

**RIFLESSIONI IN TEMA DI RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA  
AMMINISTRAZIONE PER REVOCA DELL'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA***Eleonora Dieni*\***Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2015, n. 1864**

*Solo con l'aggiudicazione definitiva può dirsi sorto un affidamento meritevole di tutela e risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale: una volta emesso l'atto terminale della procedura selettiva di evidenza pubblica, il concorrente destinatario può in effetti vantare un affidamento tutelabile a titolo di responsabilità precontrattuale. Nell'ambito di questo indirizzo si afferma che, prima di questo momento, nessun affidamento su tale esito può vantare il concorrente che si limiti a partecipare alla gara, presentando la relativa offerta. In questa fase può dirsi sorta unicamente una chance di aggiudicazione, la cui concretizzazione è in ogni caso condizionata dai successivi snodi procedurali, dalle verifiche in fase di ammissione della concorrente e dalla successiva attività di valutazione dell'offerta.*

SOMMARIO: 1. Il caso – 2. La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione – 3. La tesi contrattualistica – 4. Conclusioni.

1. – Con la sentenza in rassegna (Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2015, n. 1864)<sup>1</sup>, il Consiglio di Stato trova l'occasione per intervenire nuovamente in materia di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 1337 c.c., con particolare riferimento ai contratti di appalto.

La Società Techproject s.r.l., partecipava al concorso di idee, ex art. 108 del d.lgs. n. 163/2006, per la costruzione di una nuova linea ferroviaria

\* Specializzanda della Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali presso l'Università degli Studi Roma Tre.

<sup>1</sup> Per il resto integrale della sentenza, tratta dal sito ufficiale del Consiglio di Stato, v. [www.giustiziaamministrativa.it/cdsintra/cdsintra/AmministrazionePortale/DocumentViewer/index.html?ddocname=5U5VLEIY5OZOKWFXFVHIZYWZZ4&tq=](http://www.giustiziaamministrativa.it/cdsintra/cdsintra/AmministrazionePortale/DocumentViewer/index.html?ddocname=5U5VLEIY5OZOKWFXFVHIZYWZZ4&tq=).



«Tione – Trento», meglio nota come Linea Azzurra. Il bando di gara, del 3 maggio 2012 pubblicato dalla Provincia Autonoma di Trento, prevedeva l'assegnazione di premi ai progetti primi tre classificati in ordine decrescente (da 140.000 a 130.000 euro), e la corresponsione di un rimborso spese di €30.000 per i rimanenti partecipanti che avessero ottenuto un punteggio minimo pari a 60/100, nonché la facoltà per l'amministrazione di affidare successivamente ai primi tre classificati la progettazione preliminare dell'opera.

La Techproject si posizionava al quindi posto della graduatoria che veniva definitivamente approvata con determinazione n. 83 del 24 gennaio 2015, con il punteggio di 34,36. La stessa chiedeva al TAR di Trento la condanna della pubblica amministrazione al risarcimento dei danni da responsabilità precontrattuale, ex art. 1337 cod. civ., previo accertamento dell'illegittimità degli atti della procedura, per violazione dei principi di pubblicità delle sedute di gara e di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa.

La Società deduceva che le modalità di conduzione e svolgimento della procedura erano da ritenersi illegittime e lesive della buona fede, in sede di trattative, a fronte della «segretezza» con cui si erano svolte alcune delle fasi del procedimento.

Il Giudice di *prime cure* respingeva la pretesa risarcitoria, non ravvisando alcuna violazione del dovere di buona fede da parte dell'Amministrazione e ritenendo che eventuali illegittimità delle attività previste dal bando, dovessero essere contestate tramite l'impugnazione tempestiva del bando stesso.

La Techproject proponeva appello dinnanzi al Consiglio di Stato.

2. – Il Consiglio di Stato ha ritenuto di non poter accogliere l'impostazione adottata dal Tribunale e ha ricordato, richiamando la sentenza n. 4/2005 dell'Adunanza Plenaria, che *«l'amministrazione deve non solo attenersi alle norme di azione regolanti lo svolgimento della procedura ad evidenza pubblica, ma anche ai canoni di diritto comuni valevoli per le trattative precontrattuali.(...) Nondimeno, l'estensione alle procedure di affidamento di contratti pubblici dei principi e delle regole in materia di responsabilità contrattuale comporta che l'amministrazione aggiudicatrice in tanto può ritenersi soggetta alle conseguenze derivanti dal più volte citato art. 1337 c.c., in quanto la gara sia giunta ad uno stadio tale da avere ingenerato nel concorrente la ragionevole aspettativa di conseguire l'aggiudicazione e dunque la stipulazione del contratto.*

*In altri termini, occorre che quest'ultimo veda frustrato un affidamento consolidato in ordine alla favorevole conclusione della procedura di gara. A quest'ultimo riguardo, secondo una giurisprudenza ormai consolidata di questo Consiglio di Stato, solo con l'aggiudicazione definitiva può dirsi sorto un affidamento meritevole di tutela e risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale».*

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato si è soffermata, in particolare, sul momento in cui può dirsi configurato un affidamento, tale da integrare un interesse meritevole di tutela. È stato sostenuto che l'aggiudicazione provvisoria si traduca in un provvedimento meramente interinale, incapace di far sorgere un qualsivoglia affidamento nei confronti del privato circa il buon esito della procedura di gara, la quale si dovrà concretizzare a seguito di ulteriori fasi procedurali.

In tale ordine di idee solo l'aggiudicazione definitiva rappresenta il presupposto per poter esperire un'azione risarcitoria *ex art. 30 c.p.a.*, a titolo di responsabilità precontrattuale.

A ben vedere, la natura della responsabilità della pubblica amministrazione è un tema estremamente complesso e discusso<sup>2</sup>.

In molti, tra dottrina e giurisprudenza<sup>3</sup>, hanno sposato l'orientamento della responsabilità precontrattuale, con particolare riferimento in materia di procedure ad evidenza pubblica, secondo il quale solo con l'aggiudicazione definitiva si viene a delineare un rapporto giuridico tra il privato e la pubblica amministrazione qualificabile alla fase delle trattative, ai sensi dell'art. 1337 c.c.

<sup>2</sup>Si veda AA.VV., *Manuale di giustizia amministrativa*, Roma, 2014.

<sup>3</sup>Cass., 1974, n. 2110 si è consolidato l'indirizzo che ammette la responsabilità dell'Amministrazione, in materia di contratti ad evidenza pubblica, in tutte quelle ipotesi in cui l'ente pubblico, nelle trattative con i terzi, abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti con i principi di buona fede e correttezza, alla cui osservanza è tenuto. Per la giurisprudenza si veda Cass., 3-7-2014, n. 15260, in *Foro it.*, 2015, p. 643; Cons. Stato, sez. IV, 15-9-2014, n. 4674.

Per la dottrina v. R. Alessi, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1951, p. 258; M. Nigro, *L'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Foro it.*, 1961, p. 462; M. S. Giannini, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Raccolta in scritti in onore di A.C. Jemolo*, Milano, 1963, p. 265; F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, *passim*; E. Liuzzo, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1995, *passim*; F. Caringella, *Responsabilità precontrattuale della p.a. a cavallo tra schemi privatistici e moduli procedurali*, in *Corr. giur.*, 1996, p. 294; F. Busatta, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione dopo la sentenza n. 500 del 1999*, in *Urb. e app.*, 2000, p. 1251; G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, *passim*; G. Chinè, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nell'era della risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Foro. amm. – Tar.*, 2003, p. 803; M. De Palma, *La responsabilità nelle gare d'appalto*, in *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno*, Milano, 2003, p. 1244; A. De Mauro, F. Fortinguerra, S. Tommasi, *La responsabilità precontrattuale*, Padova, 2007, *passim*; G. Affini, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra risarcimento e danno*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 633. Sull'elemento soggettivo nella responsabilità precontrattuale della p.a., in ossequio ai più recenti interventi della Corte di giustizia, S. Osella, *L'elemento soggettivo nella responsabilità precontrattuale dell'amministrazione aggiudicatrice*, in *Foro. amm. – Cons. Stato*, 2013, p. 1673.

Tale tesi di fatto limita la responsabilità al momento successivo all'aggiudicazione definitiva, basando la propria argomentazione sulla violazione delle regole di condotta di buona fede e correttezza, previste per i rapporti privatistici. Risulta ormai superato quell'orientamento che riconosceva esclusivamente, come criterio di imputazione della responsabilità, l'art. 2043 c.c.: appare condivisibile sostenere che l'azione amministrativa non possa essere equiparata alla condotta «del passante», in virtù del ruolo svolto dalla p.a. che si eleva a contraente qualificato e professionale, per il quale il singolo matura un affidamento meritevole di tutela da parte dell'ordinamento.

In tale ottica di idee, nelle fattispecie di aggiudicazione definitiva, si nega la possibilità che si sia concluso un contratto tra l'Amministrazione e il cittadino, non essendovi alcun provvedimento *ad hoc* per lo stesso, preferendo percorrere un'altra strada.

La «buona fede» si intende in senso oggettivo, come regola di condotta e, di guisa, come sinonimo di correttezza. L'art. 1337 c.c. impone di evitare sia comportamenti in grado di infliggere a controparte, con intenzione e consapevolezza, danno ingiusto, sia condotte, al di fuori dell'ambito del danno ingiusto, che si ritrovino in condotte caratterizzate da superficialità, disattenzione e incompetenza<sup>4</sup>. Non meraviglia allora che, per lungo tempo, fosse pacifico che la responsabilità precontrattuale integrasse un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale: la diligenza diveniva un elemento della fattispecie disciplinata dall'art. 1337 c.c., vietando condotte caratterizzate da dolo o colpa.

Sebbene tale sia la ricostruzione avallata dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, non si è mancato di disquisire sulla possibilità e opportunità di riconoscere un rapporto giuridico qualificato, di natura contrattuale, intercorrente tra il singolo e l'Amministrazione.

3. – Il diverso orientamento dottrinale, attualmente ancora minoritario ma non per questo meno accattivante, poggia sulla teoria del contatto sociale, recuperando le conclusioni a cui era giunta autorevole dottrina<sup>5</sup>. Si diffonde l'idea che la pubblica amministrazione interagisca con il singolo grazie

<sup>4</sup>V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 175.

<sup>5</sup>Tra gli scritti più importanti, da cui la tesi contrattualistica ha preso le mosse, si veda C. Castronovo, *Responsabilità civile per la Pubblica Amministrazione*, in *Jus*, 1998, p. 647; G. P. Cirillo, *Danno da illegittimità dell'azione amministrativa e giudizio risarcitorio. L'introduzione e l'indice di uno studio*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); S. Verzano, *L'azione di risarcimento del danno verso la pubblica amministrazione. Il "contratto" amministrativo convince il Consiglio di Stato: effetti sulla prova della colpa dell'amministrazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, p. 789; M. Protto, *La responsabilità della p.a. per lesioni di interessi legittimi come responsabilità da "contatto" amministrativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, p. 1043; M. C. Cavallaro, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, 2004, *passim*.

ad un dialogo paritario, sulla base del quale la prima ha abbandonato la supremazia che le era stata riconosciuta fino alla sentenza del 1999, per abbracciare il principio di parità tra le parti, nel rispetto del principio del buon andamento *ex art. 97 Cost.*

La teoria della responsabilità da contatto si ricollega ai doveri, di rango costituzionali, cui soggiace l'azione amministrativa, quali quello dell'efficacia, del buon andamento e dell'imparzialità. Una parte della dottrina ha sostenuto come tali obblighi abbiano una rilevanza ben più rigorosa dell'art. 1337 c.c. e, di guisa, ha rifiutato l'idea dell'azione risarcitoria nei confronti dell'Amministrazione, a titolo di responsabilità precontrattuale<sup>6</sup>.

Si rileva come l'assetto di interessi nel caso di specie non trovi un parallelismo nella disciplina della fase di trattative tra privati, nella quale la pretesa risarcitoria sorge a seguito del maturarsi di un affidamento ragionevole<sup>7</sup>. Diverso è il caso del procedimento amministrativo, il quale giustifica *ab origine* il suddetto affidamento, se non altro nel corretto esercizio del potere amministrativo.

In altri termini, l'azione amministrativa è tenuta a rispondere, di *default*, alla previsione di obblighi di protezione<sup>8</sup>, il cui contenuto si rispecchia nella nozione di obbligazione senza prestazione<sup>9</sup>. Il semplice avvio di un procedimento amministrativo determina il sorgere, ai sensi dell'art. 1173 c.c. di ob-

<sup>6</sup>F. G. Scoca, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 4045.

<sup>7</sup>Per l'individuazione dei criteri di valutazione della scusabilità dell'affidamento del privato nel caso di inosservanza di norme disposte per procedimenti ad evidenza pubblica, si veda D. Satullo, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e annullamento d'ufficio: il problema del legittimo affidamento*, in *Foro. amm. – Tar*, 2011, p. 3694.

<sup>8</sup>Per lo studio degli obblighi di protezione si veda fra tutti Castronovo C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, *passim*; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa dir. priv.*, 2009, p. 679.

<sup>9</sup>L'istituto dell'obbligazione senza prestazione è stata elaborata in Germania, K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Munchen, 1987, *passim*, e rappresenta il risultato delle molteplici elaborazioni dottrinali in tema di obblighi di protezione, scissi da un previgente contratto e derivanti dall'affidamento della parte nella professionalità di un determinato soggetto. Si configura una vera e propria responsabilità per violazione dell'affidamento che assurge a fondamento dell'obbligazione. È proprio la relazione tra soggetti determinati, ossia il cd. contatto sociale, ad escludere un'estraneità fra le parti coinvolte, in aggiunta alla necessaria professionalità richiesta di uno dei soggetti in causa, capace di generare un affidamento nell'altro.

La Suprema Corte, con la sentenza n. 589/1999, ha riconosciuto la legittimità della figura dell'obbligazione senza prestazione. Sul punto si veda C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 190: l'Autore utilizza in modo indistinto, come sinonimi, i termini «obbligazione senza prestazione», «obblighi di protezione allo stato puro», «obbligazione senza obbligo primario».

Diverso è l'atteggiamento di L. Nivarra, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Europa dir. prev.*, 2014, p. 45, ove si preferisce chiarire la distinzione fra gli obblighi di protezione c.d. connessi, ossia legati ad una prestazione, e le obbligazioni senza prestazione, ovvero gli obblighi di protezione allo stato puro.

blighi di protezione in capo all'Amministrazione, la cui violazione si traduce in responsabilità contrattuale per inadempimento.

Tale impostazione non appare peregrina se si assume che all'obbligazione senza prestazione corrisponda uno schema di carattere reattivo, volto ad attuare la pretesa risarcitoria a seguito della mera violazione dell'obbligo prescritto. Nel caso di specie, lo stesso procedimento amministrativo rappresenta la forma *ex lege* del contatto sociale tra il privato e la pubblica amministrazione che motiva un affidamento determinato dall'esigenza di correttezza dell'agire amministrativo.

Ne discende un regime probatorio più favorevole per il singolo, il quale in ipotesi di violazione di norme procedurali, ha la possibilità di invocare la disciplina della responsabilità contrattuale, *ex art.* 1218 c.c. Vi è un ulteriore elemento da considerare: la tesi contrattualistica riconosce il diritto al risarcimento del danno non già per il mancato ottenimento del bene della vita<sup>10</sup>, bensì per la mera violazione delle norme procedurali.

Infine, la condivisione della tesi contrattualistica accorda un regime più favorevole al privato sotto il profilo della prescrizione.

È doveroso analizzare il rapporto tra responsabilità da contatto e responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione<sup>11</sup>.

Alcuni autori<sup>12</sup> hanno interpretato la tesi contrattualistica come un goffo tentativo di allargare le maglie dell'art. 1337 c.c., al fine di comprendere quelle fattispecie ancora escluse. La critica arriva a sostenere che, di fatto, sussista un rapporto di *genus ad speciem*: l'ambito di applicazione del regime del contratto si estenderebbe all'intera fase procedimentale, mentre di re-

---

<sup>10</sup>Come la giurisprudenza maggioritaria ha sottolineato più volte, il riconoscimento della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, in tema di aggiudicazione, permette di affermare che la perdita di chance sia un bene della vita autonomo, sebbene strumentale, rispetto al bene finale. Cfr. Cons. Stato, 20-1-2015, n. 131.

<sup>11</sup>F. Anelli, *Il fondamento e i limiti della responsabilità precontrattuale della P.A.*, in *Riv. trim. app.*, 1991, p. 171; F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2005, p. 420. L'Autore distingue da una parte la *responsabilità precontrattuale spuria* - o in senso lato ovvero negoziale -, intendendosi l'obbligazione risarcitoria avente ad oggetto i danni derivanti dall'adozione di provvedimenti illegittimi nel corso del procedimento ad evidenza pubblica: si tratta di una responsabilità ben lontana dal modello previsto ai sensi dell'art. 1337 c.c., in quanto prescinde dalla violazione dei canoni privatistici di buona fede e diligenza, bensì allo scorretto esercizio dell'agire amministrativo. Dall'altra parte, l'Autore parla di *responsabilità precontrattuale pura*, ossia quella derivante dalla violazione dei canoni comportamentali di buona fede ai sensi dell'art. 1337 c.c.: «*il soggetto pubblico non adotta provvedimenti illegittimi ma tiene comportamenti illeciti. Oggetto di denuncia non sono cioè gli atti formali, atomisticamente presi, ex se perfettamente legittimi, ma la condotta fattualmente traguadata, viceversa illecita*».

<sup>12</sup>S. Faillace, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004, *passim*.

sponsabilità precontrattuale si potrebbe parlare solamente a seguito dell'aggiudicazione definitiva.

L'elemento di raccordo tra i due criteri di imputazione, tuttavia, si ravvisa sempre nell'affidamento ragionevole, maturato dal privato, derivante sicuramente dall'incontro con l'agire amministrativo. Si deve ricordare come l'affidamento, posto alla base della teoria contrattualistica, sia inteso come fiducia nella professionalità di controparte e non come speranza di un esito positivo della procedura.

4. – In conclusione, con la sentenza in commento, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato coglie l'occasione per confermare, in materia di procedure ad evidenza pubblica, la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 1337 c.c., qualora, a seguito dell'aggiudicazione provvisoria, l'offerta del singolo fosse ritenuta la migliore, ma a seguito dell'aggiudicazione definitiva, la stessa venga revocata in via di autotutela o comunque non si addivenga alla stipula del contratto.

L'orientamento giurisprudenziale maggioritario avalla tale impostazione da tempo, sebbene sollevi dei dubbi in ordine alla tutela accordata al singolo.

Una tesi minoritaria, c.d. contrattualistica, propende invece per riconoscere la responsabilità contrattuale dell'Amministrazione, sull'assunto che tra la stessa e il privato si configuri una relazione qualificata, idonea a giustificare una responsabilità contrattuale per violazione degli obblighi di protezione. Il fondamento di tale impostazione è stato ravvisato nell'art. 1173 c.c., in virtù dell'atipicità delle fonti delle obbligazioni.

Sebbene l'orientamento prevalente sia di tutt'altro avviso, è forse opportuno non rinnegare *tout court* altre scuole di pensiero, soprattutto in considerazione dell'ampliamento dello spettro di tutela che ne deriverebbe dal loro accoglimento.

*Abstract*

Con la recente sentenza del Consiglio di Stato del 14 aprile 2015, n. 1864, si coglie l'occasione per tornare a riflettere sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione in materia di procedure ad evidenza pubblica.

Il tema, tutt'altro che pacifico, diventa motivo di dialogo tra due diverse scuole di pensiero: l'una che avalla un'impostazione più tradizionale, devota all'idea di una responsabilità precontrattuale esclusivamente a seguito dell'aggiudicazione definitiva, l'altra, più temeraria e coraggiosa, propone una lettura moderna dei rapporti intercorrenti tra il privato e l'Amministrazione.

Questa seconda lettura rappresenta una scusa per tornare a disquisire dell'obbligazione senza prestazione e degli obblighi di protezione.