

RISARCIMENTO DEL DANNO IN TEMA DI APPALTI

1. Principi in tema di danno ristorabile per illegittima mancata aggiudicazione. Chance.

La tutela risarcitoria conseguente ad illegittima mancata aggiudicazione è, sotto il profilo del danno ristorabile, variamente modulata, secondo che:

a) il concorrente danneggiato sia in grado di dimostrare con certezza che, in assenza del comportamento illegittimo serbato dalla stazione appaltante, si sarebbe aggiudicato la commessa (e cioè che – ove il contratto fosse stato dichiarato inefficace, ricorrendone le condizioni – avrebbe senz'altro avuto diritto alla stipula o al subentro): trattandosi, in tal caso, propriamente di danno da mancata aggiudicazione;

b) non sia, per contro, possibile accedere – in difetto di idonei elementi probatori ovvero in presenza di profili conformativi non integralmente vincolati, rimessi all'apprezzamento sequenziale della stazione appaltante – ad un giudizio di effettiva spettanza: prospettandosi, in tal caso, il danno in termini di mera perdita di chances di aggiudicazione.

In quest'ultimo ambito è sorta la tematica della risarcibilità della chance.

Si può parlare di danno da perdita di chance quando ricorrano i seguenti elementi in positivo e in negativo.

In positivo: - atti amministrativi illegittimi per violazione di norme formali, procedurali e sostanziali o comportamenti contra jus; - per effetto di dette illegittimità si sono impediti una o più possibilità (chance). In negativo: l'interesse che costituisce il contenuto presupposto della chance - non deve aver ottenuto (o potuto ottenere) soddisfazione in forma specifica; - non deve aver ottenuto (o potuto ottenere) soddisfazione per equivalente pecuniario.

Il dato significativo è che il danno recato alla chance è conseguenza dell'esercizio illegittimo del potere e della impossibilità di ottenere la soddisfazione in via specifica o per equivalente dell'interesse finale o materiale che si fa valere con la tutela: è divenuto irraggiungibile il risultato sperato. Per questo motivo la giurisprudenza (Cons. Stato n. 6268/2021) ritiene che condizione essenziale per il ristoro della chance sia l'avvenuta impugnativa del provvedimento illegittimo. Ciò non perché intenda far rivivere una sorta di pregiudizialità amministrativa, ma perché diversamente non sarebbe configurabile il presupposto dell'impossibilità di realizzare l'interesse.

La giurisprudenza amministrativa, però, è divisa tra teoria ontologica e teoria eziologica, con prevalenza di quest'ultima, in relazione al grado di probabilità per il cittadino di poter attingere al risultato finale.

Secondo la tesi eziologica: qualora non si dimostri se non la certezza, quanto meno la concreta possibilità (dovrebbe, secondo alcuni, superare il 50 per cento; per altri, è sufficiente anche una percentuale più bassa) che si sarebbe potuto conseguire la soddisfazione dell'interesse (finale) al bene della vita, il danno per perdita di chance non è risarcibile e, anzi, è “solo un ipotetico danno, non meritevole di reintegrazione, perché non distinguibile dalla lesione di una mera aspettativa di fatto”.

L'approdo finale dell'impostazione eziologica è quello di escludere, nella sostanza, la meritevolezza in sé dell'interesse alla chance che non è risarcibile in quanto aspettativa di fatto. Il sacrificio della “possibilità” negata, secondo la tesi eziologica, non è oggetto di tutela giuridica, di per sé.

Con la pronuncia n. 6268/2021 la sesta Sezione del Consiglio di Stato aderisce alla tesi ontologica: il sacrificio della possibilità di conseguire il risultato finale è “un bene giuridico autonomo” consistente

nelle “aspettative andate ‘irrimediabilmente’ deluse a seguito dell’illegitto espletamento (ovvero del mancato espletamento) di un procedimento amministrativo”.

Si è in presenza di una “violazione di una norma di diritto pubblico che – non ricomprendendo nel suo raggio di protezione l’interesse materiale – assicura all’istante soltanto la possibilità di conseguire il bene finale”.

Il richiamo alla “elevata probabilità di realizzazione, quale condizione affinché la chance acquisti rilevanza giuridica, secondo il Consiglio di Stato è fuorviante, in quanto così facendo si assimila il trattamento giuridico della figura in esame alla causalità civile ordinaria (ovvero alla causalità del risultato sperato)”.

A tal riguardo, è opportuno riportare pedissequamente quanto affermato dal Consiglio di Stato nella sentenza di cui trattasi, là dove afferma che, in sede di azione di risarcimento per perdita di chance, “poiché l’esigenza giurisdizionale è quella di riconoscere all’interessato il controvalore della mera possibilità – già presente nel suo patrimonio – di vedersi aggiudicato un determinato vantaggio, l’an del giudizio di responsabilità deve coerentemente consistere soltanto nell’accertamento del nesso causale tra la condotta antigiuridica e l’evento lesivo consistente nella perdita della predetta possibilità; la tecnica probabilistica va quindi impiegata, non per accertare l’esistenza della chance come bene a sé stante, bensì per misurare in modo equitativo il ‘valore’ economico della stessa, in sede di liquidazione del ‘quantum’ risarcibile; con l’avvertenza che, anche se commisurato ad una frazione probabilistica del vantaggio finale, il risarcimento è pur sempre compensativo (non del risultato sperato, ma) della privazione della possibilità di conseguirlo.”

È la tesi ontologica e, infatti, la sentenza rileva che “l’esigenza giurisdizionale è quella di riconoscere all’interessato il controvalore della mera possibilità – già presente nel suo patrimonio – di vedersi aggiudicato un determinato vantaggio, l’an del giudizio di responsabilità deve coerentemente consistere soltanto nell’accertamento causale tra la condotta antigiuridica e l’evento lesivo consistente nella perdita della predetta possibilità”.

Pertanto, quando si lamenti la perdita della chance di poter partecipare ad una gara mai bandita, è difficile (se non impossibile) dimostrare le probabilità di vincerla, tanto che la giurisprudenza favorevole a riconoscere risarcibile il danno per la perdita in sé della chance, per quantificarlo, ha utilizzato il criterio di ipotizzare, in via di medie e presunzioni, quale sarebbe stato il numero presunto di partecipanti alla gara se gara vi fosse stata, dividendo l’utile di impresa, quantificato in via forfettaria, per il numero di partecipanti, così ottenendo un quoziente che costituisce la misura del danno risarcibile.

La verità è che la preferibile tesi ontologica non protegge il bene della vita a cui si riferiva l’interesse pretensivo non realizzato, ma riguarda la privazione della chance ed è conseguente alla violazione, come esattamente rilevato dalla giurisprudenza, “di una norma di diritto pubblico” che non ricomprende, di per sé, nel suo raggio di protezione l’interesse materiale.

La protezione e la tutela della chance è nella violazione dei c.d. interessi procedurali che la pubblica amministrazione deve necessariamente rispettare nell’esercizio della funzione pubblica.

Le disposizioni dettate per il procedimento amministrativo, per la forma e per il contenuto dell’azione amministrativa hanno assunto nel nostro sistema un baluardo a tutela non solo dell’interesse al bene della vita di cui sono portatori i soggetti dell’ordinamento, titolari dell’interesse legittimo e del diritto soggettivo, ma anche della sola legittimità il cui rispetto il cittadino può pretendere.

Gli interessi procedimentali che autorevole dottrina (M.S. Giannini) ha definito come non attinenti direttamente ad interessi della vita, ma a procedimenti “nei quali si valuta e si giudica intorno a pretese concernenti interessi della vita”, sono da ritenere posizioni soggettive che hanno ad oggetto situazioni e vicende del procedimento, fatti procedimentali, intesi come comprensivi di tutte le regole formali, procedimentali e sostanziali che disciplinano l’azione amministrativa.

Sotto questo aspetto non deve trarre in inganno la norma di cui all’art. 21 octies, in quanto la salvezza qui opera sul piano sostanziale, per cui se si accerta che l’azione amministrativa è stata sostanzialmente corretta il provvedimento non può essere annullato; invece nella perdita di chance la lesione procedimentale provoca un’illegittimità che preclude la soddisfazione dell’interesse legittimo pretensivo e non si potrà mai sapere se il titolare di tale posizione avrebbe o meno potuto conseguire il bene della vita. Ne consegue che la violazione procedimentale lede una posta del patrimonio del titolare della posizione soggettiva.

La perdita di chance, dunque, è risarcibile a condizione che il danneggiato dimostri la sussistenza di un valido nesso causale (potendo d’altronde questi prescindere dalla dimostrazione altresì della sussistenza dell’elemento psicologico della colpa, laddove – come nella vicenda esaminata e sulla scorta di pacifico orientamento giurisprudenziale, formatosi sulla scia dei principi eurounitari – si verta in materia in materia di aggiudicazione di appalti pubblici).

Il Consiglio di Stato specifica, altresì, che la chance perduta da risarcire deve essere “seria”: “...al fine di non riconoscere valore giuridico a chance del tutto accidentali, va appurato che la possibilità di realizzazione del risultato utile rientri nel contenuto protettivo delle norme violate”.

Riguardo la quantificazione del danno concesso e dunque la liquidazione del danno da perdita della ‘chance’, esso è stato ritenuto dal Collegio “diverso .. dal danno di mancata aggiudicazione che si identifica con l’interesse positivo ed il danno curricolare”, ritenendosi invece possibile e necessaria “una valutazione equitativa, ai sensi dell’art. 1226 c.c. (richiamato dall’art. 2056 c.c.), stante l’impossibilità di formulare una prognosi sull’esito di una procedura comparativa mai svolta e quindi di fornire una precisa prova sull’ammontare del danno”.

1.1 La CGUE avvalora la tesi ontologica

La Corte di Giustizia Corte giustizia (sez. V, 06/06/2024, n.547), stabilendo che l’offerente illegittimamente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico può chiedere un risarcimento danni per perdita di opportunità, così ha statuito: “La direttiva impone agli Stati membri di accordare un risarcimento ai soggetti lesi da una violazione del diritto UE in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici. Dunque, in mancanza di indicazioni che distinguano differenti categorie di danno, la direttiva riguarda qualsiasi tipo di danno subito, compreso quello derivante dalla perdita dell’opportunità di partecipare alla aggiudicazione di un appalto. La Corte ricorda che, se è vero che un danno può risultare dal mancato ottenimento di un appalto pubblico e concretizzarsi in un lucro cessante, è altresì possibile che l’offerente che sia stato illegittimamente escluso subisca un danno distinto, corrispondente all’opportunità perduta di partecipare alla procedura di aggiudicazione di cui trattasi ai fini dell’aggiudicazione dell’appalto. Per l’effetto, la direttiva osta a una normativa o a una prassi nazionale che non ammette per principio la possibilità di indennizzare un offerente illegittimamente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per il danno subito a causa della perdita dell’opportunità di partecipare a tale procedura ai fini dell’aggiudicazione dell’appalto”.

2. Il danno conseguente ad illegittima mancata aggiudicazione

In relazione al danno da mancata aggiudicazione della quale il ricorrente riesca a provare la spettanza in termini di certezza (si allude all'ipotesi sub a di cui al precedente paragrafo), vale rammentare preliminarmente che esso può essere risarcito in forma specifica, nel qual caso si pone il problema del subentro, ovvero per equivalente, ponendosi quindi la questione della prova e della quantificazione del danno.

2.1 Aggiudicazione illegittima della gara di appalto e sorte del contratto

Gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione di una gara d'appalto sulla sorte del contratto, nel frattempo stipulato, sono disciplinati dagli artt.121 e ss. del codice del processo amministrativo.

Queste disposizioni, introdotte in recepimento della c.d. direttiva ricorsi (n.66/2007), pongono fine al dibattito sulla sorte del contratto stipulato all'esito di un'aggiudicazione annullata che, in passato, in assenza di una disciplina legislativa specifica, dottrina e giurisprudenza avevano cercato di sopire attraverso le patologie negoziali civilistiche (ipotizzando ora la nullità, ora l'annullabilità, ora la caducazione automatica).

Tuttavia, la difficoltà di adattare i tradizionali rimedi civilistici ad una patologia che trova la sua genesi non tanto nel contratto in sé, ma nella fase di evidenza pubblica, che ne precede la stipula, rendeva necessario introdurre una disciplina ad hoc, in grado anche di tenere conto della molteplicità degli interessi in gioco.

Gli artt. 121 e ss. prevedono il rimedio dell'inefficacia del contratto in caso di annullamento dell'aggiudicazione. Si tratta di una inefficacia sui generis, che, in primo luogo, si articola diversamente a seconda della gravità del vizio che inficia l'aggiudicazione, e, in secondo luogo, è in gran parte rimessa (specie laddove la violazione non sia grave) ad una valutazione discrezionale del giudice, chiamato a modulare l'an e la decorrenza di questa inefficacia, sulla base di una considerazione di tutti gli interessi coinvolti.

L'art. 121 prevede che se il vizio è grave, il giudice dichiara di regola l'inefficacia, a meno che non vengano in rilievo eccezionali esigenze imperative di interesse generale che impongano la conservazione del contratto. In queste ipotesi, quindi, l'inefficacia è il rimedio preferito dal legislatore e la conservazione del contratto è eccezionale e subordinata alla sussistenza delle predette esigenze di interesse generale.

Va, tuttavia, evidenziato che i casi di violazione grave sono, a loro volta, eccezionali, perché il legislatore considera tali solo le ipotesi in cui l'aggiudicazione è avvenuta senza gara o a seguito di una gara svolta senza pubblicità (al di fuori dei casi ammessi), salva l'ipotesi collegata al mancato rispetto del termine dilatorio (c.d. stand-still) laddove l'aggiudicazione sia comunque affetta da un vizio di legittimità. La violazione dello stand still quindi rende grave una violazione che, altrimenti, non lo sarebbe.

In tutti gli altri casi, in cui l'aggiudicazione è stata preceduta da una gara svolta con la garanzia di pubblicità e lo stand-still è stato osservato, l'eventuale vizio della procedura integra una violazione "non grave". Le conseguenze di tale violazione sulla sorte del contratto sono disciplinate dall'art. 122, che attribuisce al giudice il potere di stabilire, valutati tutti gli interessi in gioco, se il contratto deve essere dichiarato inefficace o se va conservato, riconoscendo, in quest'ultimo caso, all'operatore economico pretermesso una tutela solo per equivalente. Deve

sul punto svolgersi una riflessione sull'influenza che su tale valutazione discrezionale ricopre il principio del risultato di recente introduzione nel nuovo codice, atteso che nella salvezza (scontata) del principio di legittimità, sembra che sia proprio questi casi, in cui riemerge l'apprezzamento e la valutazione di opportunità, che esso sia destinato a produrre gli effetti più incisivi spingendo il Giudice a propendere per la strada della salvezza del contratto, limitando la sua discrezionalità.

Il quadro normativo è completato dall'art. 125, che introduce una disciplina speciale per le infrastrutture strategiche (oggi estesa a tutti i contratti finanziati con risorse PNRR). Il comma 3 stabilisce, infatti, che, tranne i casi di violazioni gravi, l'annullamento dell'aggiudicazione non determina l'inefficacia del contratto e che la tutela del soggetto pretermesso avviene solo per equivalente. Ne consegue quindi la sottrazione al giudice per questa tipologia di appalti di quel potere discrezionale che invece ordinariamente ha in ordine alla permanenza degli effetti del contratto.

Il rimedio dell'inefficacia previsto dal legislatore in materia di appalti non trova una collocazione nell'ambito delle tradizionali categorie civilistiche. Nel diritto civile l'inefficacia è, infatti, categoria neutra: esistono contratti validi ma inefficaci (es. quelli sottoposti a condizione) o che possono divenire relativamente inefficaci (es. all'esito di un'azione revocatoria o di un'azione di riduzione da parte del legittimario), così come esistono contratti invalidi che sono provvisoriamente efficaci (il contratto annullabile) o ancora contratti invalidi e inefficaci ab origine (il contratto nullo).

Si ritiene, pertanto, che quello in esame sia un rimedio speciale, tipico dei contratti pubblici, anche per la particolarità del potere che viene attribuito al giudice (specie nei casi di violazione non grave) dalla cui valutazione dipenda, in ultima istanza, la sorte del contratto.

Dall'esame di questa disciplina emerge, quindi, come il legislatore contempli diverse ipotesi di conservazione del contratto. La prima è l'irretrattabilità ex lege di cui all'art. 125 co. 3, c.p.a. (infrastrutture strategiche e appalti PNRR); la seconda è, in caso di violazione gravi, la possibilità di riscontrare esigenze imperative di interesse generale che impongono la conservazione; la terza (forse la più ampia) è la possibilità di decidere, caso per caso, se la violazione non è grave, tra la tutela in forma specifica e la tutela per equivalente.

A ciò si aggiunge l'eventualità che l'annullamento dell'aggiudicazione non intervenga in tempo utile, cioè prima che il contratto sia stato eseguito in tutto o in parte tale da rendere non più appetibile l'eventuale subentro da parte dell'operare economico pretermesso.

In questi casi, il concorrente pretermesso ha diritto al risarcimento del danno, in primis verso la stazione appaltante che lo ha provocato attraverso l'aggiudicazione illegittima. Il danno consiste nella perdita del contratto e quindi del profitto che la sua esecuzione avrebbe procurato. Peraltro, proprio al fine di rendere la tutela per equivalente un rimedio effettivo e realmente alternativo rispetto ad una tutela in forma specifica non sempre conseguibile, la Corte di giustizia ha chiarito che la responsabilità da aggiudicazione illegittima prescinde dalla colpa e sussiste per il solo fatto che il soggetto dimostri che senza il vizio avrebbe conseguito l'aggiudicazione (o avrebbe avuto un'apprezzabile chance di conseguirla).

2.2 Rapporto tra subentro e risarcimento del danno

Come appena visto, la disciplina contenuta negli artt. 121 – 125 prevede regole particolari applicabili alle controversie relative alle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, con

particolare riferimento alla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione e alle conseguenti forme di tutela. L'art. 124, in particolare, individua i rapporti tra le varie domande astrattamente proponibili dal soggetto leso. Presupposto per l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto, da parte del ricorrente, è che questo sia dichiarato inefficace ai sensi degli artt. 121 e 122. **Nel caso in cui il giudice ritenga di non dichiarare l'inefficacia del contratto, disporrà il risarcimento del danno per equivalente.** La mancata proposizione della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto o il non rendersi disponibile a subentrare nel contratto, senza giustificato motivo, è valutata dal giudice ai sensi dell'art. 1227 c.c., in tema di concorso colposo del debitore.

Per quanto concerne i rapporti tra le varie azioni esperibili, si osserva in giurisprudenza che all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione di un contratto pubblico di appalto consegue l'accoglimento della domanda principale di risarcimento in forma specifica di subentro della ricorrente nel contratto, che potrà avere concreta efficacia dopo la verifica da parte della stazione appaltante sia del possesso in capo alla ricorrente dei requisiti di ammissione alla gara che della congruità della sua offerta economica. Dall'accoglimento della domanda risarcitoria in forma specifica discende l'improcedibilità della domanda di risarcimento finalizzata al ristoro del danno curriculare (T.A.R. Basilicata, n. 590/2016).

Il rapporto tra le azioni di tutela in forma specifica di subentro e di risarcimento del danno risultano, quindi, di alternatività, nel senso che il ricorrente può ottenere, alternativamente, in caso di dichiarazione di inefficacia del contratto, il subentro nello stesso, con esclusione del risarcimento del danno, ovvero, solo in caso di mancato accoglimento della prima domanda, il risarcimento del danno.

Tuttavia, in caso di accoglimento della domanda di subentro, con la già avvenuta parziale esecuzione del contratto, il ricorrente vedrà comunque l'accoglimento della domanda risarcitoria, per tale parte del contratto, dando luogo ad un rapporto di convivenza tra le due azioni. Sul punto, T.A.R. Napoli, (Campania) sez. V, 14/04/2023, n.2307.

L'Amministrazione, in caso di subentro di altro operatore economico nel contratto di appalto, è tenuta a risarcire il danno per equivalente, rapportato al lucro cessante, per la parte in cui il contratto non potrà essere eseguito dal subentrante “in caso di esito positivo delle verifiche preliminari al subentro nel contratto di appalto, per la parte in cui il contratto non potrà essere eseguito dall'operatore economico subentrante, l'Amministrazione dovrà corrispondere allo stesso il risarcimento del danno per equivalente, rapportato al lucro cessante, limitato al solo mancato profitto, vale a dire l'utile che l'impresa avrebbe ricavato, in base alla formulata proposta negoziale ed alla propria struttura dei costi, dall'esecuzione del contratto”.

In generale, sui rapporti tra le azioni a tutela in caso di illegittima mancata aggiudicazione: Consiglio di Stato sez. V, 07/11/2022, n.9785 <<Secondo la giurisprudenza (ex multis Adunanza Plenaria n. 2 del 2017; Cds. Sez.V, 1803/2021) nella materia dei contratti pubblici, l'illegittimità dell'azione amministrativa, che si sia risolta nell'annullamento dell'aggiudicazione, prospetta – alla stregua dell'art. 124 cod. proc. amm.– una articolata struttura remediale rimessa, in base all'ordinario canone dispositivo, alla domanda di parte (cfr. artt. 30, 40, comma 1 lettere b) ed f), 41 e 64 cod. proc. amm., in relazione all'art. 99 cod. proc. civ. e 2907 cod. civ.).

In particolare – contestualmente alla impugnazione, a mezzo di “azione di annullamento” (art. 29 cod. proc. amm.), ad esito prospetticamente demolitorio, dei “provvedimenti concernenti le procedure

di affidamento” (art. 119, comma 1 lettera a) e 120 cod. proc. amm.) – è rimessa all’impresa pregiudicata l’opzione:

a) per una “tutela in forma specifica”, a carattere integralmente soddisfacente, affidata alla ‘domanda di conseguire l’aggiudicazione e il contratto’ (art. 124, comma 1, prima parte), il cui accoglimento: a1) postula, in negativo, la sterilizzazione ope judicis, in termini di “dichiarazione di inefficacia”, del contratto eventualmente già stipulato inter alios (essendo, per ovvie ragioni, preclusa la reduplicazione attributiva dell’unitario bene della vita gestito dalla procedura evidenziale); a2) richiede, in positivo, un apprezzamento di spettanza in termini di diritto al contratto, con la certezza che, in assenza del comportamento illegittimo serbato dalla stazione appaltante, il ricorrente si sarebbe senz’altro aggiudicato la commessa;

b) per un “risarcimento del danno per equivalente” (art. 124, comma 1, seconda parte), e cioè: b1) sia nel caso in cui il giudice abbia riscontrato l’assenza dei presupposti per la tutela specifica (e, in particolare, non abbia ravvisato, ai sensi degli artt. 121, comma 1 e 122 cod. proc. amm., i presupposti per dichiarare inefficace il contratto stipulato ovvero, sotto distinto profilo, non abbia elementi sufficienti a formulare un obiettivo giudizio di spettanza); b2) sia nel caso in cui la parte abbia ritenuto di non formalizzare la domanda di aggiudicazione (né si sia resa comunque “disponibile a subentrare nel contratto”, anche in corso di esecuzione), nel qual caso la “condotta processuale” va anche apprezzata in termini concausali (cfr. art. 124, comma 2, in relazione al richiamato art. 1227 cod. civ.)>>.

Naturalmente, l’opzione per il risarcimento per equivalente non ha alternative quante volte il contratto sia stato, in pendenza di lite, parzialmente eseguito e ne sia risultata impossibile per il resto l’esecuzione, di tal che non ne è (più) postulabile, per definizione, la declaratoria di inefficacia.

3. Risarcimento del danno per equivalente

La giurisprudenza, in materia risarcimento per equivalente da mancata aggiudicazione ha sancito taluni principi che vale la pena di rammentare:

a) che **la relativa imputazione opera in termini obiettivi**, che prescindono dalla colpa della stazione appaltante, in quanto – in conformità alle indicazioni di matrice eurounitaria – la responsabilità assume, nella materia de qua, una coloritura funzionale compensativo-surrogatoria a fronte della impossibilità di conseguire l’aggiudicazione del contratto (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 15 aprile 2019, n. 2429; Id., sez. V, 19 luglio 2018, n. 4381);

b) che – come positivamente chiarito dall’art. 124, comma 1 cpa, che fa riferimento al danno “subito e provato” – **è onere del concorrente danneggiato offrire compiuta dimostrazione dei relativi presupposti, sia sul piano dell’an che sul piano del quantum, atteso che, in punto di tutela risarcitoria, l’ordinario principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal c.d. metodo acquisitivo proprio dell’azione di annullamento ex art. 64, commi 1 e 3 cod. proc. amm., che si giustifica solo in quanto sussista la necessità di equilibrare l’asimmetria informativa tra Amministrazione e privato** (cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2017, n. 3448);

c) che **non compete il ristoro del danno emergente**, posto che i costi per la partecipazione alla gara sono destinati, di regola, a restare a carico del concorrente (il quale, perciò, può pretendere il ristoro solo allorché lamenti, in chiave di responsabilità precontrattuale, di averli inutilmente sostenuti per essere stato coinvolto, in violazione delle regole di correttezza e buona fede, in una trattativa inutile),

onde il cumulo con l'utile prospetticamente derivante, in caso di mancata aggiudicazione, dalla esecuzione della commessa darebbe vita ad un ingiustificato arricchimento (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2019, n. 5803; Id., sez. VI, 15 settembre 2015, n. 4283; Id., sez. III, 25 giugno 2013, n. 3437; Id., sez. III, 14 dicembre 2012, n. 6444);

d) che spetta, per contro, **il lucro cessante**, che si identifica con il c.d. interesse positivo e che ricomprende: d1) il **mancato profitto**, cioè a dire l'utile che l'impresa avrebbe ricavato, in base alla formulata proposta negoziale ed alla propria struttura dei costi, dalla esecuzione del contratto; d2) il **danno c.d. curriculare**, derivante dall'impossibilità di arricchimento della propria storia professionale ed imprenditoriale, con conseguente potenziale perdita di competitività in relazione a future occasioni contrattuali;

e) che, relativamente alla prima posta risarcitoria, deve escludersi l'ancoraggio forfettario alla misura del dieci per cento dell'importo a base d'asta: e ciò sia perché detto criterio esula storicamente dalla materia risarcitoria, non avendo fondamento la presunzione che la perdita sia, secondo un canone di normalità, ancorata alla ridetta percentuale, sia perché l'art. 124 cit. va inteso nel senso della rigorosa incombenza, a carico del danneggiato, di un puntuale onere di allegazione e di dimostrazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2017, n. 2184; Id., Ad. plen, 2 maggio 2017, n. 2), sicché il ricorso alla valutazione equitativa può essere riconosciuto solo in caso di impossibilità o di estrema difficoltà a fornire prova in relazione all'ammontare preciso del danno patito (Cons. Stato, Sez. V, 26 luglio 2019, n. 5283);

f) che, ai fini della base di calcolo della percentuale per il mancato utile, non si può prendere a riferimento l'importo posto a base della gara, dovendo aversi riguardo al margine di utile effettivo, quale ricavabile dal ribasso offerto dall'impresa danneggiata;

g) che, inoltre, il valore del mancato utile può essere integralmente ristorato solo laddove il danneggiato possa dimostrare di non aver potuto utilizzare i mezzi o le maestranze in altri lavori; e ciò perché, in assenza di suddetta prova, in virtù della presunzione per cui chi partecipa alle gare non tiene ferme le proprie risorse ma le impiega in altri appalti, lavori o servizi, l'utile così calcolato andrà decurtato in ragione **dell'aliunde perceptum vel percipiendum**, in una misura percentuale variabile (cfr. Cons. Stato, ad. plen. n. 2/2017 cit.; Cons. giust. amm. 6 novembre 2019 n. 947) che tenga, in concreto, conto della natura del contratto, del contesto operativo di riferimento, delle risorse nella ordinaria disponibilità del concorrente, della sua struttura dei costi, della sua storia professionale e del presumibile livello di operatività sul mercato, potendo, a tal fine, addivenirsi anche – nel caso di mancato assolvimento dell'onere dimostrativo ed in presenza di elementi indiziari che evidenzino l'impossibilità di ricorso cumulativo alle risorse strumentali – all'azzeramento del danno potenzialmente riconoscibile (Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2020, n. 7262; Id., sez. V, 23 agosto 2019, n. 5803);

h) che anche il danno curriculare, ancorato alla perdita della specifica possibilità concreta di incrementare il proprio avviamento per la parte relativa al curriculum professionale, da intendersi anche come immagine e prestigio professionale, al di là dell'incremento degli specifici requisiti di qualificazione e di partecipazione alle singole gare, deve essere oggetto di puntuale dimostrazione, ancorata h1) alla perdita di un livello di qualificazione già posseduta ovvero alla mancata acquisizione di un livello superiore, quale conseguenze immediate e dirette della mancata aggiudicazione; h2) alla mancata acquisizione di un elemento costitutivo della specifica idoneità tecnica richiesta dal bando oltre la qualificazione SOA (cfr. Cons. Stato, sez. III, 15 aprile 2019, n. 2435; Id., sez. IV, 7 novembre 2014, n. 5497), sicché solo all'esito di tale dimostrazione, relativamente all'an, è possibile procedere

alla relativa liquidazione nel quantum (anche a mezzo di forfettizzazione percentuale applicata sulla somma riconosciuta a titolo di lucro cessante: cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2019, n. 5803) e sempre che non debba ritenersi che, trattandosi di impresa leader nel settore di riferimento, l'aver conseguito già un curriculum di tutto renda la mancata aggiudicazione di un appalto non idonea, per definizione, ad incidere negativamente sulla futura possibilità di conseguire le commesse economicamente più appetibili e, più in generale, sul posizionamento dell'impresa nello specifico settore di mercato in cui è chiamata ad operare (Cons. Stato, Sez. V, 28 gennaio 2019, n. 689);

i) che, infine, il complessivo importo riconosciuto va incrementato, trattandosi di debito di valore, della rivalutazione monetaria (a decorrere dalla data di stipula del contratto fino all'attualità), e degli interessi legali sulla somma di anno in anno rivalutata, fino all'effettivo soddisfo (Cons. Stato, sez. III, 10 luglio 2019, n. 4857)”

3.1 Ottemperanza per equivalente

Può peraltro accadere che nelle more del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione del giudicato che ordini il subentro, la prestazione divenga impossibile per l'avvenuta esecuzione dell'appalto.

In tal caso viene in rilievo la possibilità che in fase esecutiva il risarcimento in forma specifica si traduca in un risarcimento per equivalente.

Della questione si è occupata l'Adunanza Plenaria che, con la pronuncia n. 2/2017, ha affermato importanti principi con riguardo al giudizio di ottemperanza e all'art. 112, co. 3, c.p.a. nella versione modificata con il d.lgs. n. n. 195/2011.

La disposizione prevede infatti che «Può essere proposta, anche in unico grado dinanzi al giudice dell'ottemperanza, azione di condanna al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza, nonché azione di risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione».

Nel caso esaminato dall'A.P. l'opera era stata ultimata nelle more della pubblicazione della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione che ordinava il subentro, divenuto, quindi, impossibile.

Secondo il Consiglio di Stato:

“14. Il legislatore ha qualificato espressamente questo rimedio in termini di "azione di risarcimento dei danni", evocando, così, l'istituto della responsabilità civile. Tuttavia, rispetto al tradizionale risarcimento del danno, l'azione in esame presenta significativi profili di peculiarità.

In primo luogo, il presupposto del rimedio è individuato nell'esistenza di un danno (anche solo) «connesso all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato». È significativo evidenziare che l'art. 112, comma 3, c.p.a. distingue il danno "connesso" all'impossibilità (o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica del giudicato) da quello derivante dalla violazione o elusione del giudicato, indicato, subito dopo, come distinto presupposto per l'esercizio dell'azione.

Rispetto alla formulazione originaria dell'art. 112, comma 3, c.p.a. (prima della novella introdotta dal d.lgs. n. 195 del 2011), il principale profilo di novità è proprio questo: l'avere, cioè, esteso il rimedio alle ipotesi in cui il danno, pur in assenza di violazione o elusione del giudicato, è comunque "connesso" all'impossibilità di ottenerne l'esecuzione in forma specifica.

Il legislatore, dunque, ha fatto riferimento ad una impossibilità di esecuzione che trova la sua causa in un fatto diverso dalla violazione o elusione del giudicato, prevedendo l'azione di risarcimento del danno - e non un semplice indennizzo - anche nel caso in cui, pur non configurandosi un inadempimento, non è comunque possibile attuare il giudicato.

15. Da questo punto di vista, la norma ha una portata non solo processuale (che si traduce nell'ammissibilità, nelle ipotesi indicate, dell'azione risarcitoria in sede di ottemperanza, anche quando questa si svolge in unico grado dinnanzi al Consiglio di Stato), ma anche sostanziale, perché, in deroga alla disciplina generale della responsabilità civile, ammette una forma di responsabilità che prescinde dall'inadempimento imputabile alla parte tenuta ad eseguire il giudicato.

La deroga, in particolare, è al regime della responsabilità da inadempimento dell'obbligazione come delineato dall'art. 1218 c.c.

Dal giudicato amministrativo, infatti, almeno quando esso, come nel caso di specie, riconosce la fondatezza della pretesa sostanziale, esaurendo ogni margine di discrezionalità nel successivo esercizio del potere, nasce *ex lege*, in capo all'amministrazione (ed in certi casi anche in capo alle parti private soccombenti) un'obbligazione, il cui oggetto (la prestazione) consiste proprio nel concedere "in natura" (cioè in forma specifica) il bene della vita di cui è stata riconosciuta la spettanza. E che si tratti di obbligazione il cui inadempimento è assoggettabile al regime dell'inadempimento contrattuale è confermato dalla prescrizione decennale della relativa azione.

In base all'art. 1218 c.c., il debitore si libera dall'obbligazione se prova che l'inadempimento è stato determinato da una impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. La disciplina dell'art. 1218 c.c. trova riscontro nell'art. 1256 c.c., secondo cui l'obbligazione si estingue, invece, quando la prestazione diventa impossibile per una causa non imputabile al debitore.

Rispetto alla disciplina civilistica dell'inadempimento dell'obbligazione così sommariamente richiamata, l'art. 112, comma 3, c.p.a. introduce un elemento di specialità, perché dispone che l'impossibilità derivante da causa non imputabile (non dovuta cioè a violazione o elusione del giudicato) non estingue l'obbligazione, ma la converte, ex lege, in una diversa obbligazione, di natura "risarcitoria", avente ad oggetto l'equivalente monetario del bene della vita riconosciuto dal giudicato.

16. Quella che la norma presuppone è, dunque, una forma di responsabilità che, nei casi di impossibilità non imputabile a violazione o elusione del giudicato, presenta i caratteri della responsabilità oggettiva, perché non è ammessa alcuna prova liberatoria fondata sulla carenza dell'elemento soggettivo (dolo o colpa), che, invece, necessariamente connota le ipotesi di violazione o elusione del giudicato; potendo la responsabilità essere esclusa solo per la insussistenza (originaria) o il venir meno del nesso di causalità, il cui onere probatorio grava sul debitore medesimo.

Viene così in rilievo un rimedio che assume una connotazione tipicamente compensativa: una sorta, in altri termini, di ottemperanza per equivalente (già conosciuta, del resto, nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale anteriore alla novella del 2011) che sostituisce l'ottemperanza in forma specifica nei casi in cui questa non sia più possibile. Essa si traduce nel riconoscimento dell'equivalente in denaro del bene della vita che la parte vittoriosa avrebbe avuto titolo di ottenere in natura in base al giudicato. Si ha, quindi, un rimedio alla impossibilità di esecuzione in forma specifica della sentenza, in un'ottica, per l'appunto, "rimediale" della tutela, quale si è andata delineando a partire dalle sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006 della Corte costituzionale.

La funzione sostitutiva del rimedio giustifica, allora, la scelta del legislatore sia di prevederne l'ammissibilità in sede di ottemperanza, anche in un unico grado, in quanto "connessa" all'impossibilità oggettiva di esecuzione del giudicato, sia di slegarla dal requisito della colpa, sia pure intesa, in tema di illecito della pubblica amministrazione, nella lettura "oggettiva" che ne dà la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea: trattandosi di una tutela che sostituisce l'ottemperanza non più possibile in forma specifica, essa soggiace, sia sul piano del rito, sia sul piano dei presupposti sostanziali, alle stesse regole dell'azione di ottemperanza (in forma specifica), che pure si caratterizza come rimedio "oggettivo", sganciato dalla prova del dolo o della colpa. È, in altri termini, una ragionevole scelta del legislatore in tema di allocazione del rischio della impossibilità di esecuzione del giudicato.

17. La nascita dell'obbligazione risarcitoria ex lege in conseguenza dell'impossibilità di eseguire il giudicato presuppone, comunque, la presenza, se non dell'elemento soggettivo, degli altri elementi minimi ed essenziali ai fini della configurazione di un illecito.

18. Tali elementi essenziali, significativamente necessari anche nelle ipotesi di responsabilità oggettiva, sono il rapporto di causalità e l'antigiuridicità della condotta.

Affinché sorga il rimedio di cui all'art. 112, comma 3, c.p.a., dunque, è necessario e al tempo stesso sufficiente che l'impossibilità di ottenere in forma specifica l'esecuzione del giudicato sia riconducibile, sotto il profilo causale, alla condotta del soggetto dal quale si pretende il risarcimento e che tale condotta non risulti assistita da una causa di giustificazione, la cui presenza precluderebbe l'insorgenza della responsabilità e, dunque, la nascita dell'obbligazione risarcitoria ex lege.

19. Ai fini del riscontro del nesso di causalità nell'ambito della responsabilità civile, si deve muovere dall'applicazione di principi generali dell'illecito, oggetto di particolare elaborazione nel diritto penale e che trovano, in quel codice, positiva espressione negli artt. 40 e 41 c.p., in forza dei quali un evento è da considerare causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo (c.d. teoria della *condicio sine qua non*), ferma restando, peraltro, la diversità del regime probatorio applicabile, in ragione dei differenti valori sottesi ai due processi: nel senso che nell'accertamento del nesso causale in materia civile (ed amministrativa) vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non", mentre nel processo penale vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio" (cfr. rispettivamente Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577 e Cass. pen., sez. un., n. 30328 del 2002).

Il rigore del principio dell'equivalenza delle cause, posto dall'art. 41 c.p., in base al quale, se la produzione di un evento dannoso è riferibile a più azioni od omissioni, deve riconoscersi ad ognuna di esse efficienza causale, trova, peraltro, il suo temperamento nel principio di causalità efficiente, desumibile dall'art. 41, comma 2, c.p., in base al quale l'evento dannoso deve essere attribuito esclusivamente all'autore della condotta sopravvenuta, solo se questa condotta risulti tale da rendere irrilevanti le altre cause preesistenti, ponendosi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto.

20. Venendo al regime probatorio, deve rilevarsi che in materia di responsabilità da inadempimento dell'obbligazione (quale è, come si è detto, la responsabilità da impossibilità di esecuzione del giudicato che riconosce la spettanza del bene della vita), il creditore ha il solo onere - ex art. 1218 c.c. - di allegare e provare l'esistenza del titolo (in questo caso rappresentato dal giudicato), e di allegare l'esistenza di un valido nesso causale tra la condotta della parte obbligata e la mancata attuazione del giudicato (cfr. Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533).

Spetta, viceversa, alla parte "debitrice", l'onere di provare il caso fortuito (inteso come specifico fattore capace di determinare autonomamente il danno), comprensivo del fatto del terzo (che abbia avuto efficacia causale esclusiva nella produzione del danno), rimanendo a suo carico il fatto ignoto in quanto inidoneo a eliminare il dubbio in ordine allo svolgimento eziologico dell'accadimento".

Ne risulta un quadro che tra giurisprudenza della CGUE, volta a garantire comunque il risarcimento del danno in caso di violazione delle norme della direttiva, e rimedi alternativi al subentro (potenziati anche dall'introduzione del principio del risultato), finisce per privilegiare la tutela per equivalente rendendola sostanzialmente immancabile.

4. L'azione di rivalsa

Nel contesto appena descritto c'è l'eventualità che le stazioni appaltanti si trovino, da un lato, a pagare il corrispettivo del contratto eseguito (nonostante l'illegittimità dell'aggiudicazione) e, dall'altro, a risarcire il danno da aggiudicazione ha dovuto risarcire al concorrente pretermesso.

Già prima del nuovo c.c.p., parte della giurisprudenza ipotizzava l'esperibilità di un'azione di ingiusto o ingiustificato arricchimento nei confronti dell'aggiudicatario illegittimo, volta a recuperare l'utile d'impresa (al netto dei costi sostenuti) correlato all'esecuzione del contratto.

Vi era infatti la previsione di cui all'art. 41, ultimo periodo del comma 2, c.p.a. a mente della quale "Qualora sia proposta azione di condanna, anche in via autonoma, il ricorso è notificato altresì agli eventuali beneficiari dell'atto illegittimo, ai sensi dell'articolo 102 del codice di procedura civile; altrimenti il giudice provvede ai sensi dell'articolo 49".

Infatti, mentre i costi sostenuti sono giustificati sul piano causale dall'esecuzione della prestazione di cui la p.a. ha comunque beneficiato, l'utile di impresa risulterebbe privo di giustificazione causale, non potendo questa rinvenirsi nel contratto che, sebbene "conservato", è frutto di un'aggiudicazione illegittima e quindi non più titolo idoneo a giustificare il margine di profitto in capo all'impresa che lo ha eseguito.

Questa prospettiva si rafforza con il nuovo codice dei contratti pubblici che prevede espressamente un'azione di rivalsa esperibile dalla stazione appaltante che ha risarcito il danno. Il nuovo codice dei contratti pubblici, approvato con d.lgs. 31 marzo 2023, 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 in favore della stazione appaltante, avuto particolare riguardo all'azione di rivalsa.

Sempre il codice dei contratti pubblici devolve questa azione alla cognizione e alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 209, lett. d, che ha novellato l'art. 124 c.p.a.).

La configurabilità di una "responsabilità" dell'aggiudicatario illegittimo (e forse, più in generale, di chi ha conseguito attraverso un provvedimento annullato un beneficio economico spettante ad altri), sembra confermata dall'art. 41, co. 2, c.p.a. che prevede che la domanda risarcitoria venga notificata anche agli eventuali beneficiari dell'atto illegittimo. La prescrizione di un contraddittorio nei confronti del beneficiario dell'atto illegittimo, a detta di alcuni interpreti, trova la sua ratio proprio nella possibilità che, in caso di accoglimento della domanda risarcitoria, costui potesse poi essere destinatario di una domanda di rivalsa da parte della p.a., analogamente a quanto ora stabilisce il c.c.p. per l'aggiudicatario illegittimo.

L'azione di rivalsa, oltre a coordinarsi con la coeva modifica dell'art.124 c.p.a. (dove 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 dell'amministrazione è oggettiva e, talvolta, prescinde anche dall'originaria adozione di un provvedimento illegittimo.

L'azione di rivalsa della stazione appaltante, citata dall'art. 5 co 4 del nuovo Codice dei contratti pubblici, esplicita due distinte azioni:

1) in caso di aggiudicazione illegittima, vi è responsabilità “concorrente” tra stazione appaltante (o ente concedente) e operatore economico nei confronti del terzo pretermesso;

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.

Ciò posto, occorre chiarire quale sia l'esatta portata del termine “rivalsa”.

Secondo una parte della dottrina, 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 tenuto ciascuno dei coeredi verso il creditore ereditario (art. 754 c.c.).

Altri osservano che, sulla base dell'impiego del termine “rivalsa” in luogo di “regresso” nonché del principio del risultato (art. 1 del nuovo codice), 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, in modo integrale su quell'operatore economico che l'abbia spinta ad assumere un'aggiudicazione invalida. Conformemente al principio del risultato, 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 è condivisa da altra parte della dottrina che non attribuisce nessuna conseguenza giuridica 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 sarebbe 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..

4.1 Natura dell'azione di rivalsa

L'art. 2041 c.c. (*“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 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.

In particolare, avuto riguardo al presupposto indicato dalla lettera c), 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 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).

Premesso quanto enunciato sopra, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n. 2/2017, 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, nella specifica fattispecie affrontata dall'Adunanza Plenaria, l'azione di rivalsa non è specificamente qualificata come azione di ingiustificato arricchimento, ma ne viene solo prospettata la sua astratta riconducibilità a diverse azioni, tra cui quella delineata dall'art. 2041 cc. Più specificamente il giudice, in quell'occasione “...non esclude che l'amministrazione, chiamata a risarcire il danno ai sensi dell'art. 112 co 3 c.p.a, possa vantare un'azione nei confronti del beneficiario che ha tratto vantaggio dal provvedimento illegittimo travolto dal giudicato. **Si tratti** di azione di regresso collegata a un'obbligazione risarcitoria di natura solidale o di azione di ingiustificato arricchimento per il disequilibrio causale derivante dal collegamento tra le posizioni sostanziali in gioco, essa secondo la disciplina sostanziale e processuale propria dell'azione che si ritenga esperibile - presupporrebbe l'accertamento (della sussistenza) della giurisdizione di questo giudice, della sua proponibilità nell'ambito del giudizio di ottemperanza, anzi che con azione ordinaria, ma, soprattutto, richiederebbe una domanda in tal senso dell'amministrazione.”

Inoltre, si aggiunge che nel caso di specie, poi, non occorre approfondire la segnalata problematica “per la dirimente considerazione che l'amministrazione non ha ritualmente proposto una domanda in tal senso, non potendosi, a tal fine, ritenere sufficiente che (come avvenuto nel presente giudizio) l'amministrazione si limiti, nella sola memoria difensiva, ad eccepire l'ingiustificato arricchimento dell'aggiudicatario o, comunque, ad invocare l'esclusiva o concorrente responsabilità di quest'ultimo nella causazione del danno”.

Pertanto, sulla scorta di tali osservazioni, si osserva che la generale azione di arricchimento, già di dubbia ammissibilità in passato, sarebbe da escludere 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, secondo la citata dottrina, 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 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, 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. sarebbero 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").

4.2 Quadro normativo attuale e spunti in tema di giurisdizione.

Sotto il profilo della tutela processuale, l'art. 5 co 4 d.lgs. n. 36/2023 è integrato dall'art. 124 c.p.a., nella parte in cui prevede che: *"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"*.

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.

La novella 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.

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 con la 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 potrebbe non valere, ma sul punto è immaginabile che sorgano dubbi consistenti, 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.

Occorre infatti per entrambe le opzioni con quanto stabilito dal Giudice delle leggi nella sentenza n. 204/2004 secondo cui il G.A. è giudice del potere e non dell’Amministrazione sicché non può fondarsi la giurisdizione sulla sola presenza dell’Amministrazione in giudizio. Nel caso dell’azione di rivalsa dell’Amministrazione sull’operatore illegittimo aggiudicatario, non si fa questione dell’esercizio di un potere, ma semmai di un comportamento posto in essere proprio dall’operatore economico e solo indirettamente (e nemmeno “mediatamente”) di un potere pubblico. La situazione sembra ancora più netta in favore della giurisdizione del GO rispetto a quella, assai nota, della responsabilità da provvedimento favorevole illegittimo.

A parere di chi scrive potrebbe invece tentarsi di fondare la devoluzione della giurisdizione al G.A. solo elaborando una nuova nozione di potere pubblico che non prenda in considerazione solo la forza autoritativa dell’Amministrazione pubblica, ma includa anche il contributo, quanto meno negli appalti pubblici, degli operatori economici che partecipano alla selezione, i quali, con il proprio comportamento integrano l’agere amministrativo, anche in base al riconoscimento normativo del principio della fiducia che varrebbe ad incorporare nelle determinazioni pubbliche anche gli apporti privati, quali espressione insieme alle volizioni dell’Amministrazione di quell’azione pubblica funzionalizzata che il nuovo codice dei contratti pare introdurre quale elemento di novità in grado di modificare il diritto vivente nel quale era stata adottata la pronuncia della Consulta n. 204/2004.

Trattasi di un mero spunto che andrebbe ulteriormente rimpolpato, ma occorre chiedersi se la stessa nozione di Amministrazione attiva nel campo dei contratti non si sia modificata aprendo ad uno scenario composito ed aperto al contributo delle imprese oggetto di una diretta responsabilizzazione per effetto dell’introduzione del principio della fiducia.