

EZIO MARIA BARBIERI

APPALTI PUBBLICI E RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Comportamento precontrattuale e scelta amministrativa. – 3. Violazione delle norme di correttezza e legittimità dell'azione amministrativa. – 4. Procedura di evidenza pubblica e responsabilità precontrattuale. – 5. L'art. 1337, cod. civ., e la tutela dei concorrenti dal bando di gara alla aggiudicazione. – 6. Conclusioni.

1. *Premessa.* – Le lungaggini della pubblica amministrazione nell'espletamento delle gare non danneggiano soltanto gli interessi dell'amministrazione e quindi il pubblico interesse, la cui cura è ad essa affidata, ma sono frequentemente occasione di danni anche per i partecipanti e possono comportare, quindi, anche una responsabilità a carico della stessa per i pregiudizi così arrecati. Questo può accadere anche quando l'amministrazione proceda al legittimo annullamento od alla legittima revoca di un procedimento di gara prima che si sia pervenuti alla stipulazione del contratto.

Si tratta di situazioni e di comportamenti che possono dare luogo a quella responsabilità precontrattuale che il codice civile prevede all'art. 1337.

2. *Comportamento precontrattuale e scelta amministrativa.* – Nel corso dello svolgimento delle trattative, intendendosi per tali tutti quei contatti fra le parti che sono finalizzati alla individuazione di una concordanza di intenti sulla cui base verrà stipulato alla fine il contratto definitivo, e quindi, nel caso di gare pubbliche, dal momento della pubblicazione di un bando di gara per l'esecuzione di lavori pubblici o per la fornitura di beni o di servizi e fino a quando il relativo contratto non sia stato stipulato, anche sulla pubblica amministrazione incombe, a norma dell'art. 1337, cod. civ., il dovere di comportarsi secondo buona fede: una formula che pur nella sua polisemia, nella sua indeterminatezza e nella sua ambiguità è da sempre utilmente servita ad adeguare il diritto nelle varie circostanze alle mutevoli dinamiche sociali. La violazione di questa regola di comportamento è sanzionata dall'insorgere a carico di chi la viola della cosiddetta responsabilità precontrattuale.

La configurabilità di una responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione costituisce ormai da tempo un dato da ritenersi definitivamente acquisito al nostro ordinamento, anche se non sempre è facile tenere distinto il comportamento dell'amministrazione che può dare luogo a responsabilità *ex art.* 1337, cod. civ., dall'esercizio di poteri discrezionali da parte dell'amministrazione.

Occorre, invece, tenere distinti i comportamenti contrari ai principi di correttezza e di buona fede dalle scelte amministrative mediante le quali prende corpo la decisione amministrativa. Si deve, infatti, evitare che attraverso l'art. 1337, cod. civ., si finisca con il sindacare indebitamente la discrezionalità amministrativa.

Di qui l'opportunità di qualche considerazione in proposito.

3. Violazione delle norme di correttezza e legittimità dell'azione amministrativa. –L'assoggettamento della pubblica amministrazione alle regole di correttezza e di buona fede richiamate dall'art. 1337, cod. civ. è chiaramente riassunto in questa massima tratta da una decisione del Consiglio di Stato: "Nello svolgimento dell'attività di ricerca del contraente l'amministrazione è tenuta non soltanto a rispettare le regole dettate nell'interesse pubblico (la cui violazione implica l'annullamento o la revoca dell'attività autoritativa), ma anche le norme di correttezza dettate dall'art. 1337, cod. civ., la cui violazione assume significato e rilevanza solo dopo che gli atti della fase pubblicistica attributiva degli effetti vantaggiosi siano venuti meno e questi ultimi si siano trasformati in affidamenti restati senza seguito" (1).

Occorre dunque, perché si possa ipotizzare una responsabilità precontrattuale, prima di tutto che sia venuta ad esistenza all'interno del procedimento di gara una situazione di vantaggio a favore di un concorrente (ammissione alla gara – aggiudicazione) e poi che sia intervenuto un nuovo provvedimento per effetto del quale il vantaggio conseguito, non ancora consolidatosi attraverso la stipulazione di un contratto, sia venuto meno, il che può avvenire per effetto dell'annullamento o della revoca dell'ammissione alla gara o della aggiudicazione di essa o della gara nel suo complesso.

Perché si possa configurare una responsabilità precontrattuale non si richiede, però, che il provvedimento che ha rimosso la situazione di vantaggio acquisita sia illegittimo; al contrario, di esso è richiesta la legittimità o che comunque esso sia diventato inoppugnabile, in quanto se si trattasse di provvedimento illegittimo lo strumento di difesa riconosciuto dall'ordinamento sarebbe l'annullamento di esso e/o il risarcimento dei danni conseguenti a

(1) Cons. St., Sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194, in www.giustizia-amministrativa.it.

tale illegittimità. Dice bene quindi la giurisprudenza amministrativa quando statuisce che “nell’ambito delle procedure ad evidenza pubblica, l’esercizio di poteri di autotutela da parte dell’amministrazione appaltante, benché legittimo, può determinare la lesione dell’affidamento dei concorrenti negli atti revocati o annullati, facendo insorgere obblighi risarcitori”⁽²⁾ e meglio ancora quando precisa che “l’avvenuto riconoscimento della legittimità della revoca non contraddice l’eventualità di un risarcimento per responsabilità precontrattuale, ma ne fonda anzi la condizione imprescindibile”⁽³⁾. La responsabilità precontrattuale, infatti, insorge quando vi sia stata la violazione dei doveri comportamentali che l’ordinamento impone alle parti nel corso delle trattative (correttezza e buona fede), doveri i quali, per quanto riguarda l’amministrazione pubblica, sono indipendenti ed estranei a quel complesso di attività propriamente amministrativa attraverso la quale il procedimento amministrativo consente di arrivare alla emanazione del provvedimento finale di annullamento o di revoca dell’aggiudicazione; di conseguenza la loro violazione non incide sulla validità del provvedimento di annullamento o di revoca di tutto quanto il procedimento di gara ovvero degli atti di ammissione alla gara o di aggiudicazione della gara medesima, ma è fonte soltanto di responsabilità *ex art. 1337, cod. civ.* In altre parole, altre sono le conseguenze di un provvedimento illegittimo, altre le conseguenze di un comportamento lesivo dei principi di correttezza e buona fede, i quali ultimi sono ricollegati ad un comportamento e non ad un provvedimento. E mentre rispetto ad un provvedimento amministrativo la situazione giuridica soggettiva della controparte ha i caratteri dell’interesse legittimo, riguardo al comportamento della pubblica amministrazione nei confronti dell’aspirante contraente l’art. 1337, cod. civ., da norma di relazione quale è, attribuisce una indipendente ed autonoma situazione giuridica di diritto soggettivo.

Di questa distinzione fra provvedimento e comportamento nella materia qui in esame è confermata nella succitata sentenza del Consiglio di Stato, (Sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194), laddove si afferma che “la rimozione in sede di annullamento o revoca d’ufficio dell’aggiudicazione e degli atti della relativa procedura di gara d’appalto” disposta dall’amministrazione, “se vale a porre al riparo l’interesse pubblico, non elimina – dopo tale rimozione caducatoria – il fatto incancellabile degli affidamenti suscitati nell’impresa dagli atti della procedura di evidenza pubblica poi rimossi, e pertanto la possibilità di

(2) Cons. St., Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6; Cons. St., Sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3989, in www.giustizia-amministrativa.it.

(3) Così Cons. St., Sez. VI, 5 settembre 2011, n. 5002, in www.giustizia-amministrativa.it.

proporre la domanda di risarcimento del danno” ai sensi dell’art. 1337, cod. civ., in quanto “la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione è configurabile in tutti i casi in cui l’ente pubblico, nelle trattative e nelle relazioni con i terzi, abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti con i principi della correttezza e della buona fede, alla cui puntuale osservanza anch’essa è tenuta”.

Insomma, ciò da cui può derivare una responsabilità precontrattuale dell’amministrazione non è l’esercizio del potere amministrativo, che se è legittimamente esercitato non comporta di per sé responsabilità e se è illegittimamente esercitato darà titolo a chiedere il risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi, ma il comportamento nel quale si cala l’esercizio di detto potere e che deve attenersi a regole privatistiche proprio perché non è esercizio di potere amministrativo. Il principio di correttezza e buona fede, infatti, “enuncia un dovere di solidarietà, fondato sull’art. 2, Cost., che, operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell’imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell’altra, a prescindere dall’esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge, sicché dalla violazione di tale regola di comportamento può discendere, anche di per sé, un danno risarcibile” (4).

4. Procedura di evidenza pubblica e responsabilità precontrattuale.

– Ai fini della individuazione di chi abbia titolo a proporre la domanda di risarcimento di danni conseguenti ad una responsabilità precontrattuale la giurisprudenza sembra essersi consolidata, o almeno sembra frequentemente affermare che in tanto può configurarsi una responsabilità a carico dell’amministrazione *ex art.* 1337, cod. civ., in quanto il procedimento concorsuale sia giunto a conclusione e quindi si sia provveduto alla aggiudicazione della gara. Infatti, in molte decisioni si legge che “la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione non è configurabile durante la procedura di evidenza pubblica” in quanto essa “lo diventa solo dal momento dell’aggiudicazione fino alla formale stipula del contratto” (5).

Per effetto spesso di una massimazione delle sentenze forse non del tutto precisa, si ripete, insomma, con una certa disinvoltura (o almeno così si può essere indotti a ritenere) che prima di ipotizzare

(4) Cass., Sez. III, 10 novembre 2010, n. 22819, in www.leggiditalia.it, voce *obbligazioni e contratti*.

(5) Cass., Sez. un., 26 maggio 1997, n. 4673, in www.leggiditalia.it, voce *obbligazioni e contratti*.; Corte giust. Sic., 27 ottobre 2006, n. 610; TAR Napoli, Sez. I, 7 giugno 2010, n. 12676; TAR Toscana, Sez. II, 21 febbraio 2008, n. 174, in www.giustizia-amministrativa.it.

una responsabilità precontrattuale la procedura selettiva debba essersi conclusa con l'aggiudicazione definitiva, essendo questo soltanto il momento che individua il soggetto possibile contraente, non esistendo prima di tale momento alcun concorrente che possa essere qualificato come parte della trattativa contrattuale.

Prendendo alla lettera queste considerazioni, si potrebbe essere indotti a credere che solo l'aggiudicatario, una volta che l'aggiudicazione sia stata annullata o revocata o comunque, non sia stata seguita dalla stipulazione del contratto abbia titolo per invocare l'art. 1337, cod. civ., a tutela dei propri interessi.

Questo orientamento giurisprudenziale, se preso alla lettera, suscita, a mio avviso, qualche perplessità ed abbisogna, forse, di una più esplicita sottolineatura che richiami l'attenzione sull'effettivo orientamento della giurisprudenza.

È indubbiamente vero che tutti coloro che partecipano ad una gara pubblica devono mettere necessariamente in conto non solo che non hanno la certezza di riuscire vincitori, ma addirittura che non esiste nemmeno una pacifica sicurezza che l'amministrazione terrà ferme le proprie intenzioni contrattuali fino a giungere alla stipulazione del contratto.

Questo, che è vero d'altra parte in qualsiasi trattativa, anche quando si tratti di una trattativa che intercorre fra parti solo private, è forse ancora più vero quando il rapporto precontrattuale intercorra con una pubblica amministrazione. In questo caso, infatti, non possono non assumere un notevole e ben noto rilievo considerazioni economiche e/o politiche necessariamente soggette sia alla variabilità degli orientamenti politici, sia alle mutevoli valutazioni di quella molteplicità di soggetti che sono chiamati a realizzare le scelte amministrative.

Se dunque fra privati le valutazioni delle parti sono principalmente (seppure anche qui non esclusivamente) soggette a considerazioni e quindi a previsioni di carattere essenzialmente o almeno principalmente economico, non vi è dubbio che quando una delle parti del futuro contratto è una pubblica amministrazione le controparti non possono non mettere nel conto la sicura presenza di una ancor più ampia possibilità di mutamenti politico-economici e di personali cambiamenti di opinione degli amministratori e quindi di incertezza di giungere alla conclusione del contratto in funzione del quale la gara è stata bandita.

Questo non esclude, però, come già si è detto e come ormai la giurisprudenza pacificamente ammette, che anche la parte pubblica sia tenuta a comportarsi nel corso delle trattative nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede.

Occorre allora verificare cosa possa e debba intendersi per trattative e per aspirante contraente che possa sentirsi garantito e tutelato dall'art. 1337, cod. civ., quando il contratto debba essere

stipulato con una pubblica amministrazione previo svolgimento di una gara pubblica ed individuare, quindi, dapprima l'ampiezza della fase temporale durante la quale si impone anche per l'amministrazione il rispetto dell'art. 1337, cod. civ., e poi i soggetti che di tale norma possono pretendere il rispetto.

5. *L'art. 1337, cod. civ., e la tutela dei concorrenti dal bando di gara alla aggiudicazione.* – La fase delle trattative assoggettata alle regole di correttezza e buona fede, sia che si tratti di avviare un dialogo fra privati oppure fra privati ed una pubblica amministrazione, prende l'avvio con la esplicitazione dell'intenzione di stipulare un contratto rivolta a soggetti che possono essere già individuati o da individuare e si conclude con la stipulazione del contratto.

Nel caso che qui si intende sottoporre ad esame, e cioè nel caso di gara pubblica indetta da una pubblica amministrazione, la fase iniziale delle trattative si apre con la pubblicazione del bando di gara e si chiude con la stipulazione del contratto.

Il comportamento al quale può conseguire l'insorgenza di una responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione è, dunque, circoscritto entro questi due momenti: fra il bando della gara e la stipulazione del contratto.

La sola pubblicazione del bando non può, però, di per sé dare luogo ad una responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, perché essa è inidonea a concretare un qualsiasi affidamento in capo ad un privato determinato fino a quando egli, intendendo partecipare alla gara, non sia stato ad essa ammesso. Il vero e proprio rapporto precontrattuale fra amministrazione e privato concorrente si instaura, dunque, solo con l'ammissione dell'aspirante alla gara. È questo, infatti, il momento in cui mediante il provvedimento di ammissione assunto dall'amministrazione si costituisce in capo all'interessato un primo effetto vantaggioso, seppure solo eventuale rispetto alla stipulazione del contratto, ed è da questo momento che egli diventa una controparte specificamente individuata avente titolo a pretendere che l'amministrazione si comporti nei suoi confronti con correttezza e buona fede. Solo il provvedimento di ammissione alla gara, infatti, instaura un rapporto giuridico, potremmo dire un dialogo con soggetti determinati al quale potrà conseguire la desiderata aggiudicazione e, successivamente, la stipulazione del contratto. Senza un primo dialogo fra le parti, infatti, la loro rispettiva situazione giuridica soggettiva non subisce mutazione per effetto della sola pubblicazione del bando di gara, per cui manca qualsiasi presupposto per la configurabilità di un danno da comportamento scorretto cui possa conseguire una responsabilità precontrattuale.

Il successivo svolgimento del procedimento di gara, soggetto

al principio di legalità ed alle valutazioni dell'amministrazione in merito alla opportunità di continuare nello svolgimento della gara medesima, resterà poi subordinato alle eventuali autonome decisioni della stessa amministrazione che potranno di volta in volta dare impulso al procedimento stesso fino a portarlo a conclusione, ma potranno anche comportare, se del caso, l'annullamento della gara o la revoca della stessa, anche ad aggiudicazione avvenuta. Questi interventi interruttivi del procedimento concorsuale, una volta che abbiano determinato il venire meno di tutto quanto il procedimento e conseguentemente di ogni aspettativa dei concorrenti in merito alla stipulazione del contratto, non sono però di per sé, nella loro qualità di atti di esercizio del potere amministrativo, fonte di responsabilità precontrattuale. L'annullamento e la revoca non costituiscono causa sufficiente per affermare una responsabilità *ex art. 1337, cod. civ.* Infatti, se essi sono stati legittimamente disposti non possono costituire fonte autonoma di un danno tecnicamente qualificabile come tale, mentre se sono il risultato di una attività illegittima possono essere sì annullati, con conseguente ripristino della legalità e delle aspettative dei concorrenti, o comunque essere fonte di una responsabilità e quindi di un dovere risarcitorio, ma tale responsabilità non ha natura precontrattuale. Di natura precontrattuale, infatti, è solo quel danno che può derivare dalle modalità e dai tempi del procedimento amministrativo nel quale si inserisce l'atto di esercizio del potere amministrativo, e cioè dal complessivo comportamento fattuale tenuto dall'amministrazione nella gestione pratica del procedimento amministrativo.

È sotto questo profilo che si può configurare una responsabilità precontrattuale dell'amministrazione procedente, al quale fine si dovrà dunque tenere conto del comportamento tenuto dall'amministrazione durante lo svolgimento del procedimento e quindi di quello tenuto dopo l'ammissione alla gara, nonché anteriormente e posteriormente all'aggiudicazione, all'annullamento o alla revoca della stessa, in quanto è da questo comportamento che per così dire circonda quei provvedimenti, quando in esso si configurassero atteggiamenti scorretti contrastanti con i principi di correttezza e buona fede, che può emergere una responsabilità dell'amministrazione *ex art. 1337, cod. civ.*

A questo proposito sembra utile richiamare l'attenzione sul caso deciso dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con sentenza 5 settembre 2005, n. 6. In questa decisione è stata riconosciuta una responsabilità precontrattuale a carico dell'amministrazione, in quanto il ricorrente non aveva potuto stipulare il contratto pur avendo già conseguito dall'amministrazione l'aggiudicazione provvisoria. Ciò che merita di essere sottolineato è che chiaramente ed espressamente i giudici hanno precisato che "la condotta della

pubblica amministrazione che per mancanza delle necessarie risorse economiche nega la stipula di un contratto d'appalto è illegittima, in quanto configura in capo alla stazione appaltante una responsabilità di tipo precontrattuale, consistente in un atteggiamento colposamente negligente in ragione sia della mancata verifica durante tutta la fase dell'evidenza pubblica della sussistenza dei presupposti per l'osservanza del vincolo contrattuale sia della tutela dell'affidamento ingenerato nel soggetto privato".

La condotta colposa dell'amministrazione è qui correttamente individuata non nel provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione, bensì appunto in una condotta ed in un atteggiamento negligente, e quindi in un comportamento fattuale e non in un atto di esercizio del potere amministrativo (quale un annullamento o una revoca). Sono dunque le scorrettezze commesse dall'amministrazione durante lo svolgimento della gara e quindi anche prima dell'aggiudicazione quelle che possono comportare una responsabilità precontrattuale, in quanto, come detto nella medesima sentenza, "l'impresa non poteva non confidare, durante il procedimento di evidenza pubblica, dapprima sulla possibilità di diventare affidataria del contratto e più tardi – ad aggiudicazione intervenuta – sulla disponibilità di un titolo che l'abilitava ad accedere alla stipula del contratto stesso", mentre, pur essendo stata legittimamente privata di ogni sua aspettativa per il venir meno delle necessarie risorse economiche, il danno che ha subito è derivato dalla omissione da parte dell'amministrazione di una tempestiva verifica del persistere dei presupposti economici richiesti per un utile prosecuzione della gara.

A questo punto sembra opportuno aggiungere che, siccome al procedimento di evidenza pubblica possono avere partecipato più soggetti e non solo quello risultato poi aggiudicatario, non soltanto quest'ultimo, ma anche tutti gli altri partecipanti alla gara possono prospettare di avere patito un danno di natura precontrattuale. Per rifarsi al caso deciso nella succitata decisione dell'Adunanza plenaria n. 6 del 2005, a tutti può avere cagionato un danno il fatto di essere stati cointeressati e trattenuti nello svolgimento di una gara, con tutti i conseguenti costi sopportati (spese inutilmente sostenute per la partecipazione alla gara; perdita di opportunità di partecipare ad altre gare o di prendere altre iniziative), benché, per esempio, il finanziamento necessario all'esecuzione delle opere programmate fosse già da tempo venuto meno senza che di questo fatto fossero stati tempestivamente resi edotti tutti i partecipanti alla gara.

Un'altra ipotesi del genere, cui possono essere conseguiti danni a carico di tutti i partecipanti alla gara, è quella cui fa riferimento la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 settembre 2011, n. 5002, nella quale l'amministrazione aveva ommesso di portare a

conoscenza dei gareggianti che si stava da tempo programmando una rivisitazione progettuale degli interventi interessanti l'area cui si riferivano anche i lavori in corso di aggiudicazione, una rivisitazione che avrebbe potuto necessariamente sfociare nella revoca della gara in corso. Anche in questo caso l'aver costretto i concorrenti ad attardarsi in una gara senza concrete prospettive, sottacendo le iniziative in corso di elaborazione, comportava una responsabilità precontrattuale nei confronti di tutti partecipanti, così vincitori come soccombenti, indipendentemente dal fatto che la gara fosse poi giunta o meno alla aggiudicazione, pur nell'ovvia diversità di spessore dell'affidamento (e quindi del danno quantificabile) a favore dell'aggiudicatario rispetto agli altri concorrenti non risultati vincitori.

Le stesse considerazioni valgono in un caso come quello deciso con la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440, nel quale l'impresa che era risultata aggiudicataria aveva fatto rilevare già prima dell'aggiudicazione provvisoria, in corretta applicazione dell'art. 1338, cod. civ., presentando una dichiarazione integrativa dell'offerta prodotta, che il progetto presentava anomalie tali da incidere sulla stessa possibilità di corretta esecuzione e cantierabilità dei lavori, ma, nonostante tali rilievi, il procedimento di gara era proseguito. In questo caso addirittura la prosecuzione del procedimento concorsuale era avvenuta nonostante un atto di diffida e messa in mora con il quale erano stati indicati nel dettaglio all'amministrazione gli errori che rendevano non possibile l'esecuzione del progetto posto a base di gara, invitando la stazione appaltante ad adottare la strada della variante per la rapida esecuzione dei lavori.

L'inattività dell'amministrazione aveva così consentito che fosse portata a compimento una gara poi giustamente annullata dall'amministrazione stessa. Anche in questo caso un tempestivo intervento correttivo della procedura non avrebbe inutilmente dilungato l'impegno di tutti i concorrenti, anche di quelli poi risultati comunque non vincitori, in una gara già minata da un chiaro vizio di illegittimità, ma che ha comportato comunque per tutti vincoli ed impegni protratti senza ragione nel tempo, ai quali non poteva non conseguire, proprio per la gratuità di quella perdita di tempo, l'insorgere a carico dell'amministrazione di una evidente responsabilità precontrattuale.

Se l'aver tenuto inutilmente impegnati i concorrenti in una gara che già l'amministrazione sapeva o doveva sapere destinata a non giungere ad una conclusione produttiva di definitivi impegni contrattuali è fonte di responsabilità precontrattuale, a maggior ragione nella stessa responsabilità essa incorre nel caso in cui, a fronte dell'avvenuta aggiudicazione definitiva, l'amministrazione

tenga un comportamento palesemente inerte ed omissivo ovvero non compatibile con il generale obbligo di realizzazione degli adempimenti necessari per la validità, l'efficacia o l'utilità del rapporto negoziale ⁽⁶⁾.

L'obbligo di tenere un comportamento rispettoso dei principi di correttezza e di buona fede nei confronti di tutti i partecipanti ad una gara pubblica si traduce, dunque, in primo luogo nel rendere al partecipante alla gara in modo tempestivo "le informazioni necessarie a salvaguardare la sua posizione, su eventi, o sulla rinnovata valutazione dell'interesse pubblico alla gara che possano far ipotizzare fondatamente l'annullamento e la revoca dei relativi atti, in modo da impedire che si consolidi un pericoloso affidamento sulla, invece incerta, conclusione del procedimento; affidamento che deve ritenersi tanto più formato quanto più è avanzato il procedimento di gara" ⁽⁷⁾ ed in secondo luogo poi nel non ritardare oltre termini ragionevoli l'eventuale intervento interruttivo della gara.

6. Conclusioni. – A quanto sembra, l'inutile protrarsi nel tempo delle gare pubbliche che, oltre a non trovare una sua giustificazione obbiettiva in concrete esigenze procedurali e/o amministrative, sia colposamente o dolosamente coltivato mediante inerzie o silenzi che trascurano i contrapposti interessi dei concorrenti, indipendentemente dal fatto che poi il tutto sfoci nella conclusione della gara medesima ovvero nel suo pur legittimo annullamento o nella sua pur legittima revoca sembra essere la più tipica causa dalla quale deriva una responsabilità di natura precontrattuale della pubblica amministrazione nei confronti di tutti i partecipanti alla gara medesima i quali in questo modo siano stati indotti ad attendersi negli impegni di gara pur essendosi già verificata l'inutilità della loro presenza o anche solo quando tale inutilità era già in corso di verificarsi a loro insaputa.

Il che può accadere, ovviamente, nei confronti dell'aggiudicatario che abbia poi subito l'annullamento o la revoca dell'aggiudicazione ovvero l'omessa stipulazione del contratto, ma anche nei confronti di chi non sia risultato vincitore della gara, in quanto – per così dire – anche il suo tempo è prezioso.

Per opportuna chiarezza mi sembra, però, utile sottolineare che non ogni lungaggine dell'amministrazione nel portare avanti il procedimento di gara comporta di per sé automaticamente l'insorgere di una responsabilità precontrattuale. Infatti, il puro e semplice de-

(6) In questo senso Cons. Stato, Sez. V, 18 aprile 2012, n. 2239; Cons. St., Sez. VI, 27 novembre 2012, n. 5993, in www.giustizia-amministrativa.it.

(7) Così testualmente afferma Cons. St., Sez. VI, 15 settembre 2011, n. 5002, in www.giustizia-amministrativa.it.

correre del tempo in presenza di una completa inattività procedurale non costituisce di per sé una violazione dei doveri di correttezza e di buona fede, in quanto trattasi in tale caso di un fatto obbiettivo immediatamente percepibile dalle parti in gara al quale esse possono in ogni momento porre rimedio, ove non intendano accettarlo ed adeguarsi ad esso, sia sottraendosi ad una ulteriore partecipazione alla gara, magari sollecitando prima l'amministrazione ad attivarsi, sia, se del caso, diffidando l'amministrazione, per esempio, a procedere alla stipulazione del contratto aggiudicato. Perché la semplice stasi procedurale assuma i caratteri della violazione dell'art. 1337, cod. civ., occorre che essa persegua un suo particolare ed improprio fine, nel senso che sia colposamente o dolosamente utilizzata dall'amministrazione, all'insaputa dei concorrenti, in quanto utile a consentire il consapevole maturarsi di condizioni idonee a giustificare la successiva definitiva interruzione del procedimento di gara o l'omissione di procedere alla stipulazione del contratto. Senza questo intento malizioso il semplice inattivo decorso del tempo si configura infatti, a mio avviso, come un fatto neutro, che per essere rimediabile su iniziativa delle parti interessate, ma soprattutto per essere ad esse noto non può venire considerato come contrario alle regole di correttezza e buona fede.

Per configurare nelle sole lungaggini procedurali una responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione occorre, insomma, uno sfruttamento improprio del tempo consapevolmente utilizzato, al di fuori di ogni trasparenza, per dare una apparente giustificazione alla interruzione, all'annullamento o alla revoca della gara.