

NOTA A CONSIGLIO DI STATO -SEZ. TERZA- ORDINANZA N. 5492/2017

dell'avv. Lucia Iacoboni

Il dibattito sulla responsabilità precontrattuale della PA torna ad accendersi. Se, infatti, il principio della responsabilità precontrattuale della PA è ormai consolidato nella giurisprudenza sia civile che amministrativa, i confini entro i quali la PA è responsabile per le condotte, sia pur legittime, ma, comunque, contrarie ai canoni della correttezza e della buona fede, poste in essere nel corso delle trattative per la formazione dei contratti ad evidenza pubblica, sono ancora incerti.

Il quesito che la Sezione terza del Consiglio di Stato sottopone all'Adunanza Plenaria è duplice:

1. *"Se la responsabilità precontrattuale sia o meno configurabile anteriormente alla scelta del contraente, vale a dire della sua individuazione, allorchè 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".

Nel caso all'esame del Consiglio di Stato la Stazione Unica Appaltante aveva disposto l'annullamento dei decreti di indizione della gara e di approvazione degli atti di gara, atto che veniva impugnato con richiesta di condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni a titolo di responsabilità precontrattuale. Il Tar adito respingeva la domanda demolitoria, mentre accoglieva in parte la domanda risarcitoria, in quanto: "*il lamentato pregiudizio, infatti, appare connesso, piu' che al provvedimento di annullamento degli atti della gara, al fatto che la gara stessa non sia stata portata alla sua naturale conclusione con un provvedimento di aggiudicazione e, quindi, con la stipulazione del contratto....l'atto di autotutela che ha determinato l'annullamento dell'intero procedimento è stato causato dalla rilevata contraddittorietà delle previsioni della lex specialis predisposta dalla stazione appaltante. Tale circostanza implica di per sè la violazione degli obblighi nei confronti dei soggetti che, nel quadro del procedimento amministrativo, abbiano fatto affidamento sulla correttezza, buona fede e professionalità dell'amministrazione che ha indetto la procedura concorsuale...".*

La sentenza del Tar veniva appellata, tra l'altro, per il fatto che, anteriormente alla scelta del contraente, dunque fino alla intervenuta

aggiudicazione definitiva, non sarebbe possibile configurare una responsabilità precontattuale della PA, anche allorchè vi sia stata l'aggiudicazione provvisoria, in quanto gli aspiranti alla posizione di contraenti sono meri partecipanti alla gara e possono vantare solo un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione. A tale tesi si contrapponeva quella, fatta valere nel medesimo giudizio di appello, secondo la quale la responsabilità precontrattuale prescinderebbe dall'intervenuta aggiudicazione, in quanto scaturente dalla violazione dell'affidamento di tutti i partecipanti in ordine alla conclusione della gara.

Il Collegio rimettente, nel prendere atto della questione preliminare sottoposta al suo esame, relativa ai presupposti stessi per configurare la responsabilità precontrattuale della P.A., fa il punto sulla *vexata quaestio*, ripercorrendo le tappe fondamentali dell'evoluzione della giurisprudenza in materia. A partire dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 2110/1974 si è consolidato l'indirizzo che ritiene configurabile la responsabilità precontrattuale della P.A. per violazione dei principi di correttezza e buona fede nelle trattative anche in materia di contratti ad evidenza pubblica, con la precisazione (Cass. S.U. n. 11656/2008) che si tratta di una responsabilità da comportamento e non da provvedimento, dunque non correlata alla legittimità degli atti amministrativi, e indipendente dall'eventuale annullamento, ma fondata esclusivamente sulla lesione dell'affidamento dell'altra parte nel corso della formazione del

contratto. Pertanto, tale forma di responsabilità può sussistere anche in ipotesi di atti di autotutela pienamente legittimi, e va tenuta distinta dalla responsabilità per lesione di un interesse legittimo.

Tuttavia, la Corte di Cassazione, e, successivamente, la giurisprudenza amministrativa -a seguito del passaggio alla giurisdizione esclusiva del GA delle controversie, anche risarcitorie, relative alle procedure di affidamento di appalti, forniture e servizi pubblici (L. n. 205/2000)- hanno escluso la responsabilità precontrattuale nella fase del procedimento precedente l'aggiudicazione, in quanto il partecipante alla gara non avrebbe ancora alcun legittimo affidamento sull'esito della stessa e sulla conclusione del contratto, ma solo una posizione di interesse legittimo al corretto esercizio del potere di scelta della PA. In particolare, le fattispecie di responsabilità individuate sono le seguenti:

a) revoca dell'indizione della gara e dell'aggiudicazione per esigenze di ampia revisione del progetto, disposta dopo vari anni dall'espletamento della gara; b) impossibilità di realizzare l'opera, essendo mutate le condizioni dell'intervento; c) annullamento d'ufficio degli atti di gara per un vizio rilevato solo dopo l'aggiudicazione definitiva o che la PA avrebbe potuto rilevare già all'inizio della procedura; d) revoca dell'aggiudicazione, o rifiuto di stipulare il contratto dopo l'aggiudicazione, per mancanza di fondi.

L'ordinanza rimettente dà poi atto del diverso orientamento emerso in alcune sentenze del Consiglio di Stato a far data dal 2012, e,

successivamente, fatto proprio dalla Corte di Cassazione (Cass. Civ. Sez. I, n. 15260/2014), secondo il quale nei contratti pubblici si è in presenza di una formazione progressiva del contratto secondo lo schema dell'offerta al pubblico, nel corso della quale la PA entra in contatto con una pluralità di partecipanti al procedimento negoziale con ciascuno dei quali instaura trattative sin dalla presentazione delle offerte, potendo, pertanto, incorrere in responsabilità precontrattuale anche prima della conclusione della gara e a prescindere dall'eventuale diritto all'aggiudicazione del singolo partecipante.

La terza Sezione aderisce alla tesi più restrittiva, di recente riaffermata dalla giurisprudenza amministrativa, pur prendendone in parte le distanze. Nel confutare analiticamente gli argomenti addotti dalla contrapposta tesi, l'ordinanza afferma, in particolare, che: *"nessuna 'trattativa' si realizza durante la fase pubblicistica dell'evidenza pubblica....l'unico atto che è dato rinvenire e sussumere nel concetto di 'trattative' o di 'formazione del contratto' è l'iniziale proposta di contratto in incertam personam, veicolata attraverso il bando"; "la fase pubblicistica della competizione....rimane estranea alla formazione del contratto, poichè essa è strumentale all'individuazione del soggetto che ne costituirà parte, ed in assenza del quale neanche è ipotizzabile discorrere di 'formazione di un contratto"; "in pendenza della fase pubblicistica, non possono 'strutturalmente' verificarsi comportamenti che in mala fede intervengano sulla 'formazione' del contratto....l'offerta ad incertam*

personam, fatta dall'amministrazione per il tramite di una procedura di evidenza pubblica, non contempla trattative, essendo sin dall'inizio completa degli elementi essenziali del futuro contratto (art. 1366 cc), come tale esposta alla sola accettazione dell'abito rivelatosi tale all'esito della selezione. La buona fede del proponente potrebbe al più essere vagliata e giudicata con esclusivo riguardo al momento della formulazione della proposta. Solo ove si dimostri che al momento del bando, l'amministrazione era già consapevole di non poter portare avanti la proposta di contratto ad incertam personam, ad es. per insussistenza dei fondi, per impossibilità della prestazione, etc., il comportamento, in quanto afferente ad un elemento prenegoziale qual è la proposta, e quindi in ultima analisi alle trattative, potrebbe sussumersi nel disposto dell'art. 1337 cc. ed estendersi a tutti i soggetti (inutilmente) partecipanti alla procedura". Tutti gli altri casi di "errore nella conduzione della procedura" -quali l'autoannullamento della procedura per vizi di legittimità, la revoca per sopravvenuti motivi, il ritardo nell'adozione di tali atti- rileverebbero esclusivamente nei confronti dell'aggiudicatario, in quanto ricadenti nel procedimento di formazione del contratto. A giudizio della Sezione rimettente il diverso più ampio orientamento, di cui è espressione la sentenza gravata, determinerebbe una estensione della responsabilità precontrattuale "eccessiva e non giustificata".

L'auspicio è che l'intervento chiarificatore dell'Adunanza Plenaria tenga conto della varietà delle situazioni, che possono presentarsi nel corso

della procedura concorsuale, che rende impossibile escludere in ogni caso una eventuale responsabilità precontrattuale della PA anteriormente all'aggiudicazione definitiva, come ben evidenziato dalla Corte di Cassazione nella citata sentenza della Sez. I, n. 15260/2014 : *"la disciplina in materia di culpa in contrahendo non necessita, infatti, di un rapporto 'personalizzato' fra p.a. e privato, che troverebbe la sua unica fonte nel provvedimento di aggiudicazione, ma è posta a tutela del legittimo affidamento nella correttezza della controparte, che sorge sin dall'inizio del procedimento"* .