

## **SINDACATO SULLA DECISIONE DI NON PROCEDERE ALL'AGGIUDICAZIONE DI UN APPALTO PUBBLICO (RECESSO DALLE TRATTATIVE) E RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE.**

Foro amm. CDS, fasc.9, 2002, pag. 1976

Gabriella M. Racca -

**Classificazioni:** UNIONE EUROPEA - Circolazione dei servizi - - appalti

La sentenza in epigrafe si pronuncia sulla questione della sindacabilità della decisione di un'amministrazione aggiudicatrice di rinunciare, in corso di gara, all'aggiudicazione dell'appalto pubblico in precedenza bandito.

La Corte coglie l'occasione per fornire un ulteriore elemento di chiarezza nella definizione del rapporto fra gli enti aggiudicatori ed i partecipanti alle gare pubbliche (1).

Successivamente alla pubblicazione di un bando di gara gli operatori interessati predispongono e presentano le rispettive offerte in relazione a quanto richiesto dall'ente aggiudicatore con instaurazione di un rapporto che pare riconducibile a trattative precontrattuali « multiple » o « parallele » (2).

Il bando di gara costituisce infatti un invito ad offrire che determina il sorgere di trattative che coinvolgono gli operatori interessati che, con la presentazione dell'offerta, si vincolano a mantenerla fino all'aggiudicazione dell'appalto.

Finora la Corte di giustizia non aveva avuto occasione di pronunciarsi diffusamente sulla possibilità per gli enti aggiudicatori di « recedere dalle trattative » in corso di gara mediante la « revoca » del bando di gara (3).

Tale possibilità risultava ampiamente riconosciuta nelle discipline nazionali, e solamente negli anni novanta è stato introdotto un sintetico, ma significativo riferimento a tale ipotesi anche nelle direttive appalti, con la previsione dell'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).

La questione che si pone è innanzitutto quella concernente la configurabilità di un sindacato sulla decisione di non procedere all'aggiudicazione (e dunque di recedere dalle trattative).

Ammesso un sindacato occorre definirne l'ampiezza ed i possibili esiti: risarcimento del danno ovvero anche annullamento della decisione di rinunciare all'aggiudicazione e conseguente obbligo di portare a termine le trattative con l'aggiudicazione dell'appalto. Queste in sintesi le questioni sottoposte alla Corte di giustizia che si trova a dover affrontare le posizioni alquanto restrittive non solo del governo austriaco, ma anche della Commissione europea.

Il governo austriaco, parte in causa, ma sorprendentemente anche la Commissione europea hanno infatti sostenuto che la « revoca del bando di gara » sarebbe disciplinata unicamente dagli ordinamenti nazionali in quanto determinerebbe la conclusione di una procedura selettiva (5), con la conseguenza che tale decisione non sarebbe sindacabile ai sensi della direttiva ricorsi 89/665 (6).

La disciplina dell'ordinamento austriaco prevede la possibilità di « revocare la gara d'appalto » entro il termine per la presentazione delle offerte qualora sopravvengano eventi che, se noti in precedenza, avrebbero indotto a non indire la gara, ovvero a definirne diversamente l'oggetto.

Tale previsione richiama la risalente nostra disciplina nazionale che ammette il diniego di approvazione del contratto anche in seguito all'aggiudicazione per « gravi motivi di interesse pubblico » (7). La norma nazionale, forse più di quella austriaca, aveva per lungo tempo limitato le possibilità di sindacato sulle contraddittorie decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici che prima bandivano una gara d'appalto e poi decidevano di rinunciarvi, lasciando il sospetto dell'insoddisfazione per l'esito che avrebbe avuto la gara; infatti se era possibile vanificare un appalto già aggiudicato a maggior ragione sembrava possibile rinunciare all'aggiudicazione in

una fase antecedente. L'applicazione di tale disposizione è stata progressivamente limitata a casi eccezionali (8), proprio perché la disciplina europea degli appalti pubblici aveva ricondotto le scelte discrezionali ad una fase antecedente alla pubblicazione del bando di gara.

L'obbligo introdotto nelle direttive appalti di motivare tale scelta e di comunicarne le ragioni ai soggetti interessati aveva già fatto ritenere che questa disposizione imponesse un « recesso corretto dalle trattative » ove al comportamento contraddittorio occorreva fornire una giustificazione comprensibile e trasparente.

Con la sentenza che si commenta la Corte di giustizia ha ammesso il sindacato su tale decisione e ne ha anche precisato l'estensione e gli esiti (9).

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.

Fra i partecipanti alla gara vi era peraltro un'impresa tedesca che aveva rilevato che la concorrente austriaca, a sua volta partecipante alla gara, aveva collaborato direttamente alla stesura del bando e dunque avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, di qui la scelta (scorretta) di revocare il bando per continuare la collaborazione con tale società.

La Corte chiarisce che la scelta in questione deve poter 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.

Tale sindacato deve estendersi a tutte le fasi della scelta dell'appaltatore, anche al di là dei casi espressamente previsti dalle direttive e dunque anche alla scelta di non aggiudicare l'appalto.

Il sindacato non può inoltre limitarsi alla verifica della natura arbitraria o simulata della « revoca » del bando di gara, poiché un tale limite pregiudicherebbe il perseguimento delle finalità proprie della disciplina in materia di appalti pubblici, con la conseguenza che il sindacato di tali procedure previsto dalle direttive ricorsi non può essere interpretato restrittivamente.

Esclusa ogni limitazione di tutela giurisdizionale nei confronti della decisione di interrompere una gara d'appalto (recesso dalle trattative) si precisa ulteriormente che il sindacato può determinare l'annullamento di tale decisione, con il conseguente obbligo di portare a termine le trattative ed aggiudicare il contratto « correttamente » o quantomeno di attenersi ai principi fissati nella sentenza di annullamento per la riproposizione del bando. L'avvocato generale precisa che il sindacato del giudice dovrebbe limitarsi a verificare il rispetto delle regole di procedura e di motivazione, l'esattezza materiale dei fatti, l'assenza di un manifesto errore di valutazione e di sviamento di potere (10).

Ancora una volta si sottolinea che l'ordinamento europeo considera preferenziale la correzione delle violazioni (annullamento, ma anche provvedimenti positivi con effetti costitutivi) per assicurare l'effettiva applicazione della disciplina sugli appalti pubblici, come previsto dalla direttiva ricorsi 89/665 (11), mentre il risarcimento del danno interviene quando la correzione della violazione non risulti possibile, con soluzione che pare fornire un indirizzo anche alla nostra questione della pregiudizialità dell'annullamento rispetto alla domanda di risarcimento del danno per equivalente.

L'obiettivo primario è la correzione della procedura con annullamento dell'atto lesivo o con provvedimenti positivi, per assicurare il rispetto delle direttive e dei principi su cui si basano, ma ove ciò non sia possibile può riconoscersi il risarcimento del danno.

Si evidenzia così la distinzione fra le trattative delle organizzazioni private e quelle degli enti aggiudicatori tenuti ad applicare la disciplina europea sugli appalti pubblici. Occorre infatti ricordare che i privati fino alla stipulazione del contratto sono liberi di recedere dalle trattative pagando, ove il recesso risulti scorretto, il risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale.

Agli enti aggiudicatori si impone invece un obbligo ulteriore poiché non possono recedere liberamente dalle trattative (revocare un bando di gara), eventualmente pagando una somma di denaro a titolo di risarcimento della scorrettezza precontrattuale, ma sono obbligati a comportarsi correttamente dal momento che il recesso non solo è sindacabile, ma può anche essere annullato con la conseguenza che l'appalto dovrà essere aggiudicato correttamente.

Gli enti aggiudicatori possono dunque rinunciare all'aggiudicazione di un appalto bandito solo nel rispetto dei principi fondamentali del diritto europeo volti ad assicurare il divieto di discriminazioni, le libertà di circolazione e di concorrenza, la parità di trattamento e la trasparenza (12).

La Corte ribadisce infatti che le violazioni in materia di appalti pubblici nella fase che precede la stipulazione del contratto non possono essere sanzionate con il solo risarcimento del danno. Tale limitazione è ammessa solamente ove la correzione della procedura non sia possibile per il ritardo con cui è stata denunciata la violazione e per l'impossibilità materiale di correggere la procedura avvenuta in violazione delle direttive, in seguito alla stipulazione del contratto (13).

Si vuole in ogni caso privilegiare un intervento correttivo della procedura che assicuri l'effettiva applicazione della disciplina sugli appalti pubblici con risarcimento in forma specifica ovvero la conduzione a termine della gara bandita con l'aggiudicazione al soggetto più meritevole.

È demandata agli stati membri la competenza ad individuare le modalità procedurali del sindacato su tali atti sempreché non si pregiudichi l'efficacia e la tempestività della tutela che deve essere assicurata nel rispetto della disciplina e dei principi fondamentali sopra richiamati.

**Note:**

(1) C. giust. Ce, 16 settembre 1999, (causa C-27/98), Fracasso e Leitschutz in Racc. 1999, I-5697; 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.

(2) G. M. Racca, La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza, Napoli, 2000, 41 e 210 e s.

(3) Trib. Ce, sez. V, 17 settembre 1998, Embassy Limousines & services c. Parlamento europeo, in Racc., 1998, II-4239, e C. giust. Ce, 16 settembre 1999, causa C-27/98, Fracasso e Leitschutz cit., punti 23 e 25, ove la Corte aveva affermato l'insussistenza dell'obbligo di aggiudicare in presenza di una sola offerta accettabile.

(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) Punto 33 della sentenza e punti 15-18 delle Conclusioni dell'Avvocato Generale, 28 giugno 2002 in curia.eu.int, ove si riporta la tesi richiamata affermando che: « se non vi è un obbligo dell'amministrazione di aggiudicare un appalto, osservano i sostenitori della tesi in esame, si conferma che la decisione di mettere fine ad una procedura di aggiudicazione revocando il relativo bando non è oggetto della direttiva e quindi non costituisce una decisione ai sensi dell'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665 ».

(6) Nelle conclusioni presentate, dall'avvocato generale per la sentenza 16 settembre 1999, causa C-27/98, Fracasso e Leitschutz, cit., punti 23-25, si era affermato che: « la facoltà di ritiro dell'atto amministrativo di indizione di una gara di appalto sia espressione di un potere riconosciuto alle amministrazioni aggiudicatrici negli ordinamenti degli Stati membri e che, fintantoché non intervenga una decisione finale di aggiudicazione, l'amministrazione sia sostanzialmente libera di non aggiudicare 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) », il richiamo era anche alla giurisprudenza del Tribunale di primo grado sulle ormai numerose controversie concernenti appalti delle istituzioni europee: Trib. Ce, 8 maggio 1996, causa T-19/95, Adia interim c. Commissione, in Racc., II-321; Id., 17 dicembre 1998, causa T-203/96, Embassy Limousines & Services c. Parlamento, cit.; Id., 24 febbraio 2000, causa T-

145/98, ADT Projekt c. Commissione, in Racc., 200, II-387, punto 147, e Id., 6 luglio 2000, causa T-139/99, AICS c. Parlamento, in Racc., 2000, II-2849.

(7) Art. 113, r.d. 23 maggio 1924 n. 827, Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato. In dottrina: A. Angiuli, Consenso e autorità nell'evidenza pubblica, in Dir. amm., 1998, 194.

(8) Per un'applicazione per illeciti penali connessi al contratto in corso di approvazione: Cons. St., sez. II, 27 ottobre 1993, n. 1031, Min. lav., in Cons. St., 1994, I, 1171; esclude invece la possibilità di vanificare una procedura concorsuale sulla base del maggior vantaggio economico perché non costituisce « piena ed appagante giustificazione dei gravi motivi »: Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 26 aprile 1990, n. 356, Soc. Edilcostruzioni c. Com. Menfi, in Arch. giur. op. pubb., 1990, 921; Tar Abruzzo, L'Aquila, 8 novembre 1992, n. 364, Soc. Spartaco s.p.a. c. A.N.A.S., ivi, 1992, 1675; Cons. St., sez. IV, 11 aprile 1983, n. 223, Impr. Mambrini c. Anas, in Foro it., 1983, III, 317. T. Ricciardi, La posizione giuridica del privato nella fase di approvazione del contratto stipulato con la p.a., in Legalità e giustizia, 1992, 481; P. Lorusso, La responsabilità della p.a. in pendenza dell'approvazione del contratto di appalto (Nota a Cass., sez. II, 16 aprile 1994, n. 3621, Soc. SS c. Com Bari), in Giur. it., 1995, I, 1, 882.

(9) Precisando talute affermazioni che potevano considerarsi restrittive contenute nella pronuncia: C. giust. Ce 16 settembre 1999, (causa C-27/98), Fracasso e Leitschutz in Racc., I-5697; la Corte ha rilevato che l'art. 8, n. 2, della direttiva 93/37 non prevede che la facoltà dell'autorità aggiudicatrice di rinunciare all'aggiudicazione di un appalto di lavori pubblici già bandito, implicitamente ammessa dalla direttiva 93/37, sia limitata a casi eccezionali o debba necessariamente essere fondata su motivi gravi.

(10) Conclusioni, cit., punto 37.

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

(12) Trib. Ce, sez. V, 17 settembre 1998, Embassy Limousines & services c. Parlamento europeo, cit., punto 86 e 87: « emerge da quanto precede che il Parlamento, da una parte, ha fatto sorgere in capo alla ricorrente il legittimo affidamento inducendola ad assumersi un rischio che va oltre quello normalmente corso dagli offerenti per una procedura di aggiudicazione e, dall'altra, ha omesso di informare la ricorrente di una modifica significativa dello svolgimento della procedura di aggiudicazione. A questo proposito, non è necessario stabilire se i dipendenti del Parlamento abbiano agito in modo scusabile. 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. Gli interventi dei vari organi amministrativi o politici all'interno del Parlamento non possono pertanto giustificare la mancata osservanza dei loro obblighi nei confronti della ricorrente ».

Sull'obbligo di coerenza e non contraddittorietà: G. M. Racca, Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, (nota a Cons. St. sez. V, 12 settembre 2001 n. 4776), Comune di Cinisello Balsamo c. D.DB. Ecologia e Colombo Spurghi Lombardia s.n.c.), in Urbanistica e appalti, n. 2/2002, 199 e s.

(13) Nelle conclusioni dell'Avvocato generale sul caso in esame si risponde alla 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 (punto 37). D'altra parte, un'estensione analogica della disciplina di cui all'art. 2, n. 6, non solo non si

giustificherebbe sotto alcun profilo nell'economia del sistema in esame, ma si porrebbe in netto contrasto con le finalità del sistema ».