Consiglio di Stato: responsabilità precontrattuale anche prima dell'aggiudicazione definitiva

16 Maggio 2018
La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione scatta anche prima dell'aggiudicazione definitiva, nello svolgimento dell'attività autoritativa.

L'amministrazione è tenuta a rispettare oltre alle 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), anche le norme generali dell'ordinamento civile.

E' quanto deciso dal Consiglio di Stato in Adunanza plenaria nella sentenza del 4 maggio 2018, n. 5, in cui sottolinea che l'amministrazione deve agire con lealtà e correttezza.

Vi è pertanto responsabilità precontrattuale dell'amministrazione per violazione degli obblighi di buona fede nei confronti di un raggruppamento che, pur avendo presentato l'offerta migliore, si è visto annullare in autotutela l'intera procedura di gara dalla stazione appaltante, prima dell'aggiudicazione, per un errore nella predisposizione degli atti di gara.

1. L'ordinanza di rimessione

La pronuncia dell'Adunanza plenaria, nasce dall'ordinanza collegiale 24 novembre 2017, n. 515, con cui la Sez. III del Consiglio di Stato le aveva rimesso i seguenti quesiti:
«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;*
2. 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»

2. L'orientamento tradizionale sui presupposti della buona fede

Quest'ultima sezione aveva aderito alla contraria tesi, secondo cui il dovere di correttezza e di buona fede trova il suo presupposto in una "trattativa" già in stato avanzato, tale da far sorgere un ragionevole affidamento nella conclusione del contratto (la c.d. "trattativa affidante").
Secondo tale orientamento, superato dall'Adunanza plenaria, nelle procedure ad evidenza pubblica, era soltanto dall'aggiudicazione (definitiva) che il partecipante alla gara poteva fare un ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto e, dunque, può contestare il "recesso" ingiustificato dalle trattative della stazione appaltante (attraverso l'esercizio dei poteri di autotutela pubblicistici sugli atti di gara).
Secondo tale indirizzo giurisprudenziale, era, ad esempio, legittima la revoca dell'aggiudicazione provvisoria di una gara di appalto motivata con riferimento al risparmio economico che ne sarebbe derivato dalla revoca stessa ovvero per carenza di copertura finanziaria e sopravvenuta mancata

corrispondenza della procedura alle esigenze dell'interesse pubblico (*cfr.* Consiglio di Stato con la sentenza n. 1599 del 21 aprile 2016 e tra le tante altre, Cons. Stato, sez. III, 29 luglio 2015, n. 3748; 26 settembre 2013, n. 4809; 6 maggio 2013, n. 2418).

3. Doveri di correttezza e buona fede prima dell'aggiudicazione

Ad avviso dell'Adunanza plenaria l'interpretazione del dovere di correttezza «*rappresenta una manifestazione del più generale dovere di solidarietà sociale che trova il suo principale fondamento nell'art. 2 della Costituzione*» (cfr., ex multis, Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188), poiché mira a tutelare non la conclusione del contratto, ma la libertà di autodeterminazione negoziale, a prescindere dall'esistenza di una formale "trattativa" di cui all'art. 1337 del cod. civ..

La conferma di tale soluzione sta nel danno risarcibile, che, secondo un consolidato orientamento, non è mai commisurato alle utilità che sarebbero derivate dal contratto un sottoscritto, ma al c.d. interesse negativo a non subire indebite interferenze nell'esercizio della libertà negoziale (o, eventualmente, al c.d. interesse positivo virtuale, calcolato sulla differenza di utilità rispetto a quanto effettivamente percepito).

La violazione del dovere di correttezza può far quindi nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo dell'impresa lesa, ma sulla libertà di autodeterminazione negoziale di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza (Cons. St., sez. VI, 6 febbraio 2013, n. 633; id., sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; id., A.P., 5 settembre 2005, n. 6)

Di qui la possibilità che una responsabilità da comportamento scorretto sussista nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo che conclude il procedimento.

In tale contesto, va richiamata anche la recente sentenza della sez. VI, 6 marzo 2018, n. 1457, che ha espressamente evocato un modello di pubblica amministrazione, come si è andato evolvendo nel diritto vivente, permeato dai principi di correttezza e buona amministrazione, desumibili dall'art. 97 Cost..

L'Adunanza plenaria afferma, quindi, che «*nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dell'aggiudicazione, nell'ambito in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento*» (A.P. *cit.*).

Può pertanto configurarsi la responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione, a prescindere dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva e senza che possa riconoscersi rilevanza alla circostanza che la scorrettezza maturi anteriormente alla pubblicazione del bando oppure intervenga nel corso della procedura di gara.

4. Presupposti dell'affidamento incolpevole

Secondo il dettato del quale all'articolo 1337 del codice civile (rubricato "Trattative e responsabilità precontrattuale") «*Le parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*».

Tuttavia, come chiarisce l'Adunanza plenaria, affinché « … nasca la responsabilità dell'amministrazione non è sufficiente che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva (ovvero che egli abbia maturato un affidamento incolpevole circa *l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose), ma occorrono gli ulteriori seguenti presupposti:*

a) che l'affidamento incolpevole risulti leso da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà;

b) *che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo;*

c) *che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale),*

sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità fra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all'amministrazione».

5. Le circostanze da valutare nel caso concreto

L'affidamento incolpevole del privato deve essere valutato tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto e sempre considerando che il dovere di correttezza è un dovere reciproco e grava, quindi, anche sul privato.

A titolo esemplificativo, gli aspetti in grado di condizionare il giudizio, sull'esistenza dei sopra richiamati presupposti della responsabilità, sono:

a) il tipo di procedimento di evidenza pubblica che viene in rilievo (tenendo conto dei margini di discrezionalità di cui dispone la stazione appaltante);

b) lo stato di avanzamento del procedimento rispetto al momento in cui interviene il ritiro degli atti di gara;

c) il fatto che il privato abbia partecipato al procedimento e abbia, dunque, quanto meno presentato l'offerta (in assenza della quale le perdite eventualmente subite saranno difficilmente riconducibili a comportamenti scorretti);

d) la conoscenza o, comunque, la conoscibilità, secondo l'onere di ordinaria diligenza da parte del privato dei vizi (di legittimità o di merito) che hanno determinato l'esercizio del potere di autotutela, tenuto conto che non può considerarsi incolpevole l'affidamento che deriva dalla mancata conoscenza della norma imperativa violata;

e) la c.d. affidabilità soggettiva del privato partecipante al procedimento (ad esempio, con verifica dei requisiti per partecipare alla gara di cui lamenta la mancata conclusione).

32651-CdS_AP__5_2018.pdfApri