

## **Appalti pubblici: tutela cautelare e diritto comunitario, spunti ricostruttivi**

di DONATELLA DEL VESCOVO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le linee guida della tutela effettiva: il provvedimento cautelare e la reintegrazione in forma specifica. – 3. Tangibilità della tutela e termini di decadenza per proporre impugnazione. – 4. Le procedure di ricorso: ambito di applicazione, requisiti e accessibilità. – 5. Il termine dilatorio tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto: la clausola *stand still*. – 6. Le deroghe al termine sospensivo: urgenza e assenza di ulteriori concorrenti. – 7. La privazione degli effetti del contratto: le fattispecie tipiche e i casi di non applicazione. – 8. La privazione di effetti "facoltativa" e le sanzioni alternative. – 9. Il ruolo della Commissione: il meccanismo correttore. – 10. Conclusioni.

### *1. Introduzione.*

In questi giorni è stato reso noto lo schema di decreto legislativo recante attuazione della delega di cui agli articoli 1, 2 e 44, legge 7 luglio 2009, n. 88, contenente «disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alla Comunità europea - legge comunitaria 2008» - di recepimento della direttiva 2007/66/CE. La Direttiva 2007/66/CE<sup>1</sup>, come sappiamo, è intervenuta a modificare le precedenti direttive (89/665/CEE e 92/13/CEE) relative alle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici sia nei settori classici che nei settori speciali, al fine di incrementare l'efficacia di tali procedure per garantire in tal modo agli operatori economici i cui interessi siano stati lesi nel corso di una procedura di aggiudicazione la possibilità di esperire ricorsi realmente efficaci. Preliminarmente si è discusso molto in dottrina circa la natura giuridica di questa direttiva, in particolare è contestata la sua appartenenza alla categoria delle c.d.

---

<sup>1</sup> Direttiva 11 dicembre 2007, 2007/66/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici. La Direttiva 2007/66/CE è stata adottata secondo la procedura di cui all'articolo 251 del Trattato (si vedano il parere del Parlamento europeo del 21 giugno 2007 e la decisione del Consiglio del 15 novembre 2007).

direttive *self-executing*, dal momento che sembra lasciare ampi spazi di discrezionalità per assicurare il risultato delle sue disposizioni agli Stati membri<sup>2</sup>.

In seguito si è focalizzata l'attenzione sulle nuove misure atte a rafforzare l'effettività del sistema di tutela, fondato su mezzi di ricorso efficaci e rapidi in modo da garantire che l'intervento del giudice abbia luogo, per quanto possibile, in un momento in cui le violazioni possono ancora essere corrette.

In questa parte introduttiva si intendono descrivere le ragioni alla base dell'intervento del legislatore comunitario e, soprattutto, i motivi per cui la Comunità ha ritenuto le due direttive ricorsi in vigore non più sufficientemente idonee ai fini del raggiungimento degli obiettivi comunitari in questa materia.

Come noto, l'autonomia processuale degli Stati membri rappresenta uno dei settori la cui disciplina non ha subito uno stravolgimento in seguito alla progressiva espansione delle competenze della Comunità. Questa circostanza viene generalmente ricondotta a due ragioni: da una parte l'atteggiamento degli Stati membri, da sempre particolarmente restii a trasferire alla Comunità competenze che implicano la regolazione di aspetti di natura procedurale e processuale; dall'altra il tradizionale *self-restraint* delle istituzioni comunitarie ad addentrarsi nel campo delle garanzie giurisdizionali offerte dai diritti nazionali, secondo il principio dell'autonomia processuale degli Stati membri affermato dalla Corte di Giustizia<sup>3</sup>. Dinanzi all'espansione degli ambiti di intervento della Comunità, le forme di tutela

---

<sup>2</sup> Si tratta del resto di una delle pochissime Direttive basate esclusivamente sull'art. 95 del Trattato CE e, dunque, di una Direttiva che, in quanto opera da strumento di armonizzazione e ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri, contribuirà a fornire un impulso significativo al processo di formazione del c.d. diritto amministrativo comune europeo, che allo stato attuale risulta solo abbozzato. Tra i primi commenti alla direttiva si segnalano A. BARTOLINI e S. FANTINI, *La nuova direttiva ricorsi*, in *Urb. App.*, 2008, 10, p. 1093 ss.; G. GRECO, *La direttiva 2007/66/Ce: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); P. SANTORO, *La nuova direttiva ricorsi 2007/66/Ce e l'impatto con il sistema di giustizia nazionale*, in *Riv. trim. appalti*, 2008, 3, p. 676 ss; M. LIPARI, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: La parola al diritto comunitario*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), pubblicato il 17/04/08 e anche in *Il Foro Amm. Tar*, 2008/1, p. XLV ss.

<sup>3</sup> Secondo una costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, in forza del principio dell'autonomia processuale degli Stati membri, in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità procedurali per garantire la salvaguardia dei diritti di cui i soggetti godono ai sensi dell'ordinamento comunitario, a condizione, tuttavia, che tali modalità non siano meno favorevoli di quelle relative a situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (si vedano, in particolare, sentenze 16 maggio 2000, causa C-78/98, *Preston*, Racc. p. I-3201, punto 31; 19 settembre 2006, cause riunite C-392/04 e C-422/04, p. I-21 *Germany e Arcor*, punto 57; 26 ottobre 2006, causa C-168/05, *Mostaza Claro e Centro Móvil Milenium SL*, punto 24).

giurisdizionale sono state ritenute gli ultimi baluardi a sostegno della tradizionale autonomia che contraddistingue l'istituzione-Stato<sup>4</sup>.

Evidentemente, sono molte le ragioni a base di siffatto *self-restraint* da parte del giudice comunitario. Ritengo, tuttavia, non si possa negare che un fattore determinante sia rappresentato dalle difficoltà di carattere politico-istituzionale alla base del mancato processo di integrazione politica europea e, in particolare, della sorte del Trattato Costituzionale. Dinanzi ad un cammino di integrazione politica così tormentato, l'atteggiamento della Corte di Giustizia

non può che essere quello di ancorarsi alle conquiste già ottenute, senza poter, allo stato, spingersi oltre.

Eppure, sarebbe certamente inesatto non considerare l'influenza che il diritto comunitario ha avuto sul nostro diritto processuale, specialmente nell'ultimo decennio. Come è stato autorevolmente affermato, "l'influenza del diritto comunitario sul processo amministrativo italiano è stata e continua ad essere estremamente significativa"<sup>5</sup>. In particolare, il principio di effettività della tutela, così come interpretato dal giudice comunitario, ha inciso sensibilmente, innalzandolo, sul livello di tutela garantita agli operatori economici nei confronti della Pubblica Amministrazione ed ha rappresentato la base giuridica per l'ingresso nel nostro ordinamento di istituti - oggi ritenuti fondamentali ed indispensabili - quali la tutela cautelare *ante causam* e la

risarcibilità del danno ingiusto anche in caso di lesione di interessi legittimi<sup>6</sup>.

In questo contesto irrompe la Direttiva 2007/66/CE. Come si evince dai considerando e dalla proposta della Commissione, le basi giuridiche di tale atto

---

<sup>4</sup> M.P. CHITI, *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli altri*, in "ASTRID - Rassegna", n. 35 del 2006.

<sup>5</sup> M.A. SANDULLI, *Diritto europeo e processo amministrativo*, Relazione al II seminario franco-italiano di diritto amministrativo, Parigi, 12 e 13 ottobre 2007, disponibile su [www.Federalismi.it](http://www.Federalismi.it), rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato.

<sup>6</sup> L'influenza del diritto comunitario ha avuto un ruolo fondamentale per il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno derivante dalla lesione di interessi legittimi, che tradizionalmente costituiva un *vulnus* nella tutela dei soggetti contrapposti all'esercizio di un pubblico potere. Come è noto, un vero e proprio *revirement* fu segnato dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 500 del 22 luglio 1999 che ha fatto cadere il dogma dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo. Per un commento, T. ALIBRANDI, *La Sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Cassazione relativa alla risarcibilità degli interessi legittimi: continua il dibattito*, in *Giustizia Civile* 2000, II, p. 199; G. ALPA, M. SANINO e P. STELLA RICHTER, *Prime riflessioni sulla Sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Cassazione relativa alla risarcibilità della lesione degli interessi legittimi*, in *Giust. Civ.*, 1999, II, p. 427 ss.; V. CARBONE, *La Cassazione apre una breccia nella irrisarcibilità degli interessi legittimi*, *Corr. Giur.*, 1999, 9, p. 1061 ss.

sono l'articolo 95 del Trattato ed il principio di sussidiarietà<sup>7</sup>. L'intervento della Comunità, pertanto, trova la propria ragione nell'esigenza avvertita dalle istituzioni comunitarie di uno strumento di armonizzazione e ravvicinamento delle disposizioni nazionali in materia di aggiudicazione di appalti pubblici e nella considerazione che per migliorare l'efficacia delle procedure di ricorso non sia sufficiente l'intervento dei singoli Stati membri, in quanto in assenza di un'iniziativa a livello comunitario continuerebbero a sussistere gravi difformità tra le discipline nazionali in merito alla corretta applicazione della normativa applicabile.

Come anticipato, la Direttiva 2007/66/CE mira a colmare le lacune esistenti nei meccanismi di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici per incrementare l'effettività della tutela giurisdizionale volta a riparare le violazioni delle norme sostanziali *"soprattutto in una fase in cui le violazioni possono ancora essere sanate"* (cfr. considerando 3). La nuova direttiva, dunque, mira a rafforzare e rendere effettivi i meccanismi di tutela attualmente esistenti al fine di incrementare la messa in concorrenza in materia di appalti pubblici e garantire a tutti gli operatori la possibilità di beneficiare appieno degli effetti positivi derivanti dall'esistenza di norme sostanziali per la realizzazione e il pieno sviluppo del mercato unico europeo.

Il testo della proposta presentata dalla Commissione, elaborato in seguito ad una consultazione con le parti interessate e volta a verificare l'impatto che le due precedenti direttive ricorsi hanno avuto sul mercato, conferma questa impostazione<sup>8</sup>. L'analisi svolta ha infatti evidenziato l'inadeguatezza delle procedure di ricorso esistenti negli Stati membri perché inidonee a prevenire e correggere in maniera efficace le violazioni della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici: tanto i rimedi precontrattuali, diretti a prevenire la violazione del diritto comunitario, quanto quelli successivi alla stipulazione del contratto (tutela risarcitoria), di fatto, non sono riusciti a dissuadere le Amministrazioni dalla stipula di contratti aggiudicati illegittimamente.

Di fronte a queste lacune, la Direttiva 2007/66/CE mira a chiarire e migliorare le disposizioni vigenti in materia affinché le procedure di aggiudicazione si svolgano nel rispetto delle disposizioni contenute nelle Direttive e dei principi del Trattato

---

<sup>7</sup> L'articolo 95 del Trattato CE disciplina il potere del Consiglio di adottare misure volte al riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato comune.

<sup>8</sup> Cfr. Proposta di direttiva che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE presentata dalla Commissione in data 4 maggio 2006, COM(2006) 195.

rilevanti in materia<sup>9</sup> e affinché, ove le Amministrazioni non osservino tali norme e principi, il soggetto leso abbia la possibilità di ottenere dall'organo di ricorso una tutela realmente effettiva che, ove ne ricorrano i presupposti, non si limiti alla mera ristorazione del danno economico subito.

*2. Le linee guida della tutela effettiva: il provvedimento cautelare e la reintegrazione in forma specifica.*

Come noto, la tutela cautelare costituisce un istituto fondamentale nell'ambito degli strumenti di tutela riconosciuti dall'ordinamento al soggetto che ritiene di aver subito ingiustamente un pregiudizio a causa del comportamento della Pubblica Amministrazione. I provvedimenti amministrativi, infatti, sono immediatamente esecutivi e, pertanto, sin dalla loro adozione sono idonei a ledere le posizioni giuridiche dei destinatari, talvolta in maniera irreversibile<sup>10</sup>. Ben si comprende allora perché la sospensione dell'efficacia del provvedimento rappresenti, specialmente in tali ultime ipotesi, l'unica vera forma di tutela riconosciuta dall'ordinamento<sup>11</sup>.

In generale, i provvedimenti cautelari concessi dal giudice amministrativo sono diretti ad evitare che, ove il provvedimento fosse in un secondo momento riconosciuto illegittimo e perciò annullato, la pronuncia demolitoria non sia più idonea a soddisfare in maniera piena l'interesse del ricorrente: si pensi, ad esempio, al caso della demolizione di un fabbricato o al

provvedimento di esproprio dalla cui esecuzione possa derivare una trasformazione dell'area tale da precludere la possibilità di restituzione dell'immobile.

Analogamente al soggetto che subisce l'esproprio, l'impresa che nell'ambito di una procedura di aggiudicazione subisce un pregiudizio ha interesse alla sospensione della procedura di aggiudicazione in attesa della pronuncia del giudice amministrativo volta ad accertare l'eventuale illegittimità della condotta dell'Amministrazione aggiudicatrice. Soltanto in caso di sospensione immediata della procedura di aggiudicazione, infatti, l'interesse del ricorrente ad aggiudicarsi la

---

<sup>9</sup> Il riferimento è al principio della libera circolazione delle merci, alla libera prestazione dei servizi, alla libertà di stabilimento, nonché ai principi che ne derivano, come la proporzionalità, la trasparenza ed il mutuo riconoscimento.

<sup>10</sup> Nel nostro ordinamento, ai sensi dell'articolo 21 *quater* della Legge 6 agosto 1990, n. 241, i provvedimenti amministrativi efficaci sono eseguiti immediatamente, salvo sia diversamente stabilito dalla legge o dal provvedimento stesso.

<sup>11</sup> Ai sensi dell'articolo 21 *quater* cit., l'efficacia ovvero l'esecuzione del provvedimento amministrativo può essere sospesa, per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario, dallo stesso organo che ha emanato l'atto oppure da un altro organo previsto dalla legge. Il termine della sospensione deve essere esplicitamente indicato nell'atto che dispone la sospensione e può essere prorogato o differito per una sola volta, nonché ridotto per sopravvenute esigenze.

commessa pubblica rimane integro, analogo a quello presente nel momento in cui ha deciso di partecipare alla gara.

Tale impostazione è certamente condivisa dal legislatore comunitario, che individua nella tutela cautelare il vero fulcro della tutela giurisdizionale in materia di ricorsi avverso le aggiudicazioni illegittime. Infatti, l'obiettivo primario perseguito dalla Comunità (*i.e.* la tutela del mercato e, quindi, l'effettività delle regole comunitarie sulla concorrenza) può essere pienamente raggiunto soltanto attraverso la sospensione immediata degli effetti del provvedimento illegittimo che consente di evitare la consumazione delle norme comunitarie volte a garantire la concorrenza tra tutti gli operatori interessati a quella commessa pubblica.

Nell'ordinamento comunitario, dunque, la tutela risarcitoria riveste un ruolo meramente ancillare e sussidiario rispetto alla tutela demolitoria: in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette, i mezzi di tutela garantiti dall'ordinamento devono prioritariamente consentire una tutela piena mediante la reintegrazione in forma specifica; soltanto in seguito la tutela risarcitoria per equivalente assume rilevanza, in quanto unico strumento di tutela a disposizione del soggetto che ha subito un pregiudizio dal comportamento dell'Amministrazione in contrasto con le norme in materia di aggiudicazione.

L'ordinamento comunitario, dunque, nella ricerca di una tutela effettiva contro le violazioni del diritto sostanziale, rimarca fortemente il carattere prioritario della tutela cautelare, mentre non ritiene pienamente efficace una tutela di carattere meramente risarcitorio. Questo orientamento risulta chiaramente dall'impianto della Direttiva 2007/66/CE, ove emerge un evidente *favor* del legislatore comunitario per la tutela di tipo ripristinatorio rispetto alla tutela risarcitoria.

Non a caso, una delle novità significative contenute nella Direttiva 2007/66/CE consiste nell'introduzione del cd. *stand still period*, cioè di un termine sospensivo diretto a vietare, in seguito alla decisione di aggiudicazione, la conclusione del contratto per un certo periodo di tempo, affinché i soggetti interessati possano esaminare il provvedimento di aggiudicazione ed eventualmente esperire un ricorso avverso lo stesso in un momento in cui la stipula del contratto non è ancora avvenuta e, quindi, il ricorrente può ancora ottenere una tutela in forma specifica.

La descrizione e la portata di siffatto obbligo in capo alle Amministrazioni aggiudicatrici verranno illustrate nei successivi paragrafi; piuttosto, quel che in questa sede si intende sottolineare è il chiaro disegno del legislatore comunitario volto ad introdurre validi rimedi preventivi idonei ad impedire che il contratto produca immediatamente i propri effetti giuridici, privilegiandoli rispetto a quelle 'traumatiche terapie successive' dirette ad eliminare gli effetti

di un contratto già stipulato ed eseguito<sup>12</sup>.

Probabilmente, affinché una tutela possa dirsi pienamente effettiva non solo non dovrebbe limitarsi ad accordare un risarcimento per equivalente al soggetto leso dal comportamento illegittimo dell'Amministrazione aggiudicatrice, ma dovrebbe altresì riconoscere a tale soggetto la possibilità di essere reintegrato nella stessa posizione giuridica in cui si sarebbe trovato nel caso in cui l'Amministrazione avesse agito nel rispetto delle norme violate.

In tal senso, la tutela reintegratoria - o reintegrazione in forma specifica - costituisce l'altra faccia del principio di effettività della tutela. Eppure, la Direttiva 2007/66/CE, che impone agli Stati membri di attribuire agli organi di ricorso poteri tali da consentire di "annullare o far annullare le decisioni illegittime" (articolo 2, lett. b), nulla dice circa la possibilità per tali organi di disporre il subentro del ricorrente nella posizione di chi si è visto aggiudicare illegittimamente l'appalto pubblico o di ordinare all'Amministrazione tale subentro.

Sul punto, l'ordinamento nazionale sembra, per una volta, spingersi oltre rispetto al diritto comunitario. La giurisprudenza amministrativa, infatti, dopo aver affermato la priorità della tutela reintegratoria rispetto a quella risarcitoria<sup>13</sup>, ha successivamente riconosciuto al giudice investito della controversia la possibilità di offrire al ricorrente una tutela sia demolitoria, attraverso l'annullamento dell'atto illegittimo, che conformatoria, mediante l'aggiudicazione dell'appalto controverso ed il riconoscimento del diritto a stipulare il relativo contratto con l'Amministrazione aggiudicatrice<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> M. LIPARI, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in [www.Federalismi.it](http://www.Federalismi.it), rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato, 2008, p. 9. Che il risarcimento per equivalente non costituisca uno strumento di tutela pienamente soddisfacente è indicato in più punti della Direttiva 2007/66/CE. In tal senso si consideri da una parte che la direttiva, pur lasciando il legislatore nazionale libero di stabilire l'eventuale irretroattività della privazione di effetti del contratto stipulato illegittimamente, ha specificato che in tali ipotesi lo Stato deve prevedere 'altre sanzioni' a carico delle Amministrazioni aggiudicatrici e, dall'altra, che la nuova direttiva ricorsi, nello stabilire 'le sanzioni alternative' in capo alle Amministrazioni aggiudicatrici, indica *expressis verbis* che "la concessione del risarcimento danni non rappresenta una sanzione adeguata" (cfr. articolo 2 *sexies*, paragrafo 2).

<sup>13</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 2 marzo 2004, n. 950, in *Foro amm.*, 2004, p. 744, secondo cui la tutela risarcitoria riveste nell'ordinamento carattere sussidiario rispetto alla reintegrazione in forma specifica.

<sup>14</sup> Si veda, in particolare, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 30 luglio 2008, n. 9, secondo cui "la sostituzione dell'aggiudicatario, quale reintegrazione in forma specifica del soggetto che ha ottenuto la statuizione di annullamento, appartiene agli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione che rimangono comunque salvi dopo la pronuncia emanata nel giudizio di legittimità. Di questi provvedimenti, il giudice amministrativo conosce nella sede dell'ottemperanza perché appartengono alle condotte materiali e all'adeguamento della situazione di fatto a quella di diritto (...) non è pertanto escluso che nel quadro della verifica della corretta conformazione alla sentenza da eseguire, il giudice amministrativo, per

Evidentemente, si tratta di valutazioni giudiziali particolarmente complesse volte a stabilire il buon diritto dell'impresa ricorrente a conseguire il bene della vita (*i.e.* l'aggiudicazione dell'appalto) e che, di fatto, appaiono plausibili soltanto con riferimento alle procedure con criteri automatici a risultato garantito<sup>15</sup>. Inoltre, anche secondo la citata giurisprudenza, presupposto necessario per una simile pronuncia é la disamina da parte del giudice di tutti i profili, sia formali che sostanziali, della vicenda controversa. In assenza di un accertamento circa il diritto del ricorrente al bene della vita controverso, la tutela in forma specifica non può che risolversi nella riedizione del potere da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice attraverso il rinnovo delle operazioni di gara e, quindi, nella possibilità per l'impresa ricorrente di partecipare alla nuova procedura, corretta dai vizi evidenziati dalla sentenza<sup>16</sup>.

In generale, senza in questa sede esaminare il diverso orientamento della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato in merito alla possibilità per il giudice amministrativo di pronunciarsi sulla sorte del contratto stipulato in seguito ad un'aggiudicazione dichiarata illegittima<sup>17</sup>, la possibilità per il giudice amministrativo di accordare al ricorrente una tutela di tipo reintegrativo sembra direttamente riconducibile al D.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 prima, e alla Legge 21 luglio 2000, n. 205 poi, che hanno attribuito al giudice amministrativo il potere, riconosciuto

---

effetto dei suoi ampi poteri derivanti dall'esercizio della giurisdizione di merito, possa effettivamente reintegrare in forma specifica la parte vittoriosa nei diritti connessi al giudicato e quindi, eventualmente, nella sua posizione di aggiudicatario della gara". Sul punto si veda anche TAR Puglia, Lecce, sez. III, 19 febbraio 2008, n.530, commentata in *Urb. App.*, 2008, p. 879, da P. STROPPIANA.

<sup>15</sup> TAR Liguria, sez. II, 5 luglio 2007, n. 1314, in *Foro amm.*, 2007, p. 2329.

<sup>16</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 2 novembre 2007, n. 5693; Consiglio di Stato, sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 362. In caso di annullamento di illegittima aggiudicazione il rinnovo della gara con la possibilità di effettiva partecipazione dell'impresa ricorrente costituisce risarcimento in forma specifica della chance di successo, con la conseguenza che non spetta il risarcimento del danno per equivalente se l'accoglimento del ricorso avverso l'aggiudicazione illegittima intervenga in tempo utile a restituire all'impresa interessata la chance di partecipare alla gara da rinnovare, consentendo quindi il soddisfacimento diretto e pieno dell'interesse fatto valere (Consiglio di Stato, sez. V, 12 ottobre 2004, n. 6579; sez. VI, 27 febbraio 2008, n. 726; Cassazione, sez. I, 17 luglio 2007, n. 15947).

<sup>17</sup> Si veda, per tutte, l'ordinanza 27 dicembre 2007, n. 27169 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella quale la Suprema Corte ha stabilito che il giudice amministrativo non può pronunciarsi sulla sorte del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione che venga poi impugnata ed annullata dallo stesso giudice amministrativo, in quanto trattasi di questione afferente una fase privatistica, come tale concernente diritti soggettivi. Inoltre, la giurisdizione del giudice civile sussiste quando si tratti di individuare, con statuizioni idonee a passare in giudicato, le conseguenze prodotte sul contratto dalla sentenza amministrativa di annullamento dell'aggiudicazione della gara (Cassazione, Sezioni Unite, 23 aprile 2008, n. 10443).



costituzionalmente legittimo dalla Corte Costituzionale<sup>18</sup>, di attribuire al ricorrente una reintegrazione in forma specifica.

Nel caso degli interessi legittimi pretensivi la reintegrazione in forma specifica costituisce un ulteriore strumento di tutela per il ricorrente, il quale può chiedere al giudice di pronunciarsi non solo sulla legittimità del provvedimento impugnato, ma anche sulla legittima spettanza al bene della vita controverso.

D'altronde tale risultato può ricollegarsi direttamente agli effetti della sentenza di annullamento, nel senso che, ove la decisione sulla domanda di annullamento affronti tutti i profili della vicenda controversa, è il cd. effetto conformativo della sentenza a far sorgere il diritto del ricorrente a conseguire il bene della vita che, in caso di resistenze da parte dell'Amministrazione, troverà piena soddisfazione attraverso il giudizio di ottemperanza. In tale sede il giudice amministrativo, nel sindacare i successivi provvedimenti dell'Amministrazione che conseguono all'effetto caducatorio dell'annullamento dell'aggiudicazione, ben può sindacare in modo pieno e completo – e satisfattivo per il ricorrente – l'attività posta in essere dall'Amministrazione, nonché il suo eventuale comportamento omissivo, e, pertanto, adottare tutte le misure necessarie ed opportune per dare esatta ed integrale esecuzione alla sentenza.

L'ambito di applicazione della tutela conformativa, in ogni caso, anche nell'ordinamento nazionale, trova un importante limite di ordine temporale nella circostanza che, successivamente all'aggiudicazione, sia *medio tempore* intervenuta la stipula del contratto di appalto in quanto, successivamente a tale momento, una serie di elementi, tra cui la tutela dei terzi in buona fede e l'insussistenza dei necessari presupposti civilistici, impediscono la cd. reintegrazione del ricorrente nel contratto in corso<sup>19</sup>. Ove l'oggetto del contratto sia stato completamente eseguito, o comunque sia stato eseguito in maniera apprezzabile, la pronuncia del giudice amministrativo che ordini il rinnovo integrale delle operazioni di gara potrebbe essere impedita da una serie di considerazioni, non per ultima l'onere economico per la Pubblica Amministrazione; in tale eventualità, pertanto, la tutela giurisdizionale offerta al ricorrente necessariamente consiste in un risarcimento del

---

<sup>18</sup> Corte Costituzionale, sentenza 5 luglio 2004, n. 204. Per un commento, L. TORCHIA, *Biblioteche al macero e biblioteche risorte: il diritto amministrativo nella sentenza n.204/2004 della Corte costituzionale*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Si veda anche Corte Costituzionale, sentenza 11 maggio 2006, n.191.

<sup>19</sup> Sul punto si segnalano, in particolare, Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 5 novembre 2005, n. 6371 e sez. VI, sentenza 30 maggio 2003, n. 2992.

danno per equivalente<sup>20</sup>, la cui misura sarà determinata dal giudice in relazione alla *chance* che l'impresa ricorrente avrebbe avuto di aggiudicarsi la gara all'esito di una procedura legittimamente svolta<sup>21</sup>.

Non sembra, invece, che la nuova direttiva ricorsi, ove stabilisce la privazione di effetti del contratto stipulato in seguito ad un'aggiudicazione illegittima, introduca alcun elemento impeditivo alla possibilità per il giudice amministrativo di concedere al ricorrente una tutela di tipo reintegrativo, come sopra descritta; tale previsione, infatti, incide su un momento successivo rispetto alla stipula del contratto, ove l'impossibilità per l'impresa ricorrente di subentrare nella posizione dell'aggiudicatario discende dai limiti di ordine generale sopra descritti. Precedentemente alla stipula del contratto, viceversa, la reintegrazione in forma specifica costituisce uno dei profili del principio della tutela effettiva e, come tale, un risultato che il giudice, ove ne sussistano i presupposti, deve garantire al ricorrente.

### 3. *Tangibilità della tutela e termini di decadenza per proporre impugnazione.*

I dubbi che in passato concernevano la conformità con il diritto comunitario delle disposizioni nazionali che stabiliscono termini di decadenza per la proposizione di ricorsi giurisdizionali costituiscono oggi un mero ricordo. Infatti, prima la Corte di Giustizia e poi il legislatore comunitario hanno riconosciuto la compatibilità con il diritto comunitario - e, quindi, nel nostro ordinamento la legittimità costituzionale - di tali disposizioni, a condizione che i termini previsti siano sufficientemente congrui e, pertanto, non rendano eccessivamente gravoso l'onere di impugnazione in capo al ricorrente.

Quanto alla giurisprudenza comunitaria, in particolare nella sentenza *Universale Bau* la Corte di Giustizia ha espressamente riconosciuto la conformità con il diritto comunitario di una normativa nazionale che prevede un termine per la proposizione di ricorsi avverso una decisione dell'Amministrazione aggiudicatrice e che qualsiasi irregolarità del procedimento di aggiudicazione invocata a sostegno di tale ricorso debba essere sollevata nel medesimo termine, a pena di decadenza, "a condizione che il termine in parola sia ragionevole"<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Risarcimento del danno per equivalente che comprenderà sia il danno emergente (costi di partecipazione alla gara), sia il lucro cessante (mancato utile di impresa): Consiglio di Stato, sez. VI, 4 settembre 2002, n. 4435.

<sup>21</sup> Consiglio di Stato, sez. V, 24 dicembre 2001, n. 6376, in *Riv. giur. edilizia*, 2002, I, p. 773.

<sup>22</sup> Corte di Giustizia, sentenza 12 febbraio 2002, causa C-470/99, *Universale Bau* e a., punto 79 (Racc. p. I-11617).

Il giudice comunitario, anzi, ha rinvenuto in tali disposizioni nazionali un importante strumento di garanzia del principio della certezza del diritto e affermato che il raggiungimento degli obiettivi perseguiti con l'adozione delle direttive ricorsi sarebbe compromesso ove ai soggetti interessati fosse consentito di far valere le violazioni in qualsiasi momento del procedimento di aggiudicazione, obbligando così l'Amministrazione a svolgere *ab initio* una nuova procedura di gara.

I suddetti principi sono stati affermati dalla Corte di Giustizia anche con specifico riferimento alla nostra normativa nazionale. Nella sentenza *Santex* il giudice comunitario ha ritenuto il termine di decadenza di sessanta giorni stabilito dal nostro legislatore "ragionevole sotto il profilo sia dell'obiettivo della direttiva 89/665 sia del principio della certezza del diritto". Tale termine, che decorre dalla data di notifica dell'atto o dalla data in cui risulta che l'interessato ne ha avuto piena conoscenza, è stato riconosciuto dal giudice comunitario conforme anche al principio di effettività della tutela in quanto di per sé inidoneo a rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti garantiti all'interessato dal diritto comunitario<sup>23</sup>.

Nella sentenza *Santex* la Corte di Giustizia ha precisato che se un termine di decadenza, come quello previsto nel nostro ordinamento, non è di per sé contrario al principio di effettività, non si può escludere tuttavia che l'applicazione di tale termine, in presenza di particolari circostanze, possa, di fatto, comportare una violazione di tale principio; l'interprete è pertanto tenuto a verificare se l'Amministrazione aggiudicatrice, con il suo comportamento, abbia di fatto reso impossibile o eccessivamente gravoso per il ricorrente l'impugnazione del provvedimento, come nel caso in cui le informazioni fornite nel bando non siano sufficienti per consentire ad un candidato normalmente diligente di rilevare che l'Amministrazione non ha svolto la procedura corretta, oppure nell'ipotesi in cui l'Amministrazione abbia creato uno stato d'incertezza in ordine all'interpretazione da dare ad una clausola del bando e questa incertezza sia stata dissipata soltanto con l'adozione della decisione di esclusione.

Ove ricorra una di tali ipotesi, l'impresa lesa dal comportamento dell'Amministrazione non deve trovarsi priva di tutela giurisdizionale in ragione dello spirare del termine per impugnare il provvedimento contestato, in quanto tale situazione discende da fattori ad essa non imputabili. Pertanto, in tali ipotesi il principio della certezza del diritto deve essere adeguatamente bilanciato con il principio dell'effettività della tutela e, poiché soltanto il giudice statale è competente

---

<sup>23</sup> Corte di Giustizia, sentenza 27 febbraio 2003, C-327/00, *Santex*, punti 50 ss.

ad interpretare ed applicare la normativa nazionale, spetta ad esso, in tali circostanze, interpretare le disposizioni che prevedono tale termine di decadenza in modo da garantire il rispetto del principio di effettività<sup>24</sup>; ove poi tale applicazione conforme non sia possibile, il giudice nazionale è tenuto ad applicare il diritto comunitario e tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli mediante la disapplicazione della disposizione nazionale la cui applicazione, date le circostanze della fattispecie, condurrebbe ad un risultato contrario al diritto comunitario<sup>25</sup>. Ne consegue che, in tali ipotesi, il giudice nazionale non può dichiarare il ricorso irricevibile, ma disapplicare, perché incompatibile con il diritto comunitario, la disposizione nazionale in forza della quale, decorso il termine per impugnare il provvedimento, il ricorrente non avrebbe più la possibilità di invocare l'illegittimità del provvedimento<sup>26</sup>.

La conformità con il diritto comunitario delle disposizioni nazionali che stabiliscono termini di decadenza per la proposizione di ricorsi giurisdizionali è stata successivamente confermata anche dal legislatore comunitario. Sul punto, infatti, la Direttiva 2007/66/CE prevede la possibilità per gli Stati membri di stabilire un termine per la proposizione del ricorso avverso le decisioni prese da un'Amministrazione aggiudicatrice nel quadro o in relazione ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico (articolo 2, *quater*).

Se, dunque, è indubbia la legittimità di tali disposizioni, anche l'attenzione del legislatore comunitario è rivolta a far sì che le stesse, di per sé legittime, non rendano eccessivamente gravoso l'onere di impugnazione in capo al ricorrente. Sembra essere questa la ragione della previsione nella nuova direttiva ricorsi di termini minimi: gli Stati, ove stabiliscano che i ricorsi avverso i provvedimenti adottati nell'ambito di una procedura di aggiudicazione debbono essere proposti a pena di decadenza entro un certo termine, devono prevedere termini non inferiori a quelli indicati nella direttiva, ovvero almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione è stata inviata all'offerente o al candidato, se la spedizione è avvenuta per fax o via elettronica o, se la spedizione è avvenuta con altri mezzi di comunicazione, di

---

<sup>24</sup> Corte di Giustizia, sentenza 5 ottobre 1994, causa C-165/91, *Van Munster*, Racc. p. I-4661, punto 34; sentenza 26 settembre 2000, causa C-262/97, *Engelbrecht*, Racc. p. I-7321, punto 39.

<sup>25</sup> Costituisce principio consolidato che il giudice statale ha l'obbligo di tutelare integralmente i diritti che il diritto comunitario attribuisce ai singoli, eventualmente disapplicando le norme nazionali la cui applicazione, date le circostanze della fattispecie, condurrebbe a un risultato contrario al diritto comunitario. Tale principio è chiaramente espresso, in particolare, nella sentenza della Corte di Giustizia 5 marzo 1998, causa C-347/96, *Solred*, Racc. p. I-937, punto 30, e *Engelbrecht*, cit., punto 40.

<sup>26</sup> Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 27 febbraio 2003, C-327/00, *Santex*, punto 65.

almeno quindici giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione è stata inviata o di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di ricezione della decisione dell'Amministrazione aggiudicatrice. La stessa disposizione stabilisce inoltre che la comunicazione della decisione dell'Amministrazione aggiudicatrice deve essere accompagnata da una relazione sintetica dei motivi a base della scelta. La *ratio* della norma è garantire al singolo la possibilità di conoscere immediatamente i motivi alla base dell'aggiudicazione e, pertanto, valutare immediatamente se vi sono elementi su cui fondare un ricorso avverso la stessa, al fine di garantire all'impresa una tutela giurisdizionale effettiva che non si limiti al mero ristoro economico del pregiudizio subito.

#### 4. *Le procedure di ricorso: ambito di applicazione, requisiti e accessibilità.*

La Direttiva 2007/66/CE concerne le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici aventi rilevanza comunitaria, a meno che tali appalti non siano esclusi dall'ambito di applicazione delle direttive comunitarie in quanto, ad esempio, dichiarati segreti<sup>27</sup>. L'operatività della direttiva ricorsi è pertanto ampia e prescinde sia dalla procedura di aggiudicazione utilizzata che dai mezzi con cui le Amministrazioni aggiudicatrici indicano la gara. Gli Stati, pertanto, debbono adottare i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalle direttive comunitarie, le decisioni delle Amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile.

Evidentemente, ove richiede che i strumenti per una tutela efficace siano previsti dagli Stati soltanto con riferimento agli appalti aventi rilevanza comunitaria, la nuova direttiva ricorsi, di fatto, finisce per legittimare un doppio regime processuale, distinto in funzione della rilevanza comunitaria dell'appalto. E' auspicabile, tuttavia, che il legislatore in sede di recepimento si spinga oltre, stabilendo regole di tutela identiche per tutte le tipologie di procedure, a prescindere dal fatto che il valore dell'appalto superi o meno la soglia di rilevanza comunitaria.

Le procedure di ricorso così introdotte debbono garantire agli organi di ricorso poteri che consentano, in primo luogo, di adottare con la massima sollecitudine misure cautelari volte a riparare la violazione o ad impedire che la stessa produca ulteriori danni agli interessi coinvolti; in secondo luogo, di annullare le aggiudicazioni illegittime e, infine, quale forma di tutela meramente residuale, di

---

<sup>27</sup> Si tratta delle esclusioni di cui agli articoli da 10 a 18 della Direttiva 2004/18/CE.

accordare un risarcimento per equivalente ai soggetti che hanno subito un pregiudizio a causa della violazione delle norme in materia di aggiudicazione.

Quanto ai soggetti che possono accedere alle forme di ricorso avverso i provvedimenti illegittimi delle Amministrazioni aggiudicatrici, la Direttiva 2007/66/CE impone agli Stati di adottare gli strumenti necessari per rendere le procedure di ricorso accessibili a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione delle norme comunitarie in materia di aggiudicazione, mentre le concrete modalità di accesso alle procedure di ricorso restano disciplinate dai legislatori nazionali<sup>28</sup>.

##### 5. *Il termine dilatorio tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto: la clausola stand still.*

Come accennato, una delle significative novità contenute nella Direttiva 2007/66/CE è l'introduzione di un periodo di sospensione tra l'aggiudicazione dell'appalto e la conclusione del contratto volta a rimediare alla generale assenza nelle legislazioni nazionali di un termine tra queste due fasi e, soprattutto, alla tendenza degli Enti aggiudicatori "desiderosi di rendere irreversibili le conseguenze di una decisione di aggiudicazione contestata a procedere molto rapidamente alla firma del contratto" (cfr. considerando, punto 4). Questa *race to signature* costituisce un serio ostacolo al riconoscimento alle imprese interessate di una tutela giurisdizionale effettiva, in quanto consente loro di esperire ricorsi avverso l'atto conclusivo della fase pubblicistica soltanto in seguito alla stipula del contratto.

Nell'auspicio di predisporre una tutela giurisdizionale realmente efficace, il termine sospensivo viene quindi introdotto dal diritto comunitario al fine di concedere ai soggetti interessati tempo sufficiente per esaminare il provvedimento di aggiudicazione e valutare l'opportunità di promuovere un ricorso avverso lo stesso. Evidentemente, l'effetto utile delle previsioni concernenti il termine dilatorio tra l'aggiudicazione e la conclusione del contratto si può manifestare soltanto nell'ipotesi in cui i soggetti interessati ricevano dall'Amministrazione aggiudicatrice tutte le informazioni indispensabili per valutare la legittimità della decisione, e non una mera comunicazione del provvedimento di aggiudicazione.

---

<sup>28</sup> Così, ad esempio, la nuova direttiva ricorsi prevede che gli Stati hanno la facoltà di esigere che il soggetto che desidera avvalersi di una procedura di ricorso debba previamente informare l'Amministrazione aggiudicatrice tanto della presunta violazione che dell'intenzione di promuovere un ricorso, o che tale soggetto debba proporre un ricorso presso l'Amministrazione aggiudicatrice prima di potersi rivolgere ad un organo giurisdizionale.

Di fronte a tale esigenza, la Direttiva 2007/66/CE stabilisce che le Amministrazioni aggiudicatrici debbono inviare ai soggetti interessati una comunicazione contenente l'indicazione del termine sospensivo applicabile ai sensi del diritto nazionale, nonché una relazione sintetica dei motivi della decisione contenente per ogni candidato escluso l'indicazione dei motivi del rigetto della sua candidatura, nonché per ogni offerente le caratteristiche e i vantaggi relativi dell'offerta selezionata (cfr. articolo 2, paragrafo 2)<sup>29</sup>.

Sinora si è parlato genericamente dell'introduzione di un termine sospensivo. In realtà, il legislatore comunitario ha introdotto due termini sospensivi, uno di tipo sostanziale ed uno processuale<sup>30</sup>, che gli Stati debbono obbligatoriamente introdurre nei rispettivi ordinamenti. Su questi due rimedi appare opportuno concentrare l'analisi del presente paragrafo.

Il primo termine - o termine sospensivo sostanziale - stabilisce un periodo minimo durante il quale la fase successiva al provvedimento di aggiudicazione viene automaticamente sospesa, inibendo all'Amministrazione aggiudicatrice di stipulare il relativo contratto. La durata di tale periodo, che decorre dal giorno successivo alla comunicazione della decisione di aggiudicazione ai controinteressati, varia da dieci a quindici giorni a seconda del mezzo di comunicazione utilizzato dall'Amministrazione<sup>31</sup>.

Il secondo termine, come anticipato, è invece un rimedio di tipo processuale ed assume rilevanza nel caso in cui un concorrente leso dalla decisione di aggiudicazione proponga un ricorso giurisdizionale avverso la stessa. In tale ipotesi, al fine di consentire la correzione preventiva delle violazioni compiute dall'Amministrazione aggiudicatrice, impedendo la produzione di effetti contrattuali,

---

<sup>29</sup> La direttiva, pertanto, introduce a carico delle Amministrazioni aggiudicatrici un onere di comunicazione più complesso di quello attualmente previsto nel nostro ordinamento dal Codice dei Contratti Pubblici. Infatti, l'articolo 79 del Codice dei Contratti Pubblici stabilisce che analoghe informazioni debbono essere fornite ai soggetti interessati soltanto in caso di richiesta scritta della parte interessata, mentre la comunicazione d'ufficio ha ad oggetto soltanto l'esito della procedura.

<sup>30</sup> I termini sospensivi introdotti dalla nuova direttiva ricorsi sono in realtà tre: oltre ai due descritti nel testo, che gli Stati membri debbono introdurre obbligatoriamente, la direttiva prevede la possibilità per gli Stati di imporre ai soggetti che si ritengono lesi da un provvedimento di proporre un ricorso nei confronti della stazione appaltante: in tali ipotesi, la proposizione del suddetto ricorso comporta l'immediata sospensione della possibilità di concludere il relativo contratto (cfr. articolo 1, paragrafo 5).

<sup>31</sup> Ai sensi dell'articolo 2 *bis*, paragrafo 2, la conclusione del contratto non può avvenire prima di dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione di aggiudicazione dell'appalto è stata inviata, se la spedizione è avvenuta per fax o per via elettronica; se invece è avvenuta con mezzi diversi, il suddetto termine è pari a quindici giorni. E' bene chiarire che i suddetti termini sono 'minimi', cioè gli Stati membri, nel recepire la direttiva, potranno prevedere termini di sospensione superiori, ma non inferiori a quelli indicati dal legislatore comunitario.

la nuova direttiva ricorsi impone agli Stati di assicurare che la stazione appaltante non possa concludere il contratto prima che sia intervenuta una pronuncia sul ricorso. In altri termini, a seguito alla proposizione del ricorso, la fase successiva all'aggiudicazione viene automaticamente sospesa e viene inibito all'Amministrazione di stipulare il relativo contratto prima che l'autorità competente si sia pronunciata sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso<sup>32</sup>. Solo in seguito a tale pronuncia il contratto potrà essere legittimamente stipulato e produrre effetti giuridici.

La *ratio* della previsione di questo secondo termine sospensivo è evidente: bloccare la conclusione del contratto nel caso in cui venga posta in dubbio, tramite la proposizione di un ricorso, la legittimità del provvedimento di aggiudicazione affinché il contenzioso sulla legittimità della procedura di affidamento si sviluppi in un contesto non ancora completamente trasformato sul piano giuridico e fattuale a causa della intervenuta conclusione del relativo contratto.

Nel caso in cui venga proposto ricorso avverso la decisione di aggiudicazione, il periodo di sospensione sostanziale viene prorogato sino al momento in cui il giudice competente si pronunci sul provvedimento. Ciò vuol dire che l'Amministrazione aggiudicatrice, che sino alla scadenza del primo termine sospensivo non può stipulare il contratto, nel caso in cui venga proposto ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione non può concludere il contratto sino al momento in cui il giudice competente si sia pronunciato sul ricorso.

La nuova direttiva ricorsi lascia sostanzialmente liberi gli Stati di stabilire il *quantum* della sospensione processuale della fase contrattuale, ovvero stabilire se essa perduri sino al momento della pronuncia in sede cautelare o sino alla pronuncia sul merito del ricorso. Ove gli Stati optino per quest'ultima soluzione, evidentemente, il giudizio cautelare verrebbe a perdere buona parte della propria utilità, in quanto l'impossibilità per l'Amministrazione di concludere il contratto deriverebbe direttamente dalla previsione di legge, senza pertanto la necessità di una pronuncia da parte di un giudice.

Viceversa, ove la scelta degli Stati sia nel senso di limitare la sospensione processuale sino al momento della pronuncia in sede cautelare, il giudice cautelare manterrebbe l'importante compito di valutare se sussistono i requisiti perché

---

<sup>32</sup> Si noti che l'efficacia sospensiva automatica derivante dalla proposizione di un ricorso giurisdizionale rappresenta una vera e propria eccezione nel sistema delle garanzie stabilito dal diritto comunitario, come confermato dall'articolo 2, paragrafo 4, della nuova direttiva ricorsi ove è stabilito che al di fuori dei casi espressamente contemplati nella stessa, "le procedure di ricorso non devono necessariamente avere effetti sospensivi automatici sulle procedure di aggiudicazione alle quali si riferiscono".



perduri l'impossibilità per l'Amministrazione aggiudicatrice di stipulare il contratto. Tale ultima prospettiva sembra preferibile per evitare un eccessivo periodo di congelamento del contratto, il che potrebbe penalizzare eccessivamente gli interessi dell'Amministrazione aggiudicatrice, impedendole di ottenere le prestazioni oggetto del contratto, e del controinteressato, desideroso di una sollecita esecuzione del rapporto contrattuale.

Spunto interessante è senz'altro quello che concerne le conseguenze derivanti dal recepimento nel nostro ordinamento della previsione dello *stand still period*. Come noto, esiste già una previsione nel nostro ordinamento che stabilisce l'impossibilità per l'Amministrazione aggiudicatrice di stipulare il contratto prima che decorra un certo termine (trenta giorni) dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione<sup>33</sup>; la portata innovativa derivante dall'introduzione del termine dilatorio sostanziale, pertanto, in nulla innoverebbe il nostro ordinamento che, anzi, prevede un termine dilatorio ben più ampio rispetto a quello stabilito nella nuova direttiva ricorsi.

Eppure, la previsione contenuta nel Codice dei Contratti Pubblici, ferma restando la congruità del termine di trenta giorni, risulta difforme rispetto a quella contenuta nella nuova direttiva ricorsi sotto il profilo del regime sanzionatorio previsto nel caso di inosservanza del termine dilatorio. Mentre la direttiva stabilisce che la violazione del precetto costituisce uno dei casi in cui il contratto deve essere obbligatoriamente privato di effetti, a titolo di sanzione, la disposizione del Codice dei Contratti Pubblici non precisa quali siano le conseguenze dell'eventuale violazione della prescrizione. Per di più, tale disposizione è stata interpretata dalla giurisprudenza amministrativa nel senso che l'inosservanza del termine (la conclusione del contratto prima della scadenza del termine di trenta giorni) non comporta di per sé l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione né sanzioni nei confronti dell'Amministrazione aggiudicatrice<sup>34</sup>. A questo orientamento giurisprudenziale se ne contrappone un altro, evidentemente più rispettoso della nuova direttiva e, quindi, allo stato da preferire, secondo il quale, nonostante il termine previsto nel Codice dei Contratti Pubblici non sia perentorio, l'interesse

<sup>33</sup> Cfr. articolo 11, comma 10, D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei Contratti Pubblici.

<sup>34</sup> Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, 14 settembre 2007, n. 8916 che ha affermato che "l'omessa comunicazione dell'esito della gara entro determinati e stabiliti termini (dal suo espletamento o antecedenti la conclusione del contratto) è irrilevante sulla legittimità degli atti di aggiudicazione, ed assume invece rilievo solo ai fini della decorrenza dei termini di decadenza per esercitare i consentiti mezzi di tutela giurisdizionale sui risultati della procedura. La tardiva comunicazione, dunque, consente la rituale presentazione del ricorso o l'integrazione dell'impugnazione mediante motivi aggiunti, ma certamente non implica di per sé l'illegittimità dell'aggiudicazione". Si veda anche TAR Lazio, Roma, sez. I bis, 6 febbraio 2008, n. 1069.

pubblico allo svolgimento della procedura nella piena legalità ed alla risoluzione di eventuali controversie prima dell'insorgenza del vincolo contrattuale fa sì che nell'ipotesi in cui l'Amministrazione abbia concluso il contratto prima della scadenza del suddetto termine il provvedimento di aggiudicazione è illegittimo e, pertanto, il giudice amministrativo è tenuto ad annullarlo.

*6. Le deroghe al termine sospensivo: urgenza e assenza di ulteriori concorrenti.*

La nuova direttiva ricorsi opportunamente introduce la facoltà per gli Stati di stabilire la non applicabilità del periodo sospensivo tra la decisione di aggiudicazione e la conclusione del contratto nelle puntuali e tassative ipotesi ivi previste ovvero: *i)* nei casi in cui non è obbligatoria la previa pubblicazione di un bando di gara nella Gazzetta Ufficiale, e in particolare in tutti i casi di estrema urgenza, in relazione ai quali è sufficiente che gli Stati stabiliscano efficaci procedure di ricorso utilizzabili in seguito alla conclusione del contratto; *ii)* nell'ipotesi in cui l'unico offerente interessato sia quello cui è stato aggiudicato l'appalto, poiché in tal caso non vi sono altri partecipanti alla procedura di appalto che abbiano interesse a ricevere la notifica e a beneficiare del termine sospensivo e *iii)* qualora il contratto sia basato su un accordo quadro o su un sistema dinamico di acquisizione<sup>35</sup>.

Particolarmente opportuna in particolare la deroga al termine sospensivo tra la decisione di aggiudicazione e la conclusione del contratto "nei casi di estrema urgenza" (cfr. considerando 8): la sospensione della fase di conclusione del contratto, che ha senz'altro il pregio di prevenire la produzione di effetti irreversibili e, quindi, di garantire all'interessato la possibilità di ottenere una tutela in forma specifica, almeno in alcuni casi, può comportare un'eccessiva dilazione degli adempimenti contrattuali, impedendo all'Amministrazione aggiudicatrice di ottenere le prestazioni oggetto del contratto di appalto.

Pertanto, almeno per le ipotesi di più evidente urgenza di esecuzione delle prestazioni contrattuali, ritengo che la previsione di una deroga all'operatività del termine sospensivo costituisca una misura particolarmente opportuna per la tutela dell'interesse pubblico generale.

Si osservi che anche per quanto concerne le deroghe al termine dilatorio il nostro ordinamento contiene già una disposizione che, almeno *prima facie*, appare del

---

<sup>35</sup> Articolo 2 *ter* della Direttiva 2007/66/CE. Quanto alla deroga relativa agli accordi quadro e ai sistemi dinamici di acquisizione, l'applicazione di un termine sospensivo potrebbe pregiudicare i vantaggi in termini di efficacia che sono alla base dell'introduzione di tali istituti.

tutto simile a quella contenuta nella nuova direttiva<sup>36</sup>. Anche tale disposizione, tuttavia, si distingue rispetto alla disciplina comunitaria in quanto, in luogo delle tre ipotesi sopra descritte, fa genericamente riferimento a "motivate ragioni di particolare urgenza". Pertanto, in seguito al recepimento della nuova direttiva, questi motivi di particolare urgenza potranno, se del caso, avere rilievo soltanto all'interno delle tre ipotesi previste a livello comunitario, presumibilmente nella prima, ma non potranno più valere come autonoma causa di esenzione dall'applicazione del termine di sospensione tra la decisione di aggiudicazione e la conclusione del contratto.

*7. La privazione degli effetti del contratto: le fattispecie tipiche e i casi di non applicazione.*

La parte della Direttiva 2007/66/CE maggiormente innovativa è quella che disciplina il rimedio della privazione di effetti del contratto considerato dal legislatore comunitario "il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati della possibilità di competere" (cfr. considerando 14).

La disciplina è contenuta nel modificato articolo 2 *quinquies* della Direttiva 89/665/CEE, per quanto riguarda i ricorsi nei settori ordinari, e nel nuovo articolo 2 *quinquies* della Direttiva 92/13/CEE, per quanto concerne i settori speciali, che stabilisce l'obbligo in capo agli Stati di considerare privo di effetti un contratto di appalto ove si verifichi una delle seguenti ipotesi:

- a) l'Amministrazione ha aggiudicato un appalto senza aver prima pubblicato un bando di gara, nei casi in cui tale pubblicazione è invece richiesta;
- b) l'Amministrazione ha concluso un contratto non osservando il termine dilatorio tra la decisione di aggiudicazione e la conclusione del contratto o il termine sospensivo processuale, privando in tal modo l'offerente che presenta ricorso della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della conclusione del contratto; in tali ipotesi affinché il contratto sia inefficace occorre che alla predetta violazione si aggiunga una violazione delle norme sostanziali contenute nelle direttive

---

<sup>36</sup> Il riferimento è chiaramente all'articolo 11, comma 10 del Codice dei Contratti Pubblici, di cui per comodità di lettura si riporta il testo: "Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, ai sensi dell'articolo 79, salvo motivate ragioni di particolare urgenza che non consentono all'amministrazione di attendere il decorso del predetto termine. La deroga di cui al periodo precedente non si applica ai contratti relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi, di cui alla parte II, titolo III, capo IV".

2004/18/CE e 2004/17/CE e che quest'ultima violazione abbia influito sulle opportunità del ricorrente di ottenere l'appalto;

c) allorché, infine, gli Stati si siano avvalsi della facoltà di derogare al termine sospensivo tra l'aggiudicazione e la conclusione del contratto con riferimento agli appalti basati su un accordo quadro e su un sistema dinamico di acquisizione e siano state violate le disposizioni sostanziali relative ai presupposti per l'utilizzo di tali moduli negoziali.

Il diritto comunitario, dunque, limita la privazione di effetti del contratto a specifiche ipotesi, peraltro piuttosto circoscritte, che hanno ad oggetto alcune delle violazioni più gravi della normativa sostanziale, nonché l'inosservanza del termine sospensivo. Quanto alle prime, come noto, particolare attenzione viene rivolta dal diritto comunitario agli affidamenti diretti illegittimi che rappresentano, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, la violazione più grave del diritto comunitario degli appalti pubblici e perciò rendono necessaria la previsione di "sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive. Pertanto, un contratto risultante da un'aggiudicazione mediante affidamenti diretti illegittimi dovrebbe essere considerata in linea di principio privo di effetto" (cfr. considerando 13).

Si noti che il rimedio introdotto dalla nuova direttiva ricorsi costituisce uno strumento meramente oggettivo, per la cui applicabilità è sufficiente che ricorra una delle fattispecie di cui all'articolo 2 *quinquies*. Il legislatore comunitario non ha invece attribuito alcuna rilevanza al requisito soggettivo, ed in particolare alla buona fede dell'aggiudicatario, così come non attribuisce rilievo ad altri elementi come l'eventuale affidamento ingenerato dal decorso del tempo dalla stipula del contratto: l'unico elemento da prendere in considerazione ai fini dell'inefficacia del contratto è la sussistenza di una delle ipotesi tassativamente previste nella nuova direttiva ricorsi.

Di fronte a tali violazioni, l'ordinamento comunitario intende reagire in maniera incisiva stabilendo un regime sostanziale particolarmente severo (l'inefficacia del rapporto contrattuale) e prevedendo altresì un termine per far valere le suddette violazioni ben più lungo rispetto a quello ordinario.

Quanto al regime sostanziale, la nuova direttiva ricorsi non stabilisce quali siano le conseguenze giuridiche sostanziali derivanti dalla privazione di effetti del contratto, attribuendo al riguardo ampio margine di scelta agli Stati. Sul punto, l'articolo 2 *quinquies*, comma 2, stabilisce infatti che "le conseguenze di un contratto considerato privo di effetti sono previste dal diritto nazionale. Pertanto, il diritto nazionale può prevedere la soppressione con effetto retroattivo di tutti gli obblighi contrattuali o viceversa limitare la portata della soppressione di quegli obblighi che rimangono da adempiere". Sarà pertanto il legislatore in sede di recepimento della

direttiva a definire quali siano in concreto le conseguenze derivanti dall'inefficacia del contratto, come ad esempio l'*an* ed il *quantum* del recupero delle somme eventualmente già versate all'affidatario.

Per quanto riguarda invece l'aspetto processuale si noti che, mentre il termine per proporre un qualsiasi ricorso avverso una decisione adottata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione é disciplinato dall'articolo 2 *quater* della direttiva, che stabilisce l'obbligo per gli Stati di prevedere un termine di almeno dieci giorni, il termine per proporre ricorso nei casi descritti nell'articolo 2 *quinqües* è disciplinato autonomamente nell'articolo 2 *septies*. Quest'ultima disposizione, nel prevedere la facoltà per gli Stati di stabilire un termine per la proposizione di un ricorso in relazione a tali circoscritte ipotesi, stabilisce che lo stesso deve essere di almeno trenta giorni dalla pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione, ove lo stesso indichi le ragioni per cui si è proceduto ad affidare il contratto senza previa pubblicazione di un bando, o dalla comunicazione agli offerenti e ai candidati della stipula del contratto, ove tale comunicazione contenga una relazione illustrativa dei motivi dell'aggiudicazione, e comunque non superiore a sei mesi dal momento della conclusione del contratto.

La maggior durata del termine di impugnazione, unita al regime dell'inefficacia del contratto, manifestano il particolare disvalore riconosciuto alle fattispecie di cui all'articolo 2 *quinqües* dal legislatore comunitario.

Eppure, in sede di recepimento della direttiva, gli Stati possono prevedere che l'organo di ricorso abbia la facoltà di non considerare un contratto privo di effetti, nonostante ricorrano le condizioni di cui all'articolo 2 *quinqües*, qualora, dopo aver esaminato tutti gli aspetti pertinenti, ritenga che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale impone che il contratto conservi la propria efficacia. La privazione di effetti del contratto, pertanto, anche nelle ipotesi normativamente previste nella direttiva non costituisce una conseguenza ineluttabile della violazione, in quanto le "esigenze imperative di interesse generale" costituiscono un limite generale all'operatività della privazione degli effetti del contratto.

La direttiva, peraltro, non precisa cosa si debba intendere per "esigenze imperative di interesse generale", limitandosi ad indicare che gli interessi economici non possono, salve circostanze eccezionali, essere presi in considerazione come esigenze imperative e che, in ogni caso, non costituiscono in nessun caso esigenze imperative legate ad un interesse generale gli interessi economici legati

direttamente al contratto in questione, fornendo un'elencazione, peraltro non esaustiva, degli stessi<sup>37</sup>.

Inutile negare che tale clausola di salvezza, la cui introduzione è peraltro facoltativa per gli Stati, faccia pensare ad un ridimensionamento della portata innovativa del regime sanzionatorio previsto per il contratto stipulato illegittimamente. L'ambito concreto di questo ridimensionamento, peraltro, sarà valutabile soltanto in seguito al recepimento della direttiva; l'auspicio è che il legislatore prima, e la giurisprudenza poi, non colgano nella deroga *de qua* un appiglio per ridimensionare quanto introdotto, gettando dalla finestra quanto entrato dalla porta principale.

#### 8. La privazione di effetti "facoltativa" e le sanzioni alternative.

L'elenco contenuto nella direttiva ricorsi delle fattispecie la cui violazione comporta l'inefficacia del contratto non è ampio, limitandosi alle tre ipotesi sopra descritte. Il legislatore comunitario ha previsto però altre fattispecie la cui violazione può comportare, a seconda delle scelte degli Stati, l'inefficacia del contratto.

Il riferimento è all'articolo 2 *sexies* che prende in considerazione tre ipotesi di violazioni della direttiva ricorsi in relazione alle quali la privazione degli effetti del contratto è puramente facoltativa, nel senso che gli Stati possono scegliere se la violazione di tali fattispecie comporti la privazione di effetti del contratto - facoltativa, per distinguerla da quella prevista ai sensi dell'articolo 2 *quinquies* - oppure l'applicazione di sanzioni alternative nei confronti dell'Amministrazione aggiudicatrice.

Come anticipato, si tratta di tre fattispecie accomunate dalla circostanza che fanno riferimento alla violazione di disposizioni introdotte con la nuova direttiva ricorsi:

a) l'articolo 1, paragrafo 5, nel caso in cui l'Amministrazione concluda il contratto prima della decisione sul ricorso in opposizione proposto dall'interessato<sup>38</sup>;

---

<sup>37</sup> Ai sensi dell'articolo 2, *quinquies* della Direttiva 2007/66/CE "Per quanto concerne la produzione di effetti del contratto, gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative soltanto se in circostanze eccezionali la privazione di effetti conduce a conseguenze sproporzionate. Tuttavia, gli interessi economici legati direttamente al contratto in questione non costituiscono esigenze imperative legate ad un interesse generale. Gli interessi economici legati direttamente al contratto comprendono, tra l'altro, i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto, i costi derivanti dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, i costi derivanti dal cambio dell'operatore economico che esegue il contratto e i costi degli obblighi di legge risultanti dalla privazione di effetti".

<sup>38</sup> In aggiunta ai termini sospensivi descritti nel testo, il cui recepimento da parte degli Stati è obbligatorio, la nuova direttiva ricorsi prevede la possibilità per gli Stati di imporre agli interessati che si ritengano lesi da un provvedimento di proporre un ricorso nei confronti della stazione appaltante: in tali ipotesi, la proposizione del ricorso sospende la possibilità per l'Amministrazione aggiudicatrice di concludere il contratto.

b) l'articolo 2, paragrafo 3, ove l'Amministrazione concluda il contratto prima che l'organo di ricorso si sia pronunciato sul ricorso presentato dal ricorrente;

c) l'articolo 2 *bis*, paragrafo 2, nei casi non contemplati dall'articolo 2 *quinquies*, paragrafo 1, lettera b), ovvero nelle ipotesi in cui non opera l'inefficacia obbligatoria del contratto perché, oltre alla violazione del termine dilatorio, non sussiste un'ulteriore violazione delle norme sostanziali.

In caso di inosservanza di tali disposizioni la nuova direttiva ricorsi lascia agli Stati la possibilità di scegliere se farne conseguire l'inefficacia del contratto piuttosto che l'adozione di sanzioni alternative nei confronti dell'Amministrazione aggiudicatrice. In sede di recepimento il legislatore sarà anche chiamato a stabilire se decidere direttamente, in via generale ed astratta, quale sia la sanzione applicabile, o - come ipotizzato dalla direttiva - demandare tale scelta, di volta in volta, all'organo di ricorso "dopo aver valutato tutti gli aspetti pertinenti" (articolo 2 *sexies*).

Le sanzioni alternative cui fa riferimento la nuova direttiva ricorsi sono quelle disciplinate nell'articolo 2 *sexies*, paragrafo 2, le quali "devono essere effettive, proporzionate, dissuasive" e consistono nell'irrogazione di sanzioni pecuniarie nei confronti dell'Amministrazione aggiudicatrice oppure nella riduzione della durata del contratto.

La direttiva stabilisce che l'applicazione di tali sanzioni spetta all'organo di ricorso, al quale gli Stati possono peraltro riconoscere un'ampia discrezionalità "al fine di tenere conto di tutti i fattori rilevanti, compresi la gravità della violazione, il comportamento dell'amministrazione aggiudicatrice e, nei casi di cui all'articolo 2 *quinquies*, paragrafo 2, la misura in cui il contratto resta in vigore". La disposizione inoltre specifica che "la concessione del risarcimento danni non rappresenta una sanzione adeguata ai fini del presente paragrafo", evidenziando il carattere punitivo e non ripristinatorio della sanzione, talché in tali ipotesi il risarcimento per equivalente rappresenta un rimedio che eventualmente può accompagnare la sanzione alternativa, ma che non può sostituirla.

Spetta agli Stati definire le disposizioni particolari concernenti le sanzioni alternative e le relative modalità di applicazione. Si noti che l'operatività nel nostro ordinamento delle sanzioni alternative è, peraltro, tutt'altro che scontata in relazione ai problemi che derivano essenzialmente della natura, dalla struttura e dalla funzione dell'organo competente ad irrogarle. In particolare, se nel nostro ordinamento "l'organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice", cui fa riferimento l'articolo 2 *sexies*, non può che essere l'autorità giudiziaria, non sfugge che l'attribuzione a tale autorità del potere di infliggere le suddette sanzioni

pecuniarie desta una serie di perplessità<sup>39</sup>. Soluzione certamente non meno complessa sarebbe quella di attribuire tale potere all’Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, perché priva della natura di organo di ricorso indipendente. Pertanto, il legislatore in sede di recepimento è chiamato nel difficile compito di trovare una soluzione adeguata per l’introduzione delle sanzioni alternative nel nostro ordinamento a meno che, ma non sembra meno difficile, il legislatore opti per l’operatività generale della sanzione dell’inefficacia del contratto.

*9. Il ruolo della Commissione: il meccanismo correttore.*

Nell’ottica di una cooperazione tra la Commissione europea e gli Stati membri per una migliore attuazione della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici e di un’azione correttiva realmente efficace e rapida, nell’articolo 3 della nuova direttiva ricorsi è disciplinato il meccanismo correttore: la Commissione, prima della stipula di un contratto, se ritiene che sia stata commessa una grave violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici nell’ambito di una procedura per l’aggiudicazione di un appalto di rilevanza comunitaria, può attivare una particolare procedura diretta alla riparazione della violazione.

In particolare, ove la Commissione ritenga sia stata commessa una grave violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici provvede a notificare allo Stato interessato le ragioni per cui ritiene sussistere tale violazione e ne chiede la correzione attraverso l’adozione di provvedimenti appropriati; successivamente, lo Stato interessato, entro un termine di ventuno giorni civili dalla ricezione della notifica, è tenuto a comunicare alla Commissione:

- a) che la violazione è stata riparata;
- b) una conclusione motivata contenente le ragioni per cui lo Stato non ha provveduto alla riparazione;
- c) una comunicazione che indichi che la procedura di aggiudicazione è stata sospesa dall’Amministrazione aggiudicatrice di propria iniziativa oppure a seguito dello svolgimento di un giudizio cautelare; in tale ipotesi, lo Stato è successivamente tenuto a comunicare alla Commissione la cessazione della sospensione o l’avvio di un’altra procedura di aggiudicazione collegata alla precedente<sup>40</sup>.

Anche se la direttiva ricorsi non prevede espressamente l’esito della procedura, è presumibile che qualora lo Stato rifiuti di prendere le necessarie misure di

---

<sup>39</sup> Sul punto si vedano G. GRECO, *La direttiva 2007/66/Ce*, op. cit., p. 24; A. BARTOLINI e S. FANTINI, *La nuova direttiva ricorsi*, op. cit., p. 1101.

<sup>40</sup> La comunicazione in commento deve anche confermare che la presunta violazione è stata riparata oppure includere una conclusione motivata per spiegare le ragioni per cui non vi sia stata riparazione.



correzione indicate dalla Commissione o l'organo comunitario ritenga che la risposta fornita dallo Stato non sia soddisfacente, la procedura in commento sfocerà in una procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea ai sensi dell'articolo 226 del Trattato.

Il meccanismo correttore, pertanto, una volta munito del necessario ed opportuno profilo sanzionatorio, seppur nell'arco di tempo necessario per lo svolgimento delle procedure indicate, potrà costituire un valido strumento per correggere le violazioni delle norme sostanziali in materia di appalti pubblici ed un utile mezzo dissuasivo per le Amministrazioni aggiudicatrici.

#### 10. Conclusioni.

Le modifiche introdotte con la nuova direttiva ricorsi hanno una duplice finalità: da un lato, costringere le Amministrazioni a rispettare la disciplina sostanziale in materia di aggiudicazione di appalti pubblici e, dall'altro, offrire agli offerenti la possibilità di intraprendere le azioni necessarie per tutelare efficacemente i propri interessi.

Per quanto riguarda questo secondo profilo, la *ratio* della nuova direttiva ricorsi è colmare le lacune esistenti nei meccanismi di ricorso per garantire ai soggetti che hanno subito un pregiudizio nell'ambito di una procedura di aggiudicazione la possibilità di ottenere una tutela in forma specifica attraverso la riedizione del potere oppure, ove ne sussistano i presupposti, direttamente l'aggiudicazione dell'appalto ed il riconoscimento del diritto di stipulare il relativo contratto.

In tal senso, il perno della Direttiva 2007/66/CE è senz'altro l'introduzione dello *stand still period* tra l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del contratto per rimediare a quella *race to signature* che costituisce un serio ostacolo al riconoscimento di una tutela effettiva per le imprese interessate, in quanto consente loro di esperire un ricorso avverso le decisioni di aggiudicazione soltanto in seguito alla stipula del contratto, quando l'unico rimedio che il giudice può riconoscere è il risarcimento per equivalente del danno subito.

In tale contesto emerge il *favor* del diritto comunitario per la tutela ripristinatoria rispetto a quella risarcitoria; la direttiva privilegia gli strumenti di correzione preventiva delle violazioni delle norme sostanziali rispetto agli strumenti di tutela successivi che intervengono quando il contratto ha già prodotto effetti irreversibili.

Nell'ottica di ripristinare la concorrenza la nuova direttiva ricorsi ha altresì predisposto un regime sanzionatorio particolarmente incisivo per colpire, oltre agli affidamenti diretti illegittimi, che secondo la Corte di Giustizia costituiscono la violazione più grave delle norme comunitarie in materia di appalti, i casi in cui le Amministrazioni aggiudicatrici concludano un contratto durante lo *stand still period*.

E' la prima volta che una direttiva ricorsi si spinge sino a determinare le conseguenze sul contratto di appalto, prevedendo l'inefficacia dello stesso.

Come si è avuto modo di indicare, tuttavia, un giudizio circa la reale portata innovativa dell'istituto sarà possibile soltanto in futuro in quanto la direttiva consente agli Stati di prevedere che l'organo di ricorso abbia la facoltà di non considerare il contratto privo di effetti ove "esigenze imperative connesse ad un interesse generale" lo impongano. Tale deroga, più che opportuna nelle ipotesi in cui i reali bisogni della collettività richiedano una tempestiva esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto di appalto, se applicata in maniera tale da ostacolare *tout court* l'effetto utile della nuova normativa comunitaria può trasformarsi in un grave *vulnus* per l'operatività di tale rimedio. L'auspicio è che all'indeterminatezza del concetto e all'ampia discrezionalità rimessa all'organo di ricorso non consegua un eccessivo affievolimento del rimedio, di per sé strumento innovativo e funzionale al ripristino della concorrenza nel mercato.