardo al secondo motivo di ricorso, si segnala che l'effetto caducante determinato sul contratto dall'annullamento degli atti amministrativi prodromici è questione regolata dalle norme dell'Unione Europea e dalle norme nazionali che hanno dato a queste attuazione, individuando nel giudice amministrativo l'organo competente a dichiarare "privo di effetti un contratto".

Con speciale richiamo al terzo motivo di ricorso, si espone che la questione oggetto della controversia è estranea al Regolamento comunitario n. 44 del 2001, poiché la lite attiene alla fase pubblicistica di evidenza pubblica, il tema della legittimità degli atti amministrativi prodromici al contratto ha costituito – non un aspetto accessorio ma – il fulcro della controversia, e la giurisprudenza della Corte di Giustizia esclude l'applicabilità della disciplina posta dal citato Regolamento quando la Pubblica Amministrazione abbia agito nell'esercizio di poteri pubblicistici.

Per quanto attiene al quarto motivo di ricorso, infine, si evidenzia non solo l'inapplicabilità del Regolamento n. 44 del 2001 alla fattispecie controversa, ma anche la stretta derivazione degli artt. 121 e 122 cod. proc. amm. dal diritto comunitario.

2. La posizione del problema: una questione di giurisdizione di diritto nazionale e di diritto internazionale privato.

2.1. Il ricorso solleva la questione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in ordine all'esercizio dei poteri di annullamento in autotutela, da parte della Pubblica Amministrazione, degli atti di una procedura di evidenza pubblica in un momento successivo alla stipulazione del conseguente contratto, ed alla dichiarazione di inefficacia di questo, avendo riguardo ad un duplice ordine di profili.

In primo luogo, si assume il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sia perché, una volta avvenuta l'aggiudicazione, le controversie atterrebbero alla fase di esecuzione o di stipulazione del contratto, in quanto tali rimesse alla cognizione del giudice ordinario, e comunque, dopo quel momento, gli atti dell'Amministrazione dovrebbero essere qualificati in termini privatistici e non pubblicistici, sia perché le discussioni sulla sorte del contratto riguarderebbero la patologia del medesimo, e quindi, anche sotto questo profilo, sarebbero di spettanza del giudice ordinario.

In secondo luogo, si afferma il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in forza di una previsione contrattuale – l'art. 13 dell'Accordo Quadro elaborato da ISDA, approvato dall'Amministrazione Provinciale di Pisa con determinazione del 3 luglio 2007 – che devolve le controversie relative al contratto ai giudici inglesi, in linea con la disciplina del Regolamento Comunitario n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000.

I due profili conservano tra loro reciprocamente autonomia, perché la soluzione accolta in relazione a ciascuno di essi può essere sufficiente, da sola, a far rilevare il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e a determinare la cassazione della sentenza impugnata.

3/I. La questione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo secondo il diritto nazionale: premessa.

3/I.1. La prima questione sollevata impone di esaminare se, alla luce della disciplina del diritto nazionale sui criteri di riparto e sulle attribuzioni del giudice amministrativo, spetti – o meno – al medesimo la cognizione delle controversie relative: 1) all'esercizio dei poteri di annullamento in autotutela, da parte della Pubblica Amministrazione, degli atti di una procedura di evidenza pubblica in un momento successivo alla stipulazione di un contratto; 2) alla dichiarazione di inefficacia del contratto come conseguenza dell'annullamento in autotutela degli atti della procedura di evidenza pubblica.

L'analisi della questione richiede preliminarmente di verificare se sia configurabile, in capo alla Pubblica Amministrazione il potere pubblicistico di procedere all'annullamento di ufficio degli atti di una procedura di evidenza pubblica in un momento successivo alla stipulazione di un contratto.

3/II. La questione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo secondo il diritto nazionale: le disposizioni normative di riferimento.

3/II.1. Con riguardo al potere della Pubblica Amministrazione di procedere all'annullamento di ufficio degli atti di una procedura di evidenza pubblica, specifica rilevanza rivestono le disposizioni di cui all'art. 21-nonies, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241, come inserito dall'art. 14, comma 1, della legge 11 febbraio 2005, n. 15, e di cui all'art. 1, comma 136, della legge 30 dicembre 2004, n. 311.

L'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990, rubricato "*Annullamento d'ufficio*", recita al comma 1: "*Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge*", cfr. **allegato A1**.

L'art. 1, comma 136, della legge n. 311 del 2004 statuisce: "*136. Al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante.*", cfr. **allegato A2**.

3/II.2.a. Per quanto attiene specificamente alla determinazione dell'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo, particolare importanza assumono le

disposizioni di cui agli artt. 7, 121, 122 e 133 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (cd. Codice del Processo Amministrativo), cfr. **allegato A3**.

3/II.2.b. L'art. 7 del d.lgs. n. 104 del 2010, rubricato "Giurisdizione amministrativa", in particolare, dispone: "1. Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni. Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico. --- 2. Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo. --- 3. La giurisdizione amministrativa si articola in giurisdizione generale di legittimità, esclusiva ed estesa al merito. --- 4. Sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma. --- 5. Nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall'articolo 133, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi. --- 6. Il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie indicate dalla legge e dall'articolo 134. Nell'esercizio di tale giurisdizione il giudice amministrativo può sostituirsi all'amministrazione. --- 7. Il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi. --- 8. Il ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa."

3/II.2.c. L'art. 121 del d.lgs. n. 104 del 2010, rubricato "Inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni", prevede: "1. Il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi, precisando in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva: (omissis) [segue l'elenco delle ipotesi, relative a violazioni connesse alla mancanza di gara o a gravi pregiudizi per la possibilità di far valere le proprie ragioni in sede giurisdizionale]. --- 2. Il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1 qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti. Tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale. Gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara. Non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla

dichiarazione di inefficacia. --- 3. (omissis). --- 4. Nei casi in cui, nonostante le violazioni, il contratto sia considerato efficace o l'inefficacia sia temporalmente limitata si applicano le sanzioni alternative di cui all'articolo 123. --- 5. La inefficacia del contratto prevista dal comma 1, lettere a) e b), non trova applicazione quando la stazione appaltante abbia posto in essere la seguente procedura: (omissis)”.

3/II.2.d. L'art. 122 del d.lgs. n. 104 del 2010, rubricato “Inefficacia del contratto negli altri casi”, stabilisce: “1. Fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta.”

3/II.2.e. L'art. 133 del d.lgs. n. 104 del 2010, rubricato “Materie di giurisdizione esclusiva”, sancisce: “1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori precisioni di legge: (omissis): e) le controversie: 1) relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative; (omissis)”.

3/II.3. E' utile rilevare che le disposizioni citate si pongono, almeno in parte, come attuative della Direttiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, cfr. **allegato A4**, e che la prima attuazione di tale direttiva nel nostro ordinamento nazionale è avvenuta mediante il d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, cfr. **allegato A5**.

3/III. La questione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo secondo il diritto nazionale: il potere della P.A. di procedere all'annullamento di ufficio degli atti della procedura di evidenza pubblica anche dopo la stipula del contratto e la giurisdizione del giudice amministrativo.

3/III.1. L'esistenza del potere della P.A. di procedere in autotutela all'annullamento di ufficio degli atti della procedura di evidenza pubblica anche dopo la stipula del contratto, e l'affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo in ordine all'impugnazione di tale tipologia di atti costituiscono affermazioni ampiamente diffuse sia nella giurisprudenza, ordinaria ed amministrativa, sia nella dottrina.

Non mancano, però, statuizioni ed opinioni differenti.

3/III.2.a. Nella giurisprudenza ordinaria di legittimità, già Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 1907 del 5 giugno 1956, Rv. 881283, cfr. **allegato B1**, aveva affermato il potere discrezionale della P.A. (nella specie, un Comune) di annullare di ufficio la delibera di concludere un contratto anche dopo l'avvenuta stipula del medesimo contratto da parte dell'organo competente e ne aveva derivato che apparteneva alla giurisdizione del giudice amministrativo la conoscenza delle questioni attinenti all'esercizio di tale potere.

Successivamente, il medesimo orientamento è stato ribadito, in particolare, da: Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 1752 del 13 aprile 1989, Rv. 462465, cfr. **allegato B2**; Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 4289 del 20 aprile 1991, Rv. 471775, cfr. **allegato B3**; Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 5179 del 12 marzo 2004, Rv. 571120, cfr. **allegato B4**; Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 13296 del 21 giugno 2005, Rv. 582152, cfr. **allegato B5**; Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza n. 4508 del 1° marzo 2006, Rv. 589156, cfr. **allegato B6**.

In maggior dettaglio, secondo la sentenza n. 1752 del 1989, cfr. **allegato B2**, la giurisdizione “spetta al giudice ordinario in relazione al rapporto privato, e spetta, invece, al giudice amministrativo per le controversie nascenti in seguito alla contestazione della legittimità dei provvedimenti che precedono, accompagnano e seguono la stipulazione del contratto (...) La posizione giuridica del privato, invero, manca della consistenza di un diritto soggettivo non solo prima ma anche dopo la stipulazione del contratto, in quanto l'interesse leso dall'annullamento non è un diritto antecedente alla emanazione dell'atto annullato né un diritto da questo derivato, ma è soltanto un interesse legittimo all'emanazione dell'atto stesso. Oggetto esclusivo della contestazione è proprio la legittimità di tale annullamento, cui si connette solo in via derivata, consequenziale e indiretta, la caducazione – per un motivo di nullità o di annullabilità, secondo le varie opinioni – del contratto privato concluso in attuazione della delibera. Ancorché influente in via mediata su tale negozio e sul rapporto e i diritti soggettivi che ne conseguono, il provvedimento di autoannullamento rimane un atto discrezionale della pubblica amministrazione, adottato nell'interpretazione e per l'attuazione di un superiore interesse pubblico. Per conseguenza, ove di tale provvedimento si contesti, come nella specie, non la carenza assoluta bensì l'irregolare esercizio del potere in relazione a determinati vizi di legittimità, viene in discussione non la liceità del comportamento della pubblica amministrazione, eventualmente lesivo di diritti soggettivi perfetti, ma soltanto la legittimità dell'azione amministrativa, incidente in via diretta e immediata, per l'asserita difformità da norme d'azione, soltanto su una posizione di interesse legittimo. (...) Pur ammettendo (...) che l'atto ablativo della delibera di autorizzazione dia luogo non alla caducazione ipso iure del contratto autorizzato e già stipulato, ma alla semplice annullabilità di esso, da far valere davanti al giudice ordinario per la necessità di far accertare, con pronuncia costitutiva, i limiti di effettiva incidenza dell'autoannullamento sul negozio privato, rimane pur sempre ferma la ratio che impedisce la cognizione del giudice civile intorno al vizio di legittimità dell'atto ablativo, costituente oggetto di autonoma contestazione davanti al giudice amministrativo, sia prima che dopo la stipulazione del contratto, i cui effetti ne sono sempre coinvolti soltanto in via derivata”.

Le conclusioni della sentenza n. 1752 del 1989 sono state espressamente richiamate e condivise dalla sentenza n. 4289 del 1991, cfr. *allegato B3*, per escludere che il giudice ordinario, nell'ambito di un giudizio promosso da un privato al fine di far accertare l'inadempimento contrattuale della P.A. e far condannare la stessa al risarcimento dei danni, possa procedere alla disapplicazione della delibera di annullamento di una gara d'appalto già conclusa con un provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Anche la sentenza n. 5179 del 2004, cfr. *allegato B4*, ha riconosciuto la spettanza alla P.A. del potere di procedere all'annullamento di ufficio degli atti amministrativi costituenti il presupposto di un contratto di diritto privato successivamente alla stipula dello stesso, "giacché l'autotutela ha avuto ad oggetto non il contratto ma (...) specifici profili di illegittimità della fase di scelta del contraente privato". Ha poi addotto, a supporto di tale conclusione, il disposto dell'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, il quale prevede che la P.A. possa, per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, recedere dagli accordi stipulati con i privati, e disciplinati dai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale o in sostituzione di questo: "se, dunque, in fattispecie definita con contratto di diritto privato, il pubblico interesse può essere nondimeno apprezzato anche in relazione ad esigenze ad esso sopravvenute, a maggior ragione esse possono esserlo anche con riguardo alla fase amministrativa precedente la conclusione del contratto". Ha inoltre precisato che: i "riflessi [dell'atto di autotutela] sul contratto dovranno essere esaminati dal giudice ordinario", e che, tuttavia, "se l'ordinamento non pone incompatibilità tra l'esercizio dell'autotutela e la già avvenuta conclusione del contratto, la posizione soggettiva del privato, a fronte del relativo atto autoritativo, si connota in termini di interesse legittimo, talché deve essere affermata la giurisdizione del giudice amministrativo".

Le medesime conclusioni sono state ribadite dalla sentenza n. 13296 del 2005, cfr. *allegato B5*, la quale, in particolare, ha osservato: "il generale potere di autotutela che compete alla pubblica amministrazione può essere legittimamente esercitato anche con riferimento agli atti amministrativi costituenti il presupposto di un contratto di diritto privato stipulato successivamente agli atti stessi e seguito dall'esercizio della autotutela, giacché, in tale ipotesi, l'autotutela ha per oggetto, non già il contratto ma, i provvedimenti adottati nel corso dell'iter procedimentale prodromico alla relativa stipulazione (...). Di conseguenza, essendo da escludere ogni incompatibilità fra esercizio dell'autotutela in relazione ai provvedimenti cennati ed avvenuta stipulazione del contratto, deve ritenersi che tale stipulazione non osti alla attribuzione alla giurisdizione (oggi esclusiva: art. 6 L. 21.VII.2000 n. 205) del giudice amministrativo delle cause, nel novero delle quali è ricompresa quella di che trattasi, riguardanti impugnative di provvedimenti adottati nel corso della procedura di affidamento in appalto di servizi pubblici".

Un puntuale richiamo ed una puntuale applicazione dei principi espressi dalla decisione appena citata sono stati poi effettuati dall'ordinanza n. 4508 del 2006, cfr. *allegato B6*.

3/III.2.b. Una soluzione non del tutto in linea con l'orientamento di cui si è appena detto, in particolare con il principio affermato dalla sentenza n. 4289 del 1991, cfr. **allegato B3**, è quella accolta dalla Corte di Cassazione, Sezioni Unite, nella sentenza n. 931 del 22 dicembre 1999, cfr. **allegato B7**.

Nella specie, la controversia aveva ad oggetto la domanda di esecuzione in forma specifica di contratti preliminari di compravendita di immobili stipulati sul presupposto di precedenti atti di assegnazione da parte dall'ESCAL (Ente Siciliano per le case ai Lavoratori), poi revocati in epoca di gran lunga successiva alla stipula dei precisati contratti. La Suprema Corte ha ritenuto la giurisdizione del giudice ordinario, osservando che: ---) “le posizioni assunte nel processo dalle parti inducono a ritenere che non si discuta del corretto esercizio, da parte della Pubblica Amministrazione, del potere di annullamento della delibera di assegnazione: che si controverta, invece, della validità e della perdurante efficacia del contratto di locazione con promessa di futura vendita”; ---) “valutare l'incidenza dell'annullamento dell'atto amministrativo rispetto al contratto privatistico, che del diritto fatto valere rappresenta il fondamento, costituisce una questione di merito relativa alla validità e alla perdurante efficacia del contratto di locazione con promessa di futura vendita. Orbene, pronunziare intorno alla sussistenza o no di una *condicio iuris*, che incide sulla validità iniziale del contratto, sul perdurare degli effetti legati al sinallagma funzionale e, in definitiva, sull'esistenza del diritto potestativo che legittima la richiesta di sentenza *ex art. 2932* cod. civ., è cosa ben diversa dal decidere circa il corretto esercizio del potere di annullamento di ufficio”.

3/III.2.c. Ancor più distante dall'orientamento di cui si è detto *supra*, al punto 3/III.2.a., può apparire il principio espresso dalla Corte di Cassazione, Sezioni Unite nell'ordinanza n. 8515 del 29 maggio 2012, cfr. **allegato B8**.

L'azione era stata proposta davanti al giudice amministrativo da un istituto di credito che aveva impugnato la nota degli amministratori di un Comune nella quale si comunicava che i contratti di finanza derivata stipulati dall'ente dovevano intendersi affetti da nullità, come anche tutte le delibere e le determine che ne fossero state effetto, data l'esistenza di costi occulti e la carenza della qualificazione dell'operatore. Il medesimo istituto di credito, poi, aveva proposto istanza di regolamento preventivo di giurisdizione.

La Corte ha premesso che l'individuazione della giurisdizione “deve essere compiuta alla stregua del criterio della consistenza effettiva delle situazioni giuridiche delle parti, prescindendo dalle prospettazioni e dalle richieste, eventualmente improprie, rivolte al giudice”. Ha poi osservato che “il rapporto dedotto in giudizio nella specie è di natura prettamente civilistica, derivando dalla conclusione di contratti – della cui validità nella sostanza si controverte, in seguito alle contestazioni sollevate in via stragiudiziale dal Comune (...) – eminentemente di diritto privato, che hanno posto le parti in posizione del tutto paritaria, nonostante la qualità di ente pubblico di una di loro, facendo sorgere per entrambe tipiche situazioni di diritto soggettivo”. Ha quindi concluso che “deve pertanto essere dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario”.

3/III.2.d. Per completezza, poi, anche in considerazione dei rilievi svolti nel percorso argomentativo della sentenza n. 5179 del 2004, cfr. **allegato B4**, sembra utile rappresentare che secondo la Suprema Corte: ---) gli enti pubblici, una volta stipulato il contratto, non possono revocare la propria precedente deliberazione di contrattare, perché vi è “carenza di un potere discrezionale di revoca di detta deliberazione dopo la conclusione del contratto, e (...) conseguente inidoneità della revoca medesima ad incidere su quelle posizioni di diritto soggettivo” (così Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 652 del 1° febbraio 1985, Rv. 438857, cfr. **allegato B9**); ---) la scelta della P.A. di non eseguire il contratto per sopravvenuti motivi di opportunità si deve considerare rientrare senza residui nell’ambito del potere contrattuale di recesso, previsto nel caso di contratto di appalto di opere pubbliche dall’art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario (in tal senso, v. Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 10160 del 26 giugno 2003, Rv. 564585, cfr. **allegato B10**, nonché Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 29425 del 17 dicembre 2008, Rv. 606214, cfr. **allegato B11**); ---) l’unico potere di tipo pubblicistico spettante all’Amministrazione nella fase successiva alla stipulazione del contratto, a parte la potestà di procedere all’annullamento in autotutela, attiene al recesso in conseguenza dell’informativa del Prefetto ai sensi dell’art. 10 del d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, al fine di soddisfare l’esigenza di evitare rapporti contrattuali fra i soggetti indicati nell’art. 1 del d.P.R. appena citato e imprese nei cui confronti emergono sospetti di collegamenti con la criminalità organizzata (così, specificamente, Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 21928 del 29 agosto 2008, Rv. 605932, cfr. **allegato B12**).

3/III.3. Nella giurisprudenza amministrativa, l’affermazione dell’esistenza del potere della P.A. di esercitare l’autotutela nei confronti degli atti delle procedure di evidenza pubblica anche dopo che il contratto si sia perfezionato costituisce principio indiscusso.

Numerosissime sono le decisioni che riconoscono il potere dell’Amministrazione di procedere all’annullamento di ufficio dell’atto di aggiudicazione definitiva, anche quando questa deve ritenersi che abbia determinato il perfezionamento del contratto¹, ed anche per vizi relativi al bando di gara o alle ulteriori operazioni, individuandone il “fondamento nel principio costituzionale di buon andamento che impegna la P.A. ad adottare gli atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire ed autorizza, quindi, anche il riesame degli atti adottati, ove reso opportuno da circostanze sopravvenute (ovvero da un diverso apprezzamento della situazione preesistente)”: così Consiglio di Stato, Sezione VI, n. 244 del 14 gennaio 2000, cfr. **allegato B13**; v., tra le tante, per identiche conclusioni e supporti motivazionali: Consiglio di Stato, Sezione IV, n. 6931 del 22 ottobre 2004, cfr. **allegato B14**; Consiglio di Stato, Sezione IV, n. 6456 del 31 ottobre 2006, cfr. **allegato B15**; Consiglio di Stato, Sezione V, n. 5427 del 10

¹ In effetti, in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, secondo l’art. 11 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, l’aggiudicazione definitiva non equivale, per la stazione appaltante, all’accettazione dell’offerta, per cui è sempre necessaria la successiva stipulazione.

settembre 2009, cfr. **allegato B16**; Consiglio di Stato, Sezione V, n. 8841 del 29 dicembre 2009, cfr. **allegato B17**; Consiglio di Stato, Sezione VI, n. 4864 del 26 luglio 2010, cfr. **allegato B18**; Consiglio di Stato, Sezione V, n. 7273 del 1° ottobre 2010, cfr. **allegato B19**; Consiglio di Stato, Sezione V, n. 4440 del 3 agosto 2012, cfr. **allegato B20**.

Va poi segnalata in particolare, la decisione del Consiglio di Stato, Sezione V, n. 11 del 4 gennaio 2011, cfr. **allegato B21**, che, dopo aver richiamato l'orientamento giurisprudenziale appena riportato, afferma: "E l'Amministrazione ha il potere di annullare l'aggiudicazione di un appalto pubblico anche dopo la stipulazione del contratto, in presenza ovviamente di adeguate esigenze di interesse pubblico. In tale evenienza e in virtù della stretta consequenzialità tra l'aggiudicazione della gara pubblica e la stipula del relativo contratto, l'annullamento giurisdizionale, ovvero, come nella specie, l'annullamento a seguito di autotutela degli atti della procedura amministrativa, comporta la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto successivamente stipulato, stante la preordinazione funzionale tra tali atti. Infatti il contratto non ha una autonomia propria ed è destinato a subire gli effetti del vizio che affligge il provvedimento cui è inscindibilmente collegato restando 'caducato' a seguito dell'annullamento degli atti che ne hanno determinato la sottoscrizione".

Si deve aggiungere, inoltre, che la giurisprudenza amministrativa, a differenza di quella ordinaria, ritiene configurabile in capo alla P.A., almeno in linea di principio, anche il potere di revoca in autotutela, sebbene sia ormai in corso l'esecuzione del contratto: v., esemplificativamente, Consiglio di Stato, Sezione V, n. 3463 del 28 maggio 2004, cfr. **allegato B22**, nonché Consiglio di Stato, Sezione VI, n. 1554 del 17 marzo 2010, cfr. **allegato B23**. Quest'ultima decisione, peraltro, si evidenzia anche perché, avendo la causa ad oggetto sia la domanda di annullamento della revoca dell'atto di aggiudicazione e degli altri atti di gara, sia la domanda di accertamento dell'esistenza del contratto, ha affermato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla seconda domanda, in quanto di natura tipicamente civilistica, e, invece, la sussistenza della medesima giurisdizione in ordine alla prima, siccome "il potere di eliminare gli atti amministrativi della serie di evidenza pubblica (...) sussiste anche in caso di esistenza del contratto".

3/III.4.a. La dottrina tende anch'essa, prevalentemente, a riconoscere in capo alla P.A: il potere di provvedere all'eliminazione in autotutela degli atti delle procedure di evidenza pubblica anche dopo la stipulazione del contratto e ad affermare in relazione al controllo sul suo esercizio la giurisdizione del giudice amministrativo².

² Per questo indirizzo, v.: R. De Nictolis, sub *Artt. 120-125 e 133, c. 1, lett. e*), in *Codice del processo amministrativo commentato*, a cura di R. De Nictolis, Torino, 2012, p. 2034-2037; F. Lattanzi, sub *Art. 133*, in *Codice del processo amministrativo*, a cura di R. Garofoli-G. Ferrari, tomo III, 2^a ed., Nel Diritto Editore, 2012, p. 2007; M. Immordino, in *Diritto Amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, 2^a ed., Torino, 2011, p. 443-444; F.G. Scoca, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro Amministrativo: TAR*, 2007, p. 811, cfr. **allegato C1**; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 589 (l'A., peraltro, a p. 594, precisa che il potere di revoca in autotutela degli atti di procedure di evidenza pubblica, atteso il tenore dell'art. 21-quinquies della legge 7 agosto 1990, n. 241, dovrebbe ritenersi limitato i soli casi in cui sia espressamente previsto dalla legge e

In particolare, a fondamento del potere in questione, si evidenzia che i relativi atti, definiti “atti di autotutela esterna”, incidono a monte sull’aggiudicazione, ossia sul provvedimento conclusivo della procedura di evidenza pubblica, e solo di riflesso sul contratto, ed hanno pertanto natura pubblicistica, essendo idonei a “degradare i diritti soggettivi ad interessi legittimi”³. Vi è, inoltre, chi aggiunge che il potere pubblicistico di agire in autotutela trova ulteriore sostegno, ed esplicita previsione, con riferimento al provvedimento di aggiudicazione definitiva, nel disposto di cui l’art. 11, comma 9, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163⁴.

Per quanto riguarda la giurisdizione, poi, ripetuta risulta l’affermazione che, in materia di atti di autotutela incidenti sulle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, vi è giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, alla luce, oggi, dell’art. 133, comma 1, lett. e), cod. proc. amm., e, precedentemente, dell’art. 6 della legge 21 luglio 2000, n. 205, in quanto si tratta di atti di secondo grado che incidono su procedure per le quali, appunto, è prevista la giurisdizione esclusiva⁵.

3/III.4.b. Vi è stato però anche chi ha contestato l’esistenza del potere della P.A. di “incidere sulla validità del contratto annullando d’ufficio un atto del procedimento di formazione del suo assenso alla formazione del contratto”⁶.

Si è in particolare rilevato che, se in passato la tesi favorevole alla configurabilità di tale potere era “opinabile”, “ora, dopo che la pubblica amministrazione è stata inserita nello Stato del mercato, nel quale la disciplina tipicizzata del consenso ha *in primis* la funzione di garantire un mercato delle opere pubbliche, dei pubblici servizi e delle pubbliche forniture, la disciplina del consenso è una disciplina tipicizzata di un’attività negoziale, indifferente alla natura del soggetto operante su di un determinato mercato, nella quale possono trovare posto provvedimenti di autotutela solo se espressamente previsti dalla legge. Non tutti gli atti amministrativi sono provvedimenti che ammettono l’autotutela, e, in particolare, non sono tali i negozi tipicizzati dalla legge per garantire l’esistenza e il corretto svolgimento di un’attività concorrenziale”⁷.

quando il privato abbia potuto influire sul contenuto del contratto); U. Di Benedetto, *Diritto Amministrativo*, Maggioli Editore, 2007, p. 714-717; M. Ragazzo, *L’autotutela amministrativa*, Milano, 2006, p. 371-372 e p. 407-408; F. Caringella, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2005, p. 510; F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008, p. 1305-1306; R. De Nictolis, *Affidamento di lavori, servizi e forniture*, in *Trattato di Giustizia Amministrativa*, vol. I, Milano, 2005, p. 796-801.

³ Così R. De Nictolis, sub *Artt. 120-125 e 133, c. 1, lett. e)*, cit., p. 2035-2037. Per analoghe indicazioni, v.: U. Di Benedetto, *Diritto Amministrativo*, cit., p. 715-716; M. Ragazzo, *L’autotutela amministrativa*, cit., p.371-372 e p. 407-408; F. Caringella, *Corso di diritto processuale amministrativo*, cit., p. 510; F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1305-1306; R. De Nictolis, *Affidamento di lavori, servizi e forniture*, cit., p. 797-801.

⁴ Cfr., specificamente, M. Immordino, in *Diritto Amministrativo*, cit., p. 443-444.

⁵ V. R. De Nictolis, sub *Artt. 120-125 e 133, c. 1, lett. e)*, cit., p. 2035; F. Lattanzi, sub *Art. 133*, cit., p. 2007; F. Caringella, *Corso di diritto processuale amministrativo*, cit., p. 510; F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1305-1306; R. De Nictolis, *Affidamento di lavori, servizi e forniture*, cit., p. 798.

⁶ Così F. Merusi, *Annullamento dell’atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro Amministrativo: TAR*, 2004, p. 577, cfr. **allegato C2**.

⁷ L’A., a sostegno di questa sua opinione si ricollega espressamente alla soluzione avanzata da G. Greco, *I contratti dell’amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano 1986, spec. p. 97-108, che configura gli atti della fase di formazione del contratto (delibera a contrattare, bando di gara, aggiudicazione) come atti amministrativi negoziali, in quanto tali privi del carattere dell’autoritarierà, ed omogenei, quanto a contenuto, agli atti negoziali dei privati.

Ulteriori perplessità circa la configurabilità in linea di principio del potere della P.A. di procedere all'annullamento di ufficio in autotutela sono state avanzate dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo⁸.

A sostegno di tale opinione si è addotto che: ---) mentre la nuova disciplina sulla caducazione del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione costituisce effetto direttamente derivante dalla legge, ed il potere del giudice di dichiarare l'inefficacia del contratto sussiste in quanto dalla legge espressamente previsto, non è rinvenibile alcuna disposizione attributiva di tale potere alla P.A.; ---) un'estensione analogica del potere di dichiarare l'inefficacia del contratto risulta ostacolata dall'essere la decisione del giudice ancorata a parametri "fortemente impregnati di 'giurisdizionalità' con particolare riferimento all'interesse del ricorrente al subentro, fattore sicuramente assente in sede di esercizio del potere di autotutela", in vista di una composizione degli interessi in conflitto sulla base del principio di proporzionalità, poco idonea ad essere rimessa alle valutazioni di una delle parti in contrapposizione; ---) l'esclusione del potere di incidere sull'efficacia del contratto rende di fatto inutile l'annullamento dell'aggiudicazione. Si è tuttavia osservato che tali perplessità verrebbero meno se si configurasse il contratto come accordo amministrativo, in relazione al quale vengono ad applicarsi gli ordinari effetti caducanti che derivano all'atto consequenziale dal venir meno dell'atto che ne costituisce l'unico presupposto⁹.

3/III.4.c. Nel contesto dell'autotutela sembra doversi collocare la disposizione di cui all'art. 1, comma 136, della legge n. 311 del 2004, cfr. *allegato A2*.

Questa previsione, infatti, consente esplicitamente, "*al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche*", di disporre "*l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi*", anche se questi incidano su "*rapporti contrattuali o convenzionali con privati*", fermo restando l'obbligo di tenere indenni questi ultimi dal pregiudizio patrimoniale che ne derivi, e sempre che il provvedimento non sia efficace da oltre tre anni.

In dottrina si è rilevato che la disposizione "costituisce una disciplina speciale dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio da parte dell'amministrazione"¹⁰, e "pare implicare la caducazione automatica del contratto stipulato sulla base di un'aggiudicazione antieconomica, oltre che antiggiuridica", ponendo come "idoneo contrappeso all'esercizio di un potere con effetti caducanti sul contratto, che altrimenti risulterebbe esorbitante e difficilmente giustificabile anche su di un piano di legittimità costituzionale", l'obbligo di indennizzo¹¹.

⁸ Cfr. E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, p. 266-268, cfr. *allegato C3*.

⁹ Su questa precisazione, E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, cit., p. 268.

¹⁰ Esattamente in termini, U. Di Benedetto, *Diritto Amministrativo*, cit., p. 716-717.

¹¹ Cfr. G. Greco, *La Direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2008, p. 1032, nota 6, cfr. *allegato C4*. L'opinione è poi ripresa da G. De Rosa, *Quale giudice può decidere la sorte del contratto a seguito di aggiudicazione annullata? L'impatto della direttiva ricorsi*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2010, p. 1039, nota 7, cfr. *allegato C5*.

3/IV. La questione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo secondo il diritto nazionale: la giurisdizione sulla domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto come conseguenza dell'annullamento in autotutela degli atti della procedura di evidenza pubblica.

3/IV.1. Questione distinta dalla precedente è quella relativa alla individuazione della giurisdizione competente a dichiarare l'inefficacia del contratto stipulato dalla P.A. in conseguenza dell'annullamento in autotutela degli atti della procedura di evidenza pubblica.

Per l'esame della stessa, in mancanza di riferimenti specifici, risulta utile l'analisi della tematica – estremamente dibattuta – riguardante la giurisdizione in ordine alla dichiarazione dell'inefficacia del contratto stipulato dalla P.A. in conseguenza dell'annullamento in sede giurisdizionale degli atti della procedura di evidenza pubblica, al fine di evidenziare profili di possibile interesse.

In ordine a tali aspetti, variegati risultano gli orientamenti della giurisprudenza, ordinaria e amministrativa, come della dottrina.

3/IV.2.a. Nella giurisprudenza di legittimità, anche dopo l'entrata in vigore della legge 21 luglio 2000, n. 205, che prevedeva la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di affidamento di lavori, servizi e forniture, si era consolidato l'orientamento secondo il quale spettava al giudice ordinario la cognizione dei riflessi sul contratto di appalto delle illegittimità della procedura amministrativa a monte, e non solo in caso di radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica, ma anche in caso di successiva “mancanza legale” dello stesso provocata dall'annullamento del provvedimento di aggiudicazione.

In particolare, Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 27169 del 28 dicembre 2007, Rv. 601050, cfr. **allegato B24**, ha posto a fondamento di tale affermazione il principio espresso dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004, cfr. **allegato B25**, secondo cui la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo può riguardare le sole posizioni di diritto soggettivo che si collochino in un'area di rapporti nei quali la P.A. agisce attraverso poteri autoritativi. La Corte ha infatti rilevato che, nella fase successiva alla conclusione del contratto, “i contraenti – p.a. e privato – si trovano in una posizione paritetica e le relative situazioni soggettive si connotano, rispettivamente, di diritti soggettivi e obblighi giuridici a seconda delle posizioni assunte in concreto. Sicché è proprio la costituzione di detto rapporto giuridico di diritto comune a divenire l'altro spartiacque tra le due giurisdizioni, quale primo atto appartenente a quella ordinaria, nel cui ambito rientra con la disciplina posta dagli art. 1321 e segg. cod. civ.; e che perciò comprende non soltanto quella positiva sui requisiti (art. 1325 e segg.) e gli effetti (art. 1372 e segg.), ma anche l'intero spettro delle patologie ed inefficacie negoziali, siano esse inerenti alla struttura del contratto, siano esse estranee e/o alla stesse sopravvenute: come si verifica appunto nelle fattispecie prospettate dalla sentenza impugnata in cui viene a mancare uno degli atti del procedimento costitutivo della volontà dell'amministrazione (deliberazione di contrarre, bando, aggiudicazione)”. Ha inoltre escluso che potesse sussistere la

giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo quale “conseguenza necessaria dell’annullamento giurisdizionale dell’aggiudicazione”, sia “perché vige nell’ordinamento processuale il principio generale dell’inderogabilità della giurisdizione per ragioni di connessione, salvo deroghe normative espresse non rinvenibili nella normativa in esame”, sia perché “la condizione di inefficacia e l’effetto costitutivo della caducazione del contratto (perciò stesso non assimilabile ad un mero atto di ritiro) non discendono dalla statuizione di annullamento adottata dal giudice amministrativo (che pur ne costituisce il presupposto necessario), ma derivano direttamente dalla legge (...) la quale, d’altra parte, ben può escluderla”.

Detto indirizzo era stato confermato da altre decisioni, tra le quali: Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 10443 del 23 aprile 2008, Rv. 602980, cfr. **allegato B26**; Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 19502 del 16 luglio 2008, Rv. 604841, cfr. **allegato B27**; Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 19805 del 18 luglio 2008, Rv. 604585, cfr. **allegato B28**.

Una precisazione, tuttavia, era stata introdotta da Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza n. 26790 del 7 novembre 2008, Rv. 605281, cfr. **allegato B29**. Questa decisione ha ammesso, infatti, che il giudice amministrativo possa accertare incidentalmente la nullità parziale di un contratto stipulato all’esito di procedura di evidenza pubblica, quando un privato agisca a tutela del diritto alla salute assumendone la lesione a causa delle prestazioni erogate in forza del contratto e contesti il corretto esercizio dei poteri autoritativi pubblici nella determinazione del contenuto del bando di gara e della scelta dell’impresa cui affidare il servizio. Va evidenziato che la sentenza ha ribadito, in linea di principio, la giurisdizione del giudice ordinario sul contratto e sulle sue patologie, anche se derivanti dall’invalidità del procedimento amministrativo”, ma ha ritenuto di fondare l’eccezione sull’esigenza di concentrazione poste dal principio del giusto processo di cui all’art. 111 Cost. e sul carattere meramente esecutivo e incidentale della domanda allo scopo di ottenere la cessazione delle forniture contrattuali: questi profili possono “fare configurare tale petitum come richiesta di un risarcimento reintegrativo in forma specifica” (nella specie individuata nella richiesta di imporre al convenuto, nell’ambito di un servizio di mensa scolastica, la fornitura di prodotti coltivati biologicamente), della quale “il giudice amministrativo può conoscere in sede di reintegrazione in forma specifica (art. 35 della legge n. 1034 del 1971), ovvero in sede di esecuzione della sua decisione, con lo strumento eventuale del giudizio di ottemperanza”.

3/IV.2.b. Una significativa novità si è verificata con Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza n. 2906 del 10 febbraio 2010, Rv. 611497, cfr. **allegato B30**.

La pronuncia, infatti, ha affermato, in relazione ad un contratto di appalto, la giurisdizione del giudice amministrativo sia per quanto riguarda la domanda di annullamento degli atti di gara, sia in ordine alla richiesta di caducazione degli effetti del contratto stipulato con l’aggiudicatario che si assume illegittimamente scelto.

Ha addotto a fondamento di tale conclusione: ---) la necessità di assicurare al processo amministrativo un risultato utile ed in linea con le esigenze di effettività della tutela di chi agisce in giudizio e di concentrazione del processo; ---) il sopravvenire

della Direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, la quale impone la trattazione unitaria delle due domande, in quanto fissa principi "che corrispondono a quelli di concentrazione, effettività e ragionevole durata del giusto processo disegnato nella carta costituzionale" e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo; ---) la situazione per cui il giudice amministrativo, "ai sensi del combinato disposto degli artt. 33 e 34 d.lgs. n. 80 del 1998, come modificato successivamente agli 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.

Ha tuttavia precisato, come conseguenza delle esposte argomentazioni, che l'attribuzione di entrambe le domande alla cognizione del giudice amministrativo opera solo se le stesse siano proposte "congiuntamente o alternativamente", mentre sarà applicabile l'ordinario criterio di riparto della giurisdizione, fondato sulla posizione di cui si chiede tutela (diritto o interesse legittimo), nel caso in cui le precisate domande vengano proposte "autonomamente"¹².

Le conclusioni cui approdata l'ordinanza n. 2906 del 2010 sono state poi condivise e recepite da Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza n. 5291 del 5 marzo 2010, Rv. 611794, cfr. **allegato B31** e da Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza n. 20775 del 7 ottobre 2010, non massimata, cfr. **allegato B32**. L'ordinanza n. 20775 del 2010, inoltre, si segnala per l'individuazione di una *ratio* concorrente: la sopravvenuta modifica apportata al testo dell'art. 244 del d.lgs. n. 163 del 2006 dall'art. 7 del d.lgs. n. 53 del 2010, secondo cui: "*La giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative*"; a tal proposito, ha anche precisato che l'art. 5 cod. proc. civ. non si applica al giudice incompetente al momento della proposizione della domanda, se il medesimo sia diventato poi competente in forza di legge entrata in vigore nel corso del giudizio.

3/IV.2.c. Successivamente, accanto a decisioni che si sono richiamate puntualmente ora alla sentenza n. 27169 del 2007, cfr. **allegato B24**, come ad esempio Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 391 del 11 gennaio 2011, non massimata, cfr. **allegato B33**, e relativa ad un contratto di vendita di beni da parte di un ente pubblico, ora all'ordinanza n. 2906 del 2010, cfr. **allegato B30**, come ad esempio Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 17066 del 8 agosto 2011, non massimata, cfr. **allegato B34**, in tema di affidamento di lavori pubblici, sono intervenute altre pronunce contenenti precisazioni o significative applicazioni.

¹² Sembra significativa, in proposito, la seguente affermazione, di carattere generale, posta nella parte finale della sentenza: "La posizione soggettiva del ricorrente, che ha chiesto il risarcimento in forma specifica delle posizioni soggettive in base a 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".

Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 10068 del 9 maggio 2011, Rv. 617006, cfr. **allegato B35**, ha affermato che rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la domanda diretta a conseguire l'annullamento di una convenzione stipulata da un organismo di diritto pubblico ed una banca, al fine di consentire ai dipendenti del primo l'ottenimento di finanziamenti contro cessione del quinto dello stipendio. Ha osservato, in proposito, che: ---) la precisata convenzione è assimilabile ad un accordo quadro, previsto dall'art. 14 della Direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, e definito dall'art. 3, comma 13, del d.lgs. n. 163 del 2006 come "*accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici e il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo*"; ---) ad essa, in quanto relativa a prestazioni di attività economica e costituente occasioni di guadagno, sono applicabili, alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, i principi generali del Trattato dell'Unione Europea di libera concorrenza, non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e riconoscimento reciproco, anche se si tratta di contratto escluso dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie; ---) ai sensi del combinato disposto degli artt. 121 e 244 del d.lgs. n. 163 del 2006 spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture anche la cognizione delle controversie alle quali non sono applicabili le Direttive comunitarie in tema di aggiudicazione di appalti pubblici perché relative a contratti di importo inferiore a quello da esse previsto.

Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza n. 29107 del 28 dicembre 2011, Rv. 620488, cfr. **allegato B36**, ha dichiarato la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alla domanda di nullità della delibera di un ente pubblico operante nel settore dei rifiuti (materia riservata alla giurisdizione esclusiva *ex art.* 133, comma 1, lett. p), cod. proc. amm.) di autorizzare la cessione di un ramo di azienda e la giurisdizione del giudice ordinario sulla domanda di nullità del conseguente contratto di cessione. Ha rilevato, in particolare, che "per quanto la nullità della cessione sia predicabile come effetto della invalidità della delibera che la ha autorizzata, la tipicità del vizio, la sua incidenza in un ambito interamente scandito da rapporti paritari tra contraenti, la produzione di effetti riflessi su terzi estranei ai contraenti, impongono di ricondurre la relativa cognizione alla potestà del giudice ordinario".

Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 30167 del 30 dicembre 2011, Rv. 620489, cfr. **allegato B37**, ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo con riferimento alla domanda di declaratoria di invalidità della delibera di un ente locale di individuazione del socio con cui costituire una società di trasformazione urbanistica e la giurisdizione del giudice ordinario relativamente alla domanda di inefficacia del conseguente contratto di società. All'uopo, ha osservato che: ---) l'ambito di applicazione della Direttiva 2007/66/CE su cui si fondano le decisioni n. 2906 del 2010, cfr. **allegato B30**, e n. 5921 del 2010, cfr. **allegato B31**, è limitato al settore degli appalti, come precisa l'art. 1 della stessa; ---) non è consentito estendere il contenuto delle norme da essa derivanti "al fine di reperire un principio sopranazionale che consenta di superare i criteri di riparto delle giurisdizioni stabilite dagli art. 103 e 113 Cost. per poi estenderlo alle procedure suddette desumendolo

analogicamente dalla interpretazione di queste Sezioni Unite”, perché l’ordine costituzionale delle competenze dei diversi ordini giurisdizionali “resta fondato secondo la giurisprudenza della Consulta (sent. 204/2004; 401/2007) sulla separazione imposta dal menzionato art. 103, primo comma, tra il piano del diritto pubblico (e del procedimento amministrativo) ed il piano negoziale, interamente retto dal diritto privato”; ---) le disposizioni normative in materia di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in tema di privazione dell’efficacia del contratto (art. 244 e 245 d.lgs. n. 163 del 2006; art. 120-124 e 133 cod. proc. amm.; art. 44, comma 3, sub h), legge 7 luglio 2009, n. 88), anche sotto un profilo letterale, risultano riferirsi a procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture; ---) sotto il profilo civilistico la privazione degli effetti di un contratto di società non è assimilabile a quella relativa ad un contratto di appalto.

Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza n. 5446 del 5 aprile 2012, Rv. 622197, cfr. **allegato B38**, ha dichiarato, in una controversia relativa al pagamento di prestazioni assistenziali erogate da una struttura privata accreditata con il Servizio Sanitario Nazionale, che la questione inerente all’invalidità dei relativi contratti stipulati con l’Azienda Sanitaria Locale per omessa effettuazione della procedura ad evidenza pubblica per la scelta del privato contraente, e dedotta dall’ente pubblico in sede di opposizione a decreto ingiuntivo, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario. A tal proposito, ha ribadito che le controversie sulle condizioni di validità e di inefficacia di un contratto “hanno ad oggetto non già i provvedimenti riguardanti la scelta dell’altro contraente, ma il rapporto privatistico discendente dal negozio” e che, nel caso di patologie derivanti da irregolarità-illegittimità della procedura amministrativa a monte, quest’ultima è “accertabile incidentalmente da parte di detto giudice, al quale le parti possono rivolgersi senza necessità del previo annullamento *in parte qua* ad opera del giudice amministrativo”.

3/IV.3.a. Nella giurisprudenza amministrativa, Consiglio di Stato, Sezione VI, decisione n. 2332 del 5 maggio 2003, cfr. **allegato B39**, aveva affermato la propria giurisdizione in ordine alla sorte del contratto dopo l’annullamento in sede giurisdizionale dell’aggiudicazione preordinata alla sua stipula, sul rilievo che l’atto negoziale dove ritenersi automaticamente caducato per effetto dell’annullamento dell’aggiudicazione, che del primo costituisce il presupposto indefettibile.

Tale indirizzo, però, è stato rivisitato, dopo la sentenza delle Sezioni Unite n. 27169 del 2007, cfr. **allegato B24**, dal Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, decisione n. 9 del 30 luglio 2008, cfr. **allegato B40**. In questa decisione, si è affermato che la controversia relativa alle conseguenze derivanti dall’annullamento dell’atto di aggiudicazione sulla sorte del contratto attiene alla fase esecutiva di questo, e, pertanto, ove si intenda far accertare le stesse con efficacia di giudicato, la giurisdizione compete al giudice ordinario: alla richiesta di annullamento dell’aggiudicazione, quindi, davanti al giudice amministrativo, può conseguire solo il risarcimento del danno per equivalente, ma non anche la reintegrazione in forma specifica, in quanto incidente necessariamente sul contratto e quindi sulla fase negoziale e sui diritti soggettivi. Si è però poi aggiunto che: ---) dalla sentenza di

annullamento dell'aggiudicazione, in forza dei principi di cui agli art. 24 e 113 Cost., deriva l'obbligo di conformarsi alle relative statuizioni; ---) la P.A., nel dare esecuzione alla sentenza, non può non rilevare la sopravvenuta caducazione del contratto come effetto della pronuncia demolitoria; ---) se la P.A. non si conforma alla sentenza, il contenuto di questa può essere realizzato attraverso il giudizio di ottemperanza, nel quale il giudice amministrativo ha il potere di emanare tutti i provvedimenti amministrativi idonei ad assicurare al ricorrente il bene della vita effettivamente perseguito; ---) nel quadro della verifica della corretta conformazione alla sentenza da eseguire, il giudice dell'ottemperanza, in quanto munito di giurisdizione anche di merito, può assicurare al ricorrente una reintegrazione in forma specifica.

3/IV.3.b. Dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 53 del 2010, però, la giurisprudenza amministrativa si è immediatamente orientata, in linea generale, a ritenere sussistente la propria giurisdizione (esclusiva) sulla richiesta di dichiarazione di inefficacia del contratto in correlazione con l'annullamento dell'aggiudicazione già in sede di cognizione.

Si possono citare: Consiglio di Stato, Sezione VI, decisione n. 3759 del 15 giugno 2010, cfr. **allegato B41**, con riferimento all'affidamento della gestione di un centro di accoglienza di richiedenti asilo; Consiglio di Stato, Sezione V, decisione n. 7578 del 20 ottobre 2010, cfr. **allegato B42**, relativa alla realizzazione di opere, la quale ha richiamato per la prima volta espressamente l'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, cod. proc. amm.; Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 6492 del 12 dicembre 2011, cfr. **allegato B43**, riguardante la gestione e manutenzione di apparecchiature, che ha ritenuto applicabile la disciplina del d.lgs. n. 53 del 2010 e dell'art. 133 cod. proc. amm. anche "anche per le controversie in atto anteriori al d.lgs. n. 53 del 2010, purché successive all'entrata in vigore (...) della medesima direttiva 2007/66/CE".

Tale tendenza all'espansione del potere del giudice amministrativo di dichiarare inefficace il contratto in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione, di per sé prevista per la fase di cognizione ("*Il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto*") si è manifestata con l'esercizio del medesimo anche in sede di ottemperanza dapprima con riferimento alle controversie definite prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 53 del 2000 (Consiglio di Stato, Sezione III, decisione n. 1570 del 11 marzo 2011, cfr. **allegato B44**, in materia di contratto di fornitura di beni a durata pluriennale), poi con riguardo a quelle semplicemente iniziate prima di tale data (Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza n. 5545 del 17 ottobre 2011, cfr. **allegato B45**, in materia di contratto di fornitura e manutenzione di beni; Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza n. 1067 del 23 febbraio 2012, cfr. **allegato B46**, in materia di contratto di servizi a durata pluriennale), quindi in ordine a quelle in cui il giudice aveva omesso di pronunciarsi con statuizione non appellata (Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza n. 6638 del 19 dicembre 2011, cfr. **allegato B47**, in materia di gestione di un centro di accoglienza per immigrati).

3/IV.3.c. Tuttavia, una significativa precisazione dei confini del potere del giudice amministrativo di dichiarare l'inefficacia del contratto è venuta da Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza n. 10 del 3 giugno 2011, cfr. **allegato B48**.

La decisione, occupandosi di una vicenda relativa all'impugnazione di atti amministrativi preliminari alla stipulazione di un contratto di società, ha affermato che la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto posto a valle di un procedimento amministrativo viziato sussiste solo nei casi "espressamente" previsti dalla legge: "Al di fuori dei casi in cui l'ordinamento attribuisce espressamente al giudice amministrativo la giurisdizione sulla "sorte del contratto" che si pone a valle di un procedimento amministrativo viziato (v. art. 133, co. 1, lett. e), n. 1, c.p.a., in tema di contratti pubblici relativi a lavori, servizi, e forniture), secondo l'ordinario criterio di riparto di giurisdizione spetta al giudice amministrativo conoscere dei vizi del procedimento amministrativo, e al giudice ordinario dei vizi del contratto, anche quando si tratti di invalidità derivata dal procedimento amministrativo presupposto dal contratto".

Ha poi aggiunto: "Tale riparto di giurisdizione non fa però venire meno l'interesse a impugnare davanti al giudice amministrativo gli atti amministrativi prodromici di un negozio societario, atteso che il loro annullamento produce un effetto viziante del negozio societario a valle, con la conseguente possibilità di: - azionare rimedi risarcitori; - impugnare il negozio societario davanti al giudice ordinario; - chiedere all'Amministrazione l'ottemperanza al giudicato amministrativo, e, in caso di perdurante inottemperanza, adire il giudice amministrativo che in sede di ottemperanza può intervenire sulla sorte del contratto".

3/IV.4.a. In dottrina, l'orientamento giurisprudenziale che riserva al giudice ordinario la giurisdizione sulla sorte del contratto in relazione al quale sia stato annullato il preliminare atto di aggiudicazione è stato criticato già a prescindere dalle previsioni della Direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007: si è infatti valorizzata la consequenzialità della caducazione del contratto rispetto alla sentenza di annullamento del giudice amministrativo e l'esigenza di un'interpretazione delle norme sulla giurisdizione alla luce dei principi di cui agli artt. 24, 103, 111 e 113 Cost., che induce ad evitare l'attribuzione delle controversie relative ad un unico rapporto sostanziale, incentrato sulla rivendicazione dell'aggiudicazione, a due giudici da adire in sequenza¹³. La giurisdizione del giudice amministrativo, inoltre, è stata affermata anche sulla base del rilievo che la controversia atterrebbe non al contratto, ma "al modo della sua formazione", in

¹³ Così F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p.1312-1315, il quale aggiunge che, "mentre in caso di adesione alla tesi della patologia (nullità o annullamento), è più difficilmente contestabile la cognizione del giudice civile in ordine alla qualificazione della patologia della fattispecie contrattuale alla luce delle coordinate dell'invalidità di diritto comune, appare invece più logico reputare incardinata la giurisdizione amministrativa ove non si discetti di invalidità di diritto civile ma di verifica delle conseguenze meramente effettuali sortite automaticamente dalla pronuncia del G.A: sulla sopravvivenza del rapporto contrattuale"

quanto “si tratta di valutare il comportamento tenuto dal privato dapprima come candidato, poi come partecipante alla gara e infine come aggiudicatario”¹⁴

La considerazione della Direttiva comunitaria 2007/66/CE ha poi indotto altri Autori a ritenere intervenuta una “soluzione di diritto positivo” che riporta “il problema del destino del contratto sotto il suo mantello naturale, gli interessi in gioco ed anzitutto l’interesse pubblico”, in un’ottica di tutela della concorrenza¹⁵.

In questa prospettiva, si è anche sottolineato che la devoluzione al giudice amministrativo delle controversie sulla sorte del contratto, pur non essendo imposta dalla Direttiva – il cui art. 2, comma 2, prevede che i poteri decisori “*possono essere conferiti ad organi distinti responsabili di aspetti differenti della procedura di ricorso*” –, deve ritenersi derivare, oltre che da esigenze di effettività di tutela della concorrenza, in ragione della tipologia di valutazioni implicate: “Infatti, se è consentito al Giudice, pur in presenza dell’accertata sussistenza di una delle fattispecie più gravi di illegittimità comunitaria, di non considerare il contratto privo di effetti in ragione di <esigenze imperative connesse ad un interesse generale> (art. 2-quinquies, par. 3), tale Giudice non può essere (presso di noi) che il Giudice amministrativo. Cui istituzionalmente è demandato l’accertamento (diretto o indiretto che sia) di esigenze di tal fatta”¹⁶. Né, secondo questa opinione, si pongono problemi di (in)compatibilità di tale devoluzione con l’art. 103, comma 2, Cost., come interpretato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004, cfr. **allegato B25**, giacché “una questione di diritto soggettivo può essere collegata all’esercizio del potere almeno nel caso in cui vi sia connessione. Il che certo si verifica quando tra questione di legittimità (e di annullamento) di un atto a regime amministrativo e la questione della spettanza o lesione dei diritti soggettivi sussiste, come nel nostro caso, un rapporto di pregiudizialità-conseguenzialità: in mancanza di che non vi sarebbe mai spazio per una cognizione <principaliter> del Giudice amministrativo su diritti soggettivi, con conseguente disapplicazione di quanto sancito dall’art. 102, primo comma, secondo periodo, della Costituzione”¹⁷.

3/IV.4.b. Successivamente all’ordinanza n. 2906 del 2010, cfr. **allegato B30**, e nell’immediatezza dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 53 del 2010, di recezione della Direttiva comunitaria, la devoluzione della giurisdizione sulla sorte del contratto al giudice amministrativo è stata oggetto di una pluralità di analisi e di spiegazioni.

Vi è stato chi ha sottolineato che la stessa deve leggersi in una prospettiva di tipo eminentemente pubblicistico, perché: ---) si riferisce a questioni relative alla fase genetica, e non a quella esecutiva, del contratto, derivanti dalla stretta connessione di questo con il propedeutico provvedimento amministrativo di aggiudicazione, ed è

¹⁴ È questa l’opinione di F.G. Scoca, *Annullamento dell’aggiudicazione e sorte del contratto*, cit., p. 820, cfr. **allegato C1**.

¹⁵ In questi termini F. Satta, *Annullamento dell’aggiudicazione: la fine di un problema*, in *Dir. Amm.*, 2009, p. 123-129 (le citazioni sono tratte da palle p. 124 e 125), cfr. **allegato C6**.

¹⁶ Così G. Greco, *La Direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, cit., p. 1053-1054, cfr. **allegato C4**.

¹⁷ Esattamente in termini, G. Greco, *La Direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, cit., p. 1039-1040.

perciò in linea con i principi costituzionali¹⁸; ---) si pone in funzione della tutela degli interessi pubblicistici implicati nella vicenda, e segnatamente della tutela del mercato, assumendo un ruolo del tutto secondario quelli dei privati¹⁹; ---) è determinata dalla necessità di ancorare la decisione sul mantenimento o la caducazione del negozio ad un interesse generale che trascende quelli particolari delle parti²⁰; ---) è coerente con l'attribuzione di ambiti valutativi che “sembrano implicare la scelta tra soluzioni tutte consentite dalla normativa e rispetto alle quali il giudice si sostituisce in tutto e per tutto all'amministrazione”²¹.

Altri studiosi hanno invece individuato esigenze sia di tipo individuale, facenti capo alle parti della controversia, che pubblicistiche a fondamento della nuova disciplina. Un Autore ha osservato che questa, attribuendo al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva sulla sorte del contratto, “si pone perfettamente in linea con il principio di effettività e di concentrazione della tutela” e, nello stesso tempo, chiama detto giudice “ad operare molteplici e complesse valutazioni, nel contemperamento di interessi delle parti, interesse pubblico ed interesse generale”²². Altra dottrina ha posto l'accento, da un lato, sulla situazione di “inscindibilità” esistente in questa materia tra interessi legittimi e diritti soggettivi, e, dall'altro, sulla necessità di attuare i principi costituzionali di effettività della tutela giurisdizionale e di concentrazione processuale, anche nell'ottica di assicurare al concorrente pretermesso una tutela risarcitoria in forma specifica²³. Diversa opinione ha evidenziato una “doppia anima” della

¹⁸ Cfr. R. Mangani, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: il giudice amministrativo amplia il suo ambito di intervento*, in *Riv. trim. appalti*, 2010, p. 1159-1160, cfr. **allegato C7**: “Se infatti la stipula del contratto viene strettamente collegata all'aggiudicazione, le relative controversie partecipano anch'esse del medesimo esercizio del potere pubblicistico che viene in considerazione in sede di aggiudicazione”.

¹⁹ Cfr., ancora, R. Mangani, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: il giudice amministrativo amplia il suo ambito di intervento*, cit., p. 1163: “Il fine prioritario, quindi, non è quello di garantire la posizione del privato, la cui tutela è piuttosto la conseguenza indiretta dei meccanismi volti ad assicurare la rimozione dall'ordinamento degli ostacoli al libero gioco della concorrenza. Di conseguenza, la finalità che si intende perseguire è quella di salvaguardare non tanto l'interesse del privato che sia stato leso dal comportamento illegittimo dell'ente appaltante, quanto l'interesse generale al pieno dispiegamento di una concorrenza effettiva. Ma in questa logica appare naturale che il giudice chiamato a pronunciarsi sia quello a cui nel nostro ordinamento è istituzionalmente demandata la cura dell'interesse generale, e cioè il giudice amministrativo”. Anche R. Calvo, *La svolta delle Sezioni Unite sulla sorte del contratto pubblico. Il punto di vista civilistico*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, p. 438, cfr. **allegato C8**, sottolinea: “secondo il disegno informatore della direttiva, gli interessi economici sottesi al contratto tra ente pubblico e privato sono di massima posposti all'interesse superiore alla trasparenza, al divieto di discriminazione e di alterazione dei meccanismi concorrenziali (art. 2-quinquies, comma 3)”.

²⁰ V. R. Mangani, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: il giudice amministrativo amplia il suo ambito di intervento*, cit., p. 1163 (ma anche p. 1167-1168), secondo il quale, per effetto del d.lgs. n. 53 del 2010, “la decisione di mantenere in vita il contratto nonostante siano state commesse gravi violazioni è collegata non alla valutazione degli interessi particolari delle parti (ente appaltante ed affidatario) ma a un interesse di carattere generale. Ne consegue che, anche sotto questo diverso profilo, tale valutazione non può che essere di competenza del giudice cui spetta la tutela dell'interesse generale, cioè il giudice amministrativo”.

²¹ Così R. Mangani, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: il giudice amministrativo amplia il suo ambito di intervento*, cit., p. 1164-1165, il quale giunge ad adombrare che tale giurisdizione sia, oltre che esclusiva, anche di merito.

²² Per questi rilievi, v. E. Santoro, *Una pietra miliare nel cammino verso l'effettività della tutela: le Sezioni Unite affermano la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto, anticipando il recepimento della direttiva 2007/66/CE*, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, p. 410-411, cfr. **allegato C9**.

²³ Cfr. G. De Rosa, *Quale giudice può decidere la sorte del contratto a seguito di aggiudicazione annullata? L'impatto della direttiva ricorsi*, cit., p. 1050-1053, cfr. **allegato C5**, il quale segnala, in particolare, che, anche prendendo a riferimento la giurisdizione generale di legittimità, “la cognizione sulle sorti del contratto può essere fondata sia argomentando che le questioni inerenti la privazione di effetti devono essere conosciute dal giudice

disciplina contenuta nella Direttiva comunitaria e trasposta nel codice del processo amministrativo: con la disciplina dell'inefficacia del contratto, si mira, per un verso, nel caso delle violazioni gravi del diritto comunitario, riconducibili alla mancanza di gara, a sanzionare comportamenti illegittimi gravemente elusivi della concorrenza, per l'altro, nei casi delle ulteriori violazioni, ad apprestare uno strumento funzionale alla tutela risarcitoria, anche se, "sotto l'aspetto dei poteri del giudice, il subingresso nel contratto di appalto assume contorni a sé stanti, in parte diversi dal risarcimento in forma specifica previsto dall'art. 2058 e del tutto differenti dall'esecuzione forzata in forma specifica disciplinata dal Libro Sesto (Titolo IV, Capo II, Sezione II) del Codice civile"²⁴.

Un'interpretazione ancora diversa è stata prospettata da chi, dopo aver premesso che, in forza dell'art. 2, comma 2, della Direttiva, i poteri decisorii dalla stessa previsti "*possono essere conferiti ad organi distinti responsabili di aspetti differenti della procedura di ricorso*", rappresenta la non necessità, secondo i parametri del diritto comunitario, della soluzione accolta dal legislatore in favore della giurisdizione del giudice amministrativo, poiché il potere giurisdizionale avrebbe potuto essere ripartito tra il giudice amministrativo ed il giudice ordinario o addirittura essere interamente riservato a quest'ultimo²⁵, e giunge ad ipotizzare una possibile declaratoria di illegittimità della disciplina di diritto nazionale²⁶.

3/IV.4.c. L'entrata in vigore del codice del processo amministrativo ha dato luogo anch'essa ad un intenso dibattito sul potere del giudice amministrativo di privare di efficacia il contratto in relazione al quale l'atto di aggiudicazione sia stato annullato, e, quindi, sulla natura e sul fondamento di tale giurisdizione.

E' utile premettere che diffuso è il convincimento secondo cui le disposizioni relative alla giurisdizione sulla sorte del contratto si applicano anche per gli appalti banditi prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina e per i contenziosi già pendenti, in ossequio al consolidato canone giurisprudenziale secondo cui la domanda

amministrativo in quanto strumentali all'esercizio del potere risarcitorio, sia riconducendo dette vicende agli <altri diritti patrimoniali consequenziali>".

²⁴ Per questa impostazione, v. C. Lamberti, *La svolta delle Sezioni Unite sulla sorte del contratto pubblico. Il punto di vista amministrativistico*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, p. 431-435, cfr. **allegato C10**; la citazione è tratta dalle p. 434-435 e così prosegue: "Più che a quella propria degli artt. 2931 e 2932 c.c., la statuizione giudiziale presenta, con i debiti distinguo, una significativa somiglianza con quella prevista dall'art. 148, comma 9, del Codice del processo amministrativo in caso di accoglimento del ricorso elettorale: il giudice corregge il risultato e <sostituisce ai candidati illegalmente proclamati eletti coloro che hanno diritto di esserlo>".

²⁵ Così G. D'Angelo, *Direttiva n. 2007/66/CE e giurisdizione nelle controversie sui contratti pubblici*, in *Corriere giuridico*, 2010, p. 752-754, cfr. **allegato C11**: "In astratto, dunque, il legislatore italiano avrebbe potuto attribuire i poteri (secondo la terminologia dell'art. 2, par. 2, della direttiva) di privazione degli effetti e/o di irrogazione delle sanzioni alternative al giudice ordinario", anche perché "l'art. 2-quinquies, par. 3, avrebbe potuto essere letto in un'ottica civilistica, simile cioè a quanto previsto nel nostro ordinamento per disposizioni che individuano nell'interesse (o economia) nazionale un limite all'adempimento delle obbligazioni", come l'art. 2933, comma 2, cod. civ. (le citazioni sono tratte dalle p. 753-754). L'Autore aggiunge, inoltre, a pag. 753, che "questa concentrazione [della giurisdizione] in capo ad un unico giudice, occorre ribadirlo, è frutto di scelte di politica del diritto del nostro legislatore che, per quanto condivisibili, non erano necessariamente imposte dalla direttiva".

²⁶ Cfr., ancora, G. D'Angelo, *Direttiva n. 2007/66/CE e giurisdizione nelle controversie sui contratti pubblici*, cit., p. 755: "il fatto che la direttiva ricorsi non imponga la giurisdizione unica su aggiudicazione e sorte del contratto e che tale scelta sia stata invece fatta dal legislatore nazionale amplifica il problema della coerenza di questa ipotesi di giurisdizione esclusiva con i parametri definiti dalla Corte costituzionale".

proposta davanti al giudice privo di giurisdizione al momento della sua proposizione resta radicata davanti a tale giudice in caso di giurisdizione sopravvenuta²⁷.

Va inoltre evidenziato che, secondo gli Autori che risultano aver affrontato la questione, per “*pubblici lavori, servizi, forniture*”, in ordine ai quali sussiste la giurisdizione esclusiva anche in tema di dichiarazione di inefficacia del contratto, devono intendersi “tutti i settori dei pubblici contratti cd. passivi”, e senza distinzioni “tra appalti sopra e sotto la soglia comunitaria”²⁸, con estensione, quindi, “anche alle procedure dirette alla stipula di quelle tipologie di appalti esclusi dalle direttive comunitarie e dallo stesso codice nazionale [dei contratti pubblici] (ad es., gli appalti, sotto e sopra soglia, di servizi di cui all’allegato II-B al codice dei contratti, richiamati dall’art. 27 dello stesso codice)”²⁹, nel cui ambito sono da ricomprendere, tra l’altro, i “contratti di appalto (sopra o sotto soglia) di servizi finanziari rientranti nell’allegato II-B (quali, ad es., i contratti aventi ad oggetto i così detti <derivati> – *credit default swap* – di recente assurti agli onori della cronaca giurisdizionale”³⁰.

Diversificate opinioni, invece, sono state formulate per quanto riguarda la natura della giurisdizione esclusiva attribuita al giudice amministrativo, ed il fondamento della stessa.

Un orientamento, che si richiama espressamente al parere n. 368 del 1° febbraio 2010 del Consiglio di Stato, Commissione speciale del 25 gennaio 2010, sullo schema di attuazione della direttiva 2007/66/CE³¹, sottolinea: a) di dover escludere che, in relazione ai poteri previsti dagli artt. 121 e 122 cod. proc. amm., possa parlarsi di giurisdizione estesa al merito, sia perché “non v’è dubbio che la valutazione della gravità delle condotte dell’amministrazione, in relazione alle deduzioni delle parti, anche private, attiene al potere di graduare la condanna senza alcuna valutazione di opportunità”³², sia perché “la p.a. non ha il potere di decidere sulle sorti dei negozi

²⁷ In questi termini R. De Nictolis, sub *Artt. 121-125*, in *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. n. 104/2010*, a cura di A. Quaranta-V. Lopilato, Milano, 2011, p. 1035. Per analoghe conclusioni, cfr. anche R. Mangani, *Annullamento dell’aggiudicazione e sorte del contratto: il giudice amministrativo amplia il suo ambito di intervento*, cit., cfr. **allegato C7**, p. 1164-1165.

²⁸ Così R. De Nictolis, sub *Artt. 120-125 e 133, c. 1, lett. e*, cit., p. 2012-3013

²⁹ Esattamente in termini, P. Carpentieri, *Sorte del contratto (nel nuovo rito degli appalti)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, p. 726, cfr. **allegato C12**.

³⁰ Cfr., ancora, P. Carpentieri, *Sorte del contratto (nel nuovo rito degli appalti)*, cit., p. 727 e p. 729-730.

³¹ Precisamente al punto 4 relativo allo schema di art. 10 si osserva: “Va, invece, condivisa la scelta effettuata nello schema di non attribuire al giudice amministrativo anche una giurisdizione di merito, benché la delega consenta tale possibilità. La previsione di una ipotesi di giurisdizione di merito presuppone che la legge autorizzi il giudice amministrativo a “sostituirsi” all’amministrazione, effettuando in luogo di questa scelte discrezionali conformi a regole non giuridiche di buona amministrazione, che attengono ai profili di opportunità e di convenienza del provvedimento amministrativo, che può essere adottato dal giudice o da un suo ausiliare in sostituzione, appunto, dell’amministrazione. Tale carattere della giurisdizione, peraltro in fase di contrazione (v. l’art. 44, comma 2, lett. b), n. 2), mal si attaglia a controversie aventi ad oggetto aspetti, di natura civilistica, inerenti l’effetto dell’annullamento dell’aggiudicazione sul contratto già stipulato. Pur potendo essere prevista in tali casi la scelta da parte del giudice tra più rimedi, tale scelta non costituisce l’esercizio di un potere di merito, ma l’esito di valutazioni effettuate in sede giurisdizionale sulla base di presupposti predeterminati dal legislatore. Va, quindi, mantenuta la scelta di non prevedere nello schema una giurisdizione di merito del giudice amministrativo.”

³² Così L. Maruotti-C. Saltelli, sub *Artt. 121-122*, in *Codice del processo amministrativo. D.lvo 2 luglio 2010, n. 104. Commentato e annotato con la giurisprudenza*, a cura di G. Leone-L. Maruotti-C. Saltelli, Milano, 2010, p. 918. Per analoghe conclusioni, v. anche N. Paolantonio, in *Giustizia Amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2011, p. 492 s.

giuridici privati”³³; b) di ritenere necessaria, almeno nei casi di cui all’art. 122 cod. proc. amm., la domanda di subentro nel contratto perché il giudice possa disporre la privazione di efficacia del contratto³⁴; c) di rifiutare la tesi che costruisce l’azione di inefficacia come azione autonoma, esperibile persino in un separato giudizio, poiché ciò finirebbe “per postulare un processo (quello sull’inefficacia) affidato alla giurisdizione esclusiva del g.a. senza che però sia dato apprezzare compiutamente in esso i tratti di quel sindacato sul potere pubblico che la Corte costituzionale ritiene invece indispensabile”, mentre il potere in questione deve essere letto “in funzione della tutela demolitoria e conformativa che si accompagna alla (...) statuizione di annullamento e che si proietta naturalmente al bene della vita”³⁵.

Secondo altro indirizzo, invece, se è vero che il giudice amministrativo “rimane, di regola, un giudice e non un ‘amministratore’, non compiendo valutazioni di opportunità politica, ma pur sempre valutazioni giuridiche (...), la decisione sulla sorte del contratto può implicare, in casi peculiari, una sostituzione del giudice all’amministrazione, sostituzione che non è una novità del sistema, essendovi da sempre nel giudizio di ottemperanza. Non a caso la legge delega aveva previsto una giurisdizione, oltre che esclusiva, di merito, anche se il decreto delegato non menziona la giurisdizione di merito”³⁶.

Altra impostazione, ancora, rileva che la disciplina del codice, se “risponde alla logica di implementazione della tutela giurisdizionale”, deve ritenersi comunque tale da configurare “la pronuncia sulla privazione degli effetti [del contratto] come inscindibilmente legata al sindacato sull’esercizio del potere”, in linea con la *ratio* della

³³ Così F. Cintioli, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, p. 22, cfr. **allegato C13**. L’Autore aggiunge che i poteri attribuiti al giudice non consistono neanche in “una discrezionalità simile a quella propria della p.a.”, in quanto “una tale comparazione di interessi, capace di privare di effetti un certo contratto, sembra davvero estranea all’esperienza ed alla ragion d’essere della discrezionalità amministrativa, come ponderazione tra interesse pubblico comunitario e interessi secondari che la tradizione ci consegna”, per cui trattasi di “giudizio secondo diritto” (p. 23, ma anche p. 24-25), la cui particolarità è costituita dalla “anticipazione al giudizio di cognizione (...) di misure volte a tutelare posizioni di interesse legittimo conosciute dal g.a. in un giudizio impugnatorio” (p. 14-15).

³⁴ V. L. Maruotti-C. Saltelli, sub *Artt. 121-122*, in *Codice del processo amministrativo. D.lvo 2 luglio 2010, n. 104. Commentato e annotato con la giurisprudenza*, cit. p. 919-920. Nello stesso senso cfr.: N. Paolantonio, in *Giustizia Amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, cit., p. 495, il quale significativamente indica la domanda di privazione degli effetti del contratto come presupposto indispensabile anche al fine di ottenere il risarcimento per equivalente (cfr., specificamente su questo aspetto, p. 496-497); F. Cintioli, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, cit., p. 28-29, il quale, a p. 34, suggerisce tale interpretazione anche nei casi di cui all’art. 121.

³⁵ Così, ancora, F. Cintioli, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, cit., p. 19-21.

³⁶ In tal senso R. De Nictolis, sub *Artt. 121-125*, in *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs n. 104/2010*, cit., p. 1019; la stessa A., successivamente, sub *Artt. 120-125 e 133, c. 1, lett. e)*, cit., p. 1978, ha affermato ancor più decisamente che “la soluzione [di non qualificare la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto come giurisdizione di merito] non persuade, perché omette di dare il giusto nome a poteri giudiziari la cui sostanza è quella dei poteri esercitabili nel giudizio di ottemperanza, e dunque poteri sostitutivi. Non basta l’omissione della definizione a cambiare la sostanza dei poteri”. Abbastanza vicina a questa tesi appare l’opinione di R. Caponigro, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Foro Amministrativo-Consiglio di Stato*, 2011, p. 1707, cfr. **allegato C14**, il quale ricollega il potere del giudice amministrativo di dichiarare l’inefficacia del contratto all’esigenza di assicurare una tutela pienamente soddisfacente del ricorrente (p. 1715-1716) e però ne afferma l’implicazione in “valutazioni del merito amministrativo”, in quanto “valutazioni che afferendo alla comparazione ed alla ponderazione diretta degli interessi pubblici e privati coinvolti nella fattispecie concreta, si estendono alla sfera del merito amministrativo” (p. 1723-1724).

Direttiva 2007/66/CE ispirata all'esigenza di assicurare il ripristino della concorrenza e di creare nuove opportunità per gli operatori economici privati di competere, in relazione alla quale, in ragione della "vastità ed eterogeneità degli elementi sui quali dovrà fondarsi la delibazione", il legislatore avrebbe dovuto optare per la "sussunzione nell'ambito della giurisdizione di merito, piuttosto che di quella esclusiva, come del resto era stato previsto dall'art. 44 della legge di delega n. 88 del 2009"³⁷.

Proseguendo oltre in questa direzione, vi è chi si spinge ad ipotizzare che l'evoluzione del sistema – da ultimo proprio la disciplina del codice del processo amministrativo – potrebbe indurre a superare la dicotomia <provvedimento di aggiudicazione/contratto>, in una prospettiva tendente a recuperare, "oltre a quella funzionale, l'unità strutturale della vicenda giuridica, nella sequenza degli atti amministrativi, degli atti prenegoziali e del contratto"³⁸, e coerentemente, aggiunge che i poteri del giudice sono caratterizzati anche da "una valenza gestionale" e vanno inquadrati in una giurisdizione assimilabile a quella di merito³⁹.

4.I. La questione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo secondo il diritto internazionale privato: premessa.

4/I.1. La seconda questione sollevata impone di esaminare se la (ipotizzata) giurisdizione del giudice amministrativo italiano – in tema (a) di esercizio dei poteri di annullamento in autotutela, da parte della Pubblica Amministrazione, degli atti di una procedura di evidenza pubblica in un momento successivo alla stipulazione di un contratto e (b) di dichiarazione di inefficacia del contratto come conseguenza

³⁷ Per questa opinione, v. F. Lattanzi, sub *Art. 133*, in *Codice del processo amministrativo*, a cura di R. Garofoli-G. Ferrari, cit., p. 2008-2011.

³⁸ Così P. Carpentieri, *Sorte del contratto (nel nuovo rito degli appalti)*, cit., p. 727, ma anche, diffusamente, p. 675-679, cfr. *allegato C12*. V., nello stesso senso, E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, cit., p. 242-248, e p. 268, cfr. *allegato C3*, il quale sottolinea, a favore della "possibile qualificazione del contratto di appalto come accordo amministrativo integrativo di provvedimento" (p. 242), sia l'attrazione espressa, ex art. 11 del Codice dei contratti pubblici, della "stipulazione" nelle "Fasi delle procedure di affidamento" (p. 244), sia la caducazione non automatica del contratto come conseguenza dell'aggiudicazione: "Ed infatti all'annullamento dell'aggiudicazione conseguirà o meno l'inefficacia del contratto anzitutto in relazione alla rilevanza dell'interesse pubblico sotteso al contratto che viene valorizzato ben oltre l'area delle infrastrutture strategiche" (p. 246). Questo Autore, ammette che, nei casi previsti dall'art. 122 cod. proc. amm., "l'interesse del ricorrente al subentro nell'aggiudicazione (...) costituisce (...) presupposto perché al giudice l'attività ponderativa venga anzitutto consentita" (p. 254), per cui "l'interesse del ricorrente al subentro costituisce presupposto necessario, anche se non sempre sufficiente, ai fini della declaratoria di inefficacia" (p. 257-261); ma evidenzia che si tratta di un interesse pubblico, "apparendo esso il corollario di ben due valori di forte derivazione comunitaria quale quello della tutela della concorrenza e quello della effettività delle pronunzie giurisdizionali" (p. 262).

³⁹ Cfr. ancora, P. Carpentieri, *Sorte del contratto (nel nuovo rito degli appalti)*, cit., p. 704-713, che conclude: "forse, proprio di giurisdizione estesa al merito si tratta, anche se l'istituto è considerato obsoleto perché postula una nozione 'ristretta' di cognizione (di legittimità ed esclusiva) ordinaria del giudice amministrativo. La conclusione resta, dunque, allo stato, ancora perplessa: sembra trattarsi di giurisdizione esclusiva speciale rafforzata da attribuzioni di equità correttiva e integrativa". L'Autore tende, inoltre, a configurare il potere del giudice di dichiarare l'inefficacia del contratto come potere officioso anche nei casi previsti dall'art. 122 cod. proc. amm. (v. p. 716, spec. nota 73). V., anche più decisamente, E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, cit., p. 263-264, il quale ritiene che il giudice amministrativo, in materia, "sembra potersi avvalere di una discrezionalità più propriamente pertinente all'esercizio del potere amministrativo", per cui appare ragionevole concludere che "si tratti di un potere sostanzialmente di merito limitato dal solo parametro della ragionevolezza".

dell'annullamento in autotutela degli atti della procedura di evidenza pubblica – possa essere derogata da un accordo di proroga stipulato a norma dell'art. 23 del Regolamento Comunitario n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000.

4/II. La questione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo secondo il diritto internazionale privato: le disposizioni normative di riferimento.

4/II.1. Con riguardo ai presupposti ed alle condizioni di operatività dell'accordo di proroga della giurisdizione in materia di diritto internazionale privato, alla luce delle questioni sollevate, assumono specifico rilievo gli artt. 1, par. 1, 23, 27 e 28 del Regolamento Comunitario n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, cfr. **allegato A6.**

4/II.1.a. L'art. 1 del Regolamento n. 44/2001, contenuto nel Capo I, rubricato "*Campo d'applicazione*", fissa l'ambito operativo della disciplina in esso contenuta. Specificamente, l'art. 1, par. 1, recita: "*Il presente regolamento si applica in materia civile e commerciale, indipendentemente dalla natura dell'organo giurisdizionale. Esso non concerne, in particolare, la materia fiscale, doganale ed amministrativa*".

4/II.1.b. L'art. 23 del Regolamento n. 44/2001, contenuto nella Sezione VII del Capo II, rubricata "*Proroga di competenza*", detta gli effetti, le forme e i limiti di applicazione degli accordi di proroga.

In particolare, esso, nel par. 1, dispone: "*Qualora le parti, di cui almeno una domiciliata nel territorio di uno Stato membro, abbiano attribuito la competenza di un giudice o dei giudici dello Stato membro a conoscere delle controversie, presenti o future, nate da un determinato rapporto giuridico, la competenza esclusiva spetta a questo giudice o ai giudici di questo Stato membro (...)*".

Nella seguente parte del par. 1, e nel par. 2 sono contenute disposizioni sulle forme che l'accordo deve rivestire. Nei par. 3, 4 e 5 sono fissati i limiti di operatività dell'accordo in relazione al domicilio delle parti o a particolari disposizioni del Regolamento medesimo.

4/II.1.c. L'art. 27 del Regolamento n. 44/2001, contenuto nella Sezione IX del Capo II, rubricata "*Litispendenza e connessione*", prevede: "*1. Qualora davanti a giudici di Stati membri differenti e tra le stesse parti siano state proposte domande aventi il medesimo oggetto e il medesimo titolo, il giudice successivamente adito sospende d'ufficio il procedimento finché sia stata accertata la competenza del giudice adito in precedenza. --- 2. Se la competenza del giudice precedentemente adito è stata accertata, il giudice successivamente adito dichiara la propria incompetenza a favore del primo*".

4/II.1.d. L'art. 28 del Regolamento n. 44/2001, anch'esso contenuto nella Sezione IX del Capo II, stabilisce: "*1. Ove più cause connesse siano pendenti davanti a giudici di Stati membri differenti, il giudice successivamente adito può sospendere il procedimento. --- 2. Se tali cause sono pendenti in primo grado, il giudice successivamente adito può inoltre dichiarare la*

propria incompetenza su richiesta di una delle parti a condizione che il giudice precedentemente adito sia competente a conoscere delle domande proposte e la sua legge consenta la riunione dei procedimenti.
--- 3. *Ai sensi del presente articolo sono connesse le cause aventi tra di loro un legame così stretto da rendere opportune una trattazione e decisione uniche per evitare soluzioni tra di loro incompatibili ove le cause fossero trattate separatamente*”.

4/III. La questione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo secondo il diritto internazionale privato: ammissibilità e limiti di operatività degli accordi di proroga di giurisdizione in tema di contratti della P.A. stipulati all’esito di procedure di evidenza pubblica.

4/III.1. Il problema principale da risolvere attiene alla definizione dell’ambito di applicazione del Regolamento CE n. 44/2201, atteso che la convenzione di proroga è stata stipulata dalle parti del presente processo a norma dell’art. 23 del medesimo Regolamento CE. Esso, precisamente, consiste nel verificare se le questioni oggetto di controversia attengano alla “*materia civile e commerciale*”, o, invece, a quella “*amministrativa*”.

Inoltre, poiché il ricorso riguarda sia l’esercizio dei poteri di annullamento in autotutela, da parte della Pubblica Amministrazione, degli atti di una procedura di evidenza pubblica in un momento successivo alla stipulazione di un contratto, sia la dichiarazione di inefficacia del contratto come conseguenza dell’annullamento in autotutela degli atti della procedura di evidenza pubblica, occorrerà valutare se le due questioni conservino reciproca autonomia e se, quindi, con riferimento a ciascuna di esse, si tratti di materia appartenente al campo di applicazione del Regolamento CE.

4/III.2. La questione della definizione degli esatti limiti tra la “*materia civile e commerciale*”, e quella “*amministrativa*” risulta oggetto di attenzione già nella Relazione sulla Convenzione di Bruxelles stipulata il 27 settembre 1968 tra gli Stati membri (dell’epoca) delle Comunità Europee (cd. Relazione Jenard), cfr. **allegato A7**.

La Relazione, in particolare, precisa: a) “Rientrano del pari nella sfera di applicazione della convenzione le controversie in materia civile e commerciale di cui siano state investite le giurisdizioni amministrative”, in linea con quanto già rilevato dalla Commissione che aveva esaminato la Convenzione del 14 novembre 1896; b) “Possono pertanto essere riconosciute ed eseguite, ad esempio, le decisioni del consiglio di Stato francese quando siano pronunciate nell’ambito di siffatte materie”.

Ulteriori indicazioni, poi, si evincono dalla Relazione sulla Convenzione di adesione del Regno di Danimarca, dell’Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord alla Convenzione di Bruxelles, firmata il 9 ottobre 1978 (cd. Relazione Schlosser), cfr. **allegato A8**.

Nella Relazione, in particolare, si premette che, secondo la giurisprudenza comunitaria, “per interpretare la nozione di materia civile e commerciale ... si deve aver riguardo ..., da un lato, agli obiettivi e al sistema della convenzione e, dall’altro, ai principi generali desumibili dal complesso degli ordinamenti giuridici nazionali”. Si rileva, poi, che “la differenza più rilevante nelle strutture dei vari diritti amministrativi

nazionali vigenti sul continente si trova nella regolamentazione giuridica relativa ai contratti di approvvigionamento conclusi dallo Stato e dagli enti di diritto pubblico e soprattutto quella relativa alle prestazioni di carattere pubblico a cui debbono provvedere tali enti”, poiché, mentre nel diritto francese vi è la figura del “contatto di diritto amministrativo”, nell’ambito del quale lo Stato e gli enti pubblici “non operano (...) come soggetti privati”, tanto che in caso di inadempimento della controparte possono “infliggere unilateralmente sanzioni, che sono esecutive”, nel diritto della Repubblica federale di Germania “il contratto di diritto amministrativo ha una funzione del tutto secondaria”, in quanto “i contratti di approvvigionamento dell’organo amministrativo, e soprattutto l’aggiudicazione di lavori pubblici, seguono unicamente il diritto privato”. Si rappresenta, infine, che gli organi pubblici possono agire alternativamente secondo le forme del diritto privato o del diritto pubblico, e “non è sempre facile decidere se essi abbiano o non abbiano agito come persone private”.

4/III.3.a. La giurisprudenza ha affrontato il problema della definizione dei limiti tra “*materia civile e commerciale*” e materia “*amministrativa*” già con riferimento alla Convenzione di Bruxelles.

La Corte di Giustizia, sin dalle sue prime pronunce, ha evidenziato che: ---) siccome l’art. 1 “serve a definire la sfera d’applicazione della convenzione, è importante – allo scopo di garantire, per quanto possibile, l’uguaglianza e l’uniformità dei diritti e degli obblighi da questa derivanti agli Stati contraenti ed ai soggetti interessati, non interpretare i termini di tale disposizione come un semplice rinvio al diritto interno dell’uno o dell’altro degli Stati”; ---) “la nozione di <materia civile e commerciale> non può essere interpretata in funzione unicamente della ripartizione di attribuzioni fra le varie giurisdizioni”, poiché, ai sensi dell’art. 1, la convenzione si applica <indipendentemente dalla natura dell’organo giurisdizionale>; ---) “la nozione di cui trattasi va quindi considerata come una nozione autonoma, da interpretare facendo riferimento, da un lato, agli obiettivi e al sistema della convenzione, e, dall’altro, ai principi generali desumibili dal complesso degli ordinamenti nazionali” (così sentenza del 14 ottobre 1976, C-29/76, LTU c. Eurocontrol, cfr. **allegato B49**, poi seguita dalla sentenza del 22 febbraio 1979, C-133/78, Gourdin c. Nadler, cfr. **allegato B50**, e quindi da numerosissime altre, tra cui quelle citate in seguito).

Muovendo da questa premessa, la Corte, nella sentenza del 14 ottobre 1976, C-29/76, cfr. **allegato B49**, ha formulato il seguente principio di diritto: “Benché talune decisioni emesse nelle cause fra la pubblica amministrazione ed un soggetto di diritto privato possano essere comprese nell’ambito d’applicazione della convenzione, la situazione è diversa qualora la pubblica amministrazione abbia agito nell’esercizio della sua potestà d’imperio”.

In applicazione degli indicati principi, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha ritenuto estranee all’ambito della “materia civile e commerciale” le controversie relative: 1) al pagamento di contributi dovuti da un soggetto di diritto privato ad un ente pubblico in ragione dell’uso degli impianti di tale ente, specie quando questo uso sia obbligatorio ed esclusivo (sentenza del 14 ottobre 1976, C-29/76, cfr. **allegato**

B49); 2) al recupero delle spese sostenute per la rimozione di un relitto da una via d'acqua pubblica disposta dallo Stato amministratore per l'adempimento di un obbligo internazionale e in base a norme giuridiche nazionali che gli conferiscono la veste di pubblica autorità nei confronti dei singoli, anche se a tale recupero si proceda mediante un'azione di regresso (sentenza del 16 dicembre 1980, C-814/79, Paesi Bassi c. Ruffer, cfr. **allegato B51**)⁴⁰; 3) all'esercizio dell'azione di regresso con la quale un ente pubblico persegue, presso una persona di diritto privato, il recupero di somme versate a titolo di sussidio sociale a persona che vanta nei confronti della prima crediti alimentari, se l'azione di regresso sia fondata su disposizioni con le quali il legislatore ha conferito all'ente pubblico una prerogativa propria, che gli permette di ignorare convenzioni stipulate tra creditore e debitore dell'obbligazione alimentare, in quanto dette disposizioni pongono "l'ente pubblico in una posizione giuridica che deroga al diritto comune" (sentenza del 14 novembre 2002, C-271/00, Geemente Steenberg c. Baaten, cfr. **allegato B52**); 4) all'azione di risarcimento del danno in conseguenza di eventi bellici, atteso che le operazioni condotte dalle forze armate costituiscono una delle manifestazioni caratteristiche della sovranità statale, indipendentemente dal carattere leale o illegale degli atti stessi (sentenza del 15 febbraio 2007, C-292/05, E. Lechouritou ed altri, cfr. **allegato B53**).

Sempre facendo richiamo agli indicati principi, invece, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha ritenuto rientrare nell'ambito della "materia civile e commerciale" le controversie relative: 1) all'azione per il risarcimento del danno intentata davanti al giudice penale nei confronti di un insegnante di scuola pubblica che, in occasione di una gita scolastica, essendo illegittimamente e colposamente venuto meno ai propri obblighi di vigilanza, abbia causato un danno ad un allievo, anche se le conseguenze dell'evento dannoso siano coperte da un regime di assicurazione di diritto pubblico (sentenza 21 aprile 1993, C-172/91, Sonntag c. Waidmann, cfr. **allegato B54**); 2) all'azione esercitata da un'associazione per la tutela dei consumatori per far falere il divieto, a carico degli imprenditori commerciali, di far uso di clausole abusive nei contratti che questi concludono con i consumatori (sentenza del 1° ottobre 2002, C-167/00, Verein für Konsumenteninformation c. Henkel, cfr. **allegato B55**); 3) all'azione promossa da uno Stato nei confronti di un soggetto di diritto privato per l'esecuzione di un contratto di fidejussione di diritto privato concluso al fine di consentire ad un altro soggetto di fornire una garanzia richiesta da tale Stato (sentenza del 15 maggio 2003, C-266/01, Preservatrice foncière TIARD SA c. Paesi Bassi, cfr. **allegato B56**); 4) all'esercizio dell'azione di regresso con la quale un ente pubblico persegue, presso una persona di diritto privato, il recupero di somme versate a titolo di aiuti per sostenere i costi necessari a conseguire un'adeguata formazione professionale a persona che vanta nei confronti della prima crediti alimentari, in quanto fondata su disposizioni di diritto civile (sentenza 15 gennaio 2004, C-433/01, Freistaat Bayern c. Blijdenstein, cfr. **allegato B57**).

⁴⁰ La sentenza così conclude: "Il fatto che l'amministratore, per recuperare le spese sostenute abbia fatto valere un diritto di credito che trae origine da un atto d'imperio è sufficiente a far sì che la sua azione venga considerata – indipendentemente dalla natura del mezzo che gli offra all'uopo il diritto nazionale – esulante dalla sfera di applicazione della Convenzione di Bruxelles".

In particolare, nella sentenza del 21 aprile 1993, C-172/91, cfr. *allegato B54*, si è ritenuta decisiva l'esclusione della qualifica, in capo all'insegnante pubblico, della qualifica di "pubblica autorità che ha agito nell'esercizio della sua potestà di imperio". Questa esclusione, poi, è stata fondata sulle seguenti considerazioni: 1) "pur agendo per conto dello Stato, un pubblico dipendente non esercita sempre la potestà d'imperio"; 2) l'insegnante di una scuola pubblica che si occupa degli allievi in occasione di una gita scolastica non assume un comportamento corrispondente all'esercizio di poteri che derogano alle norme vigenti nei rapporti tra i singoli; 3) l'insegnante di una scuola pubblica svolge nei confronti degli allievi, almeno in occasioni come quelle relative al caso di specie, compiti identici a quelli di un insegnante di una scuola privata; 4) "un insegnante non esercita pubblici poteri anche quando attribuisce voti agli alunni e partecipa alla decisione sul loro passaggio alla classe superiore".

Nella sentenza del 15 maggio 2003, C-266/01, cfr. *allegato B56*, si è invece ritenuto decisivo che lo Stato, in relazione alla posizione del fideiussore quale derivante dal contratto, non esercitasse "poteri esorbitanti rispetto alle norme applicabili nei rapporti tra privati", e, a questo fine, si è valorizzata la circostanza che il fideiussore abbia assunto i suoi obblighi liberamente, concordando liberamente la sua remunerazione con i soggetti garantiti, e senza impegnarsi a rispettare clausole eccedenti i limiti della libertà riconosciuta alle parti dalla legge applicabile al contratto.

4/III.3.b. Per quanto attiene ai legami per connessione tra le cause, la giurisprudenza comunitaria, con riferimento alla Convenzione di Bruxelles, nella sentenza del 6 marzo 1980, C-120/79, De Cavel, cfr. *allegato B58*, ha affermato l'autonomia delle domande accessorie rispetto a quella principale.

Sotto questo profilo, invero, è stata valorizzata la presenza di varie disposizioni dalle quali emerge "in modo inequivocabile che, secondo il sistema generale della Convenzione, la sorte della domanda accessoria non è necessariamente legata a quella della domanda principale". Si è, specificamente richiamata la competenza del giudice penale a conoscere dell'azione civile accessoria, evidenziando che la pronuncia del medesimo giudice su questo punto è "soggetta relativamente al riconoscimento e all'esecuzione, alla Convenzione" (ossia è considerata rientrare nella "*materia civile e commerciale*").

4/III.3.c. Tuttavia, occorre anche aggiungere che, sia pure con riferimento all'individuazione delle regole di competenza dettate dalla disciplina comunitaria per una controversia di cui era pacificamente ritenuta la "*materia civile e commerciale*", la Corte di Giustizia, nella sentenza del 12 maggio 2011, C-144/10, BVG c. JP Morgan Chase Bank, cfr. *allegato B59*, ha escluso la rilevanza, ai fini della disciplina applicabile, della "esistenza di una questione preliminare sollevabile in qualsiasi momento da una delle parti", perché ciò determinerebbe l'impossibilità di conseguire l'obiettivo della prevedibilità, in termini altamente affidabili, delle regole di competenza e di certezza del diritto.

In questa prospettiva, la Corte ha rappresentato: “nel contesto di una controversia in materia contrattuale, questioni attinenti alla validità, all’interpretazione o all’opponibilità del contratto sono il fulcro di tale controversia e ne costituiscono l’oggetto. Ogni decisione vertente sulla validità della decisione di concludere il detto contratto, presa precedentemente dagli organi sociali di una delle parti, deve considerarsi accessoria. Sebbene essa possa costituire parte dell’analisi che deve essere effettuata a tal riguardo, non ne costituisce cionondimeno l’unico e neppure il principale oggetto”.

4/III.4. La dottrina, in genere, ha proceduto a registrare la giurisprudenza della Corte di Giustizia⁴¹.

In linea generale, si è osservato che “il carattere <civile o commerciale> di una controversia dipende soprattutto dalla circostanza che si tratti di un’operazione economica relativa al trasferimento di beni o servizi, oppure al pagamento di somme tra soggetti, senza che l’esercizio di potere autoritativo da parte di uno di essi costituisca la ragione giustificativa di tali trasferimenti o del pagamento di somme”, e che, quindi, in tale materia rientrano “tutti quei rapporti di cui sia partecipe la Pubblica Amministrazione o un ente pubblico allorché si tratti di rapporti conclusi, o pretese fondate su situazioni, *jure privatorum* e, pertanto, senza che a loro fondamento vi sia l’esercizio di un <potere autoritativo> da parte del soggetto pubblico”⁴².

Tuttavia, si è anche rilevato che, nell’individuare “gli elementi che consentono di qualificare una fattispecie come rientrante nella materia civile o commerciale, la Corte non sembra aver seguito una linea interpretativa particolarmente definita”⁴³, e che “vi sono casi in cui può essere arduo applicare i principi giurisprudenziali (...) qualora la materia civile e commerciale si presenti ‘connessa’ con l’esercizio di attività di natura pubblicistica”⁴⁴. Ancor più in particolare, si è evidenziato: “La ricostruzione della Corte di Giustizia – che come si è detto, al fine di determinare se la controversia ricada nella materia civile o commerciale, incentra sulla *causa pretendi* l’elemento decisivo – lascia aperti alcuni interrogativi di non agevole soluzione. In primo luogo, occorre chiedersi se il regolamento sia ancora applicabile nel caso in cui l’atto, espressione della potestà pubblica, debba essere conosciuto soltanto *incidenter tantum*”⁴⁵.

Vi è stato, poi, chi ha affermato: “Se la convenzione sia applicabile – ma è da aggiungere che lo stesso vale a proposito delle sue regole di competenza (...) – è

⁴¹ Cfr. F. Ravidà, in *Il processo civile e la normativa comunitaria*, a cura di S. Scarndoni, Torino, 2012, p. 137-142; C. Silvestri, in *Manuale di diritto processuale civile europeo*, a cura di M. Taruffo-V. Varano, Torino, 2011, p. 7-9; F.P. Mansi, *Il Giudice italiano e le controversie europee*, Milano, 2010, p. 59-71; P. Vittoria, *La competenza giurisdizionale e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, Milano, 2005, p. 20-25; S. Carbone-M. Frigo-L. Fumagalli, *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Milano, 2004, p. 11.

⁴² V. S. Carbone-M. Frigo-L. Fumagalli, *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, cit., p. 11.

⁴³ Così F.P. Mansi, *Il Giudice italiano e le controversie europee*, cit., p. 64.

⁴⁴ V., ancora, F.P. Mansi, *Il Giudice italiano e le controversie europee*, cit., p. 69

⁴⁵ Esattamente in termini F. Ravidà, in *Il processo civile e la normativa comunitaria*, cit., p. 140.

questione che non può dipendere dalle eccezioni che il convenuto può sollevare per difendersi dalla domanda”⁴⁶.

⁴⁶ Così P. Vittoria, *La competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, cit., p. 23.

5. Osservazioni conclusive.

5.1. Alla luce degli elementi normativi, giurisprudenziali e dottrinali esposti in precedenza può procedersi ad una indicazione sintetica delle possibili prospettive di soluzione delle questioni analizzate.

5.2.a. Con riferimento alla questione del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo secondo il diritto nazionale, è logicamente prioritario l'esame del profilo attinente alla configurabilità, in capo alla P.A., del potere pubblicistico di procedere all'annullamento di ufficio degli atti di una procedura di evidenza pubblica in un momento successivo alla stipulazione di un contratto, e alla sussistenza in materia della giurisdizione del giudice amministrativo.

Come è rilevato *supra*, l'esistenza di un potere del tipo indicato è affermazione ampiamente diffusa nella giurisprudenza ordinaria ed amministrativa e nella dottrina. Inoltre, anche a voler seguire l'opinione degli Autori che ritengono ammissibili i provvedimenti di autotutela in relazione agli atti della procedura di evidenza pubblica “solo se espressamente previsti dalla legge”⁴⁷, il problema sembra risolto dalla disposizione di cui all'art. 1, comma 136, della legge n. 311 del 2004, la quale è stata esplicitamente indicata come fonte di “una disciplina speciale dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio da parte dell'amministrazione”⁴⁸.

Per quanto riguarda la giurisdizione in ordine al precisato provvedimento, dovrebbe concludersi nel senso della spettanza della controversia al giudice amministrativo, ove si segua l'orientamento prevalente della giurisprudenza⁴⁹ e della dottrina⁵⁰.

Spunti in senso contrario, peraltro, sembrano provenire dalla Corte di Cassazione, Sezioni Unite, nella sentenza n. 931 del 1999, cfr. *allegato B7*, e nell'ordinanza n. 8515 del 2012, cfr. *allegato B8*. Secondo l'una, invero, “valutare l'incidenza dell'annullamento dell'atto amministrativo rispetto al contratto privatistico, che del diritto fatto valere rappresenta il fondamento, costituisce una questione di merito relativa alla validità e alla perdurante efficacia del contratto”⁵¹; secondo l'altra, poi, premesso che occorre guardare alla “consistenza effettiva delle situazioni giuridiche delle parti, prescindendo dalle prospettazioni e dalle richieste eventualmente improprie rivolte al giudice”, “il rapporto dedotto in giudizio nella specie è di natura prettamente civilistica, derivando dalla conclusione di contratti – della cui validità nella sostanza si controverte, in seguito alle contestazioni sollevate in via stragiudiziale dal Comune (...) – eminentemente di diritto privato, che hanno posto le parti in

⁴⁷ Su questa opinione, v. specificamente *supra*, punto 3/III.4.b.

⁴⁸ Sulla disposizione di cui all'art. 1, comma 136 della legge n. 311 del 2004, v. specificamente *supra*, punto 3/III.4.c.

⁴⁹ Sulla giurisprudenza in proposito, v. *supra*, punto 3/III.2.a., per i precedenti della Corte di Cassazione, e *supra*, punto 3/III.3, per i precedenti del Consiglio di Stato.

⁵⁰ Sulla dottrina in materia, v. *supra*, punto 3/III.4.a.

⁵¹ Su tale sentenza v. *supra*, punto 3/III.2.b.

posizione del tutto paritaria, nonostante la qualità di ente pubblico di una di loro, facendo sorgere per entrambe tipiche situazioni di diritto soggettivo”⁵².

Tuttavia, mentre la prima decisione riconduce la questione relativa alla valutazione del provvedimento di annullamento a questione incidentale, che pare in un certo qual modo riconducibile al potere di disapplicazione dell’atto amministrativo, la seconda, invece, parlando di “contestazioni sollevate in via stragiudiziale dal Comune”, sembra disconoscere alle note dei pubblici amministratori il valore di provvedimento amministrativo. In ogni caso, una volta che si riconosca il potere pubblicistico della P.A. di procedere all’annullamento di ufficio degli atti della procedura di evidenza pubblica, risulta difficile ritenere che l’esercizio dello stesso non incida direttamente sulla situazione giuridica soggettiva dell’aggiudicatario, poi divenuto parte del contratto, e non imponga, quindi, la proposizione di un’azione di annullamento nell’ordinario termine di decadenza. Né, d’altro canto, la questione sulla validità degli atti amministrativi prodromici deve essere trattata necessariamente dallo stesso giudice che tratta della questione sulla validità del successivo contratto: anche le recentissime pronunce della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 29107 del 2011, cfr. *allegato B36*,⁵³ e del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 10 del 2011, cfr. *allegato B48*⁵⁴ hanno affermato espressamente che compete al giudice amministrativo conoscere dei vizi del procedimento e del provvedimento amministrativo e, invece, al giudice ordinario conoscere dell’invalidità del contratto conseguentemente stipulato⁵⁵.

5.2.b. Passando al profilo attinente alla giurisdizione del giudice amministrativo in materia di dichiarazione di inefficacia del contratto come conseguenza dell’annullamento in autotutela degli atti della procedura di evidenza pubblica, sembra difficilmente discutibile la necessità di valutare quale sia l’ambito di applicabilità delle disposizioni del Codice del processo amministrativo.

Invero, da un lato, risulta essere principio consolidato quello per cui le disposizioni che attribuiscono, nel corso di causa, la giurisdizione al giudice che ne era sprovvisto al momento di proposizione della domanda radicano la potestà giurisdizionale dello stesso⁵⁶, e, dall’altro, il contratto di “swap” pare inquadrabile nell’ambito dei “pubblici ... servizi” in relazione ai quali, per le controversie inerenti alle procedure di affidamento, l’art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), cod. proc. amm. prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁵⁷.

⁵² Su tale sentenza v. *supra*, punto 3/III.2.c.

⁵³ Su tale sentenza v. *supra*, punto 3/IV.2.c.

⁵⁴ Su tale sentenza v. *supra*, punto 3/IV.3.c.

⁵⁵ Non sembra indicativa in senso contrario l’ordinanza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 5446 del 2012, su cui v. *supra*, punto 3/IV.2.c., poiché la fattispecie da essa esaminata, nella quale non risultava proprio effettuata la procedura di evidenza pubblica, si caratterizzava per essere l’illegittimità della scelta del contraente dedotta dalla P.A., e per l’assenza di atti di autotutela, sicché non veniva in considerazione alcuna impugnazione di provvedimenti amministrativi (né, quindi, il rispetto dei termini di decadenza per evitare l’inoppugnabilità di tali provvedimenti).

⁵⁶ Cfr., per specifiche applicazioni in materia, in giurisprudenza: Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza n. 20775 del 2010, cit., cfr. *allegato B32* (v. *supra* al punto 3/IV.2.b.), e Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 6492 del 2011, cfr. *allegato B43* (v. *supra* al punto 3/IV.3.b.); in dottrina, gli Autori citati *supra*, al punto 3/IV.4.c., nota 27.

⁵⁷ Cfr., per questa opinione, in dottrina, P. Carpentieri, *Sorte del contratto (nel nuovo rito degli appalti)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, p. 726, cfr. *allegato C12*, riportata *supra*, al punto 3/IV.4.c.

Ciò posto, siccome tanto l'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), quanto, in modo ancor più netto, gli artt. 121 e 122 cod. proc. amm. prevedono il collegamento tra la decisione giurisdizionale di annullamento dell'aggiudicazione e la dichiarazione di inefficacia del contratto, occorre esaminare se a queste disposizioni debba essere riconosciuta o meno una portata estensiva, sì da ritenerle applicabili anche quando il provvedimento terminale della procedura di evidenza pubblica sia stato già annullato in sede amministrativa.

In proposito, se si ritiene che la pronuncia sulla privazione degli effetti del contratto sia inscindibilmente legata al sindacato sull'esercizio del potere, che la stessa implichi valutazioni di discrezionalità amministrativa, o comunque assimilabili a quelle istituzionalmente riservate alla P.A., o che i contratti relativi a pubblici lavori, servizi e forniture come accordi amministrativi integrativi di provvedimento, non sembra dubitabile che la giurisdizione in materia dovrebbe appartenere al giudice amministrativo.

A diversa conclusione, però, può pervenirsi se si considera che: ---) la legge prevede la privazione di efficacia del contratto non quale conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma solo quale effetto di una valutazione giudiziale; ---) i parametri ai quali è ancorata la valutazione giudiziale per decidere il mantenimento o la privazione di efficacia del contratto possono essere letti non come attinenti ad una valutazione di tipo amministrativo, bensì come elementi-guida della valutazione giudiziale simili a quelli indicati dall'art. 2058, secondo comma, cod. civ., in materia di limiti all'ammissibilità del risarcimento in forma specifica (è esclusa "*la reintegrazione ... eccessivamente onerosa per il debitore*"), o dall'art. 2933, secondo comma, cod. civ., relativamente al potere di ordinare la distruzione della cosa (vietata se "*di pregiudizio all'economia nazionale*")⁵⁸; ---) almeno nei casi di cui all'art. 122 cod. proc. amm., la dichiarazione di inefficacia presuppone indefettibilmente la richiesta del ricorrente di subentrare nel contratto⁵⁹. Ove si condividano questi rilievi, infatti, potrebbe concludersi che, almeno nei casi di cui all'art. 122 cod. proc. amm., la pronuncia giudiziale di privazione di efficacia del contratto espliciti una funzione eminentemente risarcitoria, che si connette all'esigenza di assicurare una tutela del ricorrente in termini di effettività. Essa così rientrerebbe nell'ambito costituzionalmente proprio della giurisdizione esclusiva in quanto espressione del "potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto", che "costituisce (...) uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare, per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione", e che "affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 Cost., il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione

⁵⁸ In proposito, cfr. la dottrina citata *supra*, al punto 3/IV.4.c., alle note 32 e 33, ma anche al punto 3/IV.4.b., alla nota 25.

⁵⁹ Su questo punto, v. la dottrina citata *supra*, al punto 3/IV.4.c., nota 34.

amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri”⁶⁰.

In questa prospettiva, invero, si potrebbe ritenere che la giurisdizione al giudice amministrativo in tema di privazione di efficacia del contratto sia stata attribuita proprio al fine di assicurare l’effettività della tutela al ricorrente che, per conseguire il subentro nel contratto, abbia impugnato (*rectius*: dovuto impugnare) l’aggiudicazione disposta all’esito del procedimento di evidenza pubblica; e che, pertanto, venendo meno ogni funzione risarcitoria come pure l’esigenza di evitare una moltiplicazione dei giudizi, esulerebbe da tale giurisdizione la domanda proposta per ottenere esclusivamente la declaratoria di inefficacia del contratto, essendo stati già eliminati gli atti del procedimento di evidenza pubblica⁶¹.

Contro l’interpretazione estensiva delle disposizioni del codice del processo amministrativo in materia di giurisdizione sulla domanda di privazione di efficacia dei contratti, inoltre, può evidenziarsi che il recentissimo orientamento della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, nella sentenza n. 30167 del 2011, cit., cfr. *allegato B37*, e del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, nella sentenza n. 10 del 2011, cit. cfr. *allegato B48*, converge nel ritenere che la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto posto a valle di un procedimento amministrativo viziato sussiste solo nei casi “espressamente” previsti dalla legge e che, negli altri casi, spetta invece “al giudice ordinario [conoscere] dei vizi del contratto, anche quando si tratti di invalidità derivata dal procedimento amministrativo presupposto dal contratto”⁶².

Tuttavia, una ulteriore prospettiva si potrebbe porre ove si ritenga che l’art. 1, comma 136, della legge n. 311 del 2004 attribuisca alla P.A. il potere non solo di annullare di ufficio gli atti del procedimento di evidenza pubblica, ma anche di determinare in via diretta la caducazione del contratto, come effetto automatico ed immediato dell’atto di autotutela.

5.3. Con riferimento alla questione del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo secondo il diritto internazionale privato, il problema è quello di definire l’ammissibilità, e, in caso positivo, i limiti operativi, di un accordo di proroga di giurisdizione relativamente ad un contratto stipulato dalla P.A. all’esito di un procedimento di evidenza pubblica.

Mancano precedenti giurisprudenziali specifici.

In linea generale, la Corte di Giustizia dell’Unione Europea afferma: “Benché talune decisioni emesse nelle cause fra la pubblica amministrazione ed un soggetto di diritto privato possano essere comprese nell’ambito d’applicazione della convenzione,

⁶⁰ Le espressioni riportate tra virgolette sono nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004, cfr. *allegato B25*, la quale significativamente prosegue: “certamente il superamento della regola (avvenuto, peraltro, sovente in via pretoria nelle ipotesi *olim* di giurisdizione esclusiva), che imponeva, ottenuta tutela davanti al giudice amministrativo, di adire il giudice ordinario, per vedersi riconosciuti i diritti patrimoniali consequenziali e l’eventuale risarcimento del danno (regola alla quale era ispirato anche l’art. 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142, che pure era di derivazione comunitaria), costituisce null’altro che attuazione del precetto di cui all’art. 24 Cost.”

⁶¹ Si tratta di una prospettiva analoga a quella indicata dalla Corte di Cassazione, Sezioni Unite, nell’ordinanza n. 2906 del 2010, cit., cfr. *allegato B30*, anche se in epoca antecedente all’entrata in vigore sia del d.lgs. n. 53 del 2010, sia del codice del processo amministrativo.

⁶² Le espressioni tra virgolette sono tratte dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 10 del 2011.

la situazione è diversa qualora la pubblica amministrazione abbia agito nell'esercizio della sua potestà d'imperio"⁶³.

In effetti, alla luce di tale principio, se risulta sicuramente ammissibile un accordo di proroga di giurisdizione relativo al contratto stipulato dalla P.A. – almeno ove questo sia qualificato come contratto di diritto privato e non come accordo di diritto pubblico, ed indipendentemente dalla giurisdizione cui la controversia sia affidata dalla legge nazionale –, molto più problematico appare ritenere che il giudice convenzionalmente designato possa anche decidere in ordine alla validità degli atti di autotutela posti in essere dall'Amministrazione (ove si reputi che la stessa abbia tale potere)⁶⁴.

Né appare praticabile, in relazione a questa tipologia di vicende, la soluzione interpretativa, avanzata in linea generale dalla dottrina, secondo cui l'applicabilità della disciplina comunitaria “non può dipendere dalle eccezioni che il convenuto può sollevare per difendersi dalla domanda”⁶⁵: gli atti di autotutela, prima ancora di consentire alla P.A. di eccepire l'invalidità del contratto di cui la controparte chiede l'esecuzione, sono atti autoritativi ed imperativi che incidono direttamente nella sfera giuridica dell'aggiudicatario poi divenuto parte contraente e che, in quanto tali, debbono essere impugnati entro termini perentori⁶⁶.

In effetti, anche tenendo conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia che afferma l'autonomia delle domande accessorie rispetto a quella principale⁶⁷, potrebbe forse opinarsi che la controversia sull'esercizio del potere di autotutela resti distinta da quella relativa a quella sulla efficacia del contratto, e che solo a quest'ultima sia riferibile l'accordo di proroga della giurisdizione.

(Red. Antonio Corbo)

Il direttore aggiunto
(Ulpiano Morcavallo)

⁶³ V. la sentenza del 14 ottobre 1976, C-29/76, cfr. *allegato B49*, ma anche le sentenze del 16 dicembre 1980, C-189/79, cfr. *allegato B51*, del 14 novembre 2002, C-271/00, cfr. *allegato B52*, del 15 maggio 2003, C-266/01, cfr. *allegato B56*, e del 15 febbraio 2007, C-295/05, cfr. *allegato B53*.

⁶⁴ Indicative sono le perplessità sollevate da F. Ravidà, in *Il processo civile e la normativa comunitaria*, cit., p. 140, riportate *supra*, al punto 4.III.4.

⁶⁵ Così P. Vittoria, *La competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, cit., p. 23.

⁶⁶ La situazione dell'ordinamento italiano è differente da quella dell'ordinamento tedesco, cui si riferisce il caso esaminato dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 12 maggio 2011 C-144/10, cfr. *allegato B59*: in Germania, come si osserva nella Relazione Schlosser, “i contratti di approvigionamento dell'organo amministrativo, e soprattutto l'aggiudicazione di lavori pubblici, seguono unicamente il diritto privato”.

⁶⁷ Il riferimento è alla sentenza del 6 marzo 1980, C-120/79, cit., cfr. *allegato B58*.

INDICE DEGLI ALLEGATI

Riferimenti normativi

- Art. 21-nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241, cfr. **allegato A1**;
- Art. 1, comma 136, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, cfr. **allegato A2**;
- Artt. 7, 121, 122 e 133 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (cd. Codice del Processo Amministrativo), cfr. **allegato A3**;
- Direttiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, cfr. **allegato A4**;
- Decreto Legislativo 20 marzo 2010, n. 53, cfr. **allegato A5**;
- Regolamento Comunitario n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, cfr. **allegato A6**;
- Relazione sulla Convenzione di Bruxelles stipulata il 27 settembre 1968 tra gli Stati membri (dell'epoca) delle Comunità Europee (cd. Relazione Jenard), cfr. **allegato A7**;
- Relazione sulla Convenzione di adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord alla Convenzione di Bruxelles, firmata il 9 ottobre 1978 (cd. Relazione Schlosser), cfr. **allegato A8**.

Riferimenti giurisprudenziali

a) sul potere della P.A. di procedere all'annullamento di ufficio degli atti della procedura di evidenza pubblica anche dopo la stipula del contratto e sulla giurisdizione del giudice amministrativo:

- Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 1907 del 5 giugno 1956, Rv. 881283, cfr. **allegato B1**;
- Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 1752 del 13 aprile 1989, Rv. 462465, cfr. **allegato B2**;
- Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 4289 del 20 aprile 1991, Rv. 471775, cfr. **allegato B3**;
- Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 5179 del 12 marzo 2004, Rv. 571120, cfr. **allegato B4**;
- Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 13296 del 21 giugno 2005, Rv. 582152, cfr. **allegato B5**;
- Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza n. 4508 del 1° marzo 2006, Rv. 589156, cfr. **allegato B6**;
- Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 931 del 22 dicembre 1999, cfr. **allegato B7**;
- Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza n. 8515 del 29 maggio 2012, cfr. **allegato B8**;
- Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 652 del 1° febbraio 1985, Rv. 438857, cfr. **allegato B9**;
- Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 10160 del 26 giugno 2003, Rv. 564585, cfr. **allegato B10**;
- Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 29425 del 17 dicembre 2008, Rv. 606214, cfr. **allegato B11**;

- Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 21928 del 29 agosto 2008, Rv. 605932, cfr. **allegato B12**;
- Consiglio di Stato, Sezione VI, n. 244 del 14 gennaio 2000, cfr. **allegato B13**;
- Consiglio di Stato, Sezione IV, n. 6931 del 22 ottobre 2004, cfr. **allegato B14**;
- Consiglio di Stato, Sezione IV, n. 6456 del 31 ottobre 2006, cfr. **allegato B15**;
- Consiglio di Stato, Sezione V, n. 5427 del 10 settembre 2009, cfr. **allegato B16**;
- Consiglio di Stato, Sezione V, n. 8841 del 29 dicembre 2009, cfr. **allegato B17**;
- Consiglio di Stato, Sezione VI, n. 4864 del 26 luglio 2010, cfr. **allegato B18**;
- Consiglio di Stato, Sezione V, n. 7273 del 1° ottobre 2010, cfr. **allegato B19**;
- Consiglio di Stato, Sezione V, n. 4440 del 3 agosto 2012, cfr. **allegato B20**;
- Consiglio di Stato, Sezione V, n. 11 del 4 gennaio 2011, cfr. **allegato B21**;
- Consiglio di Stato, Sezione V, n. 3463 del 28 maggio 2004, cfr. **allegato B22**;
- Consiglio di Stato, Sezione VI, n. 1554 del 17 marzo 2010, cfr. **allegato B23**;

b) in tema di giurisdizione sulla domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto come conseguenza dell'annullamento degli atti della procedura di evidenza pubblica:

- Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 27169 del 28 dicembre 2007, Rv. 601050, cfr. **allegato B24**;
- Corte Costituzionale, sentenza n. 204 del 2004, cfr. **allegato B25**;
- Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 10443 del 23 aprile 2008, Rv. 602980, cfr. **allegato B26**;
- Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 19502 del 16 luglio 2008, Rv. 604841, cfr. **allegato B27**;
- Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 19805 del 18 luglio 2008, Rv. 604585, cfr. **allegato B28**;
- Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza n. 26790 del 7 novembre 2008, Rv. 605281, cfr. **allegato B29**;
- Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza n. 2906 del 10 febbraio 2010, Rv. 611497, cfr. **allegato B30**;
- Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza n. 5291 del 5 marzo 2010, Rv. 611794, cfr. **allegato B31**;
- Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza n. 20775 del 7 ottobre 2010, non massimata, cfr. **allegato B32**;
- Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 391 del 11 gennaio 2011, non massimata, cfr. **allegato B33**;
- Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 17066 del 8 agosto 2011, non massimata, cfr. **allegato B34**;
- Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 10068 del 9 maggio 2011, Rv. 617006, cfr. **allegato B35**;
- Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza n. 29107 del 28 dicembre 2011, Rv. 620488, cfr. **allegato B36**;
- Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 30167 del 30 dicembre 2011, Rv. 620489, cfr. **allegato B37**;
- Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza n. 5446 del 5 aprile 2012, Rv. 622197, cfr. **allegato B38**;
- Consiglio di Stato, Sezione VI, decisione n. 2332 del 5 maggio 2003, cfr. **allegato B39**;
- Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, decisione n. 9 del 30 luglio 2008, cfr. **allegato B40**;

- Consiglio di Stato, Sezione VI, decisione n. 3759 del 15 giugno 2010, cfr. **allegato B41**;
- Consiglio di Stato, Sezione V, decisione n. 7578 del 20 ottobre 2010, cfr. **allegato B42**;
- Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 6492 del 12 dicembre 2011, cfr. **allegato B43**;
- Consiglio di Stato, Sezione III, decisione n. 1570 del 11 marzo 2011, cfr. **allegato B44**;
- Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza n. 5545 del 17 ottobre 2011, cfr. **allegato B45**;
- Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza n. 1067 del 23 febbraio 2012, cfr. **allegato B46**;
- Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza n. 6638 del 19 dicembre 2011, cfr. **allegato B47**;
- Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza n. 10 del 3 giugno 2011, cfr. **allegato B48**;

c) su ammissibilità e limiti di operatività degli accordi di proroga di giurisdizione in tema di contratti della P.A. stipulati all'esito di procedure di evidenza pubblica:

- Corte di Giustizia U.E., sentenza del 14 ottobre 1976, C-29/76, LTU c. Eurocontrol, cfr. **allegato B49**;
- Corte di Giustizia U.E., sentenza del 22 febbraio 1979, C-133/78, Gourdin c. Nadler, cfr. **allegato B50**;
- Corte di Giustizia U.E., sentenza del 16 dicembre 1980, C-814/79, Paesi Bassi c. Ruffer, cfr. **allegato B51**;
- Corte di Giustizia U.E., sentenza del 14 novembre 2002, C-271/00, Geemente Steenbergen c. Baaten, cfr. **allegato B52**;
- Corte di Giustizia U.E., sentenza del 15 febbraio 2007, C-292/05, E. Lechouritou ed altri, cfr. **allegato B53**;
- Corte di Giustizia U.E., sentenza del 21 aprile 1993, C-172/91, Sonntag c. Waidmann, cfr. **allegato B54**;
- Corte di Giustizia U.E., sentenza del 1° ottobre 2002, C-167/00, Verein fur Konsumenteninformation c. Henkel, cfr. **allegato B55**;
- Corte di Giustizia U.E., sentenza del 15 maggio 2003, C-266/01, Preservatrice foncière TIARD SA c. Paesi Bassi, cfr. **allegato B56**;
- Corte di Giustizia U.E., sentenza 15 gennaio 2004, C-433/01, Freistaat Bayern c. Blijdenstein, cfr. **allegato B57**;
- Corte di Giustizia U.E., sentenza del 6 marzo 1980, C-120/79, De Cavel, cfr. **allegato B58**;
- Corte di Giustizia U.E., sentenza del 12 maggio 2011, C-144/10, BVG c. JP Morgan Chase Bank, cfr. **allegato B59**.

Riferimenti dottrinali

a) sul potere della P.A. di procedere all'annullamento di ufficio degli atti della procedura di evidenza pubblica anche dopo la stipula del contratto e sulla giurisdizione del giudice amministrativo:

- R. De Nictolis, sub *Artt. 120-125 e 133, c. 1, lett. e)*, in *Codice del processo amministrativo commentato*, a cura di R. De Nictolis, Torino, 2012;
- F. Lattanzi, sub *Art. 133*, in *Codice del processo amministrativo*, a cura di R. Garofoli-G. Ferrari, tomo III, 2^a ed., Nel Diritto Editore, 2012;
- M. Immordino, in *Diritto Amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, 2^a ed., Torino, 2011;
- F.G. Scoca, *Annulamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro Amministrativo: TAR*, 2007, p. 797-820, cfr. **allegato C1**;
- E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007;
- U. Di Benedetto, *Diritto Amministrativo*, Maggioli Editore, 2007;
- M. Ragazzo, *L'autotutela amministrativa*, Milano, 2006;

- F. Caringella, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2005;
- F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008;
- R. De Nictolis, *Affidamento di lavori, servizi e forniture*, in *Trattato di Giustizia Amministrativa*, vol. I, Milano, 2005.
- F. Merusi, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro Amministrativo: TAR*, 2004, p. 569-579, cfr. **allegato C2**;
- G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano 1986;
- E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, p. 240-268, cfr. **allegato C3**;
- G. Greco, *La Direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2008, p. 1029-1062, cfr. **allegato C4**;
- G. De Rosa, *Quale giudice può decidere la sorte del contratto a seguito di aggiudicazione annullata? L'impatto della direttiva ricorsi*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2010, p. 1035-1053, cfr. **allegato C5**;

b) in tema di giurisdizione sulla domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto come conseguenza dell'annullamento degli atti della procedura di evidenza pubblica:

- F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008;
- F.G. Scoca, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro Amministrativo: TAR*, 2007, p. 797-820, cfr. **allegato C1**;
- F. Satta, *Annullamento dell'aggiudicazione: la fine di un problema*, in *Dir. Amm.*, 2009, p. 123-129, cfr. **allegato C6**;
- G. Greco, *La Direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2008, p. 1029-1062, cfr. **allegato C4**;
- R. Mangani, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: il giudice amministrativo amplia il suo ambito di intervento*, in *Riv. trim. appalti*, 2010, p.1145-1168, cfr. **allegato C7**;
- R. Calvo, *La svolta delle Sezioni Unite sulla sorte del contratto pubblico. Il punto di vista civilistico*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, p. 435-439, cfr. **allegato C8**;
- E. Santoro, *Una pietra miliare nel cammino verso l'effettività della tutela: le Sezioni Unite affermano la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto, anticipando il recepimento della direttiva 2007/66/CE*, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, p. 399-411, cfr. **allegato C9**;
- G. De Rosa, *Quale giudice può decidere la sorte del contratto a seguito di aggiudicazione annullata? L'impatto della direttiva ricorsi*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2010, p. 1035-1053, cfr. **allegato C5**;
- C. Lamberti, *La svolta delle Sezioni Unite sulla sorte del contratto pubblico. Il punto di vista amministrativistico*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, p. 427-435, cfr. **allegato C10**;
- G. D'Angelo, *Direttiva n. 2007/66/CE e giurisdizione nelle controversie sui contratti pubblici*, in *Corriere giuridico*, 2010, p. 747-755, cfr. **allegato C11**;
- R. De Nictolis, sub *Artt. 121-125*, in *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs n. 104/2010*, a cura di A. Quaranta-V. Lopilato, Milano, 2011;
- R. De Nictolis, sub *Artt. 120-125 e 133, c. 1, lett. e)*, in *Codice del processo amministrativo commentato*, a cura di R. De Nictolis, Torino, 2012;
- P. Carpentieri, *Sorte del contratto (nel nuovo rito degli appalti)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, p. 664-730, cfr. **allegato C12**.
- L. Maruotti-C. Saltelli, sub *Artt.121-122*, in *Codice del processo amministrativo. D.lvo 2 luglio 2010, n. 104. Commentato e annotato con la giurisprudenza*, a cura di G. Leone-L. Maruotti-C. Saltelli, Milano, 2010;

- N. Paolantonio, in *Giustizia Amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2011;
- F. Cintioli, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, p. 3-45, cfr. **allegato C13**;
- R. Caponigro, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Foro Amministrativo-Consiglio di Stato*, 2011, p. 1707-1751, cfr. **allegato C14**;
- F. Lattanzi, sub *Art. 133*, in *Codice del processo amministrativo*, a cura di R. Garofoli-G. Ferrari, tomo III, 2^a ed., Nel Diritto Editore, 2012;
- E. Sticchi Damiani, *Annulamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, p. 240-268, cfr. **allegato C3**;

c) *su ammissibilità e limiti di operatività degli accordi di proroga di giurisdizione in tema di contratti della P.A. stipulati all'esito di procedure di evidenza pubblica:*

- F. Ravidà, in *Il processo civile e la normativa comunitaria*, a cura di S. Scarndoni, Torino, 2012;
- C. Silvestri, in *Manuale di diritto processuale civile europeo*, a cura di M. Taruffo-V. Varano, Torino, 2011;
- F.P. Mansi, *Il Giudice italiano e le controversie europee*, Milano, 2010;
- P. Vittoria, *La competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, Milano, 2005;
- S. Carbone-M. Frigo-L. Fumagalli, *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Milano, 2004.