RIFLESSIONI EXTRAVAGANTI SUL CODICE DEI CONTRATTI [1]

Agatino Cariola
Professore Ordinario di Diritto Costituzionale nell'Università degli studi di Catania.

SOMMARIO: 1. Diritto amministrativo e processo nel settore dei contratti pubblici **- 2.** L'azione di rivalsa della p.a. nel nuovo codice dei contratti **- 3.** I blocchi di materie nelle attribuzioni giurisdizionali **- 4.** Il giudice amministrativo ed il risarcimento del danno **- 5.** I principi, in particolare quello del risultato, i prezziari ed il rispetto dei CAM **- 6.** Il problema della discrezionalità tecnica.

1. Diritto amministrativo e processo nel settore dei contratti pubblici

Ogni riflessione sull'azione amministrativa, a maggior ragione sui contratti pubblici, presuppone ed esige considerazioni di raggio più ampio in ordine al ruolo della p.a. e della stessa giurisdizione amministrativa.

Lo Stato e gli altri enti pubblici che agiscono sul mercato ne risultano i principali investitori: sono al tempo i soggetti regolatori delle attività economiche, e quindi – potrebbe dirsi – coloro che adottano le norme di riferimento e ne vigilano l'osservanza; ma soprattutto sono i protagonisti dell'assunzione e della distribuzione delle risorse.

Tanto è vero – se si consente qui una brevissima ed eccentrica notazione – una delle ragioni che oggi porta tanti studiosi a riflettere sulla crisi dello Stato è la capacità di quest'ultimo a mantenere il monopolio (non solo e non tanto della forza, ma) della capacità

1 Testo dell'intervento svolto al *Convegno su Efficienza ammnistrativa ed efficienza giudiziaria al servizio delle comunità territoriali. Convegno di Studi in memoria di Francesco Rapisarda*, Catania 11-12 dicembre 2023.
Un pensiero debbo rivolgere a Franco Rapisarda.
L'ho conosciuto nel 2003 per l'insistenza di Luigi Albino Lucifora.
Franco e Luigi avevano organizzato un convegno di giorni intensi sulla tutela delle situazioni giuridiche soggettive e Luigi voleva - come vuole tuttora - che i suoi amici fossero amici anche tra loro. Franco Rapisarda è stato quindi costretto a conoscermi.
Dalla primavera del 2003 al dicembre di quell'anno avemmo una lunga frequentazione. Ho imparato da Lui uno straordinario senso della tolleranza, non solo del rispetto delle idee altrui, ma la loro valorizzazione. Franco era intellettualmente assai vivace ed interessato: era curioso rispetto ad ogni innovazione e cercava di capirne il senso. Tante volte noto trentenni vecchi, che ripetono stancamente un déjà vu. Franco Rapisarda si scommetteva ogni mattina, era giovane perché aperto alle novità di ogni giorno. Per questo non riesco a cancellare il suo numero di telefono dalla mia agenda. Mi illudo di potergli parlare ancora ogni tanto e di avere un amico in riserva.

di regolare i rapporti economici ed, in fondo, di continuare ad essere il soggetto più "ricco". Giacché se lo Stato perdesse tale forza economica, dalla quale discendono tutti gli altri suoi poteri, sarebbe messa in pericolo o comunque sfidata la sua sovranità. Stanno a dimostrarlo i fenomeni di globalizzazione economica e di estrema difficoltà a regolarli (si pensi solo agli spostamenti di risorse decisi da investitori medio-grandi, ma anche alle condizioni di lavoro nei Paesi dai quali provengono i beni che l'Occidente utilizza, malgrado la sua pretesa di riconoscere dignità al lavoro in tutte le sue forme ed in tutti i suoi "luoghi", potrebbe dirsi). Ad essere sfidato è l'assetto democratico dello Stato costituzionale nell'esperienza che l'Occidente vorrebbe rendere modello universale, ma in termini più ampi è la sovranità intesa come *imperium* ad essere sfidata.

Ma allora parlare di diritto dei contratti pubblici, cioè di quelli in cui una delle parti è una p.a. ovvero in cui si tratta di utilizzare risorse pubbliche, significa per definizione porsi al centro dello Stato amministrativo contemporaneo. Se quest'ultimo ha ragione di esistere, lo è oggi sempre di più per il suo ruolo economico, al di là della distinzione tra *Eingriffsverwaltung* e *Leistungsverwaltung*, che è stata una specie di *refrain* delle riflessioni sul diritto amministrativo nei decenni scorsi, ma che è solo una rappresentazione delle diversità dei compiti amministrativi. Il fatto è che il diritto amministrativo è divenuto diritto dell'economia, puramente e semplicemente. E qui si tratta di valutare se possano o debbano valere per i contratti pubblici principi e regole diversi da quelli noti ed applicati al diritto privato inteso quale diritto comune a tutti gli operatori economici, soggetti pubblici compresi. In fondo, la specialità del diritto amministrativo sta tutta qui. Ma questo comporta di volta in volta di valutare la coerenza delle soluzioni in concreto adottate nel confronto tra loro e rispetto al modello che si assume generale.

Certo, penso che nessuno ritenga oggi di prossimo avveramento la tesi di M.S. Giannini sulla formazione di un diritto comune con sole alcune espressioni di specialità. Il diritto amministrativo paritario secondo la lezione di Benvenuti ha trovato manifestazione, ad esempio, nella riscrittura dell'art. 1 della legge n. 241/1990, ma rimane di fatto solo un auspicio. La realtà è che, per un verso, il diritto privato comune vede tante specializzazioni (diritto dell'impresa, dei consumatori, dei creditori in crisi, ecc.). Per altro verso il diritto amministrativo si mostra assai restio ad essere ricondotto puramente e semplicemente alle regole del diritto privato. Probabilmente la storia non vede un unico percorso lineare verso il diritto comune nei rapporti tra p.a. e cittadini; forse va in maniera laica riconosciuto che ci si muove secondo la logica del pendolo con periodi storici in cui prevale la tendenza all'omogeneità ed altri in cui è netta la differenziazione dei rapporti giuridici. Ma la realtà è che oggi il diritto amministrativo conserva un'intensa specialità anche nel campo degli interventi in economia come sono, per l'appunto, le vicende di affidamento di appalti. A siffatto esito conduce, tra l'altro ed in misura significativa, l'esistenza ed il continuo estendersi della giurisdizione amministrativa.

Anche a questo proposito è pressoché scontato rilevare che la disciplina dei contratti pubblici si accompagna a quella sul processo e sul giudice amministrativo: regolare il rapporto tra p.a. e contraenti significa anche attribuire al giudice amministrativo il compito di conoscere di siffatto rapporto ed, in definitiva, di conformarlo sin dalla sua origine con

riflessi sulla sua esecuzione (artt. 121, comma 3, e 122 del d.lgs. n. 104/2010). Non a caso il d.lgs. n. 36/2023 è intervenuto sulla disciplina del processo.

Quello amministrativo non è più (o non è più solo) il giudice della funzione pubblica, ma sempre più il regolatore dei servizi pubblici e dei rapporti economici che vedono parti le strutture pubbliche le quali sono i maggior investitori e quindi i protagonisti assoluti del mercato, e che si portano dietro le proprie regole.

Epperò, il riferimento al diritto privato si fa istanza di coerenza dell'ordinamento. La specialità del diritto amministrativo e del suo processo è sempre da misurare alla stregua del principio di eguaglianza, che assume sì di volta in volta le forme del giudizio di razionalità, di quello di ragionevolezza, al limite quello di tollerabilità delle soluzioni adottate, che ammette regimi particolari per la p.a. e che consente decisioni diversificate, ma rimane sempre quale sollecitazione alla costruzione ordinata del sistema giuridico, di criterio di valutazione delle sue singole regole come anche della loro applicazione nelle più varie fattispecie.

Tra i presupposti dello Stato di diritto il principio di eguaglianza concerne anche l'attività pubblica, è a fondamento della responsabilità della p.a. (l'art. 28 Cost., in realtà, riguarda gli effetti della responsabilità dell'amministrazione sui suoi agenti, ma sottintende quest'ultima come anche gli artt. 24 e 113 Cost., perché far valere in giudizio un diritto soggettivo contro la p.a. significa spesso per l'appunto reclamare la reintegrazione della sfera patrimoniale lesa da un'attività illecita della stessa). Il riferimento all'art. 3 Cost. impone di giustificare non la responsabilità della p.a., ma le possibili deviazioni rispetto al modello privatistico (e sempre con l'avvertenza che anche in questo campo esistono sistemi di responsabilità diversi per i produttori, per i professionisti, per gli esercenti attività sanitaria, ecc.).

Ciò è, del resto, quanto richiesto dalla Corte di giustizia europea allorché da tanto tempo ormai ha precisato che anche la responsabilità dello Stato non può essere fatta valere a condizioni e nel rispetto di requisiti più rigorosi di quelli utilizzati nei rapporti di diritto interno, puntando l'attenzione sui principi di equivalenza e di effettività, sul punto per tutti la sentenza 26 gennaio 2010, in causa C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL*.

In altri termini, il principio di eguaglianza non esige sempre di far applicare alla p.a. le regole elaborate per altri rapporti in maniera per così dire automatica, ma rappresenta la chiave per valutare se le soluzioni apprestate nei diversi settori dell'ordinamento siano ragionevoli e coerenti, e ciò vale sia per la fase di predisposizione delle norme che per quella della loro applicazione in un *continuum* che vede sì l'intervento di giurisdizioni diverse, ma dovrebbe essere almeno ispirato da una cultura giuridica costituzionalmente orientata, cioè rivolta a guardare con spirito critico le soluzioni apprestate dal legislatore e non solo ad applicarle. Il punto è se guardare ai rapporti economici tra p.a. e soggetti privati dal punto di vista dell'ente pubblico (e concretamente in chiave difensiva della sua burocrazia, come dimostra la volontà di preservare gli spazi di cd discrezionalità tecnica, sulla quale ci si soffermerà ancora), ovvero da quello dell'imprenditore privato che contratta con la p.a. ed, allora, fa affidamento sulla sua condotta ed, in caso di lesione, della propria sfera patrimoniale, richiede che essa vada pienamente reintegrata.

2. L'azione di rivalsa della p.a. nel nuovo codice dei contratti

Le osservazioni precedenti non appaiono peregrine, perché sono di introduzione alla considerazione di alcuni profili problematici della disciplina introdotta dal nuovo codice dei contratti.

Il d.lgs. 36/2023, sebbene in attuazione delle medesime direttive europee che avevano al tempo ispirato la redazione del d.lgs. 50/2016, risulta formulato in maniera decisamente innovativa perché inizia con l'enunciazione di alcuni principi (art. 1-11), a cominciare da quello di risultato, i quali intendono indirizzare l'attività delle amministrazioni e quasi dar vita ad un'epoca nuova nella contrattualistica pubblica. Ed è subito da notare che tali principi più che all'amministrazione, si rivolgono al giudice di quest'ultima.

Così, per iniziare con l'analisi di taluni punti, agli artt. 5 e 117 si è codificata un'azione di rivalsa della p.a. verso l'aggiudicatario "indebito" che risulta del tutto nuova. Se si pone mente a taluni passaggi di Ap n. 20/2021, per i redattori del codice è pressoché naturale che l'azione si svolga davanti il giudice amministrativo, come poi confermato dal "ritoccato" art. 124 del codice del processo amministrativo, per il quale quel «*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*». Epperò, all'art. 117, comma 12, il codice dei contratti parla di «*indebito arricchimento*». Allora la sede giurisdizionale "naturale" ex art. 25 Cost. per la cognizione avrebbe dovuto essere quella ordinaria e qui il discorso si complica di molto.

Si assiste, infatti, all'introduzione di una nuova fattispecie di giurisdizione esclusiva: le controversie di cui all'art. 133, lett. e, n. 1, appunto quelle risarcitorie a seguito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, si estendono anche alle azioni della p.a. verso terzi. E questo, se da un lato è un portato della giurisdizione esclusiva, per altro verso è una vera e propria innovazione sistematica che avrebbe meritato maggior risalto e non un'introduzione in modalità pressoché velata.

Che nei rapporti assegnati alla giurisdizione esclusiva – ad esempio in quelli derivanti da accordi sostitutivi del provvedimento come spesso accade in materia urbanistica – l'amministrazione abbia pretese di natura economica da esercitare nei confronti dei soggetti privati, è fattispecie che ricorre e che vede per l'appunto la cognizione del giudice amministrativo. Lo stesso art. 118 del d.lgs. n. 104/2010 è formulato in termini ampi a mezzo del rinvio alla disciplina del codice di procedura civile e l'espressione «*diritti soggettivi di natura patrimoniale*» è così comprensiva delle pretese di ordine economico in capo a tutti i soggetti del rapporto amministrativo, che la richiesta di attivazione del procedimento di ingiunzione può provenire anche dai soggetti pubblici.

Ma il codice dei contratti pubblici ha introdotto ora azioni risarcitorie e di rivalsa della stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico che non sono proprie solo del settore degli appalti, ma potrebbero investire tutti i rapporti che vedono parte una p.a. Vicende analoghe a quelle ricorrenti nel campo degli appalti potrebbero integrarsi, ad esempio, riguardo a procedure concorsuali nel pubblico impiego (per quello che è rimasto alla giurisdizione amministrativa, art. 63 d.lgs. n. 165/2001) ed in generale nelle materie di giurisdizione esclusiva indicate dall'art. 133 cpa.

Voglio dire che la sede per introdurre tali azioni sarebbe stata quella del capo secondo del titolo terzo del codice del processo, cioè quello dedicato alle azioni esperibili avanti il giudice amministrativo (artt. 29-31), e non nella parte specifica dei contratti.

Anche perché altrimenti lo strumento improprio per responsabilizzare il privato che adotta un comportamento illecito e contrario al dovere di correttezza rimane quello piuttosto grezzo della condanna alle spese ex art. 96 cpc per responsabilità aggravata, come fatto da Cga n. 518/2006, che ha condannato l'impresa illegittimamente aggiudicataria a risarcire i danni procurati all'operatore economico che ne avrebbe avuto diritto a conseguire e svolgere la commessa. In quell'occasione una ditta aveva ricevuto l'aggiudicazione di un servizio e lo aveva svolto sulla base di un provvedimento cautelare monocratico ottenuto in primo grado la cui esecuzione aveva prodotto una situazione irreversibile. La decisione di appello sul merito ha configurato a carico dell'impresa che aveva chiesto ed ottenuto la misura cautelare la fattispecie di responsabilità processuale aggravata ex art. 96, comma 2, cpc per aver agito senza la normale prudenza, anche se ha riconosciuto in capo all'impresa (risultata ingiustamente aggiudicataria) solo una colpa lieve. La responsabilità ex art. 96 cpc ha coperto il danno emergente nell'importo dei costi sostenuti per la partecipazione alla gara e l'avvio della prestazione del servizio, ed il lucro cessante «*quantificato in misura pari al 10% del valore dell'appalto al quale va applicato il ribasso offerto*» secondo il criterio frequentemente adoperato per la liquidazione di tale posta di danno. Al tempo si è trattato di una decisione veramente innovativa perché ha inteso quale fonte di responsabilità la domanda rivolta al giudice, che in sede cautelare aveva apprezzato la sua fondatezza. È vero che l'art. 96 cpc è formulato in maniera così ampia da includere ogni vicenda, ma è pure vero che l'adozione di misure cautelari presuppone un vaglio da parte del giudice il quale, allora, non può all'esito della vicenda ritenersi del tutto estraneo alla produzione del danno.

Quella "vecchia" sentenza è da segnalare perché ha visto il rapporto amministrativo non con due soggetti (p.a. e privato), ma almeno con tre, cioè tra quelli che si contendono il bene della vita conseguibile a mezzo dell'esercizio del potere amministrativo e che, spesso, sono gli antagonisti più motivati anche in sede processuale. Quella decisione ha riconosciuto l'esistenza di un rapporto diretto - *rectius*: conflitto - tra gli operatori economici che oltretutto risulta per intero conseguenza del passaggio tante volte e da tante parti esaltato del giudizio amministrativo, appunto, dall'atto al rapporto. E nel rapporto i soggetti sono spesso tre.

Ora, l'azione di rivalsa è stata canonizzata nel codice dei contratti, anche se si è notato la *sedes materiae* più propria sarebbe stata quella del processo nelle sue disposizioni di carattere generale. E per come configurata nel riscritto art. 124 cpa tale azione di rivalsa vede sempre come perno la p.a. che chiede al giudice (non si comprende se in via necessariamente riconvenzionale, per così dire, o anche in via diretta) il risarcimento del danno subito o il rimborso di quanto abbia dovuto pagare a terzi. Al contrario, essa è il naturale punto di approdo del giudizio amministrativo quale cognizione integrale del rapporto e la sua previsione può riguardare non solo il campo dei contratti, ma in generale tutti quelli di attività amministrativa.

Rimane il dubbio che siffatta azione - una sorta appunto di azione riconvenzionale della p.a. che "si è fidata" del privato e che si trova, per riprendere le parole dell'art. 96 cpc e di

Cga n. 518/2006, ad aver «*agito senza la normale prudenza*» - sia del tutto nuova ed addirittura estranea ai principi ed ai criteri della legge delega, n. 78/2022, e che quindi la sua introduzione integri una vera e propria ipotesi di eccesso di delega.

L'azione di rivalsa pone, poi, problemi non indifferenti di concorso di colpa ex art. 1227 cc a carico della p.a. e del controinteressato (come, talvolta, del medesimo giudice amministrativo).

Ma il problema – si consenta tale espressione – che essa pone è quello che destinatario della medesima è il soggetto privato e non colui che esercita potere di natura pubblicistica, mentre il processo amministrativo è stato ancora qualificato nell'art. 7 del d.lgs. n. 104/2010 come riferito alle controversie concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo.

3. I blocchi di materie nelle attribuzioni giurisdizionali

In realtà, il processo amministrativo del 2010 è ritornato al criterio di distribuzione delle attribuzioni alle diverse giurisdizioni per blocchi di materie, ignorando le note sentenze della Corte costituzionale n. 204/2004 e n. 191/2006, i quali sulla scorta di un *original intent* applicato in maniera rigida avevano bocciato quel criterio. Lo stesso ha fatto la giurisprudenza che ne è seguita, compresa quella della Corte regolatrice. Quelle sentenze del giudice costituzionale sono risultate prive di effetti pratici e pressoché *tamquam non essent.* Anzi la giurisdizione esclusiva del g.a. si è estesa e si va ampliando a campi non immaginabili al tempo di redazione della Carta costituzionale nel 1947.

Quello dei blocchi di materie è il criterio più razionale nell'assegnazione delle attribuzioni in un ordinamento che vede l'esistenza di più giurisdizioni, e che prescinde del tutto dalla dubbia distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi che risulta difficile spiegare agli studiosi di altri Paesi.

Epperò, il criterio del blocco di materie si è affermato di fatto, ma sotto il versante della sistematica dogmatica si presta ancora un ipocrita ossequio alle decisioni del 2004-2006, che per l'appunto hanno fatto valere l'argomento "storico" della disciplina presupposta dal Costituente, all'insegna della *versterneirung* o pietrificazione. Soprattutto, siffatto argomento è utilizzato a segnare la giurisdizione amministrativa – *rectius* il limite cd esterno del difetto di giurisdizione. Lo ha fatto Corte costituzionale n. 6/2018, che ha bloccato ogni processo di sviluppo nell'interpretazione-applicazione dell'art. 111 Cost. a fronte del (sempre possibile) cattivo esercizio della giurisdizione amministrativa. È noto pure che il tentativo di Cassazione nell'ordinanza 18 settembre 2020, n. 19598, di introdurre almeno un varco nell'insindacabilità di decisioni amministrativa, non è stato compreso – o è stato comunque respinto – dalla CGUE 21 dicembre 2021, in causa C-497/20, *Randstad Italia SpA*.

Ma qui sta una contraddizione profonda dell'ordinamento, giacché per un verso l'argomento storico dell'*original intent* non riesce a frenare l'estensione della giurisdizione amministrativa esclusiva a settori ignoti al Costituente del 1947 (si pensi alle controversie in materia di danno all'ambiente ovvero a quelle aventi ad oggetto atti del Coni e delle Federazioni sportive, art. 133, lett. s) e z), del d.lgs. n. 104/2010; ma in realtà il vasto elenco della disposizione risulta quantitativamente stonato rispetto alla previsione dell'art. 103

Cost. che prevede la giurisdizione esclusiva in «*particolari materie indicate dalla legge*»). Poi, però, per altro verso l'*original intent* "ritorna" in modo decisamente "prepotente" nell'interpretazione dell'art. 111, u.c., Cost., limitato ad interessare profili decisamente marginali.

La recentissima Cass. 23 novembre 2023, n. 32559, manifesta almeno che un problema esiste e che vi è uno statuto unitario – per così dire – delle pronunce giurisdizionali che vale per ogni assetto giurisdizionale, una volta che oggetto di ogni giurisdizione è la tutela delle situazioni giuridiche soggettive.

Il fatto è che l'ordinamento si è andato costruendo – e vale la pena dirlo, perché lo studioso ha un obbligo di verità almeno nei confronti di se stesso – non tanto in base al (formalmente) rigettato blocco di materie, ma sul diverso criterio del soggetto parte del rapporto: insomma, è la presenza della p.a. che caratterizza di sé ogni aspetto e segna ed assegna la giurisdizione. Il g.a. è e si considera – e lo dimostra la sua intensa presenza negli apparati amministrativi – il giudice di un ordinamento amministrativo diverso dall'ordinamento generale e dove vigono regole diverse da quelle comuni.

O almeno così appare. Questo lo dico subito ad evitarmi un profluvio di inevitabili critiche. Se il g.a. appare legato anche se per una minima parte alla cultura ed agli interessi dell'amministrazione, *id est* al principio di autorità; se gli operatori economici i quali trattano con la p.a. e con il suo giudice hanno la sensazione di avere a che fare con dinamiche diverse da quelle del giudizio ordinario e talvolta di difficile spiegazione, un problema – lo ripeto: anche in minima parte – si pone.

5. Il giudice amministrativo ed il risarcimento del danno

E si ritorna qui all'istituto dell'azione di risarcimento e di rivalsa nei confronti dell'indebito aggiudicatario ed ai suoi riflessi sistematici.

Il fatto è che – a mio parere - il giudice amministrativo non è mai divenuto il giudice del risarcimento del danno dal punto di vista della situazione giuridica dell'imprenditore. O meglio: trasportate nel campo del diritto amministrativo ed applicate dal giudice amministrativo le nozioni di danno e di responsabilità hanno applicazioni diverse da quelle consuete nel diritto civile comune.

Un esempio è dato da Cons. Stato, n. 3441/2021, che ha fatto il punto sulla questione, quasi a dare le indicazioni cui attori e – soprattutto – giudici di primo grado dovrebbero attenersi.

Secondo la giurisprudenza amministrativa quello sul danno è «*un giudizio da svolgere in applicazione della teoria condizionalistica, governata dalla regola probatoria del "più probabile che non" e temperata in applicazione dei principi della causalità adeguata. In particolare, occorre procedere ad un giudizio controfattuale, volto a stabilire "se, eliminando o, nell'illecito omissivo, aggiungendo quella determinata condotta, l'evento si sarebbe ugualmente verificato, e, una volta risolto positivamente tale scrutinio, un secondo stadio richiede di verificare, con un giudizio di prognosi ex ante, l'esistenza di condotte idonee - secondo il criterio del "più probabile che non" - a cagionare quel determinato evento. Sicché l'esito positivo del predetto giudizio - riconducibile alla teoria della causalità adeguata - accerta definitivamente l'efficienza causale dell'atto illegittimo rispetto*

all'evento di danno, che va esclusa qualora emergano fatti o circostanze che abbiano reso da sole impossibili il perseguimento del bene della vita determinando autonomamente l'effetto lesivo"».

Inoltre, «*positivamente definito lo scrutinio in ordine alla causalità materiale, a fronte d'un evento dannoso causalmente riconducibile alla condotta illecita, occorre verificare la sussistenza di conseguenze dannose, da accertare secondo un (distinto) regime di causalità giuridica che ne prefigura la ristorabilità solo in quanto si atteggino, secondo un canone di normalità e adeguatezza causale, ad esito immediato e diretto della lesione del bene della vita ai sensi degli artt. 1223 e 2056 Cod. civ. (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 4 agosto 2015, n. 3854). Peraltro, ove non sia possibile accertare con certezza la spettanza in capo al ricorrente del bene della vita ambito, il danno patrimoniale potrebbe, comunque, liquidarsi ricorrendo alla tecnica risarcitoria della chance, previo accertamento di una "probabilità seria e concreta" o anche "elevata probabilità" di conseguire il bene della vita sperato, atteso che "al di sotto di tale livello, dove c'è la "mera possibilità", vi è solo un ipotetico danno non meritevole di reintegrazione poiché in pratica nemmeno distinguibile dalla lesione di una mera aspettativa di fatto" (Consiglio di Stato Sez. V, 15 novembre 2019, n. 7845)*».

È vero che il criterio del "più probabile che non" è accolto dalla giurisprudenza civile: Cass. 18 novembre 2022, n. 34087; Cass. 2 settembre 2022, n. 25884; Cass. 29 aprile 2022, n. 13512; Cass. 29 marzo 2022, n. 10050. Epperò, la stessa giurisprudenza applica il criterio con tutti i temperamenti del caso, soprattutto a mezzo della distribuzione tra le parti degli oneri probatori, ad esempio Cass. 13 giugno 2023, n. 16900, e Cass. 3 marzo 2023, n. 6386, sulla responsabilità per infezioni nosocomiali delle strutture sanitarie.

La realtà è che il giudice amministrativo allorquando ha a che fare con le fattispecie di danno ha elaborato criteri di liquidazione di tipo forfettario, che per un verso si allontanano dal principio di personalizzazione del danno, che è nato nell'ambito della responsabilità medica, ma è un vero e proprio principio generale della responsabilità civile, Cass. 7 luglio 2023, n. 26140; Cass.22 marzo 2023, n. 8265; Cass. 17 maggio 2022, n. 15733; per altro verso mutuano ed adottano a proposito del risarcimento moduli tipici di vicende indennitarie.

E rimane poi il grosso problema della prova che rappresenta spesso per il ricorrente una *probatio diabolica*, per la necessità di sostenere oneri particolarmente gravosi.

Così, per Cga n. 841/2021, : «*in linea di massima, in caso di mancata aggiudicazione della gara, il risarcimento del danno conseguente al lucro cessante si identifica con il c.d. interesse positivo, che comprende sia il mancato profitto, che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto, sia il danno c.d. curricolare, ovvero il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum e dell'immagine professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto (cfr. sentenza Ad. Plenaria Cons. Stato n. 2 del 2017)*». Ma «*il danneggiato, ai sensi dell'art. 124 c.p.a., deve fornire la prova dell'an e del quantum del danno che assume di avere sofferto*». E per questo, sulle orme di AP n. 2/2017, ha riconosciuto che «*il mancato utile spetta nella misura integrale, in caso di annullamento dell'aggiudicazione impugnata e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, solo se questi dimostri di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa. In difetto di tale dimostrazione, può presumersi che l'impresa abbia riutilizzato mezzi e manodopera per altre prestazioni, ovvero che avrebbe potuto riutilizzare, usando l'ordinaria diligenza dovuta al fine di concorrere all'aggravamento del danno, a titolo di aliunde perceptum vel percipiendum. In sintesi, ai*

fini della sussistenza dell'aliunde perceptum, può essere invocato il meccanismo della presunzione semplice». La stessa sentenza non ha riconosciuto il cd danno curriculare «*in quanto la parte non ha offerto una prova rigorosa e puntuale del nocumento che asserisce di aver subito in termini di mancato arricchimento del proprio curriculum professionale*».

Insomma, nelle applicazioni pratiche l'onere probatorio a carico dell'operatore economico svilisce il riconoscimento del principio generale. Eppure, in materia ogni ordinamento ricorre a criteri equitativi (certo marginali nella loro applicazione, ma pur sempre presenti). Invero, se tra le funzioni della responsabilità civile vi è anche quello di indicare agli operatori il criterio di corretto esercizio nello svolgimento delle attività economiche, secondo quello che si riconosce essere un ruolo sanzionatorio, anche l'affermazione di danni punitivi – appunto alla stregua di parametri equitativi – non può ritenersi per definizione estranea all'ambito di responsabilità della p.a.

Il vero problema è di ordine sistematico: i criteri di riconoscimento della responsabilità e di liquidazione del danno non possono non essere comuni per tutti gli operatori, atteso che, come ricordato, il fondamento della responsabilità della p.a. non è altro che il principio di eguaglianza dell'art. 3 Cost. anche nel suo svolgimento quale criterio di coerenza-ragionevolezza.

Inoltre, alla nozione di giudice naturale ex art. 25 Cost. va dato un contenuto sostanziale che non lo riduca al sinonimo di precostituito per legge. È naturale (non quello precostituito, ma) il giudice che è competente a conoscere di situazioni giuridiche sostanziali e che per questo è l'unico legittimato a decidere su di loro. Ciò è stato, ad esempio, riconosciuto dalla giurisprudenza Cedu in ordine al rinvio pregiudiziale al Tribunale del Lussemburgo, *Vergauwen c. Belgio*, 10 aprile 2012; *Dhahbi c. Italia*, 8 luglio 2014.

Ma allora il legislatore non può prevedere che vi siano due giudici competenti sul danno e che un decidente intervenga allorquando uno dei soggetti coinvolti è una p.a.

Non si tratta solo dell'utilizzazione dei criteri di riconoscimento e di liquidazione del danno, i quali oggi possono essere omogenei e domani diversificati. In fondo, questa occasione è una contingenza o addirittura un accidente, come lo definirebbe il Don Ferrante del capitolo XXXVII de *I Promessi Sposi*. Il punto critico è che vi possano essere due assetti giurisdizionali che conoscano della stessa materia, la responsabilità civile, in base all'unico fattore di distinzione che una p.a. sia parte del rapporto.

A mio parere tale esito contrasta con la *ratio* sottesa agli artt. 103 e 111, u.c., Cost.

Se si muove dall'idea che la Costituzione avrebbe presupposto e sancito per sempre il riparto esistente nel 1947, come purtroppo ha ritenuto Corte costituzionale n. 6/2018, l'attribuzione al g.a. della cognizione sul danno porta alla istituzione di due giudici competenti a fare la stessa cosa e toglie all'attribuzione della Cassazione le vicende di responsabilità in cui è coinvolta una p.a. Se l'art. 111 consacra la funzione nomofilattica della Cassazione nell'applicazione della legge (come tempo fa ha notato A. D'Atena), non vedo come tutta una parte della cognizione sulla responsabilità civile possa esserle sottratta solo perché un soggetto del rapporto (danneggiante ed ora anche danneggiato) è una p.a.

L'azione di risarcimento e di rivalsa della p.a. introdotta nei confronti dell'operatore economico privato complica ora ed in maniera assai intensa la questione, perché si

contempla l'ipotesi che la p.a. sia il soggetto danneggiato: ma allora il danneggiante soggetto privato è chiamato a rispondere davanti altro assetto giurisdizionale e si vede impossibilitato ad adire il giudice delle nomofilomachia (che di colpo non vale per le fattispecie di responsabilità solo perché uno dei soggetti è una p.a.).

Insomma, si è venuto costruendo un sistema contraddittorio che alla fine contraddice e l'art. 103 Cost. (l'estensione delle «*particolari materie*» a così tanti settori fa fare alla giurisdizione esclusiva un salto di quantità che giunge a vanificare la prescrizione costituzionale) e l'art. 111, perché sottrae alla Cassazione la funzione nomofilattica che è anch'essa presupposta e riconosciuta nel testo costituzionale.

Al massimo, e lo si dice per stimolo, nelle vicende in cui si tratta di responsabilità della p.a. non può valere l'esclusione dell'art. 111, u.c., Cost. e quindi che il cittadino "si rassegni" e questa volta la conclusione di P.S. Mancini varrebbe anche per la p.a. In queste ipotesi «*i motivi inerenti alla giurisdizione*» dovrebbero comprendere anche la corretta applicazione delle regole civilistiche sulla responsabilità da parte del giudice amministrativo. L'ultimo comma dell'art. 111 Cost. presuppone il controllo di legittimità e la funzione nomofilattica della Cassazione.

In altri termini, se con Corte costituzionale n. 6/2018 va accettato che non possa modificarsi a Costituzione invariata il modello di giustizia amministrativa costruito per stratificazioni dal 1865-1889 in poi, ciò vale – o dovrebbe valere – anche per le attribuzioni della giurisdizione ordinaria e della sua competenza a conoscere del danno "civile" e per le funzioni della Corte di cassazione e del suo ruolo di assicurare l'esatta applicazione della legge ad opera dei giudici del merito. Non pare possibile escludere il sindacato di legittimità assegnato appunto alla Cassazione ex art. 111 Cost. per tutta una serie di rapporti di rilevantissimo impatto sociale e solo perché uno dei soggetti del rapporto è una p.a.

Questo mi pare il modo corretto di ragionare per principi, come fa ora il nuovo codice. E tra i principi non possono essere ignorati quelli costituzionali.

5. I principi, in particolare quello del risultato, i prezziari ed il rispetto dei CAM

Appunto, i principi.

Quelli di risultato, di concorrenza, di fiducia, di accesso al mercato, di buona fede e tutela dell'affidamento, di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale, di auto-organizzazione amministrativa, di autonomia contrattuale con il connesso divieto di prestazioni a titolo gratuito, di conservazione dell'equilibrio contrattuale, di tassatività delle cause di esclusione e di tutela dei lavoratori a mezzo dell'applicazione dei contratti collettivi nazionali, a rigore sono tutti principi già presenti da tempo nel nostro ordinamento, sia perché derivati da veri e propri principi costituzionali, *in primis* quello di buon andamento ex art. 97 Cost. non a caso citato nell'art. 1 d.lgs. n. 36/2023 ; sia perché per espressa previsione della delega (art. 1 l. 21 giugno 2022, n. 78) compito del codice è (stato) quello di adeguare la disciplina sui contratti pubblici «*al diritto europeo e ai princìpi 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*». Un'opera di codificazione.

Insomma, tali principi non dovrebbero essere affatto innovativi, ma da tempo presenti nel nostro ordinamento e purtroppo talvolta trascurati: anzi se si prende sul serio il criterio della legge delega, lo stesso d.lgs. n. 36/2023 dovrebbe ascriversi al *genus* dei decreti correttivi adottati per far fronte agli inconvenienti della prassi amministrativa e delle applicazioni giurisprudenziali.

I principi citati saranno idonei a modificare l'attuale assetto?

Quello più a rischio appare essere sotto tanti versanti, infatti, il principio del risultato. La domanda che tutti si pongono in questo momento è se esso farà effettivamente conseguire efficienza alla p.a. ed a che prezzo.

Il dubbio, insomma, è che una volta espresso in termini così alti, il risultato sia il *moloch* all'altare del quale sacrificare la stessa legalità e, più a monte, condizioni di effettiva concorrenza tra gli operatori economici nell'accesso al particolare mercato delle gare pubbliche: si faccia l'opera e si presti il servizio, chiunque lo faccia, salvo poi a sfiancare l'operatore economico ingiustamente escluso in impossibili oneri probatori al fine di ottenere il risarcimento del danno subito.

Oppure, al contrario ci si può interrogare se la proclamazione del principio non modificherà affatto l'attuale modo di procedere delle pp.aa. e dei giudici amministrativi.

Sotto questo riguardo faccio due esempi che ogni operatore economico conosce.

Il primo è quello dell'indizione di una gara per lavori secondo il prezziario più aggiornato. È ovvio che ciò sia applicazione del valore del buon andamento, giacché altrimenti l'opera non potrebbe nemmeno realizzarsi. Citazioni giurisprudenziali sul punto sarebbero superflue, cfr. comunque Tar Catania n. 3693/2021.

Eppure, vi è da chiedersi che senso ha annullare una gara in sede giurisdizionale perché la si è redatta sulla base di un prezziario sostituito poi da uno che ha aumentato i prezzi del 5-6%, a fronte di un ribasso sulle opere pubbliche che in Sicilia vede raggiungere percentuali del 15 ed addirittura del 25%. È significativo che la più recente giurisprudenza abbia abbandonato criteri di tipo meccanicistico per dare concreto rilievo alla dinamica economica: ne è un esempio CdS n. 9126/2023 che ha ricordato, per l'appunto, che «*i suddetti prezziari - che, peraltro, hanno principalmente la funzione di fornire riferimenti alla stazione appaltante per la determinazione dei costi in relazione agli atti e documenti della procedura, ex art. 23, comma 16, d.lgs. n. 50 del 2016 - non hanno carattere vincolante per l'impresa, né impediscono alla stessa di prevedere prezzi più bassi (cfr. Cons. Stato, V, 20 giugno 2022, n. 5021; III, 20 novembre 2019, n. 7927); tanto più in un contesto in cui alcuno specifico riferimento la lex specialis rivolgeva al detto prezziario*». Ma allora in sede di ammissione delle offerte e di distacco dai prezziari va prestata considerazione anche alla realtà delle gare "vicine" che vedono ribassi alti pure riconosciuti giustificabili.

L'altro esempio è quello dei CAM. A questo proposito, invece, esiste una giurisprudenza formalistica che riduce la contrattualistica pubblica ad un anacronistico rispetto di formule. I criteri ambientali minimi sono i requisiti che servizi e prodotti debbono avere per essere prestati e commercializzati in Europa. È vero che sono definiti da un provvedimento amministrativo, ma alla stessa stregua del marchio "CE" che insiste su tanti prodotti che

utilizziamo in maniera massiccia, è vero pure che un bene non realizzato secondo quei criteri non è di fatto commerciabile di modo che, decorso qualche tempo, non è nemmeno prodotto.

Soprattutto, dovrebbe essere ovvio che la prestazione di servizi e/o l'utilizzazione di beni conformi ai CAM riguarda l'esecuzione del contratto; in sede di gara dovrebbe bastare indicare l'obbligo di rispetto dei CAM, atteso che non può non lasciarsi all'operatore economico la libertà di sostituire i prodotti indicati in sede di offerta; ed allora richiedere a pena di esclusione la presentazione della scheda di un prodotto che poi non sarà utilizzato è assolutamente formalistico. Eppure, sul punto la giurisprudenza amministrativa mostra una rigidità che risulta del tutto incomprensibile ed impossibile da spiegare agli operatori economici.

Se Tar Lazio n. 9488/2023 ha con equilibrio affermato tali verità (ed il termine non sia considerato ultroneo), CdS n. 9398/2024 ha subito riformato la sentenza, facendo applicazione della tralatizia regola che l'adempimento dei CAM deve essere provato fin dalla fase di presentazione a pena di esclusione. È da notare che CdS n. 9398/2023 è intervenuta dopo il d.lgs. n. 36/2023, cioè dopo l'introduzione esplicita del principio del risultato: dimostrazione che l'entrata in vigore del nuovo codice non ha affatto innovato gli orientamenti giurisprudenziali, specie se si considera - come qui sostenuto - che tali principi non sono affatto nuovi, ma da tempo presenti nell'ordinamento e taluni addirittura frutto di principi costituzionali e del buon senso.

Insomma, la giurisprudenza amministrativa a volte adotta un rigore formalistico che sembra proprio di altri periodi storici. Sempre sui CAM può essere ricordato Cga n. 495/2022 che ha imposto la soluzione più formale e, quindi, conformista ed ha annullato un'aggiudicazione perché l'offerta – oltretutto più conveniente per la p.a. – non conteneva tutte le schede dei prodotti da utilizzare, e malgrado sempre si riconoscesse la possibilità di cambiare i prodotti durante l'esecuzione del servizio. La stessa sentenza non ha ammesso il soccorso istruttorio che pure avrebbe permesso di sanare eventuali vizi.

Eppure, la normazione europea, cioè la Direttiva 2014-24-UE, non sembra obbligare gli Stati a prevedere la presentazione della documentazione comprovante il rispetto dei CAM quale requisito di partecipazione, insuscettibile di essere soddisfatto nemmeno con il soccorso istruttorio, e non piuttosto quale obbligo da adempiere durante l'esecuzione del rapporto contrattuale.

Per questo va rimproverato a Cga n. 495/2022, seguita da Cga n. 239/2023, la pigrizia (ed il riferimento a Lc 18,1-8 è voluto) di non aver sollevato la questione di pregiudizialità eurounitaria ex art. 267 TFUE e di non aver interrogato il Tribunale di Lussemburgo se il rispetto dei CAM vale nella fase esecutiva o deve rimanere un orpello formalistico da far valere per escludere offerte in fase di presentazione con il controproducente esito di limitare la partecipazione alle gare.

Cass. n. 29105/2023 non ha potuto che ribadire ancora una volta che la mancata sollevazione della questione di pregiudizialità euronunitaria non è questione di limite cd esterno alla giurisdizione.

L'orientamento giurisprudenziale del Consiglio di Stato non sembra aver altra base se non la conferma di un precedente che non viene rimesso in discussione.

Di nuovo si perviene al problema dell'efficacia dei principi del codice.

Che «*il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto*» è affermazione del tutto condivisibile. Semmai dispiace che tante volte si sia discostati da siffatto criterio.

Che lo stesso sia poi criterio di valutazione della responsabilità dirigenziale e per l'assegnazione degli incentivi è auspicio che – a parte la *sedes materiae*: è più argomento del testo unico pubblico impiego che non del codice dei contratti, sebbene poi trovi ulteriore disciplina nell'art. 45 – riguarda l'organizzazione amministrativa e non tanto gli operatori economici.

Il problema è la sindacabilità di questo principio e, quindi, il suo carattere *justiciable*.

6. Il problema della discrezionalità tecnica

Qui si perviene a toccare un'ambiguità del ruolo – ancora una volta – del giudizio e del giudice amministrativo in ordine a tutte le manifestazioni di potere che sono espressioni di cd discrezionalità tecnica.

Nel 1985 Ottaviano individuava nella circostanza che una decisione era assegnata all'organizzazione amministrativa, e quindi sulla base di una conformazione esclusiva della stessa e non fungibile con altre, il fondamento della limitazione del sindacato giurisdizionale sull'esercizio della discrezionalità tecnica. La tesi ha trovato espressione nella decisione dell'AP n. 18/2018, sulla composizione delle commissioni di esami per l'abilitazione alla professione forense allorquando si è riconosciuta l'infungibilità dei commissari ciascuno portatore di un sapere particolare.

Nel 1985, però, le funzioni amministrative riconducibili alla discrezionalità tecnica erano ancora poche. Una volta che tutto il settore dell'economia è transitato nella cognizione del g.a., può ancora sostenersi che le valutazioni amministrative (ad esempio in tema di valutazione delle offerte e della possibile anomalia) sono esclusive ed infungibili e, quindi, di fatto insindacabili se non nei limiti della manifesta irragionevolezza ed arbitrarietà?

La giurisprudenza riporta anche a questo riguardo formule piuttosto tralatizie: «*secondo i consolidati principi affermati da questo Consiglio di Stato, l'apprezzamento delle offerte e l'attribuzione alle stesse del punteggio rientra nella sfera della valutazione tecnico-discrezionale della commissione, insindacabile in sede giurisdizionale se non manifestamente irragionevole, illogica, arbitraria o fondata su un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti (inter multis, cfr. Cons. Stato, V, 24 maggio 2022, n. 4112; 12 novembre 2020, n. 6969; 20 ottobre 2020, n. 6335; IV, 22 giugno 2020, n. 3970; 18 novembre 2021, n. 7715; III, 9 giugno 2020, n. 3694; 21 novembre 2018, n. 6572; V, 25 marzo 2021, n. 2524; 20 febbraio 2020, n. 1292; 8 gennaio 2019, n. 173; 22 ottobre 2018, n. 6026; 15 marzo 2016, n. 1027; 11 dicembre 2015, n. 5655)*», così ancora la citata sentenza CdS 20 ottobre 2023, n. 9126. Eppure, spesso si guarda alle vicende economiche con un approccio meno legato all'idea che esse siano il frutto di valutazioni soggettive ed opinabili.

Invero, per gli operatori il campo è minato dalla più assoluta incertezza operativa.

Da una parte, infatti, si assiste ad un *self-restraint* del g.a. che rifiuta di sindacare le scelte della stazione appaltante se non nei casi di irragionevolezza manifesta; dall'altra si constata altre volte un attivismo giudiziale che dispone verificazioni sulla sostenibilità economica

dell'offerta e, quindi, sulla sua anomalia, cfr. ad esempio CdS 7 dicembre 2023, n. 10629, una vicenda in cui la verificazione disposta in appello ha portato a confermare la sentenza di primo grado.

Invero, per ogni operatore economico, come per ogni legale, è pressoché impossibile prevedere in anticipo la soluzione che sarà adottata.

Come notato, il principio del risultato applicato dalla parte dell'amministrazione potrebbe portare ad esiti assolutamente ingiusti, ossia a salvaguardare sempre e comunque la soluzione predisposta perché così è più facile iniziare quantomeno a realizzare l'opera o prestare il servizio.

Il fatto è che i principi espressi dal Codice potrebbero essere intesi alla stregua di clausole generali che ampliano la sfera amministrativa e "codificano" la *judicial deference.*

Se fosse così, e lo dico provocatoriamente, tanto vale ripetere ancora che bisogna "rassegnarsi".

La mia opinione è che il giudizio tecnico non è (più) espressione di una sfera riservata della p.a. e che, quindi, può essere rifatto da chi – anche tra i tecnici non appartenenti ai ruoli della p.a. – possiede le medesime competenze. E ciò vale anche per un eventuale organo collegiale composto da tecnici di diversa estrazione/ titolari di saperi diversi. Tale dinamica potrebbe definirsi di socializzazione della discrezionalità tecnica, in coerenza con la ricordata impostazione di Giannini e in continuità con il tentativo di guardare al diritto amministrativo dall'ottica del diritto comune e generale.

Viene qui in rilievo l'ulteriore elemento della disponibilità della prova: che ad ogni contestazione dell'esito amministrativo, si dia luogo all'accertamento istruttorio è certo un'aberrazione, anche perché di fatto i tempi dell'istruttoria processuale rallenterebbero l'attività amministrativa. Ma si avverte pure che lo squilibrio tra le parti vale tutto contro la parte privata, *id est* l'operatore economico che lamenta l'esclusione e/o un'ingiusta valutazione. La giurisprudenza civile ha da tempo lavorato in materia a mezzo della distribuzione tra le parti dell'onere della prova sulla base del criterio di vicinanza e di altri criteri legati appunto alla disponibilità della prova medesima.

Piacerebbe una giurisprudenza amministrativa che, invece di dichiarare subito i suoi limiti, prendesse sul serio il principio del risultato, e valorizzasse ad esempio gli oneri di allegazione del ricorrente e della stessa p.a., socializzando il processo amministrativo e quindi affidando verificazioni e consulenze anche a liberi professionisti. Non è che l'ingresso di consulenti tecnici provenienti dal mondo delle professioni di colpo risolverebbe i problemi dell'istruttoria nelle vicende di appalti pubblici. Il problema che talvolta si pone è, anzi, quello di assicurare per gli esperti una cultura della legalità che li porti a pronunciarsi sulle domande delle parti e sulle questioni poste nel contraddittorio piuttosto che sostenere posizioni personali.

Riprendendo le osservazioni iniziali sul ruolo del giudice amministrativo quale giudice dei rapporti economici in cui è parte una p.a., il fatto è che la decisione economica – ché tale alla fine risulta essere la sentenza del g.a. – non può non essere adottata che alla fine di un procedimento che veda la presenza dei soggetti economici le cui relazioni si svolgono su un piano di parità. L'esperimento di istruttoria per decidere sull'ammissibilità e/o l'anomalia

delle offerte, come la presenza e l'entità di danni, risponde alla logica di arricchire le conoscenze del giudice, ma anche a quella di far comprendere ed accettare dalle parti l'esito della controversia. Lo svolgimento di istruttoria da parte di tecnici esperti dei mercati di riferimento rafforza la legittimazione della decisione e la fa accogliere dagli operatori economici, oltre ad istruirli sulle buone pratiche da seguire nella conduzione dell'attività d'impresa.