

I profili di responsabilità

Palermo, 14 giugno 2024, ore 14.30

Complesso monumentale dello Steri

Profili Di Responsabilità Dell'operatore Economico Privato Nelle Procedure Di Affidamento Di Contratti Pubblici Di Lavori, Servizi E Forniture E Azione Di Rivalsa Della Stazione Appaltante

di Bartolo Salone – Magistrato presso il Tar Sicilia, Palermo (Sez. III)

1. Introduzione alla tematica. Norme di riferimento

La relazione che mi è stata affidata affronta il tema dei profili di responsabilità patrimoniale dell'operatore economico che, con il suo comportamento scorretto, abbia conseguito una aggiudicazione illegittima e dei mezzi di tutela apprestati dal nuovo Codice dei contratti pubblici approvato con d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 in favore della stazione appaltante, avuto particolare riguardo all'azione di rivalsa.

La tematica, che richiama dal punto di vista sistematico i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento (art. 5, d.lgs. n. 36/2023) e il principio della fiducia (art. 2, comma 1, d.lgs. n. 36/2023), sarà esaminata nei suoi risvolti sostanziali e processuali, stante l'espressa devoluzione alla giurisdizione amministrativa delle azioni risarcitorie e di rivalsa "*proposte dalla stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico che, con un comportamento illecito, ha concorso a determinare un esito della gara illegittimo*" (art. 124, comma 1, terzo periodo, c.p.a., introdotto dall'art. 209, comma 1, lett. d, del d.lgs. n. 36/2023).

La cornice normativa di riferimento è data essenzialmente dalle disposizioni di seguito riportate.

Art. 2, comma 1, d.lgs. n. 36/2023:

"1. L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici".

Art. 5, d.lgs. n. 36/2023:

"1. Nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento.

2. Nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede.

3. In caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale

richiesta ai concorrenti. Nei casi in cui non spetta l'aggiudicazione, il danno da lesione dell'affidamento è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico.

4. Ai fini dell'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito”.

Art. 124, comma 1, c.p.a.:

“1. L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e di stipulare il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122. Se non dichiara l'inefficacia del contratto, il giudice dispone il risarcimento per equivalente del danno subito e provato. Il giudice conosce anche delle azioni risarcitorie e di quelle di rivalsa proposte dalla stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico che, con un comportamento illecito, ha concorso a determinare un esito della gara illegittimo”.

Art. 133, comma 1, lett. e-1), c.p.a.:

“Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge:

[...]

e) le controversie:

1) relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative”.

Un valido ausilio per l'interpretazione delle suddette disposizioni e la ricostruzione della disciplina giuridica degli istituti sottesi (spesso carente di indicazioni normative espresse e dettagliate sul piano del diritto sostanziale) proviene dalla Relazione agli articoli e agli allegati dello Schema definitivo di Codice dei Contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante “Delega al Governo in materia di contratti pubblici” (d'ora in avanti, per brevità, Relazione di accompagnamento al Codice dei contratti pubblici o, semplicemente, Relazione), espressiva della intenzione del legislatore delegato¹, oltre che dagli orientamenti preesistenti della giurisprudenza delle giurisdizioni superiori e, in particolare, del Consiglio di Stato, che il legislatore delegato – in conformità con le indicazioni della legge-delega² – ha inteso recepire e tradurre in qualche caso in formula legislativa.

¹ Come è noto dall'art. 12 delle c.d. “preleggi”, “[n]ell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore”. L'intentio legislatoris, desumibile dai lavori preparatori o ricavabile aliunde, costituisce criterio ermeneutico integrativo di quello della interpretazione letterale, soprattutto nei casi in cui la lettera della legge risulti ambigua o lacunosa.

² A tal riguardo è utile riportare sin d'ora il testo dell'art. 1, comma 1, l. n. 78/2022: “Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti la

2. L'azione di rivalsa nella sistematica del Codice dei contratti pubblici. Aspetti sostanziali di disciplina

Il nuovo Codice dei contratti pubblici si caratterizza per una peculiare impronta principialista: ai principi generali è dedicato il Titolo I del Libro I del Codice. Come chiarito dalla Relazione di accompagnamento, non si fa qui riferimento ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato (come nell'art. 12, cpv. delle disposizioni sulla legge in generale), bensì ai principi di settore della contrattualistica pubblica, aventi un certo contenuto "precettivo" e con specifica vocazione "operativa".

La Relazione individua le funzioni dei principi generali del Codice nel seguente modo:

- 1) funzione di bilanciamento con altri principi nella ricerca della soluzione del caso concreto, come il principio del risultato di cui all'art. 1³;
- 2) funzione ermeneutica, di guida dell'interprete, come il principio della fiducia di cui all'art. 2;
- 3) funzione "nomogenetica", ossia generativa delle singole norme di dettaglio;
- 4) funzione integrativa e di chiusura, per assicurare la completezza dell'ordinamento giuridico.

Viene precisato, inoltre, che si è voluto dare concretezza ad alcune clausole generali, indicando tra queste il concetto di buona fede⁴. Il principio di "buona fede" è qualificato dalla Relazione come "clausola generale" forse per distinguerlo dai "macro" principi di cui ai primi tre articoli (risultato, fiducia, accesso al mercato) che, ai sensi dell'art. 4, costituiscono criteri interpretativi e applicativi di tutte le disposizioni del codice. Dalla sistematica del Codice si ricava pertanto che il principio della fiducia, in riferimento all'amministrazione e agli operatori economici, costituisce il fondamento dei principi (o clausole generali) di buona fede e di tutela dell'affidamento che l'art. 5 concretizza con disposizioni di carattere operativo, tra cui quella sull'azione di rivalsa della stazione appaltante (art. 5, comma 4).

Del principio della fiducia la Relazione evidenzia soprattutto il carattere relazionale e di reciprocità, affermando, a commento dell'art. 2: «Non si tratta, peraltro, di una fiducia unilaterale o incondizionata. Da un lato, invero, la disposizione precisa che la fiducia è reciproca e investe,

disciplina dei contratti pubblici, anche al fine di adeguarla al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate».

³ Peraltro, le prime applicazioni giurisprudenziali del principio del risultato hanno escluso una lettura del principio stesso in chiave antagonista rispetto al principio di legalità, sottolineando che il risultato concorre ad integrare il paradigma normativo del provvedimento e dunque ad "ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo", facendo "transitare nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insidiabili" (Cons. Stato, Sez. III, Sent. 16/03/2024, n. 2866).

⁴ A tal proposito, la Relazione puntualizza: «Il progetto di nuovo codice, nella consapevolezza dei rischi che sono talvolta correlati a un uso inappropriato dei principi generali (e in particolare alla frequente commistione tra principi e regole), ha inteso affidare alla Parte I del Libro I il compito di codificare solo principi con funzione ordinante e nomofilattica. In questa direzione, si è voluto dare un contenuto concreto e operativo a clausole generali altrimenti eccessivamente elastiche (si veda ad esempio la specificazione del concetto di buona fede, anche ai fini delle reciproche responsabilità della stazione appaltante e dell'aggiudicatario illegittimo) (...)».

quindi, anche gli operatori economici che partecipano alle gare. Molti istituti del codice, anche di derivazione europea (dal soccorso istruttorio al c.d. self-cleaning) presuppongono, d'altronde, la fiducia dell'ordinamento giuridico anche verso i soggetti privati che si relazionano con la pubblica amministrazione. Dall'altro lato, la fiducia è legata a doppio filo a legalità, trasparenza e correttezza, rappresentando, sotto questo profilo, una versione evoluta del principio di presunzione di legittimità dell'azione amministrativa».

Il principio della fiducia opera altresì in una triplice direzione, poiché si riferisce all'amministrazione, ai funzionari e agli operatori economici, come evidenzia la Relazione a commento dell'art. 4: «La disposizione in esame evidenzia la natura fondante dei primi tre principi, che devono essere utilizzati per sciogliere le questioni interpretative che le singole disposizioni del codice possono sollevare. Nel dubbio, quindi, la soluzione ermeneutica da privilegiare è quella che sia funzionale a realizzare il risultato amministrativo, che sia coerente con la fiducia sull'amministrazione, sui suoi funzionari e sugli operatori economici e che permetta di favorire il più ampio accesso al mercato degli operatori economici».

Il primo comma dell'art. 5 (secondo cui *“Nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento”*) – nell'introdurre quella specifica declinazione del principio della “fiducia” costituita dai principi di buona fede e di tutela dell'affidamento – definisce, secondo la Relazione, un obbligo reciproco di correttezza tra operatore economico e p.a. «che a maggior ragione si giustifica nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, le quali hanno una chiara valenza pre-contrattuale».

Il comma 2 dell'art. 5 (per il quale *“Nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede”*), stando alla Relazione, «recepisce i principi sulla tutela dell'affidamento incolpevole (anche con riferimento al danno da provvedimento favorevole poi annullato) enunciati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze n. 5 del 2018 e nn. 19 e 20 del 2021. In linea con tale giurisprudenza, il senso della norma è quello di evidenziare che l'affidamento rappresenta un limite al potere amministrativo che può venire in considerazione sia in materia di diritti soggettivi che di interessi legittimi ed inerire, pertanto, anche ai rapporti connotati da un collegamento con l'esercizio del potere». Inoltre, «l'espressa menzione delle “controversie risarcitorie” nel testo dell'art. 133, c. 1, lett. e) n. 1 – in un contesto ordinamentale in cui la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo non richiede previsioni di giurisdizione esclusiva (cfr. Corte cost. n. 204 del 2004) – non può che leggersi come volontà del legislatore di includere nella giurisdizione esclusiva in materia di appalti proprio le controversie di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale, a cui fa riferimento la norma in commento».

La disposizione recepisce, a ben vedere, anche l'orientamento espresso dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con le decisioni n. 5 del 2018 e n. 21 del 2021, laddove prevede che un affidamento tutelabile dell'operatore economico (dalla cui lesione deriva la responsabilità precontrattuale della p.a.) possa sussistere anche prima dell'aggiudicazione.

La Relazione rileva poi che la norma, «[p]ur non intervenendo sul riparto della giurisdizione (che non rientra nell'oggetto della legge-delega)», conferma la tesi sposata dall'Adunanza plenaria con la decisione n. 20/2021 della devoluzione al G.A. della giurisdizione relativa alle controversie originarie dalla domanda di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento del destinatario di un

provvedimento favorevole, poi annullato in autotutela o *ope judicis*. Ma già prima, con la decisione n. 5/2018 (v. in particolare § 34), l'Adunanza plenaria aveva affermato significativamente che il comportamento tenuto dalla stazione appaltante nel corso della gara in violazione delle regole di diritto privato di correttezza e buona fede è comunque collegato, sebbene in via indiretta e mediata, all'esercizio del potere, ancorché la violazione delle regole di diritto privato non dia luogo a invalidità provvedimentoale – come nel caso in cui a essere violate siano invece le regole di diritto pubblico aventi ad oggetto il provvedimento, ovvero l'esercizio diretto e immediato del potere – bensì a responsabilità⁵.

Tale collegamento è tacitamente presupposto dall'art. 5, comma 2 laddove qualifica come “*comportamento amministrativo*”, soggetto al principio di buona fede, il comportamento tenuto dalla stazione appaltante o dall'ente concedente “[n]ell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione”. Occorre, però, precisare a questo proposito che, affinché il comportamento tenuto dalla stazione appaltante nell'ambito del procedimento di gara possa essere considerato riconducibile o collegato all'esercizio del potere e, per questo motivo, essere qualificato come un autentico comportamento amministrativo, è necessario che lo stesso sia correlato a fatti procedurali (sia cioè posto in essere dall'amministrazione nell'esercizio dei propri poteri di conduzione e gestione del procedimento): in mancanza, avremo dei comportamenti materiali o “meri” che, quand'anche realizzati in pendenza del procedimento di gara e da questo concretamente occasionati, non costituiscono dei comportamenti amministrativi in senso tecnico⁶.

Il comma 3 dell'art. 5 del d.lgs. n. 36/2023⁷ disciplina a sua volta le “condizioni” di risarcibilità del danno da aggiudicazione successivamente annullata su ricorso di terzi o in autotutela, recependo

⁵ Un primo ripensamento dell'impostazione tradizionale, alla luce delle più recenti modifiche legislative, si ravvisa però in una recente pronuncia del giudice amministrativo, nella quale si osserva *en passant* che la buona fede, “*dopo il D.L. n. 76 del 2020 di modifica dell'art. 2 della L. n. 241 del 1990, volge, nei rapporti procedurali, verso una prospettiva di tendenziale trasformazione da regola di condotta a regola (anche) di validità*” (Cons. Stato, Sez. VI, Sent., 22/11/2023, n. 9986, § 10.5).

⁶ La precisazione tornerà utile quando si esamineranno i profili di giurisdizione, poiché è evidente che, se il danno patito dal privato (e in particolare dall'operatore economico pretermesso) deriva da un “mero” comportamento posto in essere dalla p.a. in occasione dello svolgimento del procedimento di gara, la relativa controversia risarcitoria sarà conosciuta dal G.O., secondo le note coordinate ermeneutiche tracciate dal Giudice delle leggi (Corte cost. n. 204/2004, n. 191/2006, n. 35/2010) e recepite dal codice del processo amministrativo (art. 7). In questo senso è orientata la giurisprudenza del Giudice regolatore, il quale, con riferimento all'art. 5 del nuovo codice dei contratti pubblici, ha precisato: “*Come evidenziato da autorevole dottrina, la norma, pur non intervenendo sul riparto di giurisdizione (che non rientrava nell'oggetto della legge delega), si basa, comunque, sul presupposto secondo cui la lesione dell'affidamento che viene in rilievo nell'ambito del procedimento di gara, anche quando realizzato attraverso comportamenti, presenti un collegamento con l'esercizio del potere, la relativa controversia risarcitoria rientri nella giurisdizione esclusiva in materia di appalti pubblici, che si estende alle “controversie risarcitorie” (art. 133, comma 1, lett. e, n. 1 c.p.c.), mentre, come pure evidenziato condivisibilmente da altra dottrina, ove tale collegamento non sussista, deve ritenersi che la relativa controversia rientri nella giurisdizione del Giudice Ordinario*” (Cass., Sez. Un., Ord. 28/08/2023, n. 25324). La stessa Corte regolatrice, tuttavia, nel regolare concretamente la giurisdizione in favore del G.O. nei casi di conflitto, sembra attribuire peso decisivo alla prospettazione del danneggiato, onde escludere che il comportamento della p.a. che abbia leso l'affidamento del privato, perché non conforme ai canoni di correttezza e buona fede, evidenzi un collegamento, almeno mediato, tra il comportamento dell'amministrazione e l'esercizio del potere (cfr. Cass., Sez. Un., Ord. n. 8236/2020; n. 10880/23), mentre la verifica dell'esistenza o meno, in concreto, di un collegamento dell'aspettativa delusa del privato con l'esercizio del pubblico potere dovrebbe essere condotta più esattamente su basi “oggettive” conformemente al consolidato criterio del “*petitum*” sostanziale (da identificarsi non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, quanto in funzione della *causa petendi*).

⁷ Che così dispone: “*In caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti. Nei casi in cui non spetta l'aggiudicazione, il danno da lesione dell'affidamento è limitato ai*

l'indirizzo giurisprudenziale (Cons. Stato, Ad. pl. n. 21/2021) che limita il risarcimento del danno da lesione dell'affidamento, nel caso in cui non spetti l'aggiudicazione, ai pregiudizi legati al c.d. interesse negativo, vale a dire *“ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico”*.

L'art. 5, comma 4 introduce, infine, l'azione di rivalsa, abbozzandone sommariamente la disciplina di carattere sostanziale nel disporre: *“Ai fini dell'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito”*.

Il contenuto dell'articolo è così illustrato dalla Relazione con riferimento alle modifiche coeve introdotte all'art. 124, c.p.a.: «Il comma 4, riprendendo alcuni spunti già delineati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 2 del 2017 (in materia di ottemperanza per equivalente in caso di impossibilità di ottenere in forma specifica l'aggiudicazione di un appalto), dà un fondamento normativo all'azione di rivalsa da parte dell'amministrazione (condannata al risarcimento del danno a favore del terzo illegittimamente pretermesso nella procedura di gara) nei confronti dell'operatore economico che sia risultato aggiudicatario sulla base di una (sua) condotta illecita. La norma, oltre a coordinarsi con la coeva modifica dell'art. 124 c.p.a. (dove appunto si disciplina sotto il profilo processuale l'azione di rivalsa dell'amministrazione contro l'aggiudicatario originario), trova giustificazione anche in criteri di giustizia sostanziale, specie se si considera che in materia di appalti la responsabilità della p.a. è oggettiva e, talvolta, prescinde anche dall'originaria adozione di un provvedimento illegittimo: si veda il caso esaminato dalla citata sentenza dell'Ad. plen. 2 del 2017, in cui l'aggiudicazione poi rivelatasi illegittima era stata disposta in esecuzione di una sentenza di primo grado poi riformata in appello, in accoglimento del ricorso dell'originario (legittimo) aggiudicatario. Da qui la necessità – specie in un contesto ordinamentale che vede ridurre i casi di tutela specifica mediante subentro a favore della tutela per equivalente – di esplicitare un rimedio (l'azione di rivalsa appunto) che consenta di ritrasferire almeno in parte il danno risarcito dall'amministrazione sull'aggiudicatario illegittimo che, del resto, in assenza di meccanismo di rivalsa, beneficerebbe di un arricchimento ingiusto».

A dispetto della infelice formulazione del disposto normativo, che mal coordina sul piano sintattico l'enunciato della proposizione principale (in cui si fa cenno alla *“concorrente”* responsabilità dell'operatore economico) e quello della proposizione subordinata finale (laddove si menziona, in funzione solo apparentemente limitativa dell'enunciato principale, l'azione di rivalsa della stazione appaltante), dal menzionato comma 4 dell'art. 5 del nuovo Codice possono ricavarsi due distinte indicazioni o, per meglio dire, regole giuridiche:

- 1) in caso di aggiudicazione illegittima, vi è responsabilità *“concorrente”* tra stazione appaltante (o ente concedente) e operatore economico nei confronti del terzo pretermesso (proposizione principale);
- 2) la stazione appaltante, condannata al risarcimento del danno in favore del terzo pretermesso, ha azione di rivalsa sull'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima (proposizione subordinata).

pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico”.

Le definizioni di “stazione appaltante”, di “ente concedente” e di “operatore economico” sono indicate a loro volta nell’Allegato I.1 del nuovo Codice dei contratti pubblici, a tenore del quale:

“1. Nel codice si intende per:

a) «stazione appaltante», qualsiasi soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di appalto di lavori, servizi e forniture e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice;

b) «ente concedente», qualsiasi amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, ovvero altro soggetto pubblico o privato, che affida contratti di concessione di lavori o di servizi e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice;

[...]

l) «operatore economico», qualsiasi persona o ente, anche senza scopo di lucro, che, a prescindere dalla forma giuridica e dalla natura pubblica o privata, può offrire sul mercato, in forza del diritto nazionale, prestazioni di lavori, servizi o forniture corrispondenti a quelli oggetto della procedura di evidenza pubblica”.

Ciò posto, occorre chiarire in primo luogo cosa voglia dire “rivalsa”.

Al riguardo si è osservato in dottrina⁸ che, sul piano della formula legislativa, la scelta dell’espressione “rivalsa” al posto di quella di “regresso” non sembra mutare l’essenza dell’istituto: anche il codice civile si esprime ad esempio in termini di “rivalsa” nel contesto dell’obbligazione solidale a cui è ipotecariamente tenuto ciascuno dei coeredi verso il creditore ereditario (art. 754 c.c.).

Un secondo dubbio interpretativo attiene alla identificazione dell’operatore economico su cui rivalersi. Si è infatti osservato che, a fronte di una definizione così ampia, “non sembra che, anche ai fini dell’azione di rivalsa, la figura dell’operatore economico debba essere circoscritta al solo aggiudicatario illegittimo. Nella categoria potrebbero rientrare altre figure che pure potrebbero concorrere a cagionare un’aggiudicazione illegittima e, quindi, un risarcendo danno. Ad esempio, potrebbe essere tale l’impresa ausiliaria nelle ipotesi di avalimento; potrebbe essere un offerente, diverso dall’aggiudicatario, che abbia falsato la media delle offerte economiche o la media per il calcolo delle anomalie. Potrebbe essere operatore economico anche il subfornitore dell’aggiudicatario, il quale abbia falsamente attestato le certificazioni inerenti ai beni scambiati”⁹. Tale lettura trova altresì conforto, dal punto di vista sistematico, nella previsione di cui al terzo periodo del comma primo dell’art. 124 c.p.a., il quale identifica il soggetto passivo dell’azione di rivalsa proposta dalla stazione appaltante non specificamente nell’illegittimo aggiudicatario, ma più genericamente nell’operatore economico “che, con un comportamento illecito, ha concorso a determinare un esito della gara illegittimo”.

Altro dubbio interpretativo attiene alla natura della responsabilità “concorrente” della stazione appaltante e dell’operatore economico per il danno cagionato al terzo illegittimamente escluso dall’aggiudicazione.

⁸ MANFRELOTTO R., *La giurisdizione sulla responsabilità risarcitoria e sul diritto di regresso dell’amministrazione nell’ipotesi di aggiudicazione illegittima*, in *Il Processo* n. 2 del 2023, p. 661

⁹ Così VOLPE F., *L’azione di rivalsa nel contenzioso in materia di evidenze pubbliche*, pubblicato sulla rivista on line “Giustizia insieme” l’8 dicembre 2023 e reperibile all’indirizzo web <https://www.giustiziainsieme.it/en/diritto-e-processo-amministrativo/2981-lazione-di-rivalsa-nel-contenzioso-in-materia-di-evidenze-pubbliche?hitcount=0>.

La Relazione di accompagnamento si sofferma esclusivamente sul rapporto tra stazione appaltante e operatore economico illegittimo aggiudicatario, ma nulla dice in ordine ai rapporti tra il terzo pretermesso e l'operatore economico che abbia conseguito illegittimamente l'aggiudicazione con un comportamento illecito né sulla natura della responsabilità "concorrente" di quest'ultimo con la stazione appaltante.

A tal proposito, è da ritenere che la responsabilità risarcitoria dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima (o altro operatore economico partecipante) sia, al pari della responsabilità che la stazione appaltante ha nei confronti del terzo pretermesso, di tipo precontrattuale: invero, con il suo comportamento contrario a buona fede, l'illegittimo aggiudicatario impedisce al terzo pretermesso di conseguire l'aggiudicazione e di stipulare il contratto, violando quell'affidamento che deve esistere tra gli operatori economici che partecipano alla gara anche nei loro reciproci rapporti, chiaramente affermato dall'art. 5, comma 1 del Codice. D'altronde, secondo autorevole dottrina e giurisprudenza, l'ambito di operatività della responsabilità precontrattuale comprende, sotto il profilo soggettivo, tutti i soggetti che, ancorché diversi dal contraente, abbiano avuto una certa incidenza nel processo di formazione del negozio giuridico, come ad esempio il mediatore, l'agente o il rappresentante¹⁰, e non vi è dubbio che tutti i partecipanti alla procedura di evidenza pubblica, diretta all'individuazione del contraente privato con cui la p.a. addiverrà alla stipulazione contrattuale, abbiano una certa incidenza sul processo di formazione del contratto.

L'espressa affermazione di un "concorso" di responsabilità dell'illegittimo aggiudicatario con la stazione appaltante e per il medesimo titolo (responsabilità precontrattuale), unitamente alla previsione di una azione di rivalsa sull'operatore economico in caso di condanna della p.a. al risarcimento del danno, presuppone evidentemente il vincolo di solidarietà tra i due soggetti rispetto all'azione di danno proposta dal terzo pretermesso. In questa prospettiva, troveranno applicazione all'azione di rivalsa le regole di disciplina dettate dall'art. 2055 c.c., per cui il regresso/rivalsa della p.a. sull'illegittimo aggiudicatario è ammesso "nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall'entità delle conseguenze che ne sono derivate". Nel dubbio sulla gravità delle singole colpe, esse si presumono uguali. Lo stesso inquadramento circa la natura solidale dell'obbligazione risarcitoria è presente, del resto, nella giurisprudenza amministrativa favorevole all'azione di rivalsa della stazione appaltante, richiamata da Cons. Stato, Ad. Pl. n. 2/2017 (§§ 22 e 30).

Peraltro, è stata sostenuta in dottrina¹¹ l'opinione per cui, nel caso in esame, la presunzione *iuris tantum* sull'equiparazione delle colpe non possa valere e debba anzi essere rovesciata nel suo esatto

¹⁰ La casistica giurisprudenziale è piuttosto ampia e in questa sede può essere solamente descritta per brevi cenni. Si consideri il caso – ricordato da Cons. Stato, Ad. Pl. n. 5/2018 (§ 30) unitamente alle lettere di patronage c.d. "informative" o "deboli" con cui il terzo potrebbe convincere l'istituto di credito ad erogare un finanziamento o a concedere un mutuo sulla base di false dichiarazioni circa i propri rapporti o circa la solvibilità del soggetto richiedente il credito (patrocinato), così incidendo sull'autonomia contrattuale dell'interessato (Cass. civ., sez. I, 27 settembre 1995, n. 10235) – della responsabilità da prospetto non veritiero, riconosciuta non solo (come accadeva in origine) in capo ai soggetti (società e amministratori in primo luogo) da cui promana il documento informativo rivelatosi falso o inattendibile, ma anche in capo agli intermediari finanziari (terzi rispetto alla trattativa e al futuro contratto di acquisto delle azioni) che sottoscrivano il prospetto accreditandolo presso gli investitori (cfr. Cass., Sez. Un., 8 aprile 2011, n. 8034); e il caso della responsabilità civile della società di revisione per erronea certificazione dello stato patrimoniale di una società (compiuta su incarico di quest'ultima) nei confronti di acquirenti di quote societarie, che non avrebbero stipulato il contratto, ove avessero conosciuto il reale valore della società (cfr. Cass., Sez. III, 18 luglio 2012, n. 10403).

¹¹ VOLPE, *op. cit.*

contrario. Alla base di questa impostazione vi è l'idea che il principio della fiducia, affermato dall'art. 2 del nuovo codice, implichi che la stazione appaltante, per volontà di legge, faccia un particolare affidamento sulla correttezza del comportamento degli offerenti, tale da giustificare una presunzione (esclusiva) di colpa in capo all'illegittimo aggiudicatario, implicante di regola un regresso integrale della p.a. condannata al risarcimento del danno su quest'ultimo. La tesi, per quanto suggestiva, ad avviso di chi scrive, è viziata da una precomprensione errata del principio della fiducia, che, come illustrato nella Relazione, non opera in via unidirezionale, ma va intesa in termini di reciprocità, quale affidamento reciproco dei vari attori del procedimento evidenziale, il che esclude che possa essere postulata, in termini aprioristici e generali, una presunzione di colpa in capo al solo illegittimo aggiudicatario.

È stato anche ipotizzato dallo stesso autore, sulla base dell'impiego del termine "*rivalsa*" in luogo di "*regresso*" nonché del principio del risultato (art. 1 del nuovo codice), che la volontà del legislatore delegato sarebbe stata quella di garantire una posizione di assoluta "neutralità" della stazione appaltante rispetto all'azione di danno intentata dal terzo pretermesso, con conseguente integralità, in ogni caso, del recupero nei confronti dell'illegittimo aggiudicatario. Seguendo questa impostazione, se l'aggiudicazione fosse annullata, l'appalto proseguirebbe con l'affidamento a un nuovo aggiudicatario (magari individuato dallo stesso giudice in sede di risarcimento in forma specifica); se, invece, la tutela costitutiva fosse sostituita o integrata da una tutela risarcitoria per equivalente, l'amministrazione potrebbe rivalersi, appunto, in modo integrale su quell'operatore economico che l'abbia spinta ad assumere un'aggiudicazione invalida. Conformemente al principio del risultato espresso nell'esordio del nuovo codice, in entrambe le ipotesi si procederebbe verso l'esecuzione dell'appalto, senza ulteriori oneri per l'ente pubblico. Se così fosse, il termine di riferimento, nel codice civile, all'azione di rivalsa dovrebbe forse individuarsi, più che nell'art. 2055 c.c., nell'art. 1950 c.c. sul regresso del fideiussore contro il debitore principale. La stazione appaltante, quando fosse chiamata a sostenere il risarcimento, finirebbe per somigliare a un fideiussore, o a un garante, che ha regresso integrale sul debitore principale, in questo caso sull'operatore economico che ha cagionato l'illegittimo esito della gara.

L'impostazione suddetta non può essere però accolta, essendo fondata a parere dello scrivente su argomentazioni ermeneutiche fallaci.

In primo luogo, come si è già detto, nessuna conseguenza giuridica può ricavarsi dall'utilizzo del termine "*rivalsa*" in luogo di "*regresso*", poiché nella terminologia del codice civile, dal quale l'azione di rivalsa è mutuata, i due termini hanno un significato sostanzialmente equivalente. La tesi dell'integralità, in ogni caso, del recupero di quanto pagato a titolo di risarcimento del danno all'operatore illegittimamente pretermesso è inoltre in contraddizione con il modello di responsabilità cui si è riferita l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella decisione n. 2/2017, avuto riguardo all'art. 2055 c.c., e con le intenzioni dei compilatori dello schema del nuovo codice dei contratti pubblici, come esplicitate nella Relazione di accompagnamento, laddove si indica, a commento dell'art. 5, comma 4, «la necessità – specie in un contesto ordinamentale che vede ridurre i casi di tutela specifica mediante subentro a favore della tutela per equivalente – di esplicitare un rimedio (l'azione di rivalsa appunto) che consenta di ritrasferire almeno in parte il danno risarcito dall'amministrazione sull'aggiudicatario illegittimo».

Nulla impedisce, evidentemente, nella logica del nuovo codice così ricostruita, che in sede di rivalsa la p.a. possa anche recuperare dall'illegittimo aggiudicatario l'intero importo liquidato a titolo di risarcimento al terzo pretermesso, purché riesca a dimostrare in giudizio di andare esente da profili di colpa nell'aggiudicazione illegittima, essendo questa imputabile esclusivamente al

comportamento illecito dell'illegittimo aggiudicatario o di altro operatore in gara (operando, in caso contrario, la presunzione di equivalenza delle colpe stabilita, in via residuale, dall'art. 2055, comma 3, c.c.). A diversa conclusione non conduce neanche il principio del risultato, essendo comunque garantita, nella prospettiva del nuovo codice quale emerge dai lavori preparatori, l'esecuzione del contratto senza oneri aggiuntivi per l'ente pubblico, a eccezione – beninteso – di quelli che derivano da responsabilità dell'ente stesso e che, altrimenti, verrebbero riversati ingiustamente sull'aggiudicatario, in virtù di un automatismo di legge e senza possibilità per quest'ultimo di dimostrare l'assenza, in tutto o in parte, di profili di colpa.

In definitiva, la natura solidale dell'obbligazione risarcitoria comporta che il danneggiato possa rivolgersi indifferentemente alla stazione appaltante o all'illegittimo aggiudicatario (o ad altro operatore economico responsabile) per ottenere l'intero risarcimento, ferma restando la ripartizione interna dell'aliquota di responsabilità tra p.a. e operatore economico alla stregua del criterio enunciato dall'art. 2055, comma 2, c.c. Non si può escludere, pertanto, che nel silenzio dell'art. 5, comma 4, d.lgs. n. 36/2023 sia proprio l'illegittimo aggiudicatario, condannato al risarcimento (integrale) del danno su ricorso del terzo pretermesso, a esperire azione di regresso nei confronti della p.a. secondo le ordinarie regole civilistiche, ai sensi e nei limiti di cui agli artt. 1298, 1299 e 2055 c.c.¹².

Ci si è pure chiesti, in mancanza di una previsione espressa, se l'azione di rivalsa sia esperibile al di fuori dell'ambito dei contratti pubblici, in tutte le occasioni in cui una Amministrazione sia chiamata a risarcire il danno a terzi per l'emanazione di un provvedimento favorevole nei confronti di altro soggetto. Così, ad esempio, se il risarcimento fosse conseguenza di un titolo edilizio illegittimo. Sul punto pare convincente la tesi sostenuta da quella parte della dottrina la quale propende per la soluzione favorevole, sul presupposto che la rivalsa sia istituito preesistente al nuovo Codice e applicabile in virtù di principi generali, salvo dover riconoscere che la giurisdizione, in difetto di disposizioni che attribuiscono un sindacato anche di tipo esclusivo, non dovrebbe appartenere al giudice speciale, ma a quello ordinario¹³.

3. Azione di rivalsa ex art. 5, comma 4, d.lgs. n. 36/2023 e azione di arricchimento senza causa (artt. 2041 e 2042 c.c.): concorso o alternatività dei rimedi?

Si può solamente accennare in questa sede al tema della relazione tra l'azione di rivalsa introdotta dal nuovo Codice dei contratti pubblici e l'azione generale di arricchimento regolata dal codice civile.

Come è noto, l'art. 2041 c.c. (a tenore del quale “*Chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale*”), con norma generale e di chiusura del sistema, individua un rimedio, con funzione equitativa, utilizzabile tutte le volte in cui, al di fuori dei casi particolari ai

¹² Davanti al giudice potrebbero anche contrapporsi due liti: quella introdotta dall'autorità amministrativa nei confronti del beneficiario illegittimo per il suo concorso nella generazione del risarcito danno e la lite introdotta invece dal medesimo beneficiario che, una volta annullato il provvedimento a sé favorevole, potrebbe invocare il risarcimento del proprio danno, nei confronti della amministrazione pubblica, per la lesione della propria buona fede. Le due liti, il cui accoglimento sembra reciprocamente escludente, verrebbero a poggiare sull'individuazione di quale tra i due soggetti fosse effettivamente in buona fede (v. VOLPE F., *op. cit.*, nota n. 20).

¹³ P. PATRITO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici - Il nuovo “rito appalti” e il parere di precontenzioso dell'Anac in Giurisprudenza Italiana*, n. 8-9, 1 agosto 2023, 1989.

quali sia applicabile un rimedio “tipico” tra i diversi disseminati nel codice civile e nelle leggi speciali, si verifichi uno spostamento patrimoniale privo di giustificazione di fronte al diritto.

L’esperibilità del rimedio è subordinata alla ricorrenza dei seguenti presupposti: a) l’arricchimento di un soggetto; b) l’impoverimento di un altro soggetto; c) la correlazione tra arricchimento e impoverimento; d) la mancanza di una giusta causa.

Senza voler entrare nei dettagli di una trattazione articolata dell’azione in esame, è opportuno sottolineare, avuto riguardo al presupposto indicato precedentemente sotto la lettera c), che il necessario nesso di correlazione tra arricchimento e impoverimento impone, ai fini dell’esperibilità dell’azione, che l’arricchimento dell’uno e l’impoverimento dell’altro soggetto derivino da un unico fatto costitutivo (c.d. unicità del fatto generatore). Tuttavia, secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. un., n. 24772/2008), la regola dell’unicità del fatto costitutivo subisce una duplice eccezione nei soli casi di:

1) arricchimento mediato conseguito da una p.a. rispetto a un ente anch’esso di natura pubblicistica, direttamente beneficiario/utilizzatore della prestazione dell’impoverito;

2) arricchimento conseguito dal terzo a titolo puramente gratuito.

L’art. 2042 c.c., a sua volta, afferma il carattere sussidiario dell’azione (invero già prefigurato dalla rubrica del precedente articolo, che qualificava l’azione *de qua* come “generale”) nei seguenti termini: “L’azione di arricchimento non è proponibile quando il danneggiato può esercitare un’altra azione per farsi indennizzare del pregiudizio subito”.

Di recente, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono tornate sull’argomento, confermando che la sussidiarietà dell’azione di arricchimento senza causa deve essere intesa – seppur con qualche temperamento – come sussidiarietà in astratto, ossia come mancanza, nel sistema, di una azione tipica astrattamente utilizzabile dall’impoverito per farsi indennizzare del pregiudizio subito e, a tal fine, hanno affermato il principio di diritto per cui “[a]i fini della verifica del rispetto della regola di sussidiarietà di cui all’art. 2042 c.c., la domanda di arricchimento è proponibile ove la diversa azione, fondata sul contratto, su legge ovvero su clausole generali, si riveli carente ab origine del titolo giustificativo. Viceversa, resta preclusa nel caso in cui il rigetto della domanda alternativa derivi da prescrizione o decadenza del diritto azionato, ovvero nel caso in cui discenda dalla carenza di prova circa l’esistenza del pregiudizio subito, ovvero in caso di nullità del titolo contrattuale, ove la nullità derivi dall’illiceità del contratto per contrasto con norme imperative o con l’ordine pubblico” (Cass., Sez. Un., 5/12/2023, n. 33954).

Premesse le superiori nozioni di carattere generale, e tornando al quesito posto nel presente paragrafo, si rileva che l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n. 2/2017 (§ 30), accennando appena al rapporto tra le due azioni (di regresso *ex art.* 2055 c.c. e di ingiustificato arricchimento *ex art.* 2041 c.c.), prospettava astrattamente la possibilità per la stazione appaltante di esperire nei confronti dell’illegittimo aggiudicatario, qualora condannata a risarcire il danno al terzo pretermesso, l’azione di arricchimento senza causa per farsi indennizzare del pregiudizio subito.

Tuttavia, a parere di chi scrive, nella specifica fattispecie l’azione generale di arricchimento, già di dubbia ammissibilità in passato, è da escludere certamente adesso, una volta codificata dal legislatore una azione tipica di rivalsa esperibile dalla stazione appaltante (art. 5, comma 4, d.lgs. n. 36/2023), stante la ricordata sussidiarietà dell’azione di indebito arricchimento *ex art.* 2042 c.c.

La proponibilità dell'azione di arricchimento è altresì da escludere per la mancanza del necessario nesso di correlazione tra arricchimento e impoverimento, richiedendosi ai fini dell'esperibilità dell'azione che l'arricchimento di un soggetto e l'impoverimento dell'altro derivino da un unico fatto costitutivo (c.d. unicità del fatto generatore). Nel caso di specie, invece, il comportamento illecito dell'impresa aggiudicataria è, a ben considerare, causa diretta del depauperamento del terzo pretermesso, ma non della p.a., il cui pregiudizio deriva piuttosto dalla condanna al risarcimento del danno da illegittima aggiudicazione chiesto dall'operatore economico pretermesso. Non ricorrono inoltre nella fattispecie le situazioni, di carattere eccezionale, nelle quali, in deroga al principio generale di correlatività sopra descritto, la giurisprudenza di legittimità ammette l'indennizzabilità degli arricchimenti "indiretti" o "mediati", stante che l'arricchimento viene qui conseguito non dalla p.a., ma da un soggetto privato, e per di più a titolo non puramente gratuito, poiché tanto l'aggiudicazione del contratto quanto l'esecuzione delle prestazioni contrattuali, per quanto possa risultare illegittima l'aggiudicazione, comportano sempre un impegno economico per l'impresa aggiudicataria.

In conclusione, l'azione di rivalsa ex art. 5, comma 4, d.lgs. n. 36/2023 e l'azione generale di arricchimento senza causa di cui all'art. 2041 c.c. stanno tra loro in relazione di necessaria (astratta) alternatività, nel senso che, al verificarsi dei presupposti tipizzati dalla prima delle due norme, la stazione appaltante dovrà esperire l'azione di rivalsa sull'illegittimo aggiudicatario al fine di recuperare, almeno in parte, l'importo corrisposto al terzo pretermesso a titolo risarcitorio. Allo stesso scopo, non potrà invece essere esperita dalla p.a. l'azione generale di arricchimento né da sola (in alternativa all'azione di rivalsa, ossia a titolo di concorso "alternativo") né ad integrazione dell'azione di rivalsa stessa (cioè a titolo di concorso "cumulativo").

4. Le azioni risarcitoria e di rivalsa della stazione appaltante sull'operatore economico: profili in rito e di giurisdizione

Sotto il profilo della tutela processuale, l'art. 5, comma 4, d.lgs. n. 36/2023 è integrato dall'art. 124 c.p.a., come novellato dall'art. 209, d.lgs. n. 36/2023, al quale è stato aggiunto un terzo periodo, dal seguente tenore: *"Il giudice conosce anche delle azioni risarcitorie e di quelle di rivalsa proposte dalla stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico che, con un comportamento illecito, ha concorso a determinare un esito di gara illegittimo"*.

I primi due periodi dell'art. 124, comma 1 invece fanno riferimento al risarcimento per equivalente del danno (da "mancata" o "illegittima" aggiudicazione) subito dal terzo pretermesso, laddove non sia possibile il subentro nel contratto stipulato con l'illegittimo aggiudicatario, e continuano a prevedere, come in passato: *"L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e di stipulare il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122. Se non dichiara l'inefficacia del contratto, il giudice dispone il risarcimento per equivalente del danno subito e provato"*.

Altra novità riguarda il terzo comma dell'art. 124 c.p.a. sull'applicazione ai giudizi in materia di appalti del meccanismo di liquidazione del danno previsto dall'art. 34, comma 4, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

Il significato degli interventi normativi riguardanti l'art. 124 c.p.a. nel suo insieme è così spiegato dalla Relazione:

«Quanto all'art. 124 c.p.a., la modifica introdotta al comma 1 prevede l'estensione della cognizione del giudice anche alle azioni risarcitorie e all'azione di rivalsa proposte dalla stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico che, violando i doveri di buona fede e correttezza, ha concorso a determinare un esito della gara illegittimo.

L'innovazione punta a rafforzare la tutela risarcitoria sia del terzo pretermesso, leso dall'aggiudicazione illegittima, il quale può agire direttamente, oltre che nei confronti della stazione appaltante, anche nei confronti dell'operatore economico che, contravvenendo ai doveri di buona fede, ha conseguito una aggiudicazione illegittima; sia della stessa stazione appaltante, che può agire in rivalsa nei confronti di quest'ultimo o dell'eventuale terzo concorrente che abbia concorso con la sua condotta scorretta a determinare un esito della gara illegittimo.

La nuova disposizione sviluppa una soluzione già prefigurata dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 12 maggio 2017 n. 2 (§ 22 e 30 e ss.) e si raccorda con l'art. 41 comma 2 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, nella parte in cui prevede che “Qualora sia proposta azione di condanna, anche in via autonoma, il ricorso è notificato altresì agli eventuali beneficiari dell'atto illegittimo”.

L'innovazione rimanda, inoltre, al comma 4 dell'art. 5 rubricato “Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento”, il quale prevede che “Ai fini dell'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con una condotta contraria ai doveri di buona fede”.

Il nuovo terzo comma risponde all'esigenza di adattare alle specificità del giudizio in materia di appalti il meccanismo di liquidazione del danno previsto dall'art. 34, comma 4, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

L'intento è quello di incrementare il grado di speditezza e di effettività della tutela risarcitoria per equivalente.

La disposizione crea disincentivi economici nei confronti della parte danneggiante la quale manchi di formulare una proposta transattiva o la determini in misura incongrua rispetto alla reale entità del danno suscettibile di ristoro. L'intento è quello di favorire la rapida definizione del tema risarcitorio nell'ambito dell'unico giudizio di cognizione, evitando l'attivazione del secondo giudizio di ottemperanza previsto dall'art. 34, comma 4, per il caso del mancato accordo tra le parti. Al contempo, si lascia intatta la devoluzione della questione al giudice dell'ottemperanza, nel caso in cui le parti non riescano a raggiungere un accordo, in modo tale da preservare la pluralità degli sbocchi (giudiziali e stragiudiziali) attraverso i quali può trovare soluzione il contrasto sulla quantificazione del ristoro.

L'innovazione, al pari della precedente introdotta al comma 1, risponde alla crescente rilevanza che la tutela per equivalente sempre più assumerà nei prossimi anni nell'ambito del contenzioso nella materia dei pubblici appalti».

L'art. 124, comma 1, c.p.a., come novellato dal nuovo codice dei contratti pubblici, si presenta pertanto non quale semplice norma sul rito, ma anche quale norma sulla giurisdizione, in quanto va ad ampliare il perimetro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (per l'innanzi limitato dalla disposizione alla dichiarazione di inefficacia del contratto e al risarcimento del danno da “mancata” aggiudicazione subito dal terzo pretermesso) fino a ricomprendervi – come emerge chiaramente dalla Relazione di accompagnamento – l'azione di rivalsa e quelle risarcitorie proposte

dalla stazione appaltante nei confronti dell'illegittimo aggiudicatario o di altro operatore economico che abbia concorso, con un comportamento illecito, a determinare un esito della gara illegittimo¹⁴. Dal punto di vista della tecnica legislativa, appare quindi criticabile e, per certi aspetti, inspiegabile il mancato coordinamento dell'art. 124, c.p.a. novellato con l'art. 133, comma 1, lett. e-1), c.p.a., il quale tuttora non contempla l'azione di rivalsa tra le materie espressamente devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, nonostante la chiara volontà in tal senso manifestata dal legislatore di riforma nel modificare l'art. 124, c.p.a.

Occorre a questo punto fare qualche precisazione sull'estensione del perimetro della giurisdizione esclusiva del G.A. per come tratteggiata attualmente dal terzo periodo del primo comma dell'art. 124, c.p.a.

Nulla quaestio per l'azione di rivalsa della stazione appaltante, espressamente menzionata. L'ampiezza della formulazione legislativa (*"Il giudice conosce anche delle azioni risarcitorie e di quelle di rivalsa proposte dalla stazione appaltante"*) è tale però da comprendere anche le "azioni risarcitorie" proposte dalla stazione appaltante contro l'illegittimo aggiudicatario a titolo di responsabilità precontrattuale. È questa l'ipotesi considerata da Cons. Stato, Sez. II, 31/12/2020, n. 8546, in cui vengono chiarite le condizioni di risarcibilità del danno causato da un privato alla Pubblica Amministrazione per esser stata essa "costretta" ad annullare, a seguito del comportamento scorretto tenuto durante la gara, un proprio provvedimento di aggiudicazione, affermandosi, con riferimento al quadro normativo preesistente, la giurisdizione amministrativa esclusiva per le controversie risarcitorie in oggetto, introdotte dalla p.a. in un giudizio "a parti invertite". Alla base di tale conclusione vi era la considerazione, tuttora valida, del carattere bilaterale degli obblighi comportamentali di correttezza e buona fede¹⁵, oggi espressamente sancito dal nuovo codice dei contratti pubblici (art. 5, comma 1).

¹⁴ Tale circostanza è stata messa in evidenza dai primi commentatori, i quali non hanno mancato di rimarcare i dubbi di costituzionalità, sotto il profilo del possibile eccesso di delega (art. 76 Cost.), che la scelta del legislatore delegato inevitabilmente solleva. Secondo Volpe (*L'azione di rivalsa nel contenzioso in materia di evidenze pubbliche*, cit.), *"Se [...] la rivalsa forse preesisteva al nuovo codice dei contratti pubblici, la vera novità consiste nel fatto che oggi è esplicitamente ammessa la sua azionabilità proprio davanti al giudice speciale, il cui sindacato risulterebbe essere stato, in tal modo, ampliato. Si pone, così, un problema di validità costituzionale della riforma, perché al legislatore delegato che ha emanato il nuovo codice non era stato affidato il mandato d'incidere sul criterio di riparto. Per la verità, anzi, non era stato consegnato neppure il più generale compito di riscrivere l'intero processo in materia di appalti"*.

¹⁵ Nella ricordata pronuncia, il Consiglio di Stato così argomenta:

"16. Come ben evidenziato nei più recenti arresti della giurisprudenza in materia (v. Cons. Stato, A.P., 4 maggio 2018, n. 5) il dovere di correttezza ha nel tempo conquistato una funzione (ed un conseguente ambito applicativo) certamente più ampia rispetto a quella concepita dal codice civile del 1942, che lo collocava nella visione economica corporativistica dell'epoca e in tale ridotta accezione imponeva di leggere anche la susseguente solidarietà. Esso, cioè, nella visione del privato non è più considerato strumentale solo alla conclusione di un contratto valido e socialmente utile, bensì alla "tutela della libertà di autodeterminazione negoziale, cioè di quel diritto (espressione a sua volta del principio costituzionale che tutela la libertà di iniziativa economica) di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali, senza subire interferenze illecite derivanti da condotte di terzi connotate da slealtà e scorrettezza" (cfr. A.P. n. 5/2018, cit. supra).

E' evidente che la relativa dizione non può non subire aggiustamenti ove riguardata dall'angolazione dell'Amministrazione aggiudicatrice, che in quanto chiamata a muoversi (anche) all'interno di un quadro procedimentale rigorosamente predeterminato fin dalla fase della scelta del contraente, non gode certo della medesima "libertà di autodeterminazione", se non nel senso della tutela dell'affidamento riposto nel buon esito delle procedure, scongiurando fattori di indebito procrastinamento della definizione delle stesse e conseguentemente dell'interesse pubblico sotteso all'attivazione della procedura concorsuale. Affinché, tuttavia, tale generica aspettativa di buon esito intrinseca all'esercizio di qualsivoglia funzione pubblica, venga attinta dal

Non è chiaro se il nuovo terzo periodo abbia inteso estendere la cognizione del giudice amministrativo anche alle azioni risarcitorie avanzate dal terzo pretermesso contro l'impresa illegittima aggiudicataria. Sul punto la Relazione non esibisce argomenti univoci, limitandosi ad affermare che il terzo pretermesso, leso dall'aggiudicazione illegittima, *“può agire direttamente, oltre che nei confronti della stazione appaltante, anche nei confronti dell'operatore economico che, contravvenendo ai doveri di buona fede, ha conseguito una aggiudicazione illegittima”*, senza chiarire se, anche in questo caso, la tutela risarcitoria debba essere assicurata dal giudice amministrativo.

In mancanza di una chiara ed esplicita opzione legislativa in favore della giurisdizione speciale, possono tenersi ferme le conclusioni in merito raggiunte dal supremo consesso della giustizia amministrativa nella fondamentale decisione n. 2/2017. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella richiamata decisione, ha affermato, infatti, che esula dalla giurisdizione del G.A. *“la domanda di risarcimento del danno proposta da un privato contro un altro privato, ancorché connessa con una vicenda provvedimentale”*. Questo perché gli artt. 103 Cost. e 7 c.p.a. riferiscono le controversie devolute alla giurisdizione del G.A., anche nei casi di giurisdizione esclusiva, a *“l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo”* e le afferma come *“riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni”*.

Si può quindi ritenere, alla luce di una interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata, che l'azione risarcitoria proposta dal terzo pretermesso contro l'impresa che con un comportamento illecito abbia concorso a determinare un esito della gara illegittimo, essendo una controversia tra soggetti privati, esuli dall'ambito della giurisdizione amministrativa, nonostante il riferimento generale dell'art. 133, comma 1, lett. e-1, c.p.a., e oggi anche dell'art. 124, comma 1, c.p.a., alle *“controversie risarcitorie”*.

Lo stesso discorso non vale, come si è visto, per l'azione di rivalsa e quelle risarcitorie proposte dalla stazione appaltante verso l'illegittimo aggiudicatario (o altro operatore economico da cui promani la scorrettezza comportamentale), poiché in tal caso la devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo poggia su più solidi indici testuali e sulla *voluntas legis* emergente dai lavori preparatori. Ed è proprio con riferimento a tali controversie che si pone il problema della verifica della conformità a Costituzione del criterio di riparto adoperato dal legislatore del nuovo codice dei contratti pubblici.

Il Giudice delle leggi, nell'indicare i limiti che il legislatore ordinario incontra nel devolvere determinate materie alla cognizione in via esclusiva del G.A., ha chiarito che *“da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice “della” pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102, secondo comma, Cost.) e, dall'altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo”* (Corte cost. n. 204/2004, § 3.2 del Considerato in diritto) e, con riferimento alle controversie risarcitorie, che la loro devoluzione al G.A. presuppone che la situazione giuridica soggettiva del privato (sia essa di interesse legittimo o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritto soggettivo) venga incisa dall'illegittimo esercizio della funzione amministrativa (Corte cost. n. 191/2006, § 4.3 del

comportamento del privato è necessario che quest'ultimo abbia colpevolmente orientato le scelte (sbagliate) dell'Amministrazione”.

Considerato in diritto), sia che questa si manifesti attraverso atti o provvedimenti amministrativi sia che si espliciti attraverso strumenti consensuali come gli accordi ex art. 11, L. 241/1990 o mediante comportamenti amministrativi. Inoltre, affinché sia possibile la devoluzione di materie alla giurisdizione esclusiva del G.A. nel rispetto dell'art. 103, primo comma, Cost., è necessario che il legislatore assegni al giudice amministrativo la cognizione non di "blocchi di materie", ma di materie determinate e che *"l'amministrazione agisca, in tali ambiti predefiniti, come autorità e cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi che possono essere esercitati sia mediante atti unilaterali e autoritativi sia mediante moduli consensuali ai sensi dell'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi) sia infine mediante comportamenti, purché questi ultimi siano posti in essere nell'esercizio di un potere pubblico e non consistano, invece, in meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio. In tale ultimo caso, infatti, la cognizione delle controversie nascenti da siffatti comportamenti spetta alla giurisdizione del giudice ordinario"* (Corte cost. n. 35/2010, § 2.2 del Considerato in diritto).

Ebbene, le azioni di rivalsa (e risarcitorie) avanzate dalla stazione appaltante contro l'operatore economico non attengono propriamente all'esercizio del pubblico potere, non afferendo a provvedimenti, atti, accordi o comportamenti amministrativi, ma rinvergono il loro presupposto in un comportamento contrario a buona fede dell'operatore economico privato. Sulla base di tale indubbio rilievo, una parte della giurisprudenza amministrativa opinava, con riferimento al previgente quadro normativo, nel senso che la domanda risarcitoria avanzata dall'Amministrazione nei confronti di un privato a titolo di responsabilità precontrattuale (normalmente introdotta in via riconvenzionale dall'Amministrazione resistente nel giudizio avente a oggetto l'annullamento del provvedimento di decadenza, di annullamento d'ufficio o di revoca in autotutela dell'aggiudicazione) esulasse dal perimetro della giurisdizione esclusiva in quanto *"l'Amministrazione si reclama danneggiata da un comportamento attuato da privati, senza alcuna inerenza ad un potere pubblico"* (cfr. T.A.R. Toscana, I Sezione, sentenza 12/05/2011, n. 818; in termini T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 12 ottobre 2018, n. 2267)¹⁶.

Non si può negare che, in ipotesi di questo tipo, come nel caso esaminato da Cons. Stato, Sez. II, 31/12/2020, n. 8546 (cfr. in particolare §§ 12 e 14), la controversia risarcitoria si collochi nella cornice dell'esercizio provvedimentale del potere amministrativo e che il comportamento illecito del privato abbia inciso in via "mediata" sul provvedimento finale di aggiudicazione, che costituisce la causa "diretta" e "immediata" del danno, in ciò consistendo appunto quella connessione con l'esercizio del potere del diritto al risarcimento del danno fatto valere dalla p.a.: che ciò basti a giustificare sul piano dei principi costituzionali la devoluzione della controversia al G.A. esclusivo alla luce della giurisprudenza del Giudice delle leggi appena ricordata è alquanto dubbio, poiché il danno in questo caso sembra essere soltanto "occasionato" dallo svolgimento del procedimento amministrativo e dal conseguente esercizio del potere tramite l'adozione del provvedimento illegittimo, e la causa "prima" dello stesso va ravvisata sempre in un comportamento illecito del soggetto privato, contrario ai canoni civilistici della correttezza e della buona fede¹⁷.

¹⁶ Conforme l'orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, perché *"non si dubita"* che anche nell'ipotesi speculare di azioni di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale proposte da privati nei confronti della P.A. la giurisdizione spetti al giudice ordinario, vertendosi in materia di diritti soggettivi non connessi neppure mediatamente con l'esercizio del potere (Cass. civ., Sez. un., ord., 4 luglio 2017, n. 16419).

¹⁷ In verità, l'evento causale del danno è individuato dal combinato disposto degli artt. 5, comma 4, d.lgs. n. 36/2023 e 124, comma 1, c.p.a. proprio in un comportamento illecito (siccome contrario a buona fede) dell'operatore economico privato, che "concorre" con la condotta della p.a. nella produzione del danno. Se il

Non dovrebbero invece esserci dubbi sulla spettanza della giurisdizione al G.O. delle controversie patrimoniali azionate in via di regresso nei confronti della p.a. dall'illegittimo aggiudicatario condannato dal giudice civile a risarcire integralmente il danno subito dal terzo pretermesso¹⁸. Trattasi, invero, di controversie nelle quali si fa valere un diritto soggettivo (alla reintegrazione del patrimonio) dell'operatore economico privato che agisce in regresso, rispetto alle quali, pur potendo cogliersi un collegamento indiretto con l'esercizio del pubblico potere¹⁹, manca una espressa devoluzione della materia alla giurisdizione esclusiva del G.A., atteso che né l'art. 124 c.p.a. né l'art. 133, comma 1, lett. e-1), c.p.a. menzionano le azioni di regresso proponibili in base al codice civile dall'illegittimo aggiudicatario tra quelle devolute alla giurisdizione esclusiva del G.A.²⁰

5. Brevi considerazioni conclusive

Dall'analisi fin qui condotta emerge chiaramente come il novellato art. 124, c.p.a. riproponga, sebbene in una luce diversa rispetto al passato, il problema della natura e della intensità della connessione con il pubblico potere atta a giustificare la devoluzione di una data materia alla giurisdizione esclusiva del G.A. Non è difficile prevedere che la nuova disposizione possa costituire terreno di scontro tra gli organi di vertice delle giurisdizioni ordinaria e amministrativa in merito all'individuazione del giudice munito di *potestas iudicandi* nelle controversie relative alle azioni risarcitorie e di rivalsa proposte dalla stazione appaltante nei confronti di operatori economici privati, stante la discutibile scelta del legislatore codicistico di intestare controversie inerenti a diritti soggettivi in capo al G.A. in presenza di una connessione "debole" con l'esercizio del pubblico potere. Né si può escludere che ad un certo punto della questione sarà investita la Corte costituzionale, come accaduto del resto in passato per altre disposizioni legislative le quali, pur

concorso (necessario) dell'azione amministrativa (manifestantesi in provvedimenti, atti, accordi o comportamenti amministrativi) nell'eziologia del danno patito dal terzo pretermesso può giustificare, sul piano dei principi costituzionali, la devoluzione al G.A. della giurisdizione esclusiva sulla domanda di risarcimento del danno da "mancata" aggiudicazione proposta dall'impresa illegittimamente non aggiudicataria, viceversa un collegamento "forte" con l'esercizio del potere amministrativo non sembra essere parimenti implicato nelle controversie introdotte dalla stazione appaltante al fine di recuperare (con azione risarcitoria autonoma o in via di rivalsa) la quota di danno imputabile alla condotta antigiuridica dell'illegittimo aggiudicatario o di altro operatore economico in gara.

¹⁸ Come visto sopra, la natura solidale della responsabilità ex art. 5, comma 4, d.lgs. n. 36/2023 fa sì che il terzo pretermesso possa chiedere il risarcimento del danno, nella sua interezza, all'uno o all'altro dei coobbligati a sua scelta. Nel caso in cui il danneggiato si risolva ad agire per l'intero nei confronti dell'illegittimo aggiudicatario o di altro operatore economico ritenuto responsabile, si instaura una controversia tra privati di cui conosce necessariamente il G.O., in quanto la giurisdizione amministrativa (compresa quella esclusiva) presuppone che almeno una delle parti della controversia sia un soggetto pubblico (Cons. Stato, Ad. pl. n. 2/2017).

¹⁹ La fonte del danno è in questo caso un comportamento (che si assume contrario a buona fede e correttezza) posto in essere dalla p.a. nell'esercizio del potere, da cui deriva, di riflesso, un pregiudizio anche per l'illegittimo aggiudicatario, chiamato a ristorare il danno patito dal terzo pretermesso anche per la quota di pregiudizio imputabile alla p.a.

²⁰ È da respingere pertanto l'opinione contraria sostenuta da una parte della dottrina (v. VOLPE, *op. cit.*) secondo cui "*Quest'azione di regresso dell'operatore economico sulla stazione appaltante apparterebbe alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, perché la responsabilità della stazione dipende dall'aggiudicazione illegittima che essa stessa ha emanato. Ivi, non si potrebbe negare che il potere sia stato esercitato*". Tale opinione, infatti, mette in luce una condizione, necessaria sì sul piano dei principi costituzionali (art. 103 Cost.) ai fini della devoluzione di determinate materie alla giurisdizione esclusiva del G.A., ma non anche sufficiente, in quanto la devoluzione di controversie relative a diritti soggettivi al G.A. esclusivo e la correlativa sottrazione delle stesse al G.O. richiedono pur sempre una intermediazione del legislatore ordinario che si traduca in previsioni normative espresse e tassative, non potendo essere altrimenti desunte dall'interprete sulla base di ragioni di "politica legislativa del diritto" a cui questi è essenzialmente estraneo.

ispirate a soddisfare comprensibili esigenze di concentrazione delle tutele in capo al medesimo giudice (amministrativo), sortivano l'effetto di sottrarre al G.O. – che per scelta del Costituente è e rimane tendenzialmente il giudice “naturale” dei soggetti soggettivi (artt. 25, 102 e 103, comma 1, Cost.) – un ampio contenzioso in materia di diritti in fattispecie nelle quali l'amministrazione non si trovi ad agire necessariamente in veste di autorità.

Il tema ha, inoltre, delle inevitabili ripercussioni sul piano sostanziale, poiché la “reciprocità” della fiducia che a mente dell'art. 2, d.lgs. n. 36/2023 l'amministrazione e gli operatori privati devono poter riporre l'un l'altro nello svolgimento della procedura di gara non esclude – ma al contrario presuppone – il differente *status* e i peculiari poteri atti a distinguere la posizione dell'amministrazione da quella degli operatori economici privati e a giustificare, pur nell'ambito del medesimo “rapporto procedimentale”, una diversa declinazione e conformazione degli obblighi comportamentali derivanti dall'osservanza dei principi di buona fede e tutela dell'affidamento di cui all'art. 5. Si vuole evidenziare, in altre parole, che l'operatore economico, all'interno della procedura di evidenza pubblica, è e rimane un soggetto privato, non essendo dotato di poteri e di veste pubblicistica e, conseguentemente, non è a lui riferibile immediatamente la responsabilità del procedimento e dei suoi esiti, la quale resta istituzionalmente in capo alla stazione appaltante al di là del comportamento tenuto dai partecipanti alla gara, ancorché in ipotesi atto a sviare le valutazioni dell'autorità procedente.

Pertanto, la violazione dei doveri comportamentali di buona fede da parte dell'operatore economico privato – nonostante la sottolineatura della “reciprocità” degli stessi recata dal nuovo codice dei contratti pubblici (artt. 2 e 5) – non implica affatto, al di là delle apparenze, sul piano logico-giuridico prima ancora che su quello costituzionale, che le relative controversie risarcitorie siano devolute allo stesso giudice amministrativo che, quale giudice della funzione pubblica, conosca delle stesse nell'ipotesi (speculare) in cui ai medesimi doveri venga meno la stazione appaltante. Infatti, come condivisibilmente affermato da recente giurisprudenza e da una parte della dottrina, la lesione dell'affidamento nel procedimento di gara è atta a radicare la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo sulle conseguenti controversie risarcitorie allorché sia realizzata attraverso comportamenti che presentino un collegamento con l'esercizio del potere, mentre, “*ove tale collegamento non sussista, deve ritenersi che la relativa controversia rientri nella giurisdizione del Giudice Ordinario*” (Cass., Sez. Un., Ord. 28/08/2023, n. 25324 cit., § 7.10; in continuità, Cass., Sez. Un., Ord. 14/05/2024, n. 13191).