

Introduzione

1^a SESSIONE – *I PRINCIPI E LA DIGITALIZZAZIONE*

Guido Greco: Bene, direi che possiamo dare inizio alla prima sessione del mattino. Tocca a me brevemente prendere la parola; anch'io desidero ringraziare gli organizzatori e, in particolare, il Professor Maltoni, per l'invito a partecipare a un convegno così prestigioso, nella splendida cornice della sala Alessi di Palazzo Marino, con un parterre di relatori tanto autorevoli e un pubblico altrettanto qualificato.

Il titolo del convegno "Il nuovo Codice dei Contratti pubblici: lo stato dell'arte e le sfide future" è indubbiamente di grande attualità – come è stato sottolineato da molti – e riguarda un tema che impatta fortemente sulle amministrazioni pubbliche e sugli operatori privati, ma anche su avvocati e giudici per i risvolti giudiziari che inevitabilmente ne derivano.

Confesso che non è il primo convegno sul nuovo Codice degli appalti a cui partecipo, ma la materia è così vasta – il Codice conta 229 articoli, oltre a una serie molto rilevante di allegati – che emergono continuamente nuovi aspetti problematici, i quali richiedono sforzi costruttivi e risposte chiare.

Fortunatamente, i titoli che leggo nella locandina del convegno coprono pressoché tutta la materia, il che mi rassicura. Spero quindi che, sebbene in una sola giornata, tutti gli aspetti principali del nuovo Codice verranno vagliati e approfonditi.

Io ho il compito di presiedere la sessione del mattino e ne approfitto quindi per ascoltare e imparare. Avevo predisposto un breve discorso di presentazioni per i vari interventi, ma essendo in ritardo di circa 40 minuti rispetto al programma prefissato mi asterrò dal farlo e darò presto la parola ai relatori.

Consentitemi, peraltro, di fare almeno un cenno all'imponente declaratoria di principi, che presiede l'intero settore disciplinato dal Codice. I principi non solo esprimono valori, ma colmano anche eventuali

lacune delle norme del Codice ed indirizzano l'interprete e l'amministrazione nell'applicazione degli istituti.

Essendo peraltro molteplici (il Codice dedica ben undici articoli in proposito), anche i principi necessitano di un coordinamento tra di loro. E ciò anche indipendentemente dall'ordine gerarchico, che compare nell'art. 4 del Codice.

Si consideri, ad esempio, il principio di buona fede, espressamente contemplato dall'art. 5 del codice, che statuisce che *“nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento”*.

Il principio del comportamento secondo buona fede è un canone cui deve attenersi (anche) l'amministrazione nella “procedura di gara” e, dunque, nell'ambito di un'attività pubblicistica, assoggettata come tale al regime del potere amministrativo. Inoltre detto principio – che rappresenta manifestazione del più generale dovere di solidarietà sociale (Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236/2020, punto 32) – non può essere considerato isolatamente da altri principi, che interferiscono con lo stesso. Mi riferisco ai principi di correttezza, trasparenza, imparzialità e collaborazione, che, visti dalla parte dell'amministrazione, si sovrappongono sovente alla buona fede e ne forniscono in un certo senso specifiche articolazioni o implicazioni. Tant'è che sovente vengono considerati come sinonimi.

Inoltre lo stesso principio, visto questa volta dalla parte di chi entra in rapporto con l'amministrazione, si collega al principio della fiducia. Che, riguardando (per quel che qui maggiormente rileva) l'*“azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione”*, costituisce, dal punto di vista del cittadino, il contraltare di una condotta secondo buona fede da parte dell'amministrazione (Cass., sez. un., n. 8236/2020, punto 28.2).

Sempre secondo quest'ultima prospettiva, il principio del comportamento secondo buona fede si correla anche col principio dell'affidamento. Tant'è che lo stesso menzionato art. 5 del nuovo Codice statuisce, al comma 2, che *“nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede”*.

Dunque il collegamento tra buona fede e affidamento è normativamente stabilito, oltre che logicamente imposto. Infatti, il principio dell'affidamento rappresenta in larga parte l'altra faccia della medaglia del

principio di buona fede (in dottrina si parla di “*vero affidamento*” a proposito della pretesa ad un comportamento secondo buona fede), anche se non vi è perfetta coincidenza, come si evince dalla stessa norma da ultimo citata.

Va da sé che, come sovente avviene nel mondo del diritto, i principali problemi scaturiscono non già dalla condotta dell’amministrazione secondo buona fede, ma dal suo contrario. E, cioè, da una condotta scorretta, perché reticente, ingannevole, fuorviante, non collaborativa, ecc.

In tale ottica, come è noto, il principio di buona fede è stato valorizzato dalla giurisprudenza per radicare casi di responsabilità che non scaturiscano *tout court* dagli effetti del provvedimento illegittimo, bensì dall’affidamento nella legittimità del medesimo (così circoscrive la tematica Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, punto 24) e nella correttezza, in generale, della condotta dell’amministrazione nell’ambito del procedimento amministrativo. Se tale affidamento è stato tradito e se in base ad esso il cittadino o l’impresa hanno sostenuto costi o compiuto scelte rivelatisi inutili o sbagliate, ecco che l’ordinamento dovrebbe apprestare una tutela risarcitoria.

Si tratta di giurisprudenza che si è sviluppata soprattutto nell’ultimo ventennio, ma che ha proposto e propone vari problemi teorici e applicativi, anche per la mancanza – almeno fino al recente passato – di una sua base normativa specifica. Anche se l’archetipo è da rinvenire nella responsabilità precontrattuale (*ex* artt. 1337 e 1338 c.c.), ampiamente richiamato e invocato anche al di fuori dello specifico settore dell’attività diretta alla stipulazione di un contratto da parte della pubblica amministrazione.

Si pensi, ad esempio, ai casi di procedura di gara mai conclusa, con annullamento del bando di gara e del decreto di approvazione degli atti di gara (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. 4 maggio 2018, n. 5). Ad esempio il caso in cui l’amministrazione, dopo l’aggiudicazione provvisoria di un contratto, “*ha taciuto per tre anni la sussistenza di cause seriamente ostative alla definizione della procedura*”, per poi giungere alla revoca di detta aggiudicazione provvisoria: la revoca è risultata legittima, ma il comportamento complessivamente tenuto dall’amministrazione è risultato a sua volta non improntata a lealtà e buona fede, con conseguente risarcibilità delle spese inutilmente sostenute per la partecipazione alla gara (Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2023, n. 8273).

Attengono sempre al settore dei contratti pubblici i casi di aggiudicazione definitiva poi annullata in sede giurisdizionale (Cons. Stato, Ad

Plen, 29 novembre 2021, n. 21), ovvero revocata dalla stessa amministrazione (Cons. Stato 19 giugno 2023, n. 5986). Per il che è stato enunciato il principio di diritto che *“nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, derivante dalla violazione imputabile a sua colpa dei canoni di correttezza e buona fede, postula che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto, da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura, e che questo affidamento non sia a sua volta inficiato da colpa”* (Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 21, punto 20).

In questi casi si è registrato anche (tra Consiglio di Stato e Corte di Cassazione) un contrasto di opinione in ordine alla posizione giuridico-soggettiva risultata lesa.

Secondo la Cassazione la posizione lesa dalla violazione del principio di buona fede sarebbe, in base ad una prima impostazione (Cass., sentenze 22 maggio 2017, n. 12799 e 12 febbraio 2018, n. 1654), il *“diritto soggettivo alla conservazione dell'integrità del patrimonio”*. In base all'impostazione da ultimo seguita, si tratterebbe di una *“situazione autonoma, tutelata in sé, e non nel suo collegamento con l'interesse pubblico”*, consistente *“nell'affidamento della parte privata nella correttezza della condotta della pubblica amministrazione”* (Cass., ordinanze nn. 6594, 6595, 6596/2011 e ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236).

Si tratterebbe, in ogni caso, di fattispecie *“in cui il danno deriv[a] non dalla violazione delle regole di diritto pubblico che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo, ma dalla violazione delle regole di correttezza e buona fede, di diritto privato, cui la pubblica amministrazione si deve uniformare come qualunque soggetto”* (Cass., ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236, punto 30.1). Una fattispecie, dunque, di *“responsabilità da contatto sociale”* (Cass., ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236, punto 33), inquadrabile (preferibilmente) nell'ambito della responsabilità contrattuale (Cass., ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236, punto 33.2).

E ciò vale sia nelle ipotesi di emanazione e successivo annullamento di un atto amministrativo, sia, a maggior ragione, nelle ipotesi in cui *“l'amministrazione non ha posto in essere alcun atto di esercizio del potere amministrativo; il rapporto tra la stessa e il privato si gioca allora interamente sul piano del comportamento..., nemmeno esistendo un provvedimento a cui astrattamente imputare la lesione di un interesse legittimo”* (Cass., sez. un., ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236, punto 34). In tutti questi casi, secondo la Cassazione, *“oggetto della lesione [non sarebbe,*

n.d.r.] *un interesse legittimo pretensivo, bensì... un diritto soggettivo*” (Cass., sez. un., 24 gennaio 2023, n. 2175, punto 12).

Infatti, *“il comportamento dell’amministrazione rilevante ai fini dell’affidamento del privato, ..., si pone – e va valutato – su un piano diverso rispetto a quello della scansione degli atti procedimentali che conducono al provvedimento con cui viene esercitato il potere amministrativo. Detto comportamento si colloca in una dimensione relazionale complessiva tra l’amministrazione ed il privato, nel cui ambito un atto provvedimentale di esercizio del potere amministrativo potrebbe mancare del tutto ... o, addirittura, essere illegittimo”* (Cass., sez. un., 24 gennaio 2023, n. 2175, punto 17).

In senso contrario si è fatto valere che *“la lesione dell’affidamento causata da una attività provvedimentale estrinsecatasi in un provvedimento amministrativo poi caducato perché illegittimo sarebbe pur sempre una lesione causata dal cattivo esercizio del potere amministrativo; cosicché la situazione soggettiva lesa da tale cattivo esercizio non potrebbe che essere quella stessa situazione che fronteggia il potere, vale a dire l’interesse legittimo. Si è altresì sostenuto che l’orientamento espresso da queste Sezioni Unite nelle ordinanze del 2011 e nella giurisprudenza che alle stesse ha dato seguito incorrerebbe in un salto logico, perché scinderebbe il comportamento dell’amministrazione dal potere dalla stessa esercitato e, in definitiva, introdurrebbe un criterio di riparto di giurisdizione, fondato sulla natura delle regole violate – di correttezza o di legittimità – incompatibile con l’art. 103 Cost. e con il principio di concentrazione delle tutele”* (Cass., sez. un., 24 gennaio 2023, n. 2175, cit., punto 20, che così ricostruisce le tesi contestate). Infatti, l’affidamento *“non è ... una posizione giuridica soggettiva autonoma distinta dalle due, sole considerate dalla Costituzione, ma ad esse può alternativamente riferirsi”* (Così Cons Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20, punto 5).

In tale contesto interpretativo il Consiglio di Stato ha sostenuto che *“l’affidamento abbia ad oggetto la stabilità del rapporto amministrativo, costituito sulla base di un atto di esercizio di un potere pubblico, ... perché la “fiducia” su cui riposava la relazione giuridica tra amministrazione e privato, asseritamente lesa, si riferisce non già ad un comportamento privato o materiale – a un “mero comportamento” – ma al potere pubblico, nell’esercizio del quale l’amministrazione è tenuta ad osservare le regole speciali che connotano il suo agire autoritativo e al quale si contrappongono situazioni soggettive del privato aventi la consistenza di interesse legittimo”* (Cons Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20, punto 7). Il tut-

to con la conclusione che, *“anche quando il comportamento non si sia manifestato in atti amministrativi, nondimeno l’operato dell’amministrazione costituisce comunque espressione dei poteri ad essa attribuiti per il perseguimento delle finalità di carattere pubblico devolute alla sua cura”* (Cons Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20, punto 8).

Il contrasto di opinioni è dunque conclamato (sulla scia di tradizionali e storici conflitti tra Giudice ordinario e Giudice amministrativo in ordine al riparto delle giurisdizioni). Anche se, francamente, la materia del contendere non pare poi così rilevante in termini giuridico-economici (vuoi perché difficilmente sussistono i presupposti della responsabilità, vuoi perché il risarcimento è limitato agli “interessi negativi”), sì che di per sé non meriterebbe tale ennesimo “tiro alla fune” tra le due giurisdizioni.

Gli aspetti problematici sono, dunque, numerosi e riguardano persino il riparto di giurisdizione. Confido che le importanti relazioni che seguono possano dipanare anche questi aspetti.

Passo, dunque la parola al Presidente Luigi Carbone, Presidente di Sezione del Consiglio di Stato, ma anche coordinatore della commissione speciale per il nuovo Codice dei contratti pubblici.