

PRINCIPIO DI CORRETTEZZA E RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

Servizi pubbl. e appalti, fasc.1, 2003, pag. 102

Gabriella M. Racca -

La controversia su cui è intervenuta la decisione in esame riguarda la scelta del Comune di Milano di non aggiudicare un appalto-consorso per l'affidamento di un servizio consistente nella realizzazione di un sistema informativo di rilevamento, monitoraggio e valorizzazione economica delle proprietà comunali, per un importo presunto di sei miliardi di vecchie lire (1). La scelta di rinunciare all'aggiudicazione in corso di gara suscita questioni di particolare interesse che ultimamente sono state oggetto di numerose pronunce dei giudici nazionali e comunitari che hanno riproposto la questione della configurazione del rapporto giuridico fra amministrazioni aggiudicatrici e concorrenti privati.

L'indicato rapporto sembra riconducibile a trattative precontrattuali «parallele» tra imprese, che qui si instaurano con la presentazione delle offerte all'amministrazione (2), in conformità a quanto previsto dal bando di gara, che costituisce invito ad offrire. Normalmente l'instaurazione di trattative comporta l'obbligo di correttezza e buona fede (art. 1337 c.c.), ma non certo l'obbligo di stipulare il contratto ed il recesso corretto non determina neppure il sorgere di responsabilità. Nei rapporti con le amministrazioni aggiudicatrici i concorrenti assumono un'obbligazione con la presentazione dell'offerta che costituisce proposta irrevocabile fino all'aggiudicazione definitiva, che normalmente determina il recesso corretto dalle trattative con tutti i concorrenti, ad esclusione dell'aggiudicatario. Con la pubblicazione del bando (invito ad offrire) sorge nell'amministrazione l'obbligo di correttezza nelle trattative, disciplinate dalle norme nazionali ed europee.

La disciplina nazionale riconosceva da lungo tempo la possibilità di recesso, ammettendo il diniego di approvazione del contratto, anche dopo l'aggiudicazione e per «gravi motivi di interesse pubblico» (3), aprendo all'esercizio di ampi poteri di autotutela, difficilmente sindacabili, che lasciavano non solo i concorrenti, ma anche l'aggiudicatario nella incertezza circa l'esito della selezione e l'esecuzione del contratto. La successiva introduzione nel codice civile del 1942 del principio relazionale di correttezza nelle trattative ha trovato scarsa applicazione fra privati ed a maggior ragione nei rapporti con la pubblica amministrazione, almeno fino a quando la disciplina europea ha indotto ad un ripensamento.

Le norme europee hanno infatti ricondotto le scelte discrezionali ad una fase antecedente alla pubblicazione del bando di gara ed hanno introdotto l'obbligo per gli enti aggiudicatori di comunicare «quanto prima» ai partecipanti che ne abbiano fatto richiesta «i motivi per i quali hanno deciso di rinunciare ad aggiudicare un appalto per il quale è stata indetta una gara o di riavviare la procedura» (4).

Il recesso dalle trattative (scelta di non aggiudicare un appalto pubblico) deve dunque risultare corretto, deve essere sostenuto da motivazioni comprensibili e trasparenti tali da giustificare il comportamento - apparentemente contraddittorio - di pubblicazione di un bando e di successiva scelta di non darvi seguito.

La Corte di giustizia ha di recente chiarito che la scelta in questione deve potere essere assoggettata ad un sindacato giurisdizionale che accerti il rispetto dell'obbligo di parità di trattamento e di trasparenza e assicuri la verifica della conformità ai principi fondamentali del diritto europeo volti ad assicurare il divieto di discriminazioni, le libertà di circolazione e di concorrenza (5). Le direttive ricorsi impongono che, anche al di là dei casi espressamente previsti, tutte le fasi di scelta dell'appaltatore debbano potere essere oggetto di un sindacato non limitato alla verifica della evidente arbitrarietà della «revoca» del bando di gara, poiché in tale modo si pregiudicherebbe l'effettività della tutela (6).

Nel nostro ordinamento il sindacato giurisdizionale è stato integralmente devoluto al giudice amministrativo, il quale conosce (giurisdizione esclusiva) «di tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale» (7).

Maggiore attenzione richiede l'analisi dei poteri accordati al giudice amministrativo sulla rinuncia di un'amministrazione all'aggiudicazione dell'appalto pubblico, in particolare se il giudice possa annullare il recesso con il conseguente obbligo di portare a termine le trattative con l'aggiudicazione dell'appalto, ovvero se possa quanto meno riconoscersi un risarcimento del danno (8).

Nella sentenza in esame il recesso dalle trattative è apparso corretto in quanto espressamente previsto in una clausola del bando, che esclude la contraddittorietà del comportamento dal momento che sono state anticipatamente espresse le possibili riserve che la parte pubblica manteneva in ordine alla conclusione del contratto (9). È evidente che l'inserimento di tali clausole non esclude la responsabilità ove si realizzino comportamenti scorretti, ad esempio instaurando o mantenendo aperte trattative di cui già si conosce l'esito infruttuoso, come nel caso già esaminato dal giudice amministrativo che ha accolto la domanda di risarcimento del danno per la scorrettezza dell'amministrazione che mantiene aperta una trattativa quando è ormai consapevole che non potrà avere esito positivo, perché si è già stipulato il contratto con altro soggetto (10).

Se l'avvenuta stipulazione del contratto con un terzo rende evidente la scorrettezza, nel caso in esame la scelta di non stipulare il contratto (con nessuno dei partecipanti alla gara) certo rende più difficoltoso l'accertamento della scorrettezza, poiché occorre definire se fra il momento in cui è maturata la scelta di rinunciare all'aggiudicazione ed il momento in cui tale scelta è stata trasferita in un atto a rilevanza esterna sia trascorso un tempo incongruo che abbia potuto danneggiare la controparte. In primo grado si è considerato incongruo il termine di tre mesi intercorrente fra la fine dei lavori della commissione giudicatrice e la delibera della giunta di rinunciare all'aggiudicazione, mentre in appello - considerata l'intermedia determinazione dirigenziale di approvazione dei lavori della commissione, che ha preceduto di un mese la delibera di giunta di rinuncia all'appalto - si è ritenuto quell'arco temporale ragionevole per il recesso dalle trattative (11).

Il giudizio di appello di «esclusione di un comportamento lesivo dell'affidamento dei partecipanti» posto in relazione con la «chiarezza degli atti organizzativi della gara» integra la valutazione della correttezza del recesso e la conseguente esclusione della responsabilità precontrattuale dell'ente pubblico (12), con decisione che ha impedito così di configurare nel caso in esame una scorrettezza del recesso e la conseguente responsabilità.

Irrilevante appare l'affermazione dell'esercizio di poteri di autotutela (per il riesame, l'annullamento o la rettifica, di atti intervenuti nella fase di scelta del contraente) (13), poiché in ragione della disciplina europea in materia di appalti pubblici è certamente ammessa la correzione di eventuali errori in corso di gara (cfr. art. 6, l. 7 agosto 1990, n. 241), sempreché ciò avvenga nel rispetto dei principi di correttezza, trasparenza e imparzialità. Il sindacato sull'esercizio dei «poteri di autotutela» si risolve dunque in un giudizio sulla correttezza del comportamento della parte pubblica, che manca ove l'autoannullamento è apparso ingiustificato e contraddittorio (14).

Rilevata l'illegittimità di una clausola del bando di gara è possibile valutare e motivare la scelta di annullare l'intera procedura e indire una nuova gara (15), ovvero, se possibile senza compromettere la parità di trattamento, correggere la procedura e proseguirla correttamente (16). In tale contesto risulta inutile configurare la fase di scelta del contraente come «retta dai principi pubblicistici che regolano l'esercizio legittimo dell'attività discrezionale della p.a.», poiché non è certo conforme alla disciplina di origine europea escludere una responsabilità per scorrettezza ritenendo che «l'interesse sostanziale del contraente di portare a termine la procedura in corso

rileva nella misura in cui appare compatibile con l'interesse di settore della p.a.» (17), se pure non vi è un obbligo per la pubblica amministrazione di concludere il contratto, le si impone di comportarsi correttamente e dunque di non contraddirsi senza un'adeguata giustificazione (18). Il comportamento della parte pubblica può risultare corretto solo ove rispetti le prescrizioni poste dall'art. 1337 c.c., ove peraltro la normale atipicità del principio di correttezza viene specificata, seppur non esaurita, dalle regole predefinite in atti normativi e generali, per la scelta del contraente.

Diversamente dalle organizzazioni private gli enti aggiudicatori non sono liberi di recedere dalle trattative pagando il risarcimento del danno da scorrettezza precontrattuale, ma debbono comportarsi correttamente dal momento che il loro recesso è sindacabile e l'annullamento determina la conseguente aggiudicazione corretta, in conformità ai principi, alle norme nazionali ed agli atti generali.

La «correzione» della procedura risulta preferenziale anche nella disciplina europea poiché assicura l'effettiva applicazione della disciplina sugli appalti pubblici (19), mentre al risarcimento del danno si ricorre solamente quando ciò non sia possibile. La Corte di giustizia europea ha ammesso tale possibilità quando per il ritardo della denuncia delle violazioni si sia già stipulato il contratto (20), tuttavia l'effettività della tutela pare garantita dalla celerità delle procedure di correzione delle violazioni (con la sospensione cautelare o con l'annullamento, ma anche con provvedimenti positivi), ma non dalla rapida stipulazione del contratto con una controparte scelta «scorrettamente» e dal successivo risarcimento del danno per equivalente all'operatore pretermesso (21).

La disciplina sulla scelta del contraente è posta nell'interesse di un mercato concorrenziale (22) che assicura il migliore utilizzo delle risorse pubbliche a favore dei cittadini ed a tal fine si riconoscono agli operatori posizioni soggettive direttamente tutelate che hanno per oggetto il corretto adempimento delle procedure di selezione da parte dei soggetti comunque tenuti ad applicarle (23).

Il giudizio sulla responsabilità della pubblica amministrazione ha per oggetto il comportamento dell'amministrazione, costituito da tutti fatti giuridicamente rilevanti, tra cui gli atti del procedimento di scelta del contraente, con la conseguenza che la violazione delle norme che lo disciplinano può assumere rilevanza nel giudizio di legittimità per l'accertamento dei vizi di legittimità per l'annullamento dell'atto (24), ma anche nel giudizio di responsabilità ove tali norme costituiscono uno dei possibili parametri del comportamento corretto (25).

Nel giudizio di responsabilità della pubblica amministrazione gli atti illegittimi sono presi in considerazione quindi come fatti dai quali può desumersi la scorrettezza del comportamento, ma non la esaurisce, poiché altri fatti ulteriori, possono inficiare la correttezza delle trattative, pur in presenza di atti legittimi, fatti che ora trovano ingresso nel processo amministrativo mediante i più ampi mezzi di prova per esso previsti (26). La natura giuridica di tale responsabilità può essere ricondotta alla responsabilità da inadempimento, che offre il vantaggio di superare le difficoltà connesse alla prova della colpa, ma consente all'amministrazione di liberarsi provando che l'inadempimento non è ad essa imputabile (art. 1218 c.c.) (27), rinviando infine la questione della natura delle norme (di azione o di relazione) che definiscono il comportamento dovuto, poiché la scorrettezza può risultare integrata anche dalla definizione per relationem alle norme di autonomia.

In tal senso la più recente giurisprudenza civile e amministrativa (28) ove si chiarisce che: «il fenomeno, tradizionalmente noto come lesione dell'interesse legittimo, costituisce in realtà inadempimento alle regole di svolgimento dell'azione amministrativa, ed integra una responsabilità che è molto più vicina alla responsabilità contrattuale nella misura in cui si rivela insoddisfacente, e inadatto a risolvere con coerenza i problemi applicativi dopo Cassazione 500/99/Su, il modello, finora utilizzato, che fa capo all'articolo 2043 c.c.: con le relative conseguenze di accertamento della colpa» (29). Si considera l'evoluzione del rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione in relazione alla formulazione di regole di condotta,

riconducibili, nello schema contrattuale, ad obblighi procedurali, «come vere e proprie prestazioni da adempiere secondo il principio di correttezza e buona fede (articoli 1174 e 1175 c.c.)» (30). Si ritiene infatti che dall'inizio del procedimento l'interessato, «non più semplice destinatario passivo dell'azione amministrativa, diviene il beneficiario di obblighi che la stessa sentenza 500/99/Su identifica nelle «regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione pubblica deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità» (31).

Nel momento in cui una pubblica amministrazione avvia un procedimento amministrativo sorge un rapporto giuridico - sempre più spesso con organizzazioni complesse - che deve conformarsi al principio di correttezza ed assume una rilevanza che lo distingue nettamente dalla vicenda che determina la titolarità di un interesse legittimo e la relativa tutela.

Il riconoscimento di un principio di correttezza che deve informare l'attività degli «apparati» delle pubbliche amministrazioni la cui inosservanza determina responsabilità dell'amministrazione e risarcimento del danno, una volta ricondotto alla responsabilità da inadempimento di un'obbligazione di correttezza del comportamento (32) anche in ipotesi diverse dal procedimento di selezione di un contraente, pone le basi per la sua riconduzione - che qui si può appena accennare - ai valori costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento (art. 97 Cost.) e può così assurgere a principio istituzionale dell'attività della pubblica amministrazione, la cui violazione determina responsabilità.

Note:

(1) Come precisato nella sentenza di primo grado annullata: Tar Lombardia, Milano sez. III, 2 luglio 2001 n. 4716, STI s.p.a. e a. c. Comune di Milano, ined., ove si respinge il ricorso limitatamente alla azione impugnatoria (senza ricorrere alla consulenza tecnica richiesta nel gravame), ma si accoglie la domanda risarcitoria per responsabilità precontrattuale per condotta scorretta durante le trattative, in violazione dell'art. 1337 cod. civ., consistente in un atteggiamento dilatorio e poco chiaro, produttivo di una situazione di incertezza che avrebbe potuto essere evitata attraverso una più tempestiva valutazione delle mutate condizioni di fatto.

(2) Per un approfondimento: G.M. Racca, La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza, Napoli, 2000, 41 e 210 e s., ove si individua una nozione di «trattativa» che ricomprende anche quella multipla o parallela che coinvolge contemporaneamente più soggetti, con il superamento del restrittivo orientamento della Cassazione che considerava instaurata una trattativa con la pubblica amministrazione solo con l'individuazione di un'unica parte a seguito dell'aggiudicazione o della stipulazione del contratto, riconoscendo la responsabilità precontrattuale solo nella fase successiva alla stipulazione, in attesa dell'approvazione del contratto. Interpretazione restrittiva non estranea ai rapporti tra privati ove il riferimento all'affidamento nella conclusione del contratto (criticato, per tutti, da: R. Sacco, G. De Nova, Il contratto, in Trattato di diritto civile, Torino, 1996, Tomo II, 232 e s.) fondava l'idea che una responsabilità precontrattuale potesse sorgere solamente nella fase terminale delle trattative, mentre la circostanza che la trattativa avvenga fra più soggetti non esclude, anche secondo la giurisprudenza più recente, che ciascuno di essi possa nutrire un legittimo «affidamento nella correttezza della controparte»: ad es. Tar Lombardia, Milano, sez. III, 31 luglio 2000 n. 5130, D. DB. Ecologia s.r.l. c. Comune di Cinisello Balsamo e Colombo Spurghi s.n.c., confermata in appello.

(3) Art. 113, r.d. 23 maggio 1924 n. 827, Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato; Cons. St., sez. II, 27 ottobre 1993, n. 1031, Min. lav., in Cons. Stato, 1994, I, 1171; Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 26 aprile 1990, n. 356, Soc. Edilcostruzioni c. Com. Menfi, in Arch. giur. op. pubb., 1990, 921; A. Angiuli, Consenso e autorità nell'evidenza pubblica, in Dir. amm. 1998, 194.

(4) Art. 12 direttiva del Consiglio Ce 18 giugno 1992, 92/50/ Ce e art. 8 della direttiva del Consiglio Ce 14 giugno 1993, 93/37/ Ce.

(5) C. giust. Ce, sez. VI, 18 giugno 2002 (causa C-92/00), Hospital Ingenieure

Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) c. Stadt Wien, con nota di G.M. Racca, Sindacato sulla decisione di non procedere all'aggiudicazione di un appalto pubblico (recesso dalle trattative) e responsabilità precontrattuale, in Foro amm., 2002, nel caso di specie era intervenuta la «revoca di un bando di gara» per la «direzione di un progetto per la realizzazione di una concezione globale strategica per l'approvvigionamento alimentare degli istituti ospedalieri» della città di Vienna, revoca motivata da una successiva valutazione dell'opportunità di non centralizzare il servizio. Sulla possibilità per gli enti aggiudicatori di «recedere dalle trattative» in corso di gara mediante la «revoca» del bando di gara: Trib. Ce, sez. V, 17 settembre 1998, Embassy Limousines & services c. Parlamento europeo, in Racc. 1998, II-4239, C. giust. Ce 16 settembre 1999, (causa C-27/98), Fracasso e Leitschutz in Racc. 1999, I-5697, punti 23 e 25, ove la Corte aveva affermato l'insussistenza dell'obbligo di aggiudicare in presenza di una sola offerta accettabile; Trib. Ce, 8 maggio 1996, causa T-19/95, Adia interim c. Commissione, in Racc. pag. II-321; 24 febbraio 2000, causa T-145/98, ADT Projekt c. Commissione, in Racc. 2000, II-387, punto 147, e 6 luglio 2000, causa T-139/99, AICS c. Parlamento, in Racc. 2000, II-2849; C. giust. Ce 7 dicembre 2000 (causa C-324/98), Telaustria e Telefonadress, in Racc. 2000, I-10745; C. giust. Ce 18 novembre 1999 (causa C-275/98), Unitron Scandinavia e 3-S, in Racc. 1999, I-8291.

(6) C. giust. Ce, Sez. VI, 18 giugno 2002 (causa C-92/00), Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) c. Stadt Wien, cit., che precisa così talune affermazioni che potevano considerarsi restrittive contenute nella pronuncia: C. giust. Ce 16 settembre 1999, (causa C-27/98), Fracasso e Leitschutz cit. ove si escludeva il limite dei casi eccezionali o dei motivi gravi per la rinuncia all'aggiudicazione, in un caso in cui il recesso era apparso corretto per la presenza di una unica offerta accettabile. Nelle conclusioni presentate, l'avvocato generale punti 23-25, si era affermato che è possibile non aggiudicare l'appalto «per un sopravvenuto motivo di interesse pubblico o una rinnovata valutazione delle condizioni di realizzabilità dell'opera progettata (assenza di risorse adeguate, mutamento dello stato dell'arte in un particolare settore tecnologico, e così via)».

(7) Art. 6, comma I, l. 21 luglio 2000, n. 205, Disposizioni in materia di giustizia amministrativa.

(8) G. Greco, Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema, in Dir. Ammin., 2002, 413 e s.; Cons. St., ad. plen., 20 dicembre 2002 n. 8, Edil Garden Soc. Coop. a r.l. c. Salvia e c.ti e Comune di Partinico, in www.giust.it, (che conferma Tar Sicilia-Palermo, Sez. I, 25 luglio 2000, n. 1646; la questione era stata rimessa dal C.G.A. con ord. 15 novembre 2001, n. 588), che respinge la domanda di risarcimento del danno e non si pronuncia sulla necessità di pregiudiziale annullamento del provvedimento lesivo. Cons. St., ad. plen., 29 gennaio 2003 n. 1, Comune di Aversa c. Zecchina Costruzioni S.p.a. e Impresa di Costruzioni Ing. Marino e C. S.p.a., in www.giust.it, che si pronuncia sulla questione rimessa all'Ad. Plen. con ordinanza della Sez. V, 6 maggio 2002, n. 2406, Ibid. e conferma Tar Campania, Napoli, Sez. I, 10 febbraio 1999, n. 340. F. Trimarchi Banfi, Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi, Torino, 2000, 71; D. Sorace, Problemi e prospettive delle responsabilità pubbliche, in *Le responsabilità pubbliche*, a cura di D. Sorace, Padova, 1998, XVIII., che ricorda come il risarcimento sia una forma di tutela residuale che ha funzioni complemento rispetto a forme in molti casi ben più efficaci come quelle costitutive o inibitorie, di cui gode l'interesse legittimo; C. Marzuoli, La responsabilità delle pubbliche amministrazioni per attività amministrative: note introduttive, ibid., 127; G. Corso, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, 257 e s.; A. Romano Tassone, Danno risarcibile e situazioni giuridiche soggettive. Le radici di una problematica, Relazione al Convegno «Responsabilità da atti e comportamenti della pubblica amministrazione», Bari, 25/26 gennaio 2002; A. Travi, Relazione introduttiva in *La tutela dell'interesse legittimo alla luce della nuova disciplina del processo amministrativo*, a cura di G. Clemente di San Luca, Torino, 2002, 9 e s.

(9) L'Amministrazione Comunale si era riservata la facoltà di non aggiudicare l'appalto, qualora le offerte pervenute non fossero state ritenute adeguate agli obiettivi della gara, ovvero per

ragioni di pubblico interesse che avessero comportato variazioni agli obiettivi perseguiti, rimanendo escluso per l'assuntore il diritto a qualsivoglia compenso o indennizzo, a qualsiasi titolo, anche risarcitorio.

(10) Cons. St., sez. V, 12 settembre 2001 n. 4776, Comune di Cinisello Balsamo c. D.DB. Ecologia e Colombo Spurghi Lombardia s.n.c., con commento di G.M. Racca, Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, in Urb. e app., n. 2/2002, 199 e s. Anche F.G. Scoca, Risarcibilità e interesse legittimo, in Dir. pubbl., 2000, 13 e s., ritiene che se l'amministrazione «ingiustificatamente traccheggia, perde tempo, costringe il privato ad affrontare spese o a prolungare i tempi di eventuali esposizioni finanziarie, può creare danni: tali danni vanno considerati ingiusti e, in base ai principi della responsabilità civile, vanno risarciti».

(11) Cfr. M. Clarich, Termine del procedimento e potere amministrativo, Torino, 1995, 157, ove si afferma che la responsabilità da ritardo sorge a prescindere dalla legittimità o illegittimità del provvedimento tardivo.

(12) Affermata in primo grado con una condanna al risarcimento del danno per le spese che la società aggiudicataria, confidando in buona fede nella positiva conclusione del procedimento e nell'affidamento del servizio, ha sostenuto per approntare gli strumenti per iniziare prontamente l'attività, danno liquidato in via equitativa in 94.800.000 lire.

(13) Cons. St., sez. VI, 28 febbraio 2002 n. 1224, Columpsi c. Com. di Cagnano Varano e Zimotti, che conferma Tar Puglia, sez. II, 31 gennaio 1998 n. 109; Cons. St., sez. VI, 20 settembre 2002 n. 4779. Capobianco, A.I. Engineering S.r.l c. Università degli Studi "Federico II" di Napoli, che conferma Tar Campania-Napoli, Sez. II, 6 febbraio 2001, n. 578; Cons. St., sez. V, 7 luglio 2002 n. 3590, Policlinico San Matteo c. Ronzoni s.p.a., ritiene non ammissibile che la commissione giudicatrice di un appalto per la fornitura di carni bovine possa con atto di autotutela decisoria annullare il precedente atto di aggiudicazione sul presupposto dell'errata e falsa applicazione di una delle condizioni di partecipazione.

(14) Per l'esercizio del potere di autotutela si è richiesta la comunicazione di avvio del procedimento, un'adeguata istruttoria comprensiva dell'esame delle osservazioni degli interessati oltre alla motivazione dell'interesse pubblico: Cons. St., sez. VI, 28 febbraio 2002 n. 1224, cit.; Cons. St., sez. IV, 17 luglio 2002 n. 3997, Consorzio nazionale cooperative di produzione e lavoro «Lavoro, Patria e Famiglia» c. I.A.C.P. prov. Benevento, esclude la sussistenza dei presupposti per un recesso corretto, non ammette che il riferimento ad un interesse pubblico all'annullamento della gara possa fondare tale decisione in un caso di errore nel bando.

(15) Cons. St., sez. V, 17 dicembre 2001 n. 6251, Delta Food S.r.l. c. Comune di San Ferdinando di Puglia, Ditta Ristor Sud di Bizzoca, che annulla in parte Tar Puglia-Bari, Sez. I, 7 luglio 1999, n. 1606, il caso concerneva la gara comunitaria, ex d.lg. n. 358 del 1992, di recepimento delle Direttive Cee nn. 77/62, 80/767 e 88/295, per l'affidamento della fornitura del servizio di refezione scolastica per il triennio 1998-2001, nel capitolato d'onere veniva peraltro inserita una clausola che imponeva ai concorrenti la gestione di un centro di cottura dei pasti nel raggio di venti chilometri dalla città ovvero l'obbligo di allestire detto centro entro 60 giorni dall'aggiudicazione, clausola impugnata da un concorrente, con conseguente sospensione cautelare della gara che in seguito l'amministrazione ha deciso di annullare.

(16) Cons. St., sez. VI, 20 settembre 2002, n. 4779, Capobianco, A.I. Engineering S.r.l. c. Università degli Studi "Federico II" di Napoli, cit., concernente la gara per l'affidamento dell'incarico di progettazione relativo alla nuova sede della Facoltà di medicina veterinaria dell'Università degli Studi "Federico II" di Napoli, da aggiudicarsi con il criterio di cui all'art. 23, lett. b), d.lg. n. 157/1995, ove il disciplinare prevedeva l'attribuzione di distinti punteggi per il merito tecnico (fino a 52 punti), per la certificazione di qualità (3 punti), per la valutazione dell'offerta economica (fino a 45 punti), ove si è affermato che caducazione dell'intera gara non potesse automaticamente conseguire al riscontro di un vizio di legittimità riguardante fasi procedurali connotate dall'assoggettamento a regole chiare e precostituite e dalla natura,

quindi, spiccatamente tecnica delle operazioni. Si riscontra la mancata esternazione di adeguate ragioni idonee a giustificare la caducazione della gara (recesso dalle trattative), dal momento che sussisteva «la oggettiva possibilità di rinnovare l'operazione riconosciuta illegittima in applicazione dei mai impugnati criteri al riguardo indicati dal disciplinare».

(17) Cons. St., sez. V, 5 settembre 2002, n. 4460, Azienda ospedaliera Ospedale Niguarda Cà Granda c. Impresa Longoni Giovanni, che annulla Tar Lombardia-Milano, Sez. III, 8 ottobre 2001, n. 6665, concernente una gara per l'affidamento del servizio di smaltimento dei rifiuti speciali non pericolosi e dei rifiuti speciali pericolosi di origine sanitaria, alla quale partecipavano tre sole imprese. La gara è stata annullata sulla base della rilevata contraddittorietà di una clausola del bando di gara che da un lato, imponeva all'impresa aggiudicataria di occuparsi dell'esecuzione del servizio in ogni sua fase, dall'altro, consentiva di ricorrere, per lo smaltimento, ad impianti convenzionati, la cui applicazione aveva determinato dubbi e contestazioni sull'ammissibilità dell'offerta della ditta che sarebbe risultata vincitrice. Inoltre la clausola che prevedeva la preferenza per l'utilizzo di contenitori riciclabili aveva determinato una limitata concorrenza. Il Consiglio di Stato in appello considera corretto il recesso dalle trattative, seppur configurandolo come esercizio di potere ampiamente discrezionale che ha determinato l'emanazione di un provvedimento che non viene esattamente qualificato come revoca o annullamento.

(18) Non si esclude un «potere» precettivo (non autoritativo) comunque funzionalizzato ed assoggettato allo statuto tipico dell'azione amministrativa: F.G. Scoca, Autorità e consenso, in Dir. amm., 2002, 452, ove si precisa che «il potere amministrativo non può invece considerarsi autoritativo quando l'adozione dell'atto consensuale è indispensabile per raggiungere un determinato regolamento di interessi; quando cioè il consenso del privato condiziona l'adozione di tale regolamento. Questo accade, ad esempio, nei contratti ad evidenza pubblica» e si individua lo statuto giuridico del potere funzionalizzato della pubblica amministrazione (potere precettivo autoritativo o meno) e si riassumono le sue regole formali e sostanziali «nel principio del procedimento e nel principio del rispetto degli amministrati, includendo in questi ultimi sia gli interessati sia i terzi».

(19) C. giust. Ce 28 ottobre 1999, C-81/98, Alcatel Austria, cit.

(20) Nelle conclusioni sul caso C. giust. Ce, Sez. VI, 18 giugno 2002 (causa C-92/00), cit., l'Avvocato generale contesta la prospettazione del governo austriaco che si fondava «sull'art. 2, n. 6, della direttiva 89/665, per dedurre che, se nelle ipotesi in cui c'è già stata aggiudicazione gli Stati membri possono limitare la tutela degli interessati ad una richiesta di risarcimento dei danni, non vi è ragione di offrire loro una protezione giurisdizionale maggiore nel caso di un provvedimento di revoca. Si deve tuttavia obiettare che non c'è alcuna analogia tra le due ipotesi richiamate, e cioè tra la fase precedente la conclusione del contratto d'appalto (cui si riferisce l'art. 2, n. 1, che qui interessa) e la fase successiva a detta conclusione (cui ha riguardo l'art. 2, n. 6). Come ha chiarito la Corte in Alcatel Austria, (C. giust. Ce 28 ottobre 1999, causa C-81/98, cit.) è la stessa direttiva 89/665 a tracciare una chiara distinzione tra quelle due fasi, dettandone una disciplina differente. D'altra parte, un'estensione analogica della disciplina di cui all'art. 2, n. 6, non solo non si giustificerebbe sotto alcun profilo nell'economia del sistema in esame, ma si porrebbe in netto contrasto con le finalità del sistema».

(21) D.lg. 20 agosto 2002, n. 190, Attuazione della legge 21 dicembre 2001, n. 443, per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale, art. 14: «Norme in materia processuale, 1. Nei giudizi davanti agli organi di giustizia amministrativa che comunque riguardino le procedure di progettazione, approvazione e realizzazione delle infrastrutture ed insediamenti produttivi e relative attività di espropriazione, occupazione ed asservimento: a) l'udienza di merito del ricorso non richiede la domanda di fissazione ed avviene non più tardi del quarantacinquesimo giorno dalla data di deposito dello stesso presso la segreteria del giudice competente; b) la valutazione del provvedimento cautelare eventualmente richiesto deve tener conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso

per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera; nel concedere la misura cautelare il giudice non potrà prescindere dal motivare anche sulla gravità ed irreparabilità del pregiudizio all'impresa del ricorrente, il cui interesse dovrà comunque essere comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure; c) per quanto non espressamente previsto dal presente articolo si applicano le disposizioni dell'articolo 23-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034. 2. In applicazione delle previsioni dell'articolo 2, comma 6, delle direttive 89/665/ Cee del Consiglio, del 21 dicembre 1989, e 92/13/ Cee del Consiglio, del 25 febbraio 1992, la sospensione o l'annullamento giurisdizionale della aggiudicazione di prestazioni pertinenti alle infrastrutture non determina la risoluzione del contratto eventualmente già stipulato dai soggetti aggiudicatori; in tale caso il risarcimento degli interessi o diritti lesi avviene per equivalente, con esclusione della reintegrazione in forma specifica. 3. Il soggetto aggiudicatore comunica il provvedimento di aggiudicazione ai controinteressati almeno trenta giorni prima della firma del contratto».

(22) Cons. St., ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, Comune di Aversa c. Zecchina Costruzioni S.p.a. e Impresa di Costruzioni Ing. Marino e C. S.p.a., cit., ove si considera una interpretazione evolutiva delle norme di evidenza pubblica non solo dell'interesse specifico dell'amministrazione, ma come poste a garanzia dei valori della concorrenza e del mercato (art. 2, 3 par.1, lett. g e 4 Trattato Ce), con la conseguenza che «l'invalidità del contratto stipulato dall'Amministrazione con chi sia illegittimamente aggiudicatario assumerebbe il connotato non dell'annullabilità ad istanza della sola stazione appaltante, ma della nullità per contrasto con le norme di disciplina del procedimento di evidenza pubblica (Tar Campania, Napoli, sez. I, n. 3177 del 2002)». In materia di lavori pubblici si prevede che la selezione avvenga attraverso «procedure improntate a tempestività, trasparenza e correttezza, nel rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori»: art. 1, comma I, l. 109 del 1994, cit. Autorità garante della concorrenza e del mercato, Segnalazione al Parlamento e al Governo su «bandi di gara in materia di appalti pubblici» del 28 settembre 1999, ove si precisa che deve comunque essere favorito il raffronto concorrenziale che «garantisce al contribuente che la spesa pubblica risulta effettivamente minimizzata, incentivando peraltro l'efficienza produttiva e organizzativa delle imprese».

(23) A. Romano, Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi, nota a: Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, Com. di Fiesole c. Vitali, in Foro it. 1999, I, 3324; Id., Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi, relazione al 43° Convegno di studi amministrativi, Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi, Varenna, Villa Monastero 18-20 settembre 1997, pubblicata in Dir. amm. 1998, 11 e s..

(24) La violazione delle norme sulla competenza o sull'organizzazione può ad esempio determinare un'illegittimità che di per sé potrebbe apparire irrilevante nel giudizio di responsabilità, sempreché non determini l'annullamento dell'atto ed il conseguente recesso dalla trattativa.

(25) Chiariscono la diversa funzione dell'annullamento dell'atto illegittimo e del risarcimento del danno, diversità che può essere ricondotta alla distinzione tra i concetti di reintegra e di risarcimento: R. Nicolò - S. Rodotà, La lesione degli interessi legittimi e i principi della responsabilità civile, in Atti del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi, Milano, 1965, 268; G.D. Falcon, Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza, in Dir. proc. amm., 2000, 287 e s.; L. Torchia, La responsabilità, in Trattato di diritto amministrativo, a cura di S. Cassese, tomo II, Milano, 2000, 1463; F. Caringella - R. Garofoli, Riparto di giurisdizione e prova del danno dopo la sentenza 500/99, in www.giust.it.

(26) Il comportamento scorretto viene accertato attraverso differenti mezzi di prova, come previsto dall'art. 35, comma III, d.lg. n. 80 del 1998: «Il giudice amministrativo, nelle controversie di cui al comma 1, può disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice

di procedura civile, nonché della consulenza tecnica d'ufficio, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento. L'assunzione dei mezzi di prova e l'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio sono disciplinati, ove occorra, nel regolamento di cui al regio decreto 17 agosto 1907, n. 642, tenendo conto della specificità del processo amministrativo in relazione alle esigenze di celerità e concentrazione del giudizio».

(27) Così già in La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza, cit., 333 e s.; cfr. S. Giacchetti, La risarcibilità degli interessi legittimi è «in coltivazione», relazione al convegno presso il Consiglio di Stato, 18 novembre 1999, in giust.it, che aveva sostenuto non «un'eresia cominciare a tener presente che, nella nuova prospettiva di una Pubblica amministrazione privatizzata e fondata sulla concertazione e sul consenso, la «violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione» tende a trasformarsi da violazione di un dovere generico a contenuto negativo (correlato cioè al divieto del *neminem laedere*) in violazione di un obbligo specifico a contenuto positivo assunto nei confronti degli amministratori (= controparti); sicché la violazione di quest'obbligo tende ad uscire dall'arca dell'illecito aquiliano per entrare in quella dell'inadempimento di cui all'art. 1218 c.c., con tutto ciò che ne consegue sul piano della prova e dell'estensione del danno risarcibile»; A. Di Majo, Clausole generali e diritto delle obbligazioni, in Riv. critica dir. priv. 1984, 570; C. Castronovo, L'avventura delle clausole generali, in Riv. critica dir. priv. 1986, 29; S. Rodotà, Il tempo delle clausole generali, in Riv. critica dir. priv. 1988, 709; G. Berti, Il principio contrattuale nell'attività amministrativa, in Scritti in onore di Massimo Severo Giannini, Milano, 1988, II, 61 e s. A. Di Majo, Delle obbligazioni in generale, in Comm. Scialoja Branca, art. 1173, Bologna, Roma, 1988, 201 e s.; F. Benatti, Sulla natura ed efficacia di alcuni accordi precontrattuali, in Contratto e impresa, 1994, 1101; C. Turco, Interesse negativo e responsabilità precontrattuale, Milano, 1990, 425 e s..

(28) Cons. St., sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, Comune di Frattamaggiore c. Lupoli, in www.giustizia-amministrativa.it, ove la configurazione di una responsabilità fondata sul rapporto giuridico fra amministrazione e privato appare compatibile con la definizione della responsabilità precontrattuale che si fonda sull'inadempimento di obblighi predefiniti in quanto riconducibile al genus della responsabilità contrattuale, con il conseguente regime giuridico (art. 1218 c.c.), e Tar Puglia, Bari, 17 maggio 2001, n. 1761, DESA S.r.l. c. Comune di Sannicchiese di Bari e Romanazzi, in www.giust.it; Tar Abruzzo, Pescara, 6 luglio 2001, n. 609, Società Italiana per il Gas - ITALGAS s.p.a. c. Comune di Alanno, *ibid.*; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 9 marzo 2000, n. 1869, Frignani c. Azienda Ospedaliera San Gerardo di Monza ed altri, *cit.*.

(29) Cass., sez. I, 10 gennaio 2003 n. 157, Vitali c. Comune di Fiesole, in www.giust.it, che cassa con rinvio la sentenza della Corte d'appello di Firenze del 29 maggio 2001. Cons. St., sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, Comune di Frattamaggiore c. Anna Lupoli, *cit.*, ove si afferma che spettava all'amministrazione dimostrare la mancanza di colpa nella propria condotta illegittima, lesiva degli interessi del privato. Cfr; altresì: Trib Ce, sez. V, 17 settembre 1998, Embassy Limousines & services c. Parlamento europeo, *cit.*, punto 86 e 87: ove si afferma che «come entità aggiudicatrice nella procedura di aggiudicazione degli appalti, il Parlamento ha l'onere di provare di aver tenuto un atteggiamento coerente e costante verso gli offerenti».

(30) Si ricorda che tali valori in nuce risalgono alla Carta costituzionale, ma solo negli anni '90 sono stati attualizzati in testi normativi, (l. 241 del 1990, che fra l'altro, all'articolo 11, comma 2, rende applicabili agli accordi partecipativi i principi codicistici in materia di obbligazioni e contratti), con la conseguente inattualità con riferimento al tempo cui si riferiscono i fatti di causa: Cass., sez. I, 10 gennaio 2003 n. 157, Vitali c. Comune di Fiesole, *cit.*.

(31) Cass., sez. I, 10 gennaio 2003 n. 157, Vitali c. Comune di Fiesole, *cit.* Sulla natura giuridica della responsabilità della pubblica amministrazione: Consiglio di Giustizia Amministrativa Regione Siciliana, ordinanza 8 maggio 2002 n. 267, Comune di Catania c. Dusty, in www.giust.it, che deferisce la questione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in relazione all'appello avverso la sentenza del Tar Sicilia, Catania, sez. II, 12 agosto 2000 n. 1559;

nell'ordinanza si afferma che: «una volta concentrato il giudizio risarcitorio presso il giudice amministrativo, appare evidente che in ogni caso, sia che si chieda l'annullamento di un atto e l'emissione del provvedimento favorevole (tipica reintegrazione in forma specifica) sia che si chieda semplicemente di sanzionare un ritardo nell'emanazione del provvedimento dovuto, che abbia arrecato uno specifico e dimostrabile pregiudizio patrimoniale (tipico risarcimento per equivalente), si chiede pur sempre al giudice di esprimere previamente un giudizio sulla correttezza o meno dell'agire dell'amministrazione alla stregua di regole di condotta preesistenti».

(32) A. Orsi Battaglini - C. Marzuoli, La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo, in *Dir. pubbl.*, 1999, 494, affermano significativamente che la vera svolta che ci si attendeva e che rimane ancora da conseguire è la risarcibilità «dell'interesse a non subire un pregiudizio economico a causa della condotta antigiuridica dell'amministrazione, indipendentemente dall'esito della vicenda in termini di ottenimento o non dell'atto, e quindi la risarcibilità del danno riferibile non alla spettanza del bene (scontata, si ripete, quando ricorra) ma al pregiudizio subito in relazione ad aspetti rispetto a quello ulteriori e diversi». G. D. Falcon, Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza, in *Dir. proc. amm.*, 2000, nota 31, 305; F. Merusi, Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: il caso della «alternanza» in *Riv. dir. civ.*, 2001, 561; A. Del Fante, Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 122 e s.; D. Caruso, La culpa in contrahendo - L'esperienza statunitense e quella italiana, Milano, 1993, 165.