

# Il nuovo inquadramento della responsabilità precontrattuale e il risarcimento del danno negli appalti pubblici\*

1.- Alcuni temi del diritto amministrativo accusano singolari ricorrenze. Come fiumi carsici, si celano, ma, quando, poi, riemergono, governano l'attenzione.

Tra essi va annoverata la materia della responsabilità precontrattuale per l'attività imperativa degli enti pubblici, sita al crocevia di due temi di provata modernità.

Vi è legata, innanzi tutto, la tutela della buona fede oggettiva, *à la page*, perché, per suo mezzo, è stata proposta addirittura una rivisitazione della teoria della validità dei provvedimenti, scardinata dalla tripartizione classica dei vizi.

Alla responsabilità precontrattuale è collegata, poi, la questione risarcitoria che, pur dopo l'art. 30 del codice di rito, non sembra avere trovato una definitiva sistemazione.

Non stupisce perciò che l'Adunanza plenaria, con la sentenza n. 5 di quest'anno, abbia affrontato l'argomento, tracciando *nuove frontiere* della responsabilità civile dell'amministrazione.

La sentenza è ricca di spunti e scritta da man felice. Dico subito, però, che le sue conclusioni non persuadono; né pare che la pronuncia renda criteri utili a regolare con prevedibile certezza l'attività amministrativa.

2.- Il caso riguardava una fattispecie in cui, dopo alcune traversie, una stazione appaltante aveva annullato una gara d'appalto, suscitando un'azione a tutela dell'affidamento che gli offerenti avevano riposto sulla conclusione della procedura.

È noto che la giurisprudenza ammette il risarcimento, quando sia disposta la revoca dell'aggiudicazione. La peculiarità del caso consisteva nel fatto che la domanda mirava a proteggere un affidamento sorto prima di tale atto e poiché l'art. 1337 cod. civ. lega il risarcimento all'esistenza di una trattativa, occorreva verificare se valga come tale anche la fase che precede l'individuazione del contraente.

Gli argomenti a favore, evidenziati nell'ordinanza di rimessione, erano vari.

Si poteva, in particolare, qualificare il bando come un'offerta al pubblico o come una proposta di contratto *in incertam personam*.

Non sono, tuttavia, convinto che un tale percorso si sarebbe rivelato fertile.

Con riguardo alla prima ipotesi, l'evidenza pubblica se ne distingue perché il bando non integra gli estremi civilistici di una proposta perfetta (1336 cod. civ.): a tacer d'altro, infatti, l'esatta quantificazione del corrispettivo si raggiunge solo all'esito della gara. Ancora più difficile è qualificare il bando come proposta *in incertam personam*, perché il contratto per persona da nominare consente alla parte d'indicare il proprio successore negoziale. Non consente di scegliere la controparte negoziale, come, invece, avviene nelle gare pubbliche.

Se si fosse voluto ricondurre la gara al concetto di trattativa, si sarebbe potuto valorizzare, se mai, l'obbligo di produrre la cauzione provvisoria, a cui l'offerente è tenuto a garanzia della futura stipula.

Almeno dall'offerta, dunque, chi concorre si assume i doveri della trattativa, perché diversamente non si spiegherebbe la ragion d'essere della cauzione. Poiché, però, la trattativa è un fenomeno plurisoggettivo, è difficile postulare che questa esista solo a carico dell'offerente e non anche della stazione appaltante, quasi ad imitare i vecchi contratti claudicanti della legge sulla contabilità dello Stato.

3.- Animata da comprensibile prudenza, la Plenaria evita, tuttavia, di rifarsi agli istituti dell'offerta al pubblico e del contratto *in incertam personam*.

Se essa estende ugualmente la tutela precontrattuale alla fase del procedimento, il metodo consiste nel negare *tout court* che la relativa responsabilità implichi una trattativa.

L'argomento impiegato fa leva, in tal senso, sulle c.d. *clausole generali*, il cui valore s'imporrebbe a prescindere da e oltre il dettato normativo.

La Plenaria offre così un *mosaico* di fattispecie particolari, dalle quali induce la prova dell'esistenza di una clausola generale di correttezza.

Sebbene in modo non del tutto pertinente, viene richiamato il precedente sulla responsabilità precontrattuale da contratto valido, ma troppo svantaggioso. A questo si aggiungono i rinvii alla responsabilità per le lettere di *patronage* deboli; per l'affidamento generato dall'erronea certificazione sullo stato patrimoniale di una società; per la violazione dei doveri di riservatezza in una trattativa commerciale.

Dalla casistica di diritto civile, la Plenaria passa a esaminare come il principio di correttezza si applichi all'azione imperativa degli enti pubblici.

Viene dunque citata la responsabilità per l'affidamento generato da un provvedimento favorevole illegittimo e poi annullato. La tutela dell'affidamento troverebbe conforto anche in alcuni lacerti della legislazione, ravvisati negli istituti della semplificazione, nell'art. 10 dello Statuto del contribuente e nella disciplina del danno da ritardo.

Non manca neppure un tentativo di ricostruire le ragioni che ispirarono la responsabilità precontrattuale, sì da proporre una sorta d'interpretazione evolutiva degli artt. 1337 e 1338 più adeguata all'attuale stato delle cose. Secondo la Plenaria, dunque, la responsabilità precontrattuale sarebbe nata per favorire i commerci: chi si fosse ritirato da una trattativa avrebbe cagionato un danno collettivo, per l'inutilizzazione o lo sperpero di patrimonialità socialmente utili. Superato il periodo corporativista, la tutela dell'affidamento sarebbe emigrata verso i lidi di un più vasto dovere solidaristico, a cagione del quale i consociati sarebbero responsabili di tutti i loro comportamenti scorretti, ogni volta in cui venga in essere un c.d. *momento relazionale*.

4.- Raccolti questi indizi, la Plenaria conclude nel senso che la tutela dell'affidamento va riconosciuta anche prima dell'aggiudicazione perché, appunto, è la clausola generale di buona fede a imporsi e non perché sia in atto una trattativa.

Detta tutela potrebbe, perciò, essere invocata sia al momento del bando sia nelle successive fasi e quindi anche nell'ipotesi dell'annullamento dell'intera gara, ancorché legittimamente assunto.

La Plenaria afferma, infatti, che “nell'ambito del procedimento amministrativo [...] regole pubblicistiche e regole privatistiche [...] operano [...] con diverse conseguenze [...]. Le regole di diritto pubblico hanno ad oggetto il provvedimento [...] e la loro violazione determina, di regola, l'invalidità [...]. Al contrario, le regole di diritto privato hanno ad oggetto il comportamento (collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del potere) complessivamente tenuto. La loro violazione non dà vita ad invalidità provvedimentoale, ma a responsabilità”.

Consolidata l'architettura del ragionamento, il Consiglio di Stato enuncia quindi le conseguenze applicative, i cui contorni, per la verità, si rivelano *liquidi*.

La generale tutela dell'affidamento, infatti, dovrebbe tenere conto di vari elementi che la stessa Plenaria definisce “molteplici e non predeterminabili in astratto” dipendendo dalle “innumerevoli variabili” messe in luce dalle fattispecie concrete.

In tal senso, si dovrebbe tenere conto del tipo di procedimento instaurato; dei margini di discrezionalità; dello stato di avanzamento dell'*iter*; del fatto che sia stata presentata o no l'offerta; della conoscibilità dei vizi del bando; del possesso dei requisiti soggettivi di partecipazione alla gara; della condotta complessiva dell'ente.

Al danneggiato spetterebbe, inoltre, di dimostrare la propria buona fede soggettiva nonché la colpa o il dolo altrui. Ancora, toccherebbe provare sia il danno-evento sia il danno-conseguenza, sia il relativo rapporto di causalità.

5.- La sintesi offerta non manca di suggestioni, perché la distinzione tra il piano della validità del provvedimento e quello risarcitorio richiama il concetto di *atto amministrativo illecito*, ma valido, proprio della geometrica riflessione della scuola padovana.

Tale figura non è esplicitamente citata dalla Plenaria, troppo pudica per affratellarsi ad una impostazione tanto *démodé*, ma la sostanza della tesi non sfugge.

Sebbene non manchino, dunque, i motivi per guardare con simpatia alle conclusioni raggiunte, ugualmente esse non sono persuasive.

Le criticità attengono sia alle ragioni addotte per fondare l'esistenza della clausola generale di correttezza, sia alla stessa sistematica proposta.

Va, per prima cosa, sollevato qualche rilievo sulla ricostruzione storica dei motivi posti a fondamento della responsabilità precontrattuale. È, infatti, semplicistico sostenere che il sistema corporativo promuovesse il perfezionamento in sé dei contratti ed osteggiasse, per converso, il ritiro dalle trattative. Gli accenni contenuti nella relazione al Re - cui pure la Plenaria si richiama - non incoraggiano una tale conclusione. Essa, d'altra parte, sarebbe facilmente smentita dal fatto che l'economia non è favorita dal numero di contratti conclusi, ma dalla bontà della composizione degli interessi loro tramite raggiunta. Un contratto dannoso è più d'intralcio che di ausilio al traffico commerciale e la sua stipula non giova affatto alla collettività.

D'altro canto, anche l'operazione d'interpretazione evolutiva che ne è seguita è problematica. In generale, infatti, tale ermeneutica va impiegata con prudenza, perché riferisce alla legge contenuti non voluti al momento della sua emanazione e si avvale del dato testuale al solo fine di ravvisarvi

l'occasionale contingenza per creare nuovo diritto.

Allo stesso modo, anche gli esempi tratti dalla giurisprudenza civilistica recano dubbi indizi circa l'esistenza della clausola generale.

Il caso della responsabilità informativa degli intermediari finanziari è forse legato più agli obblighi dell'opera professionale che non a un dovere di correttezza; lo stesso vale per le infedeli certificazioni dei revisori dei conti. Anche la violazione dei doveri di riservatezza sembra ascrivibile ad un'ipotesi di responsabilità contrattuale, discendente da un patto con cui le parti acconsentono allo scambio d'informazioni in vista dell'eventuale stipula di un successivo negozio.

Quanto alle applicazioni della clausola di correttezza ai rapporti di diritto pubblico, esse pure sono incerte.

Non è convincente il richiamo all'art. 10 dello Statuto del contribuente. Benché effettivamente imponga all'amministrazione di comportarsi secondo correttezza e buona fede, esso incide su rapporti che, una volta dedotti in giudizio, provocano un sindacato sull'esistenza del rapporto obbligatorio con l'Erario e non solo sulla validità dell'atto. Si tratta, cioè, di casi in cui la stessa autoritatività è discutibile o, almeno, è diversa da quella del normale provvedimento.

Né si coglie perché gli istituti di semplificazione consoliderebbero l'obbligo di buona fede, quando essi, trasferendo sul privato un onere di autocontrollo, lo pongono in una posizione, se mai, di maggiore incertezza sulla stabilità del titolo.

Come pure la Plenaria suggerisce, si potrebbe altresì sostenere che la semplificazione attenga anche agli istituti della revoca e dell'autoannullamento, soggetti a precisi limiti, a protezione delle aspettative private. Il fatto, tuttavia, che, prima di annullare un proprio atto, l'amministrazione debba tenere conto dell'interesse del cittadino non è cosa che riguarda di per sé il principio di correttezza, potendosi spiegare alla luce del consueto esercizio della discrezionalità, intesa come valutazione comparativa d'interessi anche privati, che la legge ha voluto introdurre nei procedimenti di secondo grado.

Non mancano, infine, persuasivi argomenti per ricondurre lo stesso danno da ritardo all'ordinario illecito contrattuale, per violazione dell'obbligo di pronuncia.

In disparte ogni rilievo sulla validità del metodo applicato, legata ai conosciuti limiti del ragionamento induttivo, vi è da chiedersi, conclusivamente, se davvero la casistica descritta confermi la lettura che ne è stata data.

6.- La critica alle conclusioni raggiunte dalla Plenaria va impostata anche secondo un profilo sistematico.

A tale proposito (sebbene sia difficile comprendere come possa commettere un illecito l'amministrazione che, emanando un provvedimento legittimo, adempia a un suo dovere), non contesto che determinate regole di comportamento possano essere sanzionate con il risarcimento, invece che con l'annullamento.

L'individuazione della sanzione, in effetti, è questione di diritto positivo, riferita alle decisioni del legislatore.

Quale che sia la sanzione speciale prevista (per lo più, nullità testuale o risarcimento), essa, tuttavia,

è collegata alla violazione di norme specifiche, che concorrono a precisare come debba essere esercitata nel caso concreto la funzione amministrativa e con quali conseguenze.

Mi lascia, invece, perplessa il tentativo d'individuare in capo all'Amministrazione una clausola generale di correttezza (tale da applicarsi sempre, in ogni caso e anche oltre i confini delle singole fattispecie normative) per le implicazioni che ne derivano quanto alla possibilità, a questo punto emergente, che essa entri in conflitto con la funzione pubblica, propria dello specifico tipo di provvedimento.

Il rispetto della buona fede altrui verrebbe ad imporsi, infatti, come finalità ulteriore, parallela e aggiuntiva rispetto alla funzione esclusiva di ogni atto; una finalità capace, quindi, d'ispirare l'azione amministrativa in modo diverso da quello che il principio di nominatività stabilisce per il singolo provvedimento.

In tale modo, però, potrebbero darsi atti amministrativi che, pur non perseguendo la finalità istituzionale, dovrebbero dirsi ugualmente validi, purché assunti in ossequio alla clausola generale di buona fede, giacché all'amministrazione non si può chiedere di dover scegliere tra emanare un atto illegittimo o commettere un illecito.

La tutela della buona fede, se intesa come canone generale di comportamento, rientrerebbe così nel novero dei motivi capaci di giustificare la legittima produzione di un qualsiasi provvedimento.

Esemplificando, si potrebbe quindi espropriare non perché l'opera sia di pubblica utilità, ma per non scontentare i beneficiari dell'atto ablativo; si potrebbe rilasciare un permesso di costruire non perché l'intervento sia conforme agli strumenti urbanistici, ma perché il privato avrebbe consolidato un'aspettativa edificatoria. Come nel caso esaminato dalla Plenaria, si potrebbe mantenere in vita una gara illegittima al solo scopo di non ledere l'affidamento dei concorrenti.

Le ricadute di un tale assunto sono gravi e solo apparentemente favorevoli per il cittadino. O meglio, esse, magari, sono favorevoli nel caso contingente, ma si rivelano pregiudizievoli quanto al generale atteggiarsi dei rapporti con l'autorità.

A me pare, infatti, che l'impostazione in esame finisca per sovvertire uno dei principi fondamentali della disciplina. Vale a dire che una pubblica amministrazione ha ragione di esistere solo in vista di un fine predeterminato dalla legge, non essendovi alcun bisogno di costruire un'organizzazione funzionalmente adespota.

Per di più, la stessa attribuzione dei poteri imperativi si giustifica solo in vista di tale finalizzazione. Questi poteri, infatti, sono una prerogativa concessa alle amministrazioni esclusivamente per la soddisfazione della funzione che li accompagna. Coerentemente, i medesimi poteri non spettano ai soggetti di diritto comune, i cui fini sono liberi, mentre, per altro aspetto, sono su un piano di parità con quelli di tutti gli altri consociati. Ai privati, perciò, non è consentito di procacciarsi in modo coattivo la collaborazione altrui. Questa potrà essere ricercata solo con l'esercizio di poteri paritari e quindi solo con il convergente concorso volontario della controparte negoziale.

Deriva da tutti questi rilievi che, se i poteri imperativi dell'amministrazione potessero prescindere dal fine eteroimposto, sia pure per dare tutela all'affidamento dei terzi, verrebbe ad essere violato il principio di uguaglianza sostanziale.

Perché, assumendo valore determinante l'assai vago scopo di non ledere l'affidamento altrui, l'amministrazione risulterebbe titolare di mezzi giuridici che non spettano a nessun altro soggetto e che potrebbero essere esercitati anche per scopi diversi da quelli di funzione pubblica. Senza, dunque, la correlata giustificazione in termini di ragionevolezza.

Emancipandola dal dovere ministeriale, la clausola generale di buona fede eleva, dunque, l'amministrazione ad una dignità para-privatistica e le conferisce, insieme, un'autonomia impropria di azione imperativa.

7.- La debolezza dell'impianto si riflette sulle conseguenze applicative.

Una volta affermato il dovere generale di correttezza, gli elementi essenziali della sua violazione, sono, per la stessa Plenaria, variabili e insuscettibili di essere predeterminati. In questo modo, da *generale*, la clausola di correttezza muta in *generica* e si risolve nell'apprezzamento reso *ex post* dal giudice.

Ci si potrebbe interrogare, a tal riguardo, perché si parli di *clausole* e non di *principi* generali dell'ordinamento. La risposta sarebbe probabilmente una: perché i principi trovano applicazione solo in caso di lacuna (art. 12, preleggi). Con le clausole generali, invece, si pretende, talvolta, di regolare una fattispecie anche quando non ricorra una lacuna e, perciò, in modo diverso da quanto stabilito dal diritto positivo. Le clausole sono, quindi, uno strumento di ricercata *elasticità* nella decisione della controversia.

Sebbene un tal modo di procedere sia consono all'inclinazione pretoria di cui il giudice amministrativo si fa vanto, occorre però avvertire dei pericoli che lo stesso genera in termini di certezza del diritto e di omogeneo sindacato delle fattispecie. Come dimostra, appunto, il fatto che anche la clausola generale di buona fede non offre sicuri criteri prognostici sulla correttezza del comportamento amministrativo e sull'esito del suo scrutinio giurisdizionale.

8.- Mi saranno consentite tre ultime considerazioni.

La prima. Se può esservi violazione della buona fede anche quando il provvedimento è legittimo, perché allora se ne occupa il giudice speciale?

Nel caso affrontato dalla Plenaria, il problema non si pone, rientrando nella giurisdizione esclusiva. La questione ha rilievo, invece, quando la clausola generale sia invocata per fattispecie che appartengono alla giurisdizione di legittimità.

Ivi, infatti, l'azione risarcitoria è limitata al solo "danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa". Non presupponendo l'illegittimità, la violazione della clausola di correttezza non è dunque riconducibile al modello dell'art. 30 c.p.a.

Da questo rilievo derivano due riflessi.

In primo luogo, a tale azione non si applica né il termine dei centoventi giorni né l'onere di esperimento preliminare dei mezzi di tutela previsti. Il che, del resto, è in linea con la sostenuta indipendenza tra la violazione della clausola generale e l'annullabilità del provvedimento.

In secondo luogo, al di fuori dei casi di giurisdizione esclusiva, il sindacato sulla violazione della clausola generale di correttezza va riferito al giudice ordinario. Dove, però, l'autorevolezza del precedente della Plenaria potrebbe essere apprezzata in minor misura. SÌ da prospettarsi quella disparità sostanziale di regime (secondo che ci si debba rivolgere ad un giudice o all'altro) che spinge taluni ad invocare l'unificazione delle giurisdizioni, in vista di un'altrettanto unitaria nomofilachia.

Per essere più chiari, uno dei possibili motivi di scostamento giurisprudenziale va forse ipotizzato nella natura contrattuale che il giudice ordinario riferisce alla responsabilità prevista dall'art. 1337 cod. civ. e che sembra incompatibile con il rilievo dato dalla Plenaria all'onere della prova e all'esistenza dell'elemento psicologico.

La seconda considerazione conclusiva. La difficoltà di recepire una clausola generale di buona fede, quanto all'esercizio dell'attività provvedimentale, conferma nella convinzione che importare criteri civilistici nelle fattispecie di diritto amministrativo è operazione spesso arbitraria.

Forse non è ingiustificato ribadire che i soggetti privati sono diversi da quelli di diritto pubblico, agendo per finalità diversamente stabilite e con mezzi essi stessi diversi. Il che suggerisce prudenza nell'applicare le regole degli uni agli altri.

Sono arrivato, così, all'ultima considerazione.

La clausola generale di correttezza protegge situazioni al margine tra ciò che è lecito e ciò che non lo è.

Mi chiedo se sia *giusto* riconoscere una così ampia prospettiva risarcitoria a fattispecie incerte, quando l'ordinaria azione aquiliana a tutela dell'interesse legittimo è sfavorita dai noti oneri e dalle note preclusioni. In termini di effettività delle tutele, mi chiedo, perciò, se non sia preferibile riconoscere *prima* una tutela piena ai casi incontroversi d'illecito derivante dall'attività imperativa per giungere solo *dopo* ad estenderla alle fattispecie meno nitide.

**Francesco Volpe**

\* Relazione tenuta al convegno su "Nuovi profili di responsabilità e danno" svoltosi a Castelfranco Veneto il 23 novembre 2018 a cura dell'Associazione Veneta Avvocati Amministrativisti