

La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione nell'ambito dell'esercizio dell'attività autoritativa, con particolare riferimento alle procedure di evidenza pubblica.

**Brevi considerazioni di ILARIA MOSCARDI
(Consiglio di Stato – Adunanza Plenaria,
Sentenza 4 maggio 2018, n. 5)**

1. Premessa

Con la decisione in esame, l'Adunanza Plenaria, dopo essere stata chiamata a pronunciarsi dalla Terza Sezione del Consiglio di Stato con ordinanza del 24.11.2017 n. 5492, ha enunciato importanti principi di diritto in tema di responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione nell'ambito di esercizio dell'attività autoritativa, rivolgendo una particolare attenzione alle procedure di evidenza pubblica.

Nel dirimere un contrasto giurisprudenziale formatosi sul punto, l'Adunanza Plenaria ha riconosciuto a carico della Pubblica Amministrazione, nello svolgimento dell'attività d'imperio, il dovere di rispetto non solo delle norme di diritto pubblico - la cui violazione implica di regola l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo -, ma anche delle norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può comportare la nascita di una responsabilità da comportamento scorretto per lesione del diritto soggettivo consistente nella libera autodeterminazione nei rapporti negoziali.

Con specifico riferimento ai procedimenti di evidenza pubblica, dopo aver precisato che i doveri di correttezza e buona fede sussistono in tutte le fasi della procedura, l'Adunanza Plenaria ha ammesso la possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto a carico dell'Amministrazione, anche prima e a prescindere dall'aggiudicazione; e ciò, anche nell'ipotesi in cui non si ravvisino profili di illegittimità nei provvedimenti che scandiscono il procedimento.

La sentenza in commento ha, infine, il pregio di aver individuato con precisione i presupposti necessari affinché possa configurarsi una responsabilità precontrattuale a carico dell'Amministrazione, non essendo sufficiente, come si vedrà, la sola violazione dei doveri di correttezza e lealtà da parte di quest'ultima.

2. La vicenda

Per una più agevole comprensione dei principi di diritto sanciti dall'Adunanza Plenaria con la pronuncia in oggetto, si rende necessario effettuare una breve ricostruzione dei tratti salienti delle vicende portati all'attenzione del Giudice Amministrativo.

La Stazione Unica Appaltante della Regione C. aveva indetto una gara, suddivisa in sette lotti, per l'affidamento del servizio di ristorazione delle Aziende sanitarie e ospedaliere della Regione.

Al lotto n. 4 partecipavano tre concorrenti tra cui il R.T.I. costituito da La C.G.S. s.r.l. e C.G. s.r.l. il quale otteneva il punteggio più alto nella valutazione dell'offerta tecnica.

Il suddetto Raggruppamento Temporaneo presentava un'offerta economica pari a euro 4.885.136,10 corrispondente a una percentuale di ribasso del 22,23% rispetto al valore stimato annuo dell'appalto ma veniva, però, escluso dalla gara per aver presentato una offerta in aumento rispetto all'importo a base di gara.

Il bando di gara prevedeva, infatti, un importo dell'appalto pari a euro 18.927.347,40 per una durata di 36 mesi, corrispondente quindi a un valore di euro 6.309.115,80 annui.

Ad avviso della Stazione Unica Appaltante, in realtà, la durata dell'appalto non era di 36 mesi bensì di 48 mesi, essendo stata prevista nel disciplinare di gara la possibilità di proroga della durata del contratto per altri 12 mesi; conseguentemente, la base d'asta non doveva considerarsi di euro 6.309.115,80 all'anno bensì di un importo inferiore ovvero di euro 4.731.836,85 (pari a euro 18.927.347,40 diviso 4).

Per questo, secondo la Stazione Unica Appaltante, l'offerta del R.T.I. costituito da La C.G.S. s.r.l. e C.G. s.r.l. doveva considerarsi in rialzo.

Per la stessa ragione veniva escluso anche l'unico altro concorrente rimasto in gara mentre il terzo operatore economico che aveva preso parte alla procedura era stato escluso in precedenza.

La gara veniva, quindi, dichiarata deserta.

Avverso il provvedimento di esclusione proponeva ricorso dinanzi al T.A.R. Calabria, Sezione di Catanzaro, il R.T.I. costituito da La C.G.S. s.r.l. – C.G. s.r.l.; il ricorso veniva accolto dal Giudice Amministrativo con la sentenza n. 1730/2015, successivamente confermata in sede di appello dal Consiglio di Stato, Sez. III, con la decisione n. 2497 del 10.6.2016.

In particolare, la Terza Sezione, dopo aver rilevato una palese contraddittorietà tra gli atti di gara, ha attribuito rilevanza decisiva all'interpretazione letterale degli stessi e, quindi, al fatto che il bando avesse fissato il termine di durata del contratto in 36 mesi, pur prevedendo la possibilità di concessione di una proroga per un anno.

Il tutto in conformità al costante orientamento giurisprudenziale secondo cui le disposizioni del capitolato speciale d'appalto e del disciplinare possono solo integrare ma non modificare quelle poste dal bando.

Ha evidenziato, così, la Terza Sezione, che sussiste in capo alla Stazione Appaltante un obbligo di chiarezza, che costituisce espressione del più generale principio di buona fede, *“la cui violazione comporta – in applicazione del principio di autoresponsabilità – che le conseguenze derivanti dalla presenza di clausole contraddittorie nella lex specialis di gara non possono ricadere sul concorrente che, in modo incolpevole, abbia fatto affidamento su di esse”*.

Mentre non poteva dirsi sussistente in capo ai concorrenti alcun obbligo di effettuare calcoli aritmetici per accertare se da altre previsioni diverse da quelle contenute nel bando di gara si sarebbe potuto desumere una durata diversa del contratto.

In relazione, invece, al connesso profilo della non convenienza dell'offerta in quanto superiore al prezzo pubblicato sull'Osservatorio, la Terza Sezione ha rilevato che la Stazione Unica Appaltante non avrebbe dovuto ricorrere all'esclusione dalla gara dell'ATI ricorrente, dovendo piuttosto optare per rimedi di altro genere quale ad esempio la revoca della gara oppure il suo annullamento in caso di rilevazione di un errore materiale nella predisposizione degli atti precedenti di indizione della stessa.

Dande seguito a quanto sancito dai giudici amministrativi nelle citate sentenze, l'Amministrazione ha così annullato d'ufficio sia il decreto di indizione di gara sia quello di approvazione degli atti di gara, limitatamente al lotto n. 4.

Avverso il provvedimento di autotutela ha proposto ricorso, dinanzi al T.A.R. Calabria Sezione di Catanzaro, l'A.T.I. La C.G.S. s.r.l. – C.G. s.r.l. chiedendone l'annullamento oltre alla condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni per violazione dell'obbligo di buona fede incombente sulle parti nel corso delle trattative.

Con sentenza n. 515 del 23.3.2017 il Giudice Amministrativo di primo grado ha respinto il ricorso nella parte in cui era stato richiesto l'annullamento degli atti impugnati, accogliendolo, viceversa, nella parte in cui era stato richiesto il risarcimento dei danni.

Avverso tale sentenza sono insorti, con separati appelli, sia la Regione C. che l'A.T.I. La C.G.S. s.r.l. – C.G. s.r.l..

Con la sentenza non definitiva n. 5491 del 24.11.2017 la Terza Sezione del Consiglio di Stato, dopo aver disposto la riunione dei due appelli proposti, ha respinto la domanda dell'A.T.I. di annullamento dei provvedimenti impugnati con il ricorso introdotto e ha sospeso il giudizio in ordine ai restanti motivi concernenti l'*an* e il *quantum* del disposto risarcimento, precisando di dover

richiedere, con separata ordinanza, l'intervento dell'Adunanza Plenaria, al fine di dirimere questioni di diritto fondamentali per la decisione dell'intero gravame proposto dalla Regione e di parte di quello avanzato dall'ATI.

3. L'ordinanza di rimessione e il contrasto giurisprudenziale in tema di responsabilità della Pubblica Amministrazione nelle procedure di evidenza pubblica

Con ordinanza collegiale n. 5492 del 24.11.2017 la Terza Sezione del Consiglio di Stato, come in parte accennato, ha ritenuto opportuno adire l'Adunanza Plenaria per consentire a quest'ultima di fare chiarezza in ordine ai presupposti e ai limiti della responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione nelle procedure di appalto, essendosi formato sul punto un contrasto giurisprudenziale.

Nello specifico, i quesiti posti al Supremo Consesso sono stati i seguenti:

“1. Se la responsabilità precontrattuale sia o meno configurabile anteriormente alla scelta del contraente, vale a dire della sua individuazione, allorché gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione;

Se, nel caso di risposta affermativa, la responsabilità precontrattuale debba riguardare esclusivamente il comportamento dell'amministrazione anteriore al bando, che ha fatto sì che quest'ultimo venisse comunque pubblicato nonostante fosse conosciuto, o dovesse essere conosciuto, che non ve ne erano i presupposti indefettibili, ovvero debba estendersi a qualsiasi comportamento successivo all'emanazione del bando e attinente alla procedura di evidenza pubblica, che ne ponga nel nulla gli effetti o ne ritardi l'eliminazione o la conclusione”.

La Terza Sezione ricorda, infatti, che secondo un primo orientamento giurisprudenziale, condiviso anche da alcune pronunce del Consiglio di Stato (tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 15.7.2013, n. 3831) e della Corte di Cassazione (Cass. Civ., Sez. I, 3.7.2014, n. 15260), nelle procedure di scelta del contraente, la responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione è configurabile anche in una fase antecedente all'aggiudicazione e a prescindere dalla stessa.

Vi è poi un altro orientamento giurisprudenziale, più recente e più restrittivo (tra cui Cons. Stato, Sez. V, 8.11.2017, n. 5146), che la Terza Sezione, nell'ordinanza di rimessione, ha dichiarato di condividere, secondo cui *“la responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione è connessa alla violazione delle regole di condotta tipiche della formazione del contratto e, quindi, non può che riguardare fatti svoltisi in tale fase”*; di conseguenza, secondo questo orientamento, la responsabilità non sarebbe configurabile anteriormente alla scelta del contraente posto che, fino a

quel momento, gli operatori economici sarebbero solo dei partecipanti a una gara e potrebbero vantare unicamente un interesse legittimo al corretto esercizio del potere da parte della Stazione Appaltante.

Come accennato, la Terza Sezione ha mostrato di aderire all'orientamento più restrittivo, adducendo a sostegno della propria tesi la qualifica del bando come offerta al pubblico da cui consegue la qualifica della gara, nel suo esordio procedimentale, quale proposta di contratto *in incertam personam*.

Invero, pur riconoscendo l'instaurazione di un "contatto sociale" tra l'aspirante aggiudicatario e l'Amministrazione procedente, a detta della Sezione remittente, non vi sarebbe alcuna possibilità di ravvisare una "trattativa" durante la fase dell'evidenza pubblica, trattandosi di una procedura governata esclusivamente dalla legge e dalla *lex specialis* di gara; tant'è che la proposta di contratto *in incertam personam*, a differenza di quella rivolta nei confronti di soggetti determinati (art. 1328 c.c.) potrebbe essere revocata, proprio in ragione della indeterminatezza dei destinatari, senza che ciò possa dar luogo ad indennizzi, purché la revoca avvenga nella "*stessa forma o in forma equipollente*" (art. 1336, co. 2 c.c.).

Secondo l'impostazione della Terza Sezione, cioè, i doveri di correttezza e buona fede rinvengono il proprio presupposto esclusivamente in una trattativa già in stato avanzato; pertanto, è soltanto con l'aggiudicazione che il partecipante alla gara può fare un ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto e, quindi, dolersi dell'eventuale recesso ingiustificato delle trattative da parte dell'Amministrazione in caso di esercizio del potere di autotutela.

4. I principi di diritto espressi dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 5 del 4 maggio 2018

L'Adunanza Plenaria, nella sentenza in commento, ritenendo non del tutto convincenti le argomentazioni giuridiche addotte dalla Terza Sezione a sostegno della tesi più restrittiva, si è schierata a favore dell'orientamento meno formalista.

Il Supremo Consesso, prendendo le mosse dal progressivo ampliamento che ha investito i doveri di correttezza e buona fede sia in ambito civile che in ambito amministrativo, ha risolto le questioni sollevate dalla Terza Sezione, ritenendo che:

“a) il dovere di correttezza e di buona fede oggettiva (e la conseguente responsabilità precontrattuale derivante dalla loro violazione) sia configurabile in capo all'Amministrazione anche prima e prescindere dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva; b) tale responsabilità sia configurabile senza che possa riconoscersi rilevanza alla circostanza che la scorrettezza maturi anteriormente alla pubblicazione del bando oppure intervenga nel corso della procedura di gara”.

Per risolvere le questioni interpretative sottoposte alla propria attenzione, il Collegio, cioè, ha preso in considerazione i doveri di correttezza e buona fede, intesi come espressione del più generale dovere di solidarietà sociale di cui all'art. 2 della Costituzione, interpretati alla luce della teoria del "contatto sociale".

Ricorda a tal proposito l'Adunanza Plenaria che *"il generale dovere di solidarietà che grava reciprocamente su tutti i membri della collettività, si intensifica e si rafforza, trasformandosi in dovere di correttezza e di protezione, quando tra i consociati si instaurano momenti relazionali socialmente o giuridicamente qualificati, tali da generare, unilateralmente o, talvolta, anche reciprocamente, ragionevoli affidamenti sull'altrui condotta corretta e protettiva."*

In una lettura costituzionalmente orientata, cioè, la funzione del dovere di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. non è più tanto quella di favorire la conclusione di un contratto valido e socialmente utile, quanto quella di tutelare l'individuo e le sue libertà, pertanto, evidenzia l'Alto Consesso, *"il dovere di correttezza (nelle sue proteiformi manifestazioni concrete) è, nella maggior parte dei casi, strumentale alla tutela della libertà di autodeterminazione negoziale, cioè di quel diritto (espressione a sua volta del principio costituzionale che tutela la libertà di iniziativa economica) di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali, senza subire interferenza illecite derivante da condotte di terzi connotate da slealtà e scorrettezza."*

Aderendo a tale impostazione, il dovere di correttezza è quindi da considerarsi rilevante non solo in presenza di una formale trattativa ma anche ogniqualvolta si instauri una "relazione" qualificata tale da generare affidamenti e fondate aspettative.

A supporto dell'interpretazione del dovere di correttezza quale dovere connesso alla tutela della libertà negoziale, l'Adunanza Plenaria richiama tutta una serie di sentenze della Cassazione Civile che hanno ravvisato, per ipotesi differenti, la sussistenza di una responsabilità precontrattuale per violazione del dovere di correttezza tra cui, a titolo esemplificativo, il caso del contratto valido ma svantaggioso (ipotesi in cui le trattative hanno portato alla conclusione del contratto ma uno dei contraenti ha omesso un'informativa doverosa) oppure il caso della violazione dei doveri di riservatezza.

Ciò che rileva, e questo aspetto è stato messo ben in evidenza dall'Adunanza Plenaria, è che il progressivo ampliamento del dovere di correttezza si è manifestato anche in presenza di un'attività autoritativa dell'Amministrazione governata da norme di diritto pubblico quando a dolersi della scorrettezza è il privato che partecipa al procedimento amministrativo.

Sul punto, il Supremo Consesso ha affermato che nello svolgimento dell'attività autoritativa, *"l'amministrazione è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico (la cui violazione*



implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), ma anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza".

Da quanto sopra discende la possibilità che sussista una responsabilità dell'Amministrazione da comportamento scorretto nonostante la presenza di un provvedimento legittimo a conclusione del procedimento amministrativo.

A supporto di tale tesi, l'Adunanza Plenaria ha richiamato una serie di pronunce giurisprudenziali e di norme di legge che depongono appunto a favore della configurabilità di una responsabilità dell'Amministrazione anche nell'ambito di esercizio dell'attività autoritativa.

Si pensi al caso della responsabilità dell'Amministrazione da provvedimento favorevole poi annullato in via giurisdizionale o per autotutela laddove il privato lamenti un agire scorretto dell'Amministrazione che ha ingenerato un affidamento incolpevole sulla legittimità del provvedimento attributivo del beneficio (cfr. Cass. Civ., Sez. Un., ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 23.5.2011 e, ancora più di recente, Cass. Civ., Sez. Un., 22.1.2015 n. 1162 e 4.9.2015, n. 17586).

Con specifico riferimento alla tematica delle procedure ad evidenza pubblica, alcune sentenze, sia del giudice civile (v., tra le altre, Cass. Civ., Sez. I, 12.5.2015 n. 9636) che del giudice amministrativo (v. tra le altre Cons. Stato, Sez. IV, 6.3.2015, n. 1142) hanno espressamente affermato la sussistenza del dovere di correttezza e buona fede e quindi l'eventuale responsabilità precontrattuale in caso di loro violazione, in tutte le fasi della procedura, quindi, anche prima e a prescindere dall'aggiudicazione.

Vi sono, però, anche tutta una serie di norme, richiamate nella pronuncia in esame, a sostegno della tesi secondo cui la Pubblica Amministrazione è tenuta ad osservare i doveri di correttezza e lealtà anche nell'esercizio di poteri autoritativi sottoposti al regime del procedimento amministrativo.

Depongono in tal senso, a titolo esemplificativo:

- l'art. 1 della legge 7.8.1990, n. 241 che assoggetta l'attività amministrativa ai principi dell'ordinamento comunitario tra cui assume primaria importanza la tutela dell'affidamento legittimo;
- l'art. 21-*nonies*, co. 1 e l'art. 21-*quinquies* della citata legge n. 241/1990 che impongono di prendere in considerazione l'affidamento del privato rispetto a un precedente provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica;

- l'art. 10 dello Statuto del contribuente, approvato con la legge n. 212 del 2000 che richiama espressamente il principio di collaborazione e buona fede;
- l'art. 2-bis, co. 1 della legge n. 241/1990 che, secondo l'interpretazione più accreditata, prevede la risarcibilità del c.d. "danno da mero ritardo" che si configura quando il provvedimento viene adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento, a prescindere dalla spettanza del bene della vita.

Venendo più propriamente alle procedure di evidenza pubblica, l'Adunanza Plenaria ritiene che, in un simile contesto giurisprudenziale e normativo, sia eccessivamente restrittiva la tesi secondo cui, in queste procedure, i doveri di correttezza (e, quindi, la responsabilità precontrattuale in caso di loro violazione) sorgano solo dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione.

In caso contrario, precisa l'Adunanza Plenaria, si verrebbe a creare delle "zone franche" di responsabilità a favore della Pubblica Amministrazione.

Conclude, quindi, il Supremo Consesso, rispondendo anche al secondo quesito posto dall'ordinanza di rimessione, che *la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione possa configurarsi anche prima dell'aggiudicazione e possa derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai più volte richiamati doveri di correttezza e buona fede.*

Nella parte finale della propria sentenza, l'Adunanza Plenaria si sofferma infine ad enunciare i presupposti in presenza dei quali è possibile considerare sussistente una responsabilità precontrattuale a carico dell'Amministrazione premesso che non può considerarsi sufficiente la sola buona fede soggettiva (ovvero che il privato abbia maturato un affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose).

La necessità di procedere a una puntuale ricostruzione degli elementi costitutivi della responsabilità precontrattuale, come evidenziato dal Supremo Consesso, deriva dal fatto che questo tipo di responsabilità è strettamente connesso alla tutela di due valori, entrambi meritevoli di tutela ovvero due diverse manifestazioni della stessa libertà negoziale: da un lato, vi è quella di chi subisce il recesso dalle trattative o, comunque, la lesione dell'affidamento sulla serietà delle stesse, dall'altro, quella di chi decide di interrompere il procedimento di formazione del contratto prima dell'insorgenza del vincolo contrattuale.

Gli elementi costitutivi della responsabilità precontrattuale a carico della Pubblica Amministrazione, richiamati dall'Adunanza Plenaria, sono:

- a) la condotta posta in essere dall'Amministrazione, a prescindere dalla legittimità dei singoli provvedimenti, oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e lealtà;
- b) la violazione del dovere di correttezza imputabile all'Amministrazione in termini di colpa o dolo;
- c) la prova da parte del privato: sia del danno-evento (ovvero la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia del danno-conseguenza (cioè le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia dei relativi rapporti di causalità rispetto alla condotta scorretta che si imputa all'Amministrazione.

Detto altrimenti, il privato deve provare che le scelte negoziali non sarebbero state compiute laddove l'Amministrazione si fosse comportata correttamente.

Ovviamente, la verifica della sussistenza dei suddetti presupposti deve essere effettuata tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto.

A titolo esemplificativo, nei procedimenti ad evidenza pubblica, assumono rilevanza: i diversi margini di discrezionalità di cui dispone la Stazione Appaltante in ragione del criterio di aggiudicazione prescelto; lo stato di avanzamento del procedimento nel momento in cui interviene il ritiro degli atti di gara; il fatto che il privato abbia presentato o meno l'offerta; la conoscibilità da parte del privato, secondo l'ordinaria diligenza richiamata anche dall'art. 1227, co. 2 c.c. dei vizi che hanno portato all'esercizio del potere di autotutela; l'affidabilità del soggetto partecipante al procedimento (assume rilevanza cioè il fatto che il privato possedesse o meno i requisiti di partecipazione alla gara).

5. Conclusioni

Emerge con assoluta chiarezza dai principi di diritto sanciti dall'Adunanza Plenaria che la natura autoritativa del procedimento ad evidenza pubblica non esclude l'operatività delle regole privatistiche e che ciò che mira a tutelare il dovere di correttezza non è la conclusione del contratto ma la libertà di autodeterminazione negoziale.

Ancorché siano stati puntualmente indicati gli elementi costitutivi della responsabilità precontrattuale, gli aspetti da considerare nel caso concreto sono molteplici e non predeterminabili in astratto perché, come evidenziato dalla stessa Adunanza Plenaria, dipendono da innumerevoli variabili che possono, di volta in volta, connotare la specifica situazione.

Non sarà, quindi, agevole riuscire a individuare il punto di equilibrio tra la libertà negoziale di colui che interrompe il procedimento di formazione del contratto e quello di chi subisce il recesso dalle trattative.



La ricerca di questo delicato punto di equilibrio, nelle procedure ad evidenza pubblica, è ancor più ardua tenuto conto del fatto che in caso di contratti stipulati all'esito di queste procedure, oltre alla libertà contrattuale della stazione appaltante, è in gioco anche l'interesse pubblico alla cui tutela