

Consiglio di Stato, sentenza 3 febbraio 2011, n. 780

Sulla responsabilità precontrattuale della stazione appaltante nell'ipotesi di revoca degli atti di gara per violazione di norme imperative.

In tema di gare, è possibile distinguere diversi tipi di danni risarcibili a seconda del tipo di responsabilità che si configura in capo alla stazione appaltante.

Qualora vi sia stata l'ingiustificata rottura delle trattative o la mancata stipulazione del contratto a causa della revoca dell'aggiudicazione e di un comportamento scorretto della P.A. che non ha, ad esempio, tempestivamente adempiuto all'obbligo di comunicare tale atto all'aggiudicatario, la giurisprudenza amministrativa è concorde nel ritenere che si profila un'ipotesi di responsabilità precontrattuale della P.A. ove il danno risarcibile è costituito dal danno emergente, ossia dalle spese sostenute per partecipare, e dal lucro cessante, pari alle occasioni perse a causa dell'aver concorso ad una gara inutile, mentre non va risarcito l'interesse positivo, costituito dall'utile d'impresa derivante dalla stipulazione del contratto.

Orbene, nella sentenza in esame il Consiglio di Stato sottolinea che non sempre l'esercizio del potere di revoca dell'aggiudicazione da parte dell'Amministrazione comporta la configurazione in capo alla stessa di una responsabilità di tipo precontrattuale e il conseguente obbligo di risarcire il privato del danno da questi subito. Invero, pur in presenza di un atto di revoca dell'aggiudicazione che impedisce all'Ente appaltante di stipulare il contratto, il comportamento dell'Amministrazione può ritenersi pienamente legittimo allorché il potere di

autotutela sia stato esercitato nel rispetto delle norme procedurali previste dalla legge n. 241/1990 e sia stato motivato dalla necessità di evitare la conclusione di un contratto illecito. Ciò, continua la Corte, vale ancor di più allorché l'aggiudicatario conosceva o poteva conoscere i vizi di illiceità che avrebbero travolto il successivo contratto, non potendosi in tal caso ravvisare un ragionevole affidamento, giuridicamente tutelato, alla relativa stipula.

Rileva, dunque, il Collegio: “...per la pacifica giurisprudenza della Corte di Cassazione (consolidatasi per le controversie devolute ratione temporis al giudice civile):

non si può ritenere accoglibile una domanda volta al risarcimento del danno derivante da responsabilità precontrattuale, quando il contratto non sia stato stipulato, perché una delle parti – anche in extremis – rileva che la stipula comporterebbe la violazione di norme imperative (per tutte, Sez. Un., 11 febbraio 1982, n. 835; Sez. Un., 14 marzo 1985, n. 1987);

- l'Amministrazione pubblica, quando abbia posto in essere trattative per addivenire alla stipula di un contratto da concludere a seguito di un procedimento ad evidenza pubblica, può senz'altro recedere dalle trattative senza incorrere in alcuna responsabilità (Sez. I, 29 luglio 1987, n. 6545), non potendosi anche in tal caso ravvisare un 'ragionevole affidamento', giuridicamente tutelato, alla relativa stipula.

La Sezione rileva che tali orientamenti, a loro volta, sono espressione di un più generale principio generale, per il quale l'Amministrazione deve sempre evitare di concludere un contratto contrastante con norme imperative e cioè:

- deve interrompere la trattativa privata avviata quando sia prescritta la gara ad evidenza pubblica;

- deve annullare gli atti della gara ad evidenza pubblica, se il previsto contratto di per sé risulta in contrasto con una norma imperativa.

Infatti, l'ordinamento da un lato apprezza con favore il ritorno alla legalità, prevedendo i poteri di autotutela dell'Amministrazione, dall'altro non prende in favorevole considerazione – sotto il profilo di possibili pretese risarcitorie - la posizione di coloro che, coinvolti nella trattativa privata o nella gara finalizzate alla stipula del contratto che si rilevi contra legem, abbiano consapevolmente o colposamente aderito alla iniziativa illegittima dell'Amministrazione....

Oltre dunque alle considerazioni sopra riportate sulla rilevanza in sé delle norme imperative (ciò che già rilevarebbe per escludere un legittimo affidamento), nella specie proprio la qualità dei professionisti coinvolti avrebbe dovuto da subito far loro constatare la manifesta illegittimità della

iniziale determinazione dell'Amministrazione: ciò evidenzia non solo la mancanza di un legittimo affidamento, ma anche la loro colpa professionale, dal momento che rientra – o deve rientrare - nel bagaglio di comune conoscenza degli avvocati la regola per cui le Amministrazioni statali si avvalgono e si devono avvalere del patrocinio della Avvocatura dello Stato”.