

Consiglio di Stato - Adunanza Plenaria -
Sentenza 14 marzo-4 maggio 2018 n. 5

IL COMMENTO

Marcello Clarich
e Giuliano Fonderico

CONTRATTO

Un passo avanti per eliminare situazioni di privilegio

La pubblica amministrazione gode sempre meno di "zone franche" e "scudi" che la proteggono da azioni risarcitorie intentate dai soggetti privati.

Di recente il Consiglio di Stato ha riconosciuto un risarcimento pieno (due anni di mancato utile) per un danno collegato al ritardo nel rilascio degli atti autorizzativi necessari per l'avvio di un'iniziativa imprenditoriale di ristrutturazione di un'area per il tempo libero e la balneazione (VI sezione 6 marzo 2018 n. 1457).

Pochi giorni fa l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha esteso il principio civilistico della responsabilità precontrattuale delle stazioni appaltanti anche ai comportamenti e agli atti assunti nella fase antecedente la conclusione della procedura di gara e dell'aggiudicazione del contratto.

Ma prima di analizzare il caso e il percorso argomentativo dei giudici di Palazzo Spada, va ricordato che la responsabilità della pubblica amministrazione è un tema ancora in fase di assestamento.

Ciò dopo il terremoto provocato nel 1999 dalla Corte di cassazione che con una sentenza epocale ha affermato il principio della responsabilità per danni da lesione di interessi legittimi conseguente all'adozione da par-

La pronuncia sprona le Pa, ma anche i privati, a comportamenti più leali che nel corso del tempo potrebbero migliorare i rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione ancora oggi improntati spesso da sfiducia reciproca. L'obiettivo è dunque non solo quello di tutelare in modo più pieno il cittadino, ma anche di promuovere comportamenti più "civili".

te della pubblica amministrazione di provvedimenti illegittimi (Cassazione, sezioni Unite, n. 500 del 1999).

Questa svolta ha dato origine a un ampio contenzioso. I giudici civili e amministrativi hanno fatto fatica a tracciare le coordinate interpretative. Oscillazioni viste se hanno riguardato non solo i principi sostanziali in tema di responsabilità, ma anche quelli processuali.

Su quest'ultimo punto solo il codice del processo amministrativo del 2010 ha chiarito in modo definitivo che il risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo e ha disciplinato in modo puntuale l'azione di risarcimento (articolo 30).

Ma il giudice amministrativo, a differenza del giudice ordinario, non ha ancora dimestichezza con la materia del risarcimento e ha dimostrato in varie occasioni incertezze che solo nella fase più recente, come ben illustra ora la sentenza dell'Adunanza plenaria,

sembrano in via di superamento.

Il caso e i quesiti

La vicenda sottoposta all'Adunanza plenaria nasceva da una gara pubblica d'appalto e dall'esclusione di un'impresa che aveva presentato un'offerta economica ritenuta non conforme al bando. L'impresa aveva fatto ricorso e ottenuto ragione prima al Tar Calabria e poi al Consiglio di Stato. I giudici avevano osservato che la disciplina di gara era poco chiara e contraddittoria e che non poteva essere escluso un offerente che incolpevolmente avesse fatto affidamento su di essa. Al più, secondo i giudici, l'amministrazione avrebbe potuto revocare la procedura per ripartire da capo.

L'amministrazione aveva a quel punto annullato in autotutela l'intera procedura. L'impresa aveva nuovamente impugnato vedendosi stavolta accolta dal Tar solo la domanda di risarcimento dei danni a titolo di responsabilità precontrattuale.

Nel successivo giudizio di ap-

pello, la terza sezione del Consiglio di Stato sollevava le questioni se la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione sia o meno configurabile anteriormente alla scelta del contraente, vale a dire prima dell'aggiudicazione, e se, nel caso di risposta affermativa, la responsabilità debba riguardare la sola condotta dell'amministrazione anteriore al bando - ad esempio, l'indizione della procedura nella consapevolezza che manchino le risorse per poi firmare il contratto - o possa estendersi a qualunque comportamento successivo che comunque impedisca o ritardi la conclusione della procedura. In questa seconda ipotesi, il danno potrebbe dipendere anche da vizi nella conduzione della gara, inerzie ingiustificate ecc.

La responsabilità precontrattuale nelle fasi precedenti l'aggiudicazione

L'ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria aveva rilevato un contrasto giurisprudenziale sul punto se la responsabilità precontrattuale può sorgere solo dopo l'aggiudicazione e non anche prima. La tesi più restrittiva trova giustificazione in base a una lettura letterale dell'articolo 1337 del codice civile che disciplina questo tipo di responsabilità. Infatti la disposizione pone il dovere di correttezza in capo alle "parti" della "trattativa" e del "procedimento di formazione del contratto". Prima dell'aggiudicazione propedeutica alla stipula del contratto la parte privata non è stata ancora individuata. La procedura di gara infatti è aperta a una pluralità di soggetti che competono sul piano di parità, in

GLI ALTRI PRINCIPI ESPRESSI DALLA PLENARIA 5/2018

Contratto - Responsabilità - Risarcimento danni - Responsabilità precontrattuale - Configurabilità per comportamenti anteriori al bando - Possibilità.

La responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione può 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 doveri di correttezza e buona fede.

Contratto - Responsabilità - Risarcimento danni - Responsabilità precontrattuale - Presupposti - Individuazione.

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.

base alle regole poste dal bando e dalla documentazione di gara, per essere prescelti come i migliori offerenti in sede di aggiudicazione. Solo a questo punto la stazione appaltante ha una controparte precisa con cui concludere la trattativa e stipulare il contratto.

L'Adunanza plenaria non concorda con questa tesi restrittiva in base a una pluralità di argomenti.

In primo luogo, la sentenza ricostruisce il significato generale attribuito all'articolo 1337 del codice civile dalla dottrina e dalla giurisprudenza civilistica più recente. La disposizione non ha più la funzione originaria di legare la

correttezza a una funzione solidaristica di tipo corporativo tesa al conseguimento di risultati socialmente utili. Essa invece si ricollega all'esigenza di tutela della persona e in particolare della sua libertà di autodeterminazione negoziale, a sua volta collegata alla libertà di iniziativa economica.

Questa dimensione emerge in tutte le situazioni nelle quali si instaura una «situazione relazionale qualificata capace di generare ragionevoli affidamenti o fondate aspettative».

La sentenza cita numerosi casi di responsabilità precontrattuale affermata dalla giurisprudenza civile ispirati a questa concezione: la stipula di un contratto vali-

do, ma svantaggioso; la responsabilità da prospetto non veritiero; le lettere di *patronage* deboli; le certificazioni dello stato patrimoniale di una società erronee rilasciate da una società di revisione.

Ma anche nel diritto amministrativo è rilevabile un'analogia estensione della responsabilità da comportamenti scorretti, come, per esempio, il caso di annullamento legittimo di un provvedimento favorevole del privato in via di autotutela, oppure il danno da mero ritardo nel rilascio di un'autorizzazione. In ogni caso, con un'espressione molto forte, i giudici di Palazzo Spada chiariscono che «*da chi esercita una funzione amministrativa (...) il cittadino si aspetta uno sforzo maggiore in termini di correttezza, protezione e tutela dell'affidamento, rispetto a quello che si attenderebbe dal quisque de populo*». Ciò perché la pubblica amministrazione è costituzionalmente sottoposta ai principi di imparzialità e di buon andamento (articolo 97 della Costituzione).

In base a questo tipo di ragionamento, l'Adunanza plenaria trae la conclusione che anche prima dell'aggiudicazione la pubblica amministrazione è tenuta a operare secondo principi di correttezza e buona fede, sia nella fase antecedente al bando di gara, sia in quella successiva. Non solo, questi principi hanno valenza generale perché operano in realtà anche nei procedimenti amministrativi non finalizzati alla conclusione di un contratto.

I presupposti della responsabilità

La sentenza esclude così che una

rete di protezione contro la proliferazione dei risarcimenti possa essere tessuta creando un'area di esenzione per l'amministrazione.

Questa tentazione, in effetti, era stata alla base di precedenti orientamenti restrittivi del Consiglio di Stato sempre in tema risarcitorio, come l'Adunanza ple-

La Pa gode sempre meno di "zone franche" e "scudi" che la proteggono da azioni risarcitorie intentate dai privati

nenaria n. 7/2005 sul danno cosiddetto da mero ritardo, poi in effetti superata sia dal legislatore (con l'articolo 2-bis, comma 1, della legge 241/1990) sia dalle pronunce del giudice amministrativo.

Piuttosto, aggiunge la Plenaria oggi in esame, occorre verificare con rigore le condizioni concrete per riconoscere il risarcimento. Dopo avere rammentato i tradizionali elementi costitutivi dell'illecito - sul piano oggettivo, soggettivo e del nesso causale - la sentenza indica quali sono le condizioni per riconoscere un affidamento incolpevole del privato che sia tutelabile.

Il test, in sostanza, consiste nell'accertare se la condotta dell'amministrazione abbia aggravato il normale grado di rischio che discende da una procedura di gara, che ha esiti naturalmente incerti. Occorre a tal fine verificare la correttezza e buona fede della stessa parte privata, anch'essa te-

nuta a collaborare lealmente con la pubblica amministrazione. Gli elementi rilevanti sono molti e non tipizzabili in modo rigido: il tipo di procedura, lo stato di avanzamento, la conoscibilità del vizio con l'ordinaria diligenza, l'affidabilità soggettiva del partecipante intesa come disponibilità dei requisiti soggettivi di partecipazione.

In altri termini, il concorrente che non avrebbe neppure potuto essere ammesso alla procedura, non potrebbe poi lamentarsi di avere impegnato risorse per la partecipazione. Insomma, il lavoro per il giudice e per le parti del giudizio è più complesso e raffinato, ma questa soluzione consente di rendere giustizia nei singoli casi senza preclusioni di principio e scorciatoie argomentative.

Conclusioni

La sentenza dell'Adunanza plenaria segna una tappa importante nella direzione di eliminare situazioni di privilegio che escludono o limitano la responsabilità della pubblica amministrazione non solo nel settore dei contratti pubblici.

La pronuncia sprona inoltre le pubbliche amministrazioni, ma anche i privati, a comportamenti più leali che nel corso del tempo potrebbero migliorare i rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione ancora oggi improntati quasi sempre da sfiducia reciproca.

L'obiettivo è dunque non solo quello di tutelare in modo più pieno il cittadino, ma anche di promuovere, sotto il profilo etico, prima ancora che giuridico, comportamenti più "civili".