

Le aspettative legittime negli appalti pubblici. La visione del giudice europeo

di Maddalena Zinzi

Title: Legitimate expectations in public procurement. The European judge's perspective

Keywords: Legitimate expectations; Legal certainty; Conduct of public administration

1. – Nella sentenza in commento la Corte di Giustizia invoca ancora una volta la corretta e stringente applicazione del principio del legittimo affidamento, un cardine dell'azione europea fin dal 1978 (Corte giust., sent. 3-5-1978, C-12/77, *Gesellschaft mbH in Firma August Töpfer & Co. c. Commissione*). Il caso riguarda il regolamento europeo 2018/1046 e l'implicazione delle aspettative legittime in una gara d'appalto. Il ricorrente lamentava un errore della Commissione nell'attribuzione dei punteggi, per non aver tenuto conto dell'avvenuta presentazione degli elementi richiesti nel bando attraverso collegamenti ipertestuali. In altri termini, la Commissione avrebbe errato nel fondare la sua decisione soltanto sul fatto che questa modalità di presentazione dei documenti richiesti non fosse conforme al capitolato d'onere, senza considerare che l'utilizzo dei collegamenti ipertestuali fosse stato consentito in un precedente appalto e non risultasse espressamente vietato. Ad avviso del ricorrente si sarebbe ingenerata una aspettativa legittima. Dall'altro lato c'è la circostanza che l'Istituto Cervantes, sostenendo di essere stato legittimato a credere di poter utilizzare collegamenti ipertestuali, non aveva tenuto conto delle disposizioni contenute nei documenti di gara che consentivano, invece, di conoscere in modo chiaro e preciso che gli atti descrittivi dell'offerta dovevano essere caricati esclusivamente attraverso l'applicazione eSubmission.

La Corte di Giustizia, nel respingere l'impugnazione nella sua interezza, conferma il maggiore orientamento verso un'interpretazione restrittiva della rilevanza da conferire al legittimo affidamento, sottolineando l'insuperabile connessione con la certezza del diritto, e chiarisce che l'affidamento provvedimentale va necessariamente connesso ad una prassi reiterata nel tempo.

Il principio del legittimo affidamento consta di diversi elementi costitutivi: le aspettative devono essere fondate sulla legge o su una ragionevole interpretazione della stessa, occorre la buona fede del destinatario e la persistenza di atti emanati dai pubblici poteri (F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «trenta» all'«alternanza»*, Milano, 2001, 10 ss.; G.F. Ferrari, *Affidamento e certezza del diritto: la prospettiva comparata*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2022, 394; sia inoltre consentito il richiamo a M. Zinzi, *L'affidamento legittimo nelle esperienze giuridiche contemporanee*, Milano, 2024, 6). L'affidamento sorge inoltre soltanto in presenza di

un interesse meritevole di tutela che non può prescindere dal corretto modo di agire del privato. Queste condizioni non sono state ravvisate dal giudice europeo, nel caso di specie. Per effetto dell'abrogazione del regolamento europeo 2018/1046 (ad oggi sostituito dal regolamento 2024/2509) erano state aggiornate e semplificate le regole per la redazione e attuazione del bilancio dell'Unione Europea. L'Istituto Cervantes obiettava di essere stato legittimato a ritenere di poter utilizzare collegamenti ipertestuali ai fini della presentazione dei suddetti documenti (come quelli che, nell'esecuzione dell'appalto di formazione linguistica attinente alla vicenda, garantivano l'interazione a distanza tra l'allievo e l'insegnante), poiché né il regolamento 2018/1046 né il capitolato d'oneri avrebbero potuto far supporre, non vietandola espressamente, che il ricorso a simile modalità non fosse contemplata. Ma la tutela dell'affidamento presuppone un'aspettativa nella stabilità di una determinata situazione in base a una data disciplina giuridica e non può fondarsi né su un mero auspicio né sulla convinzione che l'evento possa verificarsi in base a informazioni poco attendibili. La Corte di giustizia non ha poi ravvisato la buona fede oggettiva del destinatario dell'atto che costituisce il parametro di legittimità dell'affidamento, essendo stato il comportamento dell'Istituto Cervantes palesemente contrario a quanto disposto dal regolamento e dai documenti relativi alla procedura di aggiudicazione del contratto di gara. Nel caso in oggetto, oltre all'invito a presentare l'offerta, lo stesso capitolato d'oneri, nel precisare che per essere conformi ai requisiti minimi le offerte dovevano ottenere almeno un numero totale di punti pari a 70 su 100, indicava, infatti, quale unica modalità di presentazione dell'offerta e della relativa documentazione l'applicazione eSubmission. Vale a dire che ogni offerente diligente era stato messo nelle condizioni di sapere che non gli era consentito presentare documenti attraverso collegamenti ipertestuali; i quali, tra l'altro, rimanendo nelle disponibilità dell'offerente stesso, potevano essere modificati dopo la scadenza del termine di deposito delle offerte. L'Istituto Cervantes aveva anche erroneamente sostenuto l'inosservanza del principio della certezza del diritto, potendo ogni offerente ragionevolmente informato e normalmente diligente sapere che gli era consentito ricorrere alla sola applicazione eSubmission, come indicato nel capitolato d'oneri. Modalità, peraltro, deputata a facilitare la presentazione delle offerte in modo sicuro. D'altronde, simile applicazione mira a garantire il rispetto del principio di parità di trattamento degli offerenti previsto dall'art.160 par.1 in quanto consente all'amministrazione aggiudicatrice di mantenere il controllo dei documenti ad essa presentati, evitando rischi di modifica che, invece, si verificherebbero attraverso i collegamenti ipertestuali.

La giurisprudenza europea ha asserito che, qualora il singolo prenda una determinata decisione senza esservi indotto da un atto comunitario, l'eventuale introduzione di una misura restrittiva da parte delle istituzioni, che vada a incidere sulla decisione adottata, non può essere considerata lesiva di alcuna aspettativa legittima e lo stesso dicasi nel caso di illegittimità della condotta del privato (Corte giust., sent. 12-12-1985, C-67/84, *Sideradria Spa*, punti 19-21; Corte giust., sent. 10-01-1992, C-177/90, *Ralf-Herbert Kühn*, punti 62-63; Corte giust., sent. 22-10-1992, C-85/90, *William Dowling*, punti 18-19). La Corte di Giustizia ribadisce così che l'affidamento si ingenera solo se vi è una precedente determinazione dell'amministrazione idonea a suscitarlo e non può costituire, invece, una mera aspettativa oppositiva all'esercizio di poteri restrittivi, come si era verificato per il ricorrente (Corte giust., sent. 14-10-2010, C-67/09, *Nuova Agricola e Cofra c. Commissione*; Trib. UE sent. 3-09-2013, T-551/10, *Fri-EL Acerra Srl c. Commissione europea*). Del resto, è pacifico che il principio del legittimo affidamento consta sia della componente oggettiva, che si riferisce alla stabilità di un ordinamento giuridico, sia di quella soggettiva, idonea a conferire legittimità all'affidamento e coincidente con la plausibile convinzione di avere titolo a un vantaggio di cui la

pubblica autorità intenderebbe privare il cittadino. Componenti queste entrambe non soddisfatte nella fattispecie trattata, poiché in conformità al punto 16.2 dell'allegato I del regolamento 2018/1046 la modalità di presentazione delle offerte e dei relativi atti, non prevedendo collegamenti ipertestuali, veniva enunciata anche nell'invito a presentare le offerte stesse, oltre che nel capitolato d'oneri. E ciò al particolare scopo di garantire il requisito dell'integrità dei dati ex art.149 del sopraindicato regolamento, ragion per cui il sistema di deposito online utilizzato dagli offerenti deve essere strutturato in modo tale che i documenti relativi alla domanda restino immutati durante l'intero procedimento amministrativo. Finalità questa, a cui le procedure di appalti pubblici devono necessariamente attenersi, e che non è garantita dai collegamenti ipertestuali.

2. – La Corte di Giustizia si riconnette, al contempo, al principio della certezza del diritto dichiarandone, a differenza di quanto sostenuto dall'Instituto Cervantes e dal Regno di Spagna, la non violazione, avendo il regolamento consentito ex art. 168 agli offerenti di riconoscere gli obblighi e i diritti connessi all'aggiudicazione (Corte giust., sent. 3.6-2021, C-39/20, *Jumbocarry Trading*, punto 48 e giurisprudenza citata).

La connessione tra affidamento legittimo e certezza del diritto rappresenta una grande innovazione per gli ordinamenti giuridici (Corte giust., sent. 14-3-2013, causa C-545/11, *Agrargenossenschaft Neuzelle*, punto 23; Corte giust., sent. 9-7-2015, C-183/14, *Salomie e Oltean*, punto 30 e giurisprudenza ivi citata). Secondo l'impostazione tedesca il principio del legittimo affidamento rappresenta un corollario del più ampio principio della certezza del diritto (come di recente confermato in Corte giust., sent. 9-7-2015, C-144/14, *Cabinet Medical Veterinar*; cfr. inoltre sul punto M. Gigante, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008, 25). In alcune impostazioni teoriche (J. González Pérez, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, in *Rev. Admin. Públ.*, 2005, n.167, 499-537), sia in Italia che in Spagna, si tratterebbe di un mero precipitato della buona fede da collocarsi tra i principi fondamentali deputati a una funzione integrativa delle norme positive e imporrebbe a ogni soggetto di diritto, persona fisica o giuridica privata e pubblica, di comportarsi lealmente. Nel diritto dell'Unione europea appare, invece, prevalente il legame tra la tutela delle aspettative legittime e la certezza del diritto, come ben evidenziato dalla Corte di Giustizia nella decisione in commento (Corte giust., sent. 9-7-2015, C-144/14, *Cabinet Medical Veterinar Tomoiagă Andrei*).

Nel panorama comparatistico si mostra però differente l'intensità conferita al principio della certezza del diritto e sono altrettanto diverse le modalità con le quali si cerca di garantire quanto meno l'elemento della prevedibilità degli effetti dei comportamenti disciplinati da regole giuridiche. In alcuni Paesi, tra cui Italia e Francia, l'esigenza di considerare la certezza del diritto, quale componente essenziale nei rapporti tra fonti primarie e legittimo affidamento, si mostra molto sfumata. Nell'esperienza italiana la certezza del diritto non trova esplicita affermazione. Gli unici riferimenti al principio si rinvencono in via mediata (sul punto cfr. ex multis A. Pizzorusso, *Certezza del diritto*, in *Profili applicativi*, voce in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988; S. Cotta, *La certezza del diritto. Una questione da chiarire*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, n.1, 321 ss.). La Corte costituzionale tende, infatti, a non riconoscere cospicuo rilievo ai caratteri della chiarezza e univocità del dettato normativo (L. Pegoraro, *Linguaggio e certezza della legge nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 16 ss.), anche se sul piano legislativo si registrano numerosi interventi finalizzati a garantire in misura maggiore la certezza della norma. In Francia la lenta e problematica affermazione del principio è da scriversi unicamente alla giurisprudenza del Conseil Constitutionnel (L. Pegoraro, *op. cit.*, 16

ss.). Contrariamente, in Germania la certezza del diritto assume una forte valenza, e di riflesso diventa più solido il legame tra la tutela delle aspettative legittime e la stabilità di un determinato assetto normativo; così come in Spagna la *seguridad jurídica* mira a garantire con incisività la stabilità delle norme, assumendo sia dimensione soggettiva che oggettiva. Nell'ordinamento spagnolo la certezza del diritto, oltre ad assumere rango costituzionale, è stata oggetto di un forte interesse da parte del pensiero giuridico (cfr. ex multis, R. Alonso Garcia, *Treinta anos de ius publicum commune en Espana*, in *Rev. Admin. Publ.*, 2016, n. 200, 341). Si mostra, pertanto, consolidata l'idea secondo cui la certezza del diritto deve riguardare sia il potere legislativo sia l'azione delle pubbliche autorità e definire in capo allo Stato l'obbligo di emanare provvedimenti chiari tali da tutelare la fiducia ingenerata nei privati (Trib. Const. Esp., 20-7-1981, n.27, FJ 21; Trib. Const. Esp. 11-6-1987, n.99, FJ 39; Trib. Const. Esp. 10-11-1988, n.208, FJ 13; Trib. Const. Esp. 28-10-1997, n.182, FJ 56).

L'incertezza di una norma non può penalizzare l'affidamento dei singoli, la cui tutela impone, in capo alle istituzioni europee, di esimersi da scelte arbitrarie e da provvedimenti imprevedibili, come sottolineato a partire dagli anni Novanta (Corte giust., sent. 21-3-1991, C-314/89, *Siegfried Rauh*, punto 17; Corte giust., sent. 19-5-1993, C-81/91, *Tj. Twijnstra*, punto 24). Incertezza tuttavia non presente nel caso di specie, non rilevando, peraltro, informazioni precise, incondizionate e concordanti provenienti da fonti autorizzate e affidabili, ovvero dalla Commissione, che consentissero l'utilizzo di collegamenti ipertestuali (v., in tal senso, Corte giust., sent. 19-9-2024, C-725/20 P, *Coppo Gavazzi e a*, punto 95 e giurisprudenza citata).

3. – In realtà, l'approccio eurounitario in tema di legittimo affidamento non mostra una tendenza univoca, né la stessa incisività riscontrata nell'esperienza tedesca, come ben evidenziato nel caso di specie. Sul tema si registra la presenza di differenti orientamenti che, da un lato, protendono verso un'interpretazione maggiormente restrittiva della rilevanza da conferire al legittimo affidamento, accanto ad altri, meno intensi, che mostrano invece una tendenza più incisiva. Un'interpretazione restrittiva, presente in particolare in tema di aiuti di Stato e di sanzioni antitrust, si rinviene quando la Corte di Giustizia cerca di identificare i presupposti e le condizioni affinché possa ingenerarsi un legittimo affidamento. In primo luogo, rassicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate e affidabili, devono essere state fornite all'interessato dall'amministrazione. In secondo luogo, tali rassicurazioni devono essere idonee a generare fondate aspettative nel soggetto cui si rivolgono e, infine, devono essere conformi alle norme applicabili (Corte giust., sent. 16-12-2010, C-537/08, *Kahla Thüringen Porzellan*; Corte giust., sent. 21-07-2011, C-194/09, *Alcoa Trasformazioni*, punto 71). Diversamente, un'applicazione più incisiva ma meno diffusa del principio, cui viene riconosciuta una maggiore forza, riguarda i prelievi supplementari sul latte e i dazi doganali; settori questi caratterizzati da un equilibrato rapporto tra interesse pubblico e interessi privati, non rivestendo l'interesse generale un ruolo oggettivamente preminente.

La decisione in commento conferma quindi che sul piano europeo sono piuttosto rari i casi in cui la magistratura abbia ritenuto che vi fossero delle aspettative legittime da tutelare. Orientamento ulteriormente avvalorato dall'interpretazione che la Corte di Giustizia conferisce, in connessione con la nozione di prassi, alla condotta della Commissione ai fini del formarsi di un'aspettativa legittima. L'Istituto Cervantes sosteneva che il Tribunale non aveva tenuto in debito conto, ritenendolo irrilevante, il comportamento della Commissione nell'ambito della procedura di appalto HR/2020/OP/0004, a cui il ricorrente aveva in precedenza partecipato. E invero, in quell'occasione la Commissione aveva accolto la presentazione degli atti mediante collegamenti

ipertestuali e valutato i medesimi benché il capitolato d'oneri prevedesse comunque, quale modalità di presentazione dei documenti relativi all'offerta, l'applicazione eSubmission. Tale comportamento aveva dunque, secondo il ricorrente, denotato una prassi favorevole all'utilizzo dei collegamenti ipertestuali da parte della Commissione, cui il giudice europeo non attribuisce però rilevanza fornendo un'interpretazione stringente dell'agire dell'amministrazione europea rispetto al dato temporale.

La polivalente impostazione europea in tema di legittimo affidamento interessa gli stessi ordinamenti nazionali, dove anche la condotta della pubblica amministrazione rileva ai fini della configurazione dello stesso. In alcune esperienze, la tutela delle aspettative legittime, rispetto alle decisioni amministrative, è particolarmente radicata poiché si fonda sull'autonomia concettuale del principio. Così, in Germania, l'istituto della revoca è ammesso in via d'eccezione, mentre vige la regola della stabilità degli atti adottati (H.J. Blanke, *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, Tübingen, 2000, 12 ss.); e in Spagna e in Sudamerica la tutela delle aspettative legittime assume una portata evidente, ancorata alla nozione di buona fede. In altre, invece, le legittime aspettative risultano meno garantite, non rilevandosi una reale autonomia concettuale del principio. È il caso della Francia, dove la cofianza *légitime* è stata recepita in maniera piuttosto debole, essendo chiara e consolidata la tendenza ad esaltare la forza dell'interesse generale (S. Calmes, *Du principe de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, Paris, 2001, 77). Ancora, in taluni ordinamenti, quali il Regno Unito (T. Endicott, *Administrative law*, Oxford, 2009, 279; P. Craig, *Administrative law*, London, 2012, 641 ss.) e più di recente l'Italia (V. De Falco, *Azione amministrativa e procedimenti nel diritto comparato*, Milano, 2018, 289), la tutela delle aspettative legittime viene collegata alla condotta della pubblica amministrazione, richiamata nella fattispecie in oggetto. Trascorso un dato periodo di tempo, in seguito non solo all'adozione di un atto, ma anche quale conseguenza di un comportamento, le posizioni giuridiche soggettive tendono a stabilizzarsi consolidando, di conseguenza, le aspettative connesse. Quella temporale è quindi una componente fondamentale del principio del legittimo affidamento che in relazione alla condotta della pubblica amministrazione assume un significato ancor più forte, come ben evidenziato dalla Corte di Giustizia. Secondo il giudice europeo la condotta dell'amministrazione per poter ingenerare fondate aspettative deve necessariamente costituire una prassi consolidata. Si deve trattare, pertanto, di un comportamento reiterato nel tempo e non ascrivibile ad un mero episodio isolato, come nel caso trattato, avendo la Commissione valutato i documenti resi accessibili mediante collegamenti ipertestuali unicamente in relazione alla procedura di appalto HR/2020/OP/0004.

Il principio del legittimo affidamento svolge una complessa funzione di bilanciamento degli interessi pubblici e privati contrapposti, e si mostra fortemente connesso all'esigenza di garantire la certezza giuridica e la stabilità delle situazioni individuali. Ed è proprio nell'ottica di questa fondamentale funzione che la Corte di Giustizia continua a garantire l'attenta valutazione delle componenti del principio.

