

Obiettivo: rispetto delle regole .

Avv. Francesca Petullà

La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, derivante dalla violazione imputabile a sua colpa dei canoni generali di correttezza e buona fede, presuppone che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto, da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura, e che questo affidamento non sia a sua volta inficiato da colpa.

L'Adunanza Plenaria afferma il seguente principio di diritto secondo cui *“nei rapporti di diritto amministrativo, inerenti al pubblico potere, è configurabile un affidamento del privato sul legittimo esercizio di tale potere e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede, fonte per quest'ultima di responsabilità non solo per comportamenti contrari ai canoni di origine civilistica, ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi”*. Questo il principio affermato dalla recente Adunanza plenaria n. 21 del 29 novembre 2021 si pronuncia su con ordinanza della sez. II del 6 aprile 2021 n. 2753.

Le tipologie di responsabilità precontrattuale.

Il settore delle procedure di scelta del contraente è quello più volte è stata riconosciuta la responsabilità precontrattuale. Le ragioni alla base dell'orientamento di giurisprudenza favorevole al privato venutosi a creare in questo settore si giustifica in ragione della circostanza che, sebbene svolta secondo i moduli autoritativi ed impersonali dell'evidenza pubblica, ormai è consolidato che l'attività contrattuale dell'amministrazione è nello stesso tempo inquadrabile nello schema delle trattative prenegoziali, da cui deriva quindi l'assoggettamento al generale dovere di «comportarsi secondo buona fede» enunciato dall'art. 1337 c.c.

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. La valenza costituzionale del dovere di correttezza impone di ritenerlo operante in un più vasto ambito di casi, in cui, pur eventualmente mancando una «trattativa» in senso tecnico giuridico, venga, comunque, in rilievo una situazione «relazionale» qualificata, capace di generare ragionevoli affidamenti e fondate aspettative; anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare non soltanto le 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), ma anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza. In materia vige il principio della reciproca autonomia e differenziazione tra illegittimità dell'atto amministrativo e illiceità del comportamento dell'amministrazione. Tale principio è stato già cristallizzato dalle Adunanza Plenaria del 2005, n. 6 e del 2018 n.5 , che hanno rilevato come la violazione delle norme di correttezza ex art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune assume significato e rilevanza solo dopo che gli atti della fase pubblicistica attributivi degli effetti vantaggiosi siano venuti meno, e tali effetti si siano trasformati in affidamenti rimasti senza seguito. La revoca dell'aggiudicazione ad esempio vale a porre al riparo l'interesse pubblico dalla stipula di un contratto che l'amministrazione non avrebbe potuto fronteggiare per carenza delle risorse finanziarie occorrenti.

Allora come calcolo il danno? La pronuncia risulta esser innovativa in quanto i Giudici ripropongono il contrario indirizzo della Corte di Cassazione, secondo cui la tutela dell'affidamento del concorrente all'aggiudicazione della gara prescinde dalla prova dell'eventuale diritto all'aggiudicazione. Nella dimensione pubblicistica, la pronuncia fonda il suo ragionamento sul *discrimen* tra il potere di annullamento d'ufficio della procedura di gara ex art. 21-nonies della

legge n. 241/1990 dalla revoca dell'art. 21-quinquies della medesima legge sul procedimento amministrativo. L'annullamento d'ufficio è, infatti, dettato da ragioni di illegittimità dell'atto della procedura di gara e non da opportunità di rivalutazione dell'interesse pubblico sotteso all'affidamento del contratto. ***Se il concorrente poteva conoscere il motivo di illegittimità che ha indotto la stazione appaltante ad annullare in autotutela la gara, la responsabilità dell'amministrazione deve essere esclusa.***

La colpevolezza dell'affidamento privato si atteggia in maniera differente se l'annullamento dell'aggiudicazione avviene in sede giurisdizionale, perché in tal frangente riemergono e di impongono le peculiarità del diritto amministrativo rispetto al diritto comune, tra cui la centralità che della tutela costitutiva di annullamento degli atti amministrativi illegittimi, il cui beneficiario assume la qualità di controinteressato nel relativo giudizio. Il Collegio afferma che *“con l'esercizio dell'azione di annullamento quest'ultimo è quindi posto nelle condizioni di conoscere la possibile illegittimità del provvedimento a sé favorevole, per giunta entro il ristretto arco temporale dato dal termine di decadenza entro cui ai sensi dell'art. 29 cod. proc. amm. l'azione deve essere proposta, e di difenderlo. La situazione che viene così a crearsi induce per un verso ad escludere un affidamento incolpevole, dal momento che l'annullamento dell'atto per effetto dell'accoglimento del ricorso diviene un'evenienza non imprevedibile, di cui il destinatario non può non tenere conto ed addirittura da questo avversata allorché deve resistere all'altrui ricorso; per altro verso porta ad ipotizzare un affidamento tutelabile solo prima della notifica dell'atto introduttivo del giudizio”*. Ne consegue che, se il motivo di illegittimità che ha determinato la Stazione Appaltante ad annullare in autotutela la gara, è conoscibile dal concorrente, la responsabilità della prima deve escludersi. La situazione che viene così a crearsi induce per un verso ad escludere un affidamento incolpevole, dal momento che l'annullamento dell'atto per effetto dell'accoglimento del ricorso diviene un'evenienza non imprevedibile, di cui il destinatario non può non tenere conto ed addirittura da questo avversata allorché deve resistere all'altrui ricorso; per altro verso porta ad ipotizzare un affidamento tutelabile solo prima della notifica dell'atto introduttivo del giudizio.

Conclusioni. Il Collegio sviluppa ed adatta le nozioni civilistiche di buona fede e correttezza al rapporto giuridico di diritto privato, adattandole alle sue peculiarità. La tutela civilistica della responsabilità precontrattuale, pur nel quadro del principio generale dell'autonomia negoziale delle parti, ivi compresa l'amministrazione, opera nel senso di assicurare la serietà delle trattative finalizzate alla conclusione del contratto, per cui essa costituisce il punto di equilibrio tra la libertà contrattuale della stazione appaltante e la discrezionalità nell'esercizio delle sue prerogative pubblicistiche da una parte, rispetto del limite della correttezza e della buona fede, dall'altra, tenuto conto che ciascun contraente assume un ineliminabile margine di rischio in ordine alla conclusione del contratto e, che conseguentemente non può confidare sempre sulla positiva conclusione delle trattative, ma solo quando queste abbiano raggiunto un grado di sviluppo tale da rendere ragionevolmente prevedibile la stipula del contratto. Da ciò discende che, qualora il privato sia venuto a conoscenza, durante le trattative, di una possibile causa d'invalidità dell'affidamento/contratto e, ciononostante, ugualmente lo abbia perfezionato, ciò significa non solo che il privato contraente fosse edotto dei rischi di una possibile revoca ma, anche che se ne sia accollato il rischio.