

NEL CODICE APPALTI, SI APRE LA RIVALSA PER INGIUSTO PROFITTO

Roberto Giovagnoli

Il nuovo Codice dei contratti pubblici e una recente sentenza del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana riaprono il dibattito sull'ammissibilità dell'azione di arricchimento ingiusto. Fra le novità introdotte dal nuovo Codice dei contratti pubblici, merita di essere segnalata l'espressa previsione di un'azione di rivalsa esperibile dalla stazione appaltante nei confronti dell'aggiudicatario illegittimo per recuperare (almeno in parte) il risarcimento del danno pagato a colui che avrebbe dovuto vincere la gara.

Il tema della rivalsa si pone nei casi in cui l'accertamento della illegittimità dell'affidamento non intervenga in tempo utile, prima della integrale esecuzione del contratto, o, nei casi di cui all'articolo 125 del Codice del processo amministrativo, della sua irretrattabilità *ex lege*, fra cui oggi rientrano anche tutti gli appalti finanziati con le risorse del Pnrr.

In questo quadro, l'articolo 5, comma 4, del Dlgs 36/2023 consente alla stazione appaltante di esercitare l'azione di rivalsa nei confronti dell'operatore economico che abbia conseguito l'aggiudicazione con un comportamento illecito.

All'azione di rivalsa proposta dalla stazione appaltante contro l'operatore economico che con un comportamento illecito abbia concorso a determinare un esito illegittimo della gara, fa riferimento anche il "nuovo" articolo 124 del Cpa (come sostituito dall'articolo 209, lettera d), del Dlgs n. 36/2023), che ne devolve la cognizione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Del pari significativo è l'articolo 41, comma 2, del Cpa, che impone al ricorrente che proponga dinanzi al giudice amministrativo l'azione di condanna (in *primis*, quella al risarcimento del danno), di evocare tutti gli «eventuali beneficiari dell'atto illegittimo», ossia coloro che dall'atto illegittimo hanno ottenuto vantaggi.

Il codice di rito, quindi, con riferimento alle azioni di condanna, intende garantire la partecipazione al giudizio amministrativo dei controinteressati che abbiano beneficiato dell'atto illegittimo; e tra questi possono essere annoverati coloro che in virtù di quest'ultimo abbiano ottenuto vantaggi economicamente valutabili, come utili di impresa non spettanti in quanto percepiti nell'ambito di un contratto il cui affidamento avrebbe dovuto essere legittimamente disposto in favore del ricorrente.

Tale garanzia di partecipazione al giudizio sembra trovare la propria specifica *ratio* proprio nell'esigenza processuale che il giudicato formatosi sulla azione di condanna possa fare stato anche nei confronti di chi si è avvantaggiato dell'atto illegittimo; nei confronti del quale, quindi, la stazione appaltante (e, forse, lo stesso terzo pretermesso) potrebbe(ro) proporre le pertinenti domande dirette al riequilibrio dello spostamento patrimoniale: tra cui, segnatamente, quelle al pagamento di un indennizzo avente a oggetto l'attribuzione dell'utile di impresa da parte dell'esecutore materiale del contratto,

La natura e i presupposti di questa azione volta alla restituzione dell'utile di impresa sono ancora incerti.

Le norme introdotte dal nuovo Codice dei contratti pubblici sembrano considerarla un rimedio di natura risarcitoria, che presuppone un fatto illecito dell'aggiudicatario illegittimo, sub specie di comportamento scorretto che abbia indotto in errore l'Amministrazione: l'articolo 124 del Cpa usa l'espressione, che in quest'ottica sembra quasi un'endiadi, «azioni risarcitorie e (...) di rivalsa» e richiede un comportamento illecito dell'aggiudicatario.

Secondo una diversa prospettiva, invece, l'azione di rivalsa andrebbe collocata nell'ambito dell'azione di ingiustificato arricchimento o, più correttamente, di arricchimento ingiusto: il margine di profitto conseguito dall'aggiudicatario illegittimo, una volta annullata l'aggiudicazione, risulterebbe senza causa, in quanto l'esecuzione del contratto (rimasto in piedi nonostante l'illegittimità della gara) giustificherebbe solo il pagamento dei costi correlati all'esecuzione della prestazione, ma non dell'utile di impresa (illegittimamente) conseguito.

—a cura di

**Mariana Giordano
e Gustavo Visentini**

—continua a pagina 46