

I rimedi giurisdizionali nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici tra la trasparenza e la buona fede*

Introduzione:

La presente relazione si prefigge di illustrare, spero efficacemente, alcune salienti novità introdotte dal Codice dei Contratti Pubblici con riferimento ai rimedi giurisdizionali azionabili dinanzi al Giudice Amministrativo.

Nello specifico, con una prima parte si fornirà un'analisi ragionata delle modifiche ai primi due commi dell'art. 120 del Codice del Processo Amministrativo (C.P.A.). Dette modifiche, invero, come si avrà modo di esplicitare nel prosieguo, non si racchiudono soltanto nella predetta disposizione, bensì coinvolgono ulteriori riferimenti normativi riscontrabili:

- a) tanto nella parte introduttiva del Codice sui principi regolatori della materia;
- b) quanto in alcune disposizioni concernenti i regimi di conoscenza e conoscibilità degli atti della procedura di gara da parte dell'operatore economico.

Successivamente, - e nella consapevolezza che già sulla tematica versano oramai fiumi d'inchiostro -, la relazione proseguirà in una seconda sezione, incentrata sulle c.d. azioni di rivalsa recentemente introdotte nel corpo dell'art. 124 del C.P.A., anche alla luce dei recenti dibattiti dottrinari sul ruolo della tutela risarcitoria nelle controversie in materia di contratti pubblici, nonché sulla rilevanza già in sede processuale dell'interesse pubblico alla realizzazione della commessa.

Prima parte:

- Il principio di pubblicità e trasparenza -

Procedendo dunque con l'ordine sopra impresso, la prima parte della presente relazione si concentra su alcune rilevanti modifiche all'articolo 120 del Codice del Processo Amministrativo. Esse, in particolare, si propongono di armonizzare il diritto processuale con certi istituti di diritto sostanziale aventi a oggetto penetranti oneri di pubblicità e di trasparenza.

Detta armonizzazione si è, in particolare, realizzata nella riscrittura dei primi due commi dell'articolo 120 del C.P.A. da parte del comma 1, lettera a) dell'articolo 209.

nel 1° comma dell'art. 120 del C.P.A.

Il primo comma dell'art. 120 mette fin da subito in chiaro la necessaria circolarità tra gli atti della procedura di gara e gli atti del processo. Esso prescrive, infatti, l'onere in capo a tutte le parti processuali e al G.A. di indicare il codice identificativo di gara (il c.d. CIG) *"in tutti gli atti di parte e in tutti i provvedimenti del giudice"*. Inoltre, lo stesso comma attribuisce al G.A. il dovere di disporre officiosamente, su segnalazione della

segreteria, all'indicazione del CIG nel caso di sua carenza in alcuni degli atti sopra citati in forza dell'art. 86, comma 1 del C.P.A.

Senza voler scendere in disquisizioni relative ad eventuali questioni applicative – trattate già *aliunde* da illustri autori¹-, occorre evidenziare l'indubbio significato 'programmatico' di tale innovazione.

Oltre a rispondere a una logica di concentrazione e buon andamento del processo amministrativo², l'introduzione del CIG nella catalogazione di tutti gli atti del processo appare, invero, capace di soddisfare anche nel processo amministrativo il principio generale di pubblicità e trasparenza.

A tal fine, occorre brevemente soffermarsi sul ruolo e sul contenuto del predetto principio in rapporto alla materia dei contratti pubblici.

Si ricorda, infatti, che il binomio trasparenza e pubblicità si impone quale canone generale dell'azione amministrativa in tutte le modalità in cui la stessa si esplica, anche in forza dell'art. 1, comma 1 della l. 241/1990³.

Nel corso degli ultimi anni, - soprattutto a seguito dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 33 del 2013- detto binomio ha, invero, assunto il pieno significato di "*accessibilità totale*" degli atti dell'Amministrazione, ovverosia "*tendenziale conoscibilità da parte di tutti, indifferentemente, delle informazioni rilevanti che concernono l'organizzazione e l'attività dell'amministrazione e che servono a comprenderne il funzionamento effettivo*"⁴.

Così declinato, esso ha prodotto un effetto dirompente proprio nella materia dei contratti pubblici già durante la vigenza della precedente versione del Codice, sia in sede di redazione che in quella successiva di interpretazione.

Difatti, l'articolo 29 del vecchio Codice - rubricato appunto "*principi in materia di trasparenza*" – già prescriveva alle stazioni appaltanti l'onere di pubblicare e aggiornare sul proprio profilo digitale, nella sezione "Amministrazione trasparente", tutti gli atti relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure stesse per l'affidamento e l'esecuzione di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni⁵.

¹ *Relazione sulle ricadute del nuovo Codice dei Contratti Pubblici sul processo amministrativo*, a cura di Durante N., Ufficio Studi e Formazione della Giustizia Amministrativa, 2023, pubblicato sul sito: https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/47431002/RICADUTE+DEL+NUOVO+CODICE+DEI+CONTRATTI+PUBBLICI+SUL+PROCESSO+AMMINISTRATIVO_signed.pdf/3307dfdc-a47b-0d3c-80b9-0e53be0ed41f?t=1689583013655.

² *Ibidem* a pagg. 6 e 7.

³ L'art. 1, comma 1 della l. n. 241/1990 si esprime nel senso che "*L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario*".

⁴ A. Lalli, *La trasparenza e l'anticorruzione*, in Manuale di Diritto Amministrativo a cura di C.Contessa e A.Lalli, Piacenza, 2021, La Tribuna.

⁵ Il Consiglio di Stato ha recentemente ribadito con riferimento al tema della decorrenza del *dies a quo* per l'impugnazione a seguito di mancata comunicazione dell'aggiudicazione che "*il principio di trasparenza nelle procedure concorsuali di cui l'art. 29 D.Lgs. n. 50/2016 che costituisce declinazione e proiezione applicativa impone, infatti, la pubblicazione degli atti, non dell'avviso di esistenza di un atto, onde consentire il pieno controllo degli interessati ed il correlativo esercizio del diritto di difesa*" (cfr. Cons. Stato, sez. VII, 20 giugno 2023, n. 6043).

Ancora, in sede interpretativa, detto binomio fondava l'estensione dell'istituto dell'accesso civico generalizzato – previsto, si ricorda, nell'art. 5 del predetto D.lgs. n. 33/2013⁶ – alla materia dei contratti pubblici.

La celebre Adunanza Plenaria n. 10 del 2 aprile 2020, nel riconoscere *ex novo* tale forma di accesso in una materia già regolata da una disciplina speciale di cui all'art. 53⁷, evidenziava, che *“Il principio di trasparenza, che si esprime anche nella conoscibilità dei documenti amministrativi, rappresenta il fondamento della democrazia amministrativa in uno Stato di diritto, se è vero che la democrazia, secondo una celebre formula ricordata dallo stesso parere n. 515 del 24 febbraio 2016, è il governo del potere pubblico in pubblico, ma costituisce anche un caposaldo del principio di buon funzionamento della pubblica amministrazione, quale “casa di vetro” improntata ad imparzialità, intesa non quale mera conoscibilità, garantita dalla pubblicità, ma anche come intelligibilità dei processi decisionali e assenza di corruzione”*⁸.

Ebbene, sul solco della concezione di *“accessibilità totale”*, anche nel nuovo Codice il principio di pubblicità e trasparenza ha assunto una indubbia centralità.

Seppur non enunciato espressamente nel Titolo I del Libro I, esso si pone quale principio generale della materia dei contratti pubblici, e ciò in forza di un duplice ancoraggio codicistico:

1°) la clausola di rinvio esterno di cui all'art. 12, la quale prevede, per quanto non espresso dal Codice, l'applicazione delle disposizioni di cui alla legge n. 241/1990 (tra cui rientra, appunto, l'articolo 1, comma 1 sopra citato);

2°) il principio dell'accesso al mercato di cui all'art. 3⁹, qualificato dalla recente giurisprudenza del Consiglio di Stato quale *“garanzia”* dell'attuazione della pubblicità e trasparenza¹⁰ nei contratti pubblici.

⁶ L'art. 5, comma 2 del D.lgs. n. 33/2013 prescrive che *“Allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis”*.

⁷ Il comma 1 dell'art. 53 si limitava a prevedere che *“Salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 (...)”*.

⁸ In un altro saliente punto della sentenza, l'Adunanza Plenaria in commento ha rimarcato che *“23.3. Come questo Consiglio di Stato ha già rilevato nel più volte citato parere n. 515 del 24 febbraio 2016, la trasparenza si pone non solo come forma di prevenzione dei fenomeni corruttivi, ma come strumento ordinario e primario di riavvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione, «destinata sempre più ad assumere i contorni di una “casa di vetro”, nell'ambito di una visione più ampia dei diritti fondamentali sanciti dall'art. 2 della Costituzione, che non può prescindere dalla partecipazione ai pubblici poteri» (...) 23.4. La luce della trasparenza feconda il seme della conoscenza tra i cittadini e concorre, da un lato, al buon funzionamento della pubblica amministrazione ma, dall'altro, anche al soddisfacimento dei diritti fondamentali della persona, se è vero che organizzazione amministrativa e diritti fondamentali sono strettamente interrelati, come questo Consiglio di Stato ha già affermato (v., ex plurimis, Cons. St., Ad. plen., 12 aprile 2016, n. 7 nonché Cons. St., sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460), sulla scorta dell'insegnamento secondo cui «non c'è organizzazione che, direttamente o almeno indirettamente, non sia finalizzata a diritti, così come non c'è diritto a prestazione che non condizioni l'organizzazione» (Corte cost., 27 novembre 1998, n. 383)”*.

⁹ L'art. 3 del Codice, rubricato *“Principio di accesso al mercato”*, statuisce che *“Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità”*.

¹⁰ La Quinta sezione del Consiglio di Stato afferma, nella sentenza del 5 settembre 2023, n. 8181, che *“Sul punto, vale rammentare il principio, affermato in una vicenda completamente diversa da quella per cui è causa, ma che tuttavia si attaglia perfettamente alla fattispecie stante la sua portata generale, secondo cui, alla luce del canone generale fissato dal previgente art. 166 del d.lgs. 50/2016, attuativo della direttiva n. 2014/24/UE, le amministrazioni aggiudicatrici “ben possono essere obbligate dal legislatore a prediligere la via del ricorso al mercato al fine di eseguire un'opera” (Corte cost., n. 168 del 2020); del resto, il principio dell'accesso al mercato è ora codificato dall'art. 3 del d.lgs. 32 marzo 2023,*

Al contempo, il principio in commento ha visto riconfermate dal nuovo Codice le proprie “classiche” declinazioni applicative in tema di oneri di pubblicità degli atti delle procedure¹¹, nonché di accesso agli atti di cui all’art. 35 (sostanzialmente riproduttivo del contenuto del precedente articolo 53), salvo le modifiche in ordine all’utilizzo delle piattaforme di *e-procurement* e al coordinamento legislativo con la menzionata disciplina dell’accesso civico del D.lgs. n. 33/2013¹².

Una volta inquadrato in tal modo il principio di pubblicità e trasparenza nella disciplina dei contratti pubblici, si osserva che l’innovazione dell’indicazione del CIG in tutti gli atti e i provvedimenti processuali trova un’ulteriore ragione giustificativa nel completamento, anche nel processo amministrativo, di quel controllo democratico dell’azione amministrativa.

In altri termini, per mezzo dell’indicazione del CIG diventa oltremodo univoca la riconduzione dell’atto processuale a una specifica procedura di evidenza pubblica, seppur entro i confini previsti dall’ordinamento in tema di accesso al fascicolo di udienza.

In particolare, per tutti gli atti emessi dal giudice nel processo (decreti, ordinanze e sentenze) il CIG rende sicuramente più accessibile e riconoscibile per il consociato sia l’andamento del processo che il suo esito, il tutto in rapporto a un rito che, come è noto, è connotato dalla necessaria celerità.

Ma anche con riferimento agli atti delle parti processuali la prescrizione del CIG è rilevante, in quanto permette ai soggetti interessati (specialmente i controinteressati) di poter più agevolmente avere contezza della riferibilità degli atti alla procedura. Quindi, di poter congruamente esercitare il proprio diritto di accesso al fascicolo telematico – attualmente disciplinato dall’art. 17, comma 3 dell’Allegato I al D.P.C.M. 28 luglio 2021¹³-, e di poter così appieno realizzare il proprio diritto costituzionale di difesa ex art. 24 della Costituzione.

In tal senso, pertanto, l’innovazione del primo comma dell’art. 120 del C.P.A. realizza anche per mezzo del processo amministrativo il principio di pubblicità e trasparenza, creando una circolarità tra gli atti della procedura di evidenza pubblica e gli atti del processo idonea a soddisfare il controllo democratico e il connesso diritto di difesa.

n. 36, vigente Codice dei contratti pubblici, quale garanzia dell'attuazione dei principi di concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità e trasparenza, proporzionalità”.

¹¹ Seppur in un contesto di semplificazione degli adempimenti di pubblicazione in capo alla stazione appaltante attraverso la trasmissione degli atti oggetto di pubblicazione alla “Banca dati Nazionale dei contratti pubblici” presso l’ANAC e al collegamento costante tra la sezione “Amministrazione trasparente” e la Banca dati. L’articolo 28, commi 1 e 2, prevede, infatti, che “1. Le informazioni e i dati relativi alla programmazione di lavori, servizi e forniture, nonché alle procedure del ciclo di vita dei contratti pubblici, ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 35 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 139, sono trasmessi tempestivamente alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici attraverso le piattaforme digitali di cui all'articolo 25. 2. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano il collegamento tra la sezione «Amministrazione trasparente» del sito istituzionale e la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, secondo le disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Sono pubblicati nella sezione di cui al primo periodo la composizione della commissione giudicatrice e i curricula dei suoi componenti, nonché i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione”.

¹² L’articolo in commento, invero, conferma la precedente disciplina in merito al differimento e all’esclusione dell’accesso, mentre modifica il primo comma nel senso che di seguito si esprime: “Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano in modalità digitale l’accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme, ai sensi degli articoli 3-bis e 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 e degli articoli 5 e 5-bis del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33”.

¹³ Esso stabilisce che “L’accesso di cui al comma 1 è altresì consentito ai difensori muniti di procura, agli avvocati domiciliatari, alle parti personalmente nonché, previa autorizzazione del giudice, a coloro che intendano intervenire volontariamente nel giudizio”.

nel 2° comma dell'art. 120 del C.P.A.

Sempre nell'ottica del principio di pubblicità e trasparenza che si inscrivono, altresì, le modifiche del secondo comma dell'articolo 120 del C.P.A., introdotte sempre dall'art. 209 del nuovo Codice.

La nuova disposizione, dopo aver enunciato nel primo periodo la regola generale del termine di 30 giorni per l'impugnazione degli atti a prescindere dalla tipologia di mezzo processuale adoperato (ricorso principale, incidentale e motivi aggiunti), a partire dal secondo periodo si sofferma nel precisare i *dies a quo* per la proposizione del gravame.

Specialmente, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara che siano autonomamente lesivi, il comma secondo in commento prevede che il termine decorra *“dalla pubblicazione di cui agli articoli 84 e 85 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge n. 78 del 2022”*, ovvero sia dalla pubblicazione a livello europeo tramite l'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea (art. 84)¹⁴ e, a livello nazionale, dalla pubblicazione sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC (oltre che sul sito istituzionale della stazione appaltante o dell'ente concedente) (art. 85)¹⁵.

Sul *dies a quo* la Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato chiarisce ulteriormente che, sulla scorta di quanto statuito dal combinato disposto di cui all'art. 85, comma 4 e 27, comma 2 del Codice¹⁶, per l'ordinamento italiano *“gli effetti giuridici delle pubblicazioni decorrono dall'inserimento di bandi, avvisi e inviti nella Banca dati nazionale dei contratti gestita da ANAC, come anche prescritto dall'art. 27 del codice”* e che *“sempre dalla pubblicazione nella Banca dati ANAC decorrono in termini per l'impugnazione giurisdizionale dei bandi e degli avvisi ai sensi dell'art. 120, comma 2, c.p.a.”*¹⁷.

Di converso, per tutti gli altri atti lesivi occorsi nella procedura, il comma 2 pone una rilevante alternativa: il *dies a quo* decorre dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 90 del codice dei contratti pubblici, oppure dal momento in cui gli atti sono messi a disposizione ai sensi dell'articolo 36, commi 1 e 2, del medesimo Codice.

La portata innovativa di quest'ultima disposizione non è di poco momento.

Essa, invero, persegue nel percorso, già avviato con il precedente Codice, di migliorare il coordinamento tra le concorrenti esigenze, da un lato, del buon andamento dell'intera procedura e del raggiungimento del suo risultato ultimo con l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto; dall'altro, di piena conoscenza (*rectius* conoscibilità) degli atti della procedura e della connessa tutela giurisdizionale del legittimo interesse degli operatori economici a potersi aggiudicare la commessa.

¹⁴ L'art. 84 specifica al primo comma che *“I bandi, gli avvisi di pre-informazione e gli avvisi relativi agli appalti aggiudicati di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 14 sono redatti dalle stazioni appaltanti e trasmessi all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, per il tramite della Banca dati nazionale dei contratti pubblici, secondo modalità conformi all'allegato II.7. La conferma da parte di detto Ufficio della ricezione e dell'avviso della pubblicazione trasmessa, con l'indicazione della data della pubblicazione, vale come prova della pubblicazione”*.

¹⁵ L'art. 85 precisa al primo comma che per le procedure di cui vi sia obbligo di pubblicazione a livello europeo si possa procedere alla pubblicazione a livello nazionale sulla Banca dati e sul sito istituzionale della stazione appaltante, *“solo successivamente alla pubblicazione di cui all'articolo 84”* o ancora decorse *“quarantotto ore dalla conferma della ricezione dell'avviso conformemente all'articolo 84”*. In ogni caso, il successivo comma 4 prevede che gli effetti giuridici degli atti oggetto di pubblicazione *“decorrono dalla data di pubblicazione nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici”*.

¹⁶ L'articolo 27, comma 2 del Codice statuisce che *“Gli effetti giuridici degli atti oggetto di pubblicazione ai sensi del comma 1 decorrono dalla data di pubblicazione nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici”*.

¹⁷ Relazione agli articoli e agli allegati, pag. 127, a cura del Consiglio di Stato del 7 novembre 2022, disponibile on line su <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/schema-del-codice-dei-contratti-pubblici-elaborato-dal-consiglio-di-stato>.

E tale obiettivo si realizza nel nuovo Codice per mezzo delle tre declinazioni applicative del predetto principio di pubblicità e trasparenza: - le comunicazioni di cui all'art. 90; - i nuovi oneri di pubblicazione di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 36; - infine, la procedura di accesso "accelerata" del sempre citato art. 36.

Principiando, allora, con la prima delle misure elencate, l'art. 90 del Codice prevede al comma 1 che la stazione appaltante comunichi, entro cinque giorni dall'adozione:

- a) la motivata decisione di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro, o di riavviare la procedura o di non attuare un sistema dinamico di acquisizione, corredata di relativi motivi, a tutti i candidati o offerenti;
- b) l'aggiudicazione all'aggiudicatario;
- c) l'aggiudicazione e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato l'appalto o parti dell'accordo quadro a tutti i candidati e concorrenti che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta non siano state definitivamente escluse, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se tali impugnazioni non siano state già respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva;
- d) l'esclusione ai candidati e agli offerenti esclusi, ivi compresi i motivi di esclusione o della decisione di non equivalenza o conformità dell'offerta;
- e) la data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario ai soggetti di cui alla lettera c).

Detta disposizione si pone, invero, in parziale continuità con la precedente disciplina delle comunicazioni contenuta dall'articolo 76 del vecchio Codice, rendendo però già cogente in sede di comunicazione l'esplicitazione delle motivazioni a fondamento dei provvedimenti reiettivi della partecipazione del candidato o della valutazione della offerta¹⁸.

Ciò nonostante, l'eterogeneità di dette comunicazioni, sia per contenuto che per destinatario, delinea al suo interno un caleidoscopio di situazioni che si riflettono sull'individuazione in concreto del *dies a quo* dell'impugnazione dell'atto lesivo.

Così, la ricezione della comunicazione a norma dell'art. 90, comma 1, lett. d) dell'esclusione motivata del candidato fa decorrere il termine per l'impugnazione.

Tale conclusione, invero, troverebbe la propria ragion d'essere nella predetta continuità della comunicazione in analisi con quella del medesimo tenore di cui all'art. 76, comma 2, lett. a-bis). E sulla cui base si è formato il consolidato principio giurisprudenziale, a partire dall'Adunanza Plenaria n. 12 del 2 luglio 2020, secondo cui *"L'esclusione del concorrente, al contrario, produce una conseguenza immediata nella sfera giuridica del destinatario, che viene estromesso dalla competizione, costituendo, se non annullata, un impedimento a che questi impugni gli atti successivi della procedura, e quindi anche la successiva aggiudicazione, atteso che l'escluso non è più legittimato a gravare gli atti di gara in quanto non (più) partecipante alla medesima"* (Cons. Stato, sez. V, 30 giugno 2022, n. 5437)¹⁹.

¹⁸ Di converso, il comma 2 dell'art. 76 del D.lgs. n. 50/2016 prevede un meccanismo 'opzionale' (su richiesta dell'interessato) e 'postumo' della comunicazione delle motivazioni a sostegno degli atti reiettivi, con particolare riguardo: - all'esclusione del candidato alla gara; - al rigetto dell'offerta dell'offerente (incluso il caso di rigetto per motivi di non equivalenza o di non conformità delle prestazioni alle prestazioni o ai requisiti funzionali). Gli ulteriori oneri informativi previsti dal comma 2 sono, invece, confluiti nel nuovo onere di pubblicità di cui all'art. 36.

¹⁹ In un successivo saliente passaggio, il Consiglio di Stato precisa anche che *"l'Adunanza plenaria ha ritenuto che l'orientamento da preferire sia quello che predica la continuità della giurisprudenza consolidatasi prima delle novità legislative, va ribadito che, con indirizzo condiviso, il dies a quo del termine per impugnare l'esclusione decorre dalla data in cui il concorrente è stato messo in condizione di avere una effettiva conoscenza dei motivi e delle ragioni che hanno indotto la stazione appaltante ad adottare il provvedimento in questione (ex plurimis Cons. Stato n. 408 del 2016; Cons.*

Parimenti, medesima decorrenza temporale – e quindi onere di immediata impugnazione - si dovrebbe ritenere anche con riferimento alla diversa ipotesi dell'esclusione dell'offerta, anche nei casi di non conformità o di non equivalenza, sempre che la motivazione e la documentazione allegata all'esclusione non richieda l'introduzione di apposita istanza di accesso "documentale" di cui alla legge 241/1990 ed entro i limiti posti dall'art. 35 del Codice²⁰.

Infine, nel nuovo Codice il *dies a quo* di impugnazione per i provvedimenti aventi a oggetto l'aggiudicazione e l'ammissione e valutazione delle offerte diverse da quella aggiudicataria è il risultato della combinazione tanto della comunicazione ex art. 90, quanto del regime pubblicitario dei commi 1 e 2 dell'art. 36, seconda declinazione applicativa del principio di pubblicità e trasparenza.

Si osserva, invero, a una prima lettura anche per i provvedimenti in analisi il *dies a quo* è individuato dal Legislatore a partire dalla ricezione della comunicazione di cui alla lett. c) dell'articolo 90, in forza di quanto disposto dal comma 9 dell'art. 36.

Senonché, come ben espresso da autorevole dottrina sul punto, detta prescrizione presuppone il coordinamento con il regime pubblicitario dei commi 1 e 2 del medesimo articolo 36, così come peraltro richiamati dalla nuova formulazione dell'articolo 120 del Codice del Processo Amministrativo²¹.

Stato n. 119 del 2016; Cons. Stato n. 2274 del 2015; Cons. Stato n. 1438 del 2014; Cons. Stato n. 2614 del 2013; Cons. Stato n. 896 del 2013). Invero, è dall'effettiva conoscenza che sorge il bisogno (rectius interesse) concreto e attuale di tutela giurisdizionale, atteso che l'estromissione dalla competizione costituisce un impedimento all'impugnazione di ogni altra statuizione riferibile alla vicenda procedimentale dell'affidamento dell'appalto pubblico (...) Nel caso di specie, i vizi relativi all'esclusione dalla gara, ritenuti immediatamente lesivi, a prescindere dalla aggiudicazione finale della gara, o dai provvedimenti di ammissione delle altre partecipanti, dovevano essere censurati immediatamente, da parte della concorrente interessata, entro 30 giorni dalla pubblicazione e comunicazione della esclusione determinata dal committente (corredata da relativi atti, documenti e motivazioni ex art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016), con conseguente preclusione a farli valere per illegittimità derivata in un momento successivo della procedura di gara (anche tramite ricorso incidentale)".

²⁰ Per approfondimento sul tema, si veda anche *Relazione sulle ricadute del nuovo Codice dei Contratti Pubblici sul processo amministrativo*, a cura di Durante N., *ut supra* al n. 1. Di indubbio interesse è la ratio dell'estensione del *dies a quo* espressa dal Consiglio di Stato con riferimento alla valutazione delle offerte con riferimento al precedente Codice nella sentenza n. 6043 del 20 giugno 2023, secondo cui "se in linea di principio (ossia nei casi in cui la documentazione sia stata integralmente messa a disposizione) il *dies a quo* per l'impugnazione degli atti di gara decorre dalla pubblicazione di cui all'art. 29 co. 1 D.Lgs. n. 50/2016 o, al più, allo scadere dei quindici giorni per ottenere l'accesso di cui all'art. 76 D.Lgs. n. 50/2016, con riguardo alle censure inerenti ai contenuti più specifici dell'offerta nonché alle giustificazioni rese in sede di giudizio di anomalia, l'Adunanza Plenaria ha avuto cura di chiarire l'applicabilità del medesimo principio della piena conoscenza o conoscibilità anche in siffatte ipotesi, rilevando il tempo necessario per accedere alla documentazione presentata dall'aggiudicataria, poiché con il venir meno dell'accesso semplificato e accelerato di cui al comma 5-quater dell'art. 79 del decreto legislativo n. 163 del 2006 lo stesso bagaglio informativo prima assicurato non risulterebbe più ulteriormente garantito con l'attuale art. 76 del decreto legislativo n. 50 del 2016: di qui la concreta possibilità che a tale forma di accesso semplificato (ma non più accelerato) possa fare seguito una ulteriore domanda di accesso ordinario ai sensi dell'art. 22, L. n. 241 del 1990 (l'Adunanza Plenaria pone un particolare accento anche sull'accesso "informale" di cui all'art. 5 del d.P.R. n. 184 del 2006) onde acquisire maggiori e più approfondite informazioni. Con il nuovo sistema delineato dall'art. 76 del decreto legislativo n. 50 del 2016, in altre parole, le informazioni sono oggettivamente inferiori in termini quantitativi ed anche qualitativi: dunque anche le probabilità di acquisire una piena conoscenza degli atti - o almeno di una parte di essi - sono destinate notevolmente a diminuire. Dalla ridetta minore estensione oggettiva dell'art. 76 deriva pertanto l'esigenza di poter ricorrere in via suppletiva, ossia per le informazioni non altrimenti ottenibili con i meccanismi di cui all'art. 76 (es. verbali della commissione, schede tecniche offerta e dichiarazioni produttore, atti del giudizio di anomalia: in sostanza, la gran parte della documentazione intorno alla quale si sviluppa il contenzioso sugli appalti pubblici), all'istituto ordinario e generale dell'accesso agli atti di cui all'art. 22 della L. n. 241 del 1990 (Consiglio di Stato sez. V, 4 ottobre 2022, n. 8496)".

²¹ M.A. Sandulli, *Procedure di affidamento e tutele giurisdizionali: il contenzioso sui contratti pubblici nel nuovo Codice*, in *Federalismi.it.*, editoriale del 5 aprile 2023, disponibile on line su <https://www.federalismi.it/nv14/editoriale.cfm?eid=668>, la quale evidenzia come "da una lettura necessariamente

In particolare, il primo comma dell'articolo 36 prevede la *"diretta messa a disposizione"*, attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale, a favore di tutti i candidati e gli offerenti non definitivamente esclusi, contestualmente alla comunicazione dell'aggiudicazione ex art. 90, comma 1, lett. c): - dell'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario; - dei verbali di gara e degli atti, dei dati e delle informazioni presupposti all'aggiudicazione.

Tale misura di pubblicità è, invero, tesa a soddisfare l'esigenza della piena realizzazione del principio di trasparenza nella procedura di gara. Come osservato dalla stessa Relazione illustrativa del Codice, per mezzo di detta misura si legittimano i partecipanti alla procedura di gara *"a conoscere gli atti della medesima e a sapere come l'amministrazione ha fatto la sua scelta, anche per tutelare i propri interessi in sede processuale"*²². Al contempo, la misura consente di evitare, da una parte, la proposizione di defatiganti istanze di accesso agli atti in una fase procedimentale alquanto delicata (su cui appunto si innesta la *standstill clause*); dall'altro la dilazione del termine di impugnazione a vantaggio della celerità ed effettività della tutela giurisdizionale²³.

Anche il secondo comma dell'articolo 36 condivide le medesime *rationes* sopra esposte. Esso, infatti, onera la stazione appaltante addirittura a mettere a disposizione *"agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria"*, attraverso la stessa piattaforma, *"gli atti di cui al comma 1, nonché le offerte dagli stessi presentate"*.

Per mezzo, dunque, del predetto regime di pubblicità, il Legislatore si prefigge di rafforzare la tutela giurisdizionale per mezzo della accessibilità immediata e totale dei dati e dei documenti ai partecipanti. Conseguentemente, in ragione del principio generale di ordine processuale della piena conoscenza o conoscibilità degli atti di gara, il *dies a quo* dell'impugnazione dei provvedimenti di aggiudicazione e di ammissione e valutazione delle offerte dovrebbe decorrere, come sostenuto da autorevole dottrina, solo con la piena disponibilità da parte dell'operatore economico della documentazione prescritta a suo favore nei commi 1 e 2 dell'art. 36, come peraltro prescritto dal novellato art. 120 del C.P.A.²⁴

Nel perseguimento di detta corrispondenza tra conoscenza e impugnazione che si inquadra, infine, l'ultima delle citate misure applicative del principio della pubblicità e trasparenza, ovvero la speciale disciplina dell'accesso di cui agli artt. 35 e 36 del Codice.

Come si è fatto cenno in precedenza, il Codice dei contratti pubblici disciplina il diritto di accesso nell'articolo 35. Oltre a riconoscere nel primo comma l'operatività delle forme dell'accesso documentale e dell'accesso civico, detta prescrizione prevede una dettagliata disciplina che compendia:

congiunta con quella del novellato art. 120 c.p.a., che la correlazione (enunciata dal co. 9 dell'art. 36) del termine di impugnazione dell'aggiudicazione e dell'ammissione e valutazione delle offerte diverse da quella aggiudicataria alla comunicazione della prima ai sensi dell'art. 90 ha il chiaro fine di rimarcare l'insussistenza, prima di tale momento, di un interesse all'impugnazione di tali atti, fermo però restando, in base ai principi e al disposto del nuovo art. 120, che tale termine può decorrere "oppure dal momento in cui gli atti sono messi a disposizione ai sensi dell'articolo 36, commi 1 e 2, del codice dei contratti pubblici".

²² Relazione agli articoli e agli allegati, pag. 53, ut supra al n. 17;

²³ L'esigenza processuale di semplificazione è stata, infatti, ribadita dalla predetta Relazione agli articoli e agli allegati, in un passaggio successivo.

²⁴ M.A. Sandulli, *Procedure di affidamento e tutele giurisdizionali: il contenzioso sui contratti pubblici nel nuovo Codice*, ut supra al n. 21, evidenzia a tal proposito che *"È evidente, pertanto, anche da una lettura necessariamente congiunta con quella del novellato art. 120 c.p.a., che la correlazione (enunciata dal co. 9 dell'art. 36) del termine di impugnazione dell'aggiudicazione e dell'ammissione e valutazione delle offerte diverse da quella aggiudicataria alla comunicazione della prima ai sensi dell'art. 90 ha il chiaro fine di rimarcare l'insussistenza, prima di tale momento, di un interesse all'impugnazione di tali atti, fermo però restando, in base ai principi e al disposto del nuovo art. 120, che tale termine può decorrere "oppure dal momento in cui gli atti sono messi a disposizione ai sensi dell'articolo 36, commi 1 e 2, del codice dei contratti pubblici".*

- al comma 2°, molteplici ipotesi di differimento dell'ostensione documentale fino alla conclusione della fase o alla scadenza del termine prevista dal medesimo comma;²⁵
- al comma 4°, invece, ipotesi di atti totalmente esclusi ovvero parzialmente esclusi dall'accesso.²⁶

Ebbene, in rapporto al descritto contesto normativo e alla luce dei citati ampi oneri di pubblicità dell'art. 36, il diritto all'accesso per i partecipanti alla procedura di evidenza pubblica sembrerebbe oggi racchiudersi in alcune specifiche circostanze.

In particolare, i concorrenti definitivamente esclusi, in quanto non destinatari della comunicazione dell'aggiudicazione ex art. 90, potrebbero usufruire dell'accesso documentale di cui alla legge n. 241/1990, con le limitazioni in tema di differimento, oscuramento ed esclusione di cui all'art. 35 e la relativa applicazione dell'azione ordinaria ex art. 116 del C.P.A.²⁷

Diversamente, per i candidati con offerte ritenute ammissibili dalla stazione appaltante, il diritto all'accesso trova una diversa estensione a seconda del loro posizionamento nella graduatoria finale.

Sicché:

- a) per i candidati collocatisi fino alla quinta posizione in graduatoria, *ergo* beneficiari della misura massime di pubblicità dell'articolo 36, commi 1 e 2, il diritto di accesso potrà allora limitarsi alla documentazione, presente nelle offerte dei competitors, oggetto di oscuramento o di esclusione di cui all'art. 35;
- b) per tutti gli altri candidati, invece, essendo destinatari della sola misura di pubblicità dell'art. 36, comma 1, allora l'accesso potrà estendersi alla documentazione relativa alle offerte dei primi quattro

²⁵ Il comma secondo dell'art. 35 dispone che *"Fatta salva la disciplina prevista dal codice per i contratti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, l'esercizio del diritto di accesso è differito:*

a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime; b) nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti o degli enti concedenti, dei nominativi dei candidati da invitare; c) in relazione alle domande di partecipazione e agli atti, dati e informazioni relativi ai requisiti di partecipazione di cui agli articoli 94, 95 e 98 e ai verbali relativi alla fase di ammissione dei candidati e offerenti, fino all'aggiudicazione; d) in relazione alle offerte e ai verbali relativi alla valutazione delle stesse e agli atti, dati e informazioni a questa presupposti, fino all'aggiudicazione; e) in relazione alla verifica della anomalia dell'offerta e ai verbali riferiti alla detta fase, fino all'aggiudicazione".

²⁶ Sul punto i commi 4 e 5 prescrivono quanto segue: *"4. Fatta salva la disciplina prevista per i contratti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, e salvo quanto disposto dal comma 5, il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione:*

a) possono essere esclusi in relazione alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali;

b) sono esclusi in relazione:

1) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;

2) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto;

3) alle piattaforme digitali e alle infrastrutture informatiche utilizzate dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, ove coperte da diritti di privativa intellettuale.

5. In relazione all'ipotesi di cui al comma 4, lettere a) e b), numero 3), è consentito l'accesso al concorrente, se indispensabile ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici rappresentati in relazione alla procedura di gara".

²⁷ *Relazione sulle ricadute del nuovo Codice dei Contratti Pubblici sul processo amministrativo*, a cura di Durante N., *ut supra* al n. 1;

candidati collocatosi al di sotto dell'aggiudicataria, inclusa sempre la documentazione oscurata o esclusa ai sensi dell'art. 35²⁸.

A tale sfaccettato quadro sul piano del diritto sostanziale si aggiunge, infine, l'introduzione da parte dell'art. 36 del Codice di un regime processuale *ad hoc* per l'impugnazione delle decisioni sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte di cui ai commi 1 e 2, indicate dagli operatori ai sensi dell'articolo 35, comma 4, per segreti tecnici o commerciali (lettera a).

Seguendo le linee del Codice, il comma 3 prevede che già in sede di comunicazione dell'aggiudicazione di cui all'art. 90, la stazione appaltante o l'ente concedente deve dare atto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento.

Nel caso in cui, allora, l'operatore volesse impugnare dette decisioni, il successivo comma 4 prescrive l'applicazione del rito dell'accesso di cui all'art. 116 del C.P.A., seppur con alcuni rilevanti precisazioni.

Innanzitutto, il ricorso introduttivo deve essere notificato e depositato entro dieci giorni dalla comunicazione digitale della aggiudicazione. Le parti intimare possono costituirsi entro dieci giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notifica del ricorso.

La trattazione del ricorso è, allora, fissata d'ufficio in udienza in camera di consiglio nel rispetto di termini pari alla metà di quelli di cui all'articolo 55 del codice (30 giorni). Il Tribunale lo decide nella medesima udienza con sentenza in forma semplificata, da pubblicarsi entro cinque giorni dall'udienza di discussione, e la cui motivazione può consistere anche in un mero richiamo delle argomentazioni contenute negli scritti delle parti che il giudice ha inteso accogliere e fare proprie.

Tale rito speciale trova, poi, applicazione tanto nei giudizi di impugnazione, quanto, secondo autorevoli commentatori, quale impugnazione incidentale in corso di causa ai sensi dell'art. 116, comma 2 del C.P.A.²⁹

Il Codice, infine, si è prefisso di garantire la certezza dell'accesso completo e del conseguente *dies a quo* di impugnazione, prescrivendo, quale norma di collegamento tra procedimento e processo, nel comma 5 che nel caso di rigetto dell'istanza di oscuramento le parti di offerta cui si è fatta richiesta di oscuramento saranno rese disponibili solo dopo che siano decorsi il termine di 10 giorni per adire il giudice amministrativo.

Volgendoci verso la conclusione di questa prima parte, si può osservare allora come anche le norme processuali da ultimo citate, al pari di quelle previste nel corpo dall'articolo 120 del C.P.A., svolgono un ruolo centrale nell'attuazione del principio di pubblicità e trasparenza anche per mezzo del processo amministrativo. Attraverso un rito speciale ed accelerato nei tempi in materia di decisioni sull'oscuramento delle offerte, il Legislatore ha voluto così preservare il vantaggio di un immediato accesso alla conoscenza degli atti della procedura compendiandolo con l'effettività della tutela giurisdizionale.

Seconda Parte

- Il principio della buona fede nell'art. 124 del C.P.A. -

²⁸ Per maggiori approfondimenti sugli aspetti di diritto sostanziale si rimanda a *Relazione sulle ricadute del nuovo Codice dei Contratti Pubblici sul processo amministrativo*, a cura di Durante N., *ut supra* al n. 1; P.Cosmai A.Buonanno, *La riforma del Codice appalti*, Milano, 2023, Wolters Kluwer.

²⁹ *Relazione sulle ricadute del nuovo Codice dei Contratti Pubblici sul processo amministrativo*, a cura di Durante N., *ut supra* al n. 1.

Conclusa nei termini sopra esposti la prima parte della relazione, la presente trattazione si sofferma sulla seconda delle più rilevanti innovazioni introdotte dall'art. 209 nel Codice nel processo amministrativo, cioè il sindacato del G.A. sulle azioni di rivalsa.

L'articolo 209 riscrive, in particolare, l'articolo 124 del C.P.A., introducendo al comma primo la prescrizione per cui *"Il giudice conosce anche delle azioni risarcitorie e di quelle di rivalsa proposte dalla stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico che, con un comportamento illecito, ha concorso a determinare un esito della gara illegittimo"*.

In particolare, secondo quanto precisa la Relazione al Codice, l'innovazione in analisi è preposta a rafforzare non solo la posizione della stazione appaltante, agendo in rivalsa nei confronti dell'aggiudicatario illegittimo o *"dell'eventuale terzo concorrente che abbia concorso con la sua condotta scorretta a determinare un esito della gara illegittimo"*, ma anche la posizione del terzo pretermesso, leso dall'aggiudicazione illegittima, il quale potrà 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"*.³⁰

Anche in questo caso la novità della disposizione ha acceso l'attenzione della dottrina, la quale ha avuto il merito di porre in luce la rilevanza della norma nel quadro delineato dal nuovo Codice dei Contratti³¹.

Così è stato più volte evidenziato come la norma in commento rappresenti un ulteriore "precipitato processuale" del principio di buona fede e affidamento di cui all'art. 5 del Codice³².

L'art. 5, infatti, dopo aver ribadito al primo comma la regola di comportamento per cui *"nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento"*, conferisce un "sostegno sostanziale" alla rivalsa in commento, prescrivendo al quarto comma chiaramente che ai fini dell'esercizio di detta azione da parte della stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, *"resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito"*³³.

Al contempo, la Relazione al Codice chiarisce la non assoluta novità delle azioni di rivalsa dallo spettro dei mezzi di tutela già previsti dal C.P.A., in quanto (cita la Relazione) *"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»"*³⁴.

³⁰ Relazione agli articoli e agli allegati, pag. 247, ut supra al n. 17.

³¹ Si richiama M.A. Sandulli, *Procedure di affidamento e tutele giurisdizionali: il contenzioso sui contratti pubblici nel nuovo Codice*, ut supra al n. 21; P.Cosmai A.Buonanno, *La riforma del Codice appalti*, ut supra al n. 28; G. Tulumello, *Affidamento, buona fede, e fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici: la verifica delle categorie, e la disciplina dei rimedi (verso un "diritto amministrativo praticato")*, disponibile on line in https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/32851513/P23067+Tulumello_relazione_.pdf/778750b7-ba90-591a-de76-cb3ef561d889?t=1698924530950; M.Corradino L.Iannotta A.L.Rum, *La riforma dei contratti pubblici*, a cura di M.Corradino, Milano, 2023, Giuffrè Francis Lefebvre; C.Contessa P.Del Vecchio, *Codice dei Contratti Pubblici*, Napoli, 2023, Editoriale Scientifica.

³² In tal senso, P.Cosmai A.Buonanno, *La riforma del Codice appalti*, ut supra al n. 28.

³³ Approfonditamente sul tema della relazione tra il principio di buona fede e affidamento e la rivalsa, G. Tulumello, *Affidamento, buona fede, e fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici: la verifica delle categorie, e la disciplina dei rimedi (verso un "diritto amministrativo praticato")*, ut supra al n. 31.

³⁴ Relazione agli articoli e agli allegati, pag. 247, ut supra al n. 17. Ma anche, a titolo esemplificativo, nei medesimi termini M.Corradino L.Iannotta A.L.Rum, *La riforma dei contratti pubblici*, ut supra la n. 31.

Non sono, però, sono mancate voci critiche alle azioni in commento.

Alcuni autori, invero, sollevano più di un dubbio sulla cognizione del G.A. delle azioni sotto il profilo della giurisdizione del G.A., non ritenendole riconducibili alla giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133 del C.P.A. o ancora sull'eventuale eccesso di delega³⁵. Prospettazione, questa, sconfessata da chi, invece, ritiene che, a sostegno degli argomenti già spesi dalla Relazione sulla cognizione del G.A. anche in tema di tutela dell'affidamento³⁶, la rivalsa si giustifichi in ragione proprio dell'affidamento dell'amministrazione, leso nella fase di esercizio del potere amministrativo³⁷.

Non è mancata, poi, la preoccupazione di chi ritiene che l'azione, oltre a far ricadere indebitamente sull'illegittimo aggiudicatario le conseguenze degli errori commessi dalla stazione appaltante, produrrebbe l'effetto di privilegiare ancora una volta la tutela risarcitoria a discapito di quella caducatoria e soprassessoria³⁸.

Seppur la fondatezza di tale ultima criticità potrà essere vagliata solo in corso d'opera, essa ha comunque il merito di mettere in luce la stretta connessione delle azioni di rivalsa in commento con le due recenti tendenze del Legislatore dei contratti pubblici con riguardo ai contenuti della tutela giurisdizionale.

Sicuramente la prima tendenza è, per l'appunto, la sempre più evidente predilezione verso la tutela risarcitoria, la quale viene ancorata sia sul presupposto di un maggior adeguamento alle istanze euro-unitarie³⁹, che su quello della progressiva riduzione, nell'odierno quadro ordinamentale, dei *"casi di tutela specifica mediante subentro a favore della tutela per equivalente"*⁴⁰

La seconda tendenza si ascrive, invece, alla una progressiva emersione dell'interesse pubblico quale autonomo elemento di valutazione da parte del G.A. all'atto di scrutinare le istanze di tutela avanzate dall'operatore economico.⁴¹

Quali declinazioni di detta tendenza sono ricondotte dalla dottrina⁴² le recenti limitazioni legislative alla concessione della tutela cautelare a favore dell'interesse pubblico per la celere realizzazione dell'opera,

³⁵ In tal senso, P. Cosmai A. Buonanno, *La riforma del Codice appalti, ut supra* al n. 28. Ma anche M.A. Sandulli, *Procedure di affidamento e tutele giurisdizionali: il contenzioso sui contratti pubblici nel nuovo Codice, ut supra* al n. 21.

³⁶ Commentando il comma 2 dell'art. 5, la Relazione precisa quanto segue: *"Pur non intervenendo sul riparto della giurisdizione (che non rientra nell'oggetto della legge-delega), la norma si basa, comunque, sul presupposto secondo cui la lesione dell'affidamento che viene in rilievo nell'ambito del procedimento di gara, anche quando realizzato attraverso comportamenti, presenta un collegamento forte con l'esercizio del potere e, pertanto, anche quando il privato lamenta la lesione della propria libertà di autodeterminazione negoziale, la relativa controversia risarcitoria non può che rientrare nella giurisdizione amministrativa, specie in considerazione del fatto che, nella materia degli appalti pubblici, il giudice amministrativo gode di giurisdizione esclusiva (art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a.), che si estende, oltre che ai comportamenti amministrativi (in base alla previsione generale contenuta nell'art. 7 c.p.a.), anche alla "controversie risarcitorie" "*

³⁷ G. Tulumello, *Affidamento, buona fede, e fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici: la verifica delle categorie, e la disciplina dei rimedi (verso un "diritto amministrativo praticato")*, ut supra al n. 31.

³⁸ M.A. Sandulli, *Procedure di affidamento e tutele giurisdizionali: il contenzioso sui contratti pubblici nel nuovo Codice, ut supra* al n. 21.

³⁹ Il riferimento esplicito è alla Direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007.

⁴⁰ *Relazione agli articoli e agli allegati*, pag. 18, ut supra al n. 17.

⁴¹ A. Fanizza, *La tutela giurisdizionale*, in *Manuale breve di diritto dei contratti pubblici*, a cura di A. Meale, Pisa, 2020, Pacini Editore; M.A. Sandulli, *Procedure di affidamento e tutele giurisdizionali: il contenzioso sui contratti pubblici nel nuovo Codice, ut supra* al n. 21.

⁴² M.A. Sandulli, *Procedure di affidamento e tutele giurisdizionali: il contenzioso sui contratti pubblici nel nuovo Codice, ut supra* al n. 21.

poste sia nella disciplina generale dall'art. 120, comma 10⁴³ e 125, comma 2⁴⁴, che in quella speciale, prima per i contratti stipulati nel corso dell'emergenza pandemica da COVID-19 di cui all'art.4, commi 2 e 3 del D.L. 76/2020⁴⁵, oggi per i contratti conclusi nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza ex art. 12-bis del D.L. 68/2022⁴⁶.

E sempre quale ulteriore declinazione della citata tendenza, la dottrina individua, infine, il potere del G.A. di soprassedere alla declaratoria dell'inefficacia del contratto qualora, come espresso dall'art. 121, comma 3 del C.P.A., *“venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse a un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti”*. E pertanto di corrispondere in sostituzione la tutela risarcitoria per l'equivalente di cui all'art. 124.

Infine, non possono nascondersi dubbi in ordine al contenuto dell'azione di rivalsa. Se, come è stato affermato, la giustificazione ultima dell'azione sembra risiedere nella tutela dell'affidamento della P.A., allora si dovrebbe chiedere quali sia la forma della responsabilità applicabile dinanzi al G.A. L'affidamento della P.A., infatti, non appare *prima facie* inquadrabile nell'ambito della teoretica del contatto sociale qualificato, essendo la direzione della condotta colpevole *“inversa”* rispetto a quella del privato.

Al contempo, non appare agevole la scelta ermeneutica tra l'alternativa tra una responsabilità *latu sensu* oggettiva (oramai tipica per la lesione degli interessi legittimi) e una responsabilità soggettiva o colpevole. Ognuna di esse, invero, potrebbe recare con sé risvolti incerti tanto nel dibattito generale, e mai sopito, sulla natura della responsabilità della P.A. per la violazione di diritti soggettivi e interessi legittimi, quanto nella configurazione dell'azione stessa per il privato, tale da potere la rivalsa persino tramutare da risarcimento a un rimedio avente natura propriamente di garanzia.

Traendo le fila del discorso e tracciando allora una conclusione, si osserva che, in coerenza con il predetto contesto tendenziale, le azioni di rivalsa ex art. 124 del C.P.A. sembrano sortire l'effetto tanto di ampliare lo spettro della tutela risarcitoria verso nuovi confini di cognizione, anche nell'intento di rafforzare la posizione del privato leso dall'aggiudicazione illegittima; quanto, contestualmente, di affiancare all'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera, parzialmente o totalmente frustrato dall'illegittimità dell'aggiudicazione, l'ulteriore interesse pubblico al ristoro del danno subito alla collettività a seguito del comportamento contrario alla buona fede dell'operatore economico.

⁴³ Riprendendo la formulazione contenuta nel precedente comma 8-ter (aggiunto nel 2016), il comma 10 dell'art. 120 recita quanto segue: *“Nella decisione cautelare il giudice tiene conto di quanto previsto dagli articoli 121, comma 1, e 122, e delle esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione”*.

⁴⁴ L'articolo 125, comma 2 in materia di infrastrutture strategiche statuisce che *“In sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure”*.

⁴⁵ L'articolo 4, commi 2 e 3 del D.L. 76/2020 (Decreto Semplificazioni) prevede che *“2. In caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento di cui agli articoli 1 e 2, comma 2, del presente decreto, qualora rientranti nell'ambito applicativo dell'articolo 119, comma 1, lettera a), del codice del processo amministrativo, approvato con il decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, si applica l'articolo 125, comma 2, del medesimo codice. 3. In caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento di cui all'articolo 2, comma 3, si applica l'articolo 125 del codice del processo amministrativo, approvato con il decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104”*.

⁴⁶ Ai fini della tutela cautelare, il comma 2 dell'art. 12 bis del D.L. 68/2022 dispone che *“Nella decisione cautelare e nel provvedimento di fissazione dell'udienza di merito, il giudice motiva espressamente sulla compatibilità della misura e della data dell'udienza con il rispetto dei termini previsti dal PNRR”*.