



ALLEGATO A alla Dgr n. 2294 del 27 novembre 2014

pi

ATTO DI SIGNIFICAZIONE

**A CONTESTAZIONE DELLA NULLITÀ DELLA CONVENZIONE DEL 3 APRILE 1998 E
DEI SUCCESSIVI ATTI INTEGRATIVI PERVENUTE ALLA CONOSCENZA DELLA
REGIONE VENETO.**

Il sottoscritto, avv. Ezio Zanon, quale responsabile della Avvocatura della Regione Veneto, giusta delega conferitagli da Presidente della Regione Veneto, in qualità di legale rappresentante dello stesso ente ai sensi dell'art. 52 dello Statuto regionale, il quale è stato autorizzato a tal fine dalla delibera della Giunta regionale n. del espone quanto segue.

a) *Con Convenzione del 3 aprile 1998, la Regione Veneto incaricava l'allora Consorzio NET Engineering (oggi NET Engineering S.p.A. e, di seguito "NET") delle attività di progettazione funzionale e gestionale del Sistema Ferroviario Metropolitano Regionale (di seguito "SFMR"), predisposto dalla Regione veneto con deliberazione n. 1382 del 29 marzo 1994.*

In particolare, venivano affidate a NET la c.d. progettazione di sistema del SFMR, comprensiva della grande viabilità ad esso connessa e delle attività di studio, progettazione e di direzione dei lavori del SFMR con riguardo ad opere, impianti e materiale rotabile.

L'oggetto della Convenzione, nel corso del rapporto, è stato progressivamente ampliato, modificato e sostituito tramite:

- *I atto aggiuntivo del 31.01.2000;*
- *III atto aggiuntivo del 21.06.2001;*
- *atto ricognitivo dell'11.04.2005 e verbale di accordo dell'11.04.2005;*
- *verbale di accordo del 03.03.2008;*
- *atto ricognitivo e transattivo del 27.07.2009 trasfuso nel verbale di conciliazione arbitrale del 29.09.2009;*
- *annessi alla Convenzione nella revisione vigente del luglio 2009 e aggiornamento triennale dei prezzi unitari alla data dell'11.04.2011.*

b) *Nell'ambito dei contenziosi insorti dal rapporto contrattuale da alcuni documenti acquisiti agli atti emerge che è stata sollevata questione circa la validità, fin dall'origine e comunque per effetto degli atti aggiunti al contratto sopramenzionato, stipulato il 3 aprile 1998 e delle sue integrazioni e modificazioni.*

In particolare si rileva che la convenzione alla base del rapporto contrattuale e tutti i successivi atti negoziali appaiono invalidi se non nulli per le ragioni già evidenziate nel corso di vari giudizi arbitrali e nelle difese introdotte nell'interesse della Regione negli atti di causa dal suo difensore incaricato, avv. Alfredo Biagini.

c) In particolare il lodo depositato il 23 febbraio 2011, nell'ambito del giudizio arbitrale promosso da Net Engineering s.p.a. con atto notificato il 24 marzo 2010, espone le seguenti considerazioni:

“(...) Così deciso in conferenza personale degli arbitri il 31 gennaio 2011, con il voto favorevole della maggioranza del Collegio (prof. avv. Marcello Maggiolo e prof. avv. Ugo Ruffolo) ed il voto contrario dell'avv. Paolo Mestrovich, il quale non condivide motivazione e conclusioni, ritenendo: “- che non si sia formato il consenso fra Net e Regione sull'accordo 03.03.08 e sull'Atto 27.07.09 (§§ 32, 33), stante tenore letterale contrario della delibera di Giunta n. 2398 e fermo il fatto che sarebbe poi comunque stata necessaria, ai fini dell'efficacia, un'approvazione ai sensi dell'art. 11 co. 11, 12 del d.lgs. 163/2006, la cui disciplina è applicabile anche alle ipotesi di transazione (C.d.S. 2 febbraio 2010, n. 445);

- che l'accordo 03.03.08 e l'Atto 27.07.09 violino direttamente gli art. 2, 57, 59, 78 co. 1 f) e 91 del d.lgs. 163/2006, 3 del Trattato UE, nonché l'art. 97 Cost. con riferimento agli artt. 1343 e 1418 c.c. e all'ordine pubblico economico (anche per nullità sopravvenuta), poiché il primo accordo affida a Net la progettazione di S.F.M.R. Occidentale e la D.L. di alcuni lavori di rimozione di PP.LL. ed il secondo la progettazione della Venezia-Chioggia, e specie allorché si sia ritenuto al § 32 che ogni atto, dal 1998 al 2009, abbia integrato i precedenti (Cassazione 10.02.10, n. 2906 SS.UU.; 16.02.10, n. 3672; Consiglio di Stato 01.03.10, n. 1156);

- che, una volta qualificato (§ 38) come immediatamente perfetto l'oggetto dell'accordo 03.03.08 relativo al contenuto degli interventi da progettare (escludendo l'interpretazione del corpus pattizio 1998 - 2009 quale accordo normativo o preliminare d'appalto), si sarebbe conseguentemente dovuto pronunciare la nullità dell'accordo stesso perché avente oggetto indeterminabile, poiché rimesso nella determinazione de facto a Net, in violazione degli artt. 1346, 1349 e 1355 c.c. e dei principi accolti dalla Cassazione (29 febbraio 2008, n. 5513; 19 marzo 2007, n. 6519) e dal d.lgs. 163/2006 all'art. 132,;

- che sia erronea la decisione (§ 38) di assorbire la trattazione della questione del silenzio-assenso contrattuale (inammissibile per la p.a., come Cass. 28 novembre 1991, n. 12769), sulla base

dell'argomento della prevalenza delle disposizioni di "attivazione ed esecuzione immediata" contenute nell'accordo 03.03.08 (in ogni caso non sussistenti per alcune attività, in ex., per la Venezia-Chioggia), poiché, con l'Atto 27.07.09, è stato successivamente riconfermato l'annesso 3, in cui (p. 5, 23) viene chiarito che "La relazione propedeutica assume quindi una vera e propria valenza contrattuale" ed in cui viene stabilito che "La corrispondenza con contenuti di rilevanza contrattuale dovrà essere sottoscritta, per approvazione, dalle persone dotate degli appositi poteri";

- che sia contraddittorio, nell'ipotesi del riconoscimento della prevalenza del contenuto dell'accordo 03.03.08, decidere (§ 38) che l'avvenuta fissazione una tantum degli "importi per la prestazione" nell'accordo del 03.03.08 sia recessiva rispetto all'uso dei criteri di calcolo per relationem contenuti nell'annesso 4, confermato dall'Atto 27.07.09 (che, comunque, non "ridetermina i relativi importi", indicati invece solo nel prospetto di cui al doc. 172, senza che peraltro le relative fatture di supporto siano state prodotte), il tutto ferma l'inammissibilità della domanda di riconoscimento di compensi maggiori anche ai sensi degli artt. 115 e 244 del d.lgs. 163/2006;

- che non vada corrisposta dalla Regione la somma portata dalla fattura VD32/09 (§ 40) essendo nulla l'assunzione di garanzia operata dalla Regione con l'art. 7 del I Atto aggiuntivo 31.01.00, perché indeterminata e senza limiti d'importo;

- che sia inammissibile la liquidazione equitativa del danno, poiché effettuata in violazione degli artt. 1226 e 2697 c.c. (§ 50, 51) e del principio secondo cui il criterio della liquidazione equitativa non può essere interpretato come suppletivo alla totale carenza probatoria della parte e soprattutto come correttivo della indeterminatezza delle allegazioni, ciò come ribadito in Cass. 15 febbraio 2008, n. 3794 e 30 aprile 2010, n. 10607;

- che sia erronea la decisione (§ 50) di liquidare € 300.000,00 a titolo di risarcimento del danno per la violazione dell'obbligazione di cooperazione nei rapporti con gli enti gestori dei sottoservizi, stante il difetto di qualsiasi prova circa l'effettiva consistenza dello staff di Net, circa i ricavi ed utili aziendali, i costi del personale, l'inattività dello stesso (peraltro contraddetta dalla richiesta di corresponsione di compensi per lavori che hanno prodotto fatture per € 8.564.880,20 più € 17.845.948,41 effettuati nei medesimi periodi);

- che sia erroneo (§ 51) liquidare € 50.000,00 quale danno da perdita di chance per la ritardata emissione dei certificati di regolare esecuzione - fermo quanto si dirà sull'ammissibilità

della domanda - non essendo state indicate nemmeno le possibili gare a cui Net avrebbe potuto partecipare o dovuto partecipare previa allegazione di detti documenti, sempre che non fosse ammissibile l'autocertificazione;

- che sia erroneo liquidare un danno di € 300.000,00 a Net per avere la Regione distratto la commessa di Grande Viabilità in seguito alla restituzione della propedeutica (§ 47), poiché ciò contraddice il ragionamento motivazionale utilizzato prima per i corrispettivi delle commesse di S.F.M.R. Occidentale, a proposito delle quali l'avvenuta restituzione delle propedeutiche, documentata in giudizio, non è stata ritenuta sufficiente a 'distrarre' alcunché, tanto che Regione Veneto è stata condannata a pagare la controprestazione per dette attività e poiché, comunque, non c'è prova di alcuna distrazione e di alcun danno ad essa conseguente;

- che sia erroneo ritenere sussistente la giurisdizione con riferimento al danno per ritardata emissione di certificati (§ 51), essendo tale domanda riservata invece al g.a., stante la violazione di un interesse pretensivo, trattandosi di attività certificativa, al più afferente alla fase endoprocedimentale di acquisizione di pareri tecnici (fino alla conferma della regolare esecuzione ad opera del responsabile del procedimento), che, dove omessa, può solo dar luogo all'applicazione dell'art. 17 della l. 241/1990".

d) Dal lodo depositato il 27 maggio 2014, nell'ambito del giudizio arbitrale promosso da Net Engineering s.p.a. con atto notificato il 3 dicembre 2012 marzo 2010, si evince che:

"L'arbitro Massimo Zaccheo, con rispetto verso la diversa opinione degli Arbitri, formula, tra gli altri, i seguenti rilievi critici alla decisione assunta. Alle pagine 28 ss. viene affrontata la domanda di Regione Veneto, qualificata pregiudiziale, avente ad oggetto l'accertamento della nullità "degli atti a contenuto negoziale intervenuti tra le parti a mezzo dei quali sono state accordate a Net Engineering S.p.A. prestazioni aggiuntive rispetto a quelle oggetto del contratto originario e segnatamente, degli atti negoziali del 3.01.2000, del 22.06.2001 e del 11.04.2005. nonché dell'accordo del 3.04.2008 e atto transattivo 27.07.2009". La domanda è fondata sull'assunto che gli atti negoziali, intervenuti dopo la Convenzione del 3.04.1998 violerebbero "precetti normativi che impongono il ricorso alle gare pubbliche artt. 43 e 49 Trattato, art 7 del D.l.gs. 15/1995 applicabile ratione temporis con riferimento agli atti negoziali del 31.1.2000 del 22.06.2001 e dell'11.04.2005 e art. 57 del D. l.gs. 163 2006 con riguardo al verbale di accordo del 3.03.2008 e atto transattivo del 27.07.2009".

La maggioranza del Collegio muove dal riconoscimento di un contrasto giurisprudenziale, che sarebbe stato successivamente risolto in via definitiva con la sentenza del Consiglio di Stato n. 6666 del 27.10.2003 e ribadito con le sentenze n.1498 del 15.03.2010 e del 26.9.2013 n.4572. Secondo la maggioranza del Collegio la domanda va rigettata per una serie di argomenti sinteticamente indicati:

a) La violazione di legge sarebbe produttiva di una ipotesi di inefficacia che avrebbe dovuto esser fatta valere dal soggetto legittimato, cioè da un controinteressato leso dalla mancata osservanza della procedura e non già da colui che vi ha dato causa:

b) gli atti negoziali di cui si invoca la nullità sono stati oggetto di apposita clausola contenuta in un atto transattivo nella quale se ne è sostenuta la validità. Tale dichiarazione delle parti avrebbe un contenuto contessono e impedirebbe di invocare il richiamato vizio:

c) la domanda di nullità della Regione Veneto andrebbe contro il fallo proprio, atteso che dal 1998 sino ad oggi tutti gli atti intervenuti sono stati oggetto di conformi atti deliberativi da parte degli organi regionali competenti e le parti hanno sempre prestato osservanza ai medesimi:

d) tra le parti si sono svolti due giudizi arbitrali nel corso dei quali la invocata nullità non è mai stata sollevata:

e) le delibere adottate dalla Regione Veneto, esecutive degli atti negoziali, non sono mai state impugnate, nè revocate: al contrario, la Giunta Regionale ha approvato anche il verbale del 3.03.2008 e l'Atto Ricognitivo e Transattivo del 27.7.2009:

f) la nullità sarebbe infine stata determinata proprio dal soggetto che oggi la invoca.

g) gli argomenti usati dalla maggioranza del Collegio non superano affatto il vizio che inficia tutti gli atti negoziali richiamati. In ordine:

1) il superamento del contrasto giurisprudenziale è avvenuto, ma nel segno opposto a quello indicato dalla maggioranza del Collegio. Vertendosi in tema di diritti soggettivi e non anche di interessi legittimi, a più riprese, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (ord. 5.04.2012 n. 5446; ord. 3.05.2013 n. 10208; ord. 2906/2010, 7578/2009; 27169/2007 20504/2006) hanno chiaramente e definitivamente stabilito che "in tema di attività negoziale della P.A. rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie aventi ad oggetto tutti gli atti della serie negoziale successiva alla

stipulazione del contratto, cioè non solo quelle che attengono al suo adempimento e quindi concernenti l'interpretazione dei diritti e degli obblighi delle parti, ma anche quelle volte ad accertare le condizioni di validità, efficacia, nullità o annullabilità del contratto, siano esse inerenti o estranee o sopravvenute alla struttura del contratto, comprese quelle derivanti da irregolarità o illegittimità della procedura amministrativa a monte e le fattispecie di radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica o sussistenza di vizi che ne affliggono singoli atti, accertabili incidentalmente da detto giudice, al quale le parti possono rivolgersi senza necessità del previo annullamento da parte del giudice amministrativo".

II) Contrariamente a quanto sostenuto nel Lodo anche il Consiglio di Stato e del medesimo avviso. Basti considerare Cons. Stato sez. IV, 26.11.2013 n.5632 ha statuito: "l'art. 244 D. Lgs. n. 163 del 2006 (Codice dei contratti pubblici), nell'attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo da un lato tutte le controversie relative alle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture e, dall'altro, per la successiva fase contrattuale, solo alcune tassativamente indicate, conferma che in linea di principio rientra nella giurisdizione ordinaria lo scrutinio dei riflessi sul contratto di appalto del sistema delle irregolarità-illegittimità che affliggono la procedura amministrativa a monte; ed, in particolare, non soltanto nelle fattispecie di radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica (o di vizi che ne affliggono singoli atti), ma anche in quella della sua successiva mancanza legale provocata dall'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, perché nella materia il criterio di riparto delle giurisdizioni non è fondato sul grado ed i profili di connessione tra dette disfunzioni ed il sistema delle invalidità-inefficacia del contratto, e neppure sulla tipologia delle sanzioni civilistiche che la dottrina e giurisprudenza di volta in volta gli riservano (nullità, annullabilità invocabile dall'amministrazione committente, automatica ed immediata caducazione con efficacia "ex tunc", inefficacia sopravvenuta del contratto), ma unicamente sulla separazione imposta dall'art. 103. comma 1. Così, tra il piano del diritto pubblico (e del procedimento amministrativo) ed il piano negoziale, interamente retto dal diritto privato".

Posizione ribadita anche da Cons. Stato n.3133/2013 (del tutto speculare al principio affermato dalla Cassazione), secondo cui "le condizioni di validità, efficacia, nullità o annullabilità del contratto, siano esse inerenti o estranee o sopravvenute alla struttura del contratto, comprese quelle derivanti da irregolarità o illegittimità della procedura amministrativa a monte e le fattispecie di radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica o sussistenza di vizi che ne affliggono singoli atti possono essere accertate incidentalmente dal giudice amministrativo, quando la loro determinazione sia funzionale all'accertamento rimesso alla cognizione del giudice amministrativo

medesimo, poiché ai sensi dell'art. 8, comma 1, c.p.a., il G.A. ha il potere di decidere, senza efficacia di giudicato, tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale" (cfr. anche Consiglio di Stato, sez. V, 13 dicembre 2012, n. 6400).

III). Alla luce della richiamata ed inequivoca giurisprudenza civile ed amministrativa è allora davvero arduo sostenere che il contrasto è stato risolto nel senso invocato nel Lodo, secondo cui "la tesi della nullità assoluta propugnata da RV" non è accettabile in ragione della necessaria "...natura originaria della patologia contrattuale della nullità, della difficile costruzione di un vizio di nullità sopravvenuta per effetto del sopravvenuto annullamento della serie degli atti di evidenza pubblica " e della "distonia fra l'inoppugnabilità dell'atto di aggiudicazione pur viziato ma non impugnato nel termine decadenziale e la generale inammissibilità - nel silenzio legislativo - della convalida del contratto nullo ".

Come è facile rilevare si confonde in tal modo il procedimento amministrativo con l'atto negoziale: il diritto soggettivo con l'interesse legittimo: il procedimento con la fattispecie, che operano su piani diversi. L'argomento secondo cui la Regione Veneto avrebbe dovuto impugnare l'atto di aggiudicazione per poi far valere la successiva nullità degli atti trascura di considerare che il vizio invocato ha ad oggetto, non già il procedimento, ma proprio la fattispecie negoziale, che è nulla perché l'atto è stato posto in violazione di una norma imperativa, rispetto alla quale l'ordinamento non tollera né convalide, né ipotesi di inefficacia né conversioni.

La confusione tra diritti soggettivi e interessi legittimi spinge addirittura la maggioranza del Collegio a sostenere che il vizio avrebbe dovuto esser fatto valere dal soggetto legittimato, cioè da un controinteressato leso dalla mancata osservanza della procedura e non già da colui che vi ha dato causa.

Diversamente, proprio in ragione di quanto ha statuito Cons. Stato 313/2013, il G.A. ha il potere di decidere, senza efficacia di giudicato, tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti (qual è quello invocato) la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale. Orbene, poiché la domanda formulata non rientra affatto nella spendita di potere pubblicistico (v. in proposito Corte Cost. 204/2004), ma è una domanda dall'esclusiva valenza privatistica, avendo ad oggetto diritti soggettivi, non solo il Collegio è legittimato a conoscere della domanda ma non dovrebbe tollerare che atti posti in violazione di norme imperative spieghino i loro effetti sul malcelato principio della estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di

inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione; altro è, infatti, la valutazione (consentita) del GA delle conseguenze sul contratto stipulato da un aggiudicatario illegittimo nella controversia promossa da un concorrente avverso la procedura di affidamento, altro è la cognizione (preclusa) sullo scioglimento del contratto a seguito del venir meno o della mancanza di uno dei suoi presupposti.

E' quindi solo in questa prospettiva che la connessione tra vizi della procedura e inefficacia contrattuale giustifica la giurisdizione amministrativa. Non a caso la Corte di Cassazione ha affermato che interessi legittimi e diritti soggettivi esercitati nelle materie di giurisdizione esclusiva, in ragione dello stretto collegamento tra le situazioni soggettive azionate, sono attribuiti dal legislatore ad un unico giudice, perché si pronunci su entrambe le domande. Ma tale riconoscimento è effettuato "sempre che sia dedotto l'abuso di poteri autoritativi della P.A. e la lesione dell'interesse legittimo come presupposto di quella dei diritti del ricorrente, essendo il primo riconosciuto dalla legge in rapporto al bene della vita costituito dalla esecuzione dei lavori dietro corrispettivo, che è anche l'oggetto del contratto e dei rapporti connessi e consequenziali ad esso, nei quali sono in gioco solamente diritti, in assenza di esercizio di poteri autoritativi dalla contraente amministrazione" (Così Cass. SSUU Ord. n. 2906/10).

IV) Non è allora dubitabile che gli atti posti in essere in aperta e stridente violazione di una norma imperativa siano radicalmente nulli. E non è altrettanto dubitabile che l'aver dato seguito ad atti radicalmente nulli non ne comporti la loro convalida, invece propria dei negozi annullabili, né tantomeno che possa ricavarsi da dichiarazioni o comportamenti, tenuti dalla parte che invoca la nullità, una sorta di sanatoria dell'atto nullo, come sostiene la maggioranza del Collegio,

V) E per queste ragioni -nonché su altre relative alla valorizzazione di elementi ritenuti decisivi, quali, a modo di esempio, la valorizzazione della Tabella contenuta a pag. 8 del verbale di accordo 3.03.2008. nella quale vengono riconosciuti crediti che, per espressa volontà delle parti, richiedevano una formalizzazione (n. 5-10 della tabella stessa) della quale manca ogni elemento di prova- che il sottoscritto arbitro non può non dissentire con fermezza rispetto al contenuto del lodo."

e) Avverso il lodo arbitrale del 27 maggio 2014, l'avv. Alfredo Biagini incaricato della proposizione del gravame avanti la Corte d'Appello di Venezia ha esposto i seguenti motivi di diritto onde vedere riconosciuta la nullità del lodo e conseguentemente degli atti negoziali sopraelencati.

“DIRITTO

Violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia: Artt. 43 e 49 Trattato, art. 7 D. Lgs. 157/1995, art. 57 Dlgs. 163/2006, art. 11 Dlgs. 163/2006 (nel quale sono refluuti gli articoli 16,17,18, 19 del R.D. 2440/1923; art. 109 del DPR 554/1999; art. 44, comma 3, lett. b) ed e) della L. 88/2009; artt. 2-bis e 2-ter, lett. b) della direttiva 89/665CEE e artt. 2-bis e 2-ter lett. b) della direttiva 92/13/CEE come modificati dalla direttiva 2007/66/C), l'art. 54 del D. Lgs 163/2006 e art. 28 della Direttiva 2004/18/CE, l'art. 91 del D. Lgs. 163/2006 (nel quale è refluuto l'art. 17 della legge 109/94), art. 1418 c.c.

In primo luogo, la difesa regionale intende censurare il Lodo de quo, nella parte in cui il Collegio ha rigettato l'eccezione di nullità ex art. 1418 c.c. degli atti negoziali intercorsi tra le parti tra il 2000 ed il 2009.

Vale al riguardo sinteticamente richiamare le motivazioni che hanno indotto l'Ecc.mo Giudicante a pronunciarsi in tal senso al fine di rilevare gli errores in iudicando in cui il Collegio è incorso, violando le regole di diritto applicabili alla fattispecie controversa ovvero omettendone la doverosa applicazione.

L'iter logico-giuridico seguito dal Giudice arbitro muove dal presupposto che la questione relativa alla nullità degli atti negoziali, oggetto negli anni di un variegato dibattito dottrinale e giurisprudenziale, sarebbe stata superata dalla sopravvenuta normativa introdotta con il Dlgs. 53/2010 e con il Codice del Processo Amministrativo di cui al Dlgs. 104/2010, ed in particolare con l'art. 121 lett. b) a mente del quale "nei casi di affidamento diretto, in violazione delle dovute procedure di evidenza pubblica, il Giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia totale" o (si badi bene) "del contratto. Nel dichiarare l'inefficacia per di più, il Giudice deve precisare se la declaratoria opera ex nunc ovvero se essa opera in via retroattiva." (cfr. Lodo, pag. 33).

In altre parole, secondo le argomentazioni arbitrali, dalla citata disciplina dovrebbe concludersi che la violazione delle norme che impongono alla P.A. di ricorrere alle regole dell'evidenza pubblica per la scelta del proprio contraente privato comporterebbe, al più, l'inefficacia del contratto e non invece la nullità dell'atto negoziale, come sostenuto dall'esponente. Al riguardo, infatti, il Giudice arbitro, nel Lodo oggetto di impugnazione ha affermato che: "Il contesto normativo, dunque, è inequivocabilmente volto ad arginare la tesi della nullità – adottando espressamente una qualifica di inefficacia – operando di volta in volta un concreto bilanciamento d'interessi, in ottica anche conservativa, e comminando effetti caducatori a geometria variabile" (cfr. Lodo, pag. 33).

Appare, quindi evidente che gli Arbitri, al fine di giungere al rigetto della domanda di

nullità per violazione di norme imperative, azionata dalla Regione, invocano il Codice di cui al Dlgs 104/2010, non tenendo conto che la prefata normativa si colloca nell'ambito della disciplina processuale in materia amministrativa, ed in tale quadro regola gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione definitiva sul contratto stipulato, senza però potersi estendere alla regolamentazione sostanziale di rapporti privatistici, quali sono gli atti negoziali in relazione ai quali è stata proposta l'eccezione di nullità.

In altre parole, nell'impugnato Lodo, gli Arbitri hanno erroneamente invocato la disciplina del Codice del Processo Amministrativo che in alcun modo sembra attinente alla fattispecie indagata. In particolare, il Giudice Arbitro nel fondare sui principi del CPA la propria decisione di rigetto dell'eccezione di nullità formulata dalla difesa regionale, ha confuso - come peraltro ampiamente evidenziato dal prof. Zaccheo nelle proprie considerazioni di dissenso rispetto alla decisione assunta a maggioranza dagli altri Arbitri - "il procedimento amministrativo con l'atto negoziale; il diritto soggettivo con l'interesse legittimo; il procedimento con la fattispecie, che operano su piani diversi". L'argomento secondo cui la Regione Veneto avrebbe dovuto impugnare l'atto di aggiudicazione per poi far valere la successiva nullità degli atti trascura di considerare che il vizio invocato ha ad oggetto, non già il procedimento, ma proprio la fattispecie negoziale, che è nulla perché l'atto è stato posto in violazione di una norma imperativa, rispetto alla quale l'ordinamento non tollera né convalide, né ipotesi di inefficacia né confessioni" (cfr. lodo - dissenso avv. Zaccheo).

Del resto, nella fattispecie in esame - nell'ambito della quale, non essendoci stato alcun procedimento ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, non vi era nemmeno alcun controinteressato leso dalla mancata osservanza delle regole invocate dal patrocinio regionale - appare ancor più non condivisibile e viziato il ragionamento condotto dagli Arbitri secondo il quale il vizio del contratto avrebbe dovuto tutt'al più essere invocato appunto dal controinteressato. In proposito il prof. Zaccheo ha chiaramente evidenziato che "altro è... la valutazione (consentita) del GA delle conseguenze sul contratto stipulato da un aggiudicatario illegittimo nella controversia promossa da un concorrente avverso la procedura di affidamento, altro è la cognizione (preclusa) sullo scioglimento del contratto a seguito del venir meno o della mancanza di uno dei presupposti" (cfr. lodo - dissenso prof. Zaccheo)

Invero, non appare dubitabile che nella fattispecie concreta, la nullità degli atti negoziali, così come espressamente indicato dal patrocinio esponente nella domanda all'uopo formulata in sede arbitrale, si fonda sulle norme civilistiche, ed in particolare sull'art. 1418 c.c. per essere stati questi perfezionati in contrasto con le norme imperative (di cui agli artt. 43 e 49 Trattato, art. 7

D.Lgs. 157/1995 e art. 57 del Dlgs. 163/2006) che impongono il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente della P.A.

A tale riguardo, la Suprema Corte di Cassazione ha chiarito che “Nel contratto di appalto pubblico l'omissione della gara prescritta dalla legge per l'individuazione del contraente privato - omissione cui deve equipararsi l'espletamento meramente apparente delle formalità previste dalla legge - comporta la nullità del contratto per contrasto con norme imperative, da individuarsi nel complesso della disciplina, nella specie individuata dalla L. n. 584 del 1977, L. n. 741 del 1981 e L. n. 14 del 1973 (artt. 1 e 4) ed in particolare nella L. n. 584 del 1977, art. 9, comma 1, che stabilisce che “Gli appalti disciplinati dalla presente legge sono aggiudicati col sistema dei pubblici incanti, della licitazione privata o dell'appalto concorso”. (Dir. e pratica amm., 2008, fasc. 6, 71 (m), n. LOMBARDO).

Ne consegue, quindi, che il primo giudicante, anziché riferirsi ad una disciplina del tutto diversa per finalità ed ambito di applicazione, avrebbe dovuto richiamare la disciplina nazionale e comunitaria in relazione alle modalità di scelta del contraente della p.a. in materia di appalti pubblici, e, tenendo conto del carattere imperativo delle predette norme, avrebbe dovuto concludere per la invalidità radicale degli atti negoziali, ai sensi dell'art. 1418 c.c., in quanto stipulati in contrasto con le norme di cui si è detto, non essendo state esperite le preve necessarie procedure concorsuali.

D'altronde, l'art. 11 del Dlgs. 163/2006 (nel quale sono refluuti gli articoli 16,17,18, 19 del R.D. 2440/1923; art. 109 del DPR 554/1999; art. 44, comma 3, lett.b) ed e) della L. 88/2009; artt. 2-bis e 2-ter, lett.b) della direttiva 89/665/CEE e artt. 2-bis e 2-ter lett.b) della direttiva 92/13/CEE come modificati dalla direttiva 2007/66/CE) nel disciplinare le fasi delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, al comma 3, stabilisce che “la selezione dei partecipanti avviene mediante uno dei sistemi previsti dal presente codice per l'individuazione dei soggetti offerenti”; l'art. 54 del Dlgs 163/2006 e l'art. 28 della Direttiva 2004/18/CE prescrivono che per l'affidamento di un contratto pubblico le stazioni appaltanti utilizzano le procedure aperte, ristrette, negoziate, ovvero il dialogo competitivo di cui al medesimo D.Lgs. 163/2006 specificando che le Stazioni Appaltanti pubbliche “aggiudicano i contratti mediante procedura aperta o ristretta” e che la possibilità di aggiudicare mediante procedura negoziata è limitata al ricorrere dalle condizioni espressamente previste allo stesso codice degli appalti; l'art. 91 del medesimo Codice dei Contratti (nel quale è refluuto l'art. 17 della L. 109/94) prescrive che per l'affidamento dei contratti di progettazione e direzione lavori di importo superiore ad € 100.000,00 (qual è quello assentito a Net) si applicano le norme di cui alla parte II, titolo I e II del codice nell'ambito delle quali sono ricompresi anche i precetti sopra richiamati.

Ne deriva, quale ulteriore corollario dell'erronea applicazione del Codice del Processo Amministrativo, la non divisibilità dell'assunto per cui la fattispecie controversa implicherebbe una questione di inefficacia, contemplata appunto dalle norme processuali del Dlgs. 104/2010, anziché di nullità del contratto, per violazione di norme imperative ai sensi dell'art. 1418 c.c.

D'altra parte l'erroneità del percorso argomentativo e, quindi, della decisione adottata dagli Arbitri, discende l'osservazione che le norme del codice del processo amministrativo, che collega l'inefficacia del contratto stipulato all'annullamento degli atti di gara, presuppone l'indissolubile vincolo tra fase di scelta del contraente e contratto stipulato a seguito di tale fase.

Ciò con l'evidente corollario che il Legislatore non ha inquadrato le sorti del contratto, stipulato a seguito di un'aggiudicazione illegittima, nell'ambito dei vizi siano essi o meno genetici del negozio, risolvendo per l'inefficacia del contratto al fine di consentire che l'operatore economico legittimato ottenesse il bene della vita tutelato: l'aggiudicazione del contratto e, quindi, la relativa possibilità di realizzare le attività ove, nelle more del giudizio, fosse stato sottoscritto il contratto.

Nel caso di specie, la questione va inquadrata sul piano degli effetti che conseguono dall'affidamento diretto e, dunque, al di fuori delle gare pubbliche, delle attività a Net. Ebbene, come sopra anticipato, riportando quanto illustrato dal Prof. Zaccheo in sede di opinione dissenziente, il mancato esperimento della gara finalizzata all'individuazione del contraente della P.A. lede le norme di legge ed i principi comunitari posti a presidio della libera concorrenza e del mercato.

E proprio la violazione di che trattasi determina un vizio radicale del contratto. Ne discende, sotto il profilo sin qui considerato, l'evidente violazione, da parte del Collegio delle regole di diritto attinenti il merito della controversia e la conseguente nullità del Lodo, in parte qua.

ooo

Peraltro, il medesimo Giudice arbitro è incorso nell'ulteriore violazione delle regole di diritto laddove ha affermato, ad ulteriore supporto della propria tesi argomentativa di rigetto dell'eccezione di nullità, che ogni eventuale patologia degli atti negoziali dei quali la Regione ha chiesto la declaratoria di nullità, sarebbe stata comunque successivamente sanata dall'Amministrazione mediante l'adozione di ulteriori comportamenti sostanziali e negoziali, di contenuto incompatibile con la volontà di far valere la nullità.

In particolare, il Collegio ritiene dirimenti a tal fine:

- il contenuto dell'atto transattivo del 27.07.2009, ed in particolare della clausola contenuta nell'art. 3, a mente della quale "le parti accertano la validità e l'efficacia dell'accordo quadro risultante dalla Convenzione di incarico del 3.04.1998 e dai seguenti ulteriori atti:*

Atto ricognitivo dell'11.04.2005 e relativo verbale di Accordo di pari data; II Atto aggiuntivo del 21.06.2001; I Atto Aggiuntivo del 31.01.2000...." (cfr. Lodo pag. 36);

- *la circostanza che dal 1998 ad oggi sono stati adottati atti deliberativi, da parte degli organi regionali competenti ai quali le parti e la stessa Regione hanno dato osservanza; la mancata revoca od impugnazione in alcuna sede (giurisdizionale o di autotutela) delle delibere attraverso le quali la Giunta regionale ha approvato gli atti negoziali di cui è stato richiesto l'accertamento di nullità.*

In proposito, appare evidente che il Collegio sia incorso in una palese violazione dell'art. 1423 c.c., a mente del quale "il contratto nullo non può essere convalidato, se la legge non dispone diversamente", così che non avrebbe potuto in alcun modo conferire alcun rilievo ad una serie di atti e comportamenti, successivi ai contratti viziati da nullità.

D'altronde, la Giurisprudenza ha avuto modo di pronunciarsi in argomento chiarendo che "L'esecuzione spontanea del contratto da parte dei contraenti non ne sana la nullità; tale nullità, pertanto, nel giudizio in cui sia fatta valere una pretesa fondata sul predetto contratto, deve essere rilevata, anche d'ufficio e contro la volontà delle parti, dal giudice, nel suo potere-dovere di accertare, indipendentemente dall'attività delle parti, l'esistenza dei fatti costitutivi del diritto dell'attore" (Cass. civ., sez. I, 05-06-2003, n. 8993., in Rep. Foro It. 2003, Contratto in genere [1740], n. 519 e conformemente Cass. Sentenza 11156/94 e Trib Forlì 767/13).

Ciò senza poter omettere di considerare che, per quanto attiene al contenuto dell'atto transattivo del 27.07.2009, l'esponente ha richiesto la declaratoria di nullità anche di tale atto che, pertanto, non era idoneo ad esplicare alcun effetto.

Per quanto sinora esposto, il ragionamento che ha condotto gli Arbitri ad assumere la decisione di rigettare l'eccezione di nullità di cui al quesito formulato dalla Regione in comparsa conclusionale, appare viziata, ai sensi dell'art. 829 c.p.c. comma 3, in quanto gli assunti di cui alle pagg. da 31 a 39 violano le norme citate in epigrafe, con la conseguenza che dovrà essere dichiarata da Codesta Ecc.ma Corte d'Appello la nullità del Lodo nel capo in cui il Collegio ha rigettato il quesito formulato dalla Regione Veneto in ordine alla nullità degli atti negoziali del 3.01.2000, del 22.06.2001 e del 11.04.2005, nonché dell'accordo del 3.04.2008 e atto transattivo 27.7.2009.

ooo

(omissis)

ooo

Sulla nullità degli atti a contenuto negoziale successivi alla Convenzione del 1998

In primo luogo la difesa regionale chiede che venga dichiarata la nullità degli atti a contenuto negoziale intervenuti tra le parti, a mezzo dei quali sono state accordate a Net prestazioni aggiuntive rispetto a quelle oggetto della Convenzione del 1998.

Ed infatti, mediante i surriferiti negozi, sono stati affidati in via diretta a NET attività ulteriori senza che sussistessero condizioni legittimanti il ricorso alla trattativa privata, ovvero procedura negoziata secondo la terminologia sovranazionale; ciò con la conseguente invalidità dei contratti – e segnatamente degli atti negoziali del 3.01.2000, del 22.06.2001, del 11.04.2005, dell'accordo del 3.04.2008 e dell'accordo transattivo 27.7.2009 – stipulati in aperta violazione dei precetti normativi che impongono il ricorso alle pubbliche gare.

Come già ampiamente argomentato sia nella trattazione che precede, che nel corso del giudizio arbitrale, vale infatti ribadire che l'eccezione inosservanza delle norme di cui agli artt. 43 e 49 del Trattato, art. 7 del D.Lgs. 157/1995 (applicabile ratione temporis con riferimento agli atti negoziali del 3.01.2000, del 22.06.2001 e del 11.04.2005) e art. 57 del D.Lgs. 163/2006 con riguardo al verbale di accordo del 3.03.2008 e atto transattivo 27.7.2009) determina, ai sensi dell'art. 1418 c.c., la radicale invalidità degli atti perfezionati inter partes per violazione di norme imperative.

A tale riguardo soccorre la già richiamata decisione della Suprema Corte di Cassazione, che ha chiarito che "Nel contratto di appalto pubblico l'omissione della gara prescritta dalla legge per l'individuazione del contraente privato - omissione cui deve equipararsi l'espletamento meramente apparente delle formalità previste dalla legge - comporta la nullità del contratto per contrasto con norme imperative, da individuarsi nel complesso della disciplina, nella specie individuata dalla L. n. 584 del 1977, L. n. 741 del 1981 e L. n. 14 del 1973 (artt. 1 e 4) ed in particolare nella L. n. 584 del 1977, art. 9, comma 1, che stabilisce che "Gli appalti disciplinati dalla presente legge sono aggiudicati col sistema dei pubblici incanti, della licitazione privata o dell'appalto concorso". (Dir. e pratica amm., 2008, fasc. 6, 71 (m), n. LOMBARDO).

D'altronde, l'art. 11 del D.lgs. 163/2006 (nel quale sono reclusi gli articoli 16,17,18, 19 del R.D. 2440/1923; art. 109 del DPR 554/1999; art. 44, comma 3, lett.b) ed e) della L. 88/2009; artt. 2-bis e 2-ter, lett.b) della direttiva 89/665/CEE e artt. 2-bis e 2-ter lett.b) della direttiva 92/13/CEE come modificati dalla direttiva 2007/66/CE) nel disciplinare le fasi delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, al comma 3, stabilisce che "la selezione dei partecipanti avviene mediante uno dei sistemi previsti dal presente codice per l'individuazione dei soggetti offerenti"; l'art. 54 del D.lgs. 163/2006 e l'art. 28 della Direttiva 2004/18/CE prescrivono che per l'affidamento di un contratto pubblico le stazioni appaltanti utilizzano le procedure aperte, ristrette, negoziate, ovvero il dialogo competitivo di cui al medesimo D. Lgs. 163/2006 specificando che le p.a. "aggiudicano i contratti

mediante procedura aperta o ristretta” e che la possibilità di aggiudicare mediante procedura negoziata è limitata al ricorrere dalle condizioni espressamente previste allo stesso codice degli appalti; l’art. 91 del medesimo Codice dei Contratti (nel quale è refluato l’art. 17 della legge 109/94), che per l’affidamento dei contratti di progettazione e D.L. di importo superiore ad € 100.000,00 (qual è quello assentito a Net) si applicano le norme di cui alla parte II, titolo I e II del codice nell’ambito delle quali sono ricompresi anche i precetti sopra richiamati.

Da quanto sopra esposto appare evidente che gli atti negoziali conclusi in assenza del preventivo esperimento della procedura ad evidenza pubblica finalizzata alla individuazione del contraente dell’Ente regionale devono ritenersi viziati da nullità ex art. 1418 c.c. e, pertanto, improduttivi di qualsivoglia effetto giuridico inter partes. Ciò con l’ulteriore corollario che, previa declaratoria della nullità degli atti negoziali del 3.01.2000, del 22.06.2001, del 11.04.2005, dell’accordo del 3.04.2008 e dell’accordo transattivo 27.7.2009, le domande creditorie azionate da NET, sulla base delle obbligazioni discendenti dai medesimi atti, non potranno che essere rigettate.

f) In relazione alle predette tesi la Regione Veneto ha chiesto, quindi, un parere alla Avvocatura Distrettuale dello Stato di Venezia in ordine alla validità dei sottostanti contratti di prestazione dei servizi di progettazione ed esecuzione lavori che hanno avuto origine dal contratto menzionato in esordio, sottoscritto il 3 aprile 1998. La Avvocatura Distrettuale ha reso il proprio parere in data 27 novembre 2014, con nota avente a oggetto “*Approfondimenti in ordine allo scioglimento del contratto di progettazione del S.M.F.R.*”, il cui contenuto viene sotto riportato:

“In riferimento alla richiesta di parere in ordine al comportamento da tenersi da parte di codesta Amministrazione Regionale al fine di ottenere lo scioglimento del contratto di appalto di servizi tuttora in essere con Net Engineering S.p.a. ed avente ad oggetto varie attività, comprendenti la progettazione, la progettazione esecutiva, la direzione dei lavori, nonché l’esecuzione di interventi infrastrutturali legati al programma del S.F.M.R., si rileva quanto segue.

Si osserva preliminarmente che ad avviso di questo Legale Ufficio l’originario affidamento delle attività di progettazione del S.F.M.R., nonché il successivo allargamento dell’affidamento ad attività di progettazione esecutiva e di direzione lavori, senza indizione di apposita procedura di gara, né selezione comparativa dei possibili assegnatari, si pone in evidente contrasto con i principi di concorrenza, trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento di cui agli artt. 49, 56 e 101 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (corrispondenti agli artt. 43, 49 e 81 del T.C.E., vigenti al momento della stipulazione della convenzione), nonché con la relativa normativa

di attuazione, tanto di origine europea quanto di origine nazionale (avuto riguardo, in particolare, quanto all'affidamento di servizi, alla DIR. CE 1992/50, nonché, in sede nazionale, con riferimento all'attività di progettazione in generale, l'art. 7 del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, e con riferimento alla progettazione di opere pubbliche l'art. 17 della legge 11 febbraio 1994, n. 109; disposizioni tutte già in vigore al momento della stipulazione della convenzione tra Regione Veneto e Net Engineering).

Ciò premesso, al fine di ottenere la liberazione di codesta Amministrazione regionale dal rapporto contrattuale, pare astrattamente prospettabile il rimedio consistente nell'adozione di un atto di ritiro dei provvedimenti di approvazione della convenzione originaria, nonché dei successivi atti di approvazione delle convenzioni modificative e transattive, con conseguente caducazione del rapporto negoziale - previa comunicazione di avvio del relativo procedimento.

Per quanto concerne l'esercizio da parte dell'Amministrazione dei propri poteri di autotutela, ad avviso della Scrivente, potrebbe ricorrersi tanto ad un provvedimento di revoca, fondantesi sulla sussistenza di sopravvenuti motivi di pubblico interesse, quanto all'annullamento d'ufficio, motivato sulla sussistenza di plurimi motivi di illegittimità della convenzione.

Non ignora la Scrivente che nel recente passato è stata posta in dubbio la possibilità per l'Amministrazione di porre nel nulla il rapporto negoziale attraverso l'esercizio dei poteri di autotutela, ma è altresì vero che la più recente giurisprudenza amministrativa pare aver fugato tali dubbi nel senso di ritenere pienamente legittimo - perlomeno con riferimento agli appalti e concessioni diversi dagli appalti di lavori per i quali sussiste una specifica diversa disciplina - l'esercizio dei poteri di autotutela sugli atti amministrativi di approvazione della convenzione - con efficacia caducante del contratto - allorché tale potere non si sostanzia nell'esercizio di una sorta di recesso di pentimento, ammesso - ai sensi dell'art. 21sexies 1. n. 241/1990 - solo nei casi previsti dalla legge.

Rispetto alla persistente ammissibilità dell'esercizio dei poteri di autotutela anche a seguito dell'intervenuta stipulazione di contratti - come nel caso di specie, di appalto di servizi - ci si riferisce in particolare a quanto recentemente sostenuto dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Ad. Plen., 20.06.2014, n. 14), ad avviso della quale "resta impregiudicata, nell'inerenza all'azione della pubblica amministrazione dei poteri di autotutela previsti dalla legge, la possibilità (...) b) dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva anche dopo la stipulazione del contratto, ai sensi dell'art. 1. comma 116. della legge n. in del 2004. nonché

concordemente riconosciuta in giurisprudenza, con la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto per la stretta consequenzialità funzionale tra l'aggiudicazione della gara e la stipulazione dello stesso (Cass. sezioni unite, 8 agosto 2012, n. 14260; Cons. Stato: sez. III, 23 maggio 2013, n. 2802; sez. V, 7 settembre 2011, n. 5032; 4 gennaio 2011, n. 11, 9 aprile 2010, n. 1998)", nonché la possibilità di "revoca di atti amministrativi incidenti sui rapporti negoziali originati dagli ulteriori e diversi contratti stipulati dall'amministrazione, di appalto di servizi e forniture, relativi alle concessioni contratto (sia per le convenzioni accessive alle concessioni amministrative che per le concessioni di servizi e di lavori pubblici), nonché in riferimento ai contratti attivi".

Premesso pertanto che codesta Amministrazione, secondo la più recente giurisprudenza amministrativa - peraltro nella sua composizione più autorevole - potrebbe legittimamente ritirare gli atti di approvazione dell'originaria convenzione, nonché dei successivi atti modificativi e transattivi, la motivazione dell'atto di autotutela, in ragione della sussistenza ragioni di pubblico interesse potrebbe fondarsi, da un lato, sull'esigenza di liberare la Regione da un contratto assai oneroso e che ha dato luogo a diversi contenziosi - anche con riferimento alla corretta esecuzione dell'attività di progettazione -dall'altro, fra i motivi di pubblico interesse, potrebbe indirettamente rientrare anche la necessità di tutelare la concorrenza, nell'ottica di consentire ad eventuali controinteressati la partecipazione ai procedimenti di evidenza pubblica relativi a futuri affidamenti.

Un ulteriore motivo che potrebbe essere addotto a sostegno dell'atto di ritiro degli atti di approvazione della convenzione potrebbe inoltre ragionevolmente fondarsi sull'intervenuto mutamento della situazione di fatto, che potrebbe giustificare una rideterminazione di codesta Amministrazione rispetto alle modalità di realizzazione del S.F.M.R come originariamente ipotizzate.

Non parrebbe del resto nemmeno da escludersi la possibilità per l'Amministrazione regionale di adottare un provvedimento di annullamento d'ufficio - la cui ammissibilità non parrebbe in discussione, non potendosi ritenere che il contraente pubblico debba restare irrimediabilmente vincolato ad un contratto che si pone in contrasto con norme imperative di legge - motivata sulla sussistenza di plurimi motivi di illegittimità della convenzione.

L'originaria convenzione del 1998 si pone infatti in evidente contrasto con una serie di norme imperative, tanto di origine nazionale, quanto di origine comunitaria, in relazione all'intervenuto affidamento senza gara di attività di progettazione: in primo luogo, è ravvisabile un contrasto con le previsioni del T.F.U.E. - in particolare con gli artt. 45, 56 e 101 (corrispondenti agli artt. 43, 49 e 81

del T.C.E., vigenti al momento della stipulazione della convenzione) - che stabiliscono i principi di concorrenza, trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento, i quali rispetto all'affidamento di servizi trovano attuazione, nella normativa europea di carattere secondario, nella DIR. CE 1992/50, già in vigore al momento della stipulazione della convenzione tra Regione Veneto e Net Engineering; del resto, era già in vigore nel 1998 anche la relativa normativa nazionale di attuazione, ponendo il principio della necessità dell'affidamento con gara e della eccezionalità dell'affidamento diretto, con riferimento all'attività di progettazione in generale, l'art. 7 del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, e con riferimento alla progettazione di opere pubbliche l'art. 17 della legge 11 febbraio 1994, n. 109).

In secondo luogo, parrebbe configurare una violazione di legge anche il carattere indeterminato ed aperto dell'originaria convenzione, sotto il profilo dell'indeterminatezza ed indeterminabilità dell'oggetto contrattuale.

Un ulteriore profilo d'illegittimità potrebbe rinvenirsi nel presenza di affidamenti multipli di carattere generico, ciò che si pone in stridente contrasto con la giurisprudenza europea e nazionale in materia di evidenza pubblica (si pensi, a titolo di esempio, alla giurisprudenza europea in materia di necessaria specificità degli affidamenti nell'ambito della gara della scelta del socio privato e nel partenariato pubblico privato).

Inoltre, quale ulteriore profilo di nullità parziale della relativa convenzione - e, correlativamente, del corrispondente atto di approvazione dello schema contrattuale -potrebbe invocarsi il mancato inserimento nella stessa di un termine di durata: nel sistema delineato dal codice civile del 1942, infatti, a tutela del ed. ordine pubblico economico, è considerato principio di ordine generale quello in base al quale in tutti i rapporti di durata deve essere fissato un termine ovvero deve essere consentito alle parti di recedere con preavviso.

Anche sotto questo profilo, pertanto, la relativa convenzione sarebbe nulla nella misura in cui vincola sine die la Regione rispetto al conferimento di affidamenti futuri.

Né pare che il contraente privato possa eccepire l'illegittimità dell'atto di autotutela, invocando la tutela di un proprio legittimo affidamento.

Innanzitutto, potrebbe dubitarsi della legittimità di un tale affidamento, essendo la violazione della normativa europea e nazionale evidente, specie per un operatore professionale esperto del settore.

D'altra parte anche la sussistenza di un affidamento e/o di un consolidamento della situazione giuridica soggettiva vantata da Net rispetto ad un determinato assetto di interessi potrebbe al più rilevare rispetto alla considerazione della situazione pregressa, ma non potrebbe ragionevolmente operare rispetto ad un'aspettativa non tutelata all'ottenimento di ulteriori affidamenti contra legem.

Anche la sussistenza di un notevole lasso di tempo dall'adozione degli atti amministrativi da rimuovere, pur imponendo all'Amministrazione una valutazione ancor più rigorosa dell'indispensabilità del sacrificio dell'interesse del privato rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico, non può certo legittimare l'Amministrazione a perseverare nel tenere un comportamento illegittimo, tanto più che nel caso di specie l'esercizio dell'autotutela è reso necessario dalla sussistenza di una patente violazione della normativa comunitaria (sul punto si veda in particolare la giurisprudenza della CGUE - ex multis CGUE, 13.01.2004, C-453/00 - sulla doverosità dell'esercizio dell'autotutela nel caso di ravvisato contrasto di un atto amministrativo nazionale con il diritto comunitario).

Ad ogni buon conto, a seguito delle più recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali, non pare esservi alternativa alla devoluzione della cognizione delle controversie scaturenti dallo scioglimento del rapporto contrattuale - anche in relazione alle eventuali domande restitutorie, conseguenti alla dichiarazione di invalidità del contratto - alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Ad avviso della più recente giurisprudenza ordinaria e amministrativa (sul punto si vedano, rispettivamente, Cass., S.U., 08.08.2012, n. 14260 e Cons. Stato, Sez. V, n. 3077/2014), infatti, anche l'eventuale azione di nullità della convenzione sarebbe devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

A tale proposito si fa riferimento in particolare a quanto statuito dalla Suprema Corte nella ordinanza Cassazione civile, S.U., 08.08.2012, n. 14260, ad avviso della quale sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine alla domanda di un'Amministrazione volta ad ottenere la declaratoria dell'inefficacia o della nullità del contratto: la Suprema Corte, infatti, dando rilievo alle modifiche al sistema derivate dalla direttiva 11 dicembre 2007, n. 2007/66/CE - ha infatti superato il principio che negava la giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda di invalidità o inefficacia del contratto stipulato all'esito di gara annullata perchè illegittima (in tal senso si veda anche Cass. civ., S.U. 10.2.2010, n. 2906; S.U. ord. 5.3.2010, n. 5291; nonché, S.U. 24.6.2011, n. 13910).

Orbene, nella sentenza a Sezioni Unite, del 08.08.2012, n. 14260, la Corte di Cassazione si è espressamente pronunciata sulla questione concernente l'applicazione dei principi predetti anche nell'ipotesi in cui fosse stata chiesta la declaratoria di inefficacia o di nullità di un contratto, quale effetto dell'annullamento in autotutela delle precedenti deliberazioni con le quali un'Amministrazione aveva affidato, senza gara, la posizione di contraente privato: rispetto a tale questione, la Suprema Corte, ha ritenuto che "se è previsto che la giurisdizione del giudice amministrativo ricorra quando si tratti di dichiarare l'inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento della aggiudicazione (art. 133, comma 1, lett. e), ad eguale conclusione deve giungersi anche nella situazione -di gran lunga più grave - in cui la inefficacia del contratto consegua all'annullamento di un affidamento diretto, senza alcuna previsione di gara, in violazione delle norme comunitarie e nazionali in materia di contratti pubblici".

Si segnala, inoltre, che nella pronuncia in esame, la S.C. ha riconosciuto sussistere la giurisdizione esclusiva del g.a. anche in relazione alle domande di ripetizione di indebito o di arricchimento senza causa, sul presupposto secondo cui "l'affermazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulla domanda di dichiarazione di inefficacia o nullità del contratto - per le ragioni già evidenziate - postula, inevitabilmente, che le domande conseguenti ad una tale declaratoria debbano essere conosciute dallo stesso giudice al quale è riconosciuta la giurisdizione sul contratto".

Anche l'esperimento di un'eventuale azione di nullità in via principale, unitamente alle conseguenti domande restitutive - eventualmente all'esito del giudizio instaurato dalla controparte privata in ordine al provvedimento di ritiro degli atti di approvazione delle convenzioni - dovrebbe pertanto essere portata avanti alla giurisdizione amministrativa.

P.Q.M.

Atteso l'indubbio conforme tenore degli elementi di fatto e di diritto contenuti nei menzionati atti e pareri, con il presente atto l'amministrazione regionale intende informare e significare codesta società, ad ogni effetto legge delle ragioni di nullità, invalidità, inefficacia del contratto stipulato in data 3 aprile 1998 e successive modifiche e integrazioni, così come meglio descritto in esordio, e pervenute a conoscenza come dall'esame della riportata documentazione.

In conseguenza della predetta presa d'atto si informa codesta società che la Regione Veneto intende avviare, anche in via amministrativa oltre che giudiziale, le procedure per sciogliere ogni legame

contrattuale in dipendente dai predetti vizi, così sospendendo ogni ulteriore attività esecutiva del contratto non necessaria e non pregiudizievole al completamento delle attività in corso.

La stessa Regione Veneto si riserva di chiedere in ripetizione ogni somma che a seguito della dichiarazione giudiziale della nullità del contratto o delle determinazioni di scioglimento dello stesso rileverà essere stato indebitamente corrisposta a Net Engineering s.p.a., sia come spontaneo adempimento contrattuale sia anche se ritenuta dovuta, assegnata o liquidata a mezzo di provvedimenti dell'Autorità Giudiziaria.