ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 08/02/2017

All'indirizzo http://www.diritto.it/docs/39039-profili-di-responsabilit-della-pa-nell-ipotesi-di-ritiro-in-autotutela-degli-atti-di-gara

Autore: Francesco Salvatore De Siena

Profili di responsabilità della PA nell'ipotesi di ritiro in autotutela degli atti di gara

PROFILI DI RESPONSABILITÀ DELLA P.A.
NELL'IPOTESI DI RITIRO IN AUTOTUTELA DEGLI ATTI DI GARA.

(Autore: dott. Francesco Salvatore De Siena)

Premessa.

L'approfondimento tematico inerente ai profili di responsabilità della P.A. nell'ipotesi di ritiro in autotutela degli atti di gara richiede, preliminarmente, la disamina concettuale dell'istituto dell'autotutela della P.A., con particolar riferimento a quella decisoria, nonché delle due più importanti manifestazioni dell'autotutela de qua positivizzate nel nostro ordinamento giuridico, ossia la revoca e l'annullamento d'ufficio.

1. Il potere di autotutela.

Il potere di autotutela della P.A., fino alla riforma della legge sul procedimento amministrativo, avvenuta come è noto con la L. n. 15/2005, ha trovato riconoscimento e regolamentazione soltanto nelle elaborazioni della dottrina e della giurisprudenza amministrativa, con tutti i problemi che ne discendevano con riguardo al principio di legalità dell'azione amministrativa, posto che non era dato rintracciare nel nostro diritto positivo alcuna norma che si occupasse in termini generali dell'argomento. La L. n. 15/2005 è intervenuta incisivamente sulla materia, introducendo nel corpo della L. n. 241/1990 un nuovo Capo IV-bis, nel cui ambito trovano oggi compiuta regolamentazione anche i poteri di autotutela della P.A, in particolare i poteri di revoca e annullamento d'ufficio. Secondo l'impostazione prevalente l'autotutela della P.A. si sostanzia nella potestà della P.A. di "farsi ragione da sé", tutelando unilateralmente la propria sfera d'azione mediante la caducazione dei propri atti ab origine illegittimi e\o inopportuni o divenuti inopportuni, nel rispetto del diritto e per le vie amministrative, salvo ogni sindacato giurisdizionale ex art. 133 Cost.. In tal senso l'autotutela della P.A. può essere definita come la capacità riconosciuta dall'ordinamento giuridico alla P.A. di riesaminare criticamente l'attività amministrativa svolta, in modo tale da assicurare il più efficace perseguimento dall'interesse pubblico da realizzare a garanzia dei cittadini. Così tratteggiata, l'autotutela amministrativa si colloca nell'ambito dei provvedimenti amministrativi di secondo grado, destinati ad intervenire ed incidere su provvedimenti precedentemente emessi dalla P.A, regolando determinati rapporti indirettamente mediante

una modificazione o eliminazione del provvedimento di primo grado, cosi come confermando la determinazione assunta dall'amministrazione in prima battuta. Il fondamento giuridico di tale istituto è da individuarsi nei principi di buon andamento, legalità ed imparzialità cui deve essere improntata l'attività della P.A. ai sensi dell'art. 97 Cost., nonché nei principi di economicità, efficacia e trasparenza, cui sono tenute le singole P.A. in relazione all'art. 1, comma 1, L. n. 241/1990, in attuazione dei quali, in ogni caso, la P.A. deve adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire, fermo restando, in caso di esercizio del potere di autotutela, l'obbligo, anche in considerazione del legittimo affidamento eventualmente ingeneratosi nel privato, di fornire un'adeguata motivazione in ordine alle ragioni che giustificano la differente determinazione, oltre che di una ponderata valutazione degli interessi, pubblici e privati, in gioco (Cons. Stato, sez. V, 4 gennaio 2011, n. 11). Ciò in quanto il potere di autotutela, c.d. ius poenitendi, non può essere esercitato senza limiti e vincoli, potendo al contrario essere esercitato solo in presenza di alcuni specifici presupposti e di gravi ragioni (Cons. Stato, sez. V, 18 dicembre 2012, n. 6507).

2. **Revoca e annullamento d'ufficio in caso di provvedimento illegittimo**

Il legislatore ha conferito dignità positiva all'autotutela decisoria di secondo grado nella duplice forma della revoca e dell'annullamento d'ufficio.

2.1. La **revoca** del provvedimento amministrativo è disciplinata dall'art. 21-quinquies L. n. 241/1990 introdotto dalla L. n. 15/2005 e recentemente rimodificato dalla L. n. 164/2014, secondo cui per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole, cioè in grado di produrre ancora i propri effetti nel momento in cui la P.A. ne valuta la perdurante operatività, può essere revocato con efficacie ex-nunc da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge, il che significa che la revoca può essere motivata solo da ragioni di opportunità e che l'ammissibilità del relativo potere, in relazione ad un provvedimento illegittimo, è esclusa in quanto in tal caso sarà possibile per la P.A. procedere ai sensi dell'art. 21-nonies L. n. 241/1990 che disciplina l'annullamento d'ufficio. La revoca determina l'inidoneità del provvedimento a produrre ulteriori effetti e, laddove comporti pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessanti, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo se si tratta di revoca

legittima da atto lecito. L'obbligo di indennizzo gravante sulla P.A ex art. 21-quinquies L. n. 241/1990, non presuppone elementi di responsabilità della stessa ma si fonda su valori puramente equitativi considerati dal legislatore, onde consentire il giusto bilanciamento tra il perseguimento dell'interesse pubblico attuale da parte dell'amministrazione e la sfera patrimoniale del destinatario incolpevole dell'atto di revoca, a cui non possono essere addossati integralmente i conseguenti sacrifici. L'obbligo generale di indennizzo sussiste esclusivamente nel caso di revoca di provvedimenti definitivi e non anche in caso di revoca di atti ad effetti instabili ed interinali. L'attribuzione dell'indennizzo poi a favore del soggetto che direttamente subisce il pregiudizio presuppone innanzitutto la legittimità del provvedimento di revoca, atteso che in caso di revoca illegittima subentra eventualmente, sussistendone gli ulteriori presupposti, la diversa ipotesi di risarcimento del danno ex art. 2043 c.c. per ottenere il ristoro integrale del danno. Non venendo poi in rilievo un risarcimento del danno per responsabilità contrattuale, precontrattuale o extracontrattuale, ove la colpa del danneggiante è comunque essenziale, salvo un diverso regime probatorio in relazione a ciascun tipo di responsabilità civile, non occorre neppure accertare la presenza di colpa nell'apparato amministrativo. Quindi, nel modello indennitario tratteggiato dall'art. 21-quinquies L. n. 241/1990 si riscontra una sorta di neutralizzazione di ogni profilo colposo e di tendenziale oggettivizzazione della rilevanza del danno. In tal senso, ne discende che deve essere soltanto dimostrato, da parte del pretendente dell'indennizzo, l'oggettiva verificazione di pregiudizi economicamente apprezzabili, collegati causalmente all'emanazione dell'atto di revoca. Quanto ai criteri di liquidazione dell'indennizzo spettante al soggetto direttamente pregiudicato dalla revoca di un provvedimento, occorre sottolineare che esso va circoscritto al danno emergente, sia perché ciò espressamente stabilito dalla norma ex art. 21-quinquies, comma 1-bis, L. n. 241/1990, sia perché esso risponde ai principi generali in tema di obbligo di indennizzo da parte della P.A. per pregiudizio derivante da sua attività legittima o lecita, sia perché esso costituisce applicazione particolare di una previsione in via generale introdotta per le conseguenze dell'esercizio del potere di autotutela. Il legislatore e conformemente la dottrina ha parametrato l'indennizzo al solo danno emergente, escludendo invece il lucro cessante ed ha specificato in particolare che l'indennizzo deve essere quantificato in ordine alla tutela dell'affidamento che il privato aveva riposto o poteva ragionevolmente riporre sull'atto revocato. La norma dispone che l'indennizzo venga quantificato tenendo conto sia della conoscenza o conoscibilità da parte del privato della contrarietà dell'atto amministrativo

oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso del contraente o di terzi nell'erronea valutazione in cui è incorsa la P.A. Dunque vengono ristorate al destinatario del provvedimento di revoca legittimo solo le eventuali spese, previa rivalutazione monetaria e dal calcolo degli interessi legali sulla somma così rivalutata, che abbia sostenuto facendo affidamento sull'efficacia del provvedimento revocato, ergo non potrà ottenere, a titolo di indennizzo, il ristoro del guadagno che, grazie al provvedimento revocato, avrebbe potuto conseguire. Merita rilievo, altresì, il fatto che la revoca di un provvedimento amministrativo senza previsione dell'indennizzo non è illegittima, perché la mancata previsione dell'indennizzo di cui all'art. 21-quinquies L. n. 241/1990 in un provvedimento di revoca, non ha efficacia viziante o invalidante ma semplicemente legittima il privato ad azionare la pretesa patrimoniale innanzi al G.A. che potrà scrutinare i presupposti. E infatti, a seguito del D. Lgs. n. 104/2010 (c.p.a.), sulle controversie in materia di determinazione e corresponsione dell'indennizzo da revoca, decide il G.A. in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 4, c.p.a.. La scelta operata nel caso di specie mira alla concentrazione innanzi allo stesso giudice sia delle controversie concernenti la legittimità del provvedimento di revoca, sia di quelle relative alle conseguenze patrimoniali. Pertanto, il privato anche quando contesti l'esercizio del potere di revoca e si limiti a chiederne la monetizzazione del pregiudizio subito, dovrà agire in sede di giurisdizione esclusiva davanti al G.A.

2.2. L'**annullamento d'ufficio** del provvedimento viziato, invece, pur essendo un potere che la P.A. possiede in via generale, trova il suo riconoscimento giuridico e la sua disciplina nell'art. 21-nonies, comma 1, L. n. 241/1990, introdotto dalla L. n. 15/2005, il quale prevede espressamente che il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'art.21-octies L. n. 241/1990 può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni d'interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge, il che ben evidenzia che non è ammissibile l'annullamento d'ufficio per motivi di opportunità. Il fulcro intorno al quale ruota la disciplina dell'annullamento d'ufficio è sempre quello dell'interesse pubblico, ragion per cui nella ipotesi de qua la tutela dell'interesse pubblico può eccezionalmente considerarsi slegata dal rispetto della legittimità dell'azione amministrativa. In particolare, l'art. 21-nonies L. n. 241/1990 esclude una sovrapponibilità tra illegittimità dell'atto e necessità di una sua rimozione, ben potendo anche l'atto illegittimo perseguire l'interesse pubblico ovvero dover essere

tollerata la sua sopravvivenza, nel caso non superi il giudizio di prevalenza rispetto all'interesse pubblico di non molestare le posizioni giuridiche dei terzi che si fondano sul provvedimento illegittimo. Con l'annullamento d'ufficio, dunque, la P.A. rimuove un suo precedente atto ab origine illegittimo. Esso è un provvedimento che può essere alternativamente discrezionale nella ipotesi generale, oppure doveroso quando deve essere adottato in esecuzione di un giudicato ovvero in esecuzione delle determinazioni di un organo di controllo, o ancora nell'ipotesi in cui la legge espressamente lo qualifichi tale. A seconda dell'autorità che pone in essere il provvedimento dell'annullamento d'ufficio, si distingue l'auto-annullamento, di competenza del medesimo organo che ha adottato il provvedimento di primo grado ed espressione dell'esercizio del medesimo potere, dall'annullamento gerarchico, di competenza dell'organo gerarchicamente superiore. In ogni caso occorre precisare che i provvedimenti d'annullamento d'ufficio hanno efficacia ex-tunc, con la salvezza delle posizioni giuridiche dei terzi in buona fede. Ai fini dell'esercizio del potere de quo, il legislatore rimette alla P.A. il compito di svolgere una duplice valutazione: verificare l'illegittimità del provvedimento alla stregua dell'art. 21-octies L. n. 241/1990 e verificare, altresì, la presenza di un interesse pubblico, attuale e concreto alla rimozione del provvedimento, comparando tale interesse con l'entità del sacrificio imposto all'interesse privato.

3. **Responsabilità della P.A. da attività illegittima.**

Sotto il profilo degli obblighi risarcitori, l'annullamento d'ufficio o la revoca conseguente all'adozione di provvedimenti illegittimi comporta, in capo alla P.A. che li ha adottati, l'insorgere di una responsabilità a natura speciale, in quanto non riconducibile ai modelli di responsabilità che operano nel settore del diritto civile. In primo luogo rispetto alla responsabilità civile, tale responsabilità presuppone innanzitutto che il comportamento illecito si inserisca nell'ambito di un procedimento amministrativo, il quale si svolge nel rispetto di determinate regole procedimentali, sostanziali e processuali, che scandiscono le modalità di svolgimento della P.A. segnato dai principi di legalità e buon andamento, a tutela dell'interesse pubblico. Rispetto alla responsabilità contrattuale, invece, nella responsabilità della P.A. sono diverse le posizioni soggettive che vengono a fronteggiarsi: da un lato, dovere di prestazione o di protezione e diritto di credito, dall'altro, potere pubblico e interesse legittimo o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, diritto soggettivo. La peculiarità dell'attività amministrativa rende speciale anche il sistema della

responsabilità da attività illegittima. Elementi costitutivi di tale forma di responsabilità della P.A. sono: l'elemento oggettivo, il nesso di causalità o strutturale ed il danno ingiusto, inteso come lesione della posizione di interesse legittimo e nelle materie di giurisdizione esclusiva di diritto soggettivo. Orbene, dal punto di vista di determinazione del danno, il fatto lesivo deve essere collegato, con un nesso di causalità giuridica o funzionale, con i pregiudizi subiti dalla parte danneggiata. In merito occorre distinguere due diverse fattispecie: la prima ricorre quando la parte abbia proposto sia l'azione di invalidità, sia quella di responsabilità e l'esito del giudizio amministrativo di annullamento di un determinato provvedimento consente il riesercizio di poteri amministrativi discrezionali (in questo caso, svolgendosi un giudizio di spettanza, la regola probatoria applicata è quella della certezza); la seconda, invece, ricorre allorquando la parte abbia proposto un'autonoma azione di responsabilità ovvero nel caso in cui l'attività amministrativa sia vincolata o l'amministrazione abbia esaurito la discrezionalità (in tale ipotesi, il G.A. può effettuare un giudizio prognostico applicando le regole elaborate in ambito civilistico per ricostruire il nesso di causalità). Occorre, pertanto, accettare se vi è stato danno ingiusto valutando se, in applicazione della teoria condizionalistica e della causalità adeguata, è più probabile che non che l'azione o l'omissione della P.A. siano state idonee a cagionare l'evento lesivo (Cons. Stato, sez. VI, 10 settembre 2015, n. 5611). Quanto all'elemento soggettivo è stato precisato che non è sufficiente che l'amministrazione emani un atto illegittimo perché possa presumersi anche responsabile dei danni subiti dal privato destinatario, dovendo il giudice verificare la colpevolezza dell'amministrazione, che è insussistente per errore scusabile quando risultano contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, una formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, una rilevante complessità del fatto ovvero una illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata. Al riguardo è stato chiarito che in caso di acclarata illegittimità dell'atto amministrativo asseritamente foriero di danno, al privato non è richiesto un particolare sforzo probatorio, per ciò che attiene al profilo dell'elemento soggettivo della fattispecie al contrario, egli potrà invocare l'illegittimità del provvedimento quale presunzione semplice della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che non si è trattato di un errore scusabile. Spetterà a quel punto all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile (Cons. Stato, sez VI 23 gennaio 2012, n. 265; Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2015, n. 1055). Dunque, ai fini dell'ammissibilità dell'azione di risarcimento danni proposta dinanzi al G.A., l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento, dal quale

deriva la lesione in capo al soggetto destinatario dell'interesse legittimo, costituisce presupposto necessario, ma non sufficiente, affinché si configuri una responsabilità dell'apparato amministrativo procedente. Occorre, infatti, la prova dell'esistenza di un danno che l'interessato deve fornire, l'accertamento del nesso di causalità diretta tra l'evento dannoso e l'operato dell'amministrazione, ed infine l'imputazione dell'elemento dannoso a titolo di dolo o colpa della P.A., da ritenersi sussistente nell'ipotesi in cui l'adozione della determinazione illegittima che apporti lesione all'interesse del soggetto, si sia verificato in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione a cui deve ispirarsi l'attività amministrativa nel proprio esercizio, ovvero quando l'azione della P.A. sia caratterizzata da negligenza nell'interpretare ed applicare la vigente normativa. L'art. 2043 c.c., infatti, fondamento della responsabilità de qua, per l'accertamento della lesione di interessi legittimi, che comporta la natura risarcitoria dell'obbligazione che insorge in capo alla P.A., presupponendo alla base un atto illecito produttivo di danno ristorabile ai sensi degli artt. 1223 e 2056 c.c. non conosce, quale rete di contenimento, la intensità della colpa, sicché la responsabilità della P.A. va ammessa anche in caso di colpa lieve. Tale ipotesi differisce completamente da quella indennitaria sia con riferimento alla causa petendi, sia con riferimento al petitum. Nel giudizio risarcitorio la causa petendi consiste nel fatto o nell'atto produttivo del danno, mentre il petitum si estende, fermi ovviamente i necessari presupposti probatori, a tutto il pregiudizio, danno emergente e lucro cessante, conseguente all'illegittima violazione della sfera giuridico-patrimoniale del soggetto leso (sono ad es. risarcibili il danno per mancato utile, il danno curriculare etc., mentre non è risarcibile il danno per la perdita di chance, coperto dalla voce risarcitoria da lucro cessante). Tuttavia, la regola della necessaria colpevolezza della P.A. per poter conseguire il risarcimento del danno subito a causa dell'emanazione di un atto illegittimo, non è applicabile al settore degli appalti pubblici in forza dei principi di diritto comunitario vigenti in materia e fatti propri dalle pronunce della Corte di Giustizia delle comunità europee. Per gli atti pubblici, infatti, l'esigenza di tutela della concorrenza e quella di assicurare i principi di libera circolazione delle merci, hanno indotto la giurisprudenza della Corte di Giustizia, seguita anche dal giudice nazionale, a prescindere dall'elemento soggettivo della colpevolezza e a sancire il principio di sovrapposizione tra regole di validità e regole di responsabilità (Cons. Stato, sez. VI, 27 giugno 2013, n. 3521).

4. **L'esercizio del potere di autotutela: "responsabilità precontrattuale della P.A.".**

Alla luce di tali doverose premesse, occorre evidenziare come l'esercizio del potere di autotutela decisoria da parte della P.A. rappresenta la principale fonte di danni subiti dai soggetti che concorrono nelle procedure ad evidenza pubblica. A tal proposito, la recente giurisprudenza amministrativa ha posto particolare attenzione ai presupposti ed ai limiti del potere amministrativo di autotutela, nonché al tipo di tutela cui il privato può aspirare nei casi di ritiro in autotutela degli atti di gara, al fine di raccordare le modalità concrete di svolgimento dell'azione amministrativa di secondo grado con il legittimo affidamento ingenerato dagli atti della P.A nei confronti dei privati. In merito, posto che secondo un ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale, in relazione ai procedimenti ad evidenza pubblica per l'affidamento di lavori, servizi e forniture, l'amministrazione conserva il potere di annullare il bando, le singole operazioni di gara e lo stesso provvedimento di aggiudicazione, ancorché definitivo, in presenza di gravi vizi dell'intera procedura, dovendo tener conto delle preminenti ragioni di salvaguardia del pubblico interesse (Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2011, n. 5032), così come può procedere alla revoca degli atti di gara laddove ricorrano le ipotesi dell'art. 21-quinquies L. n. 241/1990, rientrando nel proprio potere discrezionale disporre la revoca del bando e degli atti di gara successivi se sussistono concreti motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuno o anche solo da sconsigliare la prosecuzione della gara, l'esercizio di tali summenzionati poteri di autotutela da parte dell'amministrazione appaltante nell'ambito de quo, benché legittimo, può determinare la lesione dell'affidamento dei concorrenti negli atti revocati o annullati, facendo insorgere obblighi risarcitori in capo alla P.A. (Cons. Stato, sez. V, 30 setembre 2011, n. 7000). E infatti, laddove ad es. una P.A., in veste di stazione appaltante pubblichi un bando di gara, riceva le offerte dei diversi partecipanti, svolga tutte le operazioni di gara fino all'aggiudicazione, ma poi prima di procedere alla stipula del contratto di appalto con l'aggiudicatario si accorga di un'irregolarità e/o di un'illegittimità degli atti di gara, o comunque emerga un sopravvenuto motivo di pubblico interesse o si abbia un mutamento della situazione di fatto o una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario e per questo decida di annullare o revocare l'intera procedura concorsuale, si profila nei confronti dell'impresa aggiudicataria una responsabilità c.d. "precontrattuale della P.A.", la quale perde la possibilità di siglare il contratto ed eseguire l'appalto e può, per tal ragione, avanzare una legittima richiesta di risarcimento alla stazione appaltante. È ormai

consolidata, infatti, la configurabilità di una responsabilità precontrattuale anche della P.A., poiché anche su di essa grava l'obbligo sancito dall'art. 1337 c.c. di comportarsi secondo buona fede durante lo svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, perché con l'instaurarsi delle medesime sorge tra le parti un rapporto di affidamento che l'ordinamento ritiene meritevole di tutela. Pertanto, se durante la fase formativa del contratto la P.A. viola quel dovere di lealtà e di correttezza ponendo in essere comportamenti che non salvaguardano l'affidamento della controparte, anche colposamente, in quanto non occorre un particolare comportamento oggettivo di mala fede, né la prova dell'intenzione di arrecare pregiudizio all'altro contraente, in modo da sorprendere la sua fiducia sulla conclusione del contratto, essa risponde per responsabilità precontrattuale, la cui pretesa risarcitoria, secondo la giurisprudenza prevalente, va posta nel quadro dell'art. 2043 c.c. cui il precetto dell'art. 1337 c.c. si collega. Tale forma di responsabilità prescinde dall'eventuale illegittimità del provvedimento amministrativo di autotutela che formalizza la volontà dell'amministrazione di annullare o revocare gli atti di gara, potendosi configurare anche in caso di legittimità del provvedimento con cui si revocano o si annullano gli atti di gara. La responsabilità precontrattuale, infatti, non discende dalla violazione delle norme di diritto pubblico che disciplinano l'agire autoritativo della P.A. e della cui violazione discende l'illegittimità dell'atto. Essa, al contrario, sorge a monte con la violazione delle regole comuni del Codice Civile, che riguardano il comportamento precontrattuale delle parti (in particolare con la violazione del principio generale di buona fede in senso oggettivo di cui all'art. 1337) e che pongono in capo alla P.A., a seguito dell'avvio di una pubblica procedura di gara d'appalto, doveri di correttezza e di buona fede analoghi a quelli che gravano su un comune soggetto privato nel corso delle trattative precontrattuali (Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6; Cass. Civ., SS. UU., 12 maggio 2008, n. 11656). Del resto, come la giurisprudenza ha ulteriormente chiarito, la responsabilità precontrattuale è una responsabilità da comportamento, non da provvedimento, che incide non tanto sull'interesse legittimo pretensivo dei concorrenti all'aggiudicazione, quanto più sul diritto soggettivo di ciascun partecipante alla gara di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza. Nei casi di responsabilità contrattuale propriamente detti, infatti, ciò che il privato lamenta non è la mancata aggiudicazione, ma la lesione della sua corretta autodeterminazione negoziale (Cons.Stato, Sez. VI, 1 Febbraio 2013, n. 633). Dunque, la responsabilità precontrattuale della P.A. per la revoca o

l’annullamento di una gara d’appalto può sempre ritenersi configurabile quando il fine pubblico venga attuato attraverso un comportamento obiettivamente lesivo dei doveri di lealtà, delle regole di correttezza e buona fede di cui all’art. 1337 c.c., per cui è sufficiente il comportamento non intenzionale o meramente colposo della parte che senza motivo ha eluso le aspettative della controparte. Si ha infatti responsabilità precontrattuale della P.A. ad es. anche nell’ipotesi in cui l’interruzione del procedimento derivi dalla colpevole negligenza della stazione appaltante nella stesura del bando di gara, in quanto l’erronea formulazione delle regole del bando integra la violazione del dovere di correttezza e buona fede, poiché espressione di superficialità, scarsa perizia e competenza nella predisposizione della normativa di gara. Per quanto attiene nello specifico alla tematica afferente all’individuazione delle voci di danno risarcibili nell'ipotesi della responsabilità de qua, il risarcimento è limitato al solo interesse negativo del danneggiato, da intendersi come interesse a non essere coinvolto in trattative inutili e a non investire inutilmente tempo e risorse economiche partecipando a gare d’appalto destinate poi a rivelarsi del tutto inutili, mentre è escluso l’interesse positivo, ossia l’utilità economica che il privato avrebbe tratto dalla esecuzione del contratto. Nello specifico, al concorrente che ne fa istanza vanno risarcite innanzitutto tutte le spese sostenute per la partecipazione alla gara e più in generale tutte quelle riconducibili all’attività svolta per la partecipazione alla gara, con il sol limite della prova dell’esborso. Oltre a queste spese trovano tutela anche quelle sostenute per la retribuzione del personale dipendente della società, nonché le spese generali per il funzionamento della struttura aziendale impiegate per tutta l’attività di partecipazione, la cui quantificazione, data la difficile determinazione delle stesse nel loro ammontare, può essere stabilita, in via forfettaria ed equitativa, dal G.A. in misura percentuale rispetto alle spese sostenute dal concorrente per i c.d. “costi vivi” affrontati per la predisposizione dell’offerta e la partecipazione alla gara. Infatti, anche se tali spese sarebbero state ugualmente sostenute, il danno che rileva ai fini del risarcimento deriva dal fatto che le società partecipanti hanno destinato una parte delle loro riserve umane e materiali alla partecipazione alla gara, rinunciando al loro utilizzo in altre attività e sopportando, quindi, un costo-opportunità. In caso poi di responsabilità precontrattuale da revoca degli atti di gara va inoltre riconosciuto anche il c.d “danno da perdita di chance”, cioè il danno legato alla rinuncia ad ulteriori occasioni per la stipula di altri contratti. In tal caso il risarcimento comprende il c.d. lucro cessante che però non può identificarsi nel mancato guadagno che si sarebbe conseguito con l’esecuzione dell’appalto, ma nel mancato guadagno relativo alla

perdita di diverse chances per aver erroneamente confidato nell'efficacia dell'aggiudicazione. Tale danno va riconosciuto anche nel caso in cui la struttura aziendale dell'impresa che lo lamenta sia compatibile con la contemporanea esecuzione di più contratti. Ciò che infatti rileva è la ragionevolezza della scelta imprenditoriale, ben potendo l'impresa decidere di non assumere contestualmente più impegni e preferire concentrarsi sull'appalto oggetto di gara, stimato preferibile per le sue caratteristiche. La scelta tra vari contratti di quello stimato come più conveniente e la conseguente decisione di eseguirlo in via esclusiva e senza assumere impegni concomitanti, esprime, infatti, un uso lineare e corretto della diligenza imprenditoriale e rappresenta una corretta autodeterminazione economica dell'imprenditore. Pertanto una scelta di tal genere non costituisce in sé un comportamento negligente dell'impresa, a meno che non risulti manifestamente strumentale, incauta o irragionevole. Anche per tale voce di danno, ai fini della determinazione del quantum, in assenza di una specifica normativa si procede ad una valutazione equitativa del mancato guadagno prendendo a riferimento la media dei contratti rifiutati di entità simile a quello aggiudicato ed individuando in percentuale il lucro cessante da risarcire, percentuale comprensiva sia dei costi sostenuti per le relative trattative che dell'alea del guadagno, anche in considerazione del fatto che la stipula del contratto in questione non era certa ma soltanto altamente probabile. Nell'ambito della responsabilità precontrattuale della P.A. non è invece risarcibile il c.d. danno curriculare, il quale rientra nell'ambito dell'interesse positivo, perché si tratta di un danno che deriva dalla mancata esecuzione dell'appalto e non dall'inutilità delle trattative di gara.

Parlando di responsabilità occorre precisare che la stessa, nell'ipotesi di revoca del provvedimento precontrattuale adottato, è configurabile anche laddove l'atto di ritiro sia stato legittimamente adottato. Come la giurisprudenza amministrativa ha più volte precisato, la legittimità dell'atto di revoca non elimina il profilo relativo alla valutazione del comportamento della stessa amministrazione con riguardo al rispetto del dovere di buona fede e correttezza nell'ambito del procedimento formativo della volontà negoziale. Ebbene, a fronte di comportamenti della stazione appaltante che integrino la violazione dei doveri di correttezza e buona fede, il privato avrà diritto, nonostante la legittimità dell'atto di revoca al risarcimento del danno da lesione del c.d. interesse negativo, commisurato, così come evidenziato, alle spese sostenute per partecipare alla gara ed alla perdita di chances di aggiudicarsi altre gara ove dimostrate. Tale risarcimento spetterà al privato nonostante la legittimità del provvedimento di revoca (perché qui l'illecito è integrato non dal singolo

provvedimento, ma dal comportamento contrario ai doveri di correttezza e buona fede tenuto dalla P.A. nel corso della procedura di gara) e nonostante l'espressa previsione da parte dell'art. 21-quinques L. n. 241/1990, di un diritto all'indennizzo parametrato al solo danno emergente. Ed infatti, l'espressa previsione della necessità di indennizzare il privato in ordine ad eventuali pregiudizi subiti in conseguenza dell'emanazione di provvedimenti di revoca di precedenti atti amministrativi, non elimina la possibile responsabilità per violazione del principio di buona fede nell'ambito delle trattative che conducono alla conclusione del contratto. La previsione specifica in merito alla tutela dell'affidamento dell'interessato (obbligo dell'amministrazione di indennizzare il pregiudizio subito dal privato) in relazione all'esercizio del potere di revoca da parte della P.A. non elimina, infatti, la necessità che la stessa amministrazione, nell'ambito della fase formativa del contratto operi secondo i canoni di correttezza e buona fede. La nuova disciplina sulla quantificazione dell'indennizzo non incide in alcun modo sulla configurabilità della responsabilità precontrattuale della P.A. da revoca legittima nel corso di una procedura di gara: in tal caso il privato avrà diritto non al solo indennizzo parametrato al danno emergente ma all'integrale risarcimento del danno patito, quindi danno emergente più perdita della chance contrattuale alternativa. Per quanto attiene, invece, alla giurisdizione in caso di responsabilità precontrattuale della P.A., si ha la giurisdizione esclusiva del G.A. poiché il disposto di cui all'art.6, comma 1, L. n. 205/2000, abrogato dall'art. 256, D. Lgs. n. 163/2006 ma riprodotto in forma pressoché analoga all'art. 244 di tale ultimo decreto legislativo, prevede espressamente che per l'azione di risarcimento per responsabilità precontrattuale nelle procedure di affidamento di contratti di appalto di lavori, servizi o forniture, da parte di soggetti tenuti nella scelta del contraente all'applicazione della normativa comunitaria o al rispetto dei procedimenti ad evidenza pubblica si configura una giurisdizione esclusiva in favore del G.A.

5. **L'esercizio del potere di revoca della P.A. dopo la stipula del contratto.**

Infine, per completezza espositiva, occorre far cenno alla vexata quaestio circa la possibilità o meno di esercitare il potere di revoca dopo la stipula del contratto, soprattutto per comprendere fino a che punto l'esercizio del potere autoritativo di revoca sia possibile anche nella fase privatistica contrattuale in cui la P.A. è in una posizione di parità con il contraente privato e rilevano perciò posizioni di diritto soggettivo e non di interesse

legittimo. In merito l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 14 del 20 giugno 2014 ha segnato una svolta decisiva sul tema della possibile esperibilità dello strumento della revoca da parte della P.A. in seguito alla stipula di un contratto. E infatti, pur richiamando un suo precedente orientamento, in cui aveva affermato la legittimità della revoca del procedimento ad evidenza pubblica anche a seguito della stipula contrattuale, ha deciso di riconsiderare il suo indirizzo affermando che, una volta intervenuta la stipula, la P.A. non può più esercitare il potere di revoca ma deve necessariamente agire attraverso l'istituto civilistico del recesso. Infatti, secondo il Supremo Consesso, in tutti i rapporti in cui la P.A. non si ritrova in posizione di supremazia, deve trovare applicazione la disposizione di cui all'art. 21-sexies L. n. 241/1990, secondo cui il recesso unilaterale dai contratti della P.A. è proponibile "nei casi previsti dalla legge o dal contratto". A sostegno di tale tesi si fa riferimento anche all'art.134 Codice degli appalti, abrogato dal D. Lgs n. 50/2016, art. 217, ma riprodotto in forma pressoché analoga nell'art.109 del decreto de quo, che disciplina le modalità di recesso unilaterale da parte della stazione appaltante, a condizioni molto meno vantaggiose per la P.A. rispetto al semplice indennizzo previsto in caso di revoca, dovendo riconoscere al contraente privato il solo pagamento dei lavori già eseguiti e dei materiali utili esistenti nel cantiere, oltre al decimo dell'importo del lucro cessante per le opere non eseguite. Posta dunque la similarità dei due istituti deve ritenersi che la revoca possa essere esercitata dalla P.A. solamente nella fase procedimentale della scelta del contraente e sino alla stipulazione del contratto, dovendosi al contrario esercitare obbligatoriamente il diritto di recesso, ex art.134 D. Lgs. n. 163/2006 (ora art. 109 D. Lgs. n. 50/2016), dopo la stipulazione.