

**Limiti di applicabilità del d.lgs. n. 163/2006 alle concessioni di servizi. Quantificazione del danno risarcibile in ipotesi di responsabilità precontrattuale amministrativa a seguito dell'esercizio di autotutela**

La sentenza in esame, con la quale il Consiglio di Stato conferma la pronuncia del Tar per il Lazio, da avvio ad una doppia analisi: la prima riguarda l'applicabilità della normativa del codice dei contratti pubblici alle concessioni di servizi, la seconda è relativa alla quantificazione del danno risarcibile in materia di responsabilità precontrattuale quando viene leso il legittimo affidamento riposto dal privato nella conclusione del contratto. Entrambe le indagini hanno come presupposto l'esercizio del potere di autotutela da parte della pubblica amministrazione.

La vicenda in oggetto trae origine da una procedura di gara annullata dall'amministrazione in via di autotutela, in un momento successivo all'aggiudicazione. La procedura era da ritenersi invalida *ab origine* a causa dell'inadeguatezza procedimentale, per mancanza del preventivo studio di fattibilità richiesto dall'art. 146, c. 5, d.lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici), per carenza del disciplinare di gara e dei contenuti necessari alla descrizione dell'intervento.

La ricorrente ditta aggiudicatrice adiva il Tar per il Lazio sostenendo l'illegittimità di tale potere di auto-

tutela sul presupposto che non sarebbe applicabile il codice dei contratti pubblici, in quanto tale normativa si riferisce solo alle concessioni aventi ad oggetto lavori pubblici, mentre oggetto del presente affidamento non sarebbe la realizzazione di un'opera pubblica, bensì la concessione di un servizio pubblico locale.

Se è vero che dal 2013 (Cons. Stato, Ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13) il collegio ha ritenuto le concessioni di servizi escluse dalle regole sugli appalti, seguendo l'indirizzo del diritto comunitario *ratione temporis*, che tendeva ad esentare dall'ambito della normativa tale tipologia di concessione, è altresì vero che l'affidamento debba comunque avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato Ue e dei principi generali sui contratti ad evidenza pubblica.

Con la citata pronuncia del 2013 si era difatti affermato che “la normativa di principio di derivazione comunitaria trova applicazione non limitatamente agli appalti di lavori, servizi e forniture ma presenta una valenza pressoché generalizzata nel settore dei contratti pubblici”.

Il collegio ha ritenuto infatti che, poiché nella procedura di gara non è stata individuata la prestazione oggetto della concessione, al di là della qualificazione di detta concessione, sia stato violato l'art. 30 c.c.p. (applicabile anche alle concessioni di servizio, stante il primo comma dello stesso articolo) nella parte in cui prevede che la scelta del concessionario debba avvenire nel rispetto dei principi europei e dei principi del codice dei contratti pubblici, in particolare dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità. In questo modo l'art. 30 assimila le concessioni agli appalti (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 4 giugno 2015, n. 2755) al fine di vincolare i soggetti aggiudicatari al rispetto dei principi dell'evidenza pubblica tra cui, nel caso di specie, la predeterminazione dei criteri selettivi. In questo senso il collegio non ha avuto dubbi nel riaffermare un principio già sostenuto in precedenza (v. Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2014, n. 4913) ossia che le concessioni dei servizi possono essere affidate solo attraverso una procedura basata sulla predeterminazione dei criteri selettivi.

Si è inoltre ribadito quanto già affermato dal giudice di prime cure, ossia che qualora i lavori siano strumentali alle concessioni di servizi e diretti a realizzare opere pubbliche che diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice, deve trovare comunque integrale applicazione il codice dei contratti pubblici, sia quando i lavori siano eseguiti dai medesimi concessionari, sia se questi ultimi li affidino a terzi. Né si può ritenere non indispensabile lo studio di fattibilità necessario, prima della realizzazione dei lavori pubblici, a delineare le caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economiche. La progettazione preliminare è presupposto fondamentale per la definizione dei caratteri della prestazione, altrimenti vi sarebbe una inammissibile ed eccessiva discrezionalità tecnica del concessionario.

Per tutti questi motivi sia il giudice di primo grado che il Consiglio di Stato hanno ritenuto legittimo l'annullamento in autotutela della procedura di gara *contra legem* che aveva indotto i partecipanti a confidare nel fisiologico sviluppo della gara.

Ancora una volta l'autotutela si identifica con il potere "autarchico" nella disponibilità della pubblica amministrazione funzionale al poter tutelare in maniera autonoma la propria sfera d'azione, per assicurare il più efficace perseguimento dell'interesse pubblico.

Se da una parte è esatto che l'esercizio dell'autotutela comporti un ripristino dello *status quo ante*, è altrettanto ragionevole che un comportamento amministrativo, seppur legittimo, debba dar luogo al risarcimento del danno per il privato incolpevole coinvolto sin dall'origine in una procedura da considerarsi invalida per fatto imputabile all'amministrazione.

Ai sensi dell'art 1337 c.c. "le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede" e la violazione di questa norma crea un *genus* di responsabilità di *species* precontrattuale che deriva da tutti quei comportamenti che nel corso delle trattative contrattuali sono contrari alla buona fede. Anche l'art. 1 della l. n. 241/1990 al c. 2-*bis* dispone che "i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede".

Dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulla natura della responsabilità precontrattuale, sino ad arrivare ad una tesi giurisprudenziale maggioritaria secondo la quale si tratterebbe di responsabilità aquiliana in quanto la condotta scorretta di una parte a danno dell'altra viene in essere in una fase in cui il contratto non è ancora stipulato. Un altro orientamento la qualifica come responsabilità contrattuale poiché tra le parti si genera il "contatto sociale" dal quale scaturisce un legittimo affidamento. Le diverse tesi comportano differenti termini prescrizione (cinque anni se si condivide la tesi della responsabilità aquiliana e dieci anni nel caso la responsabilità si consideri di natura contrattuale), oltre la possibilità di risarcire, se aquiliana, anche i danni imprevedibili.

A lungo la giurisprudenza ha ritenuto applicabile i principi della responsabilità precontrattuale solo dal momento in cui interviene l'aggiudicazione. Questo orientamento è stato di recente rinnegato dal Consiglio di Stato che con l'Adunanza plenaria del 4 maggio 2018, n. 5, ha affermato che "nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dall'aggiudicazione, in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento".

Nella stessa pronuncia è stato sottolineato che la responsabilità precontrattuale si configura laddove il privato dimostri che il suo affidamento sia incolpevole, che il comportamento scorretto sia imputabile al

soggetto pubblico e che vi sia la prova da parte del privato del nesso di causalità tra i danni subiti ed il comportamento scorretto dell'amministrazione.

Il riconoscimento della responsabilità precontrattuale in capo al soggetto pubblico fa sì che l'amministrazione venga considerata alla stregua di un contraente privato. Trattasi però di un contraente "privilegiato" in quanto il potere di autotutela le conferisce una posizione diversa rispetto a quella della controparte e, attraverso il riconoscimento di quella che potremmo definire una responsabilità precontrattuale pubblica, l'amministrazione è chiamata a rispondere dei danni causati per tutti quei comportamenti amministrativi che, seppur legittimi, risultano scorretti in quanto contrari ai doveri di buona fede. In questo senso l'interesse da tutelare è la libertà negoziale di autodeterminazione in modo che nessuno sia coinvolto in trattative inutili, un interesse di tipo negativo, a differenza di quanto accade nella responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.) che sanziona la lesione dell'interesse positivo ad ottenere la prestazione dovuta.

In fase di responsabilità precontrattuale il contratto ancora non è stipulato e quindi oggetto del risarcimento non può che essere l'interesse negativo che ricordiamo essere composto di due voci: il danno emergente, consistente nell'insieme delle spese sostenute nella fase delle trattative, e il lucro cessante riguardante tutte le occasioni di guadagno perse impiegando il tempo in contrattazioni fruttuose in luogo di quella inutile. Per il lucro cessante è chiesta una prova dalla parte privata danneggiata alla luce del principio di vicinanza della prova poiché solo la parte privata può dimostrare che durante le trattative abbia ricevuto delle occasioni di guadagno che ha dovuto rifiutare per aver riposto affidamento alla conclusione del contratto.

Concludendo, riportando quanto esposto al caso in disamina, l'amministrazione ha sicuramente leso la posizione soggettiva del privato dando luogo ad un risarcimento del danno limitato all'interesse negativo nella voce di danno emergente, non avendo la ditta aggiudicatrice fornito prova alcuna circa la sussistenza del lucro cessante.

LAURA GIANNETTI