

Diritto degli appalti pubblici

Prof. Simona D'Antonio

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

A.A. 2025/2026

Argomento 10

La risoluzione delle controversie

Tutela giurisdizionale e Alternative Dispute Resolution (A.D.R.)

La tutela giurisdizionale

- Il «riparto di giurisdizione» tra G.O. e G.A. nelle controversie tra privati e PP.AA. in generale:
 - tutela dei **diritti soggettivi** → G.O.
 - tutela degli **interessi legittimi** → G.A.
 - materie indicate dalla legge → **giurisdizione esclusiva** del **G.A.** (su interessi legittimi e diritti soggettivi)
- In materia di contratti pubblici:
 - controversie relative alla fase dell'evidenza pubblica → G.A.
 - controversie relative al contratto e alla sua esecuzione → G.O.

Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto

Evoluzione normativa e giurisprudenziale

Invalidità del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione

- Tesi dell'**annullabilità** per vizio della volontà (art. 1427 c.c.) o per incapacità (art. 1425 c.c.);
- tesi della **nullità** per contrarietà a norme imperative (art. 1418, c. 1, c.c.) o per mancanza della volontà (art. 1418, c. 2);
- tesi della **caducazione automatica**, fondata sul nesso di presupposizione necessaria tra aggiudicazione e contratto;
- tesi dell'**inefficacia** sopravvenuta relativa, per difetto della legittimazione a negoziare.

Giurisdizione sul contratto

- G.O. secondo la Cassazione (ad es. Cass. SS.UU. 28/12/2007, n. 27169) e secondo il Consiglio di Stato (ad es. Cons. Stato, Ad. Plen., 30/7/2008, n. 9), che tuttavia apre alla cognizione del G.A. in sede di giudizio di ottemperanza.
- *Revirement* della Cassazione (Cass. SS.UU., ord. 10/2/2010, n. 2906): il **G.A.** che abbia conosciuto della domanda di annullamento dell'aggiudicazione conosce anche, per connessione, della domanda del concorrente pretermesso di essere reintegrato nella sua posizione e dichiara privo di effetti il contratto già stipulato.

Influsso del diritto comunitario ...

- Direttive ricorsi 89/665/CEE e 92/13/CEE → l. n. 142/1992; l. n. 109/1994; l. n. 205/2000 impongono l'adozione di strumenti di tutela adeguati, in particolare:
 - tutela cautelare (es. esclusione dalla gara);
 - tutela risarcitoria (es. danno da mancata aggiudicazione).
- Direttiva ricorsi 2007/66/CE → d. lgs. n. 53/2010; d. lgs. n. 104/2010:
 - tutela effettiva del ricorrente *dopo* l'aggiudicazione ma *prima* della stipula del contratto;
 - effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto già stipulato → inefficacia.

... sul diritto interno → Codice appalti e C.P.A.

- Giurisdizione esclusiva del G.A. (art. 133, c. 1, lett. e) n. 1 e n. 2 c.p.a.)
- Rito speciale in materia di appalti (libro IV, titolo V, artt. 119 – 125 c.p.a.)

Giurisdizione esclusiva del G.A.

- art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a.
 - 1) controversie 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**.

Rito speciale in materia di appalti

- Libro IV, Titolo V (artt. 119 – 125) c.p.a.
- Dimezzamento dei termini processuali, compresi quelli per la proposizione del ricorso principale o incidentale e dei motivi aggiunti
→ il ricorso deve essere proposto entro 30 gg. (art. 120, c. 2).
- Nesso con la disciplina dello «*stand still period*» (art. 18, c. 3).
- Potere del G.A. di dichiarare l'inefficacia del contratto (artt. 121 e 122).
- Potere del G.A. di condannare la P.A. a disporre il subentro del ricorrente nel contratto (art. 124).

stand still period (art. 18 Codice appalti)

- Divenuta efficace l'aggiudicazione, la stipulazione del contratto ha luogo entro i successivi 60 giorni, anche in pendenza di contenzioso (c. 2);
- la stipulazione del contratto non può avvenire prima di 32 giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni dell'aggiudicazione (c.d. «*stand still period*») (c. 3);
- se è impugnata l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, la stipulazione non può avvenire dalla notifica dell'istanza cautelare fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare (c.d. «*stand still period processuale*») (c. 4).

Tutela cautelare

- Iniziale tipicità: sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato;
- evoluzione verso la atipicità: ad es. ammissione con riserva, ordinanze propulsive (c.d. *remand*), ordine di pagare una somma;
- presupposti e procedimento;
- strumentalità del giudizio cautelare rispetto a quello di merito;
- assorbimento del giudizio cautelare in quello di merito;
- tutela cautelare *ante causam*.

Le azioni esperibili

- Azione di annullamento e declaratoria di inefficacia del contratto o sanzioni alternative.
- Domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto.
- Azione risarcitoria.

Azione di annullamento

- Solo dinanzi al TAR: non è ammesso il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica;
- la stipula e l'esecuzione del contratto non fanno venire meno l'interesse a coltivare l'azione di annullamento (art. 34, c. 3 c.p.a.);
- di norma è accompagnata dall'istanza cautelare (*stand still period* processuale);
- è frequente l'utilizzo del ricorso incidentale;
- possibilità di proporre il «giudizio di ottemperanza»;
- possibilità di proporre congiuntamente l'azione di adempimento.

Declaratoria di inefficacia obbligatoria (art. 121 c.p.a.)

- Il giudice «deve» dichiararla in caso di «gravi violazioni»:
 - a) aggiudicazione senza pubblicazione del bando;
 - b) procedura negoziata senza bando fuori dai casi consentiti;
 - c) contratto stipulato senza rispettare il termine dilatorio;
 - d) violazione dello «*stand still period* processuale»;
- precisando se l'inefficacia operi *ex nunc* o *ex tunc*.
- Se vi sono esigenze imperative connesse ad un interesse generale → il contratto resta efficace e si applicano sanzioni alternative ex art. 123.

Declaratoria di inefficacia facoltativa (art. 122 c.p.a.)

- Il giudice «può» dichiararla in tutti gli altri casi, stabilendone la decorrenza, tenendo conto:
 - 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;
 - della possibilità di subentrare nel contratto (sempre che il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta).

Sanzioni alternative (art. 123 c.p.a.)

- Quando, nonostante le gravi violazioni di cui all'art. 121, c. 1, il contratto è considerato efficace o l'inefficacia è temporalmente limitata, il giudice applica una o più delle seguenti sanzioni:
 - a) sanzione pecuniaria nei confronti della S.A. dallo 0,5% al 5% del valore del contratto (prezzo di aggiudicazione);
 - b) riduzione della durata del contratto dal 10% al 50% della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo.
- L'eventuale condanna al risarcimento del danno si cumula alle sanzioni alternative.

Infrastrutture strategiche e PNRR (art. 125 c.p.a.)

- Nelle controversie relative ad infrastrutture strategiche o ad interventi finanziati con il PNRR:
- in sede cautelare si tiene conto del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera;
- al di fuori dei casi di gravi violazioni di cui all'art. 121, c. 1, l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto e il risarcimento avviene solo per equivalente; si applica l'art. 34, c. 3 c.p.a.

Domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto (art. 124 c.p.a.)

- Reintegrazione in forma specifica/azione di adempimento.
- Onere di espressa e specifica proposizione.
- La mancata proposizione della relativa domanda è valutabile dal giudice ai sensi dell'art. 1227 c.c.
- Non può essere accolta se non è stata dichiarata l'inefficacia del contratto.
- Quando non è dichiarata l'inefficacia del contratto il risarcimento del danno subito e provato è disposto solo per equivalente.
- Condizioni per l'accoglimento della domanda: assenza di discrezionalità amministrativa o tecnica.

Azione risarcitoria (art. 124 c.p.a.)

- Risarcimento del danno per equivalente.
- Rimedio residuale.
- La colpa della P.A. è presunta.
- Non basta l'illegittimità del provvedimento.
- Occorre dimostrare la spettanza dell'affidamento, altrimenti sarà risarcibile solo la chance di aggiudicazione.
- Sentenza sui criteri ex art. 34, c. 4, c.p.a. ed eventuale successivo giudizio di ottemperanza.

Legittimazione processuale dell'ANAC

- **Ricorso diretto:** per i contratti di *rilevante impatto* (art. 220, c. 2).
- **Ricorso previo parere motivato:** per le *gravi violazioni* del Codice dei contratti pubblici (art. 220, c. 3) →
 - l'ANAC emette un parere motivato nel quale indica i vizi di legittimità riscontrati e lo trasmette alla S.A.
 - se la S.A. non vi si conforma, l'ANAC può presentare ricorso al G.A. ai sensi dell'art. 120 c.p.a.

Alternative Dispute Resolution - A.D.R.

Gli strumenti di risoluzione delle controversie
alternativi alla giurisdizione

A.D.R.

- Fase della procedura di affidamento:
 - parere di precontenzioso ANAC.
- Fase dell'esecuzione:
 - accordo bonario: è condizione di procedibilità sia dell'arbitrato sia dell'azione giudiziaria;
 - collegio consultivo tecnico: la normativa emergenziale lo ha reso obbligatorio;
 - arbitrato: la clausola compromissoria è facoltativa;
 - transazione (art. 212; art. 1965 cod. civ.): strumento residuale rispetto ai precedenti.

Parere di precontenzioso

(art. 220, c. 1)

- Su iniziativa della S.A. o di uno o più operatori economici, l'ANAC esprime parere, previo contraddittorio, su questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro 30 gg. dalla ricezione della richiesta.
- L'operatore economico che abbia richiesto il parere o vi abbia aderito lo può impugnare esclusivamente per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia.
- La S.A. che non intenda conformarsi al parere comunica entro 15 gg. le relative motivazioni alle parti interessate e all'ANAC, che può proporre il ricorso di cui al comma 3.

Accordo bonario (artt. 210 e 211)

- Qualora l'appaltatore, nel corso dell'esecuzione del contratto, formalizzi contestazioni relative al prezzo, iscrivendo apposite riserve; e la possibile variazione del prezzo sia compresa tra il 5% e il 15% dell'importo stabilito dal contratto, il direttore dei lavori ne dà immediata comunicazione al RUP e trasmette la propria relazione.
- Il RUP, accertata l'ammissibilità e la non manifesta infondatezza delle riserve, può individuare, d'intesa con l'appaltatore, un esperto che formuli una proposta di accordo bonario, oppure formulare egli stesso una proposta di accordo bonario, che viene trasmessa alla S.A. e all'appaltatore.
- In caso di accettazione, le parti sottoscrivono apposito verbale, avente valore di transazione.
- In caso di mancata accettazione, le parti possono ricorrere all'arbitrato ovvero rivolgersi al G.O.

Collegio consultivo tecnico (art. 215)

- È il rimedio generale previsto dal Codice per dirimere sul nascere i possibili contenziosi tra committente ed appaltatore.
- Nato come strumento ad attivazione volontaria, è stato reso obbligatorio dal d.l. n. 76/2020 (decreto semplificazioni) → la sua costituzione è obbligatoria per gli appalti sopra soglia.
- Il C.C.T. svolge funzioni di assistenza, consultive, di mediazione e conciliazione per la rapida soluzione delle dispute che possono insorgere durante l'esecuzione del contratto.
- Le parti stabiliscono se considerare le valutazioni del collegio come semplici pareri o riconoscere ad esse valore vincolante.
- In ogni caso il comportamento difforme dalle determinazioni del collegio è valutabile ai fini della responsabilità erariale e da inadempimento contrattuale.

Arbitrato (artt. 213 – 214)

- Dal Codice del 2006 è lo «strumento ordinario di definizione delle controversie per tutti i contratti pubblici».
- Le controversie su diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione di contratti pubblici possono essere deferite al giudizio di un collegio arbitrale, composto da 3 membri, cui si applicano le disposizioni del c.p.c.
- Il collegio arbitrale è nominato dalla Camera arbitrale istituita presso l'ANAC.
- Ciascuna delle parti nomina un arbitro tra soggetti di provata esperienza e indipendenza. Il presidente è nominato dalla Camera arbitrale tra gli iscritti ad apposito albo.
- Il giudizio si conclude con un lodo, impugnabile dinanzi alla Corte d'appello.

Transazione (art. 212)

- Solo ove non sia possibile esperire altri rimedi alternativi alla giurisdizione, le controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici possono essere risolte mediante transazione.
- Il presupposto è che si tratti di diritti disponibili dalle parti.
- Ove l'importo oggetto di concessione o rinuncia sia superiore ad € 100.000 (200.000 per i lavori) è necessario il previo parere dell'Avvocatura dello Stato o di un legale interno all'ente.
- Forma scritta a pena di nullità.
- Obbligo di motivazione per la S.A.