

La terza sezione del Consiglio di Stato rimette all'Adunanza plenaria la questione della configurabilità della responsabilità precontrattuale anteriormente alla scelta del contraente

[Cons. St., sez. III, ordinanza 24 novembre 2017, n. 5492 – Pres. Frattini, Est. Veltri](#)

Appalti pubblici – Responsabilità precontrattuale – Configurabilità anteriormente alla scelta del contraente – Deferimento all'Adunanza plenaria.

Vanno rimesse all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato le seguenti questioni:

a) se la responsabilità precontrattuale sia o meno configurabile anteriormente alla scelta del contraente, vale a dire della sua individuazione, allorché gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione;

b) se, nel caso di risposta affermativa, la responsabilità precontrattuale debba riguardare esclusivamente il comportamento dell'amministrazione anteriore al bando, che ha fatto sì che quest'ultimo venisse comunque pubblicato nonostante fosse conosciuto, o dovesse essere conosciuto, che non ve ne erano i presupposti indefettibili, ovvero debba estendersi a qualsiasi comportamento successivo all'emanazione del bando e attinente alla procedura di evidenza pubblica, che ne ponga nel nulla gli effetti o ne ritardi l'eliminazione o la conclusione (1).

(1) I.- Con l'ordinanza in epigrafe la terza sezione di Palazzo Spada ha rimesso all'Adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99 c.p.a. la questione riassunta in massima, concernente l'ammissibilità della responsabilità precontrattuale anche nella fase che precede la scelta del contraente e, in caso di risposta positiva, la valutazione del comportamento della p.a. anteriore o successivo al bando di gara.

Dopo aver ricostruito l'originario indirizzo giurisprudenziale in materia di responsabilità precontrattuale della P.A., con particolare riferimento alla più risalente giurisprudenza della Corte di cassazione, l'ordinanza ha evidenziato il passaggio alla giurisdizione amministrativa, imposto dalla legge n. 205 del 2000 e ratificato dalla nota decisione dell'Adunanza plenaria (5 settembre 2005, n. 6, in *Foro it.*, 2009, III, 124; *Foro amm.* CDS 2006, 1, 86 con nota di VACCA).

L'ordinanza ha evidenziato come la prima giurisprudenza amministrativa, successiva all'entrata in vigore della citata legge n. 205, abbia in sostanza recepito gli orientamenti della Cassazione, riconoscendo la responsabilità precontrattuale in tutti i casi in cui la P.A. - dopo l'aggiudicazione - intervenga con provvedimenti di vario tipo (revoche, annullamenti, dinieghi di stipula o approvazione) che vanificano, dall'esterno, gli esiti della procedura di

selezione. In tale contesto, la responsabilità è stata indifferentemente configurata dalla giurisprudenza sia in presenza del preventivo annullamento per illegittimità di atti della sequenza procedimentale, sia nell'assodato presupposto della loro validità ed efficacia, ma sempre e solo nel caso di intervenuta aggiudicazione.

La terza sezione ha individuato le diverse fattispecie emerse nella prassi:

- a) revoca dell'indizione della gara e dell'aggiudicazione per esigenze di una ampia revisione del progetto, disposta vari anni dopo l'espletamento della gara;
- b) impossibilità di realizzare l'opera prevista per essere mutate le condizioni dell'intervento;
- c) annullamento d'ufficio degli atti di gara per un vizio rilevato dall'amministrazione solo successivamente all'aggiudicazione definitiva o che avrebbe potuto rilevare già all'inizio della procedura;
- d) revoca dell'aggiudicazione, o rifiuto a stipulare il contratto dopo l'aggiudicazione, per mancanza dei fondi.

II.- L'ordinanza rileva che nella giurisprudenza successiva sono poi emersi due diversi orientamenti, rispetto ai quali viene quindi ora richiesto l'intervento chiarificatore e nomofilattico dell'Adunanza plenaria.

Un primo orientamento (cfr. ad es. sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia* 2013, 5, I, 925; *Contratti*, 2014, 146, con nota di PASSARELLA; *Rass. avv. Stato*, 2014, fasc. 1, 173, con nota di ROMEO), ha in sostanza riconosciuto la sussistenza della responsabilità precontrattuale anche nella fase che precede la scelta del contraente e, quindi, prima e a prescindere dall'aggiudicazione.

Un secondo orientamento (cfr. ad es. sez. III, 29 luglio 2015, n. 3748 in *Foro Amministrativo* 2016, 3, 562 con nota di PIGNATTI), invece, ritiene che la responsabilità precontrattuale della P.A. è connessa alla violazione delle regole di condotta tipiche della formazione del contratto e quindi non può che riguardare fatti svoltisi in tale fase, con la conseguenza che la stessa non è configurabile anteriormente alla scelta del contraente, vale a dire della sua individuazione, allorché gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione.

Nel rimettere la questione all'Adunanza plenaria, l'ordinanza ha preso posizione a favore del secondo più restrittivo orientamento, evidenziando alcuni argomenti fondati su un approccio ermeneutico maggiormente rispondente ai principi civilistici.

III.- Per completezza, in materia di responsabilità precontrattuale della P.A., si segnalano le seguenti decisioni:

e) sulla giurisdizione a conoscere della domanda di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale della P.A., da ultimo, Cass. civ., sez. un., 4 luglio 2017, n. 16419 (oggetto della [News US in data 14 luglio 2017](#), cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza), secondo cui *"La domanda di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale proposta da una p.a., in qualità di stazione appaltante, nei confronti del soggetto affidatario di lavori o servizi pubblici appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, trattandosi di richiesta afferente non alla fase pubblicistica della gara ma a quella prodromica, nella quale si lamenta la violazione degli obblighi di buona fede e correttezza; in tale ipotesi, infatti, il giudice predetto è chiamato a decidere di una controversia avente ad oggetto un diritto soggettivo la cui lesione sia stata non conseguente, bensì soltanto occasionata da un procedimento amministrativo di affidamento di lavori o servizi"*;

f) sulla giurisdizione esclusiva in materia di responsabilità precontrattuale relativa a gara, Consiglio di Stato sez. III, 31 agosto 2016 n. 3755 (in *Dir. proc. amm.*, 2017, 677 ss. con nota di E. ROMANI), secondo cui *"sussiste la giurisdizione amministrativa esclusiva nelle controversie di responsabilità precontrattuale disciplinata dall'art. 133, comma 1, lett. e) del c.p.a. laddove l'amministrazione appaltante deduca la responsabilità precontrattuale del privato partecipante alla gara. (Fattispecie relativa ad una gara indetta da un ente ospedaliero per l'individuazione dell'istituto di credito con cui stipulare un contratto di mutuo)"*;

g) sulla rilevanza, ai fini di responsabilità precontrattuale, della minuta o puntuazione, Cass. civ., sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628 (in *Diritto & Giustizia* 2015, 9 marzo con nota di TARANTINO e in *Foro it.*, 2015, I, 2016, con nota di GIOVANELLA cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza), secondo cui *"in presenza di contrattazione preliminare relativa a compravendita immobiliare che sia scandita in due fasi, con la previsione di stipula di un contratto preliminare successiva alla conclusione di un primo accordo, il giudice di merito deve preliminarmente verificare se tale accordo costituisca già esso stesso contratto preliminare valido e suscettibile di conseguire effetti ex art. 1351 e 2932 c.c., ovvero anche soltanto effetti obbligatori ma con esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento. Riterrà produttivo di effetti l'accordo denominato come preliminare con il quale i contraenti si obblighino alla successiva stipula di un altro contratto preliminare, soltanto qualora emerga la configurabilità dell'interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare. La violazione di tale accordo, in quanto contraria a buona fede, potrà dar luogo a responsabilità per la mancata conclusione del contratto stipulando, da qualificarsi di natura contrattuale per la rottura del rapporto obbligatorio assunto nella fase precontrattuale"*;

h) sui limiti ai danni riconoscibili in sede di responsabilità precontrattuale, Cons. Stato, sez. IV, 15 settembre 2014, 4674 (in *Guida al diritto* 2014, 41, 94 con nota di TOMASSETTI e in *Foro it.*, 2015, III, 106, con nota di GALLI cui si rinvia per ogni

approfondimento di dottrina e giurisprudenza), secondo cui *"il danno risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale in relazione alla mancata stipula di un contratto d'appalto o in relazione all'invalidità dello stesso, comprende le spese sostenute dall'impresa per aver partecipato alla gara (danno emergente), ma anche e soprattutto la perdita, se adeguatamente provata, di ulteriori occasioni di stipulazione di altri contratti altrettanto o maggiormente vantaggiosi, impedita proprio dalle trattative indebitamente interrotte (lucro cessante), con esclusione del mancato guadagno che sarebbe derivato dalla stipulazione ed esecuzione del contratto non concluso"*;

i) sulla natura della responsabilità precontrattuale, Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 2015, n. 3237 (in *Foro it.*, 2015, III, 672, con nota di TRAVI), secondo cui *"la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, per violazione del dovere di lealtà e di correttezza, va esclusa in presenza di una revoca disposta una decina di giorni dopo l'atto revocato e motivata con sopravvenienze legislative e istituzionali che impedivano l'assunzione di impegni finanziari con la durata prevista"*; sez. V, 14 aprile 2015, n. 1864, (*id.*, 2015, III, 613, con nota di GALLI, cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza in ordine ai profili sostanziali e processuali della responsabilità precontrattuale della P.A.), secondo cui *"per configurare responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione aggiudicatrice occorre che la gara sia giunta ad uno stadio tale da avere ingenerato nel concorrente un affidamento consolidato in ordine alla favorevole conclusione della procedura"*;

j) sulla natura della responsabilità precontrattuale della P.A. e sulle conseguenze in ordine alla individuazione del termine di prescrizione dell'azione risarcitoria, Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188 (in *Rivista del Notariato* 2017, 4, II, 776 con nota di RINALDO e in *Foro it.*, 2016, I, 2685, con nota di PALMIERI, cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza), secondo cui *"la responsabilità precontrattuale, ai sensi degli art. 1337 e 1338 c.c., va inquadrata nella responsabilità di tipo contrattuale da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni, ai sensi dell'art. 1173 c.c. e dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione ai sensi dell'art. 1174 c.c., bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, ai sensi degli art. 1175 e 1375 c.c., con conseguente applicabilità del termine decennale di prescrizione ex art. 2946 c.c."*;

k) sulla configurabilità della responsabilità precontrattuale in presenza di contratto valido ma pregiudizievole, Cass. civ., sez. I, 23 marzo 2016, n. 5762 (in *Foro it.*, 2016, I, 1703, con nota di P. PARDOLESI cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza), secondo cui *"la regola posta dall'art. 1337 c.c. non si riferisce alla sola ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative ma ha valore di clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso ed implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto"*;

l) sulla differenza fra responsabilità precontrattuale e responsabilità da impossibile esecuzione del giudicato, Cons. Stato, Ad. plen., 12 maggio 2017, n. 2, in *Guida al diritto* 2017,

24, 95 con nota di PONTE; in Foro it., 2017, III, 433, con nota di TRAVI; nonché oggetto della [News US in data 16 maggio 2017](#), cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza), secondo cui *"l'impossibilità (sopravvenuta) di esecuzione in forma specifica dell'obbligazione nascente dal giudicato — che dà vita in capo all'amministrazione ad una responsabilità assoggettabile al regime della responsabilità di natura contrattuale, che l'art. 112, comma 3, c.p.a., sottopone peraltro ad un regime derogatorio rispetto alla disciplina civilistica — non estingue l'obbligazione, ma la converte, "ex lege", in una diversa obbligazione, di natura risarcitoria, avente ad oggetto l'equivalente monetario del bene della vita riconosciuto dal giudicato in sostituzione della esecuzione in forma specifica; l'insorgenza di tale obbligazione può essere esclusa solo dalla insussistenza originaria o dal venir meno del nesso di causalità, oltre che dell'antigiuridicità della condotta"*; Cons. Stato, sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 20 (in Guida al diritto 2010, 10, 98 con nota di PONTE), secondo cui *"la qualificazione della responsabilità derivante da illegittima aggiudicazione come precontrattuale non impedisce il ristoro del danno da perdita di "chance". Tuttavia nel rispetto del principio generale sancito dall'art. 2697 c.c., la parte che invoca il danno da perdita di "chance" ne deve fornire la prova rigorosa. Le occasioni favorevoli di cui si lamenta la perdita non devono essere astratte, ma avere un minimo di concretezza, che non è integrata dalla produzione di bandi pubblicati per analoghi appalti nel periodo in questione"*;

m) sull'ammissibilità della responsabilità precontrattuale in caso di autotutela, Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194 (in Guida al diritto 2007, 3, 85 con nota di PONTE; Urbanistica e appalti, 2007, 595, con nota di TUCCARI), secondo cui *"è ammissibile la risarcibilità del danno, a titolo di responsabilità precontrattuale della p.a., nell'ipotesi in cui l'amministrazione procedente, rilevando un errore nel procedimento di gara già esperito, rimuova in autotutela la gara stessa, ancorché fosse già intervenuta l'aggiudicazione in capo all'impresa vincitrice della selezione"*;

n) sull'ammissibilità della responsabilità precontrattuale in caso di revoca dell'aggiudicazione provvisoria, T.a.r. per la Campania, sede di Napoli, sez. I, 14 settembre 2016, n. 4300, in *lamministrativista.it*, 8 novembre 2016, con nota di NUZZO), secondo cui *"il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria ascrivibile alla colpevole condotta della stazione appaltante e, in particolare, alle incontestate criticità e ritardi registrati durante la fase di pubblicazione della "lex specialis" ed al conseguenziale slittamento dei termini di partecipazione, nonché alla lenta celebrazione delle attività di esame delle offerte, determina il sorgere di una responsabilità precontrattuale, riconducibile al modello extracontrattuale o da fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c. "*.