

Sulla responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione.

La possibilità di ascrivere in capo alla P.A. una responsabilità di tipo precontrattuale non è sempre stata pacifica in giurisprudenza.

Fino alla fine degli anni '50, la dottrina riteneva che non si potesse affermare la responsabilità precontrattuale della P.A. per due ragioni: anzitutto, la pubblica Amministrazione non poteva, nel corso della sua attività, compiere atti illeciti essendo la sua attività preordinata al raggiungimento di un interesse pubblico; inoltre, l'indagine del giudice ordinario al fine di affermare la responsabilità della pubblica amministrazione si sarebbe trasformato in un inammissibile sindacato giudiziale sulle modalità di esercizio dei poteri discrezionali.

Solo a partire dalla sentenza 12 luglio 1961, n. 1675 la Corte di Cassazione ha riconosciuto la configurabilità della responsabilità precontrattuale della P.A., limitandola, tuttavia, alle sole ipotesi di ingiustificato recesso da una trattativa privata (c.d. pura) e di violazione del dovere di correttezza e buona fede nel rapporto instauratosi successivamente all'aggiudicazione della gara (es.: omissione o ritardo nell'approvazione del contratto). Solo in queste ipotesi, infatti, si riteneva che la P.A. si spogliasse dei propri doveri pubblicistici ed operasse come un qualunque altro soggetto. Al contrario, la responsabilità precontrattuale della P.A. non poteva

configurarsi nell'ipotesi di pubblico incanto e di licitazione privata. Si riteneva, infatti, che nel corso dei procedimenti di evidenza pubblica gli interessati non rivestissero la qualità di parte contraente cui poteva applicarsi l'articolo 1337 c.c., ma la qualifica di partecipanti alla gara e mentre l'ordinamento tutela il contraente nei confronti dell'altro, imponendo il rispetto del principio generale di buona fede nello svolgimento delle trattative, riserva un diverso trattamento ai partecipanti alla gara i quali, poiché non sono ancora considerati parti del contratto, non hanno diritto alla lealtà della controparte contraente cui si applica l'articolo 1337 c.c., ma possono vantare solo un interesse legittimo al corretto esercizio del potere.

Il principio statuito dalla Corte di Cassazione nella pronuncia sopra indicata è oggi unanimemente condiviso in giurisprudenza: la responsabilità precontrattuale non è configurabile anteriormente alla scelta del contraente, nella fase, cioè, in cui gli interessati non hanno ancora la qualità di futuri contraenti, ma soltanto quella di partecipanti alla gara e vantano esclusivamente una posizione di interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione.

Posto quanto sopra, la giurisprudenza, in sede di definizione dell'ambito di operatività dell'istituto in esame ha precisato che la responsabilità precontrattuale è configurabile anche nell'ipotesi di svolgimento di attività amministrativa legittima e tuttavia lesiva del principio di affidamento e buona fede. Nella sentenza dell'Adunanza Plenaria 5 settembre 2005, n. 6 è stato affermato, infatti, che integra gli estremi della responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. la condotta dell'amministrazione che, dopo aver individuato il contraente sulla base di una procedura ad evidenza pubblica legittimamente svolta, abbia deciso di revocare l'aggiudicazione per mancanza della c.d. copertura finanziaria necessaria per far fronte alle esigenze del contratto che si era sul punto di concludere. In questo caso, afferma il Collegio, il risarcimento del danno derivante dalla responsabilità precontrattuale non può ritenersi escluso né dalla circostanza che l'attività dell'amministrazione sia comunque legittima, né dall'avvenuta corresponsione al privato dell'indennizzo previsto dall'art. 21-*quinquies* della L. n. 241/1990. In tali casi, infatti, il risarcimento consegue alla violazione degli obblighi di buona fede ed alla lesione del legittimo affidamento del privato.

Occorre, altresì, evidenziare come la stessa giurisprudenza amministrativa ha affermato la possibilità di rinvenire un'ipotesi di responsabilità precontrattuale della

P.A. anche in presenza di un provvedimento amministrativo illegittimo, ove il comportamento della P.A. sia comunque contrario ai principi di correttezza e buona fede e il danneggiato non chieda il risarcimento per lesione del bene della vita ma per violazione del principio di buona fede e correttezza precontrattuale.

In definitiva, dunque, in seno ad un procedimento ad evidenza pubblica può configurarsi, accanto ad una responsabilità civile per lesione dell'interesse legittimo, derivante dalla illegittimità degli atti o dei provvedimenti relativi al procedimento amministrativo di scelta del contraente, una responsabilità di tipo precontrattuale per violazione di norme imperative che pongono "regole di condotta", da osservarsi durante l'intero svolgimento della procedura di evidenza pubblica.

Le predette regole "di validità" e "di condotta", come è notoriamente risaputo e ribadito innumerevoli volte dalla giurisprudenza amministrativa, operano su piani separati: non è necessaria la violazione delle regole di validità per aversi responsabilità precontrattuale e, viceversa, l'inosservanza delle regole di condotta può non determinare l'invalidità della procedura di affidamento.

Sotto il profilo strettamente quantificatorio, in tema di responsabilità precontrattuale il danno risarcibile corrisponde all'interesse negativo, comprensivo, però, sia del danno emergente sia del lucro cessante. Sicché, il danno risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale in relazione alla mancata stipula di un contratto d'appalto o in relazione all'invalidità dello stesso, comprende le spese sostenute dall'impresa per aver partecipato alla gara (danno emergente), ma anche e soprattutto la perdita, se adeguatamente provata, di ulteriori occasioni di stipulazione di altri contratti altrettanto o maggiormente vantaggiosi, impedita proprio dalle trattative indebitamente interrotte (lucro cessante), con esclusione del mancato guadagno che sarebbe derivato dalla stipulazione ed esecuzione del contratto non concluso. Per quanto, in particolare, riguarda il lucro cessante, l'Adunanza Plenaria n. 6/2005 ha precisato che il lucro cessante (la perdita di occasioni contrattuali alternative lecite) va provato documentando *"l'esistenza di proprie dichiarazioni di rinuncia alla prosecuzione della partecipazione a gare nelle quali aveva presentato domanda (nel ché sarebbe consistita la perdita di alternative occasioni di guadagno)"* mentre non è sufficiente, perché priva di concretezza, la prova della indizione concomitante di procedure selettive o di dichiarazioni di rinuncia alla partecipazione ad esse "per impegni in precedenza assunti". Così configurato, il lucro cessante non è altro se non

il danno da perdita di *chance* che, nell'ipotesi di responsabilità precontrattuale, consiste nella perdita, non dell'aggiudicazione relativa alla procedura contestata, ma di altre occasioni favorevoli, ossia di mancata conclusione di altri accordi negoziali causata dall'impegno derivante dalla presentazione dell'offerta, che ha impedito al danneggiato di impiegare manodopera e mezzi per partecipare ad altre gare di appalto.

La pronuncia indicata in epigrafe si sofferma a chiarire le condizioni in presenza delle quali, nel contesto dello svolgimento di una procedura concorsuale ad evidenza pubblica, può ritenersi configurabile una responsabilità di tipo precontrattuale in capo alla stazione appaltante. Nella fattispecie posta all'attenzione del Collegio, in particolare, l'amministrazione, emanato un provvedimento di aggiudicazione provvisoria, non aveva potuto procedere all'aggiudicazione definitiva a causa dell'intervento di una modifica normativa che riformulando l'assetto organizzativo dell'ente, aveva tolto al medesimo qualunque potere decisionale in ordine alla possibilità di aggiudicare gare e stipulare contratti. Orbene, ad avviso del Consiglio, sebbene la responsabilità precontrattuale fosse, nella fattispecie ipoteticamente configurabile essendo il comportamento contestato dal ricorrente intervenuto quando il ricorrente rivestiva già il ruolo di contraente e non di mero partecipante alla gara, non ricorrevano in fatto le condizioni per poter considerare il comportamento amministrativo contrario alle regole di buona fede e correttezza ex art. 1337 cc. Invero, chiarisce il Collegio: *“in tema di responsabilità precontrattuale della p.a. nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede, di cui è espressione l'art. 1337 c.c., consistono nell'obbligo di rendere al partecipante alla gara in modo completo e tempestivo tutte le informazioni necessarie e sufficienti a salvaguardare la sua posizione, circa fatti che possano far ipotizzare fondatamente la revoca dei relativi atti, in modo da impedire che si consolidi un ragionevole ed incolpevole affidamento sulla invece incerta conclusione del procedimento. (Consiglio di Stato sez. V, 14 settembre 2012, n. 4894). Tuttavia è evidente che nel caso in esame la causa della revoca degli atti di gara si è concretizzata nel nuovo assetto normativo, del tutto indipendente dalla volontà dell'Amministrazione”*.

Inoltre, si aggiunge, non solo non risultano violati nella fattispecie gli obblighi di buona fede e correttezza imposti, nella fase delle trattative, dall'art. 1337 c.c., ma

ancor prima, non può ritenersi violato il legittimo affidamento del privato allorché al provvedimento di aggiudicazione provvisoria non segua quello di aggiudicazione definitiva. Quest'ultimo infatti, è l'atto adottato dal competente organo della stazione appaltante, previo controllo e approvazione degli atti del seggio di gara. Si tratta di un atto non meramente confermativo o esecutivo dell'aggiudicazione provvisoria, in quanto anche qualora ne condivide e ne recepisce interamente i risultati, presuppone una nuova e autonoma valutazione da parte dell'organo competente alla sua adozione. Sicché la sua adozione non è conseguente e automatica rispetto all'emanazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, come espressamente prevede anche il Codice dei contratti pubblici: *“in tema di contratti pubblici la possibilità che ad un'aggiudicazione provvisoria non segua quella definitiva del contratto di appalto è un evento del tutto fisiologico, disciplinato dagli art. 11, comma 11, 12 e 48, comma 2, del d.lg. n. 163 del 2006, inidoneo di per sé a ingenerare qualunque affidamento tutelabile con conseguente obbligo risarcitorio, qualora non sussista nessuna illegittimità nell'operato della p.a. (Consiglio di Stato, sez. VI, 19 gennaio 2012, n. 195)”*.