
UNIVERSITÀ DI TORINO
MEMORIE DEL DIPARTIMENTO
DI SCIENZE GIURIDICHE

SERIE V

MEMORIA IX

GABRIELLA M. RACCA

LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE
DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE
TRA AUTONOMIA E CORRETTEZZA



INDICE SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO

LE TRATTATIVE FRA INDIVIDUI

	<i>pag.</i>
1. Dall'assenza di doveri precontrattuali all'introduzione del principio di correttezza e buona fede in senso oggettivo. La responsabilità precontrattuale per invalidità del contratto	1
2. Le trattative tra i ndi vi duome rapporto giuridico tra due o più parti. Il recesso corretto perché non contraddittorio, indipendentemente dalla manifestazione di una giusta causa. La rilevanza dell'affidamento della contr o parte per la quantificazione del danno	8
3. Origine e fondamento della definizione del comportamento scorretto come comportamento contraddittorio. Dall'i rrelevance giuridica del le trattative alla responsabilità per recesso contraddittorio	19
4. I doveri dei partecipanti al le trattative e gli obblighi di protezione: il principio di correttezza come limite all'autonomia privata. Il comportamento contraddittorio e la violazione di regole predefinite tra l'atipicità del <i>neminem laedere</i> e la tipicità dell'indempimento.....	36

CAPITOLO SECONDO

LE TRATTATIVE DELLE ORGANIZZAZIONI

1. Le trattative delle organizzazioni: la nozione di «parte» estesa ad ogni persona coinvolta nelle trattative. Le trattative multiple o parallele come rapporti tra più parti, ciascuna interessata alla conclusione del contratto	41
---	----

	<i>pag.</i>
2. Le gare private come modalità di conduzione delle trattative parallele. La «disciplina contrattuale» delle trattative e l'inadempimento	49
3. La posizione dominante e l'obbligo di instaurare trattative senza discriminazioni tra le imprese interessate. La concentrazione di risorse ed i limiti all'autonomia giuridica a favore della concorrenza	54
4. Le trattative volte alla costituzione di rapporti di lavoro subordinato. I limiti all'autonomia privata dell'imprenditore e l'obbligo <i>ex lege</i> di assumere il lavoratore avviato come obbligo di correttezza risarcibile	62
5. (<i>Segue</i>): I concorsi privati per la selezione del personale e la predefinita di regole per la selezione. Le violazioni come inadempimento e la ripetizione della selezione	68
6. Le trattative per l'ingresso in società: le clausole di gradimento come oggettiva e predefinita limitazione alla circolazione delle azioni. Le trattative per l'ingresso in associazioni definite negli atti di autonomia. Le violazioni come comportamento scorretto ..	76
7. Le trattative con i consumatori e gli utenti: i contratti per adesione. I limiti all'autonomia giuridica e l'inefficacia delle clausole abusive a garanzia della correttezza precontrattuale. L'attività pubblicitaria come trattativa «virtuale» con una pluralità di consumatori e le loro associazioni. L'ingannevolezza come scorrettezza precontrattuale	81

CAPITOLO TERZO

LA TRATTATIVA PRIVATA
DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

1. La trattativa privata della pubblica amministrazione. Elementi distintivi rispetto alle trattative tra individui. Anticipazione della rilevanza giuridica della fase precontrattuale nei contratti della pubblica amministrazione. Disciplina pubblica come garanzia della «moralità» dell'amministrazione nella scelta del contraente. La trattativa privata come deroga alla gara pubblica per casi determinati in via generale e astratta nell'interesse della parte pubblica. Definizione e manifestazione della volontà contrattuale attraverso atti giuridici scritti. Affermazione di una tutela amministrativa e individuazione di atti amministrativi	98
---	----

	<i>pag.</i>
2. Le norme che disciplinano i casi di trattativa privata in deroga agli incanti e gli effetti verso i terzi estranei alla trattativa. La discrezionalità nella scelta dei soggetti da interpellare. Sindacato amministrativo sulle formalità previste (autorizzazione) e tutela riflessa del terzo non interpellato. Evoluzione in senso restrittivo e diniego di legittimazione. Il recente riconoscimento della legittimazione agli operatori del medesimo settore economico	114
3. L'instaurazione delle trattative con la comunicazione del progetto di contratto: gli effetti verso la controparte. Legittimazione della parte privata avanti al giudice civile sulla avvenuta conclusione del contratto. Le formalità previste nell'interesse della sola parte pubblica. Le violazioni della formalità impediscono la formazione di un contratto valido. Normale soccombenza della parte privata. I limiti del sindacato amministrativo per mancanza di atti impugnabili. Nuova prospettiva: posizione paritetica delle parti e ammissione del sindacato del giudice civile sulla correttezza pre-contrattuale. I limiti derivanti dall'interpretazione prevalente della disciplina sulla responsabilità precontrattuale	133
4. La diffusione della trattativa privata e la prassi della «gara ufficiosa». La rilevanza giuridica delle regole poste dalla stessa amministrazione per l'organizzazione della trattativa: gli effetti verso le parti. Potere discrezionale, interessi legittimi e annullamento degli atti precontrattuali come «correzione» del recesso scorretto. Obbligatorietà della gara informale, predeterminazione dei criteri di scelta e motivazione del recesso: limiti al potere discrezionale ovvero all'autonomia negoziale	146
5. La disciplina d'eccezione della procedura negoziata nelle norme europee a favore della concorrenza e non nell'interesse della parte pubblica. <i>Reirement</i> della Corte di cassazione: le posizioni soggettive di interesse legittimo si affermano anche nella trattativa privata. Il sindacato amministrativo sull'individuazione dei casi di eccezione e sulle modalità della scelta del contraente. L'obbligo di risarcimento del danno per violazione delle norme europee: la prima interpretazione a favore della risarcibilità degli interessi legittimi. Il mancato chiarimento della differente prospettiva tra norme nazionali e norme europee	160
6. La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione come tutela successiva alla stipulazione del contratto. La prescrizione degli atti di approvazione del contratto: dall'eccesso di potere per inerzia della pubblica amministrazione alla responsabilità precontrattuale	171

CAPITOLO QUARTO

LE TRATTATIVE FORMALIZZATE
IN PUBBLICA GARA

	<i>pag.</i>
1. I pubblici incanti come attuazione del principio istituzionale di «moralità» della pubblica amministrazione e dell'«ordine pubblico». Legalità, pubblicità e parità di trattamento come limiti all'«arbitrio» degli amministratori pubblici. La pubblica amministrazione come «parte debole» nei rapporti contrattuali. Il recente riproporsi delle questioni nell'ordinamento europeo	178
2. L'instaurazione delle trattative con la pubblica amministrazione: pubblicazione del bando e presentazione delle offerte o domande di partecipazione. Il principio di correttezza nelle trattative dell'amministrazione pubblica non si esaurisce nell'«affidamento nella conclusione del contratto». La correttezza del recesso dell'amministrazione da ogni trattativa per ragioni di interesse pubblico. L'interpretazione restrittiva della nozione di «parte» che si afferma solo con la stipulazione del contratto. La tesi della mancanza di trattative conseguente alla definizione unilaterale delle clausole contrattuali	193
3. La qualificazione dei concorrenti come garanzia della corretta esecuzione della prestazione. Il potere «discrezionale» di esclusione dalle gare pubbliche e gli elenchi di imprese di fiducia come causa di discriminazione. Il mancato aggiornamento degli albi. I requisiti «europei» di capacità tecnica, economica, finanziaria e morale. Attestazioni e certificazioni di qualità come verifica delle capacità dell'impresa. La recente disciplina sulle società di attestazione	210
4. L'individuazione della migliore offerta in ragione di un «criterio di aggiudicazione». L'aggiudicazione al prezzo più basso. La correttezza del recesso dalle trattative con gli altri concorrenti. Ribassi eccessivi, tutela dei lavoratori e aggiudicazione ad un prezzo «equo». Ritorno al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso e riproposizione della questione dei ribassi eccessivi o anomali. Il difetto di professionalità dell'amministrazione nella verifica delle offerte anormalmente basse. Determinazione della soglia di anomalia e reintroduzione dell'esclusione automatica negli appalti privi di rilievo europeo	229
5. L'offerta economicamente più vantaggiosa e le difficoltà di un'oggettiva comparazione delle offerte. Limiti alla possibilità di	

pag.

proporre varianti della prestazione da parte dei concorrenti. La disciplina dell'appalto concorso: questioni di conformità alle norme europee. Le commissioni giudicatrici: da «organo politico-amministrativo» a «organo tecnico»	251
6. L'obbligazione contrattuale dell'amministrazione pubblica. La «specialità» delle norme di diritto amministrativo in mancanza di una disciplina sulla proposta irrevocabile nel codice civile. Le conseguenze dell'inosservanza delle norme speciali: dalla nullità relativa (annullabilità) del contratto al riconoscimento della responsabilità precontrattuale	269

CAPITOLO QUINTO

LA SCORRETTEZZA
DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

1. Le norme sulla selezione del contraente con la pubblica amministrazione come garanzia della «moralità» della parte pubblica. Il principio generale di correttezza come limite all'autonomia privata per la moralizzazione delle trattative: atipicità del principio e adeguamento all'evoluzione della coscienza sociale. Le norme europee come nuova prospettiva di tutela: la concorrenza e il miglioramento della qualità della vita dei cittadini dell'Unione	304
2. Il «diritto quesito» dell'aggiudicatario e l'inadempimento delle regole poste per la selezione. La sottoposizione della pubblica amministrazione ai principi dell'ordinamento generale e l'irrilevanza della classificazione dell'attività amministrativa. Dall'esclusivo riconoscimento di interessi legittimi all'affermazione di un contestuale diritto al comportamento corretto della pubblica amministrazione nella fase successiva alla stipulazione	313
3. La differente prospettiva delle norme europee: l'interesse alla concorrenza nel mercato unico, rispetto alla precedente disciplina di contabilità di Stato posta nell'interesse della pubblica amministrazione contraente. Il riconoscimento di interessi legittimi e il ruolo di supplenza della giurisdizione amministrativa di legittimità. La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: la tutela diretta ed immediata contro la scorrettezza della pubblica amministrazione. Oggettività della selezione e risarcimento del danno per inadempimento delle regole che predefiniscono il comportamento dell'amministrazione pubblica nelle trattative	333

- pag.*
4. I contratti privi di rilevanza europea e la limitazione dei «poteri autoritativi». L'integrazione del principio relazionale atipico di correttezza precontrattuale con le norme di azione sulla scelta del contraente. Le norme di azione come indice della scorrettezza dell'amministrazione pubblica. Il giudizio sulla correttezza del comportamento come giudizio su fatti. Il differente ambito giuridico di riferimento: la scorrettezza dell'amministrazione e l'illegittimità degli atti amministrativi. La questione della pregiudizialità della giurisdizione amministrativa di legittimità (rinvio) 351

CAPITOLO SESTO

IL DANNO RISARCIBILE

1. La «sanzione» delle violazioni delle norme sulla selezione del contraente e l'annullamento degli atti precontrattuali come risarcimento in forma specifica dell'obbligo di correttezza. Rapporto tra «correzione» delle violazioni, annullamento e risarcimento del danno 363
2. Il danno conseguente all'inadempimento dell'obbligo di correttezza come interesse negativo. La prova del diritto al contratto e la coincidenza dell'interesse negativo con quello positivo. Il risarcimento dei danni per i costi sostenuti nelle trattative e la sufficienza della prova della violazione delle norme sulla selezione del contraente 372
3. La quantificazione dei danni precontrattuali causati dalla pubblica amministrazione. Le norme speciali in materia di appalti pubblici: il parametro del decimo del valore del contratto. I danni causati alla pubblica amministrazione dagli aspiranti contraenti ... 386
4. Esecuzione del contratto invalido e *actio de in rem verso*. Recesso dalle trattative o mancato avveramento della condizione sospensiva di approvazione del contratto. Violazione delle norme di selezione e limiti al riconoscimento dell'arricchimento ingiustificato della pubblica amministrazione 395

CAPITOLO SETTIMO

LA TUTELA GIURISDIZIONALE

1. La «competenza» sino agli anni trenta del giudice ordinario ad esercitare il sindacato sugli atti precontrattuali della pubblica amministrazione. Le impugnazioni avanti al giudice amministra-

- tivo dei terzi estranei al contratto e il difetto di legittimazione avanti al giudice civile. Limiti del sindacato incidentale del giudice ordinario sugli atti che determinano il recesso della parte pubblica. I conflitti di giurisdizione tra giudice ordinario e sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato 403
2. Il sindacato amministrativo sui decreti reali di annullamento della volontà contrattuale dell'amministrazione per «gravi motivi di interesse pubblico». La riforma della legge comunale e provinciale, la nuova disciplina dell'annullamento governativo e il riconoscimento *ex lege* della giurisdizione amministrativa 430
3. L'affermarsi del ruolo della giurisdizione amministrativa a garanzia della corretta applicazione delle procedure di scelta del contraente. L'estensione della giurisdizione amministrativa a tutti i metodi di scelta del contraente, non esclusa la trattativa privata ... 437
4. La successiva estensione della giurisdizione amministrativa attraverso la configurazione di atti amministrativi emanati da concessionari ed imprenditori non concessionari, ma tenuti all'applicazione delle procedure di scelta del contraente 442
5. La nuova giurisdizione esclusiva ed il ritorno al riconoscimento di diritti precontrattuali. La distinzione fra il sindacato sulla correttezza del comportamento della parte pubblica e la giurisdizione sulla legittimità degli atti amministrativi. Il superamento della questione sulla pregiudizialità del sindacato di legittimità degli «atti precontrattuali». La «correzione» della procedura di selezione imposta dalla disciplina europea 458

CAPITOLO PRIMO

LE TRATTATIVE FRA INDIVIDUI

SOMMARIO: 1. Dall'assenza di doveri precontrattuali all'introduzione del principio di correttezza e buona fede in senso oggettivo. La responsabilità precontrattuale per invalidità del contratto. — 2. Le trattative tra individui come rapporto giuridico tra due o più parti. Il recesso corretto perché non contraddittorio, indipendentemente dalla manifestazione di una giusta causa. La rilevanza dell'affidamento della controparte per la quantificazione del danno. — 3. Origine e fondamento della definizione del comportamento scorretto come comportamento contraddittorio. Dall'irrilevanza giuridica delle trattative alla responsabilità per recesso contraddittorio. — 4. I doveri dei partecipanti alle trattative e gli obblighi di protezione: il principio di correttezza come limite all'autonomia privata. Il comportamento contraddittorio e la violazione di regole predefinite tra l'atipicità del *neminem laedere* e la tipicità dell'inadempimento.

1. *Dall'assenza di doveri precontrattuali all'introduzione del principio di correttezza e buona fede in senso oggettivo. La responsabilità precontrattuale per invalidità del contratto.*

Nella «prelezione» ad un corso di diritto civile pubblicata nell'anno millenovecento si afferma che l'istituto della *culpa in contrahendo* è «completamente ignoto a' pratici, e non bene chiarito da' nostri scrittori in rapporto al codice civile patrio»¹.

¹ L. COVIELLO, *Della cosiddetta culpa in contrahendo, Prelezione al Corso di diritto civile nella R. Università di Messina*, in *Il Filangieri*, 1900, 721 e s.

L'origine stessa dell'istituto può dare conto delle incertezze che per lungo tempo lo hanno accompagnato, poiché il merito di aver evidenziato una lacuna nel sistema è generalmente ricondotto agli studi di Rudolph von Jhering² secondo il quale, a metà dell'Ottocento, il comportamento precontrattuale «scorretto» non risultava sanzionabile attraverso la disciplina della responsabilità contrattuale, mancando il presupposto di una valida obbligazione, né dalla responsabilità extracontrattuale, perché in tali casi difettava una lesione ad entità tangibili come l'integrità personale e le cose³.

La ricordata prolusione del millenovecento evidenzia la complessità dell'istituto e forse spiega le successive persistenti incertezze, lo scarso interesse e, soprattutto, la sua limitata applicazione giudiziaria. I casi di *culpa in contrahendo* inizialmente presi in considerazione sono: l'incapacità di uno dei contraenti, l'impossibilità dell'oggetto, i vizi della volontà contrattuale, il difetto assoluto di volontà del rappresentato⁴, con rilevanza solo marginale per le trattative precontrattuali soprattutto ove non siano seguite dalla conclusione del contratto.

Cfr. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1997, 261, il quale colloca Leonardo Coviello fra i giuristi maggiormente rappresentativi della fase della recezione della dogmatica in Italia che segna il momento di abbandono del modello francese a favore di quello tedesco.

² R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo, oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Veträgen*, in *4 Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Jena, 1861, 1 e s.; non molti anni dopo la pubblicazione l'opera è stata tradotta in lingua francese: R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo, oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Veträgen*, in *Ouvres choisies*, trad. O. Meulenaere, Paris, 1893, II, 3 e s.; l'opera non risulta essere mai stata tradotta in italiano.

³ Così: C. GASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990, 2, che ricorda che era «ignota al diritto romano una responsabilità da delitto per un danno meramente patrimoniale».

⁴ L. COVIELLO, *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, cit., 728 e s.

In essa si rileva la necessità di non «confondere l'ipotesi di un contratto che svanisce sul nascere con l'altra di un contratto portato a compimento, sebbene in apparenza soltanto», perché solamente in quest'ultimo caso di contratto invalido «si può parlare di legittime aspettative risarcibili», mentre «nel corso delle trattative se uno agisce confidando nella futura conclusione, agisce tutto a suo rischio e pericolo»⁵.

Nei primi anni del Novecento si esclude che la mancata conclusione del contratto possa fondare una responsabilità giuridica per danni all'altra parte per recesso dalle trattative, secondo quell'impostazione che segnerà pesantemente tutte le successive elaborazioni dell'istituto, che ricostruiscono la responsabilità precontrattuale sul modello della responsabilità conseguente all'invalidità del contratto stipulato.

Del resto, nel codice civile del 1865 e nel modello francese del Code Napoléon non si rinviene alcuna norma che regoli espressamente la fase che precede la stipulazione di un contratto, a differenza di quanto già a quel tempo previsto per i contratti della pubblica amministrazione⁶.

In origine la responsabilità delle parti che instaurano una trattativa viene prospettata principalmente sullo sfondo delle controversie concernenti la formazione dell'accordo contrat-

⁵ L. COVIELLO, *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, cit. 727, nega che la *culpa in contrahendo* possa trovare fondamento nella teoria extracontrattuale di chi si richiama al principio della buona fede in quanto «è principio troppo vago ed elastico perché possa prendersi a fondamento di un particolare istituto e intanto può valere in quanto l'ordinamento giuridico ne abbia tenuto conto». Già nell'elaborazione di Jhering, il caso su cui veniva concentrata l'attenzione era principalmente quello della responsabilità conseguente alla stipulazione di un contratto invalido e non tanto quello del recesso dalle trattative in corso: R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo*, cit.

⁶ Il riferimento è alla coeva disciplina della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. A, *Legge sull'Amministrazione comunale e provinciale*, art. 128 ed all'all. F., *Legge sulle Opere pubbliche*, art. 325.

tuale. Soprattutto nei contratti consensuali conclusi tra persone lontane⁷ l'incertezza sulla formazione del vincolo obbligatorio apre uno spazio per l'individuazione di ipotesi di *culpa in contrabendo*.

Né è riservata maggiore attenzione al principio di buona fede: negli studi anteriori all'emanazione del codice civile del 1942 si nota che «mentre il problema della buona fede è stato esaminato con larghezza di indagine per ciò che attiene a diversi istituti giuridici, e segnatamente in tema di possesso, la ricerca non è stata frequentemente condotta con specifico riguardo all'art. 1124 cod. civ.»⁸. Se rari erano gli studi sulla buona fede nell'esecuzione dei contratti che nel codice civile del 1865 trovava fondamento normativo (art. 1124, cit.) ancora più limitata è stata l'elaborazione di un principio generale di buona fede valido anche per le trattative precontrattuali.

È noto che gli studi sulla buona fede sin dalla previgente codificazione hanno distinto due accezioni: l'una (detta «soggettiva») è stata quella maggiormente approfondita e concerne la condizione psicologica del soggetto che ignora di ledere l'altrui diritto⁹; l'altra (detta «oggettiva») è invece quella riferita al comportamento oggettivo di correttezza nell'attività contrattuale¹⁰.

⁷ Favoriti dalla diffusione di nuovi strumenti tecnologici quali il telegrafo e il telefono.

⁸ C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938, 191. L'art. 1124 cod. civ. del 1865 prevede che «I contratti debbono essere eseguiti di buona fede ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano», oggi art. 1375 cod. civ.: «Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede».

⁹ Su cui si veda: R. SACCO, *La buona fede*, Torino, 1949, *passim*.

¹⁰ Significativamente: C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, cit., 198, afferma che non intende affrontare la questione se «la violazione di questo obbligo debba raffigurarsi come un caso di *culpa in contrabendo*, e che l'obbligo di ben contrattare pree-

Al principio di buona fede in senso «oggettivo» deve conformarsi il comportamento delle parti nei rapporti obbligatori, poiché nel diritto moderno la «moralità» ha sostituito il formalismo dei diritti più antichi¹¹, imponendo «l'onere di una *lealtà reciproca di condotta*, valutata alla stregua di una media coscienza sociale»¹².

L'indicata prospettazione, che subisce l'influenza del modello tedesco, determina l'introduzione nel codice civile del 1942¹³ del principio in base al quale «le parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede» (art. 1337): ove il principio di buona fede «oggettiva» è esteso dall'esecuzione contrattuale alle fasi che la precedono, disciplinando così sia la conduzione delle «trattative» e la «formazione del contratto»¹⁴,

sista e spieghi i suoi effetti anche se il contratto non si perfezioni, cosicché possa sorgere responsabilità per violazione di un obbligo contrattuale di ben contrattare durante le semplici trattative precontrattuali». Cfr. sull'evoluzione di tali studi: V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nella teoria del negozio giuridico*, Padova, 1990, 177.

¹¹ A. RAVA, *Istituzioni di diritto privato*, 8° ed., Padova, 1937, 641.

¹² C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, cit., 198, che peraltro, come ricordato, non si occupa degli effetti della violazione di questo obbligo.

¹³ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 265 e s., ove si esclude la specificità nazionale del codice del 1942 attraverso il confronto delle soluzioni proposte «non solo con i codici francese e tedesco, ma anche con le leggi speciali e le soluzioni giurisprudenziali acquisite in questi paesi, e con i movimenti dottrinali che hanno ispirato le singole proposte dovute a questo o quel teorico italiano, e poi confluite nel codice». Si riconosce che il codice del 1942 quanto alle soluzioni è figlio del codice del 1865 e in quanto tale è un codice francese, mentre i «dettagli possono rifarsi al BGB, in campi e rami in cui anche il diritto francese applicato si è arreso alle idee comuni del XX secolo».

¹⁴ Art. 1337 cod. civ.: «Trattative e responsabilità precontrattuale. Le parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede». Cfr. Relazione, n. 638, *Rel. Guardasigil-*

sia la sua «interpretazione»¹⁵ ed «esecuzione»¹⁶, ed è riproposto nell'ulteriore principio di nuova introduzione (art. 1175) del «comportamento secondo correttezza»¹⁷ valido per le obbligazioni in generale.

L'introduzione dell'art. 1337 cod. civ. non sembra sia stata apprezzata in tutto il suo contenuto innovativo, né dagli studiosi, né dalla giurisprudenza; sotto il vigore del nuovo codice il principio diviene presto oggetto di interpretazioni abrogatrici, o di applicazioni marginali, come si può desumere dal numero esiguo di sentenze pronunciate in più di cinquanta anni di vigenza della norma sulla responsabilità precontrattuale.

Larga parte della casistica appare invece dedicata all'applicazione del successivo art. 1338 cod. civ.¹⁸, ove si prevede che «la parte che conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per aver confidato, senza sua colpa, nella validità del contrat-

li al prog. prel., n. 163, ove si afferma che con tale norma si impongono «nuovi obblighi alle parti che partecipano ad una trattativa».

¹⁵ Art. 1366 cod. civ.: «*Interpretazione di buona fede*. Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede».

¹⁶ Art. 1375 cod. civ.: «*Esecuzione di buona fede*. Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede».

¹⁷ Art. 1175 cod. civ.: «*Comportamento secondo correttezza*. Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza», su cui per tutti: A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, art. 1175, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna, Roma, 1988, 284 e s., ove si ricorda che il testo originario considerava la correttezza «in relazione ai principi della solidarietà corporativa» (eliminato dal d. lg. luog. 14 settembre 1944, n. 287), volendo attribuire all'obbligazione comunque sorta, una configurazione più decisamente etica, riconoscendo che nel dopoguerra sia possibile «collegare la nozione di correttezza ai nuovi profili programmatici che ad. es. emergono dalla Costituzione repubblicana».

¹⁸ Rubricato: «*Conoscenza delle cause d'invalidità*».

to». Tale norma ha recepito le elaborazioni ottocentesche¹⁹ sulla responsabilità del contraente, che induce alla stipulazione di un contratto invalido una controparte incolpevolmente ignara della causa di invalidità.

La distinzione fra l'ipotesi della stipulazione di un contratto invalido (art. 1338 cod. civ.) e quella del recesso dalle trattative (art. 1337 cod. civ.)²⁰ si offusca nella generale enunciazione del «legittimo affidamento nella validità del contratto», che è applicata anche al caso di trattative che non sfociano in un contratto («legittimo affidamento nella conclusione del contratto»).

Si avrà modo di evidenziare²¹ come la giurisprudenza non presenti discontinuità nelle decisioni anteriori e successive all'introduzione delle nuove norme del codice civile del 1942, agevolando l'elaborazione di una massima che nasconde la complessità delle questioni, massima poi accolta senz'altro nelle definizioni dottrinali poiché «ha un tale fascino, che si trova estratta anche da sentenze che in realtà enunciano principi del tutto diversi»²².

Le analisi sulla responsabilità precontrattuale successive all'emanazione del nuovo codice civile sottolineano la mancanza di un'elaborazione cui attingere²³; molti ritenevano sufficien-

¹⁹ R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo*, cit.

²⁰ Distingueva, vigente il codice civile del 1865, tra nullità del contratto e responsabilità del contraente che opera nella sua formazione con dolo o con colpa senza giungere alla stipulazione, in quanto «sono due istituti giuridici perfettamente distinti e autonomi»: F. CARNELUTTI, nota a Corte di cassazione Firenze, 19 maggio 1923, *Ditta Baldi c. Franceschini*, in *Foro it.*, 1923, I, 605, il quale precisa che i due istituti «possono coesistere o essere disgiunti» e determinare «la sanzione del dolo incidente o dell'errore non sostanziale».

²¹ V. *infra* par. 2.

²² R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, Torino, 1996, Tomo II, 232.

²³ F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 11 e s.

te l'applicazione dell'art. 1151 del codice abrogato (oggi art. 2043 cod. civ.) come norma utile a sanzionare comportamenti precontrattuali scorretti, relegando l'art. 1337 al favore del legislatore del 1942 per le clausole generali (modello tedesco)²⁴.

L'innovazione introdotta dall'art. 1337, maturata al di fuori della nostra cultura giuridica, si è affermata con la formulazione di un articolo ritenuto più avanzato rispetto agli stessi modelli da cui traeva origine²⁵, ove si manteneva la prevalenza della precedente ricostruzione della *culpa in contrahendo* come conseguenza della stipulazione di un contratto invalido (art. 1338 cod. civ.).

2. *Le trattative tra individui come rapporto giuridico tra due o più parti. Il recesso corretto perché non contraddittorio, indipendentemente dalla manifestazione di una giusta causa. La rilevanza dell'affidamento della controparte per la quantificazione del danno.*

La formulazione della norma sulla responsabilità precontrattuale offerta dal codice del 1942, disponendo che le parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto devono comportarsi secondo buona fede, apre l'ulteriore problema della definizione degli enunciati di «trattative» e di «parti», che appare necessario risolvere al fine di potere

²⁴ Art. 1151 cod. civ. del 1865: «Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri obbliga quello, per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno».

²⁵ Nell'ordinamento tedesco non si rinviene una norma corrispondente all'art. 1337 cod. civ. e la stessa elaborazione di Jehring considerava principalmente la responsabilità precontrattuale per la stipulazione di un contratto invalido.

stabilire anzitutto il momento in cui sorge l'obbligo di correttezza²⁶.

L'instaurazione di una trattativa crea un rapporto che pare presentare quantomeno due aspetti: l'uno di informazione sull'interesse e la disponibilità a realizzare nuove vicende giuridiche²⁷, l'altro di definizione parziale dei punti di accordo. Le trattative sempre più di frequente si sviluppano attraverso «studi di fattibilità», «minute», «puntuazioni»²⁸, che formalizzano i momenti intermedi nell'evoluzione della volontà delle parti.

²⁶ Si rinviene uno scarso interesse alla definizione di tali nozioni e perciò rimane l'incertezza circa il momento cui ricondurre l'operatività dell'art. 1337 cod. civ.: definisce, in negativo, le trattative come fase che precede la formulazione di una proposta, (o meglio la conclusione di un accordo) in cui le parti conservano la piena libertà sia in ordine al contenuto, sia alla conclusione del contratto: M. FRAGALL, *Art. 1337, Commentario al codice civile* diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, Firenze, 1948, 336; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja Branca, art. 1337*, Bologna, Roma, 1970, 200 e s., ricollega all'articolo in questione un obbligo di comportamento di fonte legale per consentire «di fondare in modo agevole e sicuro la risarcibilità del danno da tale contegno cagionato (di cui in mancanza si dovrebbe determinare altrimenti la rilevanza e il contenuto)».

²⁷ R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, cit., Tomo II, 232 e s., ove si definiscono le trattative come «preannuncio, almeno eventuale di una propria disponibilità a negoziare una qualche prestazione».

²⁸ F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, 174 e s.; G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, 5 e s.; T. CAVALIERE, Nota a Tribunale di Milano, 26 giugno 1989, *Soc. Perugina c. Moro*, in *Riv. not.*, 1990, 474; A. MORANO, *Le lettere di intenti*, in *Riv. not.* 1993, 849; R. SPECIALE, *La dichiarazione di intenti*, in G. ALPA - M. BESSONE, *I contratti in generale*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, Torino, 1991, vol. I, 442 e s., che distingue gli accordi di comportamento da rispettare durante la formazione progressiva del contratto, rispetto alle intese contenenti punti del contratto finale già definiti e non più in discussione; C. RADICIONI, *Le lettere di intenti*, in F. GALGANO, *I contratti del commercio dell'industria e del mercato finanziario*, Torino, 1995, 67 e s., ove si ricorda che gli atti indicati come momenti utili nella formazione progressiva del contratto sono nettamente distinti dal contratto preliminare che ha l'effetto di

Il riferimento del codice civile alle trattative è normalmente interpretato come disciplina del rapporto che si instaura tra due parti; tuttavia si può fin d'ora rilevare che tale rapporto costituisce il «segmento base», che può avere varia composizione. Una delle due parti, o entrambe, possono contestualmente instaurare altre trattative con terzi ed a ciascuno di tali rapporti si applica la regola di correttezza e buona fede, ma si possono affacciare correlazioni fra trattative tra loro incompatibili, sicché il buon fine dell'una comporta il recesso dall'altra²⁹.

Le trattative possono discostarsi anche notevolmente dal tradizionale modello di rapporto tra due individui che cercano di superare il conflitto di interessi, ma ciononostante qualsiasi trattativa è sottoposta al principio di buona fede.

Se è vero che sino alla stipulazione del contratto le parti non sono vincolate all'esecuzione di una prestazione, ed è tuttora oggetto di discussione se durante le trattative si instauri un rapporto giuridico che determini il sorgere di obblighi reciproci³⁰, ovvero si resti nell'ambito extracontrattua-

vincolare le parti o quantomeno una di esse alla stipulazione del contratto definitivo. Cfr. Corte di cassazione, sez. III, 24 maggio 1995, n. 5691, con nota di E.A. EMILIOZZI, *Il confine tra la c.d. puntuazione e il contratto preliminare*, in *Corr. giur.*, 1996, 76 e s.;

²⁹ V. *infra* cap. IV.

³⁰ Cfr. per tutti: prima del codice del 1942: G. CHIRONI, *Colpa contrattuale*, Torino, 1897, 101; successivamente: L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 360 e s.; G. STOLFI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 1954, I, 1107 e s.; Salv. ROMANO, voce *Buona fede*, *Diritto privato*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, vol. V, 682; ID., *Introduzione allo studio del procedimento*, Milano, 1961, 53; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit. 76 e s.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja Branca*, art. 1337, Bologna, Roma, 1970, 203, il quale esclude che l'art. 1337 possa considerarsi norma superflua e scarsamente significativa; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 674; ID. *Dei*

le³¹, pare tuttavia necessario evitare di confondere la libertà dei partecipanti di concludere o non concludere il contratto

contratti in generale, in *Comm. Scialoja Branca*, art. 1337, Bologna, Roma, 1970, 215; MAJORCA, voce *Colpa*, in *Enc. dir.*, VII, 545. G. STOLFI, *Colpa "in contrabendo" e prescrizione*, in *Giur. it.*, 1974, I, 2, 429; M. LOI - F. TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975, 116, individuano nell'affidamento l'elemento primario, idoneo e sufficiente a costituire un vincolo (*ex lege*), fra soggetti «determinati»; N. DISTASO, *I contratti in generale*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, a cura di W. Bigiavi, Torino, 1980, I, 341 e s. In giurisprudenza Trib. Milano, 6 novembre 1987, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, 796; F. BENATTI, *Culpa in contrabendo*, in *Contratto e impresa*, 1987, 287, 303 e s.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja Branca*, art. 1173, Bologna, Roma, 1988, 201 e s.; F. BENATTI, *Sulla natura ed efficacia di alcuni accordi precontrattuali*, in *Contratto e impresa*, 1994, 1101; A. DEL FANTE, *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 122 e s.; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 425 e s.

³¹ Cfr. per tutti: M. FRAGALI, *Art. 1337, Commentario al codice civile* diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, Firenze, 1948, 369, considera che «gli obblighi di cui all'art. 1337 e 1338 si pongono in relazione al principio generale del *neminem laedere*». C. M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, vol. III, Milano, 1984, 163; F. CARRESI, *Il contratto*, Milano, 1987, II, 736; G. MIRABELLI, *Art. 1337 e 1338*, in *Commentario del codice civile* a cura di magistrati e docenti, Torino, 1980, 112, che sostiene che gli articoli introdotti configurano la «condotta del soggetto che rompa le trattative un comportamento sostanzialmente illecito, ove concorrano particolari circostanze soggettive ed obiettive», condotta sanzionata espressamente a seguito dell'affinamento della coscienza dei doveri sociali; G. PATTI, *Art. 1337*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1993; R. SACCO DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, Torino, 1993, Tomo II, 255, ove si afferma che se l'art. 1337 non esistesse, la slealtà verrebbe repressa *ex art.* 2043 cod. civ. Il privato peraltro, anteriormente all'introduzione di questa norma, difficilmente riusciva ad ottenere tutela precontrattuale vigente l'art. 1151 cod. civ. del 1865. Per la configurazione di un *tertium genus* di responsabilità: R. SACCO, *Culpa in contrabendo e culpa aquiliana; culpa in eligendo e apparenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1961, II, 86; P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1979, vol. XXIX, 142, 160; V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, 1265. Considera in-

con l'obbligo di correttezza che le parti devono mantenere nelle trattative.

L'analisi della nozione di correttezza precontrattuale non è agevole soprattutto per l'utilizzazione, nella pratica forense, delle domande di risarcimento per *culpa in contrahendo*. È noto che tuttora i giudizi sulla responsabilità precontrattuale spesso non vengono affatto promossi³², ovvero le domande sono subordinate³³ ad una richiesta di adempimento, o di inadempimento del contratto valido, mentre la controparte, normalmente, eccepisce l'inesistenza del contratto, o la sua in-

vece che la responsabilità precontrattuale possa ricondursi al *genus* della responsabilità contrattuale o extracontrattuale a seconda dei casi: A. DE CUPIS, *Il danno, Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1966, 95 e s. Cfr. da ult. sulla questione: A. MUSY, voce *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, cit., 399 e s.; A. DAVI, voce *Responsabilità non contrattuale nel diritto internazionale privato*, in *Dig. disc. priv.*, vol. XVII, Torino 1998, 345 e s.

³² Come rileva la giurisprudenza: Corte di cassazione, sez. I, 22 agosto 1997, n. 7857, *Sonnino c. Pavoncello*, in *cd-rom Foro it.*, 1997, ove accanto all'affermazione della non vincolatività della minuta o puntuazione è possibile rilevare l'assenza della richiesta di condanna per responsabilità precontrattuale, poiché tutto l'interesse dell'attore è rivolto ad ottenere la dichiarazione dell'efficacia vincolante degli atti intercorsi tra le parti. Così: Corte d'Appello di Roma 9 febbraio 1987, *Soc. Buitoni c. Iri e Soc. Co.fi.ma.*, in *Foro it.*, 1987, I, 1260, ove si rileva che vista l'inesistenza di un vincolo contrattuale «la mancata conclusione del contratto potrebbe, tutt'al più, dare origine ad una responsabilità precontrattuale ex art. 1337 cod. civ., che, però, nel caso in esame non ha formato oggetto della domanda». V. *infra* cap. II, par. 2.

³³ Ad esempio: Corte di cassazione, 18 gennaio 1988, n. 340, *Maffei c. Ravasio*, in *Foro it.*, Rep. 1988, voce *Contratto in genere*, n. 267 e per esteso su *cd-rom juris data*, ove si chiede l'adempimento di un contratto di locazione, ovvero l'adempimento in forma specifica di tale contratto, se ritenuto preliminare, nonché il risarcimento dei danni per il ritardato adempimento, e «in fine, ancor più subordinatamente il risarcimento dei danni a titolo di responsabilità precontrattuale». Spesso un danno precontrattuale appare di per sé insufficiente a compensare le spese ed i rischi di un'azione civile e ciò spiega la proposizione, solo in via subordinata, della domanda di condanna per *culpa in contrahendo*.

validità. L'eventualità di una decisione del giudice a favore dell'invalidità del contratto determina la parte che teme di soccombere a chiedere, quantomeno, il risarcimento dei danni subiti e in particolare delle spese sopportate.

La *culpa in contrahendo* è così utilizzata per superare l'antico brocardo *quod nullum est nullum producit effectum*, al fine di ottenere quantomeno il risarcimento delle spese sostenute nelle trattative: ma sempre nell'ottica di una discussione sulla validità del contratto³⁴, che ha di mira principalmente quel risultato, e non controverte sugli effetti giuridici di trattative precontrattuali che sfociano nel nulla.

Ciò ha determinato non pochi equivoci nell'esame della giurisprudenza che individua gli elementi costitutivi ed il fondamento della responsabilità nelle trattative, poiché la discussione è stata indirizzata verso la prova dell'esistenza di un contratto, dell'inadempimento, o dell'invalidità dello stesso, secondo un ragionamento che si afferma sotto il codice civile del 1865, ma che anche più di recente non cessa di prevalere.

³⁴ Corte di cassazione, 20 luglio 1943, *Perini Dragoni c. Vannicelli*, (sent. n. 1892) ined., ove si afferma che: «la buona fede che presidia le contrattazioni opera nei confronti di tutte le parti che entrano nel ciclo della convenzione; né la legge può accordare la sua protezione a chi avendo concorso alla creazione di un contratto annullabile perché ne conosceva il vizio voglia successivamente avvalersene, elevandolo a fonte di risarcimento nei confronti dell'altra parte». Il caso riguarda un contratto di locazione di un fondo, su cui erano trascritti numerosi precetti per cui la locazione era stata dichiarata nulla, ma in parte il contratto era stato eseguito col pagamento di somme e successivamente la locataria aveva stipulato un nuovo contratto triennale col sequestratario, ma le proprietarie frattanto avevano stipulato un compromesso di vendita. La locataria chiede la condanna per *culpa in contrahendo* del proprietario locatore, che ha dato in locazione novennale un immobile gravato da precetti già trascritti e dichiarato nullo, che in quanto locazione di un bene indisponibile viola sostanzialmente il principio del *neminem laedere*. Peraltro la Corte afferma che la conoscenza di tale qualità del bene elimina «la dedotta colpa precontrattuale e le sue conseguenze riparatorie».

Nelle ricostruzioni più risalenti si rileva una sottile linea di confine fra l'invalidità del contratto per vizio (mancanza di un elemento essenziale) e il recesso dalle trattative, consentendo di individuare uno spazio per prospettare la *culpa in contrahendo* e ottenere un risarcimento anche in casi di recesso dalle trattative, al tempo considerate giuridicamente irrilevanti³⁵.

Sotto il codice previgente, la *culpa in contrahendo* è ritenuta di scarso interesse anche per l'assenza di una disciplina espressa: la stessa è, infatti, ricondotta talora ad un fatto illici-

³⁵ In mancanza di una norma analoga al vigente art. 1337 cod. civ. la *culpa in contrahendo* veniva ipotizzata solamente nel caso di stipulazione di un contratto invalido (cfr. l'attuale art. 1338 cod. civ.) e non nel caso di interruzione della trattativa. Cfr. ad es.: Corte di cassazione, 2 giugno 1930, *Prosdocino c. Malisani*, ined., sulle trattative per la stipulazione di un contratto di affitto. La ricostruzione delle controversie sorte nella fase precontrattuale non è sempre stata accolta come rottura delle trattative, riconducendola ad «una comune impugnativa sull'esistenza del contratto per vizio e la mancanza del consenso», la quale «se riconosciuta fondata non può portare alla conseguenza di risarcimento di danno a favore di una parte o dell'altra» per il dovere di accertare reciprocamente la libertà e la realtà del consenso. Affermazioni del genere manifestano l'incertezza della giurisprudenza circa la distinzione fra invalidità, vizi del consenso, contratti preliminari, vizi di forma e *culpa in contrahendo*: Corte di cassazione, 25 maggio 1936, *D'Angelo c. Vaglienco*, (sent. n. 1779) ined., riguardante un caso di trattativa per la compra-vendita di un immobile realizzata dal marito per conto della moglie. Si raggiunge un accordo e il marito paga una parte del prezzo dell'immobile, il venditore pochi giorni dopo offre la restituzione della somma affermando la nullità del negozio per vizio del consenso perché non libero. Il tribunale afferma la mancanza del consenso scritto della acquirente che non aveva rilasciato un mandato scritto al marito per rappresentarla validamente nell'atto di acquisto. La donna sosteneva che se il contratto non era perfetto era per colpa del venditore che non aveva revocato il consenso prima che lei potesse riprodurlo validamente, e dunque fosse caduto «in colpa precontrattuale, con la conseguenza di dover risarcire i danni dell'attrice» subito «per essersi inutilmente prestata a contrattare». I giudici di merito accolgono la domanda dell'attrice, la cassazione cassa con rinvio poiché giudica erronea l'applicazione della colpa precontrattuale.

to determinato da una truffa, altre volte la malafede è più sfumata e si evidenzia una «leggerezza» colposa, oppure viene sottolineata un'oggettiva scorrettezza nell'inadempimento dell'obbligo di salvaguardare la controparte da perdite patrimoniali conseguenti alle trattative intraprese.

La valutazione circa la serietà e lo stadio di maturazione delle trattative appare enfatizzata, si è detto, sia in ragione dell'avvenuta conclusione di un contratto e del conseguente inadempimento, sia in considerazione della valutazione dell'ammontare delle spese sostenute e delle occasioni perdute.

Lo stato di avanzamento delle trattative appare rilevante per il *quantum* del danno, poiché normalmente solo una trattativa avanzata comporta delle spese e l'abbandono di altre occasioni³⁶. L'argomento è utile per convincere il giudice della fondatezza della pretesa e per fornirgli dati per la quantificazione equitativa del danno, ma non assurge ad elemento costitutivo della responsabilità precontrattuale. È curioso notare che, nei casi in cui il danno sia oggetto di prova documentale, non si apre la questione sulla fase più o meno avanzata delle trattative³⁷.

³⁶ Corte di cassazione, 11 dicembre 1954, *Venturi c. De vecchi*, (sent. n. 4426) ined.

³⁷ Cfr.: Corte di cassazione, 29 ottobre 1928, *Opera nazionale combattenti c. Soc. Spizzico*, ined., ove la cassazione rigetta il ricorso contro la sentenza che condannava il recedente al risarcimento dei danni accertati in occasione delle trattative per la costruzione di un garage. Era stato richiesto ad una società un progetto per la costruzione di un garage, insieme al preventivo per la realizzazione dell'opera, il committente lo aveva accettato, ma non aveva poi ottenuto l'approvazione dell'ufficio edilizio comunale. Il progetto era stato modificato con successiva richiesta alla società di preparare entro un termine molto breve un preventivo sulla spesa prevista. La società aveva comunicato di non poter preparare un preventivo in un termine così breve e il committente recedendo dalle trattative affidò ad un diverso soggetto l'esecuzione del progetto. La società è in grado di quantificare e dimostrare le spese sostenute per la trattativa, per la redazione del progetto e i necessari

L'enfasi giunta ai giorni nostri, che richiede per la responsabilità precontrattuale uno «stadio avanzato delle trattative», parrebbe trovare un fondamento storico nella necessità di quantificare il danno in difetto di una sua prova documentale, perché, per quanto avanzate siano le trattative può essere riconosciuto un «recesso legittimo» dalle stesse. Vigente il codice del 1865, il «diritto di recesso», cioè l'autonomia giuridica nelle trattative, è considerato principio normativo, un diritto soggettivo che può esercitarsi fino all'ultimo istante precedente alla conclusione del contratto.

Il fatto che le trattative siano giunte ad una fase avanzata non è elemento costitutivo di responsabilità, ma solamente un sintomo, nella valutazione del contesto in cui si è verificato il recesso, per affermare «l'abuso» del diritto di recesso, o meglio il comportamento scorretto del recedente. Proprio il diritto di recesso rende giuridicamente irrilevante ogni previsione sulla «futura» conclusione del contratto, che rimane — per definizione — incerta fino alla manifestazione di un accordo³⁸.

Analogamente l'«affidamento» è espressione introdotta più di recente per qualificare la fiducia che la controparte ha nutrito nella *validità* del contratto concluso, ignorando senza

viaggi dei suoi ingegneri. In primo grado la domanda è rigettata la progettazione non era stata richiesta con uno specifico incarico, mentre in appello viene accolta.

³⁸ In questo senso si può dare una spiegazione dell'origine delle enunciazioni che nel tempo entrano nelle massime della giurisprudenza e ricomprendono fra gli elementi della *culpa in contrahendo* nel caso di recesso dalle trattative: «l'affidamento di uno dei contraenti nella *conclusione* di un contratto *in fieri*»: così Corte di cassazione, 11 dicembre 1954, *Venturi c. De vecchi*, (sent. n. 4426), cit.; Corte di cassazione, 17 aprile 1953, n. 1028, in *Giust. civ.* 1953, 1276, e in secondo luogo: il «recesso *ingiustificato* dalle trattative di detto contraente», che recano un danno alla controparte: cfr. M. JANNUZZI, *Buona fede e recesso dalle trattative contrattuali*, in *Foro it.*, 1948, I, 669, v. *infra* par. 3.

colpa la causa di invalidità³⁹; sintetizza così in una parola quella che è stata la prima e, per un certo periodo, l'unica ipotesi di *culpa in contrahendo* cui si riconosceva il diritto al risarcimento dei danni (poi art. 1338 cod. civ.)⁴⁰.

La prospettazione non pare, invece, estendersi all'ipotesi di trattative interrotte prima di giungere alla stipulazione, poiché non appare possibile configurare un «affidamento nella *conclusione* del contratto» ove permanga il «diritto soggettivo» al recesso dalle trattative.

Pare di interesse rilevare che la condizione «psicologica» di affidamento della parte che continua a desiderare il contratto risulta del tutto irrilevante, poiché l'attenzione è rivolta principalmente al comportamento (corretto o scorretto) di chi recede. È il comportamento di quest'ultimo che deve essere valutato, non per svelare il «motivo» del recesso⁴¹, bensì per accertare la correttezza tenuta nei confronti della controparte. Il

³⁹ Secondo la disciplina dell'art. 1338 cod. civ.: se un contratto è stato stipulato è concepibile che la parte che ne ignorava la causa di invalidità ritenesse di aver concluso un contratto valido e potesse dunque farvi affidamento.

⁴⁰ Definisce l'affidamento di cui all'art. 1338 cod. civ. come «non riconoscibilità non dovuta a colpa» della «divergenza tra dichiarazione e volontà: P.G. MONATERI, *Concorso di colpa e affidamento nella responsabilità precontrattuale* (Nota a Cass., 21 gennaio 1985, n. 226, *Dietzsch c. Andolina*), in *Resp. civ.*, 1985, 760, in tal senso si richiama Corte di cassazione, 27 gennaio 1948, *Bertotto c. Carosso*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, II, 179, con nota di R. SACCO, *Riconoscibilità e scusabilità dell'errore*, il caso riguarda un'ipotesi di errore ostativo che secondo la Corte aveva impedito la formazione dell'accordo.

⁴¹ Solo se si interpreta la locuzione «giusta causa» come «correttezza» è possibile accettare l'espressione che sanziona il recesso appunto «senza giusta causa», diversamente si crea l'equivoco circa l'esistenza di un obbligo di manifestare il motivo del recesso: M. BESSONE, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, in *Annali della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Genova*, Milano, 1971, 232 e in *Riv. trim.*, 1972, 998, afferma chiaramente che «responsabilità per recesso» è solo una formula riassuntiva per contrassegnare «casi di condotta contraria al dovere di buona fede denunciati dall'evento che esaurisce la trattativa».

recesso dalle trattative può essere corretto anche se non vengono rivelati i motivi che lo hanno determinato, salvo che ciò si renda necessario al recedente per provare la sua correttezza.

La valutazione dei «motivi» non costituisce elemento autonomo della fattispecie della *culpa in contrahendo*, ma può, in alcuni casi, consentire al recedente di provare la sua buona fede, dunque l'assenza di ogni «abuso del suo diritto di recesso», più precisamente la correttezza «oggettiva» che rivela l'assenza di *contraddittorietà* nel comportamento di chi non ha consentito la conclusione del contratto.

L'«affidamento nella *conclusione* del contratto» appare espressione inserita nelle massime sull'interruzione delle trattative, più che altro, per simmetria con l'ipotesi del contratto invalido, o per eccessiva sintesi della disciplina della responsabilità precontrattuale⁴². Si vede così affermare che l'«affidamento nella futura *conclusione* del contratto» è fondato sull'avanzato stadio delle trattative che avrebbe indotto la controparte a confidare nel buon esito delle stesse⁴³ proprio ove

⁴² Un'ulteriore difficoltà e causa di disomogeneità è data dal fatto che la valutazione della buona fede nelle trattative è rimessa ai giudici di merito con la conseguente mancanza di elaborazione di un orientamento giurisprudenziale uniforme poiché l'interpretazione e la valutazione degli elementi emersi nella fase precontrattuale e della loro incidenza nella interruzione delle trattative sfuggono al sindacato della Cassazione quando il processo logico interpretativo sia condotto in conformità delle norme di ermeneutica contrattuale: per tutti: Corte di cassazione, 30 marzo 1990, n. 2623, *Soc. Mim mobili c. Mariani*, in *Foro it.*, Rep. 1990, voce *Contratto in genere*, n. 233 e per esteso su cd-rom *juris data*. Cfr. da ult.: G. PATTI, S. PATTI in *Il codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, *sub art. 1337*, Milano, 1993, 57 e s.; P. STELLA RICHTER, *La responsabilità precontrattuale*, Torino, 1996, 20 e s.

⁴³ Corte di cassazione, 25 marzo 1996, n. 2635, *Penazzi c. Ramponi*, in *Foro it.*, 1996, I, 2063, ove si cassa con rinvio l'impugnata sentenza della Corte d'appello di Venezia, imponendo di accertare «da quale momento le trattative diventino affidabili e il recesso da esse costituisca fonte di responsabilità»,

l'«affidamento» non assume valore autonomo, poiché è rilevante la prova del comportamento ingannevole o contraddittorio del recedente che, dopo aver escluso ogni riserva sulla futura conclusione del contratto, ha senz'altro negato il proprio consenso alla stipulazione.

3. *Origine e fondamento della definizione del comportamento scorretto come comportamento contraddittorio. Dall'irrelevanza giuridica delle trattative alla responsabilità per recesso contraddittorio.*

Negli studi sulla fase pre-contrattuale dei primi anni del Novecento non manca chi qualifica come «responsabilità pre-contrattuale» il recesso «senza colpa» dalle trattative intraprese⁴⁴, secondo una prospettazione della responsabilità per «fatto lecito», — legata all'«impoverimento» di chi subisce il recesso, per la perdita di un'utilità o del «valore patrimoniale» della «legittima aspettativa» creata dalle trattative accettate volontariamente dalle parti — della quale appare particolare il fondamento, che è tratto direttamente dalla violazione dei principi generali del diritto.

L'ulteriore riferimento ad un recesso «intempestivo» non risulta chiarito, né sviluppato, anzi, si richiude nella considerazione che esso è ritenuto lecito per la piena libertà di ritrarsi

dichiarando assorbito il motivo attinente alla sufficienza della motivazione circa la giustificazione del recesso dalle trattative.

⁴⁴ G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, vol. III, Napoli, 1906, 269. Teoria applicata da Trib. di Napoli, 31 marzo 1909, *Miceli c. Calcagno*, in *Dir. comm.*, 1910, II, 48, con nota critica di E. ALBERTARIO, *Della responsabilità precontrattuale*, il caso riguarda una compra-vendita immobiliare; la sentenza è criticata anche da A. NATTINI, *Cenni critici sulla così detta responsabilità precontrattuale*, *Ibid.*, 235.

dalle trattative in forza di un diritto soggettivo che permane fino alla conclusione del contratto, e che determina l'impossibilità di configurare un illecito extracontrattuale. Appare del tutto normale che ciascuna parte sostenga le spese necessarie per le trattative avviate a suo rischio e pericolo⁴⁵.

La configurazione di una c.d. «responsabilità precontrattuale» da «fatto lecito» richiama la disciplina del recesso del codice di commercio del 1882, ove, all'art. 36⁴⁶, si prevede la possibilità di un «risarcimento del danno» ogniqualvolta la notizia della revoca della proposta (assunta correttamente o scorrettamente) giunga al destinatario quando questi abbia in buona fede già intrapreso l'esecuzione del contratto che riteneva ormai concluso⁴⁷. In tal caso il risarcimento corrisponde a quanto perduto a causa della mancata conclusione del contratto (interesse contrattuale negativo), cioè al «danno subito per l'inesistenza o l'annullamento del contratto su cui si faceva o si poteva fare assegnamento»⁴⁸, il quale si distingue nettamente dai vantaggi patrimoniali che si sarebbero ottenuti con l'esecuzione⁴⁹.

⁴⁵ La ricostruzione indicata viene ripresa e sviluppata da un attento comparatista: R. SALEILLES, *De la responsabilité précontractuelle à propos d'une étude nouvelle sur la matière*, in *Rev. trim. de droit civil*, 1907, 700.

⁴⁶ Art. 36, comma III, cod. commercio del 1882, che corrisponde al vigente art. 1328, I comma, cod. civ.: «La proposta può essere revocata finché il contratto non sia concluso. Tuttavia se l'accettante ne ha intrapreso in buona fede l'esecuzione prima di avere notizia della revoca, il proponente è tenuto a indennizzarlo delle spese e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto».

⁴⁷ L'introduzione di una norma siffatta viene considerata dagli studiosi di altri ordinamenti «una bizzarria tutta italiana»: così D. CARUSO, *La culpa in contrahendo - L'esperienza statunitense e quella italiana*, Milano, 1993, 12. Cfr. oggi l'art. 1328 cod. civ. vigente.

⁴⁸ L. BOLAFFIO, *Delle obbligazioni commerciali in generale*, Torino, 1919, 110.

⁴⁹ L. BOLAFFIO, *Delle obbligazioni commerciali*, cit., 108.

Qualunque «sia il movente della revoca, essa turba la sfera patrimoniale di un terzo e proprio perché comunque la revoca a contratto imperfetto è un diritto fu sancito l'obbligo legale di risarcimento»⁵⁰.

L'art. 36 cod. commercio viene quindi adattato a misura equitativa per moderare l'eccessiva libertà di recesso dalle trattative; perciò la norma non considera rilevante l'indagine sui motivi del recesso, imponendo in ogni caso il «risarcimento» in ragione del momento in cui interviene e della perdita patrimoniale che ha determinato.

La costruzione sopra ricordata⁵¹ si è spinta sino a ricomprendere nel «risarcimento per fatto lecito»⁵² (oggi definito più correttamente «indennizzo» dall'art. 1328 del vigente codice civile⁵³) anche ipotesi in cui manchi l'inizio di esecuzione, purché sussista un impoverimento dovuto alle spese sostenute

⁵⁰ In assenza di una norma sulla responsabilità precontrattuale era particolarmente difficile, se non impossibile, sanzionare il recedente configurando il recesso come fatto illecito riconducibile all'art. 1151 cod. civ. del 1865, anche nel caso in cui il recesso fosse avvenuto nella fase più avanzata delle trattative: L. BOLAFFIO, *Delle obbligazioni commerciali*, cit., 110. Cfr. L. FORTI, *Sul momento dell'efficacia della revoca nella formazione dei contratti bilaterali*, nota a Corte di cassazione, sez. II, 27 marzo 1935, *Bubola c. Soc. Assicurazioni e Riassic.*, in *Foro it.*, 1935, I, 1007.

⁵¹ G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, cit., 269 e s., che sembra proporre l'estensione analogica dell'art. 36 cod. comm., cit.

⁵² L'art. 36 cod. commercio aveva introdotto un caso eccezionale di responsabilità «senza colpa» che non parve estensibile ad una fase anteriore, quando le trattative si interrompono ancora prima della formulazione di una concreta proposta: V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, 2 ed., 508 e s.

⁵³ Art. 1328, I comma, cod. civ.: «Revoca della proposta e dell'accettazione. La proposta può essere revocata finché il contratto non sia concluso. Tuttavia, se l'accettante ne ha intrapreso in buona fede l'esecuzione prima di avere notizia della revoca, il proponente è tenuto a indennizzarlo delle spese e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto».

per le trattative volontariamente accettate⁵⁴, indicando una soluzione non generalmente condivisa, ma che ha avuto il merito di portare l'attenzione sulla rilevanza giuridica della fase delle trattative.

Si ritiene, normalmente, che nelle trattative si possa configurare una responsabilità ove sussistano tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito⁵⁵; ma la soluzione trova ostacolo nell'asserita irrilevanza giuridica delle trattative, o, che è lo stesso, nell'affermazione dell'autonomia del recedente, con conseguente impossibilità di una lesione della sfera giuridica di chi ha subito il recesso⁵⁶.

L'esistenza del diritto al recesso dalle trattative non esclude che il suo esercizio possa causare un danno risarcibile ogniqualvolta sia attuato in contraddizione con il consenso prestato alle stesse, con prospettazione che sorge proprio perché era esclusa la possibilità di sanzionare il recesso dalle trattative come fatto illecito⁵⁷.

⁵⁴ Se la buona fede di chi subisce l'invalidità è necessario presupposto del risarcimento, non è escluso che possa riscontrarsi la buona fede anche nell'altro contraente, in tal senso *de iure condendo*, «si potrebbe in omaggio a giuste esigenze della vita commerciale stabilire per legge la responsabilità senza colpa in contrahendo imitando l'esempio del diritto romano»: L. COVIELLO, *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, cit., 736.

⁵⁵ V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 511, n. 4, prospetta il caso di Tizio che tiene a bada Caio con lunghe trattative finché gli riesce di fargli perdere l'occasione di un altro buon affare e, appena ottenuto l'intento, tronca le pratiche.

⁵⁶ Non vi è dubbio che un recesso dalle trattative possa recare danno all'altro contraente, che forse la tesi in esame potrebbe considerare risarcibile per il consenso prestato allo svolgimento delle trattative, ma proprio perché il recesso è un diritto soggettivo, non potrebbe integrare un fatto illecito: G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, cit., 269 e s. Cfr. sulla questione: C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, cit., 2 e s.

⁵⁷ Per la ricostruzione del recesso scorretto come inadempimento di un obbligo di protezione o di sicurezza che precede l'assunzione del vero e pro-

Seppur ancora in maniera «artificiosa e incerta»⁵⁸ è richiamata l'attenzione sulla fase precontrattuale, costringendo ad esplicitare che vi è diversità sostanziale fra le trattative e la compiuta offerta: le prime sono espressamente considerate «spoglie di efficacia giuridica e impotenti a fondare una responsabilità»⁵⁹, dunque giuridicamente irrilevanti⁶⁰; sicché «non è esatto parlare di diritto a romper le trattative, perché l'esser liberi non è un effetto giuridico, ma l'indice che effetti giuridici speciali ancora non si sono verificati»⁶¹.

Nella teoria indicata si segnalano invece diritti precontrattuali⁶² secondo una prospettiva, poi ripresa dalla dottrina francese, che enfatizza la rilevanza giuridica delle trattative che creano «effetti di diritto ben lontani dalle semplici manifestazioni di fatto»⁶³; si sottolinea l'arbitrarietà del recesso,

prio vincolo contrattuale, si veda *infra* par. 4.

⁵⁸ E. ALBERTARIO, *Della responsabilità precontrattuale*, nota a Trib. di Napoli, 31 marzo 1909, *Miceli c. Calcagno*, in *Dir. comm.*, 1910, II, 48, nel caso, riguardante una compra-vendita immobiliare, si accoglie (ad opera del suo stesso autore) l'indicata ricostruzione che viene aspramente criticata dalla dottrina prevalente. Cfr. sullo stesso caso: A. NATTINI, *Cenni critici sulla così detta responsabilità precontrattuale*, *Ibid.*, 235.

⁵⁹ A. NATTINI, *Cenni critici sulla così detta responsabilità precontrattuale*, cit., 237.

⁶⁰ L. COVIELLO, *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, cit. 727.

⁶¹ D. BORASIO, *Attività precontrattuale, proposta e trattative*, in *Dir. e pratica comm.*, 1928, 115.

⁶² Afferma che il «recesso non segna già l'inizio di rapporti di diritto tra le parti» come avviene nelle ipotesi di fatto illecito extracontrattuale, ma chiude «un ciclo di rapporti simili, da una parte, e a nuovi e diversi dà origine, dall'altra»: prospettazione accolta dal collegio giudicante presieduto dallo stesso G. Faggella: Trib. di Napoli, 31 marzo 1909, *Miceli c. Calcagno*, in *Dir. comm.*, 1910, II, 48, con nota critica di E. ALBERTARIO, *Della responsabilità precontrattuale*.

⁶³ Quali generalmente si ritiene sussistano in quella fase: R. SALEILLES, *De la responsabilité précontractuelle à propos d'une étude nouvelle sur la matière*, in *Rev. trim. de droit civil*, 1907, 697, 711.

non per i motivi che l'hanno determinato, ma per violazione (*faute*) degli usi imposti dall'equità che regolano i rapporti commerciali⁶⁴.

All'inizio del Novecento veniva invece ribadita la convinzione che nel nostro ordinamento (anche *de iure condendo*) «il rischio di vedere troncate le trattative è reciproco ed il volerlo sempre compensato può tradursi in una remora alle iniziative contrattuali»⁶⁵. Non si riteneva opportuno introdurre una responsabilità per recesso dalle trattative⁶⁶ neppure ove limitata alla mancanza di un giusto motivo⁶⁷ con chiara scelta a favore della più ampia autonomia dei soggetti che si accingono ad instaurare una trattativa — esigenza che permane oggi prevalente in altri ordinamenti⁶⁸. Il danno da rottura delle trattative

⁶⁴ R. SALEILLES, *De la responsabilité précontractuelle a propos d'une étude nouvelle sur la matière*, cit., 742.

⁶⁵ V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 512. Orientamento corrispondente a quello ancora oggi prevalente nei sistemi di *common law*: D. CARUSO, *La culpa in contrahendo - L'esperienza statunitense e quella italiana*, cit., 37 e s.

⁶⁶ Ritiene che si accentuerebbe l'abilità a trovare un «sufficiente pretesto» di regresso, oltre alla difficoltà di definire il ritiro arbitrario: D. BORASIO, *Attività precontrattuale, proposta e trattative*, in *Dir. e pratica comm.*, 1928, 128.

⁶⁷ Inoltre si ritiene che tale responsabilità si potrebbe evitare con clausole negli inviti a trattare del tipo «senza mio impegno», o «senza mia garanzia»: D. BORASIO, *Attività precontrattuale, proposta e trattative*, in *Dir. e pratica comm.*, 1928, 126. Cfr. F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in *Contratto e impresa*, 1987, 309 e s., ove si sostiene in base all'art. 1229, comma II, cod. civ. la nullità delle clausole che esonerassero *in toto* da responsabilità precontrattuale in quanto contrarie all'ordine pubblico: possono ritenersi valide solamente le clausole che escludano specifici obblighi diretti alla tutela di interessi privati.

⁶⁸ D. CARUSO, *La culpa in contrahendo - L'esperienza statunitense e quella italiana*, cit., 12 e s., ove peraltro si rileva che negli Stati Uniti la giurisprudenza sta elaborando criteri per consentire la sanzione dei comportamenti precontrattuali scorretti.

veniva così ricondotto nell'alea precontrattuale⁶⁹, perciò normalmente non era ritenuto risarcibile⁷⁰.

Ciò pare spiegare la lontananza della cultura giuridica del tempo rispetto al legislatore del 1942 che introduce l'art. 1337 cod. civ., e forse in parte giustifica la diffusa indifferenza nei confronti di tale norma negli anni successivi. L'ultimo studio anteriore al codice civile del 1942, ove si considera essere «puramente immaginario» un «obbligo generale per cui in commercio ciascuno deve prestare all'altro ciò che la buona fede esige», fornisce il punto di approdo delle elaborazioni sulla *culpa in contrahendo*⁷¹, consentendo di verificare l'origine dell'inerzia interpretativa che si è protratta anche sotto il vigore del nuovo codice. Si ritiene che le varie teorie sulla *culpa in contrahendo* abbiano inteso offrire il risarcimento dei danni derivanti dall'annullamento del contratto⁷², sicché proprio per

⁶⁹ D. BORASIO, *Attività precontrattuale, proposta e trattative*, in *Dir. e pratica comm.*, 1928, 127, considera che le spese per le trattative siano «spese relativamente leggeri e soprattutto pesi non mai inutili perché le occasioni di trattare sono varie, infinite, a sorpresa e sarebbe ben ridicolo che ad uno venissero rimborsate delle spese fatte per la trattazione di un negozio, mentre gli stessi preparativi gli servivano poi o gli servirono per combinarne un altro».

⁷⁰ Infatti non appariva semplice ravvisare nell'esercizio del diritto di recesso dalle trattative la lesione di un diritto in capo a chi l'aveva subito, oltre all'elemento soggettivo necessario per ricondurre la *culpa in contrahendo* al delitto o quasi-delitto, dal momento che «non è illecito l'esercizio del diritto proprio, quando anche se derivi danno ad altri»: E. GIANTURCO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, 1915, 150.

⁷¹ A. VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, Padova, 1941, 96.

⁷² Il riferimento è a «tutti o quasi tutti i casi di errore o dolo incidente o connessi alla *culpa in contrahendo*», di cui si era impedita una soddisfacente interpretazione e spiegazione perché considerati di incote eccezionale. A. VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, Padova, 1941, 6 e n. 1, 316, chiama le differenti ipotesi in cui si forma un contratto invalido per errore, violenza o dolo ovvero per la mancata comunicazione di una causa di invalidità e le ipotesi in cui si conclude un contratto valido, ma va rescisso ovvero è attribuito un risarcimento dei danni per dolo o errore incidente.

«l'iniquità di negare ogni diritto al risarcimento al contraente deluso Jhering è stato indotto alla formulazione della sua teoria»⁷³.

La responsabilità del contraente sorge «quante volte sia stata violata la *ragionevole fiducia* dell'altro contraente nell'acquisto di una data utilità promessa, in quanto ogni contraente deve rispondere delle conseguenze dannose, cagionate dalla *fiducia* nell'acquisto di un diritto di credito in base ad un contratto, ingenerata nell'altra parte dalla dichiarazione di lui, in quanto questo acquisto viene escluso da un motivo che l'altra parte non conosce, né è obbligata a conoscere»⁷⁴. L'attenzione è concentrata sulla *fiducia* nell'«acquisto» del diritto attraverso il contratto stipulato e si precisa con chiarezza che, prima della stipulazione, la parte non può avere tale *fiducia*, ma solo la *speranza* che il contratto venga ad esistenza. Anche ove si ammetta la responsabilità per interruzione delle trattative, l'assimilazione fra le due differenti ipotesi — di contratto non concluso e di contratto concluso, ma invalidamente⁷⁵ (o anche validamente) — determina i già rilevati equivoci circa la generale configurabilità dell'affidamento nella *conclusione* del contratto.

L'espressione *culpa in contrahendo*, che può essere tradotta in «colpa nella contrattazione», sottolinea esclusivamente il momento in cui il «vizio» si verifica e non il fatto che il com-

⁷³ A. VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, cit., 29, n. 2.

⁷⁴ A. VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, cit., 96, oltre a Jhering si richiamano le elaborazioni di THOL, DRECHSLER e WINDSCHEID. Cfr. altresì M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 1941, 117 e s. Cfr. Voce «*Negatives vertragsinteresse*» (*Culpa in contrahendo*), in *Nuovo dig. it.*, Torino, 1939, vol. VIII, 969.

⁷⁵ Sottolinea l'interferenza della *ratio legis* dell'art. 1338 cod. civ. con le norme di disciplina dei vizi del consenso: M. BESSONE, *Buona fede in senso oggettivo recesso dalle trattative e responsabilità per danno «ingiusto»*, nota a Corte d'Appello di Milano, 14 gennaio 1977, in *Giur. merito*, 1978, 1162.

portamento scorretto impedisca la conclusione del contratto, anzi è proprio questa seconda ipotesi che in origine non è stata considerata, ove si è visto che le discussioni si sono principalmente incentrate sulla formazione del consenso e sui punti sui quali debba essere risolto il conflitto di interessi perché possa sorgere un contratto valido ed efficace⁷⁶.

Risultano così di interesse le elaborazioni di inizio novecento sui *pacta de contrahendo* ove il contratto preliminare non era espressamente disciplinato, sicché si ricorreva alla tutela del «diritto quesito» delle parti, inteso come diritto alla conclusione del contratto, la cui lesione determinava il risarcimento del danno per colpa contrattuale⁷⁷. La «promessa *de contrahendo* quando contiene tutti gli elementi per la formazione di un rapporto obbligatorio, non è che un contratto perfetto»⁷⁸, che, ove non sia rispettato, genera inadempimento. Ciononostante le trattative non creavano obblighi, né effetti giuridici, se non quando avessero determinato l'accordo delle parti sui punti essenziali del contratto⁷⁹.

⁷⁶ F. CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, in *Riv. del dir. comm.*, 1916, nota a C. App. Venezia, 9 marzo 1916, *Gava c. Brunelli*, che riguarda una complessa trattativa per la locazione di una cartiera che non sfocia nell'accordo per il dissenso sulla clausola che prevedeva il diritto di prelazione del locatario in caso di vendita.

⁷⁷ Corte d'Appello di Napoli, 15 gennaio 1915, *Esposito-Papi c. Lemme*, in *Dir. comm.*, 1916, II, 170.

⁷⁸ Corte di cassazione di Roma, 26 luglio 1912, *Borghese, Gori-Mazzoleni c. Caetani e a.*, in *Giur. it.*, 1913, I, I, 1155.

⁷⁹ Corte d'Appello di Napoli, 15 gennaio 1915, *Esposito-Papi c. Lemme*, cit., 172. Non viene superata l'astratta affermazione che anteriormente alla stipulazione di un contratto si potrà avere, in qualche caso, uno stadio di formazione del contratto che possa dar luogo al sorgere di qualche diritto soggettivo, sia per espressa disposizione di legge (art. 36, III comma cod. commercio), sia per i principi generali (art. 1151 c. civ.). Qualora le trattative non siano ancora giunte a definire tutti gli elementi essenziali del contratto, l'attenzione è rivolta ad indagare se sussiste l'obbligo di completarne gli ele-

Altre volte la ricostruzione di accordi conclusi, ma non formalizzati (*pactum de ineundo contractu*) e successivamente non rispettati, consente di condannare il recedente per «inadempienza precontrattuale»⁸⁰ della *promessa di addivenire alla stipulazione* per «recesso ingiustificato dalle trattative in corso», senza indagare sull'ingiusta causa del recesso, ma unicamente in ragione della contraddittorietà del comportamento da cui deriva un danno⁸¹.

Raggiunto l'accordo sui punti essenziali, non vi è più libertà di recesso: la trattativa deve proseguire e le parti non possono fare proposte irrisorie e assurde⁸², quindi non serie,

menti mancanti per accertare la violazione di una promessa di contratto o di un contratto preliminare. Solo subordinatamente si accenna alla possibilità di un «recesso arbitrario e capriccioso dalle trattative», che avrebbe, in ogni caso, conseguenze «molto minori» e magari neanche incluse fra le richieste subordinate, consentendo al giudice di riaffermare la libertà del recesso: Corte di cassazione, III sez., 20 gennaio 1941, *Gentile c. Società di esportazioni di Besana*, in *Giur. it.*, 1941, I, I, 454, riguardante le trattative per la designazione all'ufficio legale della società.

⁸⁰ Corte di cassazione, 2 giugno 1930, *Prodocino c. Malisani*, inedito, riguardante le trattative per l'affitto decennale di un magazzino che giungono ad un accordo verbale seguito dall'immediato pagamento dell'intero canone decennale. Successivamente la controparte nega che si fosse raggiunto un accordo ed il giudice di primo grado afferma l'inesistenza del contratto, mentre la corte d'appello mediante la prova testimoniale e il giuramento accerta l'esistenza dell'accordo e condanna al risarcimento del danno pur affermando che «la rivalsa dei danni deve essersi limitata alle spese incontrate nelle trattative e nelle perdite patrimoniali che siano stata immediata conseguenza dello ingiustificato abbandono di esse».

⁸¹ Cfr. E. DELL'AQUILA, *La correttezza nel diritto privato*, Milano, 1980, 98, il quale osserva che tale principio, ricavabile da quello di correttezza, «non ha trovato quasi applicazione nella giurisprudenza dei nostri giudici».

⁸² G. SEGRÉ, *Sulla responsabilità precontrattuale e sui punti riservati*, in *Riv. del dir. comm.*, 1925, II, 633, nota a Corte di cassazione, 6 febbraio 1925, *Micheli c. Giordani*, *Ibid.*, 428, ove nel condannare al risarcimento delle spese patite per l'ingiustificato recesso dalle trattative della controparte, la Corte afferma che le parti «col fatto di aver consentito a tali trattative, abbiano as-

che «contraddicono» l'accordo già intervenuto. I limiti alla libertà di recesso assumono così il significato di sanzione del comportamento contraddittorio, che denota mancanza di buona fede.

La scorretta interruzione delle trattative è ricollegata all'esistenza di un'obbligazione che ha per oggetto non la stipulazione del contratto, ma l'impegno reciproco a non recedere dalle trattative senza giustificato motivo⁸³. L'impegno assunto (tacitamente o espressamente) non costituisce contratto di vendita, né promessa bilaterale di vendita, ma viene ricondotto all'amplessima famiglia dei contratti innominati di cui all'art. 1103 del cod. civ. del 1865⁸⁴.

Per stabilire la consistenza delle trattative e degli impegni assunti si indaga se il recedente si «sia ritratto senza alcun motivo»⁸⁵, con valutazione che pare avere ad oggetto la mancanza di giustificazioni sulla coerenza e logicità del comportamen-

sunto una precisa obbligazione quella cioè di non recedere dalle trattative senza giustificato motivo sotto pena di dover rimborsare all'altra parte le spese dalla stessa sostenute in conseguenza di trattative simili».

⁸³ Corte di cassazione, 6 febbraio 1925, *Micheli c. Giordani*, cit., che individua la responsabilità precontrattuale nella rottura delle trattative di acquisti immobiliari per il rifiuto di redigere l'atto in forma scritta: ipotizzando l'esistenza di un simile contratto, che obbliga a non recedere senza giusta causa, si considera assunta un'obbligazione che impropriamente sembra limitare il diritto di recesso al verificarsi di una giusta causa, come specifico evento giustificativo, mentre solo un comportamento corretto, ragionevole, comprensibile può escludere la responsabilità.

⁸⁴ Art. 1103, I comma, del cod. civ. del 1865: «I contratti, abbiano o non abbiano una particolare denominazione propria, sono sottoposti a regole generali, le quali formano l'oggetto di questo titolo»; Corte d'Appello di Genova, 1 luglio 1920, *Gerla e Fiorone c. Masson*, in *Mon. trib.*, 1921, 182.

⁸⁵ Se la rottura delle trattative non è fondata su di un «mutuo consenso» deve «logicamente impingere una sanzione», consistente nelle spese sostenute e nelle perdite subite ad esempio in relazione all'improduttività del bene: Corte d'Appello di Genova, 1 luglio 1920, *Gerla e Fiorone c. Masson*, cit.

to e, quindi, la mancanza della buona fede⁸⁶. Fino alla conclusione del contratto non vi può essere legittimo affidamento sulla futura *stipulazione* dello stesso, ma solamente una legittima aspettativa di correttezza, tanto nella prosecuzione delle trattative, quanto nel recesso⁸⁷.

Se il recesso è qualificato come «ingiusto», tuttavia non viene espressamente enunciato il diritto violato: certamente non il diritto alla conclusione del contratto, quanto piuttosto un diritto alla correttezza del comportamento nelle trattative,

⁸⁶ Si poteva vedere affermato che se l'aspirante acquirente, dopo essersi dichiarato totalmente soddisfatto del bene, definito il prezzo e tutte le altre condizioni, non si presenta avanti al notaio per la formale stipulazione, il giudice dichiara che la libertà di recesso «non può essere intelletta in senso così lato da permetterne l'esercizio senza condizioni con danno altrui: se manca la giustificazione va ritenuto esorbitante l'esercizio della facoltà; e ogni esorbitanza è illegittima e produttiva di responsabilità»: Corte di cassazione, 19 settembre 1924, *Taddei c. Verrusio*, ined., il caso riguarda le trattative per l'acquisto di un appartamento; la Corte respinge il ricorso contro la sentenza della Corte d'appello che aveva condannato il recedente al risarcimento dei danni. La prova testimoniale aveva consentito di accertare l'incondizionato consenso prestato all'acquisto, accompagnato altresì dall'invito a non vendere ad altri il bene. Il recedente contestava che la promessa verbale di compravendita di immobili potesse obbligare al risarcimento dei danni e negava l'ammissibilità della prova testimoniale esclusa dall'art. 1341 cod. civ. del 1865, per le convenzioni di valore eccedente le lire cinquecento. La testimonianza peraltro era stata ammessa non per provare il contratto, ma il danno.

⁸⁷ Il «capriccioso recesso» qualificato come «ingiusto recesso» comporta la risarcibilità dei danni diretti ed immediati poiché manifesta un comportamento contraddittorio, ingiustificato, incomprensibile e imprevedibile per la controparte. Il recedente, «se quindi il recesso è ingiustificato e riesce di pregiudizio all'altra parte, è tenuto ai danni per fatto colposo»: poiché «la libertà di recesso da intese preliminari, dirette a preparare un contratto definitivo», «non può essere intesa in maniera così larga da legittimare l'esorbitanza la quale invece è illegittima e per questa nota di illegittimità mena a responsabilità»: Corte di cassazione, 19 settembre 1924, *Taddei c. Verrusio*, cit.; L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, cit., 370 e s.

inteso come diritto a «non essere esposti ad inutili spese»⁸⁸. Tale diritto non esclude il recesso, ma solamente il recesso «ingiustificato», non nel senso di privo di «una giusta causa», (la quale normalmente non viene manifestata), bensì di recesso «scorretto» che si afferma per un comportamento «illogico» o «contraddittorio».

Lo stadio avanzato delle trattative non esclude perciò di per sé il diritto di recesso, che potrebbe essere ancora correttamente esercitato ove lo stesso risulti esente da contraddizioni; ma si è detto che esso ha rilevanza unicamente nella prova del danno e nella conseguente valutazione dell'ammontare del risarcimento ogniquale sia già stata risolta la questione della illiceità del comportamento.

Il recesso dalle trattative può essere determinato dal sopraggiungere di un'offerta migliore: ma l'enunciazione di una «giusta causa»⁸⁹ non esclude di per sé la responsabilità, ove si

⁸⁸ Il recedente, «se quindi il recesso è ingiustificato e riesce di pregiudizio all'altra parte, è tenuto ai danni per fatto colposo».

⁸⁹ Infatti, in relazione al comportamento tenuto nelle trattative, si afferma l'obbligo di risarcire il danno, fondandolo sull'art. 1098 cod. civ. del 1865 («Il contratto è l'accordo di due o più persone per costituire, regolare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico»), poiché in base a tale disposizione «il vincolo giuridico deriva dall'obbligo reciprocamente assunto di addivenire alla trattativa in parola» e «impegna per le spese e in genere per le perdite effettive patrimoniali cui le trattative possono dar luogo» ex art. 1218 cod. civ. del 1865 («Chi ha contratto un'obbligazione è tenuto ad adempierla esattamente e in mancanza al risarcimento de' danni»), obbligo di cui si ritiene ammissibile l'accertamento con mezzi che non sempre sarebbero consentiti per la prova dell'obbligazione che si doveva concludere, quali l'interrogatorio formale, la confessione, il giuramento e la testimonianza: Corte di cassazione, 6 febbraio 1925, *Micheli c. Giordani*, cit., dal testo integrale si ricava che il recedente contesta che con l'interrogatorio formale si voglia dare ad un rapporto giuridico inesistente, per difetto di forma, un'efficacia giuridica ed effetti patrimoniali che non può avere «ammettendo che, durante il periodo preparatorio del negozio giuridico non perfezionato, venga a formarsi una conven-

rilevi che le modalità del comportamento del recedente siano contraddittorie⁹⁰.

Si è affermata in seguito «l'inammissibilità di un sindacato sui motivi del recesso», in quanto squisitamente soggettivi e rimessi all'esclusivo apprezzamento di chi tratta, senza neppure l'obbligo di comunicarli all'altra parte⁹¹. Scorretto rimane dunque solamente il recesso che si manifesta in un comportamento contraddittorio.

Nonostante i chiarimenti cui si è pervenuti circa la necessità di valutare l'affidamento in un comportamento socialmente

zione per disposizione del giudice e non per volontà delle parti, con violazione evidente dell'art. 1097 cod. civ.» che enuncia le cause delle obbligazioni.

⁹⁰ Non è l'espressa enunciazione della ragione del recesso a giustificarlo, ma solamente le modalità che lo caratterizzano: la non contraddittorietà del comportamento tenuto nelle trattative. Infatti anche ove venga manifestata quella che potrebbe apparire come una «giusta causa di recesso» (mancata preparazione del preventivo richiesto nel termine prefissato) è possibile accertare la scorrettezza del comportamento in considerazione dello svolgimento delle trattative e delle modalità «esorbitanti» dell'esercizio del diritto stesso: Corte di cassazione, 29 ottobre 1928, *Opera nazionale combattenti c. Soc. Spiz-zico*, ined., ove la cassazione considera scorretto il comportamento del committente che — instaurata un'atrattativa per la progettazione e realizzazione di un garage — in seguito alla mancata approvazione da parte dell'ente comunale, richiede un nuovo preventivo — in un termine brevissimo — sul progetto leggermente modificato e subito dopo ne affida la realizzazione ad altra impresa. La società è peraltro in grado di quantificare e dimostrare le spese sostenute per la trattativa, per la redazione del progetto e per i necessari viaggi dei suoi ingegneri. In primo grado la domanda viene rigettata poiché la progettazione non era stata richiesta con uno specifico incarico, mentre in appello viene accolta e si condanna il committente al risarcimento del danno. Cfr. App. Milano, 31 luglio 1964, in *Foro pad.*, 1965, I, 82.

⁹¹ Vi è libertà di recesso anche senza un giusto motivo, poiché diversamente «si potrebbero iniziare trattative solo dopo la più completa ponderazione, e perciò sarebbe compromessa la dinamica dei traffici a danno della stessa collettività»: F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 53 e s.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja Branca*, art. 1337, Bologna, Roma, 1970, 208; A. DE CUPIS, *Il danno. cit.*, 54 e s.

corretto»⁹², sono ancora oggi rintracciabili *obiter dicta* in massime del seguente tenore: «incombe nella responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 cod. civ. la parte che, dopo aver suscitato in altri un ragionevole affidamento nella conclusione del contratto, recede ingiustificatamente dalle trattative»⁹³.

Vero è piuttosto che «per il sorgere di una *culpa in contrabendo* non sia di alcuna importanza che si arrivi o meno alla conclusione del contratto»⁹⁴, poiché il principio generale è

⁹² R. GRANATA, *Natura contrattuale della responsabilità in contrabendo*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1954, IV bim., 216, 219, nota a Corte di cassazione, I sez., 30 marzo 1954; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, cit., Tomo II, 246, afferma che «anche la più generica delle trattative crea l'affidamento nella serietà della trattativa»; L. BIGLIAZZI-GERI, *Note in tema di interpretazione secondo buona fede*, Pisa, 1970, 35, ove fra i canoni di reciproca lealtà di condotta fra le parti considera l'affidamento sul significato delle dichiarazioni della controparte.

⁹³ Cfr.: Corte di cassazione, sez. III, 13 marzo 1996, n. 2057, *Regola comunione familiare montana, Casamazzagno c. Zambelli Gnocco*, in *Foro it.*, 1996, I, 2065, la massima si può leggere in *Foro it.*, *Rep.* 1996, voce *Contratto in genere*, n. 38, ove si riafferma che «perché le trattative siano considerabili affidanti è necessario che nel corso di esse le parti abbiano preso in considerazione almeno gli elementi essenziali del contratto, come ad esempio la natura delle prestazioni o l'entità dei corrispettivi», rinviando ancora una volta la correttezza alla fase terminale delle trattative, dal momento che al giudice di rinvio si chiede di stabilire «da quale momento le trattative diventino affidabili ed il recesso da esse costituisca fonte di responsabilità ex art. 1337 cod. civ.». Anche in dottrina si configura la responsabilità precontrattuale come tutela dell'affidamento nella *conclusione* del contratto, tradito da un recesso «senza giusta causa»: cfr. E. DELL'AQUILA, *La correttezza nel diritto privato*, cit., 48, il quale afferma che nel caso di trattative complesse «solo oggettivi motivi di certa gravità potranno giustificare il rifiuto di stipulare un contratto con chi è ormai certo della sua conclusione».

⁹⁴ F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 15. Sussistono infatti casi di responsabilità precontrattuale in cui il contratto non viene stipulato, è stipulato, ma invalido, oppure è valido, quali il dolo incidentale di cui all'art. 1440 cod. civ., i danni al comodatario o al mutuatario per vizi delle cose di cui agli artt. 1812 e 1821 cod. civ.

quello posto dall'art. 1337 cod. civ.⁹⁵, mentre l'art. 1338 c.c. non è che un'applicazione di tale norma.

La *communis opinio* rischia ancora una volta di oscurare le ragioni di una distinzione fra i casi in cui esiste un contratto, valido o invalido, ed i casi in cui le trattative si interrompono prima della stipulazione, proprio perché la più frequente applicazione dell'art. 1338 cod. civ. ha comportato che l'espressione «affidamento nella *conclusione* (validità) del contratto» sia stata estesa anche ai casi di interruzione delle trattative, con l'effetto di rendere sempre più difficoltosa la prova degli elementi della responsabilità.

L'«affidamento nella *conclusione* del contratto» come principio generale, valido anche per l'interruzione delle trattative, ingenera il convincimento che la responsabilità precontrattuale possa configurarsi solamente ove il recesso si verifichi in una fase avanzata delle trattative, poiché solo nell'imminenza della stipulazione del contratto qualcuno può considerare «tradito» l'affidamento suscitato dal recedente.

L'espressione «affidamento nella *conclusione* del contratto» induce a ritenere che la correttezza e la buona fede non debbano caratterizzare l'intera trattativa⁹⁶, ma solo la fase

⁹⁵ La responsabilità precontrattuale, sulla base del rinvio operato dall'art. 1324 cod. civ., risulta applicabile ad ogni negozio giuridico tra vivi e che abbia natura patrimoniale poiché l'attività conoscitiva e la conseguente valutazione circa l'opportunità e la convenienza di compiere un negozio unilaterale non esclude il dovere di buona fede: V. PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1990, 459 e s. L'estensione viene talora negata per gli atti unilaterali non recettizi perché non si instaura quella «relazione sociale» fra due soggetti che sola giustifica l'applicazione dell'art. 1337 cod. civ.: F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 23 e s., il quale riconosce che l'ipotesi non è stata esaminata se non per il caso di chi agisce in nome e per conto altrui senza avere i poteri ed emetta una dichiarazione unilaterale.

⁹⁶ L'art. 1337 cod. civ. prevede che: «le parti nello svolgimento delle trattative ... devono comportarsi secondo buona fede», e non esclusivamente nella fase finale delle stesse, nell'imminenza della stipulazione del contratto.

terminale⁹⁷, ove l'art. 1337 cod. civ. dovrebbe o potrebbe garantire le parti fin dall'instaurazione delle trattative⁹⁸.

Le trattativa può essere interrotta correttamente anche in fase molto avanzata, poiché ciò che ha rilevanza ai fini della responsabilità precontrattuale è il comportamento di *chi recede* dalla trattativa: la sua coerenza, la sua non contraddittorietà. Al contrario la buona fede, la fiducia, l'affidamento di *chi subisce* il recesso non incide sulla definizione della correttezza o non correttezza del recesso dell'altra parte⁹⁹.

La possibilità di quantificare il danno per mezzo di prove documentali¹⁰⁰ esclude ogni accenno allo stadio più o meno avanzato delle trattative; ma esso viene invocato in mancanza di altre prove per giustificare le spese sostenute e le occasioni perdute, con la ricordata conseguenza che la valutazione dell'«affidamento» di chi subisce il recesso dalle trattative ha rilevanza solamente nella quantificazione del danno subito, ma non assurge a elemento costitutivo della scorrettezza.

⁹⁷ Corte di cassazione, 7 maggio 1952, *Soc. Sabea c. Beggiano*, in *Foro it.*, 1952, I, 1638; Corte di cassazione, 28 marzo 1955, *De Cristofari c. Papa Scinto*, in *Foro it.*, 1955, I, 812

⁹⁸ R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, cit., Tomo II, 232 e s.

⁹⁹ Una prova del fatto che non c'è correlazione fra correttezza del recesso e legittimo affidamento nella conclusione del contratto della parte che lo subisce si può ricavare dal già citato art. 1328 cod. civ. («La proposta può essere revocata finché il contratto non sia concluso. Tuttavia se l'accettante ne ha intrapreso in buona fede l'esecuzione prima di avere notizia della revoca, il proponente è tenuto a indennizzarlo delle spese e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto»), che riprende la disciplina dell'art. 36, III comma, del cod. di commercio, e configura un recesso corretto (revoca della proposta) anche ove la controparte nutra un così forte «affidamento nella conclusione del contratto» da giustificare l'inizio di esecuzione prima di conoscere la revoca della proposta: A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1966, 101.

¹⁰⁰ Corte di cassazione, 29 ottobre 1928, *Opera nazionale combattenti c. Soc. Spizzico*, ined.

Il fondamento della responsabilità appare dunque la violazione di una obbiettiva regola di condotta della quale l'autore risponde in quanto essa sia imputabile quantomeno a titolo di colpa¹⁰¹, anche se è possibile rilevare il «progressivo oggettivarsi degli indici di valutazione del contegno del recedente»¹⁰², con il superamento del riferimento all'affidamento (aspetti psicologici¹⁰³) e alla ragionevolezza delle aspettative suscitate nella controparte, con affermazione di un sindacato giurisdizionale sulla valutazione complessiva della coerenza e non contraddittorietà del comportamento delle parti fin dall'instaurazione delle trattative.

4. *I doveri dei partecipanti alle trattative e gli obblighi di protezione: il principio di correttezza come limite all'autonomia privata. Il comportamento contraddittorio e la violazione di regole predefinite tra l'atipicità del neminem laedere e la tipicità dell'inadempimento.*

I partecipanti alle trattative devono tenere un comportamento non contraddittorio, poiché l'iter che conduce alla

¹⁰¹ Cfr.: R. GRANATA, *Natura contrattuale della responsabilità in contraendo*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1954, IV bim., 220; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale e extracontrattuale* in *Novissimo dig. it.*, Torino, 1968, vol. XV, 674 e s.

¹⁰² M. BESSONE, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, cit., 1023. Cfr. ad es Corte di cassazione, 18 gennaio 1988, n. 340, *Maffei c. Ravasio*, in *Foro it.*, Rep. 1988, voce *Contratto in genere*, n. 267 e per esteso su *cd-rom juris data*; Corte di cassazione, sez. lav., 25 febbraio 1994, n. 1897, *Grillo c. Banca pop. Belpasso*, in *Riv. giur. lav.*, 1994, II, 1006, con nota di D. PIERGROSSI, *Responsabilità precontrattuale, risarcimento del danno e perdita di chances lavorative*.

¹⁰³ Non rileva il dolo specifico di recare danno alla controparte, poiché in questo contesto malafede equivale a scorrettezza quindi inosservanza delle regole di comportamento.

formazione dell'accordo deve apparire coerente e comprensibile, seppur caratterizzato dalle normali riserve e incertezze di un rapporto in via di definizione (dovere o obbligo di correttezza pre-contrattuale in senso «oggettivo»¹⁰⁴).

Pur senza affrontare la controversa questione circa la posizione giuridica di chi partecipa alle trattative¹⁰⁵, pare opportuno richiamare l'evoluzione degli studi sulla natura giuridica del rapporto¹⁰⁶, ove si individuano obblighi accessori che incombono sulle parti.

Nella fase pre-contrattuale, quando non sussistono ancora obblighi di prestazione, sono stati individuati degli «obblighi di protezione» che operano autonomamente¹⁰⁷, poiché si ricollegano «direttamente alla legge e in particolare nei rapporti fra privati alla regola di buona fede in fase pre-contrattuale»¹⁰⁸.

¹⁰⁴ M. BESSONE, *Buona fede in senso oggettivo*, cit. 1164, osserva che la buona fede in senso «oggettivo» costituisce regola di condotta ovvero «criterio di valutazione» di una condotta.

¹⁰⁵ Se le parti assumano obblighi reciproci ovvero si resti nell'ambito extracontrattuale, rif. *supra* par. 2.

¹⁰⁶ Sulla natura giuridica complessa del rapporto obbligatorio: per tutti: A. DI MAJO, voce *Obbligazione, teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, vol. 1990, 1 e s. e F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993, 17, n. 27; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 2 ed., Milano, 1997, 180 e s.

¹⁰⁷ Corte di cassazione, sez. III, 17 novembre 1997, n. 11393, *Coop Di Consumo Magali Soc. c. Cond. Fabbricato Esperanto*, in *cd-rom juris data*, ove si afferma che «le parti nella fase delle trattative e nella formazione del contratto, debbono comportarsi secondo buona fede nel senso che ciascuna di esse incontra oneri di informazione e di conoscibilità, il cui assolvimento puntuale, corretto consente di realizzare la soddisfazione dell'interesse alla libertà negoziale delle parti, che costituisce l'interesse protetto della disciplina della responsabilità precontrattuale».

¹⁰⁸ C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 138, gli obblighi di protezione «li si deve considerare nati dal contratto,

In tale prospettiva l'avvio delle trattative comporta il sorgere di «obblighi di protezione»¹⁰⁹, che costituiscono una specificazione del comportamento corretto imposto dall'art. 1337 cod. civ.¹¹⁰. Dalla mera enunciazione del dovere di non recedere senza giusta causa (*rectius*, contraddicendo i propri comportamenti precedenti) *ex art.* 1337 cod. civ. e di dichiarare le cause di invalidità del contratto (*ex art.* 1338 cod. civ.), si procede ad una specificazione della clausola generale di buona fede attraverso l'individuazione di obblighi positivi di informazione, di segreto, di custodia correlati alle condizioni personali e professionali delle parti¹¹¹.

come effetti integrativi, una volta che il rapporto contrattuale sia instaurato». Cfr. U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, Milano, 1968, 114, afferma che la buona fede è principio orientato alla protezione della funzione economico-sociale dell'accordo, anche oltre la specifica prestazione dedotta in contratto, (attività di relazione) distinguendola dalla diligenza intesa come modalità intrinseca ad una prestazione definita (attività di prestazione). L'Autore afferma peraltro che rimangono esclusi dall'oggetto della sua indagine gli artt. 1337, 1338, 1358 cod. civ.

¹⁰⁹ C. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, Milano, 1984, 259.

¹¹⁰ Cfr. A. DI MAJO, voce *Obbligazione, teoria generale*, cit., 14, afferma che non sussiste più una rigida separazione tra obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali e ad esempio sorge responsabilità contrattuale dalla violazione dei doveri di protezione che possono essere assimilati a quelli aquiliani (*neminem laedere*).

¹¹¹ C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola del comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 205. Gli studi sugli obblighi di protezione hanno portato alla configurazione di vizi del consenso «atipici», intesi come ipotesi in cui un comportamento pre-contrattuale non corretto può dar luogo all'annullamento del contratto e non solo ad un eventuale risarcimento del danno per il dolo incidente *ex art.* 1440 cod. civ. dal momento che sia il dolo, sia il danno potrebbero anche non essere dimostrabili. La legislazione speciale introduce obblighi di informazione, di custodia, di segreto o altri obblighi di protezione e impone un obbligo di correttezza *ex lege* alle parti: R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 252.

Sembra possibile individuare due prospettive sulla fase precontrattuale: da un lato, la contraddittorietà che può richiamare il principio generale di correttezza atipico, riconducibile al *neminem laedere* (art. 2043 cod. civ.); dall'altro, l'individuazione del comportamento predefinito da tenere («obblighi di protezione»), che individua la scorrettezza nell'adempimento (art. 1218 cod. civ.).

Se le clausole generali sono caratterizzate da una «indeterminatezza intenzionale»¹¹² che consente all'interprete di adeguare le soluzioni all'evoluzione della coscienza sociale, può tuttavia apparire utile precostituire criteri, parametri, casi sintomatici, che possano rappresentare una solida base per la formazione di «pezzi» di diritto giurisprudenziale¹¹³. La fase delle trattative consente di distinguere con maggiore evidenza gli «obblighi di protezione» proprio per l'assenza degli obblighi di adempimento di una specifica prestazione. Ciò consente anche di sottolineare come il principio di correttezza influisca sul rapporto tra le parti durante le trattative, imponendo obblighi di comportamento secondo buona fede.

Il principio di correttezza opera come «limite» all'autonomia delle parti e impone la considerazione «di interessi e/o valori che non si identificano strettamente con quelli espressi o inespressi, delle parti»¹¹⁴.

¹¹² S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1988, 709.

¹¹³ Così: A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1984, 570; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, 29.

¹¹⁴ A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1984, 539, 569, ritiene che le clausole generali o i principi in esse incorporati siano considerati quasi una «espansione dei principi costituzionali». L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, 5 e s., sottolinea «il programma della clausola di buona fede di assoggettare i rapporti obbligatori a regole morali non codificate».

Si è detto che la clausola generale di buona fede «si colloca sul crinale che corre tra autonomia e eteronomia, e individua per linee sinuose e talora difficili da cogliere e da percorrere quella che potremmo chiamare eteronomia non autoritaria, indicativa di un intervento anche incisivo sul contratto, intervento che, pur condotto da un potere alieno alle parti, tuttavia non è autoritario perché si limita a filtrare valori sociali entro la forma giuridica»¹¹⁵.

Ciò pare anche più evidente nella fase pre-contrattuale, ove non sussiste ancora un contratto e dunque un accordo concluso dalle parti, ma si è avviato solamente un confronto al fine di giungere ad un soddisfacente assetto di interessi attraverso la stipulazione del contratto. Anche nelle trattative si può ritenere che la clausola di buona fede costituisca la «misura dei poteri legittimamente esercitabili» dalle parti¹¹⁶, sia che operi come principio «atipico», sia ove risulti specificata da positivi obblighi di protezione.

L'interpretazione restrittiva della clausola di buona fede nelle trattative appare limitativa delle potenzialità della stessa non solo nei rapporti tra individui, ma soprattutto tra organizzazioni complesse che operano anche nelle trattative secondo modalità predeterminate.

¹¹⁵ C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, cit., 29.

¹¹⁶ S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., 709.

CAPITOLO SECONDO

LE TRATTATIVE DELLE ORGANIZZAZIONI

SOMMARIO: 1. Le trattative delle organizzazioni: la nozione di «parte» estesa ad ogni persona coinvolta nelle trattative. Le trattative multiple o parallele come rapporti tra più parti, ciascuna interessata alla conclusione del contratto. — 2. Le gare private come modalità di conduzione delle trattative parallele. La «disciplina contrattuale» delle trattative e l'inadempimento. — 3. La posizione dominante e l'obbligo di instaurare trattative senza discriminazioni tra le imprese interessate. La concentrazione di risorse ed i limiti all'autonomia giuridica a favore della concorrenza. — 4. Le trattative volte alla costituzione di rapporti di lavoro subordinato. I limiti all'autonomia privata dell'imprenditore e l'obbligo *ex lege* di assumere il lavoratore avviato come obbligo di correttezza risarcibile. — 5. (*Segue*): I concorsi privati per la selezione del personale e la predefinita di regole per la selezione. Le violazioni come inadempimento e la ripetizione della selezione. — 6. Le trattative per l'ingresso in società: le clausole di gradimento come oggettiva e predefinita limitazione alla circolazione delle azioni. Le trattative per l'ingresso in associazioni definite negli atti di autonomia. Le violazioni come comportamento scorretto. — 7. Le trattative con i consumatori e gli utenti: i contratti per adesione. I limiti all'autonomia giuridica e l'inefficacia delle clausole abusive a garanzia della correttezza precontrattuale. L'attività pubblicitaria come trattativa «virtuale» con una pluralità di consumatori e le loro associazioni. L'ingannevolezza come scorrettezza precontrattuale.

1. *Le trattative delle organizzazioni: la nozione di «parte» estesa ad ogni persona coinvolta nelle trattative. Le trattative multiple o parallele come rapporti tra più parti, ciascuna interessata alla conclusione del contratto.*

Le modalità di conduzione delle trattative possono risultare più articolate ove si superi la configurazione più semplice

del rapporto tra individui. Quando ad operare sia un'organizzazione, emergono quantomeno altri profili che appaiono prevalenti: le modalità interne all'organizzazione per la formazione e manifestazione della volontà verso i terzi e la normale e contestuale instaurazione di molteplici trattative con soggetti diversi, in concorrenza tra loro, tutti potenzialmente idonei ad eseguire la prestazione, di trattative ad oggetto differente tra loro incompatibili (c.d. trattative parallele o multiple).

Nelle organizzazioni, la volontà¹ si forma mediante procedimenti deliberativi di collegi (assemblee, consigli di amministrazione, ecc.) che portano all'emanazione di atti giuridicamente rilevanti in conformità alle regole che li disciplinano². In relazione a tali deliberazioni, le trattative sono condotte da amministratori, rappresentanti, mandatari, institori, agenti, commessi, o da altre figure che operano a favore dell'organizzazione cui sono imputati gli effetti del futuro contratto.

La stipulazione delle organizzazioni³ avviene attraverso trattative che normalmente coinvolgono più organi, in ragione delle competenze ad essi attribuite, nonché collaboratori e di-

¹ Si è ritenuto che il termine «volontà» abbia «un significato psicologico che ne permette il riferimento solo a individui, non ad assemblee o società»: P. TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano, 1958, 19, si è introdotto così un elemento nel diritto privato che è da tempo noto al diritto pubblico: F. MODUGNO, voce *Validità (dir. cost.)* in *Enc. dir.*, Milano, 1993, vol. XLVI, 44; G. CORSO, voce *Validità (dir. amm.)*, *Ibid.*, 84; R. CAVALLO PERIN, voce *Validità*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XV, Torino, 1999, 612 e s.

² P. SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del contratto ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 1348.

³ F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli - G. Pericu - A. Romano - F. A. Roversi Monaco - F.G. Scoca, II ed., Bologna, 1998, 542, ricorda che «il tema della organizzazione riguarda non solo la (o meglio le) Amministrazione(i) pubblica(che), ma riguarda ogni figura operativa non elementare, e per il cui funzionamento occorre coordinare il lavoro di più persone».

pendenti che svolgono compiti che producono effetti nei rapporti con i terzi. La nozione di «parte», intesa come «centro di interessi», si amplia così fino a comprendere ogni persona coinvolta nella trattativa che appartiene all'organizzazione interessata alla conclusione del contratto.

Buona fede e correttezza sono principi rivolti ai partecipanti alle trattative e non solo alle future «parti contraenti»⁴, poiché il rapporto di fiducia coinvolge tutti coloro che agiscono «per le parti contraenti», in relazione alle diverse modalità delle trattative⁵.

L'articolazione organizzativa della nozione di «parte» ha consentito di estendere così gli obblighi di correttezza anche a coloro che, a vario titolo, intervengono nelle trattative, poiché tali obblighi trovano la loro fonte nella «partecipazione con un ruolo specifico alla formazione del contratto»⁶.

Anche se scarsamente analizzata, la stipulazione di un contratto tra organizzazioni imprenditoriali è di frequente preceduta dalla consultazione di più soggetti con richiesta di offerte volte a conoscere l'andamento del mercato⁷. È l'ipotesi

⁴ Cfr. Corte di cassazione, 15 novembre 1974, n. 3642, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1976, I, 231; G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, 41. Al contrario non risponde il coniuge comproprietario di un immobile, che, pur essendo parte necessaria per l'alienazione dello stesso, non sia intervenuto nelle trattative e quindi non abbia assunto la qualità di parte: Corte di cassazione, 28 ottobre 1983, n. 6386, in *Resp. civ.*, 1984, 367, con nota di L. GERACI, *Trattative e responsabilità precontrattuale. Nozione di parte*.

⁵ F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, cit., 300.

⁶ Corte d'appello di Milano, 2 febbraio 1990, *Banca Manusardi e C. s.p.a. c. Minoggio e altri*, in *Giur. it.*, 1991, I, II, 49, con nota di M. ARIETTI, «*Culpa in contrahendo*» e responsabilità da prospetto; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 139 e s.

⁷ G. BONFANTE, *I contratti commerciali*, a cura di G. COTTINO in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1991, 39 e s.; sui contratti internazionali da ult.: F. BORTOLOTTI, *Diritto dei contratti internazionali*, Milano, 1997, 131 e s.

delle trattative cosiddette «parallele»⁸ o «multiple» fra più soggetti, o meglio fra un soggetto che intende stipulare un contratto e più aspiranti contraenti, ciascuno singolarmente interessato a divenire controparte del contratto.

L'esigenza di lealtà e correttezza precontrattuale è avvertita anche in queste trattative più articolate e complesse, con la conseguenza che, per superare l'interpretazione restrittiva della *culpa in contrahendo*, si addivene nel corso delle trattative stesse alla stipulazione di taluni obblighi di correttezza precontrattuale⁹, in modo da attrarre alla definizione «contrattuale» le modalità di svolgimento delle trattative che conducono alla conclusione del contratto principale.

È possibile, ad esempio, escludere il confronto diretto con i concorrenti mediante uno specifico accordo (cosiddetto «di *standstill*») che impegna, per un certo periodo, una o entrambe le parti a non intraprendere trattative «parallele» con soggetti terzi con una «obbligazione contrattuale» il cui inadempimento supera le indicate difficoltà che circondano la disciplina della responsabilità precontrattuale¹⁰.

⁸ Cfr. Tribunale di Roma, 23 luglio 1992, *Riesi c. Soc. Nardi Europa*, in *Arch. civ.*, 1992, 1301, con nota di SANTARSIERE, ove si afferma la spettanza del compenso al mandatario se l'affare conclusivo sia mancato a causa di trattative parallele intraprese dal mandante al fine di procurarsi la medesima polizza fidejussoria; Cour d'appel Parigi, 13 maggio 1988, *Soc. Générale eaux minerales de Vittel c. Soc. Etablissement Dubrevil*, in *Dir. comm. internaz.*, 1990, 398, con nota di U. DRAETTA, ove si afferma che la reticenza colpevole sull'esistenza di trattative parallele determina l'obbligo del risarcimento del danno che ne deriva alla controparte.

⁹ F. BENATTI, *Sulla natura ed efficacia di alcuni accordi precontrattuali*, in *Contratto e impresa*, 1994; C. RADICIONI, *Le lettere di intenti*, in F. GALGANO, *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, vol. I, Torino, 1995, 67 e s.; Corte di cassazione, sez. III, 24 maggio 1995, n. 5691, *Martini c. Vignola*, in *Corr. giur.*, 1996, con nota di E.A. EMILIOZZI, *Il confine tra la c.d. puntuazione e il contratto preliminare*.

¹⁰ Cfr. U. DRAETTA, *Criteri redazionali di lettere di intenti alla luce dei*

In assenza di simili accordi le organizzazioni, al pari degli individui, possono condurre trattative «parallele» anche per la stipulazione di contratti differenti e fra loro incompatibili, come ad esempio per la locazione di un bene con uno o più soggetti e per la vendita dello stesso bene con altri¹¹; in tali casi il venditore non ha ancora definito la sua «volontà contrattuale» e valuta le opportunità che il mercato gli offre per regolare nel modo più conveniente i propri interessi¹².

casi Penzoil e Sme, in *Riv. dir. Comm. int.*, 1987, 239, pare di interesse rilevare come nel caso c.d. *Penzoil* chi subisce il recesso dalle trattative non agisce nei confronti della controparte, ma del terzo che ha interferito nelle trattative facendole interrompere (*intentional interference with contractual relations and inducement of breach of contract*), o meglio si cerca di sostenere l'esistenza di un contratto valido ed il conseguente inadempimento. Accertata l'esistenza di un vincolo tra le parti si condanna il terzo al risarcimento del danno.

¹¹ Corte di cassazione, 11 dicembre 1954, *Venturi c. De vecchi*, (sent. n. 4426) ined., concernente le trattative per l'affitto di una tenuta per la durata di nove anni, ad un canone annuo di circa un milione. Il proprietario rifiuta di firmare l'atto scritto perché dichiara di aver iniziato altre trattative per la vendita della tenuta. In primo grado si afferma che nel comportamento del proprietario «non si poteva ravvisare alcun elemento di malafede o di colpa grave e neppure si poteva ritenere dovuta a causa ingiusta la interruzione delle trattative». Le trattative per la conclusione di un contratto «generano un vincolo giuridico, risolvendosi nell'obbligo di risarcire il danno in caso di rottura, obbligo che deriva dall'art. 1337 che introduce un dovere che ha per contenuto l'astensione da qualsiasi atteggiamento che possa provocare nell'altra parte fondate speranze nella conclusione del contratto, sì da indurlo ad affrontare spese che altrimenti non avrebbe sostenuto o a rinunciare ad altri affari vantaggiosi». Il fatto che l'interessato all'affitto della tenuta sostenga di aver interrotto altre trattative per l'affitto di altre tenute viene giudicato come «troppo precipitoso» dal momento che non si era ancora raggiunto l'accordo su clausole di primaria importanza, poiché «la mancata prosecuzione delle trattative, quando non sia ispirata a mala fede, rientra nel libero gioco della contrattazione».

¹² Le trattative possono svilupparsi progressivamente attraverso accordi parziali e minute di puntuazione in cui si fissa lo stato di evoluzione delle stesse: R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, Milano, 1990,

Le imprese cui viene richiesta la preparazione di un'offerta accettano normalmente i costi di partecipazione ad una trattativa «parallela», anche «senza impegno» per il richiedente, ove ciò appare utile per ampliare il proprio mercato; altre volte tale spesa è assunta su specifica richiesta che impegna la controparte in una più complessa trattativa¹³.

Anche queste trattative sono soggette all'obbligo di buona fede e il comportamento di chi le instaura, per essere corretto, deve risultare trasparente e rivelare a ciascuno dei soggetti coinvolti non solo le incertezze sulla tipologia di contratto che si vuole stipulare, ma anche l'esistenza di altre trattative¹⁴.

La conoscenza dell'esistenza di trattative parallele con altri soggetti di per sé esclude la possibilità di nutrire un «legittimo affidamento nella conclusione del contratto», posto che la controparte dichiara di non aver ancora deciso quale contratto stipulare e neppure con chi; tuttavia ciò non pare possa escludere l'operatività dei principi di buona fede e correttezza¹⁵. La

199 e s.; M. RUBINO-SAMMARTANO, *Appalti di opere e contratti di servizio (in diritto privato)*, Padova, 1996, 81.

¹³ Talora la stessa preparazione dell'offerta può essere già di per sé una prestazione la cui retribuzione viene ricompresa nel corrispettivo del futuro contratto ove stipulato.

¹⁴ Corte di cassazione, 30 marzo 1990, n. 2623, *Soc. Mim mobili c. Mariani*, cit., ove si esclude la scorrettezza del recedente perché era noto alla controparte che vi erano altri soggetti interessati alla stipulazione del contratto; la sentenza si esprime peraltro in termini di inconfigurabilità di un ragionevole affidamento nella conclusione del contratto.

¹⁵ Cfr.: Corte di cassazione, 29 ottobre 1928, *Opera nazionale combattenti c. Soc. Spizzico*, ined., ove si condanna il recedente al risarcimento dei danni subiti dal privato che aveva sopportato spese documentate per la progettazione e il preventivo di spesa per la costruzione di un garage. Non è stato considerato corretto il recesso fondato sulla mancata preparazione di un secondo preventivo, data la necessità di alcune modifiche al progetto, in un termine oltremodo breve.

libertà di non stipulare il contratto non esclude l'obbligo di tenere un comportamento corretto e non contraddittorio.

Il rispetto del principio di correttezza impone che si comunichi a ciascuna controparte l'esistenza di altre trattative — certo non l'identità degli altri soggetti interessati — o comunque che si manifestino le riserve che si conservano circa le possibilità di un esito positivo delle stesse¹⁶. Al termine è possibile accettare l'offerta migliore coerentemente con le richieste formulate e recedere correttamente dalle altre trattative. Un simile comportamento appare lineare e non contraddittorio dal momento che il «rischio» di non ottenere il contratto viene preventivamente accettato da chi partecipa a siffatte trattative.

La ricostruzione della responsabilità precontrattuale come limitata al momento in cui sorge un «legittimo affidamento nella conclusione del contratto» rinvia il dovere di correttezza alla fase terminale delle trattative e la esclude nelle trattative «parallele» dal momento che ogni partecipante conosce l'esistenza di altre trattative che possono compromettere la propria¹⁷. Certamente nella fase iniziale delle trattative lo spazio per un recesso corretto è più ampio, ma ciò non esclude in sede teorica la risarcibilità del danno determinato da un comportamento scorretto intervenuto anche all'inizio delle trattative¹⁸.

¹⁶ Cfr. Corte di cassazione, sez. II, 29 maggio 1998, n. 5297, *Soc. Stb Italia c. Tami*, in *cd-rom Foro it.*, ove si ricollega alla correttezza precontrattuale il dovere di informazione della controparte circa la reale possibilità di conclusione del contratto.

¹⁷ L'obbligo di correttezza sussiste durante tutti gli stadi che conducono alla stipulazione del contratto, da quando le «parti» manifestano la volontà di intraprendere una trattativa.

¹⁸ L'equivoco, che ha consentito di posticipare l'obbligo di correttezza alla fase terminale delle trattative, è in parte dovuto alla difficoltà di quantificare il danno subito, che viene interpretata come mancanza di un «legittimo

L'ineffettività della disciplina della responsabilità precontrattuale (art. 1337 cod. civ.) ha portato gli operatori economici a recepire l'esperienza di altri modelli¹⁹ ove, in assenza di norme che impongono la correttezza precontrattuale, si disciplinano le trattative con l'assunzione di obblighi di correttezza definiti in «accordi di comportamento da seguire durante la formazione progressiva del contratto» (che si distinguono

affidamento nella *conclusion* del contratto». Come si è detto l'affidamento nella *conclusion* del contratto non può considerarsi elemento costitutivo della responsabilità precontrattuale, e rileva solo nel caso di effettiva stipulazione di un contratto invalido (art. 1338 cod. civ.), come legittimo affidamento nella sua *validità*: v. *supra* cap. I, par. 3.

¹⁹ Cfr.: R.B. LAKE, *America developments in precontractual liability: negotiating in good faith*, in *Dir. comm. int.* 1991, 541 e s., espone la «*all or nothing theory*» in base alla quale o si afferma l'esistenza di un vincolo contrattuale oppure si nega ogni efficacia alle trattative precontrattuali: si può dunque parlare di «visione aleatoria delle trattative»: E. A. FANSWORTH, *Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations*, in *Col. Law Rev.*, 1987, 218 e s., si consente alle parti di interrompere liberamente le trattative senza dover risarcire eventuali danni recati, in ossequio al principio della «*sanctity of contract*». Il pericolo che le corti interpretino gli atti intercorsi nelle trattative come già vincolanti determina le parti all'inserimento di clausole che espressamente escludono la volontà di vincolarsi, con percorso analogo a quello sopra evidenziato che induceva gli studiosi italiani a ritenere non auspicabile l'introduzione della responsabilità precontrattuale poiché avrebbe potuto limitare l'instaurazione di trattative e comunque avrebbe potuto essere esclusa con una semplice clausola «senza impegno». Tuttavia se nel nostro ordinamento la responsabilità nelle trattative è stata introdotta *ex lege*, nell'ordinamento americano si assiste alla progressiva estensione di questa esigenza, che si manifesta con la previsione di un obbligo di «*honesty in fact*», nell'Uniform Commercial Code o anche con l'inserimento di clausole che impegnano le parti a svolgere le trattative in buona fede (*agreements to negotiate*), diversamente si ricorre ad altri strumenti per sanzionare comportamenti scorretti nelle trattative (*unjust enrichment, promissory estoppel, contract implied-in-fact, misrepresentation*): D. CARUSO, *La culpa in contrabendo - L'esperienza statunitense e quella italiana*, cit., 12 e s.

dalle «intese contenenti i punti del contratto finale già definiti e non più in discussione»²⁰).

2. *Le gare private come modalità di conduzione delle trattative parallele. La «disciplina contrattuale» delle trattative e l'inadempimento.*

Le trattative «parallele» appena esaminate sono di norma instaurate singolarmente e autonomamente con i soggetti interessati, ma è possibile che vengano «organizzate» «gare private», ove l'oggetto sia già definito da una delle parti²¹.

Le singole trattative si coordinano attraverso un invito ad offrire rivolto ad imprese che si ritiene possano essere interessate al contratto, liberamente individuate, al fine di acquisire differenti proposte da comparare per individuare la più conveniente.

²⁰ Tali obblighi: R. SPECIALE, *La dichiarazione di intenti*, in G. ALPA - M. BESSONE, *I contratti in generale*, Torino, 1991, vol. I, 442 e s. Durante le trattative possono configurarsi varie tipologie di punteggiature o lettere di intenti, dalla mera registrazione dello stato delle trattative, alla definizione di alcuni elementi del futuro accordo, fino alla definizione di tutti i punti essenziali, ma con rinvio dell'assunzione dell'obbligazione al verificarsi della condizione dell'approvazione da parte di terzi (es. «salvo approvazione della casa»): F. BORTOLOTTI, *Diritto dei contratti internazionali*, cit., 132 e s.

²¹ Corte di cassazione, sez. I, 11 luglio 1988, n. 4570, *Soc. Buitoni c. I.R.I.*, in *Foro it.*, 1988, I, 2564, ove si qualifica come «gara impropria» la trattativa intrapresa dall'Iri con più soggetti (Soc. Buitoni, Iar, Co.fi.ma.) interessati all'acquisto delle azioni Sme possedute dall'istituto, utilizzando strumenti integralmente privatistici. Dalla partecipazione a questa particolare forma di trattativa sorge una particolare posizione soggettiva che legittima all'intervento nel giudizio instaurato da uno degli altri partecipanti alle trattative. Sulla questione cfr. altresì: Corte di cassazione, sez. un., 25 marzo 1986, n. 2091, *Soc. Co.fi.ma. c. Soc. Buitoni*, in *cd-rom Juris data*.

Data l'«informalità» di tali «gare»²², che non costituiscono altro che una modalità di conduzione delle trattative, se ne ha notizia solo in occasione di successivi inadempimenti del contratto stipulato²³, o dalla regolamentazione adottata dalle associazioni delle imprese che sono invitate a parteciparvi²⁴.

²² Tribunale di Roma, 19 luglio 1986, *Soc. Buitoni c. Iri e Soc. Co.fi.ma.*, in *Foro it.*, 1986, I, 2284; Corte d'Appello di Roma, 9 febbraio 1987, *Soc. Buitoni c. Iri e Soc. Co.fi.ma.*, in *Foro it.*, 1987, I, 1260; Corte di cassazione, sez. I, 11 luglio 1988, n. 4570, cit., 2564, ove si rileva che l'IRI ha avviato una gara «impropria» per la vendita delle azioni SME-SIDALM anche se con gara impropria, con la conseguenza che le imprese IAR e COFIMA che hanno presentato delle offerte di contratto dispongono di una «situazione sostanziale — sia pure ancora *in itinere* non essendo insorto alcun vincolo dell'IRI — che può condurre in favore delle intervenienti, con la (eventuale) accettazione di quelle offerte, alla perfezione del contratto di vendita», e sono conseguentemente legittimate all'intervento adesivo dipendente nel giudizio. La Corte, in esito al giudizio, respinge la domanda della Soc. Buitoni circa la pretesa sussistenza di un rapporto contrattuale volto alla cessione, a determinate condizioni, delle azioni Sme possedute dall'Iri. I giudici di merito negano la sussistenza di un vincolo giuridico alla cessione, rilevando l'esistenza di trattative in via di definizione ed in particolare la Corte d'Appello significativamente afferma che: «la mancata conclusione del contratto potrebbe, tutt'al più, dare origine ad una responsabilità precontrattuale ex art. 1337 cod. civ., che, però, nel caso in esame non ha formato oggetto della domanda».

²³ Cfr.: Corte d'appello di Cagliari, 9 novembre 1988, *Melis c. Enel*, in *Riv. giur. sarda*, 1990, 647, con nota di BANDIERA, ove un ente pubblico per scegliere il contraente cui affidare l'appalto per il servizio di pulizie ha utilizzato l'invito ad offrire, nel quale erano espressamente menzionati i locali oggetto del servizio, ma nel corso dell'esecuzione del contratto si pretendeva di ampliare l'area oggetto del servizio di pulizia rispetto a quanto previsto.

²⁴ Autorità garante per la concorrenza, 19 dicembre 1996, n. 4514, *Agenzie di pubblicità*, in *Dir. ind.*, 1997, 505, ove si analizzano le regole fissate dalle associazioni delle imprese di comunicazione (agenzie pubblicitarie) per la partecipazione alle gare indette da soggetti privati (ad esempio di astenersi dal partecipare a gare in cui siano convocate più di tre agenzie, ovvero non siano resi noti i nominativi degli altri partecipanti, o non sia prevista una remunerazione anche per la partecipazione alla gara). L'Autorità garante della concorrenza ha giudicato tali regolamentazioni come intese restrittive della

La scelta di tali modalità rientra nell'autonomia privata di chi le instaura e le regole per la selezione del contraente sono ad esclusivo vantaggio dell'organizzazione che le adotta, senza che i partecipanti possano farne valere le violazioni se non nei limiti in cui si configuri un comportamento scorretto. L'orientamento che richiede come elemento della responsabilità precontrattuale «l'affidamento nella *conclusione* del contratto» sottrae queste procedure selettive ad ogni sindacato per il solo fatto che è noto a tutti il coinvolgimento di più soggetti.

La partecipazione a tali selezioni viene considerata un'occasione di sviluppo dell'attività dell'impresa invitata ed i costi di partecipazione vengono ricondotti al normale rischio di impresa che l'organizzazione può diversificare e scaricare sui prezzi (gli altri contratti conclusi).

Quando un tale rischio non appaia sopportabile, né conveniente, perché le trattative si prospettano particolarmente complesse e impegnative, si sceglie di stipulare un vero e proprio accordo attraverso il quale definire la disciplina della trat-

concorrenza e vietate dall'art. 2, comma II, della l. 10 ottobre 1990, n. 287, *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*: «Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali; b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi» e al comma III precisa che: «Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto».

tativa²⁵ che si intende intraprendere, i relativi obblighi e le responsabilità²⁶.

Nell'accordo si possono fissare gli obblighi di segretezza circa le informazioni che verranno comunicate nel corso delle trattative (*confidentiality agreements*) — anche di contenuto positivo, come protezione delle informazioni ottenute²⁷ —. La segretezza appare essenziale quando le trattative riguardano, ad esempio, la cessione di partecipazioni azionarie, per evitare che vengano lanciate offerte pubbliche di acquisto volte alla scalata della società (*hostile take-overs*).

Come si è detto un accordo che specifica gli obblighi pre-contrattuali consente di sanzionare il comportamento difforme come inadempimento contrattuale. Il danno «precontrattuale» conseguente a tali violazioni viene inoltre preventivamente quantificato non da clausole penali soggette alla valutazione del giudice, ma come vera e propria liquidazione forfetaria, concordata fra le parti, di danni irreparabili e di difficile quantificazione²⁸.

²⁵ Sul *contract to bargain*, diffuso soprattutto negli ordinamenti di common law: D. CARUSO, *La culpa in contrahendo*, cit., 22; G. ALPA, *Appunti sulla responsabilità precontrattuale nella prospettiva della comparazione giuridica*, in *Resp. civ.*, 1981, 535; M. BIANCHI, D. SALUZZO, *I contratti internazionali, tecniche di redazione e clausole contrattuali*, Milano, 1997, 132 e s.

²⁶ A. FRIGNANI, *Il diritto del commercio internazionale*, Padova, 1985, 29 e s.; P. CANEPA, *Dichiarazione di intenti*, in *Dig. disc. civ.*, vol. V, Torino, 1989, 329; U. DRAETTA, *Gli usi del commercio internazionale nella regolazione ed esecuzione dei contratti internazionali*, Milano, 1987, 45 e s.

²⁷ U. DRAETTA, *Documenti pre-contrattuali nei negoziati relativi a mergers e acquisitions. Rassegna della prassi internazionale*, in F. BONELLI, M. DE ANDRÉ, *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, Milano, 1990, 97; U. DRAETTA, *Il diritto dei contratti internazionali. La formazione dei contratti*, Padova, 1984, 43 e s.

²⁸ U. DRAETTA, *Documenti pre-contrattuali nei negoziati relativi a mergers e acquisitions*, cit., 114.

Per sanzionare le violazioni di tali accordi è altresì possibile ricorrere ai provvedimenti di urgenza che possono bloccare il comportamento scorretto, impedendo o quantomeno limitando gli effetti dannosi dello stesso (sequestri, *injunction*, ecc.)²⁹, ma che normalmente hanno anche l'effetto di interrompere le trattative, data la difficoltà di imporre la prosecuzione «leale» delle stesse.

Le imprese possono regolare i futuri rapporti anche a mezzo di «contratti normativi»³⁰, che, oltre al contenuto dei futuri contratti, possono disciplinare anche le modalità di formazione degli stessi, con la conseguenza che le eventuali violazioni trasformano la scorrettezza precontrattuale in inadempimento.

Nei settori in cui la concorrenza è molto forte è possibile che si svolgano gare private, o trattative multiple, in occasione delle quali l'imprenditore insieme al bene che intende vendere offre anche una serie di servizi accessori, di progettazione o adattamento e talora si obbliga anche a trovare i finanziamenti per consentire alla controparte di assumere l'impegno.

In questi casi si stipula un contratto sottoposto a numerose condizioni sospensive ed altrettante clausole che liquidano anticipatamente il danno anche per l'inadempimento degli

²⁹ U. DRAETTA, *Documenti pre-contrattuali nei negoziati relativi a mergers e acquisitions*, cit., 111; D. CARUSO, *La culpa in contrahendo*, cit., 85, che come esempio italiano di diniego di tale tutela richiama il decreto del Trib. di Roma, 25 giugno 1985, in *Corr. giur.*, 1985, 823, che respinge la domanda di sequestro conservativo delle azioni SME; C. CARASSI, *Le lettere di intenti fra prassi e necessità di nuove regole in margine al caso «SME»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 843.

³⁰ S. MAIORCA, *Normativo (contratto)*, in *Digesto civ.*, Torino, 1995, vol. XII, 169; G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994, 5 e s.; G. GUGLIELMETTI, voce *Contratto normativo*, in *Encicl. giur. Treccani*, Roma, 1988, vol. IX, 1 e s.; MESSINEO, voce *Contratto normativo*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, 121 e s.; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni, Le fonti*, vol. II, Milano, 1948, 134 e s.

impegni collateralmente assunti, magari troppo precipitosamente, per distogliere la controparte dalle trattative con soggetti terzi.

Il sistema delle contrattazioni fra organizzazioni complesse pare dominato da prassi consolidate che rimangono prevalentemente segrete e che impediscono, o limitano fortemente, il sorgere di questioni precontrattuali. La correttezza pare venga imposta principalmente dall'esigenza di mantenere credibilità e fiducia nei rapporti con gli operatori economici del settore.

Deterrenti alla scorrettezza sono sia la «rete di rapporti che si devono mantenere», sia la necessità di evitare possibili «ritorsioni», che possono risultare molto più gravi della richiesta di risarcimento del danno precontrattuale. La diffusione di pratiche contrattuali proprie delle grandi imprese, gli usi del commercio internazionale e le decisioni delle camere arbitrali internazionali creano regole uniformi³¹, che predeterminando gli obblighi di correttezza precontrattuale ne garantiscono l'osservanza.

3. *La posizione dominante e l'obbligo di instaurare trattative senza discriminazioni tra le imprese interessate. La concentrazione di risorse ed i limiti all'autonomia giuridica a favore della concorrenza.*

Accanto a tali regole si è sviluppato un complesso normativo a tutela della concorrenza che pone nuovi vincoli all'au-

³¹ Cfr. F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 1993, 209 e s., che ritiene che «il contratto prende il posto della legge anche per organizzare la società civile» e «la tutela dell'interesse generale diventa una componente del profitto, e si protegge il consumatore per vendere di più, si salvaguarda l'ambiente per meglio valorizzare la proprietà».

tonomia privata. Inizialmente estraneo alla tradizione giuridica nazionale³², il cosiddetto diritto *antitrust* ha avuto ingresso nel nostro ordinamento con il Trattato di Roma (artt. 81 CE s., ex artt. 85 s.³³) e successivamente con la l. 10 ottobre 1990,

³² Cfr.: N. IRTI, *Iniziativa privata e concorrenza (verso la nuova costituzione economica)*, in *Giur. it.*, 1997, 2225 e s., ove si afferma che il principio di concorrenza non è ricavabile dall'art. 41 Cost. se non «con fatica esegetica ed in ispregio della lettura complessiva della norma» poiché la libertà di iniziativa economica non contiene in sé il principio di concorrenza dal momento che la libertà è una figura verticale e indica una sfera d'azione protetta contro lo Stato, mentre la concorrenza è una figura orizzontale che si riferisce ai rapporti tra imprenditori.

³³ Art. 81 CE (ex art. 85 del Trattato Ce): «1. Sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni d'impresa e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune ed in particolare quelli consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione, b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti, c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento, d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza, e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi. 2. Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto. 3. Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili: a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese, a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di: a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi, b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi» e art. 82 CE, ex art. 86 del Trattato Ce: «È incompatibile con il mercato co-

n. 287, *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*³⁴ per comportamenti che non ricadono nella disciplina europea³⁵.

Appare d'interesse rilevare come la disciplina delle imprese³⁶ in «posizione dominante» su un determinato mercato³⁷ influisca sulle modalità di conduzione delle loro trattative.

mune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo *sfruttamento abusivo* da parte di una o più imprese di una *posizione dominante* sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo. Tali pratiche abusive possono consistere in particolare: a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque, b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori, c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza, d) nel subordinare la conclusione di contratti alla accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi».

³⁴ Art. 1, comma I, l. 287/90, cit.: «*Ambito di applicazione e rapporti con l'ordinamento comunitario*. 1. Le disposizioni della presente legge in attuazione dell'art. 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica, si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese che non ricadono nell'ambito di applicazione degli articoli 65 e/o 66 del Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, degli articoli 85 e/o 86 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (CEE), dei regolamenti della CEE o di atti comunitari con efficacia normativa equiparata».

³⁵ Si precisa che nel testo viene utilizzata l'espressione «europea» per indicare la disciplina «dell'Unione europea».

³⁶ Sulla nozione di impresa come «qualunque entità esercente un'attività economica, indipendentemente dallo stato giuridico di questa entità e dal suo modo di finanziamento»: Corte di Giustizia Ce, 23 aprile 1991, causa 41/90, *Hofner*, in *Racc.*, 1991, 1979.

³⁷ A. FRIGNANI, *Intese, posizioni dominanti e imprese pubbliche nelle decisioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. comm. internaz.*, 1997, 549, ove si individuano i «mercati» rilevanti per valutare «gli effetti anticoncorrenziali dei comportamenti vietati, ovvero la sussistenza di una posizione dominante di una o più imprese», in senso merceologico (grado di sostituibilità dei prodotti) e geografico (europeo, nazionale, regionale, in-

Le norme indicate non definiscono la nozione di «posizione dominante», ma da tempo la stessa è stata affermata in via interpretativa dalla Corte di Giustizia Ce come «situazione di potenza economica grazie alla quale essa (l'impresa) è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori»³⁸.

La posizione dominante di per sé non è vietata; è sanzionato³⁹ l'«abuso» di tale posizione dominante da parte dell'impresa che la detiene ed i comportamenti «abusivi» sono indicati solo in via esemplificativa negli artt. 81 e 82 CE (85 e 86 del Trattato Ce) e nell'art. 3 della l. 287 del 1990, cit., ma vengono progressivamente individuati nella sua crescente applicazione⁴⁰.

fraregionale, in relazione alle caratteristiche dei prodotti e alle abitudini dei consumatori); D. DURANTE, voce *Concorrenza (diritto comunitario)*, in *Enc. dir.*, Vol. I di agg., Milano, 1997, 354 e s.

³⁸ Corte di Giustizia Ce, 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands Company c. Commissione Ce*, in *Foro it.*, 1978, IV, 518; Corte di Giustizia Ce, 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann La Roche c. Commissione Ce*, in *Racc.* 1979, 461; Corte di Giustizia Ce, 31 maggio 1979, causa 822/78, *Hugin c. Commissione Ce*, in *Racc.* 1979, 1869; G. MARENCO, *Le due anime dell'art. 86 del Trattato Cee*, in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 1986, 11, che individua da un lato la tutela del contraente debole e dall'altro la tutela delle imprese concorrenti.

³⁹ Relativamente dalla Commissione Ce e dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato: R. GALBIATI, *Autorità garanti - profili processuali*, in *Foro it.*, 1998, V, 431, che individua i poteri di indagine in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante, poteri istruttori, emanazione di diffide e sanzioni amministrative pecuniarie, emissione di provvedimenti cautelari consistenti nella sospensione dell'attività d'impresa (artt. 12, 14 e 15 l. 287/90).

⁴⁰ Si rinvia a: M. TODINO, *L'Autorità e l'applicazione decentrata degli artt. 85 e 86 del trattato Ce*, Roma, 1998; A. FRIGNANI - M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella Ce*, Torino, 1996, 535; *Diritto antitrust italiano a*

Pare di interesse ricordare che tra i comportamenti «abusivi» si annovera l'«ingiustificato rifiuto di contrattare»⁴¹, perché può avere l'effetto di limitare o eliminare la concorrenza nel medesimo mercato in cui sussiste la posizione dominante o in uno ad esso collegato. Il divieto sembra tutelare da un lato

cura di Frignani, Pardolesi, Patroni Griffi, Ubertazzi, Bologna, 1993, II, 1449; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, 1 e s.; A. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Torino, 1998, 35 e s.; A. TIZZANO, *Diritto comunitario e sviluppo del principio di libera concorrenza in Italia*, in *Dir. Unione europea*, 1996, 741 e ss.; sulla giurisprudenza europea più recente: L. DI VIA, *La sentenza Job Centre II tra controllo sull'efficienza del servizio e applicazione delle regole di concorrenza al mercato del lavoro*, nota a Corte di giustizia 11 dicembre 1997, causa 55/96 in *Foro it.*, 1998, IV, 41, con nota di G. MELIANDÒ, *L'abolizione del monopolio pubblico del collocamento: una morte annunciata*; Corte di giustizia 6 aprile 1995, cause C-241/91 e C-242/91, in *Foro it.*, 1995, IV, 269, con nota di A. MASTRORILLI, *Abuso di diritto d'autore e disciplina antitrust*, 1998, IV, 41; App. Milano 18 luglio 1995, in *Danno e resp.*, 1996, 1, 105, con nota di C. OSTI, *Abuso di posizione dominante e danno risarcibile*, nonché in *Foro it.*, 1996, I, 276, con nota di A. BARONE, *Danni da abuso di posizione dominante e giurisdizione ordinaria*. Da ult. in particolare sul settore delle telecomunicazioni: M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, 4 e s.

⁴¹ F. CORAGGIO, *Abuso di posizione dominante e obblighi legali di contrarre*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, 179 e s.; L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre ed il mercato*, 1989; M. BARCELLONA, *Obbligo di contrarre, disciplina antitrust e tutela del consumatore-acquirente*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1969, II, 1003; S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre*, in *Trattato diretto da Rescigno*, Torino, 1998, XX, 215 e s.; F. A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno per violazione di norme antitrust: l'esperienza americana*, in *Riv. società*, 1992, I, 681; A. DI MAJO, voce *Obbligo a contrarre*, in *Enc. giuridica Treccani*, Roma, 1990, XXI, 8. In generale sulla risarcibilità del danno per violazione della disciplina antitrust: A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996; S. BASTIANON, *Violazione della normativa antitrust e risarcimento del danno*, in *Danno e resp.*, 1996, 5, 55; Id., *Antitrust e risarcimento del danno: atto secondo*, id., 1997, 602; M. DE VITA, *Misure normative ed applicabilità alle imprese della legge antitrust*, Roma, 1997, 5 e s.

il mantenimento di quella limitata concorrenza che può esistere nonostante la presenza di una posizione dominante, dall'altro la libertà di contrattare delle imprese che entrano in relazione con l'impresa dominante⁴².

L'impresa in «posizione dominante» è soggetta all'obbligo di non discriminazione nei confronti dei soggetti che si propongono come suoi contraenti, poiché un comportamento diverso ostacola l'accesso al mercato di tali soggetti e conseguentemente ne compromette la libera concorrenza⁴³.

L'impresa in «posizione dominante» non può decidere di trattare con un solo soggetto⁴⁴, poiché tale comportamento limiterebbe la concorrenza anche su mercati collegati, con l'effetto di rafforzare ed estendere la posizione dominante.

Contravviene al divieto di «abuso di posizione dominante»⁴⁵ chi favorisce imprese «di fiducia», ovvero quelle a sé

⁴² I casi più frequenti riguardano la cessazione di forniture a terzi da parte dell'impresa dominante al fine di estendere la propria attività anche ad un mercato collaterale: Corte di giustizia, 6 marzo 1974, cause 6 e 7/63, *Commercial Solvent Corporation c. Commissione Ce*, in *Foro it.*, 1974, IV, 261, ove si individua un obbligo a contrarre poiché il rifiuto di proseguire la fornitura era apparso discriminatorio; Corte di Giustizia Ce, 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands Company c. Commissione Ce*, cit.

⁴³ A. FRIGNANI, *Intese, posizioni dominanti e imprese pubbliche nelle decisioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., 549.

⁴⁴ Autorità garante per la concorrenza, 22 dicembre 1993, n. 1663, *Consorzio CAPRI*, in *Dir. ind.*, 1994, 569, con nota di L. AMADEI, ove si esclude, in quanto configura «abuso di posizione dominante» ex art. 3, l. 10 ottobre 1990, n. 287, cit., che l'impresa concessionaria ex lege del servizio nazionale di trasporto ferroviario possa «rivolgersi per la fornitura di beni o servizi esclusivamente ad imprese del proprio paese ovvero ai propri fornitori tradizionali».

⁴⁵ In particolare violazione dell'art. 3, lett. b, della l. 10 ottobre 1990, n. 287, cit., che prevede: «È vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, ed inoltre è vietato: ... b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori».

collegate, offrendo loro condizioni di favore rispetto ad altre imprese in concorrenza⁴⁶. Ove non si ritenga possibile riconoscere anche alle imprese concorrenti il medesimo trattamento, un tale favore appare discriminatorio e quindi vietato, poiché tende a marginalizzare le concorrenti.

Al soggetto che si trova in «posizione dominante» viene imposto l'obbligo di non discriminazione tra i soggetti che gli presentino delle offerte per la stipulazione di contratti nel medesimo settore⁴⁷.

Chi dispone di una posizione dominante non può liberamente rifiutare di valutare le offerte ricevute, ma deve avviare delle trattative che si svolgano correttamente, senza discriminazioni né contraddittorietà, con tutte le imprese che dispongono della capacità economica e tecnica per operare in quel settore o in ambiti collegati. Solo così è possibile garantire la crescita, o quantomeno il mantenimento del mercato, in un settore già condizionato dall'esistenza di una seppur legittima «posizione dominante».

⁴⁶ Autorità garante per la concorrenza, 19 giugno 1996, n. 4000, *Anim c. Italgas s.p.a.*, in *Dir. ind.*, 1996, 938, con nota di V.G. CATELLI, ove l'Autorità accerta l'abuso di posizione dominante dell'Italgas s.p.a. consistente nel riconoscere unicamente alle società controllate operanti nel settore della manutenzione programmata degli impianti termici, la possibilità di fatturare e rateizzare il costo dell'intervento nella medesima bolletta relativa alla fornitura del gas metano. Se esiste l'obbligo di parità di trattamento da parte del monopolista nella stipulazione dei contratti che hanno come oggetto le prestazioni in monopolio (art. 2597 cod. civ.), la disciplina antitrust impone un ulteriore obbligo di non discriminazione nelle trattative con le imprese che operano in settori connessi per evitare la limitazione dell'accesso al mercato da parte di imprese concorrenti. Sulle sanzioni per l'ingiustificato rifiuto di contrarre: F. CORAGGIO, *Abuso di posizione dominante e obblighi legali di contrarre*, cit.,

⁴⁷ Autorità garante per la concorrenza, 13 aprile 1995, n. 2950, *Snai c. Unire*, in *Dir. ind.*, 1996, 207.

Se i principi di correttezza e buona fede, come si è visto, hanno l'effetto di vietare i comportamenti contraddittori, la posizione dominante sul mercato impone anche l'obbligo di non discriminazione fra le imprese interessate ai contratti che l'impresa «dominante» intende stipulare.

L'obbligo di non discriminazione pare peraltro riconducibile a quello di non contraddittorietà ove si instaurino trattative parallele o gare private, poiché in tal caso il recesso può essere corretto solo ove avvenga nel rispetto delle richieste avanzate, e quindi risulti imparziale.

Le regole sulla concorrenza superano la disciplina del codice civile imponendo l'obbligo di instaurare trattative con coloro che si propongono come contraenti⁴⁸, mentre normalmente per il diritto civile la scelta dei soggetti con i quali avviare trattative costituisce libero esercizio dell'autonomia privata.

Le norme a garanzia della concorrenza, seppur per casi limitati alla sussistenza di una «posizione dominante», impongono un comportamento positivo che consiste nell'obbligo di valutare le offerte delle altre imprese che operano in quel settore senza discriminazioni, a garanzia della «sopravvivenza» sul mercato di chi realmente offre le migliori prestazioni.

In tal senso la «posizione dominante» su di un determinato mercato comporta un limite all'autonomia privata dell'impresa che la detiene e condiziona le scelte di impiego delle risorse, quantomeno attraverso l'imposizione dell'obbligo di

⁴⁸ Si tratta di un profilo che trascende gli eventuali obblighi di adottare le procedure di selezione in materia di appalti pubblici, che, anche ove rispettati non garantiscono, di per sé, il raggiungimento dell'obiettivo della normativa *antitrust* che è quello di impedire, limitare o distorcere la concorrenza: Autorità garante per la concorrenza, 13 aprile 1995, n. 2950, *Snai c. Unire*, cit., ove si afferma che la legittimità della selezione del contraente attuata a mezzo di trattativa privata può comunque determinare abuso di posizione dominante se ha l'effetto di impedire o limitare la concorrenza. V. *infra* cap. III.

valutare con imparzialità le offerte dei soggetti non legati alla propria organizzazione.

Queste evoluzioni normative appaiono di grande interesse ove correlate alla disciplina che impone alle pubbliche amministrazioni di scegliere il contraente attraverso procedimenti concorsuali⁴⁹. Se in passato l'indicata disciplina era posta a garanzia del perseguimento dell'interesse pubblico soggettivo nelle amministrazioni pubbliche, oggi i vincoli paiono posti nell'interesse della collettività, anche sovranazionale, alla realizzazione di un mercato concorrenziale⁵⁰, obiettivo che non può non coinvolgere tutte le organizzazioni complesse che possono compromettere lo sviluppo della libera concorrenza.

L'analisi delle norme europee che impongono la non discriminazione e l'obbligo di attivare procedure concorsuali per la stipulazione dei contratti possono trovare una nuova *ratio* nel trattamento di sfavore verso le organizzazioni ad alta concentrazione di risorse, le quali, se trasferite liberamente, potrebbero compromettere l'esistenza, o quantomeno l'equilibrio, del mercato in determinati settori.

Dal punto di vista europeo, l'impiego delle risorse di una pubblica amministrazione o di un'impresa che detiene una «posizione dominante», può ugualmente portare a limitazioni penetranti di quell'autonomia giuridica riconosciuta e protetta dagli ordinamenti nazionali.

4. *Le trattative volte alla costituzione di rapporti di lavoro subordinato. I limiti all'autonomia privata dell'imprenditore e l'obbligo ex lege di assumere il lavoratore avviato come obbligo di correttezza risarcibile.*

Le trattative delle organizzazioni appaiono d'interesse an-

⁴⁹ V. *infra* cap. III e seguenti.

⁵⁰ V. *infra* cap. V.

che con riferimento alla costituzione di rapporti di lavoro subordinato, ove si sono affermate innovative interpretazioni dei principi di buona fede e correttezza, sia nei confronti delle imprese private, sia degli enti pubblici economici⁵¹.

Sono trattative che hanno ad oggetto l'accertamento dell'idoneità di una persona fisica allo svolgimento di una prestazione lavorativa secondo principi che non differiscono da quelli che riguardano le altre trattative, se non per il fatto che normalmente le modalità del loro svolgimento trovano «predefinito» in discipline legislative, regolamentari e contrattuali⁵².

Le controversie concernenti la fase costitutiva del rapporto di lavoro hanno per oggetto il rispetto della specifica disciplina di settore, oltre all'osservanza del generale principio di correttezza⁵³.

Anche in questo caso un impari rapporto ha comportato l'introduzione di specifiche norme a tutela del lavoratore, che consentono di evidenziare la varietà e la ricchezza d'articolarità della fase pre-contrattuale. La tutela del lavoro subordinato comporta particolari limitazioni all'autonomia privata, poiché l'imprenditore non può liberamente scegliere il soggetto che ritiene idoneo, ma deve rispettare determinate regole,

⁵¹ È noto che per questo profilo imprese private ed enti pubblici economici vengono equiparati, da ult.: Corte di cassazione, sez. un., 6 febbraio 1998, 1274, *Az. speciale acqued. Ruzzo, Teramo c. Ciccarelli*, in cd-rom *Foro it.*

⁵² Corte di cassazione, sez. lav., 23 novembre 1995, n. 12117, *Massenzio c. Banco di Napoli*, per esteso su cd-rom *juris data*, afferma che nel potere di organizzazione dell'impresa, rientra anche il potere di promozione dei propri dipendenti, tuttavia tale potere «non è del tutto arbitrario, ma può essere limitato o regolato da una serie di norme di varia natura (legislativa, regolamentare, contrattuale e così via) e di vario carattere (vincolante o discrezionale)».

⁵³ Corte di cassazione, sez. un., 6 febbraio 1998, n. 1274, *Az. speciale acqued. Ruzzo, Teramo c. Ciccarelli*, cit.

che specificano il comportamento precontrattuale corretto e gli impongono l'obbligo di imparzialità e di non discriminazione. Il sistema del collocamento sta subendo profonde trasformazioni in relazione al superamento della riserva agli uffici pubblici di ogni attività di mediazione tra domanda e offerta di lavoro⁵⁴, imposto dalla giurisprudenza europea⁵⁵.

Di interesse è l'analisi delle questioni sorte in occasione della costituzione dei rapporti di lavoro che riguardano sia il rapporto fra un singolo e l'impresa interessata all'assunzione, sia i cosiddetti «concorsi privati» per l'assunzione o per la promozione che sono regolati da un bando di concorso, o comunque da norme che predeterminano i criteri per la selezione⁵⁶.

Le «sezioni lavoro» della Cassazione sembrano riservare maggiore attenzione all'interpretazione delle norme sulla responsabilità precontrattuale e, più in generale, delle clausole di buona fede e correttezza, proprio al fine di garantire la tutela della parte debole nel rapporto. L'inadeguatezza della comune interpretazione giurisprudenziale in tema di *culpa in*

⁵⁴ Divieto posto dalla l. 29 aprile 1949, n. 264, su cui è intervenuto il d. l. 23 dicembre 1997, n. 469, *Conferimento alle regioni e agli enti locali di funzioni e compiti in materia di mercato del lavoro, a norma dell'art. 1 della legge 15 marzo 1997, n. 5*, che all'art. 10 disciplina il procedimento di autorizzazione allo svolgimento dell'attività di mediazione tra domanda e offerta di lavoro; cfr. da ult. A. DI FRANCESCO, *Liberalizzazione della mediazione di manodopera: dalla sentenza della Corte di giustizia europea alla riforma della legislazione italiana*, in *Dir. Lavoro*, 1998, 465 e s.; M. ROCCELLA, *Mercato del lavoro e lotta ai monopoli: appunti sulla giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, I, 3.

⁵⁵ Corte di giustizia 11 dicembre 1997, causa 55/96 in *Foro it.*, 1998, IV, 41, con nota di G. MELIANDÒ, *L'abolizione del monopolio pubblico del collocamento: una morte annunciata*; L. DI VIA, *La sentenza Job Centre II tra controllo sull'efficienza del servizio e applicazione delle regole di concorrenza al mercato del lavoro*, in *Foro it.*, 1998, IV, 41.

⁵⁶ V. *infra* par. successivo.

contrabendo ha determinato non tanto la modifica dei tratteggi orientamenti in materia, quanto la ricerca di altre vie che consentano una più efficace tutela.

In ordine alla disciplina sul collocamento obbligatorio⁵⁷, in un primo tempo si è ritenuto che la mancata assunzione del soggetto avviato al lavoro potesse comportare il risarcimento dei danni a titolo di responsabilità precontrattuale⁵⁸. In seguito, pur ammettendo la sussistenza di una fase precontrattuale di trattative con il lavoratore⁵⁹, la giurisprudenza si è evoluta nel senso di riconoscere in capo all'impresa un obbligo *ex lege* di assumere il lavoratore⁶⁰. A tale obbligo, tuttavia, non corrisponde un «diritto al contratto» (all'assunzione) del lavoratore avviato, ma solo il diritto alla corretta valutazione dei requisiti previsti. Il diritto all'assunzione non può trovare esecuzione in forma specifica, poiché si ritiene necessaria la manifestazione di volontà delle parti volta alla definizione di alcuni elementi essenziali, quali la retribuzione, le mansioni, la qualifica, il periodo di prova⁶¹.

⁵⁷ L. 29 aprile 1949, n. 264, *Provvedimenti in materia di avviamento al lavoro e di assistenza ai lavoratori involontariamente disoccupati*, e l. 2 aprile 1968, n. 482, *Disciplina generale delle assunzioni obbligatorie presso la pubblica amministrazione e le aziende private*, materia oggi ridisciplinata dalla l. 12 marzo 1999, n. 68, *Norme per il diritto al lavoro dei disabili*.

⁵⁸ I danni subiti per la mancata costituzione del rapporto di lavoro possono e debbono essere liquidati «solo a titolo di responsabilità precontrattuale del datore di lavoro, ai sensi dell'art. 1337 cod. civ., secondo i criteri limitativi previsti per tale tipo di responsabilità», e l'onere della prova spetta all'attore: Corte di cassazione, 13 giugno 1983, n. 4056, *Enel c. Bembo*, in *Rass. giur. Enel*, 1984, 187.

⁵⁹ La «presentazione» del lavoratore comporta l'inizio delle trattative: Corte di cassazione, sez. lav., 15 luglio 1987, n. 6224, *Fiat Auto s.p.a. c. Biondelli*, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 407.

⁶⁰ Art. 14 l. 29 aprile 1949, n. 264, *cit.*, e art. 16, comma IV, l. 2 aprile 1968, n. 482, *cit.* Cfr. A. BELLAVISTA, voce *Assunzioni obbligatorie*, in *Enc. dir.*, Vol. I di agg., Milano, 1997, 354 e s.

⁶¹ Anche se molto può essere definito dai contratti collettivi di lavoro,

Si potrebbe affermare che l'interpretazione restrittiva della responsabilità precontrattuale ha favorito una soluzione che individua, in questi particolari casi di trattative, un'obbligazione *ex lege* determinante responsabilità di natura «contrattuale» per l'inadempimento dell'obbligo di applicare correttamente le norme ed i criteri predefiniti che regolano l'assunzione.

Il lavoratore che senza giustificazioni⁶² non viene assunto ha diritto all'integrale risarcimento dei danni e quindi al ristoro delle utilità perdute per tutto il periodo dell'inadempimento. Ciò consente al lavoratore discriminato di ottenere un risarcimento del danno corrispondente all'interesse positivo che aveva all'adempimento⁶³, che equivale alle retribuzioni dovute, senza ricorrere a criteri equitativi⁶⁴.

esclude la costituzione automatica e autoritativa del rapporto di lavoro: Corte di cassazione, sez. lav., 16 maggio 1998, n. 4953, *Soc. Agip petroli c. Boerchio*, in cd-rom *Foro it.*; S. MAXIA, *Avviamento del lavoratore, mancata assunzione e responsabilità del datore di lavoro nella disciplina del collocamento ordinario* (Nota a P. Dorgali, 15 aprile 1988, *Carta c. Reg. Sardegna*; P. Iglesias 23 novembre 1987, *Marras c. Soc. coop. Ics* e T. Cagliari, 2 gennaio 1989, *Soc. coop. Ics c. Marras*), in *Riv. giur. sarda*, 1990, 123.

⁶² Corte di cassazione, 2 luglio 1988, n. 4392, *Palacino c. Soc. gen. Supermercati*, ove si precisa che la disciplina del collocamento obbligatorio prevista dalla l. n. 482 del 1968, che all'art. 20 prevede la facoltà, sia per il datore di lavoro, sia per l'invalido di procedere ad un accertamento sanitario, ad opera di un apposito collegio medico, della natura e del grado di invalidità del lavoratore medesimo e dell'eventuale pregiudizio che, dall'accertato stato di invalidità, possa derivare alla salute e all'incolumità dei compagni di lavoro o alla sicurezza degli impianti.

⁶³ Afferma il diritto all'integrale risarcimento del danno a titolo di responsabilità contrattuale: Corte di cassazione, sez. lav., 18 novembre 1995, n. 11953, *Marongiu c. Soc. Cedi*, in *Notiziario giurisprudenza lav.*, 1996, 46, e per esteso su cd-rom *juris data*; Corte di cassazione, sez. lav., 9 novembre 1995, n. 11681, *Soc. Ceit c. Endrizzi*, in *Orient. giur. lav.*, 1996, I, 371, ove si esclude che il risarcimento del danno possa ritenersi limitato al c.d. interesse negativo.

⁶⁴ Corte di cassazione, 20 marzo 1987, n. 2780, *Pino c. Soc. Keyes it.*, per

Benché l'accento sia posto sull'inadempimento dell'obbligo di stipulare il contratto, è significativo che venga negata la possibilità di esecuzione in forma specifica di tale obbligo (art. 2932 cod.civ.). Ammessa in alcuni casi dai giudici di merito, essa è normalmente esclusa⁶⁵ proprio in relazione all'esistenza di una necessaria fase di trattative rivolte alla definizione degli elementi essenziali del rapporto di lavoro⁶⁶.

esteso su cd-rom *juris data*, l'imprenditore che ingiustificatamente rifiuta l'assunzione del lavoratore avviato è tenuto al risarcimento del danno che consiste nella perdita delle retribuzioni dovute al lavoratore fin dalla data dell'avviamento e da lui non percepite; perciò dal momento che può essere provato nel suo preciso ammontare è possibile escludere il ricorso a criteri equitativi.

⁶⁵ Così: Pretura di Milano, 18 luglio 1995, *Piccione c. Osp. clinicizzato S. Donato Milanese*, in *Riv. critica dir. lav.*, 1996, 131, che afferma l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 2932 cod. civ. relativa alla costituzione coattiva del rapporto di lavoro nel caso di mancata assunzione di un invalido avviato obbligatoriamente. *Contra*: Tribunale di Varese, 9 settembre 1994, *Soc. Dama c. Vercesi*, in *Orient. giur. lav.*, 1995, 86. Cfr. Corte di cassazione, sez. lav., 15 luglio 1987, n. 6224, *Fiat Auto s.p.a. c. Biondelli*, cit., 407, in senso negativo, mentre il giudice d'appello si era pronunciato positivamente.

⁶⁶ Corte di cassazione, 24 ottobre 1991, n. 11284, *Paolucci c. Soc. pneumatici Pirelli*, per esteso su cd-rom *juris data*, afferma che l'atto di avviamento dell'U.p.l.m.o. fa sorgere soltanto l'obbligo di stipulare il relativo contratto, obbligo che non è suscettibile di esecuzione in forma specifica poiché «il sistema di collocamento al lavoro (tanto ordinario quanto obbligatorio) lascia alla autonomia delle parti la determinazione concreta di molteplici ed essenziali elementi (quali ad es.: qualifica, mansioni retribuzioni, patto di prova, ecc.) del contratto di lavoro di guisa che, non essendo nella legge sufficientemente specificato il contenuto dell'accordo che si deve stipulare, si rivela inammissibile (ed impossibile) il ricorso alla disposizione di cui all'art. 2932 cod. civ. sulla esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto, in caso di inadempimento del datore di lavoro al suddetto obbligo di assunzione mancando del tutto una preesistente volontà contrattuale, completa di tutti i suoi dettagli». Nello stesso senso: Corte di cassazione, 8 febbraio 1986 n. 821, *Ibid.*; Corte di cassazione, 19 giugno 1987 n. 5391, *Ibid.*; Corte di cassazione, 15 luglio 1987 n. 6994, *Ibid.*; Corte di cassazione, 29 ottobre 1988 n. 5894, *Ibid.* Diversamente per il caso di licenziamento illegittimo: Corte di cassazio-

Se l'antigiuridicità della mancata assunzione permane nel tempo, tuttavia l'obbligo di risarcimento del danno è delimitato al periodo che intercorre tra la data di avviamento e la data della sentenza di merito⁶⁷.

L'obbligo di correttezza precontrattuale viene sanzionato con il risarcimento del danno, seppur senza ammettere il potere di sostituzione del giudice nella costituzione coattiva del rapporto di lavoro in relazione all'impossibilità di integrare gli elementi mancanti per la definizione del rapporto.

5. (Segue): *I concorsi privati per la selezione del personale e la predefinizione di regole per la selezione. Le violazioni come inadempimento e la ripetizione della selezione.*

Ancora più esplicita appare la giurisprudenza che concerne i procedimenti di selezione del personale, in particolare degli enti pubblici economici, ove, sfumato il diritto all'assunzione⁶⁸, appare più evidente la fase precontrattuale, e l'attenzione può essere rivolta alla corretta applicazione dei criteri di

ne, sez. lav., 7 gennaio 1998, n. 77, *Soc. F. A. Petroli c. Longo*, ove è previsto l'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro da ultimo occupato (art. 18, l. 20 maggio 1970 n. 300) salva la facoltà del datore di lavoro di disporre il trasferimento ad altra sede nel concorso delle circostanze di cui all'art. 2103 cod. civ., tuttavia il datore di lavoro non può sottrarsi all'esatto adempimento dell'ordine di reintegrazione sostenendo che esigenze organizzative lo hanno indotto a coprire con altro dipendente il posto di lavoro in precedenza occupato dal lavoratore licenziato, dal momento che tale esigenza è conseguenza dello stesso licenziamento illegittimo.

⁶⁷ Da ult.: Corte di cassazione, sez. lav., 23 novembre 1998, n. 11877 *Soc. Laboratoires Dolis Italia c. Montone*, in cd-rom *Foro it.*

⁶⁸ Per il caso in cui il bando di concorso per l'assunzione presso un ente pubblico economico ha natura di offerta al pubblico: Corte di cassazione, 29 novembre 1986, n. 7081, *Magno c. Cassa risp. Calabria e Lucania*, in *Foro it.*, 1987, I, 1139.

selezione⁶⁹ e alla conseguente responsabilità precontrattuale⁷⁰.

La questione d'interesse concerne la formulazione e l'osservanza delle regole poste per la selezione del personale poiché, anche quando si nega espressamente l'esistenza di un «diritto al contratto» per la riconosciuta rilevanza di «discrezionalità» nelle scelte dell'imprenditore, non si esclude l'obbligo di osservare i parametri prefissati e di motivare congruamente le scelte effettuate⁷¹.

Si ammette un diritto alla correttezza *ex lege* non solo in presenza di norme che vincolano l'attività dell'imprenditore, ma anche quando l'ordinamento pare riconoscere un'autonomia giuridica nell'organizzazione dell'impresa⁷², confer-

⁶⁹ Pretura di Roma, 3 luglio 1990, *Tiberla c. Ist. poligrafico Stato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, II, 45, con nota di P. TULLINI, *Sull'ammissibilità della tutela specifica in materia di concorsi privati*, in sentenza si lamenta la mancata predefinizione di criteri generali che abbiano un sufficiente grado di concretezza, di chiarezza e precisione e non siano vaghi generici e indeterminati.

⁷⁰ Cfr. da ult. Corte di cassazione, sez. lav., 25 febbraio 1994, n. 1897, *Grillo c. Banca pop. Belpasso*, in *Riv. giur. lav.*, 1994, II, 1006, con nota di D. PIERGROSSI, *Responsabilità precontrattuale, risarcimento del danno e perdita di chances lavorative*, ove la Cassazione afferma essere «manifestamente implicita la valutazione negativa sotto il profilo della buona fede, del comportamento seguito nei confronti del Grillo» e che la «colpa "in contrahendo" coincide con la violazione del dovere di buona fede nello svolgimento delle trattative».

⁷¹ Corte di cassazione, sez. un., 1 ottobre 1993, n. 9804, *Siae c. Ferriani*, in *Foro it.*, 1994, I, 1825, si afferma che l'inadempimento «del diritto dell'interessato (non direttamente alla promozione, bensì) alla regolarità della procedura di valutazione ed alle opportunità che ciò poteva offrirgli (cfr. p. es. la sent. Cass. 1 aprile 1987 n. 3139), fa insorgere in lui, in base ai principi generali, il diritto soggettivo al risarcimento del danno».

⁷² Corte di cassazione, sez. lav., 17 aprile 1990, n. 3183, *Cassa Centrale di Risparmio Vittorio Emanuele II per le Province Siciliane c. Nicita Filippone-ri*, per esteso su cd-rom *juris data*, ove si afferma «l'inadempimento del promittente all'obbligo, assunto con il bando nei confronti di tutti i promissari, di compiere le operazioni selettive in conformità ai criteri stabiliti; non il diritto alla promozione, il quale, per i previsti margini di discrezionalità, non deri-

mando che la ricostruzione della responsabilità precontrattuale, come sanzione del «diritto alla correttezza», non implica un «diritto al contratto», né la valutazione dell'affidamento nella conclusione dello stesso.

La scorrettezza nello svolgimento di tali trattative può desumersi dalla violazione delle regole anticipatamente poste, oppure dal contenuto inadeguato delle stesse regole o clausole⁷³, con il riconoscimento di una «responsabilità contrattuale» che garantisce la tutela del soggetto leso durante le trattative in ragione dell'inadempimento del predefinito obbligo di osservare le regole del concorso (comportamento corretto). Le probabilità di essere assunto che l'interessato poteva nutrire (affidamento nella *conclusione* del contratto) sono valutate esclusivamente al fine della quantificazione e liquidazione del danno.

Il diritto alla correttezza nelle trattative è oggetto di norme che in tutto o in parte predefiniscono il comportamento da tenersi nelle trattative⁷⁴; tuttavia la violazione di tale obbli-

va direttamente dal suddetto obbligo, ma soltanto dal suo adempimento». La discrezionalità dell'assegnazione di taluni punteggi comporta che per la quantificazione del danno risarcibile la valutazione debba basarsi sui punteggi fissi ottenuti, sulla distribuzione statistica dei punteggi discrezionali, e su ogni altra indicazione ricavabile dalle caratteristiche del caso concreto per definire «la probabilità del candidato di essere collocato tra i promuovendi e conseguentemente il danno, liquidabile altrimenti solo in via equitativa, derivante dalla perdita di tale probabilità».

⁷³ Cfr. Corte di cassazione 9 marzo 1982, n. 1509, *Enel c. Borrelli*, in *Rass. giur. Enel*, 1982, 347, ove si dichiara la nullità della clausola che vietava illegittimamente la partecipazione a determinate categorie di candidati, con la conseguente affermazione del diritto dei partecipanti discriminati da tale clausola ad essere assunti ovvero il diritto ad ottenere il risarcimento del danno, a titolo di responsabilità precontrattuale del datore di lavoro.

⁷⁴ Cfr. Corte di cassazione, sez. lav., 23 novembre 1995, n. 12117, *Masenzio c. Banco di Napoli*, cit., pur escludendo che il potere di organizzazione dell'imprenditore sia arbitrario, non esclude una scelta dei soggetti da pro-

go giuridico non consente alla controparte di chiedere l'assunzione⁷⁵, ma solamente l'obbligo di risarcire il danno, ovvero di ripetere le operazioni concorsuali⁷⁶, negando anche in questo caso sentenze costitutive o adempimenti in forma specifica che sono considerati come negazione dell'autonomia giuridica riconosciuta dall'ordinamento.

La configurazione di un obbligo «contrattuale» alla correttezza è stato affermato dal giudice civile per inosservanza di norme regolamentari che predefinivano le regole di selezione dei concorrenti⁷⁷.

Normalmente non è ammesso un risarcimento in forma specifica della responsabilità precontrattuale, tuttavia può essere imposta la ripetizione della selezione⁷⁸ ove l'obbligo di

muovere «fra tutti i dipendenti in possesso dei previsti titoli di merito, senza la necessità di alcun concorso e senza dovere effettuare alcuna comparazione tra i medesimi».

⁷⁵ Tribunale di Roma, 9 ottobre 1996, *Valente c. Ente ferr. Stato*, in *Nuovo dir.*, 1997, 99, afferma che «la fattispecie predisposta dal bando di concorso non si perfeziona prima che si siano verificate tutte le condizioni da esso previste, onde non può ritenersi esistente alcun contratto idoneo a produrre effetti e, quindi, a porre a carico del datore di lavoro l'obbligo a contrarre ai fini dell'art. 2932 cod. civ.».

⁷⁶ Corte di cassazione, sez. un., 10 maggio 1995, n. 5112, *Acea Roma c. Guerisoli*, in *Corriere giur.*, 1995, 1076, con nota di CARRA per esteso su cd-rom *juris data*, ove non erano stati predeterminati i titoli e criteri del procedimento concorsuale, in violazione dell'art. 18 del regolamento approvato il 17 gennaio 1989 dal Consiglio comunale di Roma, e comunque dei principi di buona fede e correttezza.

⁷⁷ Corte di cassazione, sez. un., 10 maggio 1995, n. 5112, *Acea Roma c. Guerisoli*, cit.: v. *infra* cap. VI.

⁷⁸ Corte di cassazione, sez. un., 10 maggio 1995, n. 5112, *Acea Roma c. Guerisoli*, cit., ove si afferma che il carattere di infungibilità della prestazione ha l'effetto di renderla incoercibile (non suscettibile, cioè, di esecuzione forzata), ma non esclude la possibilità che la prestazione stessa sia oggetto di pronuncia giudiziale di condanna. Similmente, Corte di cassazione, sez. lav., 10 agosto 1987 n. 6864, *Fichera c. Cassa centrale di risparmio Vittorio Emanuele*

correttezza sia specificato da norme che definiscono il procedimento concorsuale.

Quando l'attività di accertamento dei requisiti è predefinita, è possibile inoltre provare che il lavoratore doveva essere assunto, sicché il danno precontrattuale può essere quantificato dall'ammontare delle retribuzioni dovute⁷⁹ oltre agli altri eventuali danni subiti⁸⁰.

L'esigenza di individuare una via per ammettere il controllo giudiziario del potere esercitato dal datore di lavoro nella selezione dei dipendenti aveva indotto taluno a qualificare tale potere come «discrezionale», al fine di riconoscere ai destinatari una posizione di interesse legittimo⁸¹.

Il per le province siciliane, in *Foro it.*, 1987, I, 2058 e Corte di cassazione, sez. un., 1 ottobre 1993, 9804, *Siae c. Ferriani*, in *Foro it.*, 1994, I, 1825, ove la violazione delle modalità procedurali del concorso è ricondotta alla figura dell'inadempimento contrattuale, con conseguente tutelabilità del diritto al positivo adempimento dell'obbligo inadempito.

⁷⁹ Pretura di Roma, 3 luglio 1990, *Tiberla c. Ist. poligrafico Stato*, cit., che contestata la correttezza della procedura di selezione per l'assunzione ad un impiego presso un ente pubblico economico, afferma la responsabilità precontrattuale e ammette il risarcimento in forma specifica ex art. 1453 I comma cod. civ., ovvero dell'art. 2058 I comma, cod. civ.

⁸⁰ Corte di cassazione, sez. lav., 19 novembre 1997, n. 11522, *Speciale c. Irfis Mediocredito Sicilia*, per esteso su cd-rom *Foro it.*, ove si riconosce al lavoratore la differenza tra il complessivo trattamento economico goduto e quello di cui avrebbe usufruito se avesse ottenuto la promozione, «oltre al risarcimento — ove ne sussista la prova — di ogni altro pregiudizio riflettentesi sulla persona del dipendente come conseguenza del mancato riconoscimento della promozione (quale la perdita di conoscenze, di esperienze e di professionalità scaturenti dalla qualifica non conseguita, ovvero il mancato raggiungimento di una situazione di maggior prestigio per i riflessi nell'ambiente di lavoro e nel contesto sociale, ed, infine, possibili menomazioni dell'integrità psico-fisica ricollegabili alla negazione delle legittime aspettative del dipendente)».

⁸¹ Sulla questione: C. ZOLI, *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore*, Milano, 1988, 216; C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale rego-*

La ragione di tale ricostruzione può ricavarsi dalla ricordata inadeguatezza della prevalente interpretazione delle clausole di buona fede e correttezza precontrattuale che rendeva alquanto difficoltoso, se non impossibile, il sindacato del comportamento dell'imprenditore nelle trattative per la costituzione del rapporto di lavoro: permane infatti uno iato incolmabile tra violazione delle norme concorsuali e «legittimo affidamento nella *conclusione* del contratto».

Anche in questo caso il tentativo di individuare, quantomeno, una posizione soggettiva di interesse legittimo⁸² è utile ad aprire il sindacato giurisdizionale sul comportamento precontrattuale⁸³. Si è inteso così giovare della secolare elaborazione sui limiti all'esercizio di un potere unilaterale secondo una configurazione che, nel caso specifico, appare favorita dall'accento posto sulla disparità sostanziale tra le parti del rapporto, cosa che ha consentito la ricostruzione «pubblicistica» dell'autonomia privata del datore di lavoro in termini di «potere discrezionale»⁸⁴.

L'applicazione delle clausole generali di correttezza e buona fede consente di rilevare l'«esistenza non di un interesse legittimo, ma di un diritto soggettivo al corretto compimen-

la del comportamento contrattuale, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 214, n. 34.

⁸² Corte di cassazione 2 novembre 1979, n. 5688, *Cavallaro c. Cassa di Risparmio di Padova e Rovigo*, in *Foro it.*, 1979, I, 2548, con nota di C. M. BARONE e in *Giur. it.*, 1980, I, I, 440, con nota di A. DI MAJO, *Le forme di tutela contro i cosiddetti «poteri privati»*.

⁸³ Corte di cassazione, 2 novembre 1979, n. 5688, in *Foro it.*, 1979, I, 2548, con nota di C.M. BARONE, che oltre a riconoscere la giurisdizione ordinaria nelle controversie tra lavoratore ed ente pubblico economico in materia di promozioni per concorso, ha affermato la giustiziabilità delle scelte unilaterali dell'imprenditore.

⁸⁴ Da ult. C. ZOLI, *Subordinazione e poteri del datore di lavoro: pubblico e privato a confronto*, in *Dir. pubblico*, 1997, 369 e s.; ID., *Subordinazione e poteri dell'imprenditore tra organizzazione, contratto e contropotere*, in *Lavoro e dir.*, 1997, 241.

to delle operazioni selettive»⁸⁵, ove la correttezza è valutata in relazione ai principi di coerenza e non contraddizione.

La riconduzione della responsabilità precontrattuale al *genus* della responsabilità «contrattuale» in relazione all'obbligo di correttezza di cui all'art. 1337 cod. civ. ed alle ulteriori norme che eventualmente lo definiscano, sembra corrispondere maggiormente alle esigenze di tutela che sorgono durante le trattative⁸⁶.

⁸⁵ Corte di cassazione, sez. lav., 10 agosto 1987, n. 6864, *Fichera c. Cassa centrale di risparmio Vittorio Emanuele II per le province siciliane*, in *Foro it.*, 1987, I, 2058, con nota di O. MAZZOTTA, *La Cassazione e i concorsi privati: cosa c'è dietro l'angolo?*, ove la cassazione configura «un diritto all'adempimento delle operazioni selettive secondo le norme contrattuali e le regole di correttezza e buona fede, implicanti l'imparzialità della stima comparativa degli aspiranti». Corte di cassazione 5 gennaio 1981, n. 1, *Istituto bancario San Paolo di Torino c. Spagnolo*, *Foro it.*, 1981, I, 15; Corte di cassazione 2 giugno 1993, n. 6140, *Cassa di Risparmio di Calabria e di Lucania c. V. Pellegrini*, in *cd-rom Juris data*, afferma la giurisdizione del giudice ordinario sugli atti relativi all'espletamento di un concorso bandito da un ente pubblico economico per la promozione di un dipendente; si afferma che «la discrezionalità valutativa che contrassegna le operazioni di scelta dell'Ente non è riferibile all'esercizio di una potestà pubblica di auto organizzazione, ancorché il concorso stesso sia stato bandito in attuazione del regolamento del personale, ma configura esercizio di attività imprenditoriale privatistica», sindacabile dal giudice ordinario sia sotto il profilo dell'osservanza delle norme regolamentari, sia «sotto il profilo dell'osservanza del principio generale della correttezza di cui all'art. 1175 cod. civ.».

⁸⁶ La richiesta di attivazione dei corsi c.d. precollocativi costituenti una fase necessaria del processo di individuazione dei lavoratori da avviare secondo le leggi sul collocamento, comporta, nell'ipotesi di successiva mancata assunzione, la responsabilità precontrattuale dell'impresa, in relazione al legittimo affidamento dell'allievo prima e del corsista qualificato poi, circa il rispetto dell'impegno di assunzione, che si afferma «aveva determinato un affidamento del Di Pietro sulla conclusione del contratto, violando l'obbligo di comportarsi secondo buona fede»: Corte di cassazione, sez. lav., 22 ottobre 1994, n. 8682, *Soc. Montedison c. Di Pietro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 524, con nota di A. BOLLANI, *A proposito di responsabilità precontrattuale, corsi*

L'autonomia privata dell'imprenditore, un tempo libera, si è vista gradualmente sottoposta ad un sindacato giurisdizionale che ha cominciato a censurare le discriminazioni nella valutazione dei requisiti dei lavoratori attraverso l'istituto della responsabilità precontrattuale.

Le «clausole generali» di correttezza e buona fede sono state considerate direttive «etico sociali» dell'ordinamento giuridico, che non regolano solamente l'adempimento degli obblighi tipicamente contrattuali, ma anche l'esercizio del potere «discrezionale» del datore di lavoro⁸⁷. Esse operano già prima, e indipendentemente dall'esistenza di un contratto e costituiscono un limite all'autonomia privata dei soggetti che partecipano alle trattative.

L'evoluzione interpretativa consente di ritenere la correttezza e la buona fede come norme di diritto positivo che riflettono principi costituzionali e posseggono «valore precettivo»⁸⁸; e tale valore precettivo assume rilevanza giuridica indi-

precollocativi e mancate assunzioni. Nello stesso senso: Corte di cassazione, sez. lav., 29 gennaio 1990, n. 580, *Serini c. Soc. Termosud*, per esteso su *cd-rom juris data*; Corte di cassazione, 16 giugno 1990, n. 6062, *Guida c. Reg. Puglia*, per esteso su *cd-rom juris data*, ove, affermata la responsabilità precontrattuale dell'impresa che ha richiesto l'attivazione del corso precollocativo, si esclude la responsabilità della regione che ha organizzato il corso stesso, ove risulti che il bando di concorso emanato dalla regione non conteneva una precisa promessa di assunzione, da parte dell'impresa, degli ammessi al corso che avessero superato gli esami finali. Corte di cassazione, 3 maggio 1990, n. 3685, *Rizzi c. Reg. Puglia*, per esteso su *cd-rom juris data*.

⁸⁷ Corte di cassazione 5 gennaio 1981, n. 1, *Istituto bancario San Paolo di Torino c. Spagnolo*, in *Foro it.*, 1981, I, 15.

⁸⁸ R. GRECO, *Discrezionalità dell'impresa e rapporto di lavoro. Clausole generali e principi dell'ordinamento sui concorsi privati*, in *Foro it.*, 1990, I, 2058, nota a Trib. di Torino 21 ottobre 1989, *Bechis e altri c. Cassa di risparmio di Torino*, afferma che «i criteri di buona fede e correttezza in tale ottica non operano solamente nell'ambiente di esecuzione del contratto come modalità strumentali di prestazione dovute e quindi come limitata fonte di integrazione dell'autonomia privata, ma come clausole generali del sistema e co-

scussa quando si rinviene una loro predeterminazione normativa.

Talvolta si trascura di considerare che si tratta di ipotesi sottoposte alla disciplina della responsabilità precontrattuale il cui fondamento è dato dall'art. 1337 cod. civ., e forse si dimentica di trasporre ivi i risultati innovativi dell'interpretazione delle clausole di correttezza e buona fede.

6. *Le trattative per l'ingresso in società: le clausole di gradimento come oggettiva e predefinita limitazione alla circolazione delle azioni. Le trattative per l'ingresso in associazioni definite negli atti di autonomia. Le violazioni come comportamento scorretto.*

Fra le trattative delle organizzazioni complesse assumono rilevanza anche quelle concernenti l'ammissione di nuovi soci o associati. Concluso un contratto di compravendita di titoli azionari sorge l'esigenza per l'acquirente di rendere efficace tale trasferimento nei confronti della società al fine di conseguire lo *status* di socio⁸⁹.

Il trasferimento dei titoli azionari è contratto consensuale, ma solamente l'osservanza delle leggi di circolazione dei titoli consente di esercitare i diritti patrimoniali (diritto agli utili ed alla quota di liquidazione) e non patrimoniali del socio verso l'amministrazione della società (diritto all'intervento in as-

me principi riequilibratori cardine dell'intero ordinamento». C. ZOLI, *La giurisprudenza sui concorsi privati tra logiche pubblicistiche e strumenti civilistici: oscillazioni e assestamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, I, 11.

⁸⁹ Per le azioni al portatore (solo quelle di risparmio possono esserlo) il possesso del documento è condizione necessaria e sufficiente per la legittimazione all'esercizio dei diritti sociali nei confronti della società, mentre per le azioni nominative è necessario l'iscrizione nel libro dei soci (art. 2021 cod. civ.): F. DI SABATO, *Manuale delle Società*, Torino, 1995, 329 e s.

semblea, diritto di voto e di impugnativa delle deliberazioni assembleari)⁹⁰.

I titoli azionari per loro natura sono destinati alla circolazione (art. 2355 cod. civ., u.c.): ciò per evitare che il socio possa restare «prigioniero della società», stante che il diritto di recesso è limitato a casi tassativamente previsti (art. 2437 cod. civ.).

Di qui l'esigenza di contemperare i contrapposti interessi del socio alla cessione delle azioni e della società ad evitare soci non graditi. A tal fine è ammessa l'introduzione di clausole che subordinano l'efficacia del trasferimento dei titoli verso la società alla manifestazione di un gradimento degli organi sociali, fondata su parametri oggettivi e predefiniti (clausole non di «gradimento mero»), che non consentono di sottoporre l'efficacia del trasferimento all'«arbitrio degli organi sociali»⁹¹.

Le limitazioni alla circolazione delle azioni vanno vincolate a criteri oggettivi e predeterminati, la cui corretta applicazione deve risultare dalla motivazione che consente «di verificare la correttezza e la ragionevolezza del bilanciamento compiuto tra gli interessi sociali e quelli del socio alienante»⁹².

Ciò determina un limite all'autonomia degli organi sociali, i quali non possono respingere arbitrariamente una domanda

⁹⁰ Per tutti: F. DI SABATO, *Manuale delle Società*, cit., 292 e s., distingue i diritti pertinenti alle azioni in «amministrativi» e patrimoniali, oltre ad altri diritti quale ad esempio l'assegnazione di azioni in caso di aumento gratuito del capitale.

⁹¹ Cfr. per le offerte pubbliche: F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1994, vol. III, tomo II, 495 e s.; sulle offerte pubbliche di vendita, sottoscrizione, e scambio di titoli: l. 18 febbraio 1992, n. 149; P. MONTALENTI, *La legge italiana sulle offerte pubbliche: prime riflessioni*, in *Giur. Comm.*, 1992, 831 e s.

⁹² Corte di cassazione, sez. I, 3 settembre 1996, n. 8048, *Credito emiliano holding c. Sinigaglia*, in *Foro it.*, 1996, I, 2686.

di ingresso in società manifestata con la proposta o l'acquisto di una partecipazione azionaria.

La disciplina delle trattative degli organi sociali con il socio che intende alienare le azioni e con l'aspirante socio non comporta il sorgere di un diritto al contratto, ma solamente l'obbligo di correttezza consistente nell'obbligo di rispettare i parametri predefiniti che consentono agli organi sociali di accordare o negare il «gradimento» all'aspirante nuovo socio⁹³.

Il diniego di gradimento ingiustificato determina il sorgere di un obbligo di risarcimento del danno conseguente ad una trattativa complessa alla quale partecipano, oltre al socio e all'acquirente delle azioni, anche gli organi sociali, il cui comportamento scorretto, ha l'effetto di impedire, o rendere difficile, la cessione di un pacchetto azionario⁹⁴.

L'inosservanza dei parametri predefiniti per accordare o negare il gradimento comporta il risarcimento del danno subito dal socio *alienante*, salvo che la società trovi altro acquirente in luogo di quello non gradito⁹⁵. Non è peraltro sufficiente

⁹³ Corte di cassazione, sez. I, 3 settembre 1996, n. 8048, *Credito emiliano holding c. Sinigaglia*, cit., 2686, afferma la «vera e propria nullità» delle clausole di mero gradimento; Corte di cassazione, sez. I, 10 dicembre 1996, n. 10970, *Soc. Orvea c. Soc. Vinifin*, in *cd-rom juris data*, ove si conferma l'orientamento che nega la «validità delle clausole statutarie che rimettersero al giudizio discrezionale degli amministratori il potere di vietare, in qualsiasi caso e senza alcun limite, il trasferimento delle azioni», confermato dall'art. 22 della legge 4 giugno 1985, n. 281, che le dichiara espressamente «inefficaci».

⁹⁴ Corte di cassazione, sez. I, 3 settembre 1996, n. 8048, *Credito emiliano holding c. Sinigaglia*, cit., ove si respinge il ricorso contro la pronuncia di condanna generica al risarcimento dei danni «per l'illegittimo ostacolo frapposto all'alienazione dei diritti di opzione» di un socio.

⁹⁵ Corte di cassazione, sez. I, 20 luglio 1995, n. 7890, *Soc. Cofindi fiduciaria c. Sasa assicuraz.*, in *Foro it.*, 1996, I, 1351, con nota di R. RORDORF, *Clausole di gradimento alla francese*, ove la clausola di gradimento stabiliva che, in caso di mancato assenso, il consiglio di amministrazione doveva indicare uno o più compratori disposti ad acquistare le azioni al prezzo di merca-

una generica previsione dell'impegno della società a collocare le azioni presso un altro soggetto, magari al valore nominale, ma vanno specificati i precisi limiti temporali entro i quali la cessione deve avvenire e le condizioni economiche della stessa.

L'ipotesi è più evidente nel caso di società cooperative o associazioni, ove talora l'ingresso è disciplinato dagli stessi statuti sociali, che introducono l'obbligo di una pronuncia espressa e motivata in caso di rigetto della domanda, oltre alla possibilità di presentare reclamo ad altri organi sociali⁹⁶.

Le indicate modalità e le condizioni per l'ammissione (cosiddetto principio della «porta aperta»)⁹⁷ non implicano un diritto ad acquisire la qualità di socio o associato, ma non pare essentino dall'osservanza dell'obbligo di correttezza precontrattuale, con possibilità di dare fondamento ad un diritto al risarcimento del danno per equivalente.

La prospettazione appare trascurata a favore di un più penetrante e prevalente interesse all'affermazione di un diritto al contratto⁹⁸, che oscura la minore tutela alla correttezza, definita dalla legge e *per relationem* agli atti di autonomia (statuti) delle stesse società o associazioni.

to o, in mancanza, al prezzo determinato dal locale comitato degli agenti di borsa.

⁹⁶ Corte di cassazione, sez. I, 14 maggio 1997, n. 4259, *Galli c. Soc. coop. tartufi*, in *Foro it.*, 1998, 1590, ove contro il diniego di ammissione ai probiviri sociali si prevedeva il reclamo.

⁹⁷ Per tutti: F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1994, vol. III, tomo II, 470 e s., ove si ricollega il principio all'art. 2518, n. 7 cod. civ. che prevede che l'atto costitutivo indichi le condizioni per l'ammissione dei soci, e pur negando ogni diritto al contratto in capo agli aspiranti soci, evidenzia l'obbligo di motivazione della deliberazione che respinge la domanda, ma la considera «giudizialmente inattuabile da parte dell'aspirante socio, al pari di ogni proposta contrattuale non accettata».

⁹⁸ Corte di cassazione, sez. I, 7 maggio 1998, n. 3980, *Consorzio reg. cooperative edilizie Giustizia e Libertà c. Unione prov. cooperative e mutue di Roma e altri*, in *Foro it.*, 1998, 1590.

L'accoglimento della domanda dell'interessato è atto di autonomia dell'organizzazione, la quale può predefinire le modalità di ingresso di nuovi soci o associati con norme statutarie, che individuano i parametri di correttezza nelle trattative con gli interessati — sempreché si superi l'interpretazione più volte richiamata sulla necessità di un «legittimo affidamento nella *conclusione* del contratto».

La questione non ha trovato soluzioni univoche, anche perché la scorretta valutazione della richiesta di ingresso in società o associazioni non costituisce quasi mai l'oggetto della domanda giudiziale⁹⁹, laddove l'interessato richiede esclusivamente il riconoscimento del proprio diritto all'ammissione.

Tali ricostruzioni consentono di notare un percorso analogo ad altre ipotesi di trattative, dove si assiste ad un'evoluzione che progressivamente amplia la sfera della rilevanza giuridica del comportamento precedente l'assunzione di un vincolo contrattuale, attraverso l'individuazione di nuovi limiti al libero esercizio dell'autonomia privata.

Anche in questo caso si assiste ad oscillazioni giurisprudenziali che vanno dal diniego del diritto al contratto¹⁰⁰, al ri-

⁹⁹ Tale scelta appare giustificata anche dalla difficoltà di quantificare il danno conseguente al comportamento scorretto.

¹⁰⁰ Corte di cassazione, sez. I, 14 maggio 1997, n. 4259, *Galli c. Soc. coop. tartufi*, cit., ove si nega il diritto al contratto, ma si osserva «che l'assunto secondo cui la domanda di ammissione andava comunque esaminata dal consiglio di amministrazione, ai sensi dell'art. 5 dello statuto sociale, e non essere rigettata *sic et simpliciter*, com'era avvenuto, risultava dedotto per la prima volta in grado di appello e non poteva quindi essere esaminato, trattandosi di domanda nuova per mutamento della causa petendi. ex art. 345 c.p.c.»; Corte di cassazione, sez. I, 7 maggio 1998, n. 3980, *Consorzio reg. cooperative edilizie Giustizia e Libertà c. Unione prov. cooperative e mutue di Roma e altri*, cit., ove per sostenere l'esistenza di un supposto diritto al contratto si vorrebbe considerare il Consorzio delle cooperative come soggetto monopolista che ha l'obbligo di contrattare, senza considerare che vi era stata una trattativa durata sette anni.

conoscimento di un diritto soggettivo *ex lege*¹⁰¹, all'individuazione di un'aspettativa o un interesse legittimo all'ammissione¹⁰².

Le trattative delle organizzazioni complesse consentono di rilevare la necessità di una più attenta analisi del principio di buona fede, che può assumere diverse connotazioni, poiché da un lato l'obbligo di correttezza permette di aprire al sindacato giurisdizionale la verifica della conformità (1218 cod. civ.) alle norme di leggi, regolamenti o atti generali, che predefiniscono il comportamento dovuto; dall'altro consente comunque di giudicare in forza del principio generale se l'indicato comportamento in sé considerato non sia risultato contraddittorio (art. 1337 cod. civ.).

7. *Le trattative con i consumatori e gli utenti: i contratti per adesione. I limiti all'autonomia giuridica e l'inefficacia delle clausole abusive a garanzia della correttezza precontrattuale. L'attività pubblicitaria come trattativa «virtuale» con una pluralità di consumatori e le loro associazioni. L'ingannevolezza come scorrettezza precontrattuale.*

Le trattative delle organizzazioni presentano caratteri affatto differenti quando si svolgono con singoli consumatori o utenti. Mentre tra società, imprese o altre organizzazioni si assiste a trattative volte alla stipulazione di contratti che rientrano nell'attività professionale di ciascuna organizzazione, il sin-

¹⁰¹ Si tratta dei casi in cui l'obbligo è stabilito nelle norme che disciplinano determinate categorie di cooperative come ad esempio quelle edilizie a contributo statale (artt. 93, 94, 101, t.u. 28 aprile 1938, n. 1165), le cooperative di produzione e lavoro ammesse ai pubblici appalti (art. 3, r.d. 12 febbraio 1911, n. 278).

¹⁰² L. BIGLIAZZI-GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, 369 e s.

golo consumatore o utente partecipa alla trattativa per fruire di beni o servizi che sono prodotti professionalmente dalla controparte, di cui non sempre riesce ad avere una esatta rappresentazione (c.d. «asimmetrie informative»).

Se sono limitate le ipotesi di organizzazioni in posizione dominante rispetto ad altre che operano nel medesimo mercato, si può affermare che il consumatore o utente è strutturalmente in posizione di «debolezza» nei confronti delle imprese produttrici di beni o servizi¹⁰³.

Normalmente, nei rapporti tra imprese la rilevanza e la complessità delle trattative sono determinate dall'elevato valore del contratto; nei rapporti con i consumatori o gli utenti ciò che rileva è il numero dei contratti che è possibile stipulare.

Le trattative delle imprese per la vendita di beni e servizi si limitano alla proposta ai consumatori di un testo contrattuale predisposto, cui il singolo può aderire¹⁰⁴. Nonostante l'assenza di una vera e propria trattativa, non si esclude l'obbligo di correttezza stabilito dall'art. 1337 cod. civ.¹⁰⁵, poiché

¹⁰³ Sulla posizione del consumatore-contraente debole: R. FERRARA, *Contributo allo studio della tutela del consumatore. Profili pubblicistici*, Milano, 1983, 119 e s.

¹⁰⁴ S. TONDO, *Evoluzione nella disciplina giuridica dei contratti per adesione*, in *Riv. not.*, 1995, 1; G. GABRIELLI, *Clausola compromissoria e contratti per adesione*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 555.

¹⁰⁵ Per tutti: F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, 1996, 823. Quando l'oggetto del contratto è costituito da titoli diventa fondamentale l'esigenza di una corretta informazione all'aspirante investitore e la necessità di controllare la veridicità dei prospetti informativi sulla cui base tali contratti possono essere stipulati. Afferma che la c.d. responsabilità da prospetto che consegue alla pubblicazione di dati inesatti e di informazioni viziate nel prospetto relativo ad una offerta al pubblico di vendita di valori mobiliari ha natura di responsabilità precontrattuale: Tribunale di Milano, 6 novembre 1987, *Minoggio c. American Service Bank*, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, 796, nota di CASTELLANI, in *Società*, 1988, 598, con nota di CARAMAZZA, in *Nuova giur. civ.*, 1988, I, 499, con nota di BAZZANI, in *Giur. comm.*, 1988, II, 585, con nota di

anche quando le condizioni di contratto sono predisposte da una sola parte è sempre possibile la cancellazione, ovvero l'aggiunta, di clausole che, ove incompatibili con altre, prevalgono su quanto predisposto su modulo prestampato (art. 1342 cod. civ.)¹⁰⁶.

Sia nei contratti conclusi mediante moduli e formulari (art. 1342 cod. civ.), sia nelle condizioni generali di contratto (art. 1341 cod. civ.), è prevista l'inefficacia delle cosiddette «clausole vessatorie» ove non siano state specificamente approvate per iscritto, con disciplina riconosciuta insufficiente soprattutto in ragione della prassi della doppia firma, che spesso ha impedito al consumatore di prestare la necessaria attenzione ai vincoli assunti¹⁰⁷.

L'emanazione della direttiva comunitaria sulle «clausole abusive» nei contratti stipulati con i consumatori¹⁰⁸ ha impo-

FERRARINI, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, 513, con nota di TENCATI. Cfr. G.B. PORTALE, *Informazione societaria e responsabilità degli intermediari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, I, 21. Cfr. G. ROMAGNOLI, *Le offerte pubbliche di acquisto obbligatorie*, Padova, 1996.

¹⁰⁶ Corte di cassazione, 25 novembre 1980, n. 6265, *L'Assicuratrice it. c. Soc. Romagnoli*, in *Arch. civ.*, 1981, 214, ove si afferma che nei contratti cosiddetti per adesione, il contrasto fra una clausola aggiunta ed altra clausola contenuta nel modulo o formulario va risolto, ex art. 1342 cod. civ., nel senso della prevalenza della prima; Corte di cassazione, sez. III, 27 aprile 1995, n. 4643, *Pollicino c. Banca pop. Belpasso*, in *Nuova giur. civ.*, 1996, I, 273, con nota di D. CHINDEMI, *Accertamento del valore derogatorio delle clausole aggiunte al contratto per adesione*, ove, nei contratti conclusi mediante moduli o formulari predisposti da una delle parti, si ritiene necessario l'accertamento della volontà dei contraenti attraverso un esame globale della convenzione per riscontrare se il patto aggiunto sia in contrasto con quanto predisposto o adempia ad una funzione integratrice o specificatrice.

¹⁰⁷ G. ALPA, voce *Contratti di massa, a) profili generali*, in *Enc. dir.*, Vol. I di agg., Milano, 1997, 403 e s.; G. CHINÉ, voce *Contratti di massa, b) diritto vigente*, *Ibid.*, 411 e s.

¹⁰⁸ Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, *concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*.

sto al legislatore nazionale l'introduzione di un nuovo capo nel codice civile dedicato ai «contratti dei consumatori»¹⁰⁹, con una disciplina peculiare in relazione alla qualità delle parti.

In tali casi è la legge che disciplina la fase pre-contrattuale, imponendo direttamente l'equilibrio contrattuale del rapporto tra consumatore «persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta»¹¹⁰, e professionista, sia esso «persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale, utilizza il contratto di cui al primo comma»¹¹¹, cioè il contratto che può contenere clausole vessatorie.

Le clausole che determinano un «significativo squilibrio» dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto sono considerate «vessatorie» e conseguentemente «inefficaci»¹¹², fermo restando il permanere del rapporto contrattuale che risulta così «riequilibrato»¹¹³.

¹⁰⁹ Capo XIV bis (Titolo II, libro IV), *Dei contratti del consumatore*, che disciplina le clausole vessatorie nei contratti fra consumatore e professionista, introdotto con l'art. 25 della l. 6 febbraio 1996, n. 52, *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - (legge comunitaria per il 1994)*.

¹¹⁰ Art. 1469-bis, comma II, cod. civ.

¹¹¹ Art. 1469-bis, comma II, cod. civ.

¹¹² Art. 1469, *quinquies*, cod. civ., ove si prevede l'inefficacia della clausola, ma «il contratto per il resto rimane efficace».

¹¹³ Se le innovazioni introdotte sono nel complesso ritenute apprezzabili, tuttavia sia la direttiva, sia le norme di recepimento contengono alcune incongruenze che sono state da più parti rilevate: in particolare da: R. PARDOLESI, *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 536; C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Europa e diritto privato*, 1998, 5 e s.

La tutela della parte debole del rapporto appare accresciuta poiché si esclude che una doppia approvazione per iscritto delle clausole giudicate vessatorie consenta di ritenerle per ciò solo efficaci, tuttavia si tratta di una presunzione semplice, superabile con la prova contraria che può essere fornita dal «professionista» imprenditore.

La tutela del consumatore è fortemente limitata nel caso si instauri una specifica trattativa su clausole predisposte autonomamente dal «professionista» imprenditore, poiché per questo solo motivo si esclude la loro vessatorietà e si considerano efficaci¹¹⁴, trascurando che l'«asimmetria informativa» caratterizzante questo rapporto non sempre è superabile attraverso la discussione, e neppure con la parziale modifica di qualche clausola. Solo nelle ipotesi ritenute più gravi si ammette che la eventuale trattativa non escluda la vessatorietà della clausola e la conseguente inefficacia¹¹⁵.

L'inserimento di clausole che determinano un significativo squilibrio tra le prestazioni appare in contrasto con la

¹¹⁴ Art. 1469, *ter* cod. civ., comma IV.

¹¹⁵ Art. 1469, *quinquies* cod. civ., comma II. Lo «squilibrio informativo» e lo «squilibrio economico» fra le parti non sembrano superabili con una trattativa individuale e conseguentemente l'acquisizione della prova dell'avvenuta trattativa su alcune clausole da parte del professionista non dovrebbe escludere la valutazione dell'eventuale squilibrio del rapporto anche in relazione ad esse. L'equazione che fa coincidere l'instaurazione di una trattativa con la capacità del consumatore di tutelare pienamente i propri interessi nei confronti del professionista non è stata condivisa, anche perché in tal modo si limita la tutela ai contratti per adesione standardizzati, mentre si intendeva estenderla a tutti i contratti dei consumatori in cui, anche ove sia possibile una trattativa individuale, permane la connotazione di «contraente debole» del consumatore: G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, 145 e s.

«buona fede oggettiva»¹¹⁶ che caratterizza l'intera fase precontrattuale¹¹⁷.

Nei rapporti fra consumatore e professionista il dovere di buona fede, previsto dall'art. 1337 cod. civ., si specifica nell'obbligo di non imporre clausole che risultino vessatorie. L'elenco riproposto dalle indicate norme del codice civile in conformità alle previsioni della direttiva 93/13/CE non appare peraltro esaustivo, né tassativo, ma è chiaro che la specificazione di numerose ipotesi di clausole che si presumono vessatorie agevola il consumatore.

Gli effetti della normativa in esame risultano tuttavia molto più favorevoli al consumatore rispetto all'affermazione della responsabilità precontrattuale del proponente, perché non si limitano a prevedere un risarcimento del danno per equivalente, ma incidono sull'autonomia negoziale delle parti disponendo *ex lege* l'eliminazione di clausole del contratto già concluso.

¹¹⁶ Il riferimento alla buona fede è stato criticato poiché il giudizio sulla vessatorietà è basato sull'accertamento di un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto «malgrado la buona fede» (art. 1469, *bis* cod. civ., comma I, che recepisce l'art. 3, comma I, della direttiva 93/13/CEE, cit., che afferma: «Una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto»). Nel disegno di legge per dare un senso al riferimento alla buona fede la si riferiva espressamente al predisponente, con l'effetto di introdurre una valutazione della buona fede soggettiva del predisponente per poi affermarne l'irrilevanza): così: R. PARDOLESI, *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, cit., 537, con evidente difficoltà di trovare un significato a tale locuzione, dal momento che non è in dubbio l'irrilevanza del giudizio sulla «buona fede soggettiva» del proponente e dunque il riferimento alla buona fede appare improprio, poiché non rileva la soggettiva ignoranza del proponente di ledere un altrui diritto: G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, cit., 147.

¹¹⁷ V. *supra* cap. I, par. 1.

L'ordinamento interviene a riequilibrare il rapporto sacrificando l'autonomia privata dei contraenti e imponendo l'efficacia di un diverso testo contrattuale da cui sono espunte le clausole giudicate vessatorie.

L'intervento può rivelarsi così incisivo, che sembra quasi introdurre un'ipotesi in cui il legislatore impone comunque un comportamento corretto alla parte ritenuta «forte» nel rapporto; non si chiede al consumatore la difficile prova del danno precontrattuale subito, ma si interviene direttamente nella definizione del rapporto fra le parti, con un riequilibrio tra diritti e obblighi delle parti che ricorda gli effetti di una «reintegrazione in forma specifica» della violazione della buona fede precontrattuale — da tempo sperimentata dall'amministrazione con l'annullamento parziale dei suoi atti avanti al giudice amministrativo.

Più di recente, la tutela dei consumatori trova conforto attraverso lo spazio che dall'ordinamento è stato aperto all'intervento delle associazioni rappresentative di consumatori e utenti affinché promuovano, anche attraverso l'azione inibitoria, la correzione delle clausole generali di contratto al fine di eliminare gli aspetti in contrasto con gli interessi delle categorie che proteggono¹¹⁸.

Si realizza così, tra associazioni e organizzazioni produttive, una «trattativa preliminare» all'utilizzo di un testo contrattuale uniforme con la pluralità dei soggetti interessati ai beni o servizi prodotti.

In taluni settori la protezione dell'utente si è evoluta con l'imposizione ai gestori dell'adozione di carte dei servizi¹¹⁹ che

¹¹⁸ Art. 1469, *sexies* cod. civ., comma I, che insieme alle associazioni indica anche le camere di commercio, industria artigianato e agricoltura.

¹¹⁹ Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 gennaio 1994, recante *principi sull'erogazione dei servizi pubblici*, cui si riferisce l'art. 2, d. l. 12 maggio 1995, n. 163, conv. in l. 11 luglio 1995, n. 273, poi sostituito dalla

riguardano anche imprese private concessionarie, e che sono poste a garanzia del rispetto della qualità delle prestazioni e dei conseguenti possibili risarcimenti o indennizzi per l'inadempiamento («disservizi»). Tali strumenti integrano gli obblighi del gestore derivanti dal testo contrattuale accettato dal singolo utente, o indicati dal «programma di servizio pubblico»¹²⁰, e sopperiscono alla normale assenza di trattativa precontrattuale, riequilibrando il rapporto tra l'organizzazione che gestisce il servizio e l'utente.

L'interesse all'eliminazione dello squilibrio economico-giuridico tra le parti, determinato dalle clausole vessatorie dei contratti, non appartiene solamente ai consumatori, ma è condiviso dai «professionisti»¹²¹ che sono in concorrenza con chi adotta clausole che possono determinare effetti distorsivi della concorrenza stessa.

La questione giuridica non si distingue da quella risolta dalla disciplina contro la pubblicità ingannevole, ove si afferma la tutela del singolo consumatore — le cui scelte non devono essere influenzate dall'induzione in errore¹²² — ma al

disciplina dell'art. 11, d. lg. 30 luglio 1999, n. 286, cit., che al comma V, abroga espressamente l'art. 2, d. l. n. 163 del 1995, conv. in l. n. 273 del 1995, cit., dopo aver dettato una nuova disciplina della qualità nei servizi pubblici: R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del servizio pubblico*, in *Dir. Amm.*, 2000, e destinato agli *Studi in onore del prof. Elio Casetta*, in corso di pubblicazione; G. SCIULLO, *Profili della Direttiva 27 gennaio 1994 («principi sull'erogazione dei servizi pubblici»)*, in *Dir. dell'economia*, 1996, 47.

¹²⁰ R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993, 76 e s.

¹²¹ Art. 1469, *sexies* cod. civ., comma I, si rivolge non solo alle associazioni dei consumatori, ma anche a quelle dei professionisti.

¹²² Art. 2, comma 1, d. lg. 25 gennaio 1992, n. 74, *Attuazione della direttiva (CEE) n. 450/84, in materia di pubblicità ingannevole*, che alla lett. b) definisce la «pubblicità ingannevole» come: «qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione, induca in errore o possa indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge e

tempo stesso si proteggono le imprese concorrenti dalla diffusione di messaggi pubblicitari scorretti¹²³.

La pubblicità ingannevole costituisce infatti uno strumento attraverso il quale è possibile estendere il numero di contratti stipulati con i consumatori, i quali nella formazione della propria volontà subiscono la scorrettezza di chi propone e diffonde messaggi pubblicitari ingannevoli: la pubblicità scorretta, sia essa non riconoscibile, falsa o comunque ingannevole, influisce sul comportamento economico del consumatore e conseguentemente determina anche la lesione degli interessi economici delle imprese concorrenti.

Lo sviluppo dei mezzi pubblicitari influisce oggi sulla formazione della volontà del consumatore in modo molto più rilevante di quanto possa avvenire con il cosiddetto *dolus bonus*, qualificato come l'accettata esaltazione delle qualità dei prodotti offerti in vendita da parte del venditore durante le trattative¹²⁴.

La disciplina in esame pare superare tale configurazione proponendo l'inibizione della pubblicità ingannevole per limi-

che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo, leda o possa ledere un concorrente».

¹²³ Non pare casuale che le prime forme di tutela contro la pubblicità ingannevole siano sorte come codici di autodisciplina definiti dalle stesse imprese utilizzatrici degli strumenti pubblicitari.

¹²⁴ Il comportamento tenuto attraverso la pubblicità ingannevole potrebbe determinare un vizio del consenso quale il dolo poiché i raggiri, anche di terzi, sono noti a chi ne trae vantaggio nella contrattazione ed in questa prospettiva potrebbe consentire l'annullamento del contratto (art. 1439 cod. civ.). In casi meno gravi il raggirio o l'inganno pubblicitario potrebbe costituire dolo incidente (art. 1440 cod. civ.) cioè non essere determinante nella volontà di stipulare il contratto ma indurre il consumatore ad accettare condizioni sfavorevoli. In questo caso il rimedio previsto è limitato al risarcimento del danno riconducibile a responsabilità precontrattuale della parte in mala fede.

tare in radice la possibilità di condizionare scorrettamente la volontà contrattuale di un vasto numero di consumatori¹²⁵.

L'attività pubblicitaria, in molti casi, costituisce l'unico momento di trattativa, anche se rivolta alla generalità del pubblico, in quanto realizza la promozione di un determinato prodotto grazie alla quale taluni dei soggetti raggiunti dal messaggio aderiranno alla proposta, acquistando il prodotto indicato.

Imporre la correttezza nel rapporto col pubblico anche attraverso l'inibizione della diffusione del messaggio pubblicitario contribuisce ad assicurare che il comportamento precontrattuale di chi propone la stipulazione di contratti ad una molteplicità di soggetti non induca in errore i destinatari nella formazione della loro volontà¹²⁶.

¹²⁵ Art. 1 d. leg. n. 74 del 1992, cit.: «1. Il presente decreto ha lo scopo di tutelare dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali i soggetti che esercitano un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, i consumatori e, in genere, gli interessi del pubblico nella fruizione di messaggi pubblicitari. 2. La pubblicità deve essere palese, veritiera e corretta». La violazione del principio di correttezza (intesa come stato soggettivo dell'autore della comunicazione) non integra di per sé sola pubblicità ingannevole, per la configurazione della quale non si può prescindere dal riferimento all'obiettivo della tutela dei consumatori e dei concorrenti contro messaggi ingannevoli, previsto all'art. 1 d. lg. n. 74 del 1992, cit.: Autorità garante per la concorrenza, 11 maggio 1995, n. 3027, *Associaz. consumatori Agrisalus c. Soc. Benetton Group*, in *Riv. dir. ind.*, 1996, II, 234, con nota di C. ANTICAGLIA, *Pubblicità istituzionale e tutela dei bambini ed adolescenti*. Cfr. altresì R. BITETTI, *Vendite per corrispondenza, operazioni a premi e conseguenze giuridiche della pubblicità ingannevole* (Nota a T. Milano, 25 febbraio 1995, *Soc. Vestro c. Roncaglioni*; T. Milano, 3 aprile 1995, *Pirito c. Soc. Vestro* e T. Milano, 22 maggio 1995, *Langiu c. Soc. Vestro*), in *Nuova giur. civ.*, 1996, I, 452.

¹²⁶ Autorità garante per la concorrenza, 14 dicembre 1995, n. 3459, *Circo Orfei*, in *Giur. dir. ind.*, 1996, 1104, afferma che costituisce pubblicità ingannevole poiché altera il libero processo di formazione delle decisioni d'acquisto del consumatore, il messaggio che induca in errore i consumatori rispetto alla reale entità di un'offerta promozionale relativa ad uno spettacolo,

Non si interviene sul singolo contratto concluso, ma si anticipa la tutela alla fase che precede la stipulazione del contratto, sanzionando la diffusione di messaggi pubblicitari ingannevoli e sleali¹²⁷ che possono influire contemporaneamente sul comportamento precontrattuale di molti soggetti, determinandone la formazione della volontà¹²⁸.

In tale contesto cade un'ulteriore tradizionale «barriera» interpretativa della responsabilità precontrattuale, poiché pare possibile rilevare un'ampliamento della nozione di trattativa che trascende il rapporto tra due parti individuate, e che può

che può essere concretamente accertata solo recandosi all'entrata per assistere allo spettacolo.

¹²⁷ L'influenza che la pubblicità ingannevole può avere sulla concorrenza ha determinato la scelta di attribuire la competenza sulla sospensione, inibizione e rimozione degli effetti di tale pubblicità all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, istituita dall'art. 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, cit., tuttavia «quando il messaggio pubblicitario è stato o deve essere diffuso attraverso la stampa periodica o quotidiana ovvero per via radiofonica o televisiva, l'Autorità garante, prima di provvedere, richiede il parere del Garante per la radiodiffusione e l'editoria» (art. 7, comma V, l. 74/92, cit.). Sul rapporto tra normativa antitrust e disciplina della pubblicità ingannevole: A. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Torino, 1998, 65 e s.

¹²⁸ È possibile anche il ricorso ad organismi volontari e autonomi di autodisciplina da tempo costituiti al fine di limitare possibili forme di concorrenza sleale: art. 8, l. 74/92, cit.: «1. Le parti interessate possono richiedere che sia inibita la continuazione degli atti di pubblicità ingannevole ricorrendo ad organismi volontari e autonomi di autodisciplina. 2. Iniziata la procedura davanti ad un organismo di autodisciplina, le parti possono convenire di astenersi dall'adire l'Autorità garante sino alla pronuncia definitiva. 3. Nel caso in cui il ricorso all'Autorità sia stato già proposto o venga proposto successivamente da altro soggetto legittimato, ogni interessato può richiedere all'Autorità la sospensione del procedimento in attesa della pronuncia dell'organismo di autodisciplina. L'Autorità, valutate tutte le circostanze, può disporre la sospensione del procedimento per un periodo non superiore a trenta giorni», si ammette la possibilità di una previa pronuncia del Giurì di Autodisciplina pubblicitaria che applica il proprio Codice di Autodisciplina pubblicitaria.

realizzarsi indipendentemente da una specifica «presa di contatto» tra impresa e consumatori.

La trattativa, con il suo carattere di incertezza, può coinvolgere anche una parte che propone o invita ad offrire più soggetti, i quali aderiranno all'offerta proprio in relazione alle informazioni ottenute. La correttezza precontrattuale deve essere osservata in ogni attività rivolta alla conclusione di un contratto, anche prima dell'individuazione della controparte. Il consumatore utente aderisce all'offerta dell'organizzazione «professionale», la quale deve anticipatamente garantire un'informazione pubblicitaria non ingannevole ed un testo contrattuale non contrario alla buona fede.

La fase precontrattuale può variamente articolarsi in relazione all'estensione della nozione di trattativa che, da rapporto individuale tra due soggetti, si è estesa a parti pluri-soggettive, per poi pervenire alle trattative parallele, in cui i «centri di interesse» sono più numerosi, fino a giungere ad una sorta di «smaterializzazione» del rapporto precontrattuale che coinvolge l'organizzazione produttiva ed una pluralità di consumatori utenti e le loro associazioni.

Per garantire la correttezza tra le parti e la corretta formazione della volontà contrattuale, è necessario risalire alla presentazione al pubblico dell'oggetto del contratto (pubblicità).

Il principio di correttezza nelle trattative diviene così la chiave di lettura delle differenti tecniche di tutela che si inseriscono nella fase precontrattuale con limitazioni più o meno forti dell'autonomia privata del «professionista» imprenditore.

Il risarcimento dell'interesse negativo¹²⁹ può coincidere con quello positivo all'adempimento e si prevedono interventi che, dall'obbligo di trattare in applicazione di regole predefinite, giungono anche ad affermare l'inefficacia di clausole scorrette per riequilibrare il rapporto, sino all'inibizione di

¹²⁹ A non essere coinvolti in trattative infruttuose: v. *infra* cap. VI.

comportamenti scorretti che possono influire sulle scelte di una pluralità di contraenti.

L'incidenza più o meno accentuata sull'autonomia delle parti nella fase precontrattuale non implica anche in questo caso un diritto al contratto, ma è volta unicamente a garantire l'osservanza di una disciplina correttamente predefinita, ovvero la coerenza e non contraddittorietà del comportamento del «professionista» imprenditore.

Le differenti sanzioni previste contro la scorrettezza precontrattuale possono giungere anche ad imporre il comportamento previsto come corretto, con «reintegrazione in forma specifica» dell'obbligo precontrattuale violato (obbligo di osservare la disciplina predefinita, di instaurare una trattativa, inefficacia di clausole¹³⁰, inibizione della diffusione di informazioni ingannevoli), ma non consentono la definizione coattiva degli elementi essenziali del contratto che proprio nella trattativa vanno specificati. Il limite estremo della tutela precontrattuale si arresta davanti alla stipulazione del contratto, poiché, anche ove si afferma un diritto *ex lege* al contratto¹³¹, non si giunge alla sua costituzione coattiva (2932 cod. civ.).

La ridefinizione della fase precontrattuale come rapporto anche tra organizzazioni e consumatori o utenti trova una sintesi nella l. 30 luglio 1998, n. 281, che introduce la nuova «*Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*»¹³², volta a ga-

¹³⁰ Altro possibile intervento sulle clausole contrattuali è quello della sostituzione automatica delle clausole imposte dalla legge in sostituzione di quelle difformi inserite dalle parti (previsto dall'art. 1339 cod. civ.).

¹³¹ Ad es. in materia di assunzioni obbligatorie, ove si nega la possibilità della costituzione coattiva del rapporto di lavoro: v. *supra* par. 3.

¹³² L. 30 luglio 1998, n. 281, *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, che all'art. 1 prevede: «1. In conformità ai principi contenuti nei trattati istitutivi delle Comunità europee e nel trattato sull'Unione europea nonché nella normativa comunitaria derivata, sono riconosciuti e garantiti i diritti e gli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti, ne è promossa

rantire sia le posizioni soggettive individuali dei singoli, sia quelle collettive delle loro associazioni.

La disciplina di tale rapporto viene specificata attraverso l'espressa individuazione di un «*diritto alla correttezza*» che, per molti versi, riguarda proprio la fase pre-contrattuale, volta a garantire «trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi» insieme al diritto «ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità»¹³³.

Si attribuisce alle «formazioni sociali che abbiano per scopo statutario esclusivo la tutela dei diritti e degli interessi dei consumatori o degli utenti»¹³⁴ il compito di garantire la correttezza del comportamento delle organizzazioni che svolgono attività imprenditoriale e professionale nei confronti dei singoli acquirenti dei loro prodotti.

Si tratta in ogni caso di impostare il rapporto pre-contrattuale con una pluralità, ovvero con un singolo consumatore (aspirante contraente), secondo canoni di correttezza, intesa come lealtà, coerenza e non contraddittorietà, volti a garantire che si realizzi un libero processo di formazione della volontà.

la tutela in sede nazionale e locale, anche in forma collettiva e associativa, sono favorite le iniziative rivolte a perseguire tali finalità, anche attraverso la disciplina dei rapporti tra le associazioni dei consumatori e degli utenti e le pubbliche amministrazioni. 2. Ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti: a) alla tutela della salute; b) alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi; c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; d) all'educazione al consumo; e) alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi; f) alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti; g) all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza».

¹³³ Art. 1, l. 281/98, cit.

¹³⁴ Art. 2, lett. b, l. 281/98, cit., così definisce le «associazioni dei consumatori e degli utenti».

Dalle differenti discipline esaminate pare emergere che l'obiettivo comune, oggi ritenuto irrinunciabile, sia quello di garantire la correttezza nella fase precedente la stipulazione di contratti, sia nei rapporti tra singoli, sia tra organizzazioni, sia tra singoli e organizzazioni.

A tal fine le forme e gli strumenti di intervento appaiono in forte evoluzione, integrando la disciplina dettata dall'art. 1337 cod. civ., norma fondamentale, che, nell'imporre alle parti la correttezza nelle trattative, non limita le possibili reazioni dell'ordinamento giuridico al solo risarcimento del danno per equivalente (denaro).

CAPITOLO TERZO

LA TRATTATIVA PRIVATA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

SOMMARIO: 1. La trattativa privata della pubblica amministrazione. Elementi distintivi rispetto alle trattative tra individui. Anticipazione della rilevanza giuridica della fase precontrattuale nei contratti della pubblica amministrazione. Disciplina pubblica come garanzia della «moralità» dell'amministrazione nella scelta del contraente. La trattativa privata come deroga alla gara pubblica per casi determinati in via generale e astratta nell'interesse della parte pubblica. Definizione e manifestazione della volontà contrattuale attraverso atti giuridici scritti. Affermazione di una tutela amministrativa e individuazione di atti amministrativi. — 2. Le norme che disciplinano i casi di trattativa privata in deroga agli incanti e gli effetti verso i terzi estranei alla trattativa. La discrezionalità nella scelta dei soggetti da interpellare. Sindacato amministrativo sulle formalità previste (autorizzazione) e tutela riflessa del terzo non interpellato. Evoluzione in senso restrittivo e diniego di legittimazione. Il recente riconoscimento della legittimazione agli operatori del medesimo settore economico. — 3. L'instaurazione delle trattative con la comunicazione del progetto di contratto: gli effetti verso la controparte. Legittimazione della parte privata avanti al giudice civile sulla avvenuta conclusione del contratto. Le formalità previste nell'interesse della sola parte pubblica. Le violazioni della formalità impediscono la formazione di un contratto valido. Normale soccombenza della parte privata. I limiti del sindacato amministrativo per mancanza di atti impugnabili. Nuova prospettazione: posizione paritetica delle parti e ammissione del sindacato del giudice civile sulla correttezza precontrattuale. I limiti derivanti dall'interpretazione prevalente della disciplina sulla responsabilità precontrattuale. — 4. La diffusione della trattativa privata e la prassi della «gara ufficiosa». La rilevanza giuridica delle regole poste dalla stessa amministrazione per l'organizzazione della trattativa: gli effetti verso le parti. Potere discrezionale, interessi legittimi e annullamento degli atti precontrattuali come «correzione» del recesso scorretto. Obbligatorietà della gara informale, predeterminazione dei criteri di scelta e motivazio-

ne del recesso: limiti al potere discrezionale ovvero all'autonomia negoziale. — 5. La disciplina d'eccezione della procedura negoziata nelle norme europee a favore della concorrenza e non nell'interesse della parte pubblica. *Requiem* della Corte di cassazione: le posizioni soggettive di interesse legittimo si affermano anche nella trattativa privata. Il sindacato amministrativo sull'individuazione dei casi di eccezione e sulle modalità della scelta del contraente. L'obbligo di risarcimento del danno per violazione delle norme europee: la prima interpretazione a favore della risarcibilità degli interessi legittimi. Il mancato chiarimento della differente prospettiva tra norme nazionali e norme europee. — 6. La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione come tutela successiva alla stipulazione del contratto. La prescrizione degli atti di approvazione del contratto: dall'eccesso di potere per inerzia della pubblica amministrazione alla responsabilità precontrattuale.

1. *La trattativa privata della pubblica amministrazione. Elementi distintivi rispetto alle trattative tra individui. Anticipazione della rilevanza giuridica della fase precontrattuale nei contratti della pubblica amministrazione. Disciplina pubblica come garanzia della «moralità» dell'amministrazione nella scelta del contraente. La trattativa privata come deroga alla gara pubblica per casi determinati in via generale e astratta nell'interesse della parte pubblica. Definizione e manifestazione della volontà contrattuale attraverso atti giuridici scritti. Affermazione di una tutela amministrativa e individuazione di atti amministrativi.*

Quanto è lasciato alla libera disponibilità dell'autonomia privata¹ è invece oggetto di norme rivolte alla pubblica ammi-

¹ Si è detto *supra* cap. I, par. 1 e 3, che anteriormente all'entrata in vigore del codice civile del 1942 la mancanza di una disciplina espressa delle trattative volte alla conclusione di un contratto fra privati ha determinato l'irrilevanza giuridica della fase precontrattuale che trovava fondamento nella diffusa convinzione dell'inopportunità di introdurre una responsabilità per abbandono scorretto delle trattative.

nistrazione che deve adottare particolari procedure per la scelta del contraente, con disciplina che nell'assetto normativo posto dal nuovo codice civile assume un significato affatto peculiare.

Le norme sulla formazione dei contratti della pubblica amministrazione sono infatti originariamente ricomprese tra quelle sull'amministrazione del patrimonio dello Stato², nel titolo II, «*Della Contabilità generale dello Stato*», insieme alla disciplina dei beni pubblici e della contabilità³.

Questa particolare collocazione fra le norme sulla contabilità di Stato ha per lungo tempo limitato un'autonoma sistemazione della materia, benché oggetto di rinvio per la disciplina di tutti i contratti delle amministrazioni statali e locali. Alla disciplina della contabilità rinviano infatti sia la legge

² Così fin dalla disciplina del Regno di Sardegna: l. 23 marzo 1853, n. 1483, *dell'amministrazione centrale dello Stato e della contabilità generale dello Stato*; (ricordata come riforma Cavour), titolo II, capo IV, *Dei Contratti*; l. 22 aprile 1869, n. 5026, *sulla amministrazione del patrimonio dello Stato e sulla contabilità generale* e il relativo regolamento: r.d. 4 settembre 1870, n. 5852, *Regolamento per l'esecuzione della Legge 22 aprile 1869 sulla amministrazione del patrimonio dello Stato e sulla contabilità generale*. In seguito sostituiti dal r.d. 17 febbraio 1884, n. 2016, *Testo unico della legge sull'amministrazione e sulla contabilità generale dello Stato*, titolo I, *Del patrimonio dello Stato e dei contratti*, e dal relativo regolamento: r.d. 4 maggio 1885, n. 3074, *Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*; successivamente: r.d. 8 novembre 1923, n. 2440, *Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato*, e r.d. 23 maggio 1924, n. 827, *Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*.

³ L. 23 marzo 1853, n. 1483, cit., titolo II, capo I, *Dei Bilanci*, capo II, *Del Patrimonio dello Stato e dei Proventi*, capo III, *Dell'approvazione delle spese eccedenti i Bilanci*, capo IV, *Dei contratti*. Cfr. G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, 1879, I, 17 e s.; G. GIORGI, *Teorie delle persone giuridiche*, Firenze, 1891, vol. II, 354 e s.

sulle opere pubbliche del 1865⁴, sia le norme concernenti gli enti territoriali minori⁵.

Dopo un'applicazione più che secolare delle norme di contabilità di Stato, l'adempimento agli obblighi derivanti dalla partecipazione alle Comunità europee ha imposto l'emana-zione di specifiche norme in materia di appalti di lavori, forniture e servizi che disciplinano esclusivamente le modalità di selezione dei concorrenti⁶.

Ciò che pare di interesse è che in ogni tempo l'amministrazione pubblica ha dovuto realizzare una «fase preparatoria» in cui la volontà di concludere un contratto si definisce e si esplicita per consentire l'individuazione di una controparte affidabile⁷. Alla decisione di stipulare un determinato contratto, segue infatti la fase di individuazione della controparte.

⁴ Per la stipulazione del contratto: art. 325, per le fasi precedenti: art. 331, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F., *Legge sulle opere pubbliche*.

⁵ Cfr. l'art. 128 della l. comunale e provinciale 20 marzo 1865, n. 2248, All. A, e le successive leggi comunali e provinciali ed i relativi testi unici che direttamente o indirettamente attraverso i regolamenti per la loro applicazione rinviano alle «forme stabilite per le opere dello Stato», e alle forme prescritte dalle norme sulla contabilità generale dello Stato (art. 113 del regolamento del 19 settembre 1899, n. 394). Così, ancora l'art. 56, lett. c), l. 8 giugno 1990, n. 142, *Ordinamento delle autonomie locali*, prevede che la deliberazione (poi determinazione) di contrattare deve contenere «le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle amministrazioni dello Stato».

⁶ Il riferimento è alle direttive europee in materia di appalti pubblici che, dalla prima direttiva 26 luglio 1971, n. 305/CEE in materia di appalti di lavori, giungono alle direttive 92/50/CEE, 93/36, 37 e 38, rispettivamente su appalti di servizi, forniture, lavori e appalti nei settori «esclusi» (ora definiti «speciali») che hanno dato luogo alla creazione di un autonomo corpo normativo di recepimento.

⁷ Cfr. O. RANNELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, col. 59, 60, sulla necessaria esistenza di trattative che si estrinsecano negli atti che precedono una concessione.

Per la pubblica amministrazione la «fase delle trattative può ritenersi in un certo senso necessaria»⁸, perché la scelta del contraente non è libera, ma soggetta alle norme che specificamente disciplinano le forme della contrattazione ed ai principi che regolano l'attività amministrativa, con la conseguenza che la volontà di concludere un contratto non può manifestarsi direttamente con la stipulazione, ma deve tradursi in atti giuridici scritti che segnano i momenti successivi attraverso i quali si definisce la volontà di stipulare il contratto stesso.

Le trattative degli enti pubblici non possono rimanere segrete poiché, in varia misura, la formalizzazione della «fase pre-contrattuale» consente ai cittadini di conoscere e valutare le scelte dell'amministrazione pubblica.

Soprattutto in passato la pubblicità data all'intenzione di stipulare un contratto trascendeva i soggetti realmente interessati a divenire contraenti e assumeva il particolare significato di notizia comunicata alla collettività. Significato che nel tempo si è perso a causa della costante utilizzazione delle medesime forme di pubblicità (mai aggiornate) e dell'eccezionale aumento della quantità d'informazioni diffuse, con la conseguente rinuncia a tale connotazione di controllo sulle scelte pubbliche che adeguate forme di pubblicità consentirebbero di realizzare.

Il manifesto o «tiletto» affisso negli spazi preposti nel territorio del comune nella seconda metà dell'Ottocento proba-

⁸ Così R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja Branca*, art. 1337, Bologna, Roma, 1970, 219; G. ROEHRSSSEN DI CAMMERATA, *I lavori pubblici*, Bologna, 1956, 165. G. CASTELLI-AVOLIO, *Sulla natura contrattuale dell'appalto di opere pubbliche*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, vol. II, 229, osserva che nel «periodo precontrattuale il processo formativo della volontà si ha in entrambe le parti che dovranno contrarre e non soltanto nell'Amministrazione».

bilmente non informava soltanto gli aspiranti contraenti⁹, ma soprattutto la popolazione, al pari di quanto oggi potrebbe avvenire attraverso trasmissioni televisive.

Neppure la Comunità europea ha ritenuto sinora di «rivalorizzare» questo significato della pubblicità in materia di appalti pubblici, la quale invece ha promosso la massima diffusione delle informazioni, anche attraverso i canali più rapidi e avanzati, ma pur sempre destinati a raggiungere i soli operatori economici potenzialmente interessati al contratto.

La parte pubblica che assume l'iniziativa della stipulazione deve scegliere la controparte mediante una selezione pubblica alla quale possano partecipare tutti i soggetti interessati, poiché la legge è «esplicita nel volere che gli appalti si facciano per pubblico concorso»¹⁰.

Fin dall'Ottocento si riconosceva che, nonostante gli inconvenienti, «la regola fondamentale in un paese libero è di tenere come base il sistema dell'asta pubblica, poiché da esso può bensì talvolta derivare allo Stato un danno materiale, ma non mai quello morale assai più grave, quale sarebbe se non ammettendo la libera concorrenza per la concessione dei contratti, si insinuasse nella pubblica coscienza l'opinione che esse formano oggetto di concessioni di favore, causa questa non ultima della grande rivoluzione in Francia, ove, specialmente

⁹ Cfr. gli artt. 82 e 98, r.d. 4 settembre 1870, n. 5852, *Regolamento per l'esecuzione della Legge 22 aprile 1869 sulla amministrazione del patrimonio dello Stato e sulla contabilità generale* e l'art. 76, comma VI, r.d. 4 maggio 1885, n. 3074, *Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*; ove si prevede che «la pubblicazione e affissione degli avvisi di asta si fa alla porta dell'ufficio nel quale devono tenersi gli incanti, e negli altri luoghi destinati all'affissione degli atti pubblici».

¹⁰ Consiglio di Stato, pareri del 14 gennaio e 4 febbraio 1874, n. 26 e 92, *Min. Guerra*, in *Riv. amm.*, 1875, 732, ove si afferma che neppure il Ministero è libero di stipulare a trattativa privata se non a seguito di incanti deserti, nemmeno allo scopo di aiutare in tal modo l'industria nazionale.

sotto il regno di Luigi XV, le concessioni dei contratti dipendevano per la massima parte dal favore di una cortigiana reale»¹¹.

L'asta pubblica «facilita la libera concorrenza, una delle basi principali del buon patto»¹², e garantisce l'imparzialità della scelta e perciò appare preferibile rispetto alle contrattazioni a carattere privato¹³.

Al contrario con la «trattativa privata» si rinuncia alla concorsualità e conseguentemente non si garantisce l'imparzialità, perché difetta ogni forma di pubblicità, dal momento che si comunica la volontà di stipulare un determinato contratto solamente al soggetto che si presume idoneo. La qualifi-

¹¹ F. ROSTAGNO, *Contabilità di Stato, Corso teorico-pratico sull'attuale sistema contabile del Regno d'Italia*, Napoli, 1887, 53, che precisa che «Questa convinzione del minor danno» (rispetto al pericolo di collusioni fra i concorrenti) «ha fatto sì che il precetto dell'asta sia passato nell'ordine amministrativo e si usi tanto dallo Stato quanto dalle provincie e comuni ed anche bene spesso dai privati, trovandosi introdotto nel diritto civile, come, senza alcun dubbio si deduce dagli articoli 709 e 1536 del Codice». E ricorda la previsione dell'asta già in epoca romana (Codice Giustiniano, X, III, *De fide et jure bastae fiscalis*). Cfr. da ult. sul tema: A. TRISCIUOGGIO, «*Sarta tecta, ultrotributa, opus publicum faciendum locar*». *Sugli appalti relativi alle opere pubbliche nell'età repubblicana e augustea*, Napoli, 1998, *passim*.

¹² Cfr.: F. ROSTAGNO, *Contabilità di Stato, Corso teorico-pratico sull'attuale sistema contabile del Regno d'Italia*, cit., 53; C. ASTENGO, *Guida amministrativa, ossia commento della legge comunale e provinciale (testo unico 10 febbraio 1889, n. 5921) e del regolamento per l'esecuzione della legge medesima approvato con regio decreto 10 giugno 1889, n. 6107 con riferimento a tutte le altre leggi amministrative*, Roma, 1889, 1253 e s., ove si richiama l'opinione generale che «gli enti morali siano peggiori amministratori dei privati, per la mancanza di quell'interesse diretto e personale da cui questi sono animati ed anche per le porzioni infinitesime alle quali per i singoli amministratori si riducono i vantaggi ed i danni di una buona o cattiva amministrazione».

¹³ È possibile rilevare fin d'ora come la concorrenza risultasse un mezzo per garantire l'imparzialità della pubblica amministrazione, mentre oggi il richiamo all'imparzialità appare strumentale per ottenere la libera concorrenza.

cazione di «privata» richiama l'informalità delle trattative dei privati, ma soprattutto l'esclusione dei terzi come conseguenza dell'assenza di pubblicità, proprio perché la notizia circa l'intenzione di stipulare un contratto è rivolta esclusivamente alla controparte.

In via d'eccezione alla selezione pubblica fra tutti i soggetti interessati, si consente all'amministrazione di stipulare a «trattativa privata»¹⁴ in casi particolari espressamente individuati, ove si può affermare in via generale e astratta che non appare conveniente per la parte pubblica «l'indugio negli incanti»¹⁵.

I casi sono d'eccezione proprio perché in deroga ai principi istituzionali («moralità») che caratterizzano la pubblica amministrazione. Contrapposte esigenze di funzionalità ed efficienza hanno invece nel tempo condotto l'amministrazione

¹⁴ Cfr. per l'amministrazione comunale l'art. 264, comma II, del *Decreto col quale S.M. provvede per l'amministrazione dei Comuni*, del 7 ottobre 1848, (Atti del Governo n. 807): «Il Ministero dell'Interno potrà però anche in altri casi permettere sull'istanza del Consiglio che i contratti seguano a trattative private». Al primo comma si afferma la regola generale «I contratti per vendite, locazione di beni, e rendite, e per l'esecuzione di opere d'ogni qualità, avranno luogo all'asta pubblica». In seguito all'unificazione la norma viene riproposta con l'art. 128, comma primo, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. A, *Legge sull'Amministrazione comunale e provinciale*: «Le alienazioni, locazioni, gli appalti di cose ed opere il cui valore complessivo e giustificato oltrepassa le lire 500 si fanno all'asta pubblica colle forme stabilite per l'appalto delle opere dello Stato», e al secondo comma «Il prefetto però potrà permettere in via eccezionale che i contratti seguano a licitazione o trattativa privata». Cfr. C. ASTENGO, *Guida amministrativa*, cit., 1253 e s., in partic. sub art. 157, identico all'art. 128 della legge comunale del 1865.

¹⁵ Cfr. M. VITA LEVI, *Della locazione di opere e più specialmente degli appalti*, vol. II, Torino 1876, 89, ove si precisa che i casi d'eccezione agli incanti «sono dettate dall'interesse stesso dell'appaltante per quei casi, in cui, come si comprende, l'applicazione delle regole ordinarie, avrebbe portato più inconvenienti che vantaggi».

pubblica ad un'interpretazione estensiva delle ipotesi previste per la trattativa privata¹⁶.

Se in passato l'indicazione alla trattativa privata era data solo ove «si tratta con una determinata persona»¹⁷, in analogia con le trattative che si svolgono fra due privati, più tardi si prevede invece che: «La trattativa privata ha luogo quando dopo aver interpellato, se ciò sia ritenuto conveniente, più persone o ditte, si tratta con una di esse»¹⁸, esplicitando la prassi della consultazione di più soggetti ritenuti idonei all'adempimento del contratto.

Una fase pre-contrattuale, più o meno articolata, deve in ogni caso realizzarsi anche nella trattativa privata perché l'azione della pubblica amministrazione non può che manifestarsi attraverso atti giuridici volti alla definizione dell'oggetto del contratto ed all'individuazione della controparte. La differenza che appare essenziale rispetto ai rapporti tra individui deriva dalla constatazione che la parte pubblica è un'organizzazione complessa, che agisce secondo l'ordine delle compe-

¹⁶ Cfr., di recente una più incisiva critica alla diffusa adozione della trattativa privata: Corte dei conti, contr. Stato, 8 maggio 1997, n. 69, *Min. tesoro*, in *Cons. Stato*, 1997, II, 1608, afferma l'illegittimità della prassi per la quale il ricorso all'istituto della trattativa privata, strumento negoziale riservato ad eccezionali ipotesi, come l'urgenza o la necessità di acquisire oggetti garantiti da privata, sia prevalentemente utilizzato in via ordinaria. Corte dei conti, contr. Stato, 6 marzo 1997, n. 40, *Magistrato del Po*, in *Cons. Stato*, 1997, Corte dei conti, contr. Stato, 18 gennaio 1997, n. 4, *Ministero lavori pubblici*, in *Foro it.*, 1998, III, 69 sulla violazione delle norme interne e comunitarie commessa con l'affidamento di appalti di servizi mediante trattativa privata senza alcuna motivazione sulle circostanze di fatto e di diritto che avrebbero potuto giustificare la deroga alla pubblica gara.

¹⁷ Cfr. art. 101, r.d. 4 maggio 1885, n. 3074, cit.

¹⁸ Art. 92, r.d. 23 maggio 1924, n. 827, *Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*.

tenze ed attraverso organi¹⁹ anche nella stipulazione a trattativa privata.

Le trattative della pubblica amministrazione trovano forse maggiori possibilità di comparazione con le trattative delle organizzazioni private (associazioni, fondazioni, società)²⁰ rispetto a quelle dei singoli individui, poiché per le organizzazioni complesse si affermano «regole generali» che in varia misura comportano una graduale «formalizzazione» delle trattative²¹.

Il percorso che l'amministrazione è tenuta a compiere per giungere alla stipulazione di un contratto è variato nel tempo con il modificarsi dei rapporti fra organi competenti: l'evol-

¹⁹ Cfr.: L.M. GIRIODI, *I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo a cura del Prof. V.E. Orlando*, Milano 1900, vol. I, 224 e s., sull'origine della nozione di ufficio pubblico come «complesso ideale di attribuzioni coi corrispondenti poteri», non persona giuridica poiché «l'ufficio non è che un organo, o, se si vuol meglio, un meccanismo dello Stato», che svolge unicamente attività di «carattere pubblico, vale a dire che debbono riguardare fini d'interesse comune dei consociati», anche in via meno diretta e immediata come ad esempio raccogliendo i mezzi pecuniari per far fronte alla spesa pubbliche; A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, Padova, 1931, vol. I, 79 e s.; Santi ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937, 101; ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, (ristampa inalterata), Milano, 1983, 145 e s.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, 12 e s.; G. TREVES, *L'organizzazione amministrativa*, Torino, 1975, 52 e s.; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, vol. I, 141 e s.; G. PALEOLOGO, voce *Organizzazione amministrativa*, in *Enc. Dir.* vol. XXXI, Milano, 1988, 136 e s.

²⁰ V. *supra* cap. II.

²¹ V. E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, V ed., Torino, 1921, 438, ove si afferma che «come il diritto comune stabilisce forme speciali per certi determinati contratti, in riguardo alle persone che li stipulano, così pure si comprende e si giustifica che norme speciali siano stabilite per i contratti dello Stato. Così lo Stato, come ogni persona morale, contratta per mezzo di rappresentanti, determinati dalla legge».

uzione della fase pre-contrattuale si è affermata come sintomo evidente delle modificazioni del rapporto con i privati coinvolti nelle trattative. Leggi, regolamenti e capitoli definitivi sono una fase pre-contrattuale che acquista rilevanza giuridica, con largo anticipo rispetto alle più recenti formalizzazioni delle trattative delle imprese private.

In questa prospettiva s'intende esaminare anzitutto l'evoluzione del rapporto amministrazione pubblica — (aspirante) contraente privato nella forma più semplice di contrattazione, poiché proprio le limitate formalità per essa previste consentono nel tempo di evidenziarne i caratteri essenziali.

La volontà di concludere un contratto si manifesta indipendentemente dal metodo di scelta del contraente attraverso un «progetto di contratto»²², che può essere contenuto in un atto degli organi centrali o periferici dello Stato, ovvero in una «deliberazione amministrativa»²³ degli organi degli enti locali assunta nelle forme prescritte (verbalizzazioni, pubblicazioni, controlli, ecc.).

Nella disciplina più risalente, il «progetto di contratto» andava sottoposto al parere obbligatorio degli organi consul-

²² In passato, secondo la disciplina valida per ogni deliberazione comunale, il «progetto di massima», del contratto deliberato dal consiglio comunale, doveva essere trasmesso al prefetto cui spetta accertare che la deliberazione «sia stata presa in adunanza legale e con l'osservanza delle forme che la legge prescrive» (legalità formale) e «se con essa siansi violate disposizioni di legge» (legalità sostanziale): art. 189, r.d. 4 maggio 1898, n. 164.

²³ Cfr. F. ROSTAGNO, *Contabilità di Stato, Corso teorico-pratico sull'attuale sistema contabile del Regno d'Italia*, cit., 35 e s.; C. ASTENGO, *Guida amministrativa*, cit., 1256 e s.; C. VITTA, *Diritto amministrativo*, 3° ed., Torino, 1950, vol. I, 585, dopo aver individuato i casi in cui è necessaria una deliberazione, precisa che la forma peculiare della deliberazione è caratterizzata dall'assistenza del segretario comunale, che deve dare il proprio parere di legittimità e stendere il verbale che deve essere letto e approvato in adunanza e quantomeno il dispositivo e il riassunto della parte narrativa deve essere affisso all'albo pretorio del Comune.

tivi che valutavano la «regolarità» e la «convenienza amministrativa»²⁴; ciò perché si riteneva che gli organi rappresentativi di amministrazione attiva non fossero adatti alla definizione dello strumento contrattuale, non sapendo indicare quanto ritenuto maggiormente rispondente alle esigenze dell'amministrazione (inserimento o modificazione delle clausole contrattuali e dei capitolati).

La «deliberazione amministrativa», avente ad oggetto un atto di diritto privato²⁵, veniva così sottoposta ai normali controlli e pareri nella convinzione che «l'unicità della persona pubblica, che stipula l'atto di diritto privato, fa sì che debbano sempre prendersi in considerazione anche norme di diritto pubblico», sia sulla competenza alla stipulazione, sia, soprattutto, sullo «speciale procedimento per la formazione e la dichiarazione della volontà, onde sovente la stipulazione dell'atto di diritto privato deve essere preceduta dalla emanazione di

²⁴ Cfr. ad es. art. 9, l. 22 aprile 1869, n. 5026, *Sulla amministrazione del patrimonio dello Stato e sulla contabilità generale*; art. 9, r.d. 17 febbraio 1884, n. 2016, *Testo unico della legge sull'amministrazione e sulla contabilità generale dello Stato*, prevede la necessità del parere del Consiglio di Stato per i contratti da stipularsi dopo i pubblici incanti, quando superino il valore di 40.000 lire e di quelli da stipularsi a seguito di trattative private quando superino la somma di 8.000 lire. Così già l'art. 47, r.d. 4 settembre 1870, n. 5852, regolamento sulla contabilità generale. Per comuni e province era previsto il parere del consiglio di prefettura: art. 169, r.d. 4 maggio 1898, n. 164, *che approva il nuovo testo unico della Legge comunale e provinciale*, e l'approvazione della giunta provinciale amministrativa, ex art. 194, per le deliberazioni riguardanti l'alienazione di immobili, di titoli del debito pubblico, di azioni industriali, le locazioni e conduzioni oltre i dodici anni, le spese che vincolano i bilanci oltre i cinque anni, ecc.

²⁵ C. VITTA, *Diritto amministrativo*, 3° ed., 1950, vol. I, 580, precisa che tra le «deliberazioni» possono rinvenirsi atti di portata generale ed «atti concernenti casi singoli e fra questi atti di diritto privato (alienazioni e contratti in genere) e di diritto pubblico (nomine ai pubblici impieghi)».

atti amministrativi in senso proprio»²⁶. Gli atti con cui l'amministrazione giunge alla stipulazione di pubblici appalti devono conformarsi alle norme che si aggiungono alla disciplina civilistica e regolano nel dettaglio comportamenti che il codice civile protegge, riconoscendo la libera determinazione dell'autonomia negoziale.

La «deliberazione amministrativa tendente a stipulare un contratto»²⁷, conteneva in passato solamente la «generica de-

²⁶ C. VITTA, *Diritto amministrativo*, cit., 300, ove si osserva che: «l'unicità della persona pubblica, che stipula l'atto di diritto privato, fa sì che debbano sempre prendersi in considerazione anche norme di diritto pubblico sovra certi punti e più precisamente quelle che riguardano: 1° la capacità giuridica dell'ente e la capacità di agire, la quale ultima serve a stabilire quale sia il funzionario competente alla stipulazione; 2° lo speciale procedimento per la formazione e la dichiarazione della volontà, onde sovente la stipulazione dell'atto di diritto privato deve essere preceduta dalla emanazione di atti amministrativi in senso proprio (p. es. deliberazione del consiglio comunale di contrarre un mutuo nell'interesse del Comune); 3° gli speciali controlli preventivi che per i contratti degli enti pubblici siano prescritti, onde di solito occorre un formale atto amministrativo dell'autorità di controllo (p. es. approvazione ministeriale ai contratti dello Stato)». Cfr. ancora di recente: E. FERRI, *Le scelte discrezionali della pubblica amministrazione nell'affidamento di appalti di opere e lavori pubblici, concessioni e forniture*, Modena, 1994, 43, ove si afferma che «l'attività della p.a., pur configurandosi come attività negoziale e quindi come esplicazione di autonomia privata, viene in definitiva sempre assorbita e inserita nel procedimento amministrativo che, per così dire, la costringe e la piega ai suoi fini. Ciò trova la sua più evidente conferma nel fatto che l'attività negoziale privata della p.a. è sempre necessariamente preceduta da un provvedimento con cui essa delibera di perseguire i propri fini col negozio privato»; tale provvedimento «non solo dà origine ad un procedimento amministrativo, ma è in sé considerato un atto tipicamente amministrativo, esplicazione di discrezionalità amministrativa e, come tale, sottoposto al controllo di legittimità del giudice amministrativo».

²⁷ C. VITTA, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 307, osserva che «talvolta v'è una deliberazione amministrativa tendente a stipulare il contratto, la quale è ben diversa dall'atto con cui si addiende alla stipulazione stessa; la prima è generica determinazione, la seconda è specifica creazione del vincolo

terminazione» dell'oggetto ancora come definizione di volontà «interna» all'amministrazione, che nei rapporti fra privati restava «all'infuori del campo giuridico», mentre per i «contratti stipulati dall'ente pubblico anche la formazione della volontà di questo è di regola sottoposta a norme di diritto»²⁸. Simili analisi consentono l'individuazione di «sequenze» più o meno complesse di atti il primo dei quali è il «progetto di contratto» talora inserito in una specifica «deliberazione di contrattare»²⁹, che è normale ove si tratti di competenza attribuita ad

col terzo contraente»; C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione, Capacità e legittimazione a contrattare*, Firenze, 1937, 31 e s.

²⁸ C. VITTA, *Diritto amministrativo*, cit., 307. SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1930, 14, osserva che anche nell'esplicazione delle loro attività con le forme del diritto privato «lo Stato e gli altri enti pubblici sono mossi e guidati da interessi pubblici e più particolarmente amministrativi», però il carattere pubblico di queste manifestazioni «si rileva più all'interno dell'amministrazione che nei rapporti con altri soggetti di fronte ai quali l'amministrazione appare come se fosse, sebbene non sia, sciolta dagli interessi accennati». «Se, p. es., lo Stato compra o prende in affitto una casa, tale atto, finché è deliberato e preparato nell'interno dell'amministrazione, è regolato dal diritto amministrativo, ma, dopo questo stadio, la valutazione dell'interesse pubblico e quindi la funzione amministrativa propriamente detta si può considerare esaurita e quell'atto, di fronte al venditore o locatore, appare come ogni altro negozio di compravendita o locazione e conseguentemente di diritto privato». A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. di dir. pubbl.*, 1938, 530, ove si afferma che se l'amministrazione si avvale di un istituto privatistico sembra più aderente alla realtà delle cose spiegare le alterazioni del suo regime giuridico come un effetto del suo uso da parte degli enti pubblici per il raggiungimento dei propri fini, tenendo fermo «il presupposto che l'attività amministrativa di diritto privato rimane sempre formalmente attività retta dal diritto privato».

²⁹ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, vol. I, 661 e s., sostiene che il «problema del motivo d'interesse pubblico del negozio di diritto privato dell'amministrazione pubblica» possa essere risolto «scindendo l'attività negoziale in due parti», in modo da trovare «nel procedimento dell'evidenza pubblica una mediazione tra il principio di autonomia privata proprio dell'attività di diritto privato, e il principio di legalità e di articolazione dell'attività di diritto amministrativo», mediante l'individuazione di «due

organi collegiali, mentre oggi per sottolineare la competenza individuale, si è mutata la qualificazione in «determinazione del responsabile del procedimento di spesa»³⁰.

procedimenti paralleli: l'uno è il procedimento di formazione della volontà contrattuale quale disciplinato, con alcune varianti dalle norme di diritto privato; l'altro è un procedimento amministrativo che si sviluppa tra l'autorità che intende concludere e/o ha concluso il contratto (che diremo l'autorità contrattante) e l'autorità che su di essa esercita il controllo. In tale procedimento l'autorità contrattante spiega le ragioni di pubblico interesse per le quali vuol addivenire o è addivenuta a quel contratto avente quel certo contenuto, e perché vuol scegliere o sceglie o ha scelto quella controparte; la seconda controlla i giudizi le decisioni e le procedure a cui la prima intende addivenire o è addivenuta», considerando peraltro che «tutti gli atti della sequenza sono da intendere in termini privatistici salvo l'ultimo, l'aggiudicazione». Cfr. A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni. Atti amministrativi e negozi di diritto privato*, Milano, 1974, 9 e s.; G. PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU - A. ROMANO - F. A. ROVERSI MONACO - F. G. SCOCA, Bologna, 1998, vol. II, 1569, ove si evidenzia come la formalizzazione in documenti amministrativi (decreti, deliberazioni) delle decisioni che precedono la materiale stipulazione ha facilitato la qualificazione di tali «documenti unilaterali come veri e propri atti amministrativi, anche se l'atto espresso in tali documenti non aveva tutte le caratteristiche del "tipo" atto amministrativo così come era stato elaborato dalla dottrina».

³⁰ Le norme sugli enti locali avevano espressamente disciplinato tale «deliberazione»: art. 56, l. 8 giugno 1990, n. 142, *Ordinamento delle autonomie locali: «Deliberazioni a contrattare e relative procedure*. 1. La stipulazione dei contratti deve essere preceduta da apposita deliberazione indicante: a) il fine che con il contratto si intende perseguire; b) l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali; c) le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle amministrazioni dello Stato e le ragioni che ne sono alla base. 2. Gli enti locali si attengono alle procedure previste dalla normativa della Comunità economica europea recepita o comunque vigente nell'ordinamento giuridico italiano», disciplina modificata dalla l. 3 agosto 1999 n. 265, che all'art. 56 ha sostituito il termine «deliberazione» che richiamava la competenza di un organo collegiale con «determinazione del responsabile del procedimento di spesa».

Sono state le forme di tutela che hanno favorito la ricostruzione degli atti pre-contrattuali come atti amministrativi impugnabili³¹, attraverso una tutela sollecitata dai privati dapprima in via amministrativa, poi con azione giurisdizionale.

L'attività del Consiglio di Stato sia consultiva, sia giurisdizionale, ha trasformato atti rilevanti nei soli rapporti interorganici (atti interni³²), o del Governo con il Parlamento in occasione dell'approvazione del bilancio, in atti impugnabili, o comunque soggetti ad annullamento a seguito di «mere denunce» di irregolarità e illegittimità. Le riconosciute forme di tutela garantite dal Consiglio di Stato hanno condotto alla ricostruzione di atti amministrativi impugnabili attraverso il riferimento alla tradizionale categoria dei poteri discrezionali e dei provvedimenti autoritativi.

Dalle pronunce su questi atti emerge l'apporto innovativo della giustizia amministrativa che, superando le tradizionali questioni di legittimazione e riconoscendo protezione ai privati, seppure come riflesso della tutela dell'interesse pubblico «soggettivato nell'amministrazione»³³, afferma un sindacato

³¹ Cfr. E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, III ed., Padova, 1954, 196 e s., ove si osserva che ciascun atto amministrativo determina effetti prodromici e parziali rispetto all'effetto giuridico finale ed è autonomamente impugnabile solo quando abbia un'individualità separata e autonoma sufficiente a giustificare una separata impugnazione (atto con cui viene bandito un concorso, atto di esclusione): v. *infra* cap. V.

³² C. VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, 1950, 3° ed., vol. I, 281, definisce atti amministrativi «quelli che sono emanati da una autorità amministrativa, e che producono un effetto giuridico verso soggetti estranei all'a. p. stessa». Cfr. Corte di giustizia, sentenza 17 settembre 1997, causa C 54/96, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH c. Bundesbaugesellschaft Berlin mbH*, spec. pto 13 e s.

³³ A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, relazione al 43° Convegno di studi amministrativi, «Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi», Varenna, Villa Monastero 18-20 settembre 1997, pubblicata in *Dir. amm.*, 1998, 11 e s.

che trascende il contenuto di «diritto privato» dell'atto, offrendo una verifica di validità secondo le forme proprie delle deliberazioni degli enti pubblici.

In tal modo si afferma la legittimità ed indirettamente la correttezza nelle trattative, quantomeno come non contraddittorietà alle norme e agli altri atti che definiscono l'attività contrattuale della pubblica amministrazione, seppure nei limiti di un sindacato sui documenti, cioè con riferimento agli elementi che possono essere desunti da tali atti (bandi, capitolati, pareri, verbali, approvazioni).

L'indicata vicenda storica esalta l'esperienza del Consiglio di Stato adombrando la giurisdizione del giudice civile che diviene marginale, sicché, anche quando vengono introdotte le nuove norme a disciplina dei rapporti intersoggettivi precontrattuali (art. 1337 cod. civ. del 1942), appare difficile superare la ricostruzione esclusivamente pubblicistica di tutta la fase pre-contrattuale³⁴, consolidando così la nota interpretazione restrittiva della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione.

Tale esclusione del giudice civile si afferma anzitutto per la giurisdizione, ma non può dirsi estranea ad essa la nota difficoltà³⁵ del giudice civile ad assumere un sindacato sull'ope-

³⁴ In tal senso: A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, V, 177, che rileva come escludere la tutela amministrativa, equivalga, di fatto, a negare ogni tutela. Manifesta dei dubbi sul fondamento positivo della qualificazione degli atti che intervengono nella fase della formazione del contratto di diritto privato della pubblica amministrazione come atti amministrativi: F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubblico*, 1998, 39, n. 9, poiché resta non chiarito perché dalla previsione di un controllo preventivo «che condiziona l'efficacia di certi atti dell'amministrazione possa essere dedotto quel peculiare regime della discrezionalità che è proprio delle manifestazioni di potestà (nella specie considerata peraltro assente)».

³⁵ Per tutti: M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, 143 e s.; B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, Milano, 1985, 215 e s.

rato dell'amministrazione la cui valutazione (liceità-illiceità) non riesce a prescindere dall'interpretazione di norme di diritto amministrativo.

2. *Le norme che disciplinano i casi di trattativa privata in deroga agli incanti e gli effetti verso i terzi estranei alla trattativa. La discrezionalità nella scelta dei soggetti da interpellare. Sindacato amministrativo sulle formalità previste (autorizzazione) e tutela riflessa del terzo non interpellato. Evoluzione in senso restrittivo e diniego di legittimazione. Il recente riconoscimento della legittimazione agli operatori del medesimo settore economico.*

Si è avuto modo di rilevare che le trattative tra privati sono state per molto tempo ritenute prive di rilevanza giuridica, ove invece le trattative sono attuate dall'amministrazione con veri e propri atti giuridici. Nella trattativa privata, tali atti sono volti a giustificare la deroga agli incanti ed all'individuazione della controparte.

I casi d'eccezione che consentono il ricorso alla trattativa privata³⁶ sono posti nel prevalente interesse dell'amministra-

³⁶ Sull'ammissibilità di stipulare contratti a «partiti privati»: art. 25, della l. 23 marzo 1853, n. 1483, *Dell'amministrazione centrale dello Stato e della contabilità generale dello Stato*; art. 4 e 5, della l. r.d. 17 febbraio 1884, n. 2016, *Testo unico della legge sull'amministrazione e sulla contabilità generale dello Stato*, e specificati negli artt. 39 e 40, r.d. 4 maggio 1885, n. 3074, cit., fra cui oltre alle ipotesi di monopolio legale, di privativa industriale, di prodotti d'arte, si indicano i casi di evidente urgenza «prodotta da circostanze imprevedute», ovvero i contratti di qualunque genere, ma di importo limitato «concorrendovi però speciali ed eccezionali circostanze». Cfr. G. GIORGI, *Teoria delle persone giuridiche*, Firenze, 1891., vol. II, 377, il quale nota come questi articoli siano volti «a precisare i casi eccezionali e le cautele da osservarsi per frenare, quanto è possibile, l'arbitrio».

zione a stipulare un contratto senza le forme degli incanti³⁷. Alcuni presupposti sono chiari e precisi e la controparte risulta agevolmente individuabile in relazione al tipo di contratto che si intende concludere: ad esempio, per l'esistenza di una privativa industriale o di un monopolio legale³⁸, o per l'acqui-

³⁷ La disciplina di riferimento è l'art. 6, del r.d. 8 novembre 1923, n. 2440, *Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato*, è l'art. 41, r.d. 23 maggio 1924, n. 827, *Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*, «Si procede alla stipulazione dei contratti a trattativa privata: 1) Quando gli incanti e le licitazioni siano andate deserte o si abbiano fondate prove per ritenere che ove si sperimentassero andrebbero deserte; 2) Per l'acquisto di cose la cui produzione è garantita da privativa industriale, o per la cui natura non è possibile promuovere il concorso di pubbliche offerte; 3) Quando trattasi di acquisto di macchine, strumenti od oggetti di precisione che una sola ditta può fornire con i requisiti tecnici e il grado di perfezione richiesti; 4) Quando si debbano prendere in affitto locali destinati a servizi governativi; 5) Quando l'urgenza dei lavori, acquisti, trasporti e forniture sia tale da non consentire l'indugio degli incanti o della licitazione; 6) E in genere in ogni altro caso in cui ricorrono speciali ed eccezionali circostanze per le quali non possano essere utilmente seguite le forme degli artt. da 37 a 40 del presente regolamento. Nei casi previsti dal presente articolo la ragione per la quale si ricorre alla trattativa privata, deve essere indicata nel decreto di approvazione del contratto e dimostrata al Consiglio di Stato quando occorra il suo preventivo avviso». A questa norma rinvia ancora oggi la l. 11 febbraio 1994, n. 109, *La nuova legge quadro in materia di lavori pubblici* (come mod. dal d.l. 3 aprile 1995, n. 101, conv. in l. 2 giugno 1995, n. 216, cosiddetta legge Merloni bis, successivamente nuovamente modificata e integrata, da ultimo, dalla legge n. 18 novembre 1998, n. 415, cosiddetta legge Merloni ter), art. 24, (*Trattativa privata*), ove, tra l'altro, si prevede che «1. L'affidamento a trattativa privata è ammesso per i soli appalti di lavori pubblici esclusivamente nei seguenti casi: a) lavori di importo complessivo non superiore a 300.000 ECU, nel rispetto delle norme sulla contabilità generale dello Stato e, in particolare, dell'articolo 41 del regio decreto 23 maggio 1924, n. 827».

³⁸ Cfr. artt. 4 e 5 della legge di contabilità del 1884 e negli artt. 39 e 40, r.d. 4 maggio 1885, n. 3074, cit. e per la disciplina vigente l'art. 9 comma II, lett. b, del d. legisl. 406/1991: «per lavori la cui esecuzione, per motivi tecnici, artistici o inerenti alla tutela dei diritti d'esclusiva, può essere affidata solo ad

sto «di macchine, strumenti od oggetti di precisione che una sola ditta può fornire con i requisiti tecnici e il grado di perfezione richiesti»³⁹. Altri presupposti sono generali, come i contratti di modesta entità, o la «deserzione»⁴⁰ di precedenti incanti.

un imprenditore determinato». L'art. 25, n. 4, della l. 23 marzo 1853, n. 1483, *Dell'amministrazione centrale dello Stato e della contabilità generale dello Stato*, consentiva la trattativa privata per «oggetti che sono posseduti da uno solo». Per un caso di contratto attivo l'art. 265, del Decreto *col quale S.M. provvede per l'amministrazione dei Comuni*, del 7 ottobre 1848, prevede per la «vendita di terreni pubblici ai confinanti» e aggiunge che «Potrà aver luogo per trattativa privata a proposta del Consiglio la vendita dei beni usurpati in favore degli usurpanti, quella dei siti attigui alle case private per dar miglior forma alle medesime, ed abbellire l'abitato, la cessione ai confrontanti dei siti abbandonati o sopravanzati da quelli acquistati per l'eseguimento di opere pubbliche». art. 123, l. 23 ottobre 1859, n. 3702, *Legge comunale e provinciale del Regno*.

³⁹ Art. 41, comma I, n. 3, r.d. 23 maggio 1924, n. 827, *Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*.

⁴⁰ Le modificazioni delle condizioni del contratto, ovviamente a favore dei privati, a seguito della deserzione degli incanti, imponevano innanzitutto di bandire nuovi incanti e solo in caso di ulteriore fallimento era possibile procedere a trattativa privata, una volta ottenuta l'autorizzazione tutoria (così già l'art. 24 Legge 13 novembre 1859, n. 3747, *relativa allo ordinamento dell'amministrazione centrale e della contabilità dello Stato*): il fallimento della gara pubblica andava documentato dal «verbale di deserzione d'incanto» con l'attestazione dell'impossibilità di trovare offerenti disposti a stipulare il contratto a condizioni invariate: Consiglio di Stato, parere del 9 aprile 1875, adottato, *Bozzi e Biello c. Pref. Caserta*, in *Riv. amm.*, 1875, 403, sull'appalto del diritto di pascolo del comune di Castelmorrone; Consiglio di Stato, parere del 10 ottobre 1884, *Congregazione di carità di Spoleto c. Protetti*, in *Foro it.*, 1885, III, 11, in cui si annulla sia l'annullamento del prefetto perché avvenuto decorsi i trenta giorni dal ricevimento degli stessi, sia tutti gli atti di gara viziati fin dall'origine; Consiglio di Stato, parere del 1 ottobre 1869, dal Ministero adottato, *Com. Filottranto c. Dep. prov. di Ancona*, in *Riv. amm.*, 1869, 815, contro il rifiuto di approvazione della vendita di una casa comunale a R. Ramponi per lire 700. Consiglio di Stato, parere del 27 giugno 1871, dal Ministero adottato, *P. De Mori e P. Gey c. Pref. Udine*, in *Riv. amm.*, 1872, 15, ricorso dei privati contraenti contro il decreto prefettizio che annullava la de-

Un'ampia discrezionalità dell'amministrazione pubblica si è avvertita con riferimento ai presupposti dell'urgenza e delle «speciali ed eccezionali circostanze per le quali non possano essere utilmente seguite le forme» degli incanti o della licitazione⁴¹, ove si ammetteva un semplice rinvio alla norma senz'altra motivazione.

La discrezionalità dell'amministrazione pubblica concerne anche la scelta di trattare con un solo soggetto «dopo aver interpellato, se ciò sia ritenuto conveniente, più persone o ditte»⁴².

La qualificazione «privata» nella trattativa e nella licitazione⁴³ richiama infatti la libertà della pubblica amministra-

liberazione di Giunta che accettava la loro offerta minore rispetto alle condizioni previste per gli incanti, per l'esercizio del dazio di consumo governativo e comunale dei Comuni aperti di Pordenone e Cordenon per cinque anni, in seguito a tre incanti deserti; Consiglio di Stato, parere del 25 luglio 1882, in *Riv. amm.*, 1883, 66, sulla denuncia di alcuni consiglieri comunali e contribuenti del comune di Conco e sullo stesso caso, Consiglio di Stato, parere del 11 maggio 1883, *Girardi*, in *Riv. amm.*, 1883, 835, ricorso per la revocazione del Decreto Reale che annullava la deliberazione del consiglio comunale di Conco del contratto di affitto di alcuni terreni comunali stipulato a seguito di licitazione privata in cui si era ribassato il prezzo senza l'autorizzazione prefettizia, «il contratto è quindi viziato da una irregolarità per la quale non poteva essere mantenuto», ed è manifesta la legalità del R. Decreto che pronunciava l'annullamento della deliberazione consigliare con cui era stata ordinata la licitazione. Cfr. altresì C. ASTENGO, *Guida amministrativa*, cit., 1265 e s.

⁴¹ Art. 41, comma I, n. 6, r.d. 23 maggio 1924, n. 827, cit.

⁴² Art. 92, r.d. 23 maggio 1924, n. 827, *Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*.

⁴³ Anche la licitazione si caratterizza in origine per l'invito a presentare un'offerta rivolto a soggetti scelti dalla parte pubblica: «che si presumono idonei»: art. 100, r.d. 4 maggio 1885, n. 3074, cit., con indizione di una gara semplificata in cui l'amministrazione conservava il potere discrezionale di scegliere i soggetti da invitare. Il deposito delle offerte creava un vincolo fra l'ente e i concorrenti «coll'obbligo del primo di compiere tutto quanto occorre per raggiungere la finalità della gara»: Corte di cassazione di Torino, 10 luglio 1917, *Officina comunale del gaz di Mantova c. Società anonima di navigazione fluviale*, in *Riv. amm.*, 1917, 488, la parte pubblica sosteneva che non si fosse svolta una licitazione privata e non sussistesse l'obbligo di addivenire

zione di scegliere il soggetto o i soggetti con cui instaurare le trattative, ove nel «pubblico» incanto o asta «pubblica» la qualificazione segna la facoltà di chiunque di concorrere all'aggiudicazione del contratto.

L'amministrazione, al pari dei privati, non è tenuta ad esplicitare i parametri comparativi adottati nella scelta di chi interpellare: deve solamente affermare la sussistenza di uno dei casi di deroga alla gara pubblica e scegliere la controparte ritenuta idonea ad eseguire la prestazione.

Nella trattativa privata, le questioni che assumono particolare interesse sono: la legittimazione dei terzi a controvertire sulla sussistenza dei presupposti (casi di eccezione previsti); il recesso dell'amministrazione dalla trattativa con un'unica parte⁴⁴; la rilevanza giuridica delle regole poste dalla stessa amministrazione nella «gara ufficiosa» o informale⁴⁵.

L'adozione della trattativa privata rappresenta per gli operatori interessati, ma non interpellati, la perdita dell'occasione di partecipare ad una gara pubblica e perciò essi sono

all'assegnazione dell'appalto senza ulteriore richiesta di miglioramento delle offerte. Si afferma che la richiesta di miglioramento non riguarda l'ipotesi di offerte inviate alla pubblica amministrazione (art. 100, lett. b, cit.). Consiglio di Stato, parere del 28 maggio 1886, n. 2956-834, Prov. Venezia, in *Riv. amm.*, 1886, 859, riguardante l'asta pubblica per l'appalto per la somministrazione delle stampe occorrenti per un triennio all'amministrazione provinciale. Consiglio di Stato, adunanza generale, parere del 20 maggio 1886, *Bava c. Pref. Provincia di Terra di Lavoro*, in *Giur. it.*, 1886, III, 163, sull'appalto di lavori di riselciamento e sistemazione del Corso Adriano e delle piazze di San Pietro e San Francesco del comune di Santa Maria Capua Vetere. Consiglio di Stato, Sezione IV, 15 marzo 1929, *Bodio c. Com. di Ostuni*, in *Riv. amm.*, 1914, 673; Consiglio di Stato, Sezione IV, 15 marzo 1929, *Giannico c. Consorzio costruzione acquedotto di Albi*, in *Foro it.*, 1930, III, 3; Consiglio di Stato, Sezione V, 15 luglio 1936, *Ditta Buonaccorsi c. Pref. di Perugia e Com. di Gualdo Tadino e Ditta Arsié*, in *Foro it.*, 1936, III, 222.

⁴⁴ V. *infra* par. 3.

⁴⁵ V. *infra* par. 4.

indubbiamente i soggetti più attenti a contestare la scelta di tale metodo⁴⁶.

Inizialmente, le illegittimità rilevate nell'affidamento di un contratto sono state conosciute dalle autorità competenti a seguito delle «denunce»⁴⁷ presentate dagli operatori interessati, le quali in numerosi casi portavano all'eliminazione delle violazioni nell'interesse pubblico, ma con effetti favorevoli al denunciante.

Con le denunce amministrative, anche i terzi⁴⁸ privi di legittimazione potevano fruire dell'esercizio di poteri di autotutela dell'amministrazione pubblica facendo rilevare le violazioni delle «formalità» commesse dagli amministratori pubblici⁴⁹, dato che non potevano contestare direttamente l'esistenza dei presupposti per la trattativa privata.

⁴⁶ Oggi tale possibilità è fondata sulla disciplina europea che si serve degli operatori pretermessi per limitare le violazioni alla libera concorrenza, ma già in passato la necessità di un'autorizzazione alla trattativa privata aveva consentito a terzi non interpellati di promuovere un riesame della vicenda: v. *infra* par. 3.

⁴⁷ I ricorsi gerarchici inammissibili erano considerati come mere denunce E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, III ed., Padova, 1954, 112 e s.

⁴⁸ C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione. Capacità e legittimazione a contrattare*, Firenze, 1937, 31 e s., che ricorda come atti individuali o atti collegiali in cui si manifesta la volontà dell'ente e atti di controllo «isolatamente considerati sono suscettibili di ricorsi gerarchici o contenziosi da parte degli interessati che possono anche essere terzi estranei al rapporto pure privato che viene formandosi tra l'amministrazione e un cittadino».

⁴⁹ La trattativa privata impone grande attenzione per evitare i possibili abusi degli stessi amministratori pubblici: ad esempio può riportarsi il caso degli amministratori di un consorzio, i quali nell'intenzione di favorire il presidente nell'acquisto di terreni dello stesso consorzio, avevano richiesto l'autorizzazione alla trattativa privata per vendergli tutti i lotti andati deserti negli incanti, insieme all'autorizzazione a partecipare agli incanti, necessaria per i pubblici amministratori in base all'art. 1457 del codice civile del 1865. Tale proposito li aveva indotti peraltro a non prendere in considerazione l'offerta di molto superiore, di un altro soggetto. Per questo motivo il prefet-

La necessità di un atto di «autorizzazione»⁵⁰ e per addivenire all'affidamento di un contratto mediante trattativa pri-

to, che aveva concesso l'autorizzazione credendo che non vi fossero altre offerte, venendo a conoscenza del fatto, nega il visto di esecutorietà sul contratto che danneggerebbe gravemente il consorzio, revocando tacitamente l'autorizzazione. Il consorzio, inutilmente, ricorre alla IV Sezione per l'annullamento del decreto prefettizio che nega il visto: Consiglio di Stato, Sezione IV, 27 agosto 1907, *Consorzio idraulico di Frassineto, Ticineto e Valmacca c. Pref. di Alessandria*, in *Riv. amm.*, 1907, 808, riguardante la vendita a trattativa privata al presidente del consorzio, marchese Guasco di Bisio, di lotti di terreno, appartenenti al consorzio stesso, per cui gli incanti andassero deserti.

⁵⁰ Si prevede l'autorizzazione con decreto motivato del Ministro competente per la trattativa privata successiva ad incanti deserti: art. 43 su r.d. 4 settembre 1870, n. 5852, *Regolamento per l'esecuzione della Legge 22 aprile 1869 sulla amministrazione del patrimonio dello Stato e sulla contabilità generale*. Cfr. art. 24, Legge 13 novembre 1859, n. 3747, *relativa allo ordinamento dell'amministrazione centrale e della contabilità dello Stato*; art. 41, r.d. 4 maggio 1885, n. 3074, cit. Per gli enti locali è il prefetto che valuta la necessità di adottare la trattativa privata: art. 128, II comma, l. 30 marzo 1865, n. 2248 del 1865/All. A, cit., ove si prevede che: «Il prefetto però potrà permettere in via eccezionale che i contratti seguano a licitazione o trattativa privata»; art. 87, del r.d. 3 marzo 1934, n. 383, *Approvazione del testo unico della legge comunale e provinciale*, all'art. 87, I comma prevede: «I contratti dei comuni riguardanti alienazioni, locazioni, acquisti, somministrazioni od appalti di opere devono, di regola, essere preceduti da pubblici incanti, con le forme stabilite pei contratti dello Stato», si tratta dell'unico comma ancora in vigore *ex art.* 64, l. 8 giugno 1990, n. 142, mentre i successivi commi che prevedevano le possibili deroghe sono stati abrogati dalla citata norma. In particolare si consentiva la licitazione privata per contratti il cui valore complessivo non eccedeva una certa soglia e per le locazioni infranovennali di fondi rustici, fabbricati od altri immobili, se il canone complessivo non superava la medesima soglia, fissata in relazione agli abitanti del comune; i commi successivi prevedevano che: «Si può anche procedere alla trattativa privata, quando il valore complessivo dei contratti non ecceda, per le singole classi di comuni, la metà delle cifre suindicate. Anche all'infuori dei casi previsti nel comma secondo il prefetto può consentire che i contratti seguano a licitazione privata, quando tale forma di appalto risulti più vantaggiosa per l'amministrazione. Può anche autorizzare la trattativa privata, allorché ricorrano circostanze eccezionali e ne sia evidente la necessità o la convenienza».

vata di pareri⁵¹, benché privi di rilevanza esterna⁵², consentiva ai terzi non interpellati di provocare un riesame della vicenda e magari di ottenere l'annullamento governativo⁵³.

⁵¹ Nei contratti dello Stato per l'adozione della trattativa privata (se il valore del contratto superava le lire duemila) era necessario il parere preventivo del Consiglio di Stato, art. 27, l. 23 marzo 1853, n. 1483, *Dell'amministrazione centrale dello Stato e della contabilità generale dello Stato*. Cfr. Parere del Consiglio di Stato, Sez. Int., 18 dicembre 1935, n. 1648, Com. di Villafranca Lunigiana, in *Riv. amm.*, 1935, 333, riguardante la richiesta del podestà dell'annullamento d'ufficio del visto di esecutorietà apposto dal prefetto sui contratti conclusi a seguito di trattativa privata, per l'approvvigionamento idrico e l'ampliamento del cimitero. Anche l'apparente miglioramento di alcune di esse a favore della pubblica amministrazione, come l'abbreviamento dei termini di consegna, può al contrario recare danno, inducendo la ditta appaltatrice a compiere costruzioni affrettate con successiva necessità di riparazioni. Può dunque essere annullato d'ufficio il contratto stipulato in seguito a trattativa privata legittimamente autorizzata proprio per la mancata sottoposizione del progetto all'esame del consiglio di prefettura. (Parere obbligatorio per i contratti di importo superiore alle lire 20.000 in base all'art. 24, lett. e, del r.d. n. 2839 del 1923).

⁵² Nel rapporto tra amministrazione comunale e prefettura l'autorizzazione alla trattativa privata realizzava un «controllo preventivo» sulla sussistenza dei presupposti per l'avvio di una trattativa privata, senza alcun riferimento all'identità del soggetto, o dei soggetti, con cui l'amministrazione locale avrebbe avviato le trattative: A. LENTINI, *I contratti degli enti autarchici*, Empoli, 1936, 81 e s., definisce l'autorizzazione alla trattativa privata come «provvedimento che il Prefetto emette in sede di controllo preventivo sugli atti degli Enti Locali» e considera errata la prassi di talune prefetture che prima di concedere l'autorizzazione chiedono il nominativo della ditta con cui si intende trattare.

⁵³ R.d. 19 settembre 1899, n. 394, *che approva il nuovo regolamento per la esecuzione della legge comunale e provinciale*, art. 100, I comma: «Il Governo del Re può in qualunque tempo, sia sopra ricorso o denuncia come per propria iniziativa, dichiarare con decreto reale, sentito il Consiglio di Stato, la nullità dei provvedimenti e delle deliberazioni che contengano violazioni di leggi, o di regolamenti generali o speciali». Cfr. il vigente art. 6 del r.d. 3 marzo 1934, n. 383, *Approvazione del testo unico della legge comunale e provinciale*, «Il Governo ha facoltà, in qualunque tempo, di annullare, di ufficio o su

La casistica rivela amministrazioni locali che difendono la propria autonomia nella definizione dei contratti contro le ingerenze prefettizie, o del Governo del Re, ove il Consiglio di Stato viene chiamato a integrare motivazioni insufficienti o a censurare gli interventi ingiustificati⁵⁴.

denuncia, sentito il Consiglio di Stato, gli atti viziati da incompetenza, eccesso di potere o violazione di leggi o di regolamenti generali o speciali. Contro il decreto reale è sempre ammesso il ricorso per legittimità al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, ovvero il ricorso straordinario al Re». Come semplici denunce venivano considerati anche i ricorsi straordinari al Re (L. 7 ottobre 1848, n. 807, cit., art. 273; art. 231, L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. A, *Legge sull'Amministrazione comunale e provinciale*) presentati da soggetti privi della legittimazione a ricorrere.

⁵⁴ La contrattazione dei comuni appare di grande interesse, oltre che per la copiosità del materiale rinvenuto, per il rapporto fra i vari organi che devono concorrere alla formazione di una efficace volontà contrattuale. Dall'esame della casistica di questo primo periodo emerge che l'oggetto principale di contratti dei comuni era la vendita di tagli di boschi, cui il comune ricorreva per coprire con il ricavato, spese per opere pubbliche. Il taglio dei boschi costituiva un bene di rilevante valore per i comuni come sottolineano le particolari cautele che circondano questo tipo di vendita. Era previsto infatti che la sede in cui svolgere gli incanti per tale vendita potesse essere presso gli "uffici" della Prefettura in luogo del comune interessato, salvo l'obbligo della partecipazione di membri della Giunta comunale, a pena di nullità (Art. 129 L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. A, *Legge sull'Amministrazione comunale e provinciale*). La sorveglianza governativa sull'attività contrattuale poteva così svolgersi direttamente, attuando una vera e propria sostituzione per volontà del prefetto. Le modificazioni delle clausole contrattuali in senso sfavorevole all'amministrazione da sempre vanno valutate con «prudenza e cautela»: Consiglio di Stato, parere del 29 gennaio 1873, n. 147-75, dal Ministero adottato, *Com. Centuripe c. Dep. prov. Catania*, in *Riv. amm.*, 1873, 128, ove si afferma che i comuni non possono accettare offerte che introducono variazioni alle condizioni stabilite nei capitoli d'incanto come ad esempio il prolungamento del termine per il taglio e lo sgombero dei boschi o il differimento del termine del pagamento. L'accettazione di una tale offerta determina una violazione di legge che giustifica l'annullamento prefettizio degli atti di contrattazione e la reiezione dei «reclami» del comune che tenta di sostenere che quelle indicate non potevano ritenersi variazioni del capitolato.

Il Consiglio di Stato, vigilando sulla legittimità degli atti pre-contrattuali delle pubbliche amministrazioni, non si preoccupava solo della stretta legalità, ma, in chiave di un controllo di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, consentiva al governo di mantenere atti nulli o illegittimi⁵⁵, tutte le volte che «ciò apparisse conveniente» nella valutazione complessiva della trattativa, considerando sia la posizione della parte pubblica, sia dei privati coinvolti, sia dei terzi («moralità»).

Il sindacato sull'«autorizzazione» alla trattativa privata era normalmente volto a verificarne l'esistenza, perché l'avvenuto controllo (prefettizio o ministeriale) in sede di autorizzazione⁵⁶ costituiva garanzia sufficiente del perseguimento del-

⁵⁵ Giustifica il mantenimento di atti nulli quando all'ente deliberante non possa imputarsi «né malafede, né opposizione all'azione governativa»: Consiglio di Stato, parere del 17 ottobre 1877, adottato, n. 2893-1087, *Com. Teano c. Pref. Caserta*, in *La Legge*, 1877, II, 17, e in *Riv. amm.*, 1878, 51, per un caso in cui la trattativa privata si era svolta sulla base di un'autorizzazione che seguiva incanti deserti, ma da considerarsi nulli per violazione delle norme sui termini, si ammette tuttavia che i contratti stipulati vengano mantenuti poiché si rileva la buona fede delle parti e nei confronti della collettività. La trattativa privata non deve costituire mezzo di conservazione di contratti stipulati in violazione delle norme che disciplinano le gare pubbliche: Consiglio di Stato, parere del 6 luglio 1876, *C. Cortesi e a.*, in *La Legge* 1877, II, 273, il ricorso ammesso solo come formale denuncia, è rivolto contro l'aggiudicazione del dazio di consumo del comune di Peschiera. Il Consiglio di Stato dopo aver affermato che la deliberazione meriterebbe di essere annullata, non essendo individuato un soggetto leso e viste le considerazioni del prefetto di Verona che paventava la caduta dell'appalto nelle mani di individui non di fiducia, apre al Ministero la possibilità di mantenere l'aggiudicazione. Il privato era disposto anche a migliorare la sua offerta.

⁵⁶ «La legge vuole che quando si intenda derogare dal sistema normale del pubblico incanto, debba prima il prefetto valutarne le ragioni e concedere il necessario permesso. Fino a che questa autorizzazione non si sia ottenuta ogni esperimento, ogni concessione di appalto è irregolare, è radicalmente

l'interesse pubblico⁵⁷ e la valutazione del prefetto poteva essere annullata dal governo solo a «motivo di un evidente errore»⁵⁸.

viziata di nullità»: Consiglio di Stato, «Sezioni unite», parere 31 marzo 1910, *Consorzio stradale Arsiero-Castana*, in *Foro it.*, 1910, III, 287.

⁵⁷ Con soluzione che forse spiega le motivazioni che si limitano a rinviare alle norme di legge che prevedono la possibilità di scegliere il contraente direttamente mediante trattativa privata. Si ricordi ad esempio l'ultimo comma dell'art. 87, del r.d. 3 marzo 1934, n. 383, cit., che prevede che il prefetto «Può anche autorizzare la trattativa privata, allorché ricorrano circostanze eccezionali e ne sia evidente la necessità o la convenienza».

⁵⁸ Errore che non si rileva ove il prefetto abbia negato l'esperienza a trattativa privata disposta dai comuni a favore di nuove imprese per rompere il «monopolio» di un imprenditore che «quasi si rende dispotico arbitro di quei boschi su quelle Alpi» e seppur tale interesse non appare irrilevante, la convenienza della deroga agli incanti è demandata all'insindacabile valutazione del prefetto che risiede nella provincia: Consiglio di Stato, sez. Int., parere 31 luglio 1901, *Com. di Ampezzo*, in *Riv. amm.*, 1901, 725, riguardante la richiesta di autorizzazione alla trattativa privata per la vendita di tagli di boschi, giustificata dal fatto che gli incanti erano costantemente aggiudicati al Venier, mentre attraverso la trattativa privata si voleva consentire l'ingresso sul mercato di altri soggetti. Cfr.: Nota Ministeriale 17 maggio 1869, div. 3°, sez. 2, n. 3470. Anche il privato, già individuato quale possibile controparte della trattativa privata, con un ricorso amministrativo può tentare di reagire contro il diniego prefettizio di autorizzazione alla trattativa stessa deliberata dal consiglio comunale, ma non ottiene una pronuncia favorevole poiché la legge ha riservato al prefetto «la facoltà di autorizzare, o no, la deroga dell'esperienza degli incanti, caso per caso, e secondo il prudente apprezzamento delle relative circostanze concrete»: Consiglio di Stato, sez. Int., parere 4 novembre 1898, *Cooperativa di S. Pietro del Cadore*, in *Foro it.*, 1899, III, 10. La convenienza di non annullare un contratto che ha dato luogo ad atti di esecuzione «compiuti nella piena buona fede», emerge quando l'annullamento determinerebbe una gravissima responsabilità dell'amministrazione, e la conseguente possibilità di richiesta «di risarcimento danni a carico del Comune contraente»: Parere del Consiglio di Stato, Sez. finanze, 2 maggio 1904, *Com. di Vizzini*, in *Giur. it.*, III, 1904, 337, sulla domanda di annullamento del contratto di appalto del dazio di consumo, proposta dal r. commissario che per due volte aveva visto respingere dalla G.P.A. la proposta di intraprendere un'azione

Con ricorso gerarchico inammissibile, un terzo non interpellato per la trattativa privata disposto a presentare un'offerta migliore rispetto a quella accettata dalla parte pubblica ottenne l'annullamento dell'autorizzazione alla trattativa; ma la IV Sezione del Consiglio di Stato⁵⁹ censurò per eccesso di potere l'atto del Governo perché era stato adottato «in spregio» della concorde valutazione del prefetto e del consiglio comunale sulla convenienza della trattativa privata. La IV Sezione ritenne ingiustificata l'ingerenza del Governo nel merito della deliberazione poiché comportava «una lesione dello stesso principio d'autonomia, considerando che gli organi dei corpi morali, aventi carattere di autonomia riconosciuta e dichiarata dalla legge, non sono soggetti gerarchicamente all'autorità del Governo per poter sentire una revisione e un sindacato nelle deliberazioni che prendono nella sfera dei propri interessi»⁶⁰.

Non solo i terzi estranei potevano presentare ricorsi e denunce amministrative, ma anche ottenere pronunce favorevoli da parte della IV Sezione del Consiglio di Stato a prescindere dalla valutazione della loro legittimazione⁶¹. I ricorrenti privi di alcun rapporto particolare con l'amministrazione, né invitati a presentare delle offerte, ma interessati all'indizione degli

giudiziarie contro gli amministratori che avevano stipulato il contratto in violazione di legge.

⁵⁹ Consiglio di Stato, Sezione IV, 9 gennaio 1892, *Com. di Portici*, in *Riv. amm.*, 1892, 361 ove il comune impugna il decreto reale che, su ricorso gerarchico (inammissibile) di Tommaso Rolandi, aveva annullato la deliberazione comunale e l'autorizzazione prefettizia alla trattativa privata.

⁶⁰ Consiglio di Stato, Sezione IV, 9 gennaio 1892, *Com. di Portici*, cit., 361.

⁶¹ Consiglio di Stato, Sezione IV, 3 agosto 1896, *Caterini, Ruocco e altri c. Com. di Cerignola, Pref. di Foggia, Trezza, Pavoncelli*, in *La Legge*, 1896, II, 529, che, su ricorso di terzi estranei alla trattativa, senza affrontare la questione della legittimazione, annulla il decreto prefettizio che aveva autorizzato l'appalto del dazio di consumo a trattativa privata per un decennio, senza che tale appalto fosse stato deliberato due volte a distanza non minore di venti giorni, per «rendere più lento e meglio prevedentesotto ogni aspetto il partito».

incanti con l'impugnazione dell'autorizzazione prefettizia alla trattativa ne ottenero l'annullamento da parte della IV Sezione per violazione di legge⁶². La decisione favorevole ai terzi venne peraltro a sua volta annullata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione⁶³, che affermarono la «competenza dell'autorità giudiziaria a giudicare della legittimità degli atti amministrativi impugnati» (autorizzazione prefettizia alla trattativa privata) poiché tali atti determinano rapporti di diritto patrimoniale, mentre con la precedente pronuncia della IV Sezione, «sotto l'ombra della tutela di un interesse, si voleva annullare un diritto perfetto»⁶⁴.

A parte la possibilità di «denuncia»⁶⁵ ed i risalenti tentativi del giudice amministrativo di estendere la legittimazione al

⁶² Art. 159, t.u. 10 febbraio 1889, n. 5921, *della legge comunale e provinciale*. La decisione del Consiglio di Stato, come pubblicata non esamina espressamente la questione, tuttavia si può notare che nella prima deliberazione attinente all'appalto il consiglio comunale autorizzava la giunta «ad appaltare la riscossione del dazio per il periodo di cinque o dieci anni, a seconda della convenienza, o per contratto a trattativa privata o per esperimento dei pubblici incanti». La mancanza della duplice approvazione consiliare sulla deliberazione contenente «gli elementi concreti dell'affare» giustifica l'annullamento dell'autorizzazione prefettizia alla trattativa privata, ma il Consiglio di Stato precisa peraltro che la deliberazione consiliare «può anche divenire perfetta colla ripetizione voluta dalla legge».

⁶³ Corte di cassazione di Roma, sez. un., 24 giugno 1897, *Trezza c. Caterini, Ruocco, ed altri*, in *La Legge*, 1897, 73, con nota di G. SAREDO. Il caso riguarda l'appalto per la riscossione dei dazii governativi e comunali nel comune di Cerignola.

⁶⁴ Corte di cassazione di Roma, sez. un., 24 giugno 1897, *Trezza c. Caterini, Ruocco, ed altri*, cit., 73. Né i terzi estranei né i partecipanti alle trattative fino al riconoscimento di un diritto alla correttezza precontrattuale avrebbero dunque potuto adire il giudice civile. Di qui prende avvio la complessa questione di giurisdizione sugli atti che precedono la stipulazione di un contratto, tuttora irrisolta, che assume profili di particolare interesse proprio in relazione alla scelta della controparte mediante trattativa privata: v. *infra* cap. VII.

⁶⁵ Se l'illegittimità non giunge in qualche modo all'attenzione del gover-

ricorso, fino a tempi recenti, si è ritenuto che i privati, potenzialmente interessati ad un contratto che si volesse stipulare a trattativa privata, non avessero interesse al ricorso, interesse che poteva sorgere solamente quando l'ente pubblico «o nelle forme di pubblicità stabilite dalla legge o con inviti speciali, li abbia chiamati a concorrere all'appalto»⁶⁶.

Solo in tal caso sorgeva un rapporto con la pubblica amministrazione «in seguito al quale può nascere una qualche lesione di diritto o interesse, che dia ragione a reclamo»; diversamente si affermava «la mancanza di un legittimo interesse in chi lo presenta» poiché il reclamo, con la richiesta di annullamento, non obbligava la pubblica amministrazione a indire una gara o comunque a interpellare la ditta ricorrente, «la quale si rimarrebbe come era prima dell'annullamento»⁶⁷.

no, il contratto, vistato dal prefetto, avrà esecuzione: Consiglio di Stato, Sezione V, 8 giugno 1937, *Ditta Pastorino c. Com. di Cremona, Prefetto di Cremona, S.A. nettezza urbana moderna di Bologna S.A. organizzazione tecnica servizi urbani di Milano*, in *Foro it.*, 1937, III, 209.

⁶⁶ A partire dal Consiglio di Stato in adunanza generale, parere 3 luglio 1907, *Com. di Napoli c. Ditta Paravia*, in *Riv. amm.*, 1907, 662, riguardante la convenzione per la fornitura per un biennio di libri scolastici e degli oggetti froebelliani occorrenti alle scuole comunali, sino a Corte di cassazione, sez. un., 23 settembre 1994, n. 7842, *Com. Salsomaggiore Terme c. Soc. Sivico*, in *Gius.*, 1994, 1, ove si nega che il privato escluso dalla trattativa disponga di alcun interesse legittimo suscettibile di tutela giudiziaria, attesa la mancanza di norme che disciplinano la trattativa privata ed esclude altresì «la facoltà di adire il giudice amministrativo per denunciare l'eventuale comportamento illegittimo dell'amministrazione».

⁶⁷ Consiglio di Stato in adunanza generale, parere 3 luglio 1907, *Com. di Napoli c. Ditta Paravia*, cit.; per un caso in cui è stato riconosciuto l'interesse ad agire del privato non aggiudicatario quando un consiglio comunale abbia deliberato con votazione segreta sulla scelta fra due offerenti a condizioni uguali, ma nel merito si è respinto ogni mezzo dedotto contro tale deliberazione: Consiglio di Stato, Sezione IV, 28 aprile 1891, *Caporale e Bafunno c. Piacenta e Fiore, Com. di Canosa e Prefetto di Bari*, in *Riv. amm.*, 1891, 827, concernente l'affidamento del servizio del dazio di consumo in seguito al fallimento di un duplice esperimento d'asta.

L'emanazione delle norme costituzionali a garanzia delle autonomie locali (artt. 5, 120, 130 Cost.) e la successiva disciplina dei controlli hanno determinato l'abrogazione della prevista autorizzazione prefettizia alla trattativa privata⁶⁸, con la conseguenza che la valutazione delle circostanze eccezionali, della necessità e della convenienza della deroga alla gara pubblica è demandata esclusivamente all'ente locale⁶⁹. Eliminata

⁶⁸ Con l'entrata in vigore della l. 10 febbraio 1953, n. 62, il controllo di merito è attribuito al comitato regionale di controllo, nei soli casi in cui si prevedeva il controllo di merito della g.p.a., successivamente soppresso dalla l. 142 del 1990. Cfr. T.A.R. Lazio, I Sezione, 13 aprile 1977, *Soc. coop. edilizia «Simbruina 960» c. Reg. Lazio e Sezione di controllo Enti locali della Provincia di Frosinone*, in T.A.R., 1977, I, 1450, ove si afferma che la l. 10 febbraio 1953, n. 62 ha disciplinato il trasferimento dei controlli sugli atti degli enti locali dallo Stato alla Regione, per cui i contratti già sottoposti al visto prefettizio di esecutività, sono soggetti al sindacato di merito dell'organo di controllo, che peraltro accertato il vizio di merito può solamente richiedere il riesame, restando il definitivo apprezzamento nel merito rimesso all'autonomia comunale. Cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, 20 gennaio 1978, n. 73, *Soc. Manfredi c. Com. di Roma e Soc. Passavant*, in *Regioni*, 1978, 1039, con nota di M. MARPILLERO, *I controlli atipici tra Consiglio di Stato e Corte costituzionale*, la decisione afferma che l'autorizzazione prefettizia, che, ex art. 286 t.u. l. com. e prov., doveva precedere gli inviti a partecipare alla gara indetta dall'ente locale è superata dal sistema di controlli instaurato con l'ordinamento regionale. Cfr. in precedenza: Tribunale di Ravenna, 7 giugno 1949, *Amministrazione provinciale di Ravenna c. Bazzocchi*, in *Foro pad.*, 1950, 67, con nota di E. CASETTA, ove si sottolinea l'abolizione del controllo prefettizio di merito sui contratti in seguito all'emanazione della l. 9 giugno 1947, n. 530 che modifica la legge comunale e provinciale del 1934.

⁶⁹ Consiglio di Stato, Sezione V, 10 luglio 1982, n. 606, *Cassa risparmio Province lombarde c. Banca provinciale Lombarda e Comune di Lodivecchio*, in *Cons. Stato*, 1982, I, 872, ove si afferma che l'autorizzazione alla trattativa privata «in funzione di controllo da parte del Prefetto, prevista dall'art. 87 ultimo comma del t.u. n. 383 del 1934, è stata abrogata per incompatibilità dalla l. 10 febbraio 1953 n. 62 concernendo un vero e proprio controllo preventivo di merito sulla possibilità di procedere alla trattativa privata nei contratti comunali». Il controllo di merito sulle deliberazioni comunali e provinciali, «in

l'occasione di sindacato sull'autorizzazione, sollecitato anche da terzi estranei, si apre la possibilità di un più esteso ricorso a tale metodo di scelta del contraente anche da parte di quelle amministrazioni⁷⁰. Infatti, fino a tempi recenti si è sempre ribadita l'insindacabilità della scelta della pubblica amministrazione di procedere a trattativa privata⁷¹.

Con il declino dei rimedi «d'ufficio» sollecitati dai privati, l'attenzione si sposta dunque sulla legittimazione al ricorso e sul diritto di ottenere una pronuncia, con un'evoluzione che nel tempo si afferma come fortemente restrittiva verso i terzi, e solo di recente parrebbe essere rimessa in discussione.

Infatti questa posizione è stata costantemente ribadita fino a tempi recenti, quando la normativa europea ha in-

seguito all'art. 60 della l. 10 febbraio 1953 n. 62, attuativo del capoverso dell'art. 130 Cost., può essere esercitato dai CO.RE.CO., nella forma della richiesta di riesame, nei soli casi in cui la legislazione precedente alla legge del 1953 cit. prevedeva il controllo di merito della G.P.A. (artt. 98 e segg., 149, 299 t.u. n. 383 del 1934 e successive modifiche), tra i quali non rientra l'ipotesi in esame dell'autorizzazione alla trattativa privata», non sembra, di conseguenza, consentire la configurabilità di potestà di controllo al di fuori dei casi da essa espressamente delineati, soprattutto nei casi in cui la competenza prefettizia non si concilia con il sistema delle autonomie locali garantite dagli artt. 128 e 130 Cost., perciò si deve ritenere che «il controllo prefettizio di cui all'art. 87 ultimo comma t.u. cit., sia abrogato e che la valutazione delle circostanze eccezionali, nonché della necessità e della convenienza per procedere alla trattativa privata, spetti all'ente locale medesimo».

⁷⁰ In precedenza se ad esempio il prefetto aveva autorizzato la trattativa privata nella erronea convinzione che vi fosse una sola offerta, il sindacato su tale atto ed il conseguente annullamento poteva riaprire la possibilità dell'indizione di una gara pubblica: Consiglio di Stato, Sezione IV, 27 agosto 1907, *Consorzio idraulico di Frassineto, Ticineto e Valmacca c. Pref. di Alessandria*, in *Riv. amm.*, 1907, 808,

⁷¹ Cfr. ad es.: Consiglio di Stato, Sezione VI, 3 marzo 1954, n. 124, *Impresa Cidonio c. Min. Difesa-Aeronautica*, in *Riv. amm.*, 1954, 752, afferma l'insindacabilità della determinazione della pubblica amministrazione di procedere a trattativa privata; e ancora di recente: Corte di cassazione, sez. un., 23 settembre 1994, n. 7842, *Com. Salsomaggiore Terme c. Soc. Sirico*, cit.

dotto ad utilizzare l'interesse dei terzi rimasti esclusi dalla trattativa per garantire l'osservanza dei presupposti. I soggetti rimasti estranei alla trattativa privata sono ora legittimati a contestare direttamente la sussistenza dei presupposti della trattativa privata per ottenere l'indizione di una gara pubblica⁷², superando gli antecedenti orientamenti legati alla titolarità di un precedente contratto d'appalto⁷³,

⁷² T.a.r. Lazio, sez. I, 13 febbraio 1993, n. 233, *Consorzio Gruppo Roma Capitale e altro c. Com. di Roma e Consorzio S.D.O.*, in *Cons. Stato*, 1993, 775, confermata in appello da: Consiglio di Stato, Sezione V, 22 marzo 1995, n. 454, *Consorzio sistema direzionale orientale e Com. di Roma c. Consorzio gruppo Roma capitale*, in *Cons. Stato*, 1995, I, 371 e in *Giornale di dir. amm.*, 1995, 1067, con commento di V. DOMENICHELLI. T.a.r. Lombardia, sez. Brescia, 1 ottobre 1996, n. 961, *Soc. Italgas c. Com. Barbariga e soc. Cogeme*, in *Trib. amm. reg.*, 1996, I, 439; T.a.r. Emilia-Romagna, sez. II, 27 gennaio 1998, 15, *Soc. Alinet Italia c. Com. Bologna*, in *Foro it.*, 1998, III, 252, sul contratto per la distribuzione di collegamenti gratuiti ad Internet; il terzo escluso può contestare solamente l'adozione della trattativa privata e non il fatto di non essere stato interpellato nella gara ufficiosa: T.a.r. Basilicata, Potenza, 20 luglio 1996, n. 157, *Soc. Orsi c. Com. Matera e Soc. Cogefarimpresit*, in *Trib. amm. reg.*, 1996, I, 39, che dichiara inammissibile il ricorso per difetto di legittimazione al ricorso. Cfr. altresì, Consiglio di Stato, Sezione V, 18 gennaio 1984, n. 49, *Com. di Firenze c. Soc. Publimento e a.*, in *Cons. Stato*, 1984, I, 40, ove si afferma l'interesse all'impugnazione del terzo escluso dalla licitazione privata per l'aggiudicazione di un contratto attivo (concessione dell'esercizio della pubblicità nei campi sportivi). Il Consiglio di Stato annulla la licitazione poiché la deroga agli incanti non era sorretta da alcuna giustificazione

⁷³ Corte di cassazione, 25 novembre 1983, n. 7073, *Reg. Marche c. Soc. Getel*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1984, 693, che afferma tale orientamento «sia prima che dopo l'entrata in vigore della l. 8 agosto 1977, n. 584 (recante norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici alle direttive della Cee)»; Corte di cassazione, Sez. un., 22 novembre 1983, n. 6983, *Cons. Coswen c. Soc. Aerimpianti e Com. di Milano* in *Arch. giur. oo. pp.*, 1984, I, 692; Consiglio di Stato, sez. IV, 17 febbraio 1997, n. 125, *Soc. Otis Italia c. Soc. Aster*, in *Urbanistica e appalti*, 1997, 906; affermano l'interesse dell'imprenditore legato all'amministrazione da un precedente contratto di appalto incompatibile con quello che si vuole stipulare a trattativa privata:

o alla partecipazione ad una gara informale⁷⁴.

Il non ancora pacifico⁷⁵ ampliamento della legittimazione al ricorso appare giustificato dall'esigenza di garantire l'osservanza dei limiti imposti all'adozione della trattativa privata dalle norme europee sugli appalti pubblici a favore della libera concorrenza. Solo riconoscendo la facoltà di presentare un ricorso ai terzi rimasti estranei alla trattativa privata è possibile venire a conoscenza e contrastare l'adozione di tale procedura al di fuori dei casi previsti.

La libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.)⁷⁶ è vista come norma costituzionale (che garantisce la) della partecipazione degli imprenditori alle gare per l'affidamento degli appalti pubblici, sicché le norme sulla trattativa privata, originariamente poste nell'esclusivo interesse pubblico, garan-

T.a.r. Puglia, sez. I, 31 dicembre 1994, n. 1317, *Fedele c. Com. Ascoli Satriano*, in *Trib. amm. reg.*, 1995, I, 793; T.a.r. Lazio, sez. III, 3 dicembre 1991, n. 2163, *Soc. Aster c. Iacp Roma*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1992, 1695. V. *infra* par. 3.

⁷⁴ V. *infra* par. 4.

⁷⁵ Nega l'interesse a ricorrere contro l'adozione della trattativa privata in capo ad un imprenditore operante nello stesso settore che faccia valere un generico interesse ad ottenere il predetto appalto, senza essere titolare, al riguardo, di una posizione soggettiva differenziata: T.a.r. Piemonte, sez. II, 12 marzo 1996, n. 158, *Soc. Acquedottica c. Com. Montalenghe*, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 1997, 95; Consiglio di Stato, sez. V, 27 gennaio 1986, n. 62, *Soc. Self Sime c. Com. Bolzano*, in *Foro amm.*, 1986, 101.; Consiglio di Stato, Sezione V, 4 agosto 1986, n. 394, *Soc. cooperativa Rosolinese Trasporti c. Soc. Publimento e a.*, in *Cons. Stato*, 1986, I, 1175

⁷⁶ Cfr.: N. IRTI, *Iniziativa privata e concorrenza (verso la nuova costituzione economica)*, in *Giur. it.*, 1997, 2225 e s., ove si afferma che il principio di concorrenza non è ricavabile dall'art. 41 Cost. se non «con fatica esegetica ed in ispregio della lettura complessiva della norma» poiché la libertà di iniziativa economica non contiene in sé il principio di concorrenza poiché la libertà è una figura verticale e indica una sfera d'azione protetta contro lo Stato, mentre la concorrenza è una figura orizzontale che si riferisce ai rapporti tra imprenditori.

tiscono ora anche l'interesse degli imprenditori potenzialmente idonei a concorrere alle gare per la selezione del contraente⁷⁷.

La trattativa privata non solo non consente alla pubblica amministrazione di garantire l'attuazione dei valori di imparzialità e buon andamento espressi dall'art. 97 Cost.⁷⁸, ma incide inoltre sfavorevolmente sulle posizioni soggettive degli altri imprenditori operanti nel settore, i quali si vedono riconosciuto un «interesse strumentale» volto a negare la sussistenza di un'ipotesi che consente la trattativa privata e ad ottenere l'indizione di una gara pubblica⁷⁹.

Si è ritenuto che la legittimazione non possa «essere negata ad interessi personali che non siano giuridicamente irrilevanti o immeritevoli di tutela» poiché l'azione della pubblica amministrazione «non può in ogni caso sottrarsi al controllo giurisdizionale avanti al giudice ordinario o a quello amministrativo» (art. 113 cost.)⁸⁰.

⁷⁷ Cfr.: T.a.r. Lazio, sez. I, 13 febbraio 1993, n. 233, *Consorzio Gruppo Roma Capitale e altro c. Com. di Roma e Consorzio S.D.O.*, cit., confermata in appello da: Consiglio di Stato, Sezione V, 22 marzo 1995, n. 454, cit., 371, ove si richiama anche l'art. 56, l. 142/90, cit. che prevede l'emanazione della deliberazione di contrattare contenente le modalità di scelta del contraente; T.a.r. Lombardia, sez. Brescia, 3 settembre 1997, n. 879, *Soc. Erogasmet c. Com. Bo-vezzo, Com. Brescia e ASM di Brescia*, in *Trib. amm. reg.*, 1997, I, 39.

⁷⁸ Consiglio di Stato, Sezione V, 22 marzo 1995, n. 454, *Consorzio sistema direzionale orientale e Com. di Roma c. Consorzio gruppo Roma capitale*, cit.

⁷⁹ Cfr.: T.a.r. Emilia-Romagna, sez. II, 27 gennaio 1998, 15, *Soc. Alinet Italia c. Com. Bologna*, in *Foro it.*, 1998, III, 252, sul contratto per la distribuzione di collegamenti gratuiti ad Internet; T.a.r. Lazio, sez. III, 3 luglio 1996, n. 1263, *Associaz. costruttori edili Roma c. Cons. Iricav Uno*, in *Trib. amm. reg.*, 1996, I, 3016; T.a.r. Lazio, sez. II, 22 aprile 1994, n. 511, *soc. Cycas c. Com. di Sabaudia*, in *Trib. amm. reg.*, 1994, I, 1736; T.a.r. Emilia-Romagna, sez. Parma, 18 settembre 1995, 317/1995, *Soc. Teckal c. Com. Reggio Emilia*, in *Trib. amm. reg.*, 1995, I, 4572

⁸⁰ Consiglio di Stato, Sezione V, 18 gennaio 1984, n. 49, *Com. di Firenze c. Soc. Publimento e a.*, cit., 40, pronuncia richiamata da: Consiglio di Stato,

Tale ricostruzione, ponendo sullo stesso piano la disciplina europea e nazionale dei contratti degli enti pubblici, non consente di evidenziare il mutamento di prospettiva imposto dalle norme europee, che ben può determinare un'interpretazione evolutiva anche delle norme preesistenti nel nostro ordinamento, ma non può eliminare differenti peculiarità⁸¹.

3. *L'instaurazione delle trattative con la comunicazione del progetto di contratto: gli effetti verso la controparte. Legittimazione della parte privata avanti al giudice civile sulla avvenuta conclusione del contratto. Le formalità previste nell'interesse della sola parte pubblica. Le violazioni della formalità impediscono la formazione di un contratto valido. Normale soccombenza della parte privata. I limiti del sindacato amministrativo per mancanza di atti impugnabili. Nuova prospettiva: posizione paritetica delle parti e ammissione del sindacato del giudice civile sulla correttezza precontrattuale. I limiti derivanti dall'interpretazione prevalente della disciplina sulla responsabilità precontrattuale.*

Con la comunicazione del «progetto di contratto» al soggetto che la pubblica amministrazione ritiene idoneo s'instaura una trattativa sull'oggetto del contratto, o esclusivamente sul prezzo, volta ad ottenere una proposta che la parte pubblica si riserva di accettare.

A differenza dei terzi rimasti del tutto estranei alla trattativa privata, chi viene interpellato normalmente non ha interesse a contestare l'adozione del metodo della trattativa privata⁸², bensì le modalità di svolgimento ed in particolare la scel-

Sezione V, 22 marzo 1995, n. 454, *Consorzio sistema direzionale orientale e Com. di Roma c. Consorzio gruppo Roma capitale*, cit.

⁸¹ V. *infra* par. 5.

⁸² Sostiene che la partecipazione alla trattativa privata determini acquisite

ta della parte pubblica di recedere dalla trattativa e non concludere il contratto, o concluderlo con un altro soggetto.

Tuttavia, ove non si contesti la legittimità degli atti che consentono la trattativa privata, bensì il recesso, a fine ottocento anche la IV Sezione in conformità alla giurisprudenza civile, affermava che i partecipanti alla trattativa non potevano ignorare che «le trattative preliminari non portano in alcun modo impegno per l'amministrazione che le avesse iniziate» la quale perciò «è in facoltà di troncarle e venire a conclusione diversa, valendosi del diritto comune, che non trova vincolo di sorta alcuna nelle trattative non seguite da finale accordo»⁸³.

Da simili pronunce emerge la comune concezione circa l'irrelevanza giuridica delle trattative; senonché il fatto stesso che la questione sia giunta all'attenzione del Consiglio di Stato denota che il privato forse nutriva maggiori aspettative di correttezza nei rapporti precontrattuali con l'ente pubblico, e in

scenza rispetto all'adozione di tale metodo: T.a.r. Piemonte, 26 marzo 1988, n. 105, *Soc. Gilardoni c. U.S.L. 58 di Cuneo e Soc. Philips*, in *Cons. Stato*, 1988, I, 76; T.a.r. Piemonte, 21 maggio 1996, n. 293, *Soc. Italgas c. Com. di Vigliano Biellese*, in *Cons. Stato*, 1996, I, 26; Consiglio di Stato, Sezione VI, 8 luglio 1995, n.703, in *Cons. Stato*, 1995, I, 1109; *contra* T.a.r. Veneto, 29 dicembre 1997, n. 2042, *Soc. Banco Ambrosiano Veneto c. U.L.S.S. n. 18 di Rovigo*, in *Cons. Stato*, 1998, I, 54; T.a.r. Puglia, Bari, sez. I, 6 novembre 1997, n. 749, *Consorzio consulting c. Com. di Bari*, in *Cons. Stato*, 1998, I, 1, 31; Tar Lombardia, sez. Brescia, 3 dicembre 1993, n. 1027, *Soc. Manifattura lombarda c. Com. di Leffe*, in *Cons. Stato*, 1994, I, 60, che considera la partecipazione alla trattativa privata come presupposto per impugnare le clausole della gara informale.

⁸³ Consiglio di Stato, Sezione IV, 8 novembre 1895, *Letteriello c. Ministero della guerra*, in *Giur. it.*, 1896, III, 16, riguardante il contratto con cui fu affidata la costruzione e riparazione del vestiario o servizio di capo-satto presso il distretto militare di Napoli, dal 1 gennaio 1895 in poi. Il ricorrente era stato chiamato a prendere notizie sulle condizioni contrattuali e a presentare un'offerta, trattative poi abbandonate dall'amministrazione per stipulare il contratto con un altro privato. Benché sussistessero dubbi sulla conformità alla legge del contratto stipulato, la IV Sezione nega di poter esaminare il merito del ricorso.

ogni caso che la documentazione delle trattative in atti giuridici scritti consentiva agli interessati di contestarne le modalità e l'esito.

La necessità di seguire una procedura seppur semplificata nella trattativa privata, espone il privato coinvolto a recessi fondati su illegittimità commesse dalla parte pubblica anche prive di collegamento diretto con l'oggetto della trattativa⁸⁴, ma al tempo stesso gli offre occasioni di sindacato e riesame⁸⁵ che attraverso la valutazione di autorizzazioni, pareri e approvazioni possono anche avere l'effetto di far «rivivere» una trattativa interrotta a seguito di annullamento dell'atto ostantivo.

⁸⁴ Il soggetto coinvolto nella trattativa contesta le illegittimità commesse dalla parte pubblica che determinano il recesso dalla trattativa, ma la regola costantemente enunciata in questo periodo prevede che senza l'autorizzazione per la deroga alla disciplina degli incanti «ogni esperimento, ogni concessione di appalto è irregolare e radicalmente viziata di nullità», poiché la legge impone che l'autorizzazione preceda la trattativa privata ed esclude ogni possibilità di sanatoria, né con provvedimento tardivo, né con l'approvazione finale del contratto da parte dello stesso prefetto: Parere del Consiglio di Stato, «Sezioni consultive unite», 7 marzo 1913, *Ministero del tesoro*, in *Foro it.*, 1913, III, 317. Orientamento affermato anche per le istituzioni pubbliche di beneficenza da: Consiglio di Stato, V Sezione, 11 maggio 1928, *Rossi c. Ospedale di muro Lucano*, in *Giur. it.*, 1928, III, 150, riguardante la vendita di un fondo in territorio di Somma Vesuviana a trattativa privata, senza la prescritta autorizzazione. L'inosservanza delle forme previste è sanzionata con la «nullità» degli atti pre-contrattuali anche da: Consiglio di Stato, parere del 31 ottobre 1863, dal Ministero adottato, *Com. Trarego c. Pref. Novara*, in *Riv. amm.*, 1864, 58; Consiglio di Stato, parere del 1 ottobre 1866, dal Ministero adottato, *Giunta municipale di Filottrano c. Deputazione prov. di Ancona*, in *Riv. amm.*, 1869, 816, la controversia verte sulla vendita di una casa comunale che la Giunta pretendeva di vendere ad un prezzo inferiore a quello ricavato da una perizia e posto a base dei precedenti incanti andati deserti.

⁸⁵ C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione. Capacità e legittimazione a contrattare*, cit., 31 e s., che ricorda che «atti individuali o atti collegiali in cui si manifesta la volontà dell'ente e atti di controllo sono suscettibili di ricorsi gerarchici o contenziosi da parte degli interessati».

Tale risultato anticipa e trascende le comuni forme di tutela precontrattuale che più tardi sono state riconosciute nei rapporti tra privati, ove non è possibile «correggere» il comportamento del privato obbligandolo ad essere «corretto», ma solo ottenere un risarcimento del danno⁸⁶.

Il rapporto precontrattuale si sviluppa attraverso l'adempimento di tutte le «formalità» previste che non si esauriscono con la stipulazione del contratto⁸⁷, poiché esso è normalmente sottoposto ad un'ulteriore approvazione che nel tempo si è configurata come vera e propria manifestazione del consenso,

⁸⁶ Sulle differenti tecniche per sanzionare il comportamento precontrattuale scorretto: v. *supra*, cap II.

⁸⁷ Si afferma che se il contratto è già stato concluso non è possibile annullarlo in sede amministrativa, ma «solo si può esaminare se gli atti amministrativi in base ai quali fu stipulato, furono regolari o viziati nelle forme e nella sostanza» Consiglio di Stato, sez. Int., parere 13 ottobre 1897, n. 6017-1982, Com. di Catania, in *Riv. amm.*, 1897, 1026, sulla vendita a trattativa privata fra il R. Commissario di Catania e Cosimo Napoli del 17° lotto dei corpi redditizi degli ex conventi di S. Nicolò minore, S. Teresa e Benedettini, rimasto invenduto per deserzione dell'asta. Accertata la mancanza dell'autorizzazione alla trattativa privata e la variazione delle clausole a favore del contraente privato, senza il parere del consiglio di prefettura, viene annullato il visto di «esecutorietà» apposto al contratto, tuttavia l'annullamento può riguardare anche atti «che perfezionano veri e propri contratti»: tali atti «potrebbero essere di ostacolo al riconoscimento della nullità dell'atto contrattuale da parte dell'autorità giudiziaria»: Consiglio di Stato, Sezione IV, 26 aprile 1903, *Comune di Macerata - Ricotti Magnani*, in *Giur. it.*, 1903, III, 263, concernente l'autorizzazione a procedere mediante trattativa privata all'affitto della tonnara. Cfr. Consiglio di Stato, Sezione IV, 30 giugno 1905, *Comune di Majerato - Ricotti*, in *Foro. it.*, 1905, III, 105, che annulla, su ricorso del comune, il decreto reale di annullamento della decisione della GPA che aveva approvato la deliberazione comunale di affittare ai fratelli Gagliardi la tonnara Onghione, a trattativa privata autorizzata dal prefetto; Consiglio di Stato, sez. Int., parere 13 ottobre 1897, n. 6017-1982, cit., che su denuncia di un privato annulla l'autorizzazione illegittima in quanto impartita prima della seconda approvazione consigliare della deliberazione che avrebbe vincolato i futuri consigli comunali per più di cinque anni.

come condizione di capacità, o di legittimazione, ovvero come *condicio iuris* sospensiva⁸⁸.

Il giudice civile ha ammesso la propria giurisdizione sulle domande dei privati che cercavano di ottenere la condanna della parte pubblica alla formale stipulazione del contratto⁸⁹, l'adempimento, o il risarcimento del danno⁹⁰ ed a tal fine esaminava l'intera fase precontrattuale per valutare la capacità⁹¹

⁸⁸ V. *infra* par. 6 e in particolare cap. IV, par. 6.

⁸⁹ Sentenza della Corte d'appello di Torino, 5 luglio 1875, nella causa *Peretti contro Com. di Malesco*, in *Riv. amm.*, 1875, 661, appello contro la sentenza del Tribunale civile di Domodossola, 31 ottobre 1873, che respingeva la domanda del privato di condannare il comune alla formale stipulazione del contratto di vendita dei boschi denominati Pasquero e Madonna del Broglio di proprietà del comune di Malesco. Dopo la deserzione di sei incanti, il comune aveva accettato un'offerta privata che aumentava il prezzo fissato per l'asta pubblica. La Corte afferma che l'art. 128 della legge comunale del 1865, richiede «imperiosamente» un'esplicita autorizzazione preventiva del prefetto sicché chi presiede l'incanto può solo ricevere l'offerta privata, ma non accettarla, né può accettarla il consiglio comunale senza l'autorizzazione del prefetto, nel caso di specie non accordata. La deliberazione di accettazione, sottoscritta dal privato, rinviava la stipulazione formale al momento in cui la deliberazione stessa fosse divenuta esecutoria. Il privato tenta di ricondurre la disciplina del caso in questione a quella generale delle deliberazioni comunali soggette ad approvazione (Artt. 130 e seguenti della L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. A, cit.) per sostenere che decorsi quindici giorni dalla recezione della delibera questa diviene esecutoria (Art. 134, della L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. A, cit.). La Corte respinge questa interpretazione perché non applicabile quando la legge richiede un'autorizzazione espressa.

⁹⁰ Corte di cassazione di Torino, 10 luglio 1909, *Ditta Gandolfo e Garelli c. Comune di Taggia*, cit.

⁹¹ Il Consiglio di Stato afferma che l'autorizzazione costituisce «condizione di capacità del Comune a procedere alla convenzione» e la sua mancanza determina l'inesistenza dell'obbligazione, e l'inefficacia del successivo atto prefettizio di approvazione del contratto, che può rendere «esecutorio» un contratto regolarmente stipulato, ma non può dar vita ad uno inesistente: *Parere del Consiglio di Stato, Sez. Int.*, 13 marzo 1926, *Com. di Frattamaggiore*, in *Foro it.*, 1926, III, 216; Consiglio di Stato, Sezione IV, 27 agosto 1907,

della parte pubblica, la legittimazione, o l'esistenza degli atti che realizzavano la condizione⁹².

Il giudice civile si è trovato a sindacare i medesimi atti pre-contrattuali della pubblica amministrazione contro i quali era invocata la tutela amministrativa, con il diverso fine di stabilire se la volontà di stipulare un contratto si fosse validamente formata, senza rilevare alcun impedimento nella presenza della deliberazione di contrattare, o nell'atto di autorizzazione alla trattativa privata, come non ha trovato ostacoli nelle più numerose «formalità» previste per le gare pubbliche⁹³.

Tuttavia il giudice civile non poteva, dall'esterno, che valutare la sussistenza dei requisiti prescritti, poiché se ogni «formalità» era posta nell'interesse della parte pubblica⁹⁴, anche

Consorzio idraulico di Frassineto, Ticineto e Valmacca c. Pref. di Alessandria, in *Riv. amm.*, 1907, 808 e analogamente Corte di cassazione di Torino, 10 luglio 1909, *Ditta Gandolfo e Garelli c. Comune di Taggia*, cit.

⁹² A non diverso esito si giunge considerando l'autorizzazione alla trattativa privata non più necessaria «ad integrare una capacità di agire insufficiente» per la stipulazione di un contratto valido, bensì come attività amministrativa di controllo preventivo che ha un proprio contenuto ed effetto sul contratto, senza fondersi con esso. Infatti il mancato avverarsi della condizione legale, similmente alla ricostruzione in termini di incapacità, vanifica l'attività precontrattuale ed in caso di contenzioso esclude ogni possibile esito favorevole al privato interessato, anche nella successiva fase di esecuzione del contratto. Infatti si afferma che il contratto stipulato dagli «enti pubblici sottoposti a tutela è dal punto di vista civilistico, perfetto; solo nei riguardi dell'ente è subordinato alla condizione (*condicio iuris*) delle autorizzazioni e delle approvazioni prescritte dalle leggi che ne regolano l'attività e che l'altro contraente non può né deve ignorare»: Corte di cassazione, 22 maggio 1936, *Melotti e a. c. Com. di Boscochiesanova*, cit., con considerazioni che, con riferimento all'approvazione, si trovano ancora oggi nella giurisprudenza.

⁹³ V. *infra* cap. IV.

⁹⁴ Anche il giudice civile evidenzia la *ratio* della normativa in questione volta ad evitare il rischio che gli offerenti privati si organizzino per vanificare le gare ed ottenere i vantaggi della trattativa privata: il legislatore infatti, «ponendo a base delle sue disposizioni l'*autonomia* comunale, è stato poi costretto di restringerne l'esercizio mediante il doppio freno della vigilanza governa-

gli analoghi rapporti tra privati erano lasciati alla libera disponibilità dell'autonomia privata.

Il privato coinvolto nelle trattative era senz'altro legittimato ad adire il giudice civile⁹⁵, ma nel merito risultava normalmente soccombente⁹⁶ perché tale giudice si limitava a rilevare la mancanza degli atti necessari per la valida manifestazione di volontà della parte pubblica; ad esempio perché la legge richiedeva «imperiosamente»⁹⁷ un'esplicita autorizzazione alla trattativa privata, espressa e integrativa della capacità di contrattare dell'amministrazione⁹⁸, con la conseguenza che in mancanza di questa il contratto era «nullo e perciò improduttivo di effetti giuridici»⁹⁹.

tiva e del potere tutorio, per trovare un accordo, fra l'indipendenza e la soggezione ad un indirizzo generale richiesto dall'unità di governo»: Corte di cassazione di Torino, 2 dicembre 1910, *Ditta Gandolfo e Garelli c. Comune di Taggia*, in *Foro it.*, 1911, I, 513.

⁹⁵ Per lungo tempo si assiste infatti ad un duplice sindacato del Consiglio di Stato, e dell'autorità giudiziaria sui medesimi atti, seppur da prospettive diverse e con esiti differenti, dal momento che la questione di giurisdizione in questa materia è apparsa particolarmente complessa: v. *infra* cap. VII.

⁹⁶ Si ritrovano casi in cui alcuni giudici particolarmente attenti e innovativi attraverso interpretazioni, magari forzate, delle norme vigenti riconoscono al privato un risarcimento del danno ciò peraltro non avviene nelle ipotesi di trattativa privata, ma solamente, come si evidenzierà *infra* cap. IV, nelle gare pubbliche poiché la più accentuata formalizzazione del comportamento precontrattuale consente anche al giudice civile di rilevare la scorrettezza, soprattutto intesa come contraddittorietà, dell'amministrazione che viola le regole del gioco, benché poste nel suo interesse.

⁹⁷ Sentenza della Corte d'appello di Torino, 5 luglio 1875, nella causa *Peretti contro Com. di Malesco*, cit., 661.

⁹⁸ Fa riferimento al fatto che si tratta di formalità che «l'autorità tutoria deve compiere per integrare la capacità giuridica contrattuale del Comune»: Corte di cassazione di Torino, 10 luglio 1909, *Ditta Gandolfo e Garelli c. Comune di Taggia*, in *Riv. amm.*, 1910, 171, che cassa la sentenza 11 dicembre 1908 della Corte d'appello di Milano accogliendo la censura di mancanza di motivazione in relazione alla mancanza dell'autorizzazione alla deroga agli incanti e rinvia alla Corte d'appello di Torino.

⁹⁹ Tribunale civile di Napoli, 17 marzo 1897, *Matrone c. Com. Boscotre-*

Ogni violazione delle «forme» prescritte, seppur imputabile alla parte pubblica, pregiudicava la valida costituzione del rapporto a danno del privato¹⁰⁰ il quale, per avere la certezza di concludere un contratto valido, aveva l'onere di verificare la corretta applicazione delle indicate norme da parte dell'ente pubblico, perché diversamente sarebbe rimasto esposto all'interruzione delle trattative o alla caducazione del contratto anche per ragioni estranee alla valutazione della sua proposta¹⁰¹.

In ogni caso il giudice civile realizzava un mero riscontro dell'osservanza delle forme prescritte senza considerare se la parte privata ignorasse la violazione o avesse consapevolmente giovato di condizioni particolarmente favorevoli.

L'esito di questo sindacato, che appare di favore alla pubblica amministrazione, non può tuttavia stupire in assenza di una disciplina sulla *culpa in contrahendo*, anche in conside-

case, in *La Legge*, 1897, 486, con annotazione di V. JANFOLLA, sulla validità del contratto che in seguito a due incanti deserti, senza autorizzazione prefettizia conferiva al privato il diritto di riscuotere i dazii e correlativamente imponeva al comune l'obbligo di fargli esercitare tale riscossione. Il contratto è ritenuto nullo e improduttivo di effetti, poiché la scambievole dichiarazione non può dar vita ad una valida obbligazione, poiché il Comune non aveva «la capacità giuridica di obbligarsi in quella forma». Viene respinta la domanda di risarcimento del danno per l'inadempimento determinato dal fatto che l'amministrazione ha successivamente aggiudicato l'appalto ad un altro soggetto. Il riferimento alla nullità resta peraltro imprecisato e in assenza della categoria dell'annullabilità del contratto nel codice civile del 1865, si considera la nullità come relativa, poiché solo la pubblica amministrazione è legittimata a far valere la violazione delle formalità precontrattuali: Corte di cassazione di Torino, 10 luglio 1909, cit., dove la Corte non prende posizione definendo la nullità in questione come assoluta o relativa.

¹⁰⁰ Tale situazione può invece avvantaggiare i terzi esclusi dalla trattativa e «denunciati», i quali, ove si indica una nuova gara, possono ottenere l'opportunità di presentare un'offerta, pur non avendo partecipato ai precedenti incanti, né alla trattativa.

¹⁰¹ Tuttavia i rischi discendenti da tali cause di invalidità appaiono compensati dai vantaggi della contrattazione con un ente pubblico, in particolare quando viene eliminata la pressione della concorrenza.

razione della particolare cautela dei giudici nei confronti delle pubbliche amministrazioni¹⁰².

Se la ricordata abrogazione dell'autorizzazione prefettizia¹⁰³ «riduce» gli atti precontrattuali nella trattativa privata, tuttavia il Consiglio di Stato continua ad affermare la propria giurisdizione e, in contrasto con la Corte di Cassazione, seguita ad individuare atti amministrativi che sono avanti a sé impugnabili.

Nei casi di trattativa privata avviata con un solo soggetto senza alcuna forma di gara ufficiosa, ancora oggi per la Cassazione non rileva l'asserita esistenza di atti amministrativi (deliberazione di contrattare), ma unicamente la posizione paritetica nei confronti del privato coinvolto che esclude l'esercizio di poteri autoritativi¹⁰⁴, con la conseguenza che l'«atto» con il

¹⁰² Cfr. V. E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano a cura di V. E. Orlando*, Milano, 1900, vol. I, 635; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 143 e s.; B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, cit., 215 e s.; ID., *Pubblica amministrazione, negozio contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, 491.

¹⁰³ Consiglio di Stato, Sezione V, 10 luglio 1982, n. 606, *Cassa risparmio Province lombarde c. Banca provinciale Lombarda e Comune di Lodivecchio*, cit., ove si afferma che l'autorizzazione alla trattativa privata «in funzione di controllo da parte del Prefetto, prevista dall'art. 87 ultimo comma del t.u. n. 383 del 1934, è stata abrogata per incompatibilità dalla l. 10 febbraio 1953 n. 62, inoltre la competenza prefettizia non si concilia con il sistema delle autonomie locali garantite dagli artt. 128 e 130 Cost., perciò si deve ritenere che «il controllo prefettizio di cui all'art. 87 ultimo comma T.U. cit., sia abrogato e che la valutazione delle circostanze eccezionali, nonché della necessità e della convenienza per procedere alla trattativa privata, spetti all'ente locale medesimo».

¹⁰⁴ Consiglio di Stato, Sezione V, 23 maggio 1969, n. 457, cit., cassato da Corte di cassazione, sez. un., 21 settembre 1970, n. 1645, *Soc. turistico immobiliare Serrone c. Soc. So.co.mo., Min. agricoltura, Pref. di Frosinone, Com. di Serrone*, cit., rilevando la mancanza di autorizzazione prefettizia annulla la trattativa privata e dimostra il diverso obiettivo e la maggiore ampiezza della

quale la pubblica amministrazione recede dalla trattativa viene considerato espressione della sua autonomia privata e quindi sindacabile sotto il profilo della correttezza, *ex art. 1337 cod. civ.*

La parte privata che subisce il recesso si rivolge al giudice amministrativo in quanto titolare di una posizione qualificata e differenziata, ma l'eventuale decisione favorevole del giudice amministrativo viene annullata dalla Cassazione in nome della libertà di scelta della pubblica amministrazione, con il conseguente diniego dell'esistenza di un interesse legittimo e l'affermazione di un vero e proprio diritto soggettivo da far valere avanti al giudice ordinario, che peraltro, alla luce della giurisprudenza sulla responsabilità precontrattuale, non garantisce alcun risarcimento.

Nelle trattative instaurate con un unico soggetto in relazione alla sussistenza di un caso particolare, quale ad esempio l'interconnessione tecnica dei nuovi lavori da affidare rispetto a quelli in corso¹⁰⁵, si riconosce il solo diritto soggettivo alla correttezza, che equivale a negare ogni tutela al privato.

tutela amministrativa rispetto alla responsabilità precontrattuale. L'illegittimità riscontrata nella deliberazione di vendita non risulta causalmente collegata con l'abbandono della trattativa con il ricorrente. Tale illegittimità potrebbe ricondursi ad una scorrettezza nei confronti del contraente privato, come causa di invalidità del contratto non comunicata.

¹⁰⁵ Corte di cassazione, sez. un., 4 agosto 1995, n. 8541, *A.N.A.S. c. Soc. Cocemer*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1995, 738; Corte di cassazione, sez. un., 5 dicembre 1995, n. 12523, *A.N.A.S. c. Impresa Costruzione Cav. Lav. Rozzi Costantino s.p.a.*, in *Corriere giur.*, 1996, 294, con nota di F. CARINGELLA, *Responsabilità precontrattuale della p.a. a cavallo tra schemi privatistici e moduli procedimentali*, e in *Foro amm.*, 1996, 1805, con nota di O. M. CAPUTO, *Affidamento a trattativa privata e giurisdizione sulle relative controversie*; Corte di cassazione, sez. un., 4 agosto 1995, n. 8541, *A.N.A.S. c. Soc. Cocemer*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1995, 738; Corte di cassazione, sez. un., 23 settembre 1994, n. 7842, *Com. Salsomaggiore Terme c. Soc. Sirico*, in *Gius.*, 1994, 1, ove si esclude la giurisdizione amministrativa, ma si fa salva quella ordinaria ove siano violati i principi dettati dall'art. 1337 cod. civ. nello svolgimento delle trattative.

Anteriormente all'entrata in vigore delle norme europee sugli appalti il Consiglio di Stato, riformando la sentenza di primo grado¹⁰⁶, desume dal precedente rapporto intercorso tra l'amministrazione ed il privato un interesse tutelabile per l'asserita violazione dei principi di buona fede e affidamento nel rapporto precontrattuale, e conseguentemente annulla per eccesso di potere gli atti con cui l'amministrazione aveva manifestato la volontà di non proseguire nella trattativa perché non emerge l'interesse la cui salvaguardia avrebbe giustificato la compromissione di quello privato dell'impresa (carenza di motivazione)¹⁰⁷. La Corte di cassazione annulla senza rinvio la decisione del Consiglio di Stato per difetto di giurisdizione, poiché considera la condotta dell'amministrazione di rilievo civile e idonea a fondare un'azione di responsabilità precontrattuale per ingiustificata interruzione delle trattative¹⁰⁸.

Nella trattativa privata esiste dunque una fase precontrattuale caratterizzata dall'emanazione di atti prodromici alla conclusione del contratto come attività volta al conseguimento

¹⁰⁶ T.A.R. Lazio, Sez. I, 18 novembre 1988, n. 1613, *SOPIN, Società per l'informatica s.p.a., c. Università degli Studi «La Sapienza» di Roma e a.*, in *Riv. trim. appalti*, 1989, 749, ove si esclude l'interesse del precedente appaltatore ad impugnare gli atti con cui l'amministrazione interrompe la trattativa per il rinnovo del contratto, salva la possibilità di responsabilità precontrattuale da far valere avanti al giudice civile.

¹⁰⁷ Consiglio di Stato, Sezione VI, 12 maggio 1990, *SOPIN Società per l'informatica s.p.a., c. Università degli Studi «La Sapienza» di Roma e a.*, in *Foro amm.*, 1990, 1221.

¹⁰⁸ Corte di cassazione, sez. un., 18 ottobre 1993, n. 10296, *Università degli Studi «La Sapienza» di Roma e a. c. SOPIN Società per l'informatica s.p.a.*, in *Riv. Corte conti*, 1993, II, 201, in tal senso si era espresso anche il giudice amministrativo di primo grado: T.A.R. Lazio, Sez. I, 18 novembre 1988, n. 1613, *SOPIN, Società per l'informatica s.p.a., c. Università degli Studi «La Sapienza» di Roma e a.*, cit.

del risultato contrattuale in posizione paritetica¹⁰⁹. L'assenza di norme e di formule che ne regolano lo svolgimento impedisce dunque di «ravvisare schemi procedurali apprezzabili e, di conseguenza, interessi legittimi al loro corretto svolgimento»¹¹⁰.

Non a caso, tuttavia, è la parte pubblica che sostiene la titolarità in capo all'imprenditore di un «diritto soggettivo al rispetto delle norme di correttezza e di buona fede che devono presiedere la fase precedente alla conclusione del contratto»¹¹¹, ai sensi dell'art. 1337 cod. civ., e a negare l'esistenza di interessi legittimi.

Il riconoscimento di un diritto soggettivo alla correttezza precontrattuale appare più favorevole all'amministrazione poiché esclude la tutela giurisdizionale che consente di ottenere la sospensione e l'annullamento dell'atto di recesso dalla trattativa, che, in un certo senso, garantisce un «risarcimento in forma specifica». L'accertamento della responsabilità precontrattuale, invece, può comportare unicamente un risarcimento del danno per equivalente, che il privato può ottenere solo

¹⁰⁹ Corte di cassazione, sez. un., 5 dicembre 1995, n. 12523, *Azienda Nazionale Autonoma delle Strade (A.N.A.S.) c. Impresa Costruzione Cav. Lav. Rozzi Costantino s.p.a.*, cit.; Corte di cassazione, sez. un., 29 luglio 1995, n. 8298, *Azienda Nazionale Autonoma delle Strade (A.N.A.S.) c. Impresa Geom. P. Martella*, in *Giur. it.*, 1996, I, I, 781

¹¹⁰ Corte di cassazione, sez. un., 5 dicembre 1995, n. 12523, *A.N.A.S. c. Impresa Costruzione Cav. Lav. Rozzi Costantino s.p.a.*, cit.; Corte di cassazione, sez. un., 4 agosto 1995, n. 8541, *Anas c. Soc. Cocemer*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1995, 738; Corte di cassazione, sez. un., 23 settembre 1994, n. 7842, *Com. Salsomaggiore Terme c. Soc. Sirico*, cit.

¹¹¹ Corte di cassazione, sez. un., 5 dicembre 1995, n. 12523, *A.N.A.S. c. Impresa Costruzione Cav. Lav. Rozzi Costantino s.p.a.*, cit., ove, individuata la controparte contrattuale, l'Amministrazione si determina, poi, a non concludere più il contratto con essa, e recede dalle trattative.

provando anche la scorrettezza e il nesso causale¹¹², ma ciò che più conta è proprio l'ormai noto orientamento giurisprudenziale che vuole la rottura di un «legittimo affidamento nella conclusione del contratto»¹¹³.

Nel nostro ordinamento giuridico la giurisdizione amministrativa si è così affermata come tutela effettiva per gli aspiranti contraenti privati¹¹⁴, con la conseguenza paradossale che la sua negazione immette il privato alla giurisdizione ordinaria la quale, per le interpretazioni ivi imperanti, non consente ancora eguale tutela, mentre il suo riconoscimento ha forse limi-

¹¹² È significativo che non si contesti la decisione di non stipulare il contratto, bensì la scorrettezza degli organi comunali che non hanno tempestivamente portato a conoscenza del privato le mutate intenzioni circa la destinazione del bene sulla cui vendita era in corso una trattativa poiché si manifesta un comportamento contraddittorio che determina la prosecuzione di trattative già destinate a fallire: Corte di cassazione, Sez. I, 19 ottobre 1972, n. 3129, *Com. di Brescia c. Boldrini*, in *Giust. civ.*, 1973, I, 818, riguardante l'affidamento nella correttezza suscitato con le trattative per la vendita di piccoli lotti interrotta per la non convenienza dell'affare, senza peraltro avvertire la controparte della deliberata variazione della destinazione urbanistica della zona. Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja Branca*, art. 1337, Bologna, Roma, 1970, 210, nell'epoca precedente all'intervento legislativo si era accentuata e considerata illegittima l'ipotesi particolarmente significativa del recesso ingiustificato dalle trattative, peraltro ciò che rileva è solamente la prosecuzione delle trattative quando si esclude che possano sfociare nel contratto.

¹¹³ V. *supra*, cap. I.

¹¹⁴ Cfr. A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, cit., 177, ove si sottolinea che «la configurazione di un interesse legittimo anche rispetto all'attività contrattuale dell'amministrazione (almeno fino alla costituzione del rapporto contrattuale) ha assicurato l'esigenza di tutela del terzo in un settore in cui (come dimostra ancora oggi il dibattito sulla legittimazione a ricorrere in caso di trattativa privata) l'alternativa non è tanto fra le due diverse posizioni soggettive qualificate, ma è fra l'ammettere una posizione qualificata e il non ammettere alcuna tutela». G. ABBAMONTE, *Sulla risarcibilità del danno per lesione di interessi legittimi*, in *Danno e resp.*, 1998, 7 es.

tato un'evoluzione interpretativa che avrebbe rilevato l'esistenza del diritto alla correttezza precontrattuale.

Appare infine d'interesse rilevare che al privato rimasto estraneo alla trattativa privata viene oggi riconosciuta una posizione differenziata e qualificata, che gli consente di contestare la legittimità dell'adozione di quel metodo¹¹⁵, mentre al soggetto chiamato a partecipare alla trattativa viene negata ogni tutela nei confronti del recesso della parte pubblica, sia sotto il profilo della legittimità (interesse legittimo), sia sotto quello della correttezza (diritto soggettivo).

4. *La diffusione della trattativa privata e la prassi della «gara ufficiosa». La rilevanza giuridica delle regole poste dalla stessa amministrazione per l'organizzazione della trattativa: gli effetti verso le parti. Potere discrezionale, interessi legittimi e annullamento degli atti precontrattuali come «correzione» del recesso scorretto. Obbligatorietà della gara informale, predeterminazione dei criteri di scelta e motivazione del recesso: limiti al potere discrezionale ovvero all'autonomia negoziale.*

Si è ricordato che la trattativa privata può coinvolgere più soggetti quando «ciò sia ritenuto conveniente»¹¹⁶ per l'amministrazione pubblica, ossia quando la stessa ritenga utile almeno realizzare un confronto concorrenziale tra alcuni dei soggetti disposti ad eseguire la prestazione.

¹¹⁵ V. *supra* par. II. Tali difficoltà probatorie unite alla valutazione dei tempi della giustizia civile dissuadono le imprese anche dal proporre l'azione per *culpa in contrahendo*.

¹¹⁶ Art. 92, r.d. 23 maggio 1924, n. 827, *Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*. «La trattativa privata ha luogo quando dopo aver interpellato, se ciò sia ritenuto conveniente, più persone o ditte, si tratta con una di esse».

L'interpretazione estensiva dei casi in deroga alla disciplina degli incanti, con applicazione diffusa della trattativa privata, ha determinato l'estensione della prassi di effettuare una gara «ufficiosa» per valutare le condizioni del mercato¹¹⁷. Le pubbliche amministrazioni hanno sviluppato una vasta tipologia di gare esplorative, informali, ufficiose, per ottenere una proposta contrattuale da più soggetti ai quali eventualmente richiedere contributi di conoscenza per la migliore definizione dell'oggetto del contratto¹¹⁸. La gara ufficiosa ha anzitutto lo scopo «strumentale» di indagine di mercato¹¹⁹, che l'amministrazione svolge per acquisire gli elementi necessari alla definizione e poi alla stipulazione di un contratto per sé vantaggioso.

La scelta di indire una gara ufficiosa risponde sicuramente ad esigenze di buona amministrazione e limita i rischi di parzialità che possono essere indotti dalla mancanza di concorrenza, soprattutto quando nel mercato vi sia una pluralità di operatori disposti ad eseguire la prestazione richiesta.

La prassi di interpellare più soggetti è nota anche ai privati¹²⁰ e costituisce tra essi modalità diffusa di svolgimento delle trattative («trattative multiple» o «trattative parallele») che definisce e integra il rispetto della correttezza e buona fede nelle trattative tra individui (art. 1337 cod. civ.). La scelta di uno

¹¹⁷ S. PERONGINI, *Le gare preliminari alla trattativa privata. Ipotesi di procedimenti amministrativi atipici*, Napoli, 1990, 13 e s.

¹¹⁸ Cfr. Consiglio di Stato, Sezione VI, 5 febbraio 1994, n. 118, *Cassa di Risparmio di Viterbo c. Banca del Cimino*, in *Cons. Stato*, 1994, I, 20; Consiglio di Stato, Sezione V, 12 novembre 1992, n. 1270, *Istituto Trentino Alto Adige assicurazioni c. Com. di Merano*, in *Cons. Stato*, 1992, I, 16; T.a.r. Emilia Romagna, 15 dicembre 1993, n. 278, *Cassa di Risparmio di Reggio Emilia c. Com. Castellaro*, in *Cons. Stato*, 1993, 497.

¹¹⁹ Consiglio di Stato, Sezione V, 12 novembre 1992, n. 1270, *Istituto Trentino Alto Adige assicurazioni c. Com. di Merano*, cit.

¹²⁰ V. *supra* cap. II.

solo dei partecipanti non esclude che le trattative possano svolgersi correttamente con ciascuno, poiché anche in questo caso l'obbligo di buona fede è assolutamente compatibile con un recesso corretto dalle trattative.

La parte pubblica è tenuta ad osservare, oltre al principio di correttezza, anche il principio di imparzialità e buona amministrazione, che garantisce anzitutto con la definizione in via generale delle modalità di partecipazione alla gara ufficiosa valide per tutte le imprese interpellate; ed occorre considerare se la definizione dell'oggetto del contratto, delle modalità e del termine per la presentazione delle proposte costituisca un'autolimitazione della facoltà di scelta dell'amministrazione pubblica che determini il sorgere in capo ai partecipanti di posizioni giuridiche di interesse legittimo.

Si è visto che la Corte di cassazione ha negato che la presenza necessaria di due atti amministrativi quali la «deliberazione a contrattare» e, in passato, l'«autorizzazione prefettizia»¹²¹ potesse determinare il sorgere di posizioni soggettive tutelabili in capo al privato, dal momento che «si tratta di atti anteriori all'inizio della trattativa», la quale rimane libera nel suo svolgimento¹²².

Non diverso è il ragionamento della Cassazione con la predefinizione di regole per lo svolgimento della gara informale, perché anche in tale ipotesi si esclude la «rilevanza nel mondo esterno di un programma che l'Amministrazione traccia a se stessa e che è soggetto a tutte le oscillazioni e deviazioni suggerite o imposte dalla condotta della trattativa e legittimate dalla natura stessa, non rigida, ma flessibile, di tale sistema»¹²³.

¹²¹ Oggi come si è detto non più necessaria.

¹²² Corte di cassazione, sez. un., 28 settembre 1955, n. 2658, *Com. di Venezia c. Cons. Ven. Impr. Edilii*, in *Foro amm.*, 1956, II, 1, 31.

¹²³ Corte di cassazione, sez. un., 28 settembre 1955, n. 2658, *Com. di*

Al contrario, il Consiglio di Stato ha ammesso la legittimazione al ricorso dei partecipanti alla gara informale¹²⁴, poiché dall'autolimitazione della libertà di scelta del contraente deriva una posizione giuridica di interesse legittimo in capo ai partecipanti¹²⁵.

Venezia c. Cons. Ven. Impr. Edilii, cit.; Corte di cassazione, sez. un., 28 ottobre 1974, n. 3207, *S.p.a. Italgas, Com. di Potenza e Pref. di Potenza c. S.r.l. Italcogim*, in *Giust. civ.*, 1975, I, 250, che dichiara il difetto assoluto di giurisdizione in quanto esclude che una gara informale generi posizioni soggettive tutelabili, salva l'ipotesi della responsabilità precontrattuale. Cfr.: S. A. ROMANO, *L'interesse legittimo nella trattativa privata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 588, che osserva che ove la «trattativa privata si svolga secondo le norme del codice civile, gli inviti, come tutti gli altri atti che intercorrono fra i contraenti, non sono atti amministrativi», e «possono solo dimostrare un'eventuale culpa in contrahendo della P.A.»; S. CIVITARESE M., *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997, 108 e s.

¹²⁴ Consiglio di Stato, Sezione V, 23 marzo 1971, n. 242, *S.p.a. Sagim c. Pref. di Forlì, Com. di Cesenatico*, in *Giur. it.*, 1971, III, 610, afferma la posizione qualificata e differenziata della ditta partecipante alla gara ufficiosa per l'affidamento a trattativa privata della costruzione e gestione di un impianto di distribuzione di gas metano. Ritiene invece inammissibile il ricorso giurisdizionale quando sia il privato a prendere l'iniziativa di proporre all'amministrazione la stipulazione di un contratto: Consiglio di Stato, Sezione IV, 26 ottobre 1971, n. 894, *Soc. Imm. Romana VIII c. Com. di Milano e Soc. gestione cinema teatri Selezione in Milano*, in *Cons. St.*, 1971, 1758, ove si afferma che la nota di risposta negativa da parte del comune non è impugnabile in quanto non fa che esplicitare «quella autonomia negoziale al cui esercizio era stata sollecitata». Cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, 28 ottobre 1988, n. 619, *Pubblicazione s.a.s. c. Com. di Verona, Gruppo pubblicitario Bastino s.r.l.*, in *Riv. trim. appalti*, 1989, 749. Cfr. sul confine tra gara informale nella trattativa privata e licitazione: Consiglio di Stato, sez. V, 28 gennaio 1997, n. 100, *Com. di Cassino c. Clin Industrie Città s.r.l. e a.*, in *Giur. it.*, 1997, III, I, 305; Consiglio di Stato, sez. V, 20 agosto 1996, 937, *Credito Romagnolo c. Usl 27, Bologna Ovest*, in *Foro amm.*, 1997, 815, con nota di T. TESSARO, *Trattativa privata, gara ufficiosa e discrezionalità autolimitata: decisione isolata o affermazione di nuovi principi?*

¹²⁵ Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 1 agosto 1994, n. 281, *Soc. it. costruz. c. Provved. oo. pp. Sicilia*, in *Giur. amm. sic.*, 1994, 507, ove si afferma

Ancora una volta il riconoscimento di un interesse legittimo in capo ai partecipanti alle gare informali¹²⁶ pare trovare come unico fondamento l'esigenza di riconoscere tutela ai partecipanti in assenza di quella connessa alla correttezza precontrattuale¹²⁷.

che la gara non formale (gara ufficiosa, gara esplorativa, gara conoscitiva, licitazione privata ufficiosa, locuzioni tutte sostanzialmente equivalenti) si conclude non con un'aggiudicazione, ma con l'individuazione del miglior offerente con il quale l'amministrazione si riserva di contrarre a trattativa privata in un momento successivo. Si ritiene inoltre che la parte pubblica mantenga la piena libertà di non concludere il contratto o di riaprire la trattativa (gara esplorativa), «con conseguente inesistenza, nel concorrente risultato miglior offerente, di situazioni soggettive suscettibili di tutela dinanzi al giudice amministrativo, salvo i casi in cui l'amministrazione avesse ritenuto di giustificare la propria determinazione con motivi illegittimi, e salvo - ovviamente - eventuali profili di responsabilità precontrattuale da far valere dinanzi al giudice ordinario», inoltre dalla «prerogazione concorsuale» deriva in capo al miglior offerente «un interesse pretensivo alla stipulazione del contratto e di un interesse oppositivo ad un'eventuale illegittima stipulazione del contratto stesso con altro partecipante alla gara esplorativa». Sul tema: L. CIMELLARO, *La legittimazione al ricorso nella trattativa privata: verso un superamento della tradizionale concezione dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 118 e s., che riconduce a Cons. giust. amm. sic., 10 novembre 1949, n. 125, l'individuazione di interessi legittimi nella trattativa privata.

¹²⁶ Ritiene che la ragione che determina il sorgere di un interesse legittimo in capo ai partecipanti ad una gara ufficiosa non sia stata adeguatamente chiarita: S. PERONGINI, *Le gare preliminari alla trattativa privata*, cit., 158, nota che nelle gare informali «non vi è alcun serio approfondimento del meccanismo attraverso il quale quello che è un puro interesse di fatto, per effetto della partecipazione, assurge ad interesse legittimo»; F. FALCONI, *Contrattazione impresa privata e programmazione economica*, Padova, 1978, *passim*.

¹²⁷ Il sindacato del giudice amministrativo ha avuto l'effetto di supplire al vuoto di tutela derivante dalla mancata applicazione anche a queste trattative della disciplina della responsabilità precontrattuale limitando i comportamenti contraddittori sulla base di quanto rilevabile dagli atti: il sindacato del giudice amministrativo servirebbe ad assicurare «una assoluta correttezza dell'azione amministrativa»: T.A.R. Marche, 8 maggio 1979, *Ospedale generale di Macerata c. Soc. Molini Nozzi Piediripa*, in *TAR*, I, 1979, 2313, Cons. Stato, V sezione, 20 dicembre 1996, n. 1577, *IBM Seneca c. Coop S.r.l. Consorzio*

Superate le discussioni sulla giurisdizione¹²⁸, ove l'attenzione dell'analisi sia condotta sulle decisioni di merito, appare un giudice amministrativo che, attraverso l'esame degli atti della gara ufficiosa, giunge ad affermare la «correttezza» del recesso dalla trattativa e perciò respinge il ricorso¹²⁹, con la conseguenza che la parte pubblica (vittoriosa) non ha interesse a rivolgersi alle Sezioni unite per ottenere una pronuncia sul difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

La reiezione del ricorso amministrativo può avvenire perché la parte pubblica, nella definizione delle regole della gara informale, si era riservata la facoltà di proseguire le trattative con il soggetto che in esito alla gara apparisse più idoneo¹³⁰, esercitando correttamente all'occorrenza il diritto di recesso dalle trattative con gli altri partecipi, poiché il giudice amministrativo valuta la legittimità degli atti della parte pubblica¹³¹ in termini di conformità e non contraddittorietà rispetto ai principi ed alle regole predefinite.

dei Comuni della Provincia di Bolzano, in *Urb. e appalti*, 1997, 432, concernente una fornitura di materiale informatico affidata a seguito di trattativa privata preceduta dalla richiesta di offerte a più ditte ed afferma la giurisdizione del giudice amministrativo sugli atti di un soggetto formalmente privato ma qualificabile come amministrazione aggiudicatrice e rileva che «difficilmente un imprenditore del settore potrebbe dimostrare in sede di giurisdizione ordinaria di avere subito un danno da violazione di una c.d. *chance*».

¹²⁸ Su cui si tornerà *infra* cap. V.

¹²⁹ Consiglio di Stato, Ad. plen., 28 gennaio 1961, n. 3, *Citterio e Soc. Gazzoni c. Com. di Fiuggi*, in *Foro amm.*, 1961, I, 561, con nota di E. CANNADA BARTOLI, *In tema di trattativa privata*; Consiglio di Stato, Sezione V, 23 marzo 1971, n. 242, *S.p.a. Sagim c. Pref. di Forlì, Com. di Cesenatico*, in *Giur. it.*, 1971, III, 610; Consiglio di Stato, sez. V, 3 luglio 1996, n. 821, *Com. Oderzo c. Lot*, in *Giur. it.*, 1997, III, 1, 96.

¹³⁰ Consiglio di Stato, sez. V, 3 luglio 1996, n. 821, *Com. Oderzo c. Lot*, cit.

¹³¹ Atti che comportano il recesso dalla trattativa «multipla» per la rinuncia alla stipulazione del contratto o per l'individuazione di un'unica controparte

L'annullamento dell'atto di esclusione di un partecipante e dei successivi che hanno portato alla conclusione del contratto determina un risarcimento che si potrebbe definire «in forma specifica», poiché l'annullamento può avere l'effetto non solo di riaprire la trattativa¹³², ma anche di assicurare al soggetto illegittimamente escluso la stipulazione del contratto.

Quando si richiede una proposta per la fornitura di un determinato bene «o equivalente» e, in esito a gara informale, si esclude l'impresa che propone a minor prezzo un bene diverso da quello espressamente indicato, ma «equivalente», il giudice amministrativo non può che rilevare la contraddittorietà di tale esclusione ed annullarla¹³³, con la conseguenza che la parte pubblica dovrà accettare la proposta esclusa in precedenza.

L'amministrazione recede invece correttamente dalla trattativa con il vincitore della gara informale quando questi comunica di non essere in grado di fornire il bene indicato nell'offerta e ne propone uno differente: in un caso simile, infatti, anche il giudice civile ha rilevato la correttezza del recesso dalle trattative della pubblica amministrazione¹³⁴.

¹³² L'annullamento degli atti precontrattuali che hanno determinato la conclusione del contratto con un altro soggetto può in certi casi assicurare alla parte privata la possibilità che la propria offerta venga riconsiderata e magari accettata, con un risultato che trascende un possibile risarcimento per responsabilità precontrattuale: Consiglio giust. amm. Reg. siciliana, 6 luglio 1963, n. 197, *Di Pietra c. Com. di Gela e Soc. Servizi pubblici italiani*, in *Foro it.*, 1964, III, 54, dove il partecipante ad una trattativa privata ottiene l'annullamento dell'aggiudicazione pronunciata a favore di un altro soggetto in quanto si accerta un vizio logico nella scelta per aver valutato l'offerta del ricorrente in relazione ad un diverso e meno favorevole capitolato d'onori.

¹³³ Consiglio di Stato, Sezione V, 25 febbraio 1997, n. 192, *Com. Roncigno c. Alesport s.a.s. e soc. Green set nord*, in *Giur. it.*, 1997, III, I, 440, sul contratto per la realizzazione di campi da tennis.

¹³⁴ Corte di cassazione, sez. I, 24 gennaio 1998, n. 696, *Soc. Chemiumbra c. Com. Acquasparta*, in *Foro it.*, 1998, I, 362, che conferma Corte d'appello di

La comparazione tra il sindacato del giudice amministrativo sugli atti precontrattuali e quello realizzato dal giudice civile rivela che anche quest'ultimo esamina gli atti della gara informale in quanto significativi elementi di valutazione del comportamento di chi recede dalle trattative¹³⁵.

Nuovi elementi per la valutazione della posizione dei partecipanti alle gare ufficiose si ricavano dalle più recenti norme che in determinati casi hanno imposto lo svolgimento di una gara informale. Ciò è avvenuto prima implicitamente, attraverso la previsione nelle norme europee dell'obbligo di pubblicare un bando anche in determinate ipotesi di trattativa privata (procedura negoziata)¹³⁶, poi espressamente, nella disciplina degli appalti di lavori di valore inferiore alla «soglia europea»¹³⁷.

Perugia, 30 dicembre 1995, ove la cassazione non affronta il tema della giurisdizione, ma giudica nel merito e cfr. altresì Corte di cassazione, sez. un., 28 ottobre 1974, n. 3207, *S.p.a. Italgas, Com. di Potenza e Pref. di Potenza c. S.r.l. Italcogim*, in *Giust. civ.*, 1975, I, 250 che si pronuncia sulla giurisdizione, ma rileva altresì la coerenza del comportamento dell'amministrazione.

¹³⁵ Corte di cassazione, sez. I, 24 gennaio 1998, n. 696, *Soc. Chemiumbra c. Com. Acquasparta*, cit.

¹³⁶ Art. 7, comma II, dir. Ce 93/37 e in precedenza dir. Ce 89/440, recepita dal l. art. 9, d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406, cit.: ove si prevede che: «Gli appalti di lavori pubblici di cui all'art. 1, comma 1, possono essere affidati a trattativa privata, previa pubblicazione di un bando di gara, contenente l'indicazione dei criteri per la selezione dei candidati ...».

¹³⁷ L. 11 febbraio 1994, n. 109, *La nuova legge quadro in materia di lavori pubblici* (come mod. dal d.l. 3 aprile 1995, n. 101, conv. in l. 2 giugno 1995, n. 216, cosiddetta Merloni bis, successivamente nuovamente modificata e integrata, da ultimo, dalla legge n. 18 novembre 1998, n. 415, cosiddetta Merloni ter), art. 24, comma V, ove si prevede che: «L'affidamento di appalti a trattativa privata, ai sensi del comma 1, lettera b), avviene mediante gara informale alla quale debbono essere invitati almeno quindici concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati ai sensi della presente legge per i lavori oggetto dell'appalto».

Se in precedenza la realizzazione di una gara ufficiosa costituiva scelta di convenienza¹³⁸ e opportunità la cui valutazione era demandata esclusivamente alla parte pubblica, ora vengono definiti in via generale e astratta i casi in cui è necessario procedere alla gara informale. La pubblicazione di un bando contenente i criteri di selezione dei partecipanti comporta l'obbligo di valutare tutte le offerte pervenute e di comunicare agli interessati¹³⁹ la motivazione dell'esclusione dalla trattativa (recesso).

Siffatta disciplina supera il carattere peculiare della trattativa privata che consiste nella facoltà, per la parte pubblica, di interpellare «liberamente» i soggetti ritenuti idonei all'adempimento del contratto. La trattativa privata, o «procedura negoziata», preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara, pare avviarsi a diventare una gara «formalizzata» con caratteristiche e garanzie per la concorrenza del tutto simili alla licitazione privata¹⁴⁰, ed infatti in taluni casi si è già giunti all'equiparazione normativa delle due ipotesi¹⁴¹.

¹³⁸ Art. 92, r.d. 23 maggio 1924, n. 827, cit.

¹³⁹ Art. 31, d.lg. 19 dicembre 1991, n. 406, cit.

¹⁴⁰ Dai modelli di bando contenuti nell'allegato E, II, del d.lg. 19 dicembre 1991, n. 406, cit., prevede che le sole differenze di contenuto tra bando per la licitazione privata e per la trattativa privata siano: «1. eventualmente, nomi ed indirizzi dei fornitori già prescelti dall'amministrazione aggiudicatrice; 2. eventualmente, date delle precedenti pubblicazioni nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee».

¹⁴¹ T.a.r. Piemonte, sez. II, 10 luglio 1997, n. 371, *Soc. Buscommercio c. Atm Torino*, in *Urbanistica e appalti*, 1997, 1388, con nota di R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici a trattativa privata nei settori esclusi*, ove si rileva l'equiparazione normativa della trattativa privata previa pubblicazione del bando con la licitazione privata per gli appalti pubblici nei settori speciali, art.12 e 13, d.lg. 17 marzo 1995, n. 158, *Attuazione della direttiva 90/531/CEE 93/38/CEE relativa alle procedure di appalti nei settori esclusi*, mod. dal d.lg. 25 novembre 1999 n. 525, *Attuazione della direttiva 98/4/CE che modifica la normativa comunitaria sulle procedure di appalti nei settori esclusi*.

La trattativa privata pare progressivamente seguire un percorso storico già avvenuto per la licitazione privata che, da ipotesi di gara semplificata, accostata alla trattativa privata¹⁴², è oggi disciplinata come vera e propria gara alternativa all'asta pubblica, di cui fornisce le medesime garanzie di imparzialità e di tutela della concorrenza¹⁴³.

¹⁴² Cfr. Consiglio di Stato, adunanza generale, parere del 20 maggio 1886, *Bava c. Pref. Provincia di Terra di Lavoro*, cit., ove si afferma la necessità dell'autorizzazione prefettizia analogamente all'ipotesi di trattativa privata; Consiglio di Stato, parere del 28 maggio 1886, n. 2956-834, *Prov. Venezia*, in *Riv. amm.*, 1886, 859; Consiglio di Stato, parere del 7 gennaio 1882, *C. Bressan c. Pref. Belluno*, in *Giur. it.*, 1882, 107, ricorso contro l'approvazione della vendita mediante licitazione da parte del comune di Gosaldo a A. Bressan della vecchia ed abbandonata chiesa di S. Giacomo. Consiglio di Stato, parere del 2 luglio 1881, *Com. Cercemaggiore*, in *Foro it.*, 1882, III, 37, sull'affitto di un fondo per la durata di 15 anni.

¹⁴³ Comunicazione adottata dalla Commissione europea l'11 marzo 1998, COM (98)143, *Gli appalti pubblici nell'Unione europea*, ove si propone di sostituire la trattativa privata con pubblicazione del bando con una nuova procedura di diritto comune il «dialogo competitivo», che andrà ad aggiungersi alle procedure aperte e ristrette. Le condizioni e le modalità nelle quali le amministrazioni aggiudicatrici potranno ricorrere a questa procedura, nonché lo svolgimento della stessa, dovranno essere precisati sulla base, in particolare, dei principi di trasparenza e di parità di trattamento. Sussisterà, dunque, come procedura eccezionale, unicamente una procedura detta procedura di trattativa privata le cui condizioni d'applicazione devono essere interpretate restrittivamente conformemente alla giurisprudenza della Corte. L'esigenza che in tal modo si vuole soddisfare è quella di favorire un dialogo tra acquirenti e fornitori dal momento che le amministrazioni aggiudicatrici negli appalti particolarmente complessi ed in evoluzione costante come, ad esempio, nel settore dell'alta tecnologia, conoscono le proprie esigenze ma, agli inizi, ignorano quale sia la migliore soluzione tecnica per soddisfarle. L'introduzione di procedure più flessibili pare opportuna per rispondere alla critica, talvolta formulata, secondo la quale le procedure sono eccessivamente rigide e formalistiche e la loro stretta osservanza provoca disfunzioni in sede di aggiudicazione degli appalti.

Un tempo la stipulazione a mezzo di licitazione privata era eccezionale¹⁴⁴ come la trattativa privata, poiché l'invito a partecipare era rivolto esclusivamente alle imprese individuate e scelte dalla stessa amministrazione, che procedeva ad una sorta di gara informale cui non era data alcuna pubblicità¹⁴⁵, e dunque «privata» in quanto non comunicata e aperta al pubblico.

Il frequente ricorso alla licitazione privata l'aveva sospinta a metodo ordinario di selezione del contraente, di conseguenza lo stesso legislatore ne aveva recepito l'assimilazione all'asta pubblica. L'equiparazione tra i due metodi¹⁴⁶ è tuttavia avvenuta quando la licitazione era ancora in senso proprio «privata» (senza la pubblicazione di un bando)¹⁴⁷, nei primi anni

¹⁴⁴ Poiché sia la trattativa privata, sia la licitazione erano entrambe eccezionali si riteneva che «la scelta di questi due modi è determinata dall'importanza dell'oggetto, o dalla natura del servizio, o dalle disposizioni di speciali regolamenti»: art. 99, c. II, r.d. 4 maggio 1885, n. 3074, cit.; artt. 38 e 39 del r.d. n. 827 del 1924, cit.

¹⁴⁵ C. E. GALLO, *Licitazione privata e vicende della discrezionalità amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1999, 163 e s., ove si ricorda che spesso le amministrazioni «procedevano semplicemente all'invito, in modo informale, e cioè senza previa deliberazione dell'autorità competente».

¹⁴⁶ D.p.r. 30 giugno 1972, n. 627, *Semplificazione e snellimento delle procedure in materia di amministrazione e contabilità generale dello Stato*, art. 2 che modifica l'art. 3 del regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440, prevedendo che «I contratti dai quali derivi una spesa per lo Stato debbono essere preceduti da gare mediante pubblico incanto o licitazione privata, a giudizio discrezionale dell'amministrazione», mentre la stessa norma prevede che si mantenga la regola precedente per i contratti attivi: «I contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, salvo che per particolari ragioni, delle quali dovrà farsi menzione nel decreto di approvazione del contratto, e limitatamente ai casi da determinare con il regolamento, l'amministrazione non intenda far ricorso alla licitazione ovvero nei casi di necessità alla trattativa privata».

¹⁴⁷ Art. 89, I comma, del r.d. 23 maggio 1924, n. 827, *Regolamento per l'esecuzione della legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità*

settanta, coeva all'emanazione delle prime direttive comunitarie, che si ponevano l'opposto obiettivo di aprire alla concorrenza il mercato degli appalti pubblici¹⁴⁸. La differente *ratio* normativa non poteva non aprire un forte contrasto tra ordinamenti: quello nazionale diretto a consentire alle amministrazioni pubbliche di scegliere liberamente i soggetti da invitare, quello europeo volto ad aprire il mercato degli appalti alla concorrenza.

Se le norme europee oggi, in alcuni casi di trattativa privata, impongono una gara estesa a tutti i soggetti che vengano a conoscenza del bando pubblicato, la disciplina nazionale mantiene la facoltà dell'amministrazione di scegliere «liberamente» chi interpellare per la trattativa privata, ma ne amplia fortemente il numero.

Per gli appalti di lavori pubblici di importo inferiore alla soglia di applicazione delle norme europee, la disciplina nazionale ha infatti imposto una gara informale «alla quale debbono essere invitati almeno quindici concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati ai sensi della presente legge per i lavori oggetto dell'appalto»¹⁴⁹.

generale dello Stato: «Si procede alla licitazione privata: a) invitando per mezzo di avvisi particolari persone o ditte ritenute idonee per l'oggetto della licitazione, a comparire in luogo, giorno ed ora determinata, per presentare le loro offerte» e la successiva disciplina di cui all'art. 7, commi I e II, l. 2 febbraio 1973, n. 14, *Norme sui procedimenti di gara negli appalti di opere pubbliche mediante licitazione privata*, che peraltro non vincolava l'amministrazione a valutare le richieste di partecipazione ricevute in seguito alla pubblicazione di un bando.

¹⁴⁸ Cfr. Direttiva del Consiglio delle Comunità Europee del 26 luglio 1971 (71/305/CEE) del Consiglio, *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*.

¹⁴⁹ Prima delle modificazioni introdotte con la legge 18 novembre 1998, n. 415, cosiddetta *Merloni ter*, l'art. 24, comma V, l. 11 febbraio 1994, n. 109, *La nuova legge quadro in materia di lavori pubblici* (come mod. dal d.l. 3 aprile 1995, n. 101, conv. in l. 2 giugno 1995, n. 216, cosiddetta *Merloni bis*), prevedeva che: «L'affidamento di appalti a trattativa privata, ai sensi del comma 1,

Il confronto concorrenziale tra quindici soggetti scelti dalla parte pubblica può risultare anche più ampio di quello conseguibile con la pubblicazione di un bando ove i canali di informazione per le imprese non siano particolarmente efficaci. Tuttavia, tale previsione è stata presto circoscritta ai rari casi di urgenza oggettiva e imprevedibile, mentre in ogni altra ipotesi di trattativa privata si rimette alla parte pubblica la scelta circa l'indizione di una gara ufficiosa ed il numero dei soggetti da invitare, ancora in applicazione delle norme di contabilità di Stato del 1923/24¹⁵⁰.

avviene mediante gara informale alla quale debbono essere invitati almeno quindici concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati ai sensi della presente legge per i lavori oggetto dell'appalto», con previsione generale valida per tutti i casi di trattativa privata.

¹⁵⁰ Cfr.: l. 11 febbraio 1994, n. 109, *La nuova legge quadro in materia di lavori pubblici* (come mod. dal d.l. 3 aprile 1995, n. 101, conv. in l. 2 giugno 1995, n. 216, cosiddetta Merloni bis, successivamente nuovamente modificata e integrata, da ultimo, dalla legge n. 18 novembre 1998, n. 415, cosiddetta Merloni ter), art. 24, comma V, ove si prevede che: «L'affidamento di appalti a trattativa privata, ai sensi del comma 1, lettera b), avviene mediante gara informale alla quale debbono essere invitati almeno quindici concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati ai sensi della presente legge per i lavori oggetto dell'appalto». In tal modo, con rilevante modifica rispetto al precedente testo del medesimo comma nella cosiddetta Merloni bis (l. 11 febbraio 1994, n. 109, come mod. dal d.l. 3 aprile 1995, n. 101, conv. in l. 2 giugno 1995, n. 216), limita la necessaria gara informale estesa a quindici concorrenti solo all'ipotesi di cui alla lettera b), del comma I che prevede: «lettera b) lavori di importo complessivo superiore a 150.000 ECU, nel caso di ripristino di opere già esistenti e funzionanti, danneggiate e rese inutilizzabili da eventi imprevedibili di natura calamitosa, qualora motivi di imperiosa urgenza attestati dal dirigente o dal funzionario responsabile del procedimento rendano incompatibili i termini imposti dalle altre procedure di affidamento degli appalti», mentre per le altre due ipotesi di cui al I comma del medesimo art. 24, non viene fornita alcuna indicazione (lettera a): «lavori di importo complessivo non superiore a 300.000 ECU, nel rispetto delle norme sulla contabilità generale dello Stato e, in particolare, dell'articolo 41 del regio decreto 23 maggio 1924, n. 827» e lettera c): «appalti di importo complessivo non superiore a 300.000 ECU, per lavori di restauro e manutenzione di beni mobili e

L'obbligo di pubblicare un bando, di indicare preventivamente i criteri di scelta e di motivare il rifiuto di ciascuna offerta costituiscono indubbiamente vincoli che la parte pubblica deve rispettare, sia che vengano considerati limiti all'esercizio del potere discrezionale di scelta del contraente¹⁵¹, sia che costituiscano limiti all'autonomia privata della pubblica amministrazione.

La ricostruzione in chiave di limiti ai poteri discrezionali¹⁵² e autoritativi ha consentito di considerare anche la trattativa privata come «contratto ad evidenza pubblica»¹⁵³, ove si rinvencono posizioni di interesse legittimo cui assicurare la tutela amministrativa che, si è detto risulta l'unica effettiva a causa dell'interpretazione civilistica, apparsa restrittiva — ove

superfici architettoniche decorate di cui alla legge 1° giugno 1939, n. 1089, e successive modificazioni»).

¹⁵¹ È possibile rilevare una contraddizione poiché all'attuazione di una gara informale, che assicura maggiormente la convenienza del contratto, corrisponde in capo ai partecipanti una posizione soggettiva di interesse legittimo, mentre quando si prescinde da ogni confronto concorrenziale si afferma che sono configurabili «soltanto posizioni di diritto soggettivo» poiché si è consapevoli che non sarà riconosciuta alcuna tutela: cfr. ad es.: Corte di cassazione, sez. un., 29 luglio 1995, n. 8298, *Azienda Nazionale Autonoma delle Strade (A.N.A.S.) c. Impresa Geom. P. Martella*, in *Giur. it.*, 1996, I, I, 784; Corte di cassazione, sez. un., 18 ottobre 1993, n. 10296, *Università degli Studi «La Sapienza» di Roma e a. c. SOPIN Società per l'informatica s.p.a.*, in *Riv. Corte conti*, 1993, II, 201. La contraddizione potrebbe chiarirsi rilevando che la tutela viene negata proprio ai soggetti scelti direttamente dalla parte pubblica, senza alcun confronto con altri, e che sono già in qualche modo favoriti, per cui era scelta dell'ordinamento non attribuirgli ulteriore protezione.

¹⁵² T.a.r. Piemonte, sez. II, 27 gennaio 1997, n. 65, *Soc. Banca Cassa di Risparmio di Tortona c. ASM Torinese e Banca regionale europea*, in *Cons. Stato*, 1997, I, 94.

¹⁵³ Consiglio di giust. amm. Reg. Sic., 1 agosto 1994, n. 279, *Soc. Todini c. Provveditorato reg. oo.pp. Sicilia e a.*, in *Cons. Stato*, 1994, I, 1162, ove si afferma che la dimensione raggiunta dalla gara ufficiosa che precede la trattativa privata, nella prassi amministrativa, consente di annoverarla «tra le forme di contrattazione ad evidenza pubblica».

non abrogatrice — del principio di correttezza nelle trattative¹⁵⁴.

Il riconoscimento di un interesse legittimo correlato alla realizzazione di una gara se ha assicurato una forma di protezione ha oscurato l'esistenza di trattative e del diritto soggettivo alla correttezza *ex art. 1337 cod. civ.*, continuando a rafforzare la convinzione che, ove c'è gara pubblica anche informale, sussistano esclusivamente posizioni di interesse legittimo.

Perciò è normale vedere affermato che l'esercizio del «potere» di indire e disciplinare una gara informale «degradi» il diritto soggettivo alla correttezza precontrattuale, oppure che non possa sussistere una trattativa ove si interpellano più soggetti, proponendo una superata concezione di trattativa come rapporto fra due sole parti¹⁵⁵ ed escludendo in ogni caso l'esistenza di una posizione soggettiva tutelabile avanti al giudice civile.

5. *La disciplina d'eccezione della procedura negoziata nelle norme europee a favore della concorrenza e non nell'interesse della parte pubblica. Revirement della Corte di cassazione: le posizioni soggettive di interesse legittimo si affermano anche nella trattativa privata. Il sindacato amministrativo sull'individuazione dei casi di eccezione e sulle modalità della scelta del contraente. L'obbligo di risarcimento del danno per violazione delle norme europee: la prima interpretazione a favore della risarcibilità degli interessi legittimi. Il mancato chiarimento della differenza pro spettiva tra norme nazionali e norme europee.*

Come è noto, la Comunità europea ha introdotto una

¹⁵⁴ V. *supra* cap. I.

¹⁵⁵ *Infra* par. 6.

nuova disciplina delle procedure di affidamento degli appalti pubblici¹⁵⁶ completata progressivamente con l'introduzione di nuove forme di tutela per le sue violazioni¹⁵⁷.

Le disposizioni italiane che recepiscono la disciplina europea definiscono la trattativa privata come «la procedura negoziata in cui l'amministrazione aggiudicatrice consulta le imprese di propria scelta e negozia con una o più di esse i termini del contratto»¹⁵⁸, con formulazione che non innova la pre-

¹⁵⁶ Dalla direttiva del Consiglio delle Comunità Europee del 26 luglio 1971, cit., alla direttiva 93/37/CEE del 14 giugno 1993 *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori*, direttiva 93/36/CEE DEL Consiglio del 14 giugno 1993, *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture*; direttiva 92/50/CEE del 18 giugno 1992, *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi*; direttiva 93/38/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, *che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni*.

¹⁵⁷ Direttiva del Consiglio delle Comunità Europee del 21 dicembre 1989 (89/665/CEE) *che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori*, e la Direttiva del Consiglio delle Comunità Europee del 25 febbraio 1992 (92/13/CEE) *che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni*.

¹⁵⁸ Art. 8, lett. d, d.lg. 19 dicembre 1991, n. 406, *Attuazione della direttiva 89/440/CEE in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*, che recepisce la direttiva 89/440/CEE, poi trasfusa nella direttiva del Consiglio Ce del 14 giugno 1993, n. 93/37, *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori*, in G.U.C.E. n. L 199 del 9 agosto 1993, 54, (mod. dalla direttiva 97/52/CE del Parlamento del Consiglio, in G.U.C.E. n. L 328 del 28 novembre 1997, 1) art. 1, lett. g): «le procedure negoziate sono le procedure nazionali in cui le amministrazioni aggiudicatrici consultano gli imprenditori di propria scelta e negoziano con uno o più di essi le condizioni del contratto». Cfr. A. PIAZZA, *La trattativa privata nei contratti*

cedente disciplina nazionale, ma evidenzia la possibilità di trattare non solo il prezzo, ma anche altre condizioni del contratto.

Di maggiore rigore appaiono invece le definizioni dei casi in cui è ammesso ricorrere alla trattativa privata in deroga alle procedure concorsuali¹⁵⁹. A parte i casi di contratti la cui esecuzione, per motivi tecnici, artistici o inerenti la tutela dei diritti d'esclusiva può essere affidata unicamente ad un imprenditore determinato, la trattativa privata è possibile o quando alla precedente gara non si ricevano offerte accettabili, o per motivi di oggettiva urgenza¹⁶⁰. Quest'ultima deve essere determinata da eventi imprevedibili per l'amministrazione com-

delle pubbliche amministrazioni. Quadro normativo e orientamenti giurisprudenziali, in *Riv. trim. appalti*, 1988, 968 e s.

¹⁵⁹ In base all'art. 7 comma II e III, dir. 93/37/CEE, cit., la procedura negoziata previa pubblicazione di un bando è consentita solo nei seguenti casi: a) offerte irregolari o inaccettabili in esito ad una precedente gara purché non vengano modificate le condizioni dell'appalto; b) per i lavori realizzati unicamente a scopo di ricerca, sperimentazione o messa a punto; c) per lavori la cui natura o i cui imprevisi non consentano di predeterminare i prezzi. Senza pubblicazione preliminare di un bando di gara, nei casi seguenti: a) precedente gara deserta o con offerte « non appropriate»; b) per i lavori che per motivi tecnici, artistici o inerenti alla tutela dei diritti d'esclusiva possono essere affidati unicamente ad un imprenditore determinato; c) per l'urgenza imperiosa, imprevedibile e non imputabile alle amministrazioni aggiudicatrici.

¹⁶⁰ Specificamente l'art. 7 comma III, dir. 93/37/CEE, cit., lett. c) prevede che: «nella misura strettamente necessaria, quando l'urgenza imperiosa, risultante da eventi imprevedibili per le amministrazioni aggiudicatrici in questione, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure che impongono la pubblicazione di un bando di gara. Le circostanze invocate per giustificare l'urgenza imperiosa non devono in alcun caso essere imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici». La direttiva 71/305/CEE, all'art. 9, disponeva «Le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare gli appalti di lavori senza applicare le disposizioni della presente direttiva, ad eccezione di quelle dell'articolo 10, nei casi seguenti: ... d) quando, nella misura dello stretto necessario, l'eccezionale urgenza risultante da avvenimenti imprevedibili per le amministrazioni aggiudicatrici non sia compatibile con il tempo richiesto da altre procedure».

petente ed essere incompatibile con i tempi necessari alla pubblicazione di un bando e con lo svolgimento della successiva gara. Le circostanze invocate per giustificare l'urgenza «imperiosa» non devono in alcun caso essere imputabili all'amministrazione aggiudicatrice¹⁶¹; si tratta di eccezioni di stretta interpretazione e l'onere della prova grava su chi intende avvalersi di tali circostanze eccezionali¹⁶².

Anche la libertà di scelta delle imprese da consultare viene progressivamente limitata, poiché in taluni casi è prevista la

¹⁶¹ Corte di Giustizia, 28 marzo 1996, causa 318/94, *Commissione Ce c. Repubblica federale di Germania*, in *Racc.*, 1996, 1949, che afferma che la Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza delle direttive in materia di appalti. Il ritardo determinato dalla mancata approvazione del contratto da parte di un organo tutorio non determina una situazione di urgenza imprevedibile per l'amministrazione aggiudicatrice, infatti se «allo scopo di tener conto degli interessi pubblici e privati coinvolti nel procedimento di approvazione di progetti di lavori pubblici, gli Stati membri possono conferire alle persone fisiche o giuridiche potenzialmente riguardate da un progetto taluni diritti che le autorità competenti sono tenute a rispettare, ... il fatto che un ente che deve approvare un progetto sollevi, prima del termine ultimo previsto a tale scopo, obiezioni per motivi che esso ha diritto di formulare costituisce un elemento prevedibile nello svolgimento del procedimento di approvazione dei piani». Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 26 giugno 1996, n. 802, *Com. Anguillara Sabazia c. Soc. romana Luminex*, in *Cons. Stato*, 1996, I, 940.

¹⁶² Corte di Giustizia, sentenza 18 maggio 1995, causa C-57/94, *Commissione c. Rep. italiana*, in *Racc.* 1995, 1249, punto 23, ove si afferma l'inadempimento del nostro Stato per non aver pubblicato un bando di gara ed aver affidato mediante trattativa privata un appalto di lavori senza dimostrare l'esistenza di ragioni tecniche che rendessero assolutamente necessaria l'assegnazione dell'appalto in questione ad un'impresa determinata; Corte giustizia Comunità europee, 4 maggio 1995, 79/94, *Commiss. Ce c. Gov. Grecia*, in *Raccolta*, 1995, I, 1071, ove si afferma l'inadempimento agli obblighi derivanti dalle direttive in materia di appalti di forniture per l'omessa pubblicazione di un bando di gara per l'affidamento di una fornitura di garze per gli ospedali e per l'esercito affidata mediante un accordo-quadro con sei industrie tessili greche.

pubblicazione di un bando di gara¹⁶³ con il conseguente obbligo di trattare con tutti i soggetti che manifestino il proprio interesse e la necessità di motivare il rigetto delle «candidature»¹⁶⁴.

Le norme di origine comunitaria si pongono in una prospettiva diversa rispetto a quelle nazionali poiché, mentre queste sono previste nell'interesse della parte pubblica, che può disporre la deroga agli incanti a proprio favore anche con un'interpretazione estensiva delle ipotesi previste, le norme europee perseguono l'obiettivo dell'apertura alla concorrenza del mercato degli appalti pubblici anche contro l'interesse della singola amministrazione contraente¹⁶⁵, che può ricorrere alla trattativa privata solamente nei casi espressamente previsti.

¹⁶³ Art. 9, I comma, d.lg. 19 dicembre 1991, n. 406, cit., «Gli appalti di lavori pubblici di cui all'art. 1, comma 1, possono essere affidati a trattativa privata, previa pubblicazione di un bando di gara, contenente l'indicazione dei criteri per la selezione dei candidati: a) in caso di offerte irregolari o inaccettabili per mancanza dei requisiti di cui ai titoli IV e V in una precedente procedura di aggiudicazione col sistema dei pubblici incanti o della licitazione privata o dell'appalto concorso, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate. Non è richiesta la pubblicazione del bando di gara quando alla trattativa privata vengono ammesse tutte le imprese, in possesso dei requisiti prescritti nei titoli IV e V, che hanno presentato nella precedente procedura offerte formalmente corrette; b) per lavori unicamente a scopo di ricerca, sperimentazione o messa a punto e non per assicurare una redditività o il recupero dei costi di ricerca e di sviluppo; c) in casi eccezionali, qualora si tratti di lavori la cui natura o i cui imprevisti non consentano una fissazione preliminare e globale dei prezzi»

¹⁶⁴ Art. 31, d.lg. 19 dicembre 1991, n. 406, cit., «L'amministrazione aggiudicatrice comunica, nei quindici giorni successivi al ricevimento della domanda, ad ogni candidato o offerente respinto che ne faccia richiesta, i motivi del rigetto della sua candidatura o della sua offerta e il nome dell'aggiudicatario».

¹⁶⁵ A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, relazione al 43° Convegno di studi ammini-

Tuttavia la giurisprudenza non ha rilevato questa differente prospettiva, con la conseguenza che i nuovi spunti dettati dalle modifiche normative hanno determinato unicamente un ampliamento della giurisdizione del giudice amministrativo.

Un cambiamento si rileva infatti nelle pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione, le quali modificano il precedente orientamento che configurava la scelta di ricorrere alla trattativa privata come merito amministrativo insindacabile¹⁶⁶. In conformità all'interpretazione secondo la quale «per atto amministrativo deve intendersi soltanto la manifestazione propria di uno specifico potere normativamente attribuito e regolato, secondo il principio della tipicità dei poteri e degli atti», le Sezioni unite ritenevano che l'amministrazione nella trattativa privata emanasse meri «atti di autodeterminazione», insindacabili avanti al giudice amministrativo. Tale posizione assicurava «l'assoluta libertà»¹⁶⁷ sia nella scelta di adottare la trattativa privata¹⁶⁸, sia nella individuazione del contraente, nonostante l'enunciazione della possibile configurazione della responsabilità precontrattuale.

La Cassazione negava l'esistenza di atti amministrativi impugnabili anche ove fosse indetta una gara informale, in con-

strativi, «*Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*», Varenna, Villa Monastero 18-20 settembre 1997, in *Dir. amm.*, 1998, 12.

¹⁶⁶ Corte di cassazione, sez. un., 15 aprile 1978, n. 1777, *S.r.l. Gita c. Barberio e Azienda Autonoma FF.SS.*, in *Giust. civ.*, 1978, I, 1472, dichiara il difetto assoluto di giurisdizione in quanto «non sono state fatte valere pretese in ordine alla responsabilità precontrattuale della p. a.» da cui emerge che la domanda di annullamento dell'atto di scelta del contraente comporta una maggiore tutela precontrattuale, proprio per la difficoltà della prova della responsabilità precontrattuale.

¹⁶⁷ Corte di cassazione, sez. un., 15 aprile 1978, n. 1777, *S.r.l. Gita c. Barberio e Azienda Autonoma FF.SS.*, cit.

¹⁶⁸ Anche il Consiglio di Stato riteneva la scelta della trattativa privata come scelta di merito attuata dall'amministrazione pubblica nel proprio interesse: Consiglio di Stato, 15 dicembre 1978, n. 1227, *Amministrazione provinciale di Perugia c. Società Automigliorgas e Regione Umbria*, cit.

trasto con l'orientamento del Consiglio di Stato che invece riteneva di poter sindacare gli atti precontrattuali.

Il *revirement* della Cassazione si realizza con le prime pronunce che non applicano più le norme di contabilità di Stato del 1923/24, cit., bensì le leggi di recepimento delle prime direttive comunitarie in materia di appalti pubblici di lavori¹⁶⁹. La trattativa privata era considerata eccezionale anche dalle citate norme di contabilità, ma la valutazione della «eccezionalità» del caso o dell'urgenza era lasciata alla più ampia e, di fatto, insindacata «discrezionalità» della stessa amministrazione. Al contrario, le norme di origine comunitaria eliminano ogni margine di «discrezionalità» nella scelta del «metodo» della trattativa privata, che è ammessa solamente in caso «di eccezioni di carattere oggettivo previste in modo specifico»¹⁷⁰; di conseguenza si riconosce che l'osservanza della nuova disciplina e la sussistenza delle oggettive ipotesi di deroga alle procedure concorsuali divengano oggetto di sindacato giurisdizionale amministrativo¹⁷¹.

Non si evidenzia il cambiamento di prospettiva introdotto dalla disciplina di origine europea poiché si ritiene che essa si inserisca nella medesima logica di protezione dell'interesse pubblico dell'amministrazione, con la conseguente possibilità

¹⁶⁹ L. 8 agosto 1977, n. 584, *Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità economica europea*. Norme che apportano «sostanziali modifiche»: Corte di cassazione, Sez. un., 15 gennaio 1983, n. 328, *Cons. Coswen c. Soc. Flakt it.*, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1124, e in *Arch. giur. oo. pp.*, 1983, II, 38. Da tale *revirement* giurisprudenziale trae spunto la ricostruzione di: G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato, I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986, 1 e s.

¹⁷⁰ Corte di cassazione, Sez. un., 15 gennaio 1983, n. 328, *Cons. Coswen c. Soc. Flakt it.*, cit. Cfr. R. RAMETTA, *La trattativa privata nel decreto legislativo 19 dicembre 1991, n. 406, di recepimento della direttiva comunitaria 89/440*, in *Riv. trim. appalti*, 1994, 35 e s.

¹⁷¹ V. *supra* par. 2.

di una «tutela giurisdizionale di particolari situazioni soggettive spettanti a coloro che dall'osservanza di quelle norme» (di azione) «potrebbero ricevere una particolare utilità»¹⁷².

Le norme europee hanno come unico effetto quello di indurre la Cassazione a mutare il precedente orientamento, riconoscendo l'esistenza anche nella trattativa privata di provvedimenti amministrativi¹⁷³ che non possono essere sottratti al sindacato di legittimità, poiché non risulta «*ictu oculi* la mancanza di una norma che tuteli astrattamente la posizione giuridica dedotta in giudizio»¹⁷⁴; il principio della libertà di forme nella trattativa privata non «vuol dire che la fase delle trattative sia giuridicamente irrilevante», ma in questo contesto si omette ogni riferimento alla responsabilità precontrattuale.

La tutela giurisdizionale amministrativa consente di soddisfare l'interesse all'indizione della gara pubblica, ma ha creato la convinzione che l'unica forma di tutela potesse essere la sospensione e l'annullamento dell'atto impugnato, con il conseguente sconcerto nel momento in cui la Comunità europea ha imposto che il soggetto leso a causa di una violazione delle

¹⁷² Corte di cassazione, sez. un., 15 gennaio 1983, n. 328, *Cons. Coswen c. Soc. Flakt it.*, cit.

¹⁷³ Vengono impugnati «provvedimenti di cui non si discute il carattere amministrativo, deducendone l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere»: Corte di cassazione, sez. un., 15 gennaio 1983, n. 328, *Cons. Coswen c. Soc. Flakt it.*, cit.

¹⁷⁴ Corte di cassazione, Sez. un., 15 gennaio 1983, n. 328, *Cons. Coswen c. Soc. Flakt it.*, cit. e Corte di cassazione, Sez. un., 22 novembre 1983, n. 6983, *Cons. Coswen c. Soc. Aerimpianti e Com. di Milano*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1984, I, 692, ove si afferma che l'imprenditore abilitato alle pubbliche gare di appalto e da queste escluso per l'affidamento di un'opera a trattativa privata è titolare di un autonomo interesse a ricorrere per ottenere l'annullamento giurisdizionale dell'affidamento medesimo; Corte di cassazione, 25 novembre 1983, n. 7073, *Reg. Marche c. Soc. Getel*, cit., 693, su cui cfr. G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., 4 e s.

norme disciplinanti gli appalti pubblici potesse ottenere il risarcimento del danno¹⁷⁵.

A quel punto, la soluzione più immediata è stata quella di ritenere che tale risarcimento del danno per violazione della disciplina comunitaria o nazionale di recepimento in materia di appalti pubblici introducesse un caso eccezionale di risarcibilità dell'interesse legittimo¹⁷⁶.

Tale conclusione pare determinata dalla mancata valutazione della nuova prospettiva della disciplina europea, rivolta all'apertura alla concorrenza dei mercati nazionali degli appalti pubblici, rispetto alla nostra precedente legislazione¹⁷⁷.

Le norme di origine europea vengono lette dalle Sezioni Unite come nuove «norme di azione» poste nell'interesse dell'amministrazione contraente e non, invece, come norme di relazione a garanzia della concorrenza.

Si è rilevato come tali norme si pongano in una prospettiva opposta rispetto a quelle interne che le hanno precedute,

¹⁷⁵ Art. 2, direttiva del Consiglio delle Comunità Europee del 21 dicembre 1989 (89/665/CEE), cit.

¹⁷⁶ Corte di cassazione, sez. un., 10 novembre 1993, n. 11077, *Com. di Milano c. F.lli Costanzo s.p.a.*, in *Foro it.*, 1994, I, 3138, con osservazioni di F. CIPRIANI e in *Resp. civ. e prev.*, 1994, con nota di R. CARANTA, *Illegittima esclusione di un concorrente da gara di appalto e responsabilità della stazione appaltante: le Sezioni Unite riconoscono la giurisdizione del giudice ordinario*. E. CASETTA, *Le trasformazioni del processo amministrativo*, relazione introduttiva al convegno su «Le trasformazioni del processo amministrativo in Europa. Fattori nazionali e comunitari», Torino 27 novembre 1998, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 689 e s., ove si ribadisce che la tutela dell'interesse legittimo «si esaurisce nel contesto della giurisdizione amministrativa», mentre altri interessi «meritevoli di tutela» possono essere individuati come protetti anche attraverso il risarcimento del danno.

¹⁷⁷ A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, relazione al 43° Convegno di studi amministrativi, «Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi», Varenna, Villa Monastero 18 - 20 settembre 1997, cit., 12.

poiché la tutela degli imprenditori privati e del mercato costituisce addirittura un limite alla possibilità per l'amministrazione di perseguire il proprio fine pubblico istituzionale¹⁷⁸: il limite dell'urgenza provocata dalla stessa pubblica amministrazione (che non consente il ricorso alla trattativa privata) può essere compreso solo ove l'ordinamento assuma il mercato e la concorrenza come protezione prioritaria, non invece dal punto di vista della pubblica amministrazione, che è un'istituzione che deve agire per la cura di interessi pubblici soprattutto in situazioni in cui questi siano in pericolo e vi sia urgenza di provvedere¹⁷⁹.

La giurisdizione ordinaria non coglie il riconoscimento di un «diritto soggettivo» a garanzia della concorrenza, che avrebbe potuto facilitare la configurazione di un'ipotesi di responsabilità precontrattuale¹⁸⁰.

La nuova prospettiva di tutela delle imprese introdotta dalle norme europee è stata invece ricondotta alle precedenti discussioni sull'interesse al ricorso¹⁸¹, con il riconoscimento della legittimazione ai titolari di precedenti rapporti contrattuali¹⁸²,

¹⁷⁸ A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, cit., 12 e s.

¹⁷⁹ R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990, 331-333.

¹⁸⁰ V. *infra* cap. V.

¹⁸¹ Cfr. R. FERRARA, *Art. 26*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di A. ROMANO, Padova, 1992, 318 e s.

¹⁸² Così Consiglio di Stato, Sezione V, 19 luglio 1989, n. 423, *Cons. Cosenza c. Com. Milano*, in *Riv. trim. appalti*, 1990, 497, con nota di C. CATURANI, *Brevi note in tema di trattativa privata ed interesse a ricorrere*. Cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, 8 febbraio 1994, n. 60, *S.p.a. Sordina c. U.S.S.L. n. 21 di Padova, S.p.a. Refina Shield*, in *Giur. it.*, 1994, III, I, 472; Consiglio di Stato, Sezione VI, 20 maggio 1995, n. 498, *Soc. Ferrovie dello Stato e a. c. Soc. Costruzioni Edili e Ferroviaris. Ventura e a.*, in *Cons. Stato*, 1995, 843, riconosce che la «legittimazione e l'interesse di terzi ad impugnare la determinazione dell'Amministrazione di stipulare un contratto a trattativa privata sussiste

e nella più recente evoluzione, anche ai terzi¹⁸³ non interpellati dalla pubblica amministrazione¹⁸⁴.

tutte le volte che essa incida, tra l'altro, su aspettative sorte in conseguenza di rapporti esistenti con l'Amministrazione medesima»; per l'ente Ferrovie dello Stato, trasformato in società per azioni, si ribadisce che in relazione alle procedure ad evidenza pubblica possono sussistere «lesioni di interessi legittimi tutelabili avanti alla giurisdizione amministrativa». Accoglie l'orientamento che amplia la legittimazione al ricorso indipendentemente da ogni riferimento alle norme comunitarie: Consiglio di Stato, Sezione VI, 19 maggio 1989, n. 661, *Giacomini c. Provveditorato Porto Venezia, Min. trasporti*, in *Cons. Stato*, 1989, 1428.

¹⁸³ V. *supra* par. 2 e cfr.: Corte di giustizia Ce, sentenza 10 marzo 1987, in causa 199/85, *Commissione Cee c. Repubblica italiana*, in *Riv. trim. appalti*, 1989, 99, con nota di G. MANCINI, ove la Corte dichiara l'inadempimento degli obblighi derivanti dalla direttiva 26 luglio 1971, n. 305, per la mancata pubblicazione di un bando di gara e l'affidamento dell'appalto mediante trattativa privata. In applicazione delle indicazioni comunitarie cfr. ad es.: T.a.r. Puglia, sez. II, 12 settembre 1995, 706, *Soc. Aet c. Ente auton. acqued. pugliese*, in *Foro amm.*, 1996, 1701, ove si afferma che in mancanza di atti di pubblicità di un procedimento di appalto a trattativa privata, il soggetto che non è stato posto in grado di partecipare alla gara, può impugnare direttamente l'atto con il quale l'amministrazione si sia determinata a concludere il contratto con procedura negoziata, piuttosto che con procedura aperta o ristretta.

¹⁸⁴ Si è ricordato *supra* par. 4, il riconoscimento anche in capo a terzi estranei alla trattativa di «un interesse strumentale volto ad ottenere l'annullamento e a far seguire l'indizione della gara pubblica» ricollegato ad un'evoluzione interpretativa (art. 41, 97 e 113 Cost.) e non direttamente alle norme europee: Consiglio di Stato, Sezione V, 22 marzo 1995, n. 454, *Consorzio sistema direzionale orientale e Com. di Roma c. Consorzio gruppo Roma capitale* in *Giornale di dir. amm.*, 1995, 1067, con commento di V. DOMENICHELLI. Appare significativa la pronuncia della Corte cost., 7 novembre 1995, n. 482, in *Cons. Stato*, 1995, II, 1927, ove in relazione alle limitazioni poste alla trattativa privata dalla legislazione nazionale concernente appalti di lavori che non raggiungono il valore corrispondente alla soglia di applicazione della normativa comunitaria, si afferma che «la norma nazionale che assicura in modo più elevato la concorrenza non determina una lesione del diritto comunitario, che consente, ma non impone, la trattativa privata». Cfr. altresì Consiglio di Stato, sez. II, 30 maggio 1994, n. 482, *Min. trasp.*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1994, 760, ove si afferma che dopo l'entrata in vigore della l. 11 feb-

L'estensione della legittimazione al ricorso risulta indipendente dall'applicazione delle norme di origine europea, alle quali si riconosce solamente l'effetto di integrare «in senso estensivo i principi e i criteri per l'individuazione dell'utilità strumentale», senza considerare che tale disciplina introduce una nuova prospettiva che trascende le questioni circa i limiti della legittimazione al ricorso amministrativo.

6. *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione come tutela successiva alla stipulazione del contratto. La prescrizione degli atti di approvazione del contratto: dall'eccesso di potere per inerzia della pubblica amministrazione alla responsabilità precontrattuale.*

Con l'introduzione dell'art. 1337 del codice civile del 1942¹⁸⁵ è stato fornito al giudice ordinario un nuovo strumento per sanzionare la scorrettezza precontrattuale tra le «parti», non esclusa tra queste la pubblica amministrazione¹⁸⁶.

braio 1994, n. 109, i pubblici appalti non possono essere affidati a trattativa privata se non nei casi e con le modalità stabiliti dall'art. 24 legge citata.

¹⁸⁵ Art. 1337, cod. civ.: «Le parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede».

¹⁸⁶ R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, 3° ed., Milano, 1955, 144 e s., il quale affronta la questione rilevando che di essa «non trovo traccia nella dottrina», e pur ammettendo la possibilità di responsabilità precontrattuale ex art. 1338 cod. civ. per invalidità del contratto, ritiene non ammissibile la responsabilità per scorrettezza della pubblica amministrazione nella conduzione delle trattative perché sindacare la correttezza del comportamento dell'amministrazione significherebbe sindacare «se l'organo amministrativo che ha condotto le trattative si sia condotto o meno da *corretto amministratore*: sindacato ovviamente inammissibile da parte del giudice ordinario, involgendo esso l'esame di questioni amministrative». Posizione superata da M. NIGRO, *L'amministrazione fra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, nota a Corte di cassazione, Sez. I, 9 gennaio 1961, n. 21, *Belli c. Chiappa, Nobacino*, in *Foro it.*, 1961, I, 462.

Si è rilevata la scarsa applicazione di questo principio nei rapporti tra privati per effetto dell'interpretazione che individua la responsabilità precontrattuale (art. 1337 cod. civ.) nella sola fase terminale delle trattative¹⁸⁷: interpretazione che pare in via di superamento sotto la spinta delle nuove esigenze poste dal mutamento dei rapporti tra privati¹⁸⁸. L'evoluzione degli studi civilisti non è stata ancora accolta dalla giurisprudenza neppure nei rapporti tra privati, quindi non può stupire se eguale trattamento è oggi applicato all'amministrazione pubblica, involgendo un unico atteggiamento critico dell'interpretazione della correttezza nelle trattative tra privati e della pubblica amministrazione.

In particolare si può affermare che, superata un'iniziale posizione di chiusura¹⁸⁹, si è giunti ad ammettere la responsabilità precontrattuale anche nei contratti della pubblica am-

¹⁸⁷ Si richiede infatti la sussistenza di un «legittimo affidamento nella conclusione del contratto» in analogia con la differente ipotesi di cui all'art. 1338 cod. civ. ove deve sussistere il legittimo affidamento nella validità del contratto stipulato: v. *supra* cap. I.

¹⁸⁸ Per nuovi strumenti a garanzia della correttezza nei rapporti tra privati: v. *supra* cap. II.

¹⁸⁹ Un'iniziale non chiara distinzione tra scelta discrezionale e comportamento corretto faceva ritenere che il sindacato sulla correttezza precontrattuale interferisse con l'esercizio dei poteri discrezionali della pubblica amministrazione nella conduzione delle trattative: cfr. per tutti: A. VELA, *Riflessi giurisprudenziali in tema di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, nota a Corte di cassazione, Sez. III, 8 maggio 1963, n. 1142, *Istituto naz. assicurazioni c. Società Cinema teatri costruzioni-Ci.te.co.*, in *Riv. giur. edil.*, 1963, I, 855, 866, il quale sulla base dell'affermata revocabilità *ad nutum* della deliberazione di contrattare ravvisa l'impossibilità di tutela dell'aspettativa del contraente privato e ritiene illegittimo attribuire efficacia giuridica autonoma alle trattative. Cfr.: Corte di cassazione, 20 aprile 1962, n. 792, in *Foro amm.*, 1962, II, 334; Corte di cassazione, 12 luglio 1951, n. 1912, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, III, 1, ove si sostiene che il potere discrezionale dell'amministrazione nel condurre le trattative consente il recesso ed esclude la configurabilità della *culpa in contrabendo*.

ministrazione¹⁹⁰, con l'implicito riconoscimento del diritto soggettivo alla correttezza precontrattuale.

La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione è circoscritta ai soli casi di trattativa privata con un unico soggetto, non invece nella gara informale poiché si accoglie una nozione restrittiva di «parti» e si nega normalmente che in tali casi possa sussistere un «legittimo affidamento nella

¹⁹⁰ Distingue l'autonomia negoziale e il dovere di correttezza della pubblica amministrazione rispetto alla discrezionalità amministrativa: M. S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Arbitrati e appalti*, 1962, 303, poi in *Scritti in onore di A. C. Jemolo*, Milano, 1963, vol. III, 263, ove si chiarisce che un problema di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione può porsi in termini particolari solo per quelle amministrazioni che debbono usare le norme della legge di contabilità pubblica, dunque per i contratti che egli definisce come «contratti ad evidenza pubblica». Cfr. altresì: M. G. PERINI, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Riv. amm.*, 1951, 449; A. DE TARANTO, *Questioni sulla responsabilità nascente da contratti comunali stipulati senza l'osservanza delle prescritte formalità*, in *Riv. amm.*, 1961, 1233; F. MASTROPIETRO, *La responsabilità ex art. 1337 c.c. nella fase di trattativa*, in *Il Corriere amm.*, 1965, 295; G. B. TUFFARELLI, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Cons. St.*, 1975, II, 598; O. DI PAOLA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *TAR*, 1982, II, 437; D. BORTOLOTTI, voce *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Dig. discipl. pubbl.*, Torino, 1989, vol. IV, 68; cfr. da ult. l'ampia rassegna di E. LIUZZO, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1995, 5 e s.; M. PROTTO, *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti*, Milano, 1997, 424. Per una più estesa prospettiva sul principio di buona fede: F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, 179 e s., ed in particolare 183-187, ove analizzate le ipotesi in cui la giurisprudenza ha ammesso la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione critica la dottrina che ritiene che «il principio di buona fede è applicabile sol perché si tratta di normali rapporti contrattuali privatistici in cui la pubblica amministrazione è una delle parti, mentre tutt'altro problema si porrebbe nei confronti di quelle fattispecie in cui l'amministrazione esercita la funzione in modo autoritativo».

conclusione del contratto»¹⁹¹ stante la facoltà di recesso della parte pubblica. L'effetto è quello di rinviare l'obbligo di correttezza alla fase successiva alla stipulazione, quando l'efficacia del contratto è condizionata all'emanazione di un ulteriore atto di approvazione. La responsabilità precontrattuale è così relegata alla fase successiva alla stipulazione del contratto¹⁹² sino al completamento del controllo pubblico sullo stesso, poiché l'obbligazione della parte pubblica è sottoposta alla condizione sospensiva dell'esito positivo del controllo stesso¹⁹³.

I casi che comunemente si ritiene abbiano per primi sanzionato la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione riguardano l'inerzia dell'amministrazione circa il compimento di atti dovuti, che si collocano in un momento successivo alla stipulazione del contratto¹⁹⁴. Si è ritenuto non

¹⁹¹ Proprio il riferimento al «legittimo affidamento nella conclusione del contratto» fonda uno degli argomenti che ha limitato la possibilità di configurare la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione in relazione alla facoltà di recedere dalle trattative per ragioni di interesse pubblico. V. *supra* cap. II.

¹⁹² Corte di cassazione, Sez. I, 23 maggio 1981, n. 3383, *Bellucci c. Ammin. difesa*, in *Giust. civ.*, 1981, I, 1921, afferma la responsabilità precontrattuale per il comportamento scorretto dell'amministrazione che non ha sottoposto il contratto al parere degli organi consultivi ed aveva preteso l'esecuzione anticipata rispetto all'approvazione del contratto. L'applicabilità del 1337 cod. civ. viene estesa ad una fase in cui il contratto è già perfetto secondo l'impostazione della sentenza, in quanto essendo inefficace il contratto non è ancora fonte di diritti e doveri reciproci di esecuzione, vincola esclusivamente il privato a non recedere: Corte di cassazione, Sez. I, 11 maggio 1990, n. 4051, *Bellucci e altri c. Ammin. difesa*, in *Foro it.*, 1991, I, 184, con nota di D. CARUSO, *Note in tema di danni precontrattuali*.

¹⁹³ Corte di cassazione, Sez. III, 9 agosto 1977, n. 3647, *Luparia c. Com. di Stresa*, in *Foro pad.*, 1977, I, 282, in cui si ammette la responsabilità precontrattuale per la mancata trasmissione del contratto stipulato al prefetto per il visto, che ha causato il successivo rifiuto di approvazione.

¹⁹⁴ Cfr.: Corte d'Appello di Torino, 7 dicembre 1950, *Canova c. Ministe-*

conforme «all'obbligo di probità di cui all'art. 1337»¹⁹⁵ cod. civ. il comportamento di inerzia della parte pubblica che, non avendo sottoposto tempestivamente il contratto al prescritto controllo, determina il successivo rifiuto di approvazione per sopravvenuta incongruità del prezzo¹⁹⁶.

ro difesa-esercito, e Tribunale di Torino, 7 dicembre 1950, *Chiadò Fiorio c. Ministero difesa-areonautica*, in *Foro it.*, 1951, I, 347, con nota di D. L. BIANCO, *Pubblica Amministrazione e responsabilità per «culpa in contrahendo»*, ove si afferma che il ritardo nella trasmissione del contratto all'organo di controllo integra la scorrettezza ed è fonte di risarcimento del danno.

¹⁹⁵ Corte di cassazione, sez. un., 21 agosto 1972, n. 2691, *Com. di Roma c. De Micheli Caprino*, in *Giur. it.*, 1973, I, I, 888, in cui il ritardo nella richiesta di approvazione del contratto aveva determinato un notevole aumento del prezzo dell'immobile a danno del privato aspirante acquirente. Si afferma inoltre «un particolare dovere di solerzia nell'espletamento di tutti gli incombeni necessari per il perfezionamento del contratto» e la riferibilità all'ente anche di comportamenti di organi diversi da quelli cui è demandata la stipulazione del contratto.

¹⁹⁶ Con interpretazione che ricorda quella del Consiglio di Stato che aveva in precedenza sindacato attraverso il vizio di eccesso di potere, in ragione dell'assenza di un preciso termine da rispettare nella sottoposizione del contratto al previsto controllo; così si è affermato che in seguito alla conclusione di una trattativa privata, il ritardo dell'amministrazione nell'invio del contratto per l'approvazione ministeriale determina un vizio di eccesso di potere: Consiglio di Stato, Sezione IV, 23 gennaio 1945, *Società Anonima Lenti-sco Affini c. Ministero della guerra*, in *Giur. it.*, 1945, III, 285, dove si afferma che per i contratti che non rientrano «nella disciplina del capitolato generale e non sono sottoposti a termine, l'abuso che l'amministrazione commette nel trascurare i provvedimenti di sua competenza oltre ogni ragionevole limite, ben può realizzare gli estremi dell'eccesso di potere, essendo la potestà di approvare o non approvare data in relazione alle finalità da raggiungere nel pubblico interesse, finalità che a lungo andare sarebbero compromesse da una condotta dell'amministrazione che fosse determinata da negligenza dei suoi funzionari o peggio ancora che fosse ispirata dal proposito di conseguire vantaggi in contrasto con le buone consuetudini o con le norme dell'equità e della giustizia». Peraltro nel caso di specie se ne esclude la sussistenza dando rilievo allo stato di guerra come causa perturbatrice delle normali regole di condotta.

Simili pronunce richiamano il problema della configurazione del rapporto giuridico tra amministrazione e contraente privato in attesa dell'«approvazione» finale, che ha dato luogo, nel tempo, a differenti ricostruzioni volte a rinviare l'assunzione del vincolo per la parte pubblica; ma, dal momento che la questione è indipendente dal metodo di scelta del contraente, essa verrà affrontata unitariamente¹⁹⁷.

¹⁹⁷ V. *infra* cap. IV, par. 6.

CAPITOLO QUARTO

LE TRATTATIVE FORMALIZZATE IN PUBBLICA GARA

SOMMARIO: 1. I pubblici incanti come attuazione del principio istituzionale di «moralità» della pubblica amministrazione e dell'«ordine pubblico». Legalità, pubblicità e parità di trattamento come limiti all'«arbitrio» degli amministratori pubblici. La pubblica amministrazione come «parte debole» nei rapporti contrattuali. Il recente riproporsi delle questioni nell'ordinamento europeo. — 2. L'instaurazione delle trattative con la pubblica amministrazione: pubblicazione del bando e presentazione delle offerte o domande di partecipazione. Il principio di correttezza nelle trattative dell'amministrazione pubblica non si esaurisce nell'«affidamento nella conclusione del contratto». La correttezza del recesso dell'amministrazione da ogni trattativa per ragioni di interesse pubblico. L'interpretazione restrittiva della nozione di «parte» che si afferma solo con la stipulazione del contratto. La tesi della mancanza di trattative conseguente alla definizione unilaterale delle clausole contrattuali. — 3. La qualificazione dei concorrenti come garanzia della corretta esecuzione della prestazione. Il potere «discrezionale» di esclusione dalle gare pubbliche e gli elenchi di imprese di fiducia come causa di discriminazione. Il mancato aggiornamento degli albi. I requisiti «europei» di capacità tecnica, economica, finanziaria e morale. Attestazioni e certificazioni di qualità come verifica delle capacità dell'impresa. La recente disciplina sulle società di attestazione. — 4. L'individuazione della migliore offerta in ragione di un «criterio di aggiudicazione». L'aggiudicazione al prezzo più basso. La correttezza del recesso dalle trattative con gli altri concorrenti. Ribassi eccessivi, tutela dei lavoratori e aggiudicazione ad un prezzo «equo». Ritorno al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso e riproposizione della questione dei ribassi eccessivi o anomali. Il difetto di professionalità dell'amministrazione nella verifica delle offerte anormalmente basse. Determinazione della soglia di anomalia e reintroduzione dell'esclusione automatica negli appalti privi di rilievo europeo. — 5. L'offerta economicamente più vantaggiosa e le difficoltà di un'oggettiva comparazione delle offerte. Limiti alla possibilità di pro-

porre varianti della prestazione da parte dei concorrenti. La disciplina dell'appalto concorso: questioni di conformità alle norme europee. Le commissioni giudicatrici: da «organo politico-amministrativo» a «organo tecnico». — 6. L'obbligazione contrattuale dell'amministrazione pubblica. La «specialità» delle norme di diritto amministrativo in mancanza di una disciplina sulla proposta irrevocabile nel codice civile. Le conseguenze dell'inosservanza delle norme speciali: dalla nullità relativa (annullabilità) del contratto al riconoscimento della responsabilità precontrattuale.

1. *I pubblici incanti come attuazione del principio istituzionale di «moralità» della pubblica amministrazione e dell'«ordine pubblico». Legalità, pubblicità e parità di trattamento come limiti all'«arbitrio» degli amministratori pubblici. La pubblica amministrazione come «parte debole» nei rapporti contrattuali. Il recente riproporsi delle questioni nell'ordinamento europeo.*

Dal secolo scorso la regola generale per l'attività contrattuale della pubblica amministrazione prevede che: «Tutti i contratti nell'interesse dello Stato avranno luogo a pubblici incanti»¹. Il termine «incanto» (*in-quantum*, a quanto) in ori-

¹ Così l'art. 24, l. 23 marzo 1853, n. 1483, (*legge Cavour*) cit. e nello stesso senso già l'art. 264 del *Decreto col quale S.M. provvede per l'amministrazione dei Comuni*, del 7 ottobre 1848, (Atti del Governo n. 807): «I contratti per vendite, locazione di beni, e rendite, e per l'esecuzione di opere d'ogni qualità, avranno luogo all'asta pubblica» e successivamente l'art. 123 della l. 23 ottobre 1859, n. 3702, *legge comunale e provinciale del Regno*; l'art. 128, comma primo, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. A, *Legge sull'Amministrazione comunale e provinciale*: «Le alienazioni, locazioni, gli appalti di cose ed opere il cui valore complessivo e giustificato oltrepassa le lire 500 si fanno all'asta pubblica colle forme stabilite per l'appalto delle opere dello Stato.»; art. 325, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F., *Legge sulle Opere pubbliche*: «Alla esecuzione dei lavori e delle somministrazioni si provvede per mezzo di contratti stipulati dal Ministero dei lavori pubblici o suoi delegati, o per economia, nei limiti e secondo le norme prescritte dalla legge sulla contabilità generale dello

gine non definiva il complesso delle operazioni volte alla scelta del contraente, ma in particolare le «sedute che si tengono dagli amministratori delegati, per la licitazione delle offerte nell'interesse del pubblico»².

È noto da tempo che i pubblici incanti non sempre assicurano il miglior risultato economico per la pubblica amministrazione, ma sono imposti come regola generale a garanzia dei principi istituzionali di «moralità» e di «ordine pubblico», che non possono essere compromessi dal sospetto che i contratti vengano affidati a titolo di favore³.

Stato»; l'art. 3 del r.d. 17 febbraio 1884, n. 2016, *Testo unico della legge sull'amministrazione e sulla contabilità generale dello Stato*; l'art. 38 del r.d. 4 maggio 1885, n. 3074, *Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*; art. 3 del r.d. 18 novembre n. 2240, *Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato* e art. 37, r.d. 23 maggio 1924, n. 827, *Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*. Cfr. M. VITA LEVI, *Della locazione di opere e più specialmente degli appalti*, vol. II, Torino 1876, 88, che indica come regola generale l'aggiudicazione a ribasso per concorso ai pubblici incanti qual garanzia «che esclude il sospetto di connivenza, parzialità e spreco di spesa».

² Come precisato in *Riv. amm.*, 1859, 390. Già il diritto romano prevedeva speciali forme per l'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici che comportavano la preparazione della formula del contratto (*lex censoria*), e l'asta pubblica (*licitatio*) oltre alle garanzie personali e reali (*praedia*). Sulla base delle *lex censoria* che costituiva una sorta di capitolato d'onere ove si definiva l'oggetto del contratto e le modalità del pagamento, mediante la gara si affidava il contratto a chi avesse offerto il prezzo più basso (*infima pretia*): M. VITA LEVI, *Appalto di opere e lavori, sì privati che pubblici*, Torino, 1884, (estratto dal Digesto italiano), 22 e s.

³ F. ROSTAGNO, *Contabilità di Stato, Corso teorico-pratico sull'attuale sistema contabile del Regno d'Italia*, cit., 53, che ricorda che «la regola fondamentale in un paese libero è di tenere come base il sistema dell'asta pubblica, poiché da esso può bensì talvolta derivare allo Stato un danno materiale, ma non mai quello morale assai più grave, quale sarebbe se non ammettendo la libera concorrenza per la concessione dei contratti, si insinuasse nella pubblica coscienza l'opinione che esse formano oggetto di concessioni di favore».

L'amministrazione contraente incontra evidenti difficoltà ad operare nel mercato, essendo la propria natura istituzionale opposta a quella di operatore economico⁴. La divergenza tra i fini delle amministrazioni pubbliche e le ragioni del mercato ne favorisce la configurazione come «parte debole» nei rapporti contrattuali⁵; per questo si è detto che le norme che disciplinano la scelta del contraente hanno, da sempre, perseguito anche l'obiettivo di tutelare gli interessi pubblici avverso la «scaltrezza e le speculazioni dei privati»⁶. Di fronte al «ceto degli appaltatori» la pubblica amministrazione è parte debole anche per la difficoltà di ottenere dai pubblici amministratori le «doti di oculatezza, di cura» nell'assunzione delle obbligazioni che essi avrebbero «nella gestione degli affari propri»⁷ e questo sia per la mancanza di interesse diretto e personale, sia «per le proporzioni infinitesime alle quali per i singoli amministratori si riducono i vantaggi ed i danni di una buona o cattiva amministrazione»⁸. Di qui la necessità di pre-

⁴ Mentre qualunque privato agisce prevalentemente in ragione della convenienza della domanda e dell'offerta, l'amministrazione può decidere di acquistare o vendere quando i privati sanno che non è conveniente, perché considera prevalente l'interesse pubblico ad acquisire ovvero a disfarsi di un determinato bene. Cfr. per un'analisi dei modelli economici delle procedure d'asta, come modalità di scambio adottate da soggetti privati, in particolare per la vendita di oggetti d'arte, di strumenti finanziari, di lotti di merci: L. PARISIO, *Meccanismi d'asta*, Roma, 1999, 11 e s.

⁵ Cfr. R. FERRARA, *La pubblica amministrazione fra autorità e consenso: dalla «specialità» amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia?*, in *Dir. amm.*, 1997, 260 e s.

⁶ Cfr. Consiglio di Stato, parere del 5 febbraio 1873, adottato, *Min. Guerra*, in *Riv. amm.*, 1874, 732, ove si esprime la consapevolezza di dover evitare che «il ceto degli appaltatori, sempre accortissimo» possa «dare le strette all'Amministrazione» nel farle accettare offerte sconvenienti.

⁷ Così Consiglio di Stato, parere del 10 luglio 1872, n. 1831-1002, dal Ministero adottato, in *Riv. amm.*, 1872, 600.

⁸ Così: C. ASTENGO, *Guida amministrativa, ossia commento della legge comunale e provinciale*, cit., 1253 e s., rileva come sia «duplice il criterio che

vedere che «gli appalti siano deliberati sotto gli occhi delle popolazioni e sotto lo stimolo della libertà degli incanti»⁹ e che i contratti che impegnano «la responsabilità civile o patrimoniale dello Stato» siano soggetti a controlli volti ad evitare «improvvide e dannose obbligazioni»¹⁰.

La scelta del contraente, libera nei rapporti tra privati, è sottoposta così a particolari «forme» per la pubblica amministrazione¹¹ e si giustifica il rigore con cui viene imposta l'os-

spirò il legislatore nel dettare questo articolo: uno morale, economico l'altro. Il primo è determinato dall'opinione generale (salvo lievi eccezioni confermate dal fatto) che gli enti morali siano peggiori amministratori dei privati, per la mancanza di quell'interesse diretto e personale da cui questi sono animati ed anche per le proporzioni infinitesime alle quali per i singoli amministratori si riducono i vantaggi ed i danni di una buona o cattiva amministrazione. Il criterio economico non è che l'attuazione pratica della felice formula dell'economista: se due operai corrono dietro ad un padrone, il loro salario sarà basso: sarà invece alto se due padroni corrono dietro ad un operaio».

⁹ M. VITA LEVI, *Della locazione di opere e più specialmente degli appalti*, vol. II, Torino 1876, 88, ove si afferma che «questo modo di aggiudicazione ha per base la *pubblicità* e la *libera concorrenza*, con che si garantiscono le amministrazioni non solo dall'abuso, ma anche dal sospetto, di cui l'idea si allontana quando gli appalti siano deliberati sotto gli occhi delle popolazioni e sotto lo stimolo della libertà degli incanti».

¹⁰ Corte di cassazione di Roma, 27 febbraio 1877, *Jorio c. Finanze dello Stato*, in *La Legge*, 1877, II, 167, v. *infra* par. 6. Sottolinea il problema della responsabilità in caso di stipulazione di contratti dannosi: G. GIORGI, nota a Corte di cassazione di Napoli, 6 aprile 1894, *Briscese, Com. di Sarno c. Mantella-Fancitano e Nebbia*, in *Foro. it.*, 1894, I, 1082.

¹¹ Consiglio di Stato, parere del 5 dicembre 1879, adottato, *Com. Fontechiari c. Pref. di Caserta*, in *Foro. it.*, 1880, III, 93, sull'annullamento dell'asta perché dal verbale non risultavano correttamente adempiute le formalità riguardanti l'accensione delle candele, il comune chiedeva che fosse annullato il decreto prefettizio, annullamento che sarebbe stato pronunciato anche a favore dell'aggiudicatario. Nel silenzio del verbale la formalità prevista deve presumersi omessa, né può ammettersi la prova testimoniale per dimostrarne l'adempimento; Consiglio di Stato, parere del 9 febbraio 1866, dal Ministero adottato, *G. Sanziano c. Pref. Alessandria*, in *Riv. amm.*, 1866, 553.

servanza delle «guarentigie»¹² previste in leggi, regolamenti, capitoli d'onori e bandi di gara¹³, a garanzia del rispetto dei principi di pubblicità, libera concorrenza e parità di trattamento¹⁴. Nelle decisioni di fine ottocento¹⁵ vi è piena consapevolezza che le «forme» previste per l'aggiudicazione dei contratti costituiscono «prescrizioni di ordine pubblico in quanto impegnano la fede pubblica»¹⁶ e sono «prescritte nel-

¹² Cfr. Materie Generali, *Degli effetti del mancato visto prefettizio nei contratti comunali*, in *Riv. amm.*, 1905, 3; Materie Generali, *Il contenuto contrattuale delle deliberazioni ed il visto*, in *Riv. amm.*, 1907, 321.

¹³ Infatti i capitoli generali d'onori oltre a contenere le condizioni da applicarsi indistintamente ad un determinato genere di lavoro, appalto o contratto disciplinano altresì «le forme da seguirsi per gli incanti o licitazioni»: art. 50, r.d. 4 maggio 1885, n. 3074, cit.

¹⁴ Il pubblico incanto deve essere retto dal «principio della perfetta uguaglianza di trattamento verso tutti i concorrenti e nella massima pubblicità»: Consiglio di Stato, Sezione IV, 30 giugno 1899, *Mengoni c. Ministero dei LL. PP.*, in *Giur. it.*, 1899, III, 298, riguardante gli incanti per l'appalto dei lavori da eseguirsi nel mare grande di Taranto. Si rileva che «ipotesi e presunzioni non potranno mai supplire all'inosservanza delle leggi e dei regolamenti»: Consiglio di Stato, parere del 7 ottobre 1877, in *La Legge*, 1877, II, 184, riguardante gli incanti per la locazione della palude Manna, nel comune di Paulilatino, ove accertata una violazione delle norme di pubblicità che garantiscono la concorrenza, viene negata la possibilità di mantenere il contratto.

¹⁵ Le pronunce del secolo scorso pubblicate in materia sono prevalentemente pareri del Consiglio di Stato su ricorso straordinario al Re e sentenze dell'autorità giudiziaria (fino al 1865 dei giudici del contenzioso amministrativo: Legge per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia, 20 marzo 1865, n. 2248, Allegato E, *Legge sul contenzioso amministrativo*) cui si affiancano successivamente le decisioni della IV sezione del Consiglio di Stato, con significativa coesistenza di decisioni che sindacano la fase precontrattuale.

¹⁶ Consiglio di Stato, parere del 30 agosto 1876, adottato, *Com. Campora*, in *Foro it.*, 1877, III, 1, dove si afferma che le prescrizioni sui termini per la presentazione delle offerte e sui luoghi in cui presentarle hanno carattere vincolato con la conseguenza che è senza effetto l'offerta per l'aumento del ventesimo presentata al prefetto e non nell'ufficio stabilito nell'avviso d'asta, entro il termine stabilito; Consiglio di Stato, parere del 27 novembre 1878,

l'interesse dell'ente e dell'ordine pubblico»¹⁷; «le solennità prescritte» sono considerate «tutte sostanziali e tutte debbono essere scrupolosamente osservate»¹⁸. Incertezze sorgono invece in ordine agli effetti delle relative violazioni: la sanzione per la violazione di tali «formalità» a tutela della «moralità» e dell'«ordine pubblico» era in origine la «nullità»¹⁹ degli incan-

adottato, *Com. Lecce c. Pref. Lecce*, in *Riv. amm.*, 1879, 355, concernete l'appalto deliberato ad A. Venturini per la manutenzione della strada da Lecce a Monteroni per sei anni, annullato per la mancanza della pubblicazione del manifesto con l'indicazione precisa della scadenza dei fatali. Certamente la rigorosa osservanza di tali prescrizioni garantisce l'interesse dei concorrenti che le hanno osservate: Consiglio di Stato, parere del 21 maggio 1878, adottato, *Cons. comunale di Lercara Friddi*, in *Foro it.*, 1879, III, 4, concernente gli incanti per la costruzione del cimitero. Si tratta di «particolari cautele, le quali possono avere una grande importanza nell'interesse delle pubbliche amministrazioni»: Consiglio di Stato, Sezione IV, 1 maggio 1896, *Scarlatta*, in *Foro it.*, 1896, 65, che annulla la gara per l'affidamento dell'appalto di lavori per la costruzione di una strada ed anche il visto prefettizio che non aveva rilevato il vizio concernente le pubblicazioni con la conseguenza che deve riconoscersi la «nullità degli atti d'asta» poiché «è viziato il procedimento nella origine e nel suo svolgimento»; Sezione IV del Consiglio di Stato, 6 dicembre 1901, *Zago c. Prefetto di Mantova e Com. di Marmiolo*, in *Riv. amm.*, 1902, 49, riguardante gli atti d'asta per un dazio.

¹⁷ Corte di cassazione di Torino, 2 dicembre 1910, *Ditta Gandolfo e Garelli c. Comune di Taggia*, in *Foro it.*, I, 513, ove si richiama l'art. 169, r.d. 4 maggio 1898, n. 164, cit.

¹⁸ Consiglio di Stato, Sezione IV, 30 giugno 1899, *Mengoni c. Ministero dei LL. PP.*, cit., dove l'esistenza di norme vincolanti il comportamento precontrattuale dell'amministrazione, consente al terzo che ha partecipato al primo incanto di ricorrere alla IV Sezione del Consiglio di Stato, indipendentemente dalla dimostrazione che la sua offerta avrebbe modificato a suo favore l'aggiudicazione definitiva della gara. L'esclusione del ricorrente dalla gara era stata legittimamente dichiarata in quanto la sua offerta non era accompagnata dai documenti prescritti. Invano il privato sostiene che tali documenti si trovano presso altra amministrazione e che proprio «per la negligenza della prefettura di Lecce egli si trovò nell'impossibilità di esibire all'incanto definitivo i documenti medesimi»

¹⁹ «Nullità» dichiarate dal Re, previo parere del Consiglio di Stato, dalla

ti, con sovrapposizione della disciplina della nullità degli atti amministrativi²⁰ e dei contratti²¹ e non pochi equivoci. La violazione di «forme» poste nell'interesse della pubblica ammini-

IV Sezione, ovvero dall'autorità giudiziaria. È significativo che si affermi il «diritto di partecipare agli incanti» che l'amministrazione ha il dovere di indire poiché tutti i contratti dello Stato debbano essere preceduti da pubblici incanti e la sola condizione imposta ai privati consiste nella dimostrazione della loro capacità con la conseguente nullità del provvedimento di esclusione diversamente giustificato e degli atti posteriori, fino all'aggiudicazione definitiva, per violazione di legge: Corte di cassazione, sez. un., 12 luglio 1898, *Schupfer c. Min. lavori pubblici*, in *Giur. it.*, 1898, I, I, 980, con nota di L. MORTARA. Il caso riguarda l'incanto per l'appalto delle opere e provviste per la costruzione del tronco Borgo a Mozzano-Bagni di Lucca della ferrovia Aulla-Lucca, ove il privato escluso da un pubblico incanto impugna il provvedimento amministrativo di esclusione avanti alla IV Sezione del Consiglio di Stato, ma la questione viene rinviata alle Sezioni Unite della Corte di cassazione per la definizione della «competenza», e la sentenza ritiene che nel caso di lesione di un diritto ad opera di un atto amministrativo si considera «assurda la possibilità di due giudizi indipendenti pel medesimo atto, sebbene con effetti diversi» con la conseguente prevalenza del ricorso all'autorità giudiziaria, v. *infra* cap. VII.

²⁰ «Sono nulle di pieno diritto le deliberazioni prese in adunanze illegali o sovra oggetti estranei alle attribuzioni del Consiglio o se si sono violate le disposizioni di legge»: art. 227 della legge comunale del 1865/all. A, cit.

²¹ Codice civile sardo del 1842, Libro III, Titolo IV, Capo V, Sezione VII, artt. 1395 e seguenti e art. 1204 che vi rinvia e del successivo codice civile del 1865, Libro III, Titolo IV, Capo III, Sezione VII, artt. 1300 e seguenti. Cfr. altresì Consiglio d'Intendenza d'Ivrea, parere 1 marzo 1850, in *Riv. amm.*, 1850, 295; Sentenza della R. Camera dei conti 22 agosto 1853, causa d'appellazione *Balduzzi e Ricci c. la Città di Voghera*, in *Riv. amm.*, 1854, 129, che la qualifica come nullità relativa, poiché con riferimento al codice civile precisa che «secondo i noti principi di giurisprudenza le nullità sono assolute se riguardano leggi che abbiano per iscopo l'interesse generale, ovvero relative se le medesime hanno per oggetto il solo interesse privato: nel primo caso, la nullità essendo radicale, può da chiunque opporsi; nel secondo però si possono soltanto invocare da coloro, a di cui favore furono introdotte». Cfr. in particolare: C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione, Capacità e legittimazione a contrattare*, Firenze, 1937, 78 e s.

strazione pareva determinare la nullità relativa ad esclusivo vantaggio della parte pubblica; tuttavia, per i valori tutelati, sembrava inaccettabile lasciare «senza rimedio od azione»²² i privati che avrebbero meritato l'aggiudicazione per il silenzio dell'amministrazione connivente o interessata²³.

L'orientamento prevalente giunge ad escludere la tutela «in via giudiziaria», poiché costituisce «insormontabile ostacolo» la considerazione che tali disposizioni sono poste nell'esclusivo interesse della parte pubblica²⁴ che, dunque, «ri-

²² Sentenza della Corte d'appello di Torino, 30 luglio 1869, nella causa Capé contro Ministero dei lavori pubblici e contro Geddo, in *Riv. amm.*, 1870, 239, ove il giudice ordinario richiama le norme regolamentari (art. 122, r.d. 4 settembre 1870, n. 5852, cit.) come limite «all'arbitrio» dell'amministrazione di negare l'approvazione ad un contratto regolare, affermando che il rifiuto per gravi motivi di interesse pubblico, non può fondarsi su considerazioni personali, né può ammettersi la validità di offerte tardive.

²³ M. VITA LEVI, *Della locazione di opere e più specialmente degli appalti*, cit., 96, che rileva che «concorre una ragione di moralità pubblica evidentissima» a riconoscere il diritto di agire del privato poiché «l'amministrazione rappresentata dalle autorità che procedono all'aggiudicazione è giusto che abbia un potere discrezionale nel scegliere, per così dire, gli imprenditori ammessi a concorrere; ma, una volta rimasta ferma la lista dei concorrenti e avute le loro sottomissioni, l'amministrazione deve aggiudicare l'impresa a colui che ha offerto il ribasso più forte tra quelli che adempirono alle condizioni prescritte. A questo punto cessa il suo limitato arbitrio (come ancor meglio diremo), e, se si fossero violate le norme di libertà e uguaglianza, non sarebbe tollerabile lasciare senza rimedio o azione, pel silenzio dell'amministrazione connivente o interessata, quelli che rimasero esclusi, mentre dovea l'aggiudicazione seguire in loro favore».

²⁴ Il contratto concluso in violazione delle formalità prescritte non «nullo assolutamente, ma soltanto annullabile nell'interesse del Comune, per non doversi rivolgere in danno dei Comuni le formalità stabilite in loro tutela e favore»: Consiglio di Stato, parere del 2 agosto 1870, dal Ministero adottato, *Com. di Piazzatorre*, in *Riv. amm.*, 1871, 20, dove rilevandosi che dalle informazioni assunte dal Governo presso il Prefetto della Provincia, emerge la convenienza del contratto e che le opposizioni al medesimo «partono da mire interessate», questo non deve essere annullato.

mane libera di invocare o meno la nullità verificatasi»²⁵. L'interpretazione ha marginalizzato il sindacato del giudice civile sull'applicazione di quelle regole, sottoponendo i privati alla possibilità della parte pubblica di scegliere se rilevare o meno la violazione commessa²⁶; aprendo così al sindacato amministrativo per l'annullamento d'ufficio che, inizialmente, si è affermato come valutazione dei risultati contrattuali ottenuti, giudicando direttamente della «convenienza amministrativa» del contratto stipulato malgrado la violazione²⁷. Dalla casistica

²⁵ M. VITA LEVI, *Appalto di opere e lavori, sì privati che pubblici*, Torino, 1884, (estratto dal Digesto italiano), 23, che sulla base di queste considerazioni crede «di dover recedere dall'esposto avviso» in ID., *Della locazione di opere e più specialmente degli appalti*, cit., 96, non senza rilevare che «della immoralità di certe connivenze tra le Amministrazioni e taluni aspiranti può certamente temersi e adontarsi, ma non è questa una ragione per cui cessi dall'essere vero che le formalità stabilite dalla legge speciale furono introdotte soltanto a favore dell'Amministrazione appaltante». Considera inammissibile invadere un campo riservato alla libertà di determinazione dell'azione amministrativa, nella fase di formazione del contratto in assenza di norme che lo consentano: Sentenza della Corte d'appello di Genova, 7 febbraio 1911, *Ditta Enriotti Giangrandi c. Com. di Sestri Levante*, in *Riv. amm.*, 1911, 830; Sentenza della Corte d'appello di Roma, 11 dicembre 1928, *Demanio dello Stato contro Taccheri ved. Riccardi, Staderini*, in *Foro. amm.*, 1929, II, 83.

²⁶ Con l'effetto di favorire l'assimilazione degli enti pubblici ai minori, che non possono obbligarsi se non con osservanza di tutte le «forme» previste dal momento che le forme previste concorrono alla «tutela per la quale i comuni sono assimilati ai minori e per cui non possono validamente obbligarsi senza le formalità tutte richieste dalla legge medesima a loro tutela»: Corte d'Appello di Napoli, 7 marzo 1906, *Russo c. Com. di Orsara*, in *Riv. amm.*, 1906, 564, dove il privato chiedeva il pagamento di lavori eseguiti in aggiunta a quelli assunti in appalto, domanda che il tribunale di Ariano aveva accolto; Corte di cassazione di Torino, 2 dicembre 1910, *Ditta Gandolfo e Garelli c. Comune di Taggia*, cit., 513.

²⁷ Il rispetto dei termini fra l'avviso d'asta e l'incanto è sanzionato come nullità relativa perché non esclude una valutazione di convenienza del contratto, infatti se l'aggiudicazione è già stata approvata ed eseguita si ritiene che possa essere mantenuta, e se il prefetto annulla l'aggiudicazione viziata per

è possibile rilevare interpretazioni ispirate al principio di buona fede a tutela di tutti i soggetti coinvolti nella selezione²⁸; una minima violazione di una regola formale può non avere conseguenze ove si accerti l'assenza di effetti discriminatori fra i concorrenti o sfavorevoli per la parte pubblica²⁹. Così, ad esempio, il rispetto dei termini fra l'avviso d'asta e l'incanto imposto a pena di nullità³⁰ non esclude che il Ministro, su conforme parere del Consiglio di Stato, mantenga il contratto, rilevando «la massima buona fede e (che) l'interesse del Comune apparisce sufficientemente tutelato»³¹.

inosservanza del termine dilatorio fra la pubblicazione degli avvisi e lo svolgimento della gara, il ministro, previo parere del Consiglio di Stato, revoca il decreto prefettizio e mantiene come valida l'avvenuta aggiudicazione: Consiglio di Stato, parere del 12 novembre 1872, n. 4572-2396, dal Ministero adottato, *R. Schips c. Pref. Teramo*, in *Riv. amm.*, 1873, 231, il caso riguarda l'alienazione ad enfiteusi di alcune terre in riva al mare del comune di Giulianova per favorire l'edificazione di case e stabilimenti balneari.

²⁸ Consiglio di Stato, parere del 31 agosto 1877, adottato, *Com. Barletta c. Pref. Bari*, in *Giur. it.*, II, 1878, 17.

²⁹ Così se l'irregolarità della pubblicazione consiste unicamente nell'abbreviamento di un giorno del termine dilatorio previsto per le pubblicazioni degli avvisi, il Consiglio di Stato valutando il buon ribasso ottenuto può sostenere che l'irregolarità non abbia avuto alcuna conseguenza contro lo scopo della legge: Consiglio di Stato, parere del 31 agosto 1877, adottato, *Com. Barletta c. Pref. Bari*, cit., contro l'annullamento degli atti d'incanto relativi alla sistemazione di strade ed altre opere pubbliche all'interno dell'abitato.

³⁰ In un caso di omissione di una delle prescritte pubblicazioni il prefetto annulla gli atti d'incanto ed il comune propone ricorso per la revoca del decreto prefettizio adducendo la propria buona fede, la convenienza del contratto e il danno che tale annullamento arrecherebbe data l'avvenuta consegna dei lavori, tuttavia il Consiglio di Stato riafferma la imprescindibilità della pubblicazione perché si persuade della implicita valutazione negativa della convenienza del contratto operata dal prefetto: Consiglio di Stato, parere del 7 gennaio 1887, n. 10-2, *Com. Montecorvino Pugliano c. Pref. Salerno*, in *Riv. amm.*, 1887, 400, riguardante l'asta per l'appalto della manutenzione della strada comunale dal Capoluogo alla nazionale delle Calabrie.

³¹ L'omissione della prescritta pubblicazione nel bollettino ufficiale

Si considerano irrilevanti le violazioni che non hanno impedito il raggiungimento dello scopo della norma violata³² e non hanno compromesso «la parità di condizioni fra i concorrenti»³³. Qualora le violazioni formali risultino in contrasto con gli indicati interessi, pare al Consiglio di Stato scorretto mantenere il contratto stipulato con un concorrente indebitamente favorito³⁴: ad esempio, l'omissione della pubblicazione

della provincia si ritiene compensata dall'abbondanza di altre pubblicazioni e avvisi anche spediti a parecchi privati appaltatori: Consiglio di Stato, parere del 4 febbraio 1887, n. 424-118, *Com. Cinto Euganeo*, in *Riv. amm.*, 1887, 639. Se l'aggiudicazione è già stata approvata ed eseguita e non vi è un interesse alla caducazione, si ritiene che possa essere mantenuta, così se il prefetto annulla l'aggiudicazione viziata per inosservanza del termine dilatorio fra la pubblicazione degli avvisi e lo svolgimento della gara, il ministro, previo parere del Consiglio di Stato, revoca il decreto prefettizio e mantiene come valida l'avvenuta aggiudicazione: Consiglio di Stato, parere del 12 novembre 1872, n. 4572-2396, dal Ministero adottato, *R. Schips c. Pref. Teramo*, cit.

³² La mancata pubblicazione degli avvisi per l'aumento del ventesimo quando il termine era già chiaramente indicato negli avvisi d'asta non può determinare la nullità degli incanti per il solo fatto che il consiglio comunale lamenta la mancanza della concorrenza sperata. La deputazione provinciale infatti approva gli atti di incanto, non trovando motivo per annullarli contro i diritti acquisiti del deliberatario ed anche il Consiglio di Stato conferma tale decisione: Consiglio di Stato, parere del 22 marzo 1873, dal Ministero adottato, *Com. Laurito c. Dep. prov. Salerno*, in *Riv. amm.*, 1873, 444, si trattava della vendita di due fondi comunali.

³³ Consiglio di Stato, parere del 2 marzo 1866, dal Ministero adottato, in *Riv. amm.*, 1866, 562.

³⁴ Così nel caso in cui i termini siano stati notevolmente ridotti, in contrasto con le prescrizioni normative, non merita tutela l'affidamento suscitato nell'aggiudicatario che ha profittato della minore concorrenza: Consiglio di Stato, parere del 2 gennaio 1878, *P. Berardi c. Pref. Perugia*, in *La Legge*, 1878, II, 147, ove si riscontrarono vizi tali da consigliare l'annullamento sia del decreto del Prefetto che annullava gli atti d'asta, sia gli atti d'asta stessi. Si sanziona altresì la limitazione della concorrenza causata dalla riduzione dei termini dilatori: Consiglio di Stato, parere del 2 gennaio 1878, *P. Berardi c. Pref.*

ne del bando, soprattutto quando il valore del contratto è elevato, non può consentire una valutazione postuma sulla convenienza dello stesso³⁵.

La tutela prioritaria della legalità³⁶ (osservanza delle «formalità previste») e dei «diritti» delle parti interessate³⁷ si rileva quando si pronuncia la nullità degli incanti anche in contrasto con l'interesse economico dell'amministrazione contraente³⁸, secondo un orientamento non generalmente condi-

Perugia, in *La Legge*, 1878, II, 147, riguardante gli incanti per la locazione di un bosco di proprietà dell'ospedale di Torri Sabina.

³⁵ Consiglio di Stato, parere del 7 ottobre 1877, in *La Legge*, 1877, II, 184, che afferma la nullità «insanabile» del contratto.

³⁶ Art. 6 dello Statuto fondamentale del Regno, del 4 marzo 1848: «il Re non può né sospendere la legge, né dispensare dall'osservanza di essa», e non può neppure «render valido e legittimo un atto che la legge colpisce di nullità radicale»: Consiglio di Stato, parere 23 aprile 1851, in *Riv. amm.*, 1851, 362, che ritiene nulla e come non avvenuta l'offerta presentata ad un incanto da parte di un consigliere o amministratore senza la previa autorizzazione dell'autorità competente, in base all'art. 1603 cod. civ. sardo (che stabilisce il divieto per gli amministratori pubblici di presentare offerte agli incanti per l'acquisto di beni dei comuni). L'incanto non viene considerato integralmente nullo ed il migliore offerente dopo il soggetto escluso viene dichiarato aggiudicatario. C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione, Capacità e legittimazione a contrattare*, cit., 78 e s.

³⁷ Così non può essere accettata un'offerta di ribasso del ventesimo presentata anche solo pochi minuti dopo lo scoccare del termine fissato e a nulla vale l'affermazione del sindaco che sostiene di aver ricevuto l'offerta in tempo, perché l'unica valida è l'offerta formale presentata nei luoghi stabiliti: Consiglio di Stato, parere del 21 maggio 1878, adottato, *Cons. comunale di Lercara Friddi*, cit.

³⁸ La nullità deve pronunciarsi «non solo in omaggio alla legge, ma ancora a tutela dei diritti della parte interessata che li ha denunciati al Governo del Re»: Consiglio di Stato, pareri del 23 luglio 1881, n. 3130-811, *D. Migliorati c. Com. Corropoli*, in *Riv. amm.*, 1882, 175, riguardante gli incanti per l'appalto dei dazi di consumo aggiudicato a G. Rotini in violazione delle norme sui termini successivi all'aumento del ventesimo del Migliorati, aggiudicazione che il prefetto di Teramo cercava illegalmente di mantenere.

viso³⁹ in quanto supera la concezione dell'osservanza delle formalità previste ad esclusivo vantaggio di parte pubblica.

A tali interventi si aggiunge dal 1889 quello della la IV Sezione del Consiglio di Stato, che pare conciliare le indicate esigenze di tutela dell'amministrazione e dei privati coinvolti ammettendo che il ricorrente si presenti «non come vindice del pubblico interesse o della legalità in genere, ma come direttamente e individualmente interessato contro il provvedimento amministrativo»⁴⁰, cioè con l'obbiettivo (ultimo) di ottenere l'aggiudicazione del contratto. Nello stesso tempo, la IV Sezione salvaguarda la «moralità» dell'amministrazione pubblica, la quale deve garantire «di fronte alla generalità, la correttezza e la regolarità del provvedimento»⁴¹, evitando che

³⁹ Critico: M. VITA LEVI, *Appalto di opere e lavori, sì privati che pubblici*, cit., 23, «postoché si tratta di nullità relativa e tutta nell'interesse del Comune non riusciamo a comprendere come si invocino i diritti di altri interessati, e si miri ad annullamento di risultati che già soddisfano ampiamente gl'interessi del Comune stesso».

⁴⁰ Consiglio di Stato, Sezione IV, 13 novembre 1896, *Cascone c. Ministero della marina*, in *Riv. amm.*, 1897, 148, riguardante gli incanti per la concessione temporanea della spiaggia di Porzano, ove era stata apportata una modificazione del capitolato a vantaggio dell'aggiudicatario che vanificava il confronto concorrenziale poiché l'interessato avrebbe migliorato la sua offerta se avesse conosciuto «la possibilità di conseguire quel vantaggio». Infatti la modificazione del termine di decorrenza del contratto, attuata senza il parere del Consiglio di Stato, integra una violazione di legge (Art. 15, r.d. 17 febbraio 1884, n. 2016, cit.: «Quando un contratto, pel quale fosse stato sentito il Consiglio di Stato, si vuole rescindere o variare per causa in quel contratto non preveduta, è necessario l'avviso dello stesso Consiglio») che rende illegittimi gli atti compiuti. Nella stipulazione del contratto era stata introdotta una variante essenziale del termine di decorrenza della concessione ventennale fissato nel capitolato.

⁴¹ Consiglio di Stato, IV Sezione, 12 gennaio 1927, *Mazzei c. Min. delle Finanze e Ramirez e Marra*, in *Foro amm.*, 1927, I, 139, sull'impugnazione del diniego di approvazione del contratto per l'appalto novennale della rivendita

«il più piccolo dubbio» possa «ingenerarsi nell'animo dei partecipanti alla gara sulla correttezza del provvedimento»⁴², ricordando ancora una volta che l'effettività dell'istituzione è prevalente su ogni valutazione di convenienza alla conclusione del singolo contratto.

L'esistenza di una articolata disciplina che impone l'emanazione di numerosi atti giuridici (deliberazioni, pareri, verbali per lo svolgimento della gara e per il confronto tra le offerte) ha determinato il sorgere di un vasto contenzioso, con effetti di tutela per i concorrenti già ai tempi in cui la fase precontrattuale era considerata giuridicamente irrilevante nella disciplina civile dei rapporti tra privati.

L'analisi delle vicende precontrattuali di oltre un secolo appare di interesse, poiché si rivela una significativa consonanza tra obbiettivi dello Stato nazionale di metà Ottocento e ordinamento europeo: allora come oggi, il corretto (e morale) impiego delle risorse appare necessario all'affermarsi di un'istituzione, per creare nei cittadini la fiducia necessaria, evitando anzitutto la corruzione e l'«immoralità» delle amministrazioni pubbliche⁴³.

Anche per l'Unione europea la concorrenza è un mezzo a servizio della crescita economica e del benessere dei cittadi-

di generi di privativa, fondato sull'inadempimento della formalità della lettura delle offerte.

⁴² Consiglio di Stato, IV Sezione, 12 gennaio 1927, *Mazzei c. Min. delle Finanze e Ramirez e Marra*, cit., 139, ove si ritiene essenziale la verbalizzazione dell'ordine e dell'adempimento delle varie operazioni prescritte.

⁴³ Comunicazione adottata dalla Commissione europea l'11 marzo 1998, COM (98)143, *Gli appalti pubblici nell'Unione europea*, 1, ove si ricorda che l'apertura del mercato degli appalti pubblici è strumento per frenare l'inefficienza della spesa pubblica, per la prevenzione della corruzione e dare «ai contribuenti la certezza di un corretto investimento del loro denaro e rafforzare così la fiducia del pubblico in coloro che li governano».

ni⁴⁴: la sua tutela è particolarmente accentuata proprio per la necessità di abbattere le barriere e creare un mercato unico, che costituisce il presupposto per il raggiungimento degli indicati obiettivi. Le difficoltà rilevate nell'attuazione di tali obiettivi inducono ad ideare strumenti giuridici idonei a garantire l'effettiva applicazione delle direttive rivolte agli stati membri: si prevedono ricorsi per la correzione della procedura ed il risarcimento del danno per la violazione delle direttive stesse; si favoriscono anche i reclami degli interessati e l'intervento d'ufficio della Commissione europea qualora sia venuta a conoscenza di violazioni anche dai *media*⁴⁵, con un percorso che ricorda quello avviato con le «mere denunce» rivolte al Consiglio di Stato.

⁴⁴ Comunicazione adottata dalla Commissione europea l'11 marzo 1998, *Gli appalti pubblici nell'Unione europea*, cit., ove si evidenzia la grande importanza economica del mercato degli appalti pubblici e quindi decide di perseguire la politica della concorrenza per garantire un'allocazione efficiente delle risorse, migliorare la qualità dei servizi pubblici e stimolare la crescita economica, la competitività e la creazione di nuovi posti di lavoro. La tutela della concorrenza tra operatori interessati al mercato degli appalti pubblici è strumento per raggiungere tali obiettivi.

⁴⁵ La Commissione accorderà speciale importanza agli inadempimenti particolarmente gravi di cui le sia data conoscenza con qualsiasi mezzo, ivi compresi i *media*; in simili casi prenderà l'iniziativa di avviare la procedura ex articolo 169 del Trattato Ce, ora 226 CE. Per rispondere alla critica di agire in funzione dei reclami che le vengono presentati la Commissione si impegna a seguire un'impostazione più orizzontale, più attiva e meno reattiva, anche cercando di prevenire inadempimenti rafforzando la cooperazione con gli Stati membri, per esempio quando questi preparano degli eventi importanti o quando pianificano grandi progetti di infrastrutture che presentino un particolare interesse dal punto di vista degli appalti pubblici: Comunicazione adottata dalla Commissione europea l'11 marzo 1998, *Gli appalti pubblici nell'Unione europea*, cit., 2.2.2.

2. *L'instaurazione delle trattative con la pubblica amministrazione: pubblicazione del bando e presentazione delle offerte o domande di partecipazione. Il principio di correttezza nelle trattative dell'amministrazione pubblica non si esaurisce nell'«affidamento nella conclusione del contratto». La correttezza del recesso dell'amministrazione da ogni trattativa per ragioni di interesse pubblico. L'interpretazione restrittiva della nozione di «parte» che si afferma solo con la stipulazione del contratto. La tesi della mancanza di trattative conseguente alla definizione unilaterale delle clausole contrattuali.*

La pubblicazione di un bando di gara manifesta al pubblico la volontà della pubblica amministrazione di stipulare un determinato contratto e permette di individuare i soggetti interessati tra i quali scegliere la controparte nel rispetto del principio di parità di trattamento. Da tempo si è riscontrato che un'adeguata pubblicità costituisce presupposto indispensabile per l'imparzialità della scelta del contraente, dal momento che favorire la partecipazione di un ampio numero di concorrenti non solo consente la scelta dell'offerta migliore, ma rende anche più difficoltosi e meno probabili gli accordi fra i concorrenti per lucrare un prezzo superiore a quello di mercato. A tal fine sono state poste le disposizioni che nei diversi periodi storici individuano gli strumenti di pubblicità più idonei a diffondere le informazioni sull'oggetto del contratto e sulle modalità di partecipazione alla gara pubblica⁴⁶.

⁴⁶ In base all'art. 75, r.d. 4 maggio 1885, n. 3074, cit., l'avviso d'asta doveva contenere: l'oggetto dell'asta, la qualità e i prezzi parziali o totali, secondo la natura dell'oggetto, il termine per il compimento se si tratta di lavori, per la consegna se si tratta di forniture, per il pagamento in caso di vendite o affitti, l'indicazione degli uffici presso i quali consultare le condizioni d'appalto; dovevano essere indicati i documenti comprovanti la capacità e le condizioni necessarie per essere ammessi, insieme al deposito da eseguire a favore

I mezzi ritenuti idonei sono stati dapprima l'affissione degli avvisi d'asta («tilette d'incanto») nei comuni interessati e nei capoluoghi di provincia, la pubblicazione su bollettini e giornali e soprattutto sulla Gazzetta Ufficiale del Regno⁴⁷. Oggi prevale la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana⁴⁸ e nei giornali a diffusione nazionale, nel

dell'amministrazione come garanzia della serietà dell'offerta. Doveva inoltre essere specificato il «metodo» che si seguirà negli incanti, se ad estinzione di candela, «a partiti segreti» o con pubblico banditore. «Le forme da seguirsi per gli incanti o licitazioni» erano ulteriormente specificate nei capitoli generali d'onere ove si individuavano «la natura e l'importanza delle guarentigie che i concorrenti devono produrre per essere ammessi agli incanti, e per assicurare l'adempimento dei loro impegni»: art. 50, r.d. 4 maggio 1885, n. 3074, cit. Cfr per la disciplina vigente ad es. l'allegato D, del d.lg. 9 dicembre 1991, n. 406, *Attuazione della direttiva 89/440/CEE in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*, che impone alcune specificazioni ulteriori circa il criterio di aggiudicazione prescelto nell'alternativa oggi limitata fra il prezzo più basso e l'offerta economicamente più vantaggiosa, chi è ammesso ad assistere all'apertura dei plichi contenenti le offerte, nonché data, ora e luogo di detta apertura, il periodo decorso il quale gli offerenti hanno facoltà di svincolarsi dalla propria offerta, oltre alla data di invio all'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee. Cfr. F. MENSÌ, *Appalti, servizi pubblici e concessioni*, Padova, 1999, 166 e s.

⁴⁷ Artt. 82 e 98, r.d. 4 settembre 1870, n. 5852, cit. e l'art. 76 del r.d. 4 maggio 1885, n. 3074, cit. Le affissioni dovranno eseguirsi nei comuni dove si trovano i beni o debba svolgersi il servizio o i lavori, se il valore raggiunge le lire 8.000 mediante pubblicazione almeno quindici giorni prima della gara nel bollettino ufficiale della provincia, se il valore raggiunge le lire 40.000 almeno sedici giorni prima del giorno fissato per l'incanto, nella Gazzetta ufficiale del Regno.

⁴⁸ Cfr. art. 7, commi I e II, l. 2 febbraio 1973, n. 14, *Norme sui procedimenti di gara negli appalti di opere pubbliche mediante licitazione privata*, «Quando si procede all'appalto delle opere di cui al precedente art. 1 mediante licitazione privata, l'ente appaltante dà preventivo avviso della gara. L'avviso è pubblicato sul foglio delle inserzioni della Gazzetta Ufficiale della Repubblica, se l'importo dei lavori da appaltare sia almeno pari ad un miliardo e duecento milioni di lire, e sul bollettino ufficiale della regione nella quale ha sede la stazione appaltante, se il predetto importo sia inferiore ad un mi-

bollettino regionale, nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee per gli appalti di importo sopra la «soglia» di applicazione delle norme europee⁴⁹; tra non molto, prevarrà la pubblicazione nella rete telematica⁵⁰. L'ordinamento europeo

liardo e duecento milioni di lire, nonché in ogni caso, per estratto, sui principali quotidiani e su almeno due dei quotidiani aventi particolare diffusione nella regione ove ha sede la stazione appaltante», richiamato dall'art. 12 comma VII, del d.lg. 406 del 1991, cit.

⁴⁹ Anche oggi la pubblicità viene intensificata proporzionalmente al valore del contratto.

⁵⁰ Comunicazione adottata dalla Commissione europea dell'11 marzo 1998, *Gli appalti pubblici nell'Unione europea*, cit., 3.2 e 2.2.7, ove si afferma che «per assicurare la trasparenza, i servizi della Commissione procederanno ad una più ampia utilizzazione dei nuovi mezzi elettronici, in particolare dell'Internet. Essa offrirà così accesso ad un numero di informazioni molto più importante di quello attualmente disponibile nella Gazzetta ufficiale e nella base dati TED. Essa consentirà, in particolare, di consultare su Internet i capitolati d'onere o addirittura di stamparli direttamente, al fine di permettere ai fornitori interessati di ottenere immediatamente tali documenti». In tale direzione nel nostro ordinamento si veda la disciplina dettata dalla l. 23 dicembre 1999, n. 488, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2000)*, art. 26 e s., che per l'acquisto di beni e servizi ha previsto la stipulazione da parte del Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica (anche avvalendosi di società di consulenza specializzate) di «convenzioni con le quali l'impresa prescelta si impegna ad accettare, sino a concorrenza della quantità massima complessiva stabilita dalla convenzione ed ai prezzi e condizioni ivi previsti, ordinativi di fornitura deliberati dalle amministrazioni dello Stato», sempre «nel rispetto della vigente normativa in materia di scelta del contraente». L'adozione di tali convenzioni è obbligatoria per le amministrazioni centrali e periferiche dello Stato, mentre le «restanti pubbliche amministrazioni hanno facoltà di aderire alle convenzioni stesse, ovvero devono utilizzarne i parametri di qualità e di prezzo per l'acquisto di beni comparabili con quelli oggetto di convenzionamento». Le relazioni annuali riguardanti «i risultati, in termini di riduzione di spesa, conseguiti attraverso l'attuazione della norma in esame «sono rese disponibili sui siti Internet di ciascuna amministrazione». In attuazione di tale previsione con il Decreto 24 febbraio 2000, il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, ha disposto di avvalersi «dell'organismo

ha imposto di intensificare la pubblicità non solo ampliando l'ambito territoriale ove diffondere le informazioni, ma anche estendendo l'obbligo delle pubblicazioni alle gare mediante licitazione privata, nonché a taluni casi di trattativa privata⁵¹.

Il rispetto di termini dilatori tra la pubblicazione ed il momento della gara garantisce l'efficacia delle pubblicazioni poiché solo la previsione di un congruo arco di tempo per la diffusione della notizia e per la valutazione dell'opportunità di presentare un'offerta o di chiedere di essere invitati può consentire alle imprese di svolgere una seria e ponderata, dunque efficace, concorrenza. Le norme europee hanno esteso i termini dilatori sino a cinquantadue giorni⁵², ma consentono di

a struttura societaria denominato Concessionaria Servizi Informatici Pubblici - CONSIP S.p.A. la quale per l'effetto ed a tal fine assume espressamente la funzione di amministrazione aggiudicatrice ai sensi della normativa vigente», affidandogli il compito di stipulare le convenzioni (accordi-quadro), di cui al citato art. 26; a tal fine si richiede di «utilizzare, sia in fase preventiva che nella gestione delle convenzioni e dei contratti quadro come sopra stipulati, strumenti idonei alla realizzazione del monitoraggio dei consumi ed al controllo della spesa necessariamente con l'uso di nuove tecnologie e soluzioni organizzative innovative e segnatamente attraverso strumenti di "Information Technology" quali ad esempio la raccolta e l'elaborazione dei dati sugli effettivi fabbisogni, sui reali consumi e sui relativi costi, nonché acquisti elettronici da rendere disponibili in ogni forma a tutte le pubbliche amministrazioni»; anche *Il sole24ore* del 28 marzo 2000, 25, annuncia che l'impegno comune della Funzione pubblica e del Tesoro consentirà entro l'anno la gestione su internet di una parte degli appalti pubblici di forniture per giungere successivamente ad un'asta elettronica permanente.

⁵¹ G. CASTRONOVO, *Appalti pubblici: necessaria una maggiore pubblicità dei bandi di gara per renderli più trasparenti*, in *Ammin. it.*, 1995, 10.

⁵² Art. 12, comma I, dir. 93/37/CEE, cit.: «Nelle procedure aperte, il termine di ricezione delle offerte, stabilito dalle amministrazioni aggiudicatrici, non può essere inferiore a cinquantadue giorni a decorrere dalla data di spedizione del bando di gara». Nelle procedure ristrette il termine dilatorio è di trentasette giorni dalla spedizione del bando di gara e di quaranta dall'invio dell'invito a presentare l'offerta. Oggi l'urgenza imputabile alla pubblica amministrazione non consente più di derogare alle procedure concorsuali, ma

ridurli ove si sia provveduto alla pubblicazione dell'avviso di «preinformazione»⁵³, che, contenendo la programmazione degli appalti futuri, consente agli operatori di organizzare per tempo la partecipazione alle gare pubbliche.

Si riconosce che il bando di gara costituisce un invito ad offrire⁵⁴ rivolto al pubblico, sicché spetta agli imprenditori presentare la proposta che l'amministrazione si riserva di accettare⁵⁵; la presentazione dell'offerta nei termini perentori

può giustificare una riduzione dei termini della licitazione privata fino a quindici giorni dalla spedizione del bando e dieci giorni dalla lettera di invito: art. 14, dir. 93/37/CEE, cit. Cfr. precedentemente la l. 2 febbraio 1973, n. 14, *Norme sui procedimenti di gara negli appalti di opere pubbliche mediante licitazione privata*, art. 7, lett. d) che prevedeva: «l'indicazione di un termine non inferiore a 10 giorni dalla pubblicazione della notizia, entro il quale gli interessati possono chiedere di essere invitati alla gara. La richiesta di invito non vincola l'Amministrazione. Gli inviti debbono essere diramati entro centoventi giorni dalla pubblicazione dell'avviso. Scaduto tale termine, l'ente è tenuto a rinnovare la procedura di pubblicazione». In passato per gli incanti era previsto un termine dilatorio di quindici giorni fra la pubblicazione degli avvisi e l'inizio della gara con la facoltà eccezionale di ridurlo anche fino a cinque giorni, «quando l'interesse del servizio lo richiegga»: art. 80 del Regolamento sulla contabilità generale 4 settembre 1870, n. 5852; Art. 74 del r.d. 4 maggio 1885, n. 3074, *Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*, solamente con l'autorizzazione del ministro o del consiglio comunale: Consiglio di Stato, parere del 14 settembre 1875, adottato, *Com. Monticelli d'Ongina*, in *Riv. amm.*, 1875, 817.

⁵³ Art. 11, comma I, dir. 93/37/CEE, cit.: «Le amministrazioni aggiudicatrici rendono note, mediante un avviso indicativo, le caratteristiche essenziali degli appalti di lavori che intendono attribuire ed i cui importi eguagliano o superano la soglia indicata all'articolo 6, paragrafo 1» e allegato IV, A.

⁵⁴ Così G. SEGRÉ, *Sulla responsabilità precontrattuale e sui punti riservati*, in *Riv. del dir. comm.*, 1925, II, 637, afferma che l'asta pubblica inizia con un invito a proporre che vincola all'accettazione della proposta migliore entro certi limiti e condizioni, e si esclude che costituisca una promessa al pubblico immediatamente obbligatoria per l'amministrazione.

⁵⁵ Afferma la legittimità della revoca dell'avviso d'asta anteriormente alla presentazione dell'offerta da parte del privato, in quanto «un avviso d'asta

indicati nel bando fa sorgere un rapporto giuridico fra aspiranti contraenti privati e pubblica amministrazione volto alla stipulazione del contratto posto in gara.

Al rapporto così instaurato non pare possa negarsi la qualificazione di «trattativa», che, come ricordato⁵⁶, non comporta alcun diritto al contratto, dal momento che fino alla stipulazione è possibile il recesso. Ciascun concorrente conosce «le regole del gioco» e vi partecipa consapevole che la propria offerta sarà accettata solamente ove risulti migliore delle altre in relazione al criterio di aggiudicazione indicato nel bando di gara.

Nelle gare pubbliche si instaurano «trattative parallele» tutte volte alla stipulazione del medesimo contratto; l'accettazione di un'offerta importa necessariamente il rigetto delle altre, con la conseguenza che la costituzione del rapporto giuridico precontrattuale non può strutturalmente determinare alcuna certezza dei proponenti sulla conclusione del contratto stesso.

Nell'asta pubblica le trattative tra concorrenti e parte pubblica raggiungono immediatamente uno stadio particolarmente avanzato, dal momento che con l'offerta ciascun concorrente assume l'obbligazione di eseguire la prestazione definitiva nel bando e nei capitolati⁵⁷ alle condizioni ivi previste, in-

non concretizza un'offerta di contratto: esso rappresenta soltanto un invito ad offrire», «essendo l'avviso diretto, appunto, a provocare dai singoli l'offerta messa in gara, mentre l'accettazione, ossia l'atto conclusivo del contratto, si opera soltanto attraverso l'asta, per mezzo dell'aggiudicazione al miglior offerente»: Corte di cassazione, sez. un., 10 luglio 1956, n. 1142, *Baldi c. Finanze*, in *Foro it.*, 1957, I, 614, il privato pretendeva che l'avviso avesse natura di offerta al pubblico ai sensi dell'art. 1336 cod. civ.

⁵⁶ V. *supra* cap. I, 3.

⁵⁷ E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Roma, 1920, 343 e s.; U. LORIZIO, *Il contratto di appalto, parte generale*, Padova, 1939, 213 e s.

tegrando la proposta irrevocabile con il corrispettivo (prezzo).

Nella licitazione privata⁵⁸, già nella fase della preselezione la manifestazione dell'interesse al contratto e la sottoposizione alla valutazione dell'amministrazione pubblica delle proprie «capacità» di esecuzione della prestazione comportano la costituzione di un rapporto specificamente volto alla conclusione del contratto, al quale non pare possa negarsi la qualificazione di «trattativa», seppur preliminare⁵⁹, che può giungere ad uno stato avanzato quando le imprese singolarmente invitate dall'amministrazione contraente presentano l'offerta.

⁵⁸ In passato la selezione doveva di regola avvenire mediante pubblici incanti (asta pubblica) dal momento che la licitazione e la trattativa privata erano consentite solo in via eccezionale (art. 128, comma II, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. A, *Legge sull'Amministrazione comunale e provinciale*, «il prefetto però potrà permettere in via eccezionale che i contratti seguano a licitazione o trattativa privata»), oggi viceversa le norme di derivazione europea considerano indifferente la scelta tra licitazione e asta pubblica (Art. 9, comma III, d.l.g. n. 406 del 1991, cit., «in tutti gli altri casi l'amministrazione aggiudicatrice attribuisce gli appalti di lavori mediante le procedure dei pubblici incanti, della licitazione privata e dell'appalto concorso») poiché la loro attuale disciplina fornisce le medesime garanzie di concorrenza e di imparzialità.

⁵⁹ Pare di interesse richiamare la giurisprudenza civile che in casi di contratti della pubblica amministrazione, seppur in assenza di gara pubblica, ha fornito una definizione delle trattative ritenendo che «la responsabilità precontrattuale, ai sensi dell'art. 1337 cod. civ., può concepirsi tanto in relazione al processo formativo del contratto, quanto in relazione alle semplici trattative, considerate come qualcosa di diverso da esso, e cioè come quella fase anteriore in cui le parti si limitano a manifestare la loro tendenza verso la stipulazione del contratto, senza ancora porre in essere alcuno di quegli atti di proposta e di accettazione, che integrano il vero e proprio processo formativo»: Corte di cassazione, Sez. III, 8 maggio 1963, n. 1142, *Istituto naz. assicurazioni c. Società Cinema teatri costruzioni-Ci.te.co.*, in *Foro it.*, 1963, I, 1699, con nota di A. L., sulla valutazione della ingiustificata rottura delle trattative come oggetto di sindacato del giudice civile sul comportamento dell'amministrazione come corretto contraente.

Se nei rapporti tra privati l'avvio delle trattative non è facilmente individuabile per mancanza di una formalizzazione (documentazione scritta) del loro svolgimento, il contrario avviene nelle pubbliche gare, ove la pubblicazione di un bando e le offerte o le richieste di invito in forma scritta provano l'instaurazione delle trattative. La manifestazione della volontà di concludere un contratto, se non impegna l'amministrazione a stipularlo, non esclude il rispetto delle «regole» da essa stessa poste e del principio di correttezza precontrattuale. La peculiarità del rapporto che si instaura fra ciascun concorrente alla gara pubblica e l'amministrazione aggiudicatrice non pare giustifichi una deroga all'applicazione del generale principio di correttezza nelle trattative; tuttavia la giurisprudenza continua ad affermare che l'indizione di una gara pubblica non obbliga l'amministrazione a comportarsi correttamente nella fase che precede l'aggiudicazione, perché non sarebbero ancora individuate le «parti» fra le quali possa dirsi instaurata una «trattativa», dal momento che i partecipanti non dispongono di un «diritto soggettivo» alla conclusione del contratto⁶⁰.

Gli aspiranti contraenti privati, di fronte agli atti precontrattuali di gara della pubblica amministrazione, sarebbero titolari di un mero interesse legittimo, irrisarcibile con reciproca esclusione del profilo di legittimità e di quello di correttezza⁶¹: l'effetto è quello di escludere l'operatività del principio di correttezza e buona fede come regola di comportamento nello svolgimento dell'attività della pubblica amministrazione rivolta alla selezione della migliore offerta.

⁶⁰ Cfr. da ult. Corte di cassazione, sez. un., 26 maggio 1997, n. 4673, *U.S.L. 13 c. Impresa Di Vincenzo e c.*, in *Urb. e appalti*, 1997, 1213 e per esteso su cd-rom *juris data*; Corte di cassazione, sez. un., 6 ottobre 1993, n. 9892, *Prov. di Catania c. Associazione Temporanea di Imprese s.p.a.*, in *Corr. giur.*, 1994, 208; Corte di cassazione, Sez. I, 29 luglio 1987, n. 6545, *Cataldi Carrara c. Min. Tesoro*, in *Foro it.*, 1988, I, 460.

⁶¹ Si rinvia l'analisi di tale questione al capitolo successivo.

L'obbligo della pubblica amministrazione di osservare i principi di legalità, imparzialità, buon andamento ha forse in passato indotto a ritenere superflua l'osservanza del principio di correttezza⁶² normalmente riferito ai rapporti fra privati e come limite della loro autonomia.

Negare che la partecipazione ad un procedimento di scelta del contraente possa instaurare una trattativa significa accogliere nozioni alquanto restrittive di «parti», di «trattativa» e di «formazione del contratto» oggi superate. Secondo questa impostazione i partecipanti alle gare pubbliche difetterebbero delle «condizioni strutturali perché possa parlarsi di trattative fra due soggetti (già individuati come futuri possibili contraenti)»⁶³; ma l'affermazione che le parti di una trattativa possano essere soltanto due contrasta con la possibilità, oggi generalmente ammessa, di trattative «parallele», condotte contemporaneamente con più soggetti⁶⁴.

Non viene chiarito che cosa si intenda per «soggetti individuati come futuri possibili contraenti», ma il riferimento sembra rivolto al solo aggiudicatario, con l'effetto di rinviare l'obbligo di correttezza alla sola fase successiva alla stipulazio-

⁶² E. GUICCIARDI, recensione a K.H. SCHMITT, *Treu und Glauben im Verwaltungsrecht*, Berlin, 1935, in *Arch. dir. pubb.*, 1936, 556.

⁶³ Corte di cassazione, sez. un., 6 ottobre 1993, n. 9892, *Prov. di Catania c. Associazione Temporanea di Imprese s.p.a.*, cit. e Corte di cassazione, sez. un., 26 maggio 1997, n. 4673, cit., ove si afferma l'inapplicabilità dell'art. 1337 cod. civ. «nel caso in cui sia adottato il procedimento di licitazione privata, come è avvenuto nella specie, perché durante il suo svolgimento, manca negli interessati la qualità di "parti", intese come futuri possibili contraenti, cui si riferisce la norma, ma vi sono soltanto i partecipanti alla gara i quali, pur avendo l'interesse legittimo all'esercizio corretto, da parte dell'autorità amministrativa, del potere di scelta dell'imprenditore che, alle condizioni più convenienti, dia ad essa le garanzie maggiori, non hanno tuttavia alcun diritto soggettivo alla prosecuzione del procedimento e al rispetto delle regole della buona fede imposto dall'art. 1337 cod. civ.».

⁶⁴ V. *supra* cap. II.

ne assecondando così l'orientamento restrittivo prevalente⁶⁵. Alla stessa espressione potrebbe, al contrario, attribuirsi un significato più ampio in relazione a tutti i soggetti che abbiano presentato un'offerta e che, in ragione di ciò, appaiono «individuati come futuri possibili contraenti»⁶⁶.

Secondo l'interpretazione riduttiva, invece, sarebbero «parti» solamente coloro che operano «in un rapporto ancora fluido e tuttavia già individuato ai fini del dovere di reciproca correttezza del comportamento»⁶⁷, perché solo in tal caso sussisterebbe «una relazione specifica di contiguità, un rapporto personalizzato da cui possa farsi discendere un obbligo di buona fede dell'autorità amministrativa»⁶⁸. In applicazione di

⁶⁵ Secondo un orientamento consolidato su cui *infra* par. 7.

⁶⁶ Corte di cassazione, sez. un., 21 ottobre 1974, n. 2972, *S.p.a. Impresa Carbone c. I.S.E.S.*, cit., ove si sostiene che l'inizio del procedimento di scelta del contraente in un appalto concorso possa rendere applicabili le norme sulla responsabilità precontrattuale, e non possa dubitarsi della sussistenza della giurisdizione civile, salvo rilevare, nel caso di specie, che l'esclusione del concorrente non costituiva recesso ingiustificato. M. S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, cit., 311, il quale afferma che: «una volta intrapreso un procedimento contrattuale, il comportamento dell'amministrazione è regolato interamente dal principio della buona fede, in quanto comportamento di diritto privato comune». R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, cit., Tomo II, 232 e s., ove per il sorgere di una trattativa si ritiene sufficiente il «preannuncio, almeno eventuale, di una propria disponibilità a negoziare una qualche prestazione».

⁶⁷ Corte di cassazione, sez. un., 6 ottobre 1993, n. 9892, *Prov. di Catania c. Associazione Temporanea di Imprese s.p.a.*, cit., e in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 96, con nota di D. CARUSI, *Problemi della responsabilità precontrattuale alla luce della giurisprudenza sulla «culpa in contrahendo» della pubblica amministrazione*, la sentenza afferma la giurisdizione del giudice amministrativo in quanto la partecipazione ad un procedimento amministrativo di scelta del contraente configura un interesse legittimo.

⁶⁸ Corte di cassazione, Sez. I, 29 luglio 1987, n. 6545, *Cataldi Carrara c. Min. Tesoro*, in *Foro it.*, 1988, I, 460 e in *Nuova giur. civ.*, 1988, I, 164, con nota di F. ANELLI e in *Riv. trim. appalti*, 1991, 232, con nota di M. PETRONE,

tale affermazione, chi richiede più offerte per acquistare un determinato bene sarebbe libero di comportarsi scorrettamente con gli interpellati, tacendo delle trattative parallele e facendo loro sostenere delle spese pur nella consapevolezza che tali trattative non giungeranno a buon fine, mentre analogo comportamento con una sola controparte realizzerebbe «un rapporto personalizzato» che instaurerebbe una «vera» trattativa, con obbligo di correttezza sanzionato dalla responsabilità precontrattuale.

La *ratio* dell'indicato orientamento giurisprudenziale pare fondata sull'interpretazione restrittiva della responsabilità precontrattuale, che la riduce all'ipotesi del recesso ingiustificato che sacrifica un «legittimo affidamento nella conclusione del contratto», poiché si ritiene che la facoltà di recedere dalla trattativa limiti l'applicabilità del principio di correttezza posticipando il relativo obbligo al momento terminale delle trattative⁶⁹.

In analogia a tale costruzione civilistica, si spiega perché la giurisprudenza ammetta la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione solo successivamente all'individuazione del contraente attraverso l'aggiudicazione, cioè quando un contratto è ormai concluso, ma necessita di un'ulteriore approvazione per divenire efficace⁷⁰.

Gli indicati orientamenti restrittivi non considerano che ammettere l'esistenza di un obbligo di buona fede nel corso del procedimento di selezione del contraente non implica «il

sullo stesso caso cfr. Tribunale di Roma, Sez. I, 25 gennaio 1980, *Cataldi Carrara c. Associazione Nazionale per il controllo della combustione*, in *Temi romana*, 1980, 90.

⁶⁹ V. *supra* cap. I

⁷⁰ Cfr. M. S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, cit., 311, il quale afferma che: «I casi di inerzia e di rifiuto a procedere son tutti da considerare rottura ingiustificata di affidamento alla conclusione del contratto ovvero all'efficacia di esso». V. *infra* par. 6.

riconoscimento di un diritto del singolo partecipante alla prosecuzione del procedimento» volto a concludere il contratto⁷¹, poiché l'obbligo di correttezza precontrattuale non impone di addivenire alla stipulazione del contratto⁷², ma comporta so-

⁷¹ Alcune sentenze affermano chiaramente che il bene tutelato dall'obbligo di correttezza non è quello che la parte si propone di conseguire col contratto, ma è la legittima aspettativa che le trattative si svolgano lealmente: Corte di cassazione, Sez. I, 11 dicembre 1978, n. 5831, *Com. di Castelfranco Veneto c. Officine Gas Butano s.p.a.*, in *Giust. civ.*, 1979, 450, con nota di G. DE FINA, *La concessione amministrativa rimasta senza contratto, la posizione giuridica della p.a. ed i poteri del giudice ordinario*. Il privato che aveva ottenuto la concessione trentennale per la distribuzione del gas prima della stipulazione del contratto accessivo alla concessione era stato sollecitato dal comune alla acquisizione di un'area ed alla costruzione degli impianti, suscitando un affidamento nella stipulazione del contratto, salvo poi recedere dalla trattativa con la revoca della concessione. Il Tar del Lazio, 27 giugno 1977, aveva annullato il provvedimento con il quale l'amministrazione aveva sospeso e annullato la licitazione privata. Nega che l'annullamento di un atto lesivo di interessi legittimi possa consentire un risarcimento del danno da fatto illecito: Tribunale di Roma, Sez. I, 25 gennaio 1980, *Cataldi Carrara c. Associazione Nazionale per il controllo della combustione*, cit., e successivamente Corte di cassazione, Sez. I, 29 luglio 1987, n. 6545, *Cataldi Carrara c. Min. Tesoro*, cit.

⁷² Ove il procedimento di formazione del contratto sia interrotto con un atto illegittimo, annullato dal giudice amministrativo, non pare possa escludersi a priori la scorrettezza dell'amministrazione, poiché si è compreso che la responsabilità precontrattuale non comporta l'obbligo di proseguire il procedimento di gara, ma prescinde da questo: cfr. invece: Corte di cassazione, Sez. I, 29 luglio 1987, n. 6545, *Cataldi Carrara c. Min. Tesoro*, cit., ove si afferma che durante la selezione non sussiste un «affidamento ragionevole nella conclusione del contratto per i singoli partecipanti alla gara, i quali conoscono la propria offerta, ma non quella degli altri e quindi non possono esprimere una preventiva valutazione circa l'esito vittorioso del procedimento, anche se possono augurarsi ovviamente di riuscire a prevalere sugli altri», inoltre si considera che «ammettere a carico della p.a. le conseguenze che l'art. 1337 cod. civ. ricollega alla violazione del dovere di buona fede, anche nel corso del procedimento amministrativo volto alla scelta del contraente, implicherebbe il riconoscimento di un diritto del singolo partecipante alla prosecuzione del procedimento amministrativo che invece non sussiste».

lamente l'eventuale corretta interruzione delle trattative⁷³.

La soluzione giurisprudenziale non pare tenere conto della circostanza che sin dalla scadenza del termine per la presentazione delle offerte tutti i partecipanti alla «trattativa» sono individuati, ma ancor più dimentica che gli stessi si obbligano verso l'amministrazione proprio con l'offerta. Nel diritto civile, infatti, non si dubita che il destinatario di una proposta irrevocabile risponda dei danni provocati per *culpa in contrahendo*⁷⁴.

La circostanza che la trattativa avvenga fra più soggetti non esclude che ciascuno di essi possa nutrire un «legittimo affidamento nella correttezza della controparte pubblica», la quale deve svolgere la selezione fra i concorrenti secondo buona fede.

Né la facoltà di recedere dalle trattative e non stipulare il contratto appare più così «libera» poiché l'amministrazione, una volta pubblicato il bando di gara e ricevute le offerte, può decidere di non concludere il contratto, ma deve motivare tale scelta ed esplicitarne le ragioni giustificatrici. Tale obbligo è stato espressamente previsto dalle norme europee, le quali impongono all'amministrazione pubblica di comunicare agli interessati le ragioni che inducono ad interrompere la proce-

⁷³ Per un caso di recesso dalle trattative considerato giustificato in quanto erano stati assolti gli oneri di comunicazione sul reale stato della trattativa: Corte d'appello di Napoli, sez. V, 29 ottobre 1963, n. 1878, *Cerracchio c. Com. di Napoli Lauro e Mignani*, in *Diritto e giurispr.*, 1965, 558, con nota di C. PAOLILLO, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*. Cfr. altresì Tribunale di Roma, sez. I, 15 maggio 1964, *Soc. Samar c. Ministero Difesa-Marina*, in *Temi*, 1965, 409, con nota di M. CASELLA, *Ancora sulla responsabilità in contrahendo della pubblica amministrazione*.

⁷⁴ Cfr. da ult. Corte di cassazione, sez. II, 13 dicembre 1994, n. 10649, *De Liso c. S.I.M.A.R. S.p.a.*, in cd-rom *Foro it.*, 1999. In dottrina da ult. A. MUSY, voce *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, in *Digesto. disc. priv.*, vol. XVII, Torino, 1998, 404 e s.

dura di selezione⁷⁵ e, dunque, a motivare il proprio recesso dalle trattative instaurate con tutti i partecipanti. In tal modo è superata l'asserita esistenza di un potere «discrezionale» della parte pubblica — ritenuto a lungo «insindacabile» — di interrompere le procedure selettive senza esplicitare le ragioni di tale scelta.

L'amministrazione pubblica, come qualunque privato, può interrompere le trattative e non concludere il contratto, ma come ogni privato è tenuta a recedere correttamente ed il suo recesso, per essere corretto, deve assolvere un obbligo di motivazione più ampio rispetto a quello dei privati dal momento che, a differenza di questi, avviando una procedura concorsuale essa ha esplicitato le ragioni che sostenevano la volontà di contrattare⁷⁶, con la conseguente necessità che il suo comportamento non appaia contraddittorio.

Nel capitolato concernente gli appalti finanziati dal Fondo europeo di sviluppo (FES) si rinviene un significativo esempio di espressa definizione del recesso corretto dalle trattative instaurate attraverso una gara pubblica, perché sono previsti espressamente i casi che escludono la «responsabilità nei confronti degli offerenti interessati»⁷⁷. L'«annullamento»

⁷⁵ Art. 31, comma II, d. lg. n. 406 del 1991, cit. «L'amministrazione aggiudicatrice comunica ai candidati od offerenti, che lo richiedono, i motivi per cui ha deciso di rinunciare all'aggiudicazione di un appalto oggetto di una gara o di avviare una nuova procedura. Essa comunica tale decisione anche all'ufficio delle pubblicazioni ufficiali della Comunità europea».

⁷⁶ T.a.r. Friuli-Venezia Giulia, 15 giugno 1995, n. 224, *Soc. Sagepak c. Com. di Trieste*, in *Foro amm.*, 1995, 2339, concernente l'obbligo di motivazione dell'atto di interruzione di una procedura di gara.

⁷⁷ Decisione del Consiglio, del 16 dicembre 1991, 92/97/CEE, *che adotta le norme generali, i capitolati generali di oneri e le regole procedurali per la conciliazione e l'arbitrato degli appalti pubblici di opere, di forniture e di servizi finanziati dal Fondo europeo di sviluppo (FES), in relazione alla loro applicazione nell'associazione dei paesi e territori d'oltremare alla Comunità economica europea*, art. 35: «Annullamento di una procedura di gara. 35.1. Prima

di una procedura di gara da parte del committente appare «corretta» nei casi in cui: le offerte non siano conformi al bando di gara, o contengano irregolarità sostanziali di ostacolo al confronto concorrenziale, o non vi sia stata concorrenza, ovvero sopravvenute circostanze eccezionali non permettano la normale esecuzione dell'appalto; invece, ove l'interruzione avvenga per altre ragioni, può configurarsi un'ipotesi di responsabilità precontrattuale.

L'esistenza di trattative precontrattuali non pare esclusa neppure dalla circostanza che la definizione dei capitolati e del bando di gara avvenga in via unilaterale; anche se è assente la contrattazione delle clausole, la definizione dell'elemento

dell'aggiudicazione dell'appalto, il committente può, senza che ne risulti una sua responsabilità nei confronti degli offerenti interessati e nonostante la fase della procedura avviata per la conclusione dell'appalto: a) decidere di annullare la procedura di gara conformemente all'articolo 35.2 o ordinare che essa sia riavviata, se necessario secondo altre modalità; b) quando il progetto è frazionato in lotti, attribuirne soltanto alcuni ed eventualmente decidere che gli altri lotti formino oggetto di una o di più altre gare, se necessario secondo altre modalità. 35.2. L'annullamento di una procedura di gara da parte del committente può avere luogo solo nei casi seguenti: a) quando nessuna offerta è conforme al fascicolo di gara; b) quando nessuna offerta risponde ai criteri di aggiudicazione di cui all'articolo 36; c) quando i dati economici o tecnici del progetto sono stati modificati; d) quando circostanze eccezionali non permettono la normale esecuzione dell'appalto; e) quando ogni offerta ricevuta supera le disponibilità finanziarie fissate per l'appalto; f) quando le offerte ricevute contengono irregolarità sostanziali il cui risultato sia di ostacolare il gioco normale della concorrenza; g) quando non vi è stata concorrenza. 35.3. In caso di annullamento di una procedura di gara, il committente notifica tale decisione agli offerenti che sono ancora vincolati alla loro offerta. Gli offerenti non hanno diritto ad alcuna indennità; essi hanno però il diritto all'immediato svincolo delle loro garanzie di offerta. 35.4. Se l'annullamento della procedura di gara è dovuto a circostanze che non richiedono l'apertura delle offerte, queste, ancora chiuse e sigillate, con gli eventuali prezzi d'offerta, ed in ogni caso gli altri elementi dell'offerta, sono restituite agli offerenti a loro spese».

essenziale del corrispettivo è pur sempre demandata ai concorrenti. Non si tratta di mera adesione ad una proposta contrattuale integralmente definita dalla controparte⁷⁸, in ogni caso i concorrenti alle gare pubbliche non possono considerarsi parti deboli del rapporto proprio in relazione alla loro qualità di operatori «professionali».

Di frequente, inoltre, il rinvio alla disciplina dei capitolati è «frutto di libera determinazione di entrambe le parti e non d'imposizione del contraente pretesamente più forte a quello presuntivamente più debole»⁷⁹; e si ricorda come principio incontrovertito che «la disciplina dell'art. 1341 cod. civ. si riferisce unicamente ai contratti conclusi mediante adesione a condizioni generali predisposte da uno dei contraenti ed accettate in blocco dalla controparte senza alcuna trattativa, e non riguarda, invece, i contratti in cui entrambe le parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, abbiano liberamente deciso di rifarsi ad uno schema contrattuale predisposto o usualmente usato da altri, ovvero ad uno schema legale quale il capitolato generale per le opere pubbliche»⁸⁰.

⁷⁸ Cfr. da ult. Corte di cassazione, sez. un., 6 ottobre 1993, n. 9892, *Prov. di Catania c. Associazione Temporanea di Imprese s.p.a.*, cit. Cfr. P. DE PORCELLINIS, *Sulla natura giuridica dell'appalto dei lavori pubblici*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1936, I, 496; V. SALANDRA, *I contratti di adesione*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, 408.

⁷⁹ Corte di cassazione, sez. I, 10 maggio 1991, n. 5236, *Panzera c. Istituto Internazionale Delle Suore Di Santa Marcellina*, per esteso su cd-rom; Corte di cassazione, 26 settembre 1990, n. 9753, *Galano c. Usl 8 Foggia*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1990, 62.

⁸⁰ Corte di cassazione, sez. I, 10 maggio 1991, n. 5236, *Panzera c. Istituto Internazionale Delle Suore Di Santa Marcellina*, cit., concernente l'affidamento di un appalto per la realizzazione di opere murarie; Corte di cassazione, sez. I, 8 agosto 1992, n. 9392, *Soc. off. Romanazzi c. Min. difesa*, in cd-rom *juris data*; Coll. arb., 7 luglio 1992, *Soc. gruppo Dipenta costruz. c. Ente auton. Flumendosa*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1994, 190, ove si afferma che «nel caso di contratto di appalto stipulato a seguito di licitazione privata è configurabile una fatti-

In ogni caso, anche quando la disciplina dei capitolati venga predisposta unilateralmente, la partecipazione ad una procedura concorsuale comporta una trattativa, seppur formalizzata⁸¹, in cui la parte pubblica non può considerarsi «parte forte» nel rapporto con operatori economici «professionali» che definiscono autonomamente quantomeno il prezzo della prestazione⁸².

specie per relationem perfectam, in cui il riferimento ai capitolati è il risultato di una scelta concordata diretta all'assunzione di uno schema al quale entrambe le parti si riportano con una formula denotante, sia pure in modo sintetico, l'effettiva conoscenza ed accettazione di tutte le clausole ivi contenute», affermando l'esistenza di trattative proprio con l'esclusione della necessità di specifica approvazione scritta delle clausole vessatorie; Cfr. Coll. arb., 25 gennaio 1990, *Impr. Russo c. Com. Messina*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1991, 582, *contra*: Coll. arb., 27 febbraio 1991, *Soc. Icla c. Com. Napoli*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1992, 45, afferma la necessità di una specifica approvazione per iscritto delle clausole onerose.

⁸¹ Cfr. T.a.r. Puglia, sez. I, 10 luglio 1990, n. 603, *Impr. Guidi c. Coreco Puglia*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1991, 937, nega la necessità di sottoscrizione della dichiarazione contenuta nella lettera di invito e concernente la presa visione dei luoghi, atteso che la lettera d'invito ha natura completamente diversa dai contratti di serie e di massa. Cfr. G. MATTEO, *Pubblica amministrazione e condizioni generali di contratto*, in *Nuova giur. civ.*, 1995, II, 305

⁸² L. NANNI, *Le trattative*, in *I contatti in generale*, a cura di G. Alpa - M. Bessone, Torino, 1991, vol. III, 13 e s., afferma che fanno parte della trattativa anche gli atti accessori volti ad eliminare «impedimenti legali e fattuali» inoltre si precisa che le parti in questa fase vogliono preparare il contratto, non vogliono il contratto, infatti è stato individuato da tempo un ambito di operatività dell'obbligo di correttezza molto più ampio rispetto al recesso ingiustificato dalla trattativa, che prescinde dalla mancata conclusione del contratto considerando lesivo il comportamento caratterizzato da malafede, ambiguità, pretestuosità. Cfr. G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, Giuffrè, Milano, 1993, 409, ove si afferma che la giurisprudenza per escludere che nei casi di scelta del contraente mediante asta pubblica o licitazione privata possa configurarsi un contratto per adesione ha sostenuto ci sia trattativa quantomeno sulla clausola che definisce il prezzo, con cooperazione paritaria e non applicabilità del 1341 cod. civ.

3. *La qualificazione dei concorrenti come garanzia della corretta esecuzione della prestazione. Il potere «discrezionale» di esclusione dalle gare pubbliche e gli elenchi di imprese di fiducia come causa di discriminazione. Il mancato aggiornamento degli albi. I requisiti «europei» di capacità tecnica, economica, finanziaria e morale. Attestazioni e certificazioni di qualità come verifica delle capacità dell'impresa. La recente disciplina sulle società di attestazione.*

La difficoltà di scegliere un contraente affidabile che garantisca la corretta esecuzione della prestazione si è evidenziata nel tempo, in relazione alla complessità della valutazione a tal fine necessaria; se nei contratti attivi è sufficiente verificare la solvibilità della controparte⁸³, nei contratti passivi l'accertamento delle qualità degli aspiranti contraenti risulta più articolato soprattutto quando la prestazione comporta lo svolgimento di un'attività di impresa.

Le carenze del riscontro di «capacità» degli aspiranti contraenti della pubblica amministrazione spesso hanno determinato la «litigiosità» ed il contenzioso relativo alla successiva fase di esecuzione del contratto.

Il potere di escludere dalla partecipazione alle gare pubbliche le imprese ritenute inaffidabili costituiva la risposta della disciplina più risalente⁸⁴; si riteneva che un potere di esclu-

⁸³ La pubblica amministrazione, per parte sua, è normalmente ritenuta contraente affidabile poiché la stabilità dell'organizzazione garantisce la solvibilità e l'adempimento delle obbligazioni assunte. Non erano necessarie, fino ad oggi, garanzie dell'adempimento della parte pubblica, anche se non pare così remota la possibilità che ai «soggetti aggiudicatori», caratterizzati da una gestione sempre più autonoma e separata dall'amministrazione pubblica, potrà essere opportuno richiedere garanzie dell'adempimento.

⁸⁴ Art. 79, c. I, del r.d. 4 maggio 1885, n. 3074, cit.: «Sono escluse dal fare offerte, per tutti i contratti, le persone che nell'eseguire altre imprese si sieno rese colpevoli di negligenza o di malafede, tanto verso il Governo quanto

sione volto a sanzionare la negligenza o malafede del concorrente nell'adempimento di precedenti contratti costituisca adeguato deterrente contro gli inadempimenti. L'ampiezza di tale potere può rilevarsi nella disposizione che esclude una specifica motivazione dell'atto di esclusione⁸⁵, dal momento che «l'amministrazione ha piena ed insindacabile facoltà di escludere dall'asta qualsiasi concorrente senza che l'escluso possa reclamare indennità di sorta, né pretendere che gli siano rese note le ragioni dell'esclusione»⁸⁶.

verso i privati»; art. 3, c. II, r.d. 8 novembre 1923, n. 2440, *Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato*: «Sono escluse dal fare offerte per tutti i contratti le persone o ditte che nell'eseguire altra impresa si siano rese colpevoli di negligenza o malafede. L'esclusione è dichiarata con atto insindacabile della competente amministrazione centrale, la quale ne dà comunicazione alle altre amministrazioni» e l'art. 68, r.d. 23 maggio 1924, n. 827, cit.: «Sono escluse dal fare offerte per tutti i contratti le persone o ditte che nell'eseguire altra impresa si sieno rese colpevoli di negligenza o malafede. L'esclusione è dichiarata con atto insindacabile della competente amministrazione centrale da comunicarsi al ministero delle finanze (ragioneria generale), a cura del quale ne viene data notizia alle altre amministrazioni. Analogamente si provvede per le eventuali riammissioni. Fermo il disposto del precedente comma, l'amministrazione ha piena ed insindacabile facoltà di escludere dall'asta qualsiasi concorrente senza che l'escluso possa reclamare indennità di sorta, né pretendere che gli siano rese note le ragioni dell'esclusione».

⁸⁵ C. VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, 1950, 3° ed., vol. II, 319, ricorda che con la comunicazione dei provvedimenti di esclusione si forma «il libro nero degli esclusi dall'asta» e tale esclusione sebbene non pubblicata non resta segreta e può avere gravi ripercussioni morali ed economiche sulla persona o la ditta colpita, bollandola col marchio di infida contraente. La prevista insindacabilità del provvedimento è superata con l'introduzione dell'art. 113 Cost.

⁸⁶ Art. 68, r.d. 23 maggio 1924, n. 827, cit. Cfr. C. PERTOCCHI, *La politica dei lavori pubblici*, Roma, s. d., 296, ove si riproduce lo scritto *Riforme e controriforme in materia di lavori pubblici*, in *Acque e trasporti*, 1925, ove all'affermazione che con il potere di esclusione l'amministrazione ha modo di assicurarsi dei buoni concorrenti si obietta che «altro è libertà di invitare e

Un simile potere avrebbe dovuto consentire una rigorosa selezione dei concorrenti e l'aggiudicazione degli appalti pubblici solamente a imprese solide e capaci⁸⁷; al contrario, il suo esercizio talora arbitrario e discriminatorio ha determinato risultati opposti, lasciando le imprese in balia degli amministratori pubblici e consentendo da un lato l'esclusione di imprese capaci per il solo fatto di aver preteso un pagamento dovuto, dall'altro, l'ammissione di imprese inaffidabili⁸⁸.

altro è libertà di escludere. Se a una gara si presentano solo imprese mediocri e cattive, l'Amministrazione per quanto voglia essere severa, escluderà le cattive, ma dovrà accontentarsi delle mediocri, altrimenti la gara andrà deserta. A una gara privata, invece, l'Amministrazione invita sempre imprese ottime, e queste sapendo di essere in buona compagnia, si presentano molto più facilmente a concorrere che non si presentino alle aste, dove temono di dover sottostare alla concorrenza irragionevole delle imprese poco serie o di essere vittime di quel nugolo di ricattatori forniti di buoni certificati d'ammissione ma di nessuna voglia di lavorare, da cui l'Amministrazione non riuscirà mai a liberare le gare pubbliche, perché di queste le sfuggono le manovre segrete».

⁸⁷ M. GALLO, voce *Contratto di diritto privato degli Enti pubblici*, in *Novissimo Dig.*, vol. IV, Torino, 1959, 636, precisa che si tratta di insindacabilità nel merito dell'esclusione, mentre il Consiglio di Stato poteva sindacarne la legittimità anche sotto il profilo dell'eccesso di potere.

⁸⁸ Difficoltà segnalate da: A. CUNEO, *Appalti di opere pubbliche*, II ed., Milano, 1924, 102 e s. il quale rileva che l'indeterminatezza del potere di esclusione ne determinava l'«insindacabilità» con la conseguenza di favorire l'«illecito legame» fra amministratori pubblici e imprese volto all'attribuzione di vantaggi non dovuti dal momento che la facoltà di individuare caso per caso i soggetti da escludere dalle gare senza esplicitarne le ragioni non garantiva la parità di trattamento fra i concorrenti. Ancora di recente il giudice amministrativo ha dichiarato l'illegittimità dell'esclusione da una gara disposta dall'amministrazione nei confronti di un'impresa che aveva richiesto ed ottenuto decreto ingiuntivo per conseguire il pagamento di propri crediti discendenti dalle forniture in precedenza regolarmente eseguite: T.a.r. Sicilia, sez. Catania, 16 gennaio 1995, n. 47, *Soc. Ismed c. Usl 19 - Enna*, in *Giur. amm. sic.*, 1995, 148; T.a.r. Lazio, sez. III, 11 dicembre 1986, n. 3697, in *Foro it.*, 1987, III, 477.

Tale «insindacabile» potere amministrativo non si differenziava al tempo dalla «libera» facoltà di recesso dalle trattative — stante la considerazione della giuridica irrilevanza delle stesse⁸⁹ — o, ancor prima, dalla facoltà di non avviarle⁹⁰.

Le norme attributive dell'indicato «potere di esclusione» non sono state espressamente abrogate e talora vengono richiamate da norme vigenti⁹¹, anche se la giurisprudenza le ritiene tacitamente abrogate⁹², o comunque inapplicabi-

⁸⁹ V. *supra* cap. I, par. 2.

⁹⁰ V. *infra* cap. V.

⁹¹ Cfr. l. 10 febbraio 1962, n. 57, art. 3, c. III: «L'iscrizione all'Albo, tuttavia non preclude all'amministrazione l'esercizio della facoltà di esclusione da ogni singola gara di cui all'articolo 68, secondo comma, del regio decreto 23 maggio 1924, n. 827» e il successivo art. 11 del d.lg. 358/1992 che prevede specifici casi di esclusione dalla partecipazione alle gare: «Indipendentemente da quanto previsto dall'articolo 3, ultimo comma, del r.d. 2440/1923, e dall'articolo 68 del relativo regolamento di esecuzione, approvato con r.d. 827/194», a tale norma rinvia altresì l'art. 12 del d. lg. 17 marzo 1995, n. 157, *Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi*, anche successivamente alla modifica apportata dall'art. 10 del d. lg. 25 febbraio 2000, n. 65, *Attuazione delle direttive 97/52/CE e 98/4/CE*, che modificano ed integrano, rispettivamente, le direttive 92/50/CEE, *in materia di appalti pubblici di servizi*, e 93/38/CEE, limitatamente ai *concorsi di progettazione*.

⁹² T.a.r. Emilia-Romagna, sez. II, 10 dicembre 1990, n. 545, in *Trib. amm. reg.*, 1991, I, 554, afferma l'abrogazione tacita dell'art. 68, 1 comma, r.d. 23 maggio 1924, n. 827 da parte della l. 10 febbraio 1962, n. 57, istitutiva dell'albo nazionale dei costruttori, che ha introdotto una disciplina completamente diversa nella materia. Nello stesso senso T.a.r. Umbria, 15 aprile 1985, n. 81, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1985, 1192; T.a.r. Lazio, sez. Latina, 23 marzo 1987, 207, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1987, 918; T.a.r. Lazio, sez. II, 14 agosto 1987, n. 1380, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1987, 1822 che afferma la conseguente abrogazione dell'autonomo potere di ciascuna amministrazione di esclusione dalle gare anche in via provvisoria, poiché è competente il comitato dell'albo per i casi espressamente previsti dall'art. 20 della stessa legge. Considera abrogato anche il comma II, in relazione alla specifica previsione delle cause per le quali l'imprenditore può essere escluso dal concorrere ad un appalto definite dall'art. 13, della l. 8 agosto 1977, n. 584.

li⁹³. Le più recenti norme di derivazione europea prevedono l'obbligo dell'amministrazione aggiudicatrice di comunicare a ciascun partecipante «i motivi del rigetto della sua candidatura»⁹⁴ entro quindici giorni dalla domanda dell'interessato.

In passato, l'affidabilità del contraente spesso era valutata unicamente sul corretto adempimento di precedenti contratti, mentre una specifica dimostrazione della qualificazione tecni-

⁹³ Cfr. T.a.r. Campania, sez. II, 29 agosto 1990, n. 251, *Soc. Mitolo divisione affissioni pubblicità c. Com. Aversa*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1991, 998; T.a.r. Campania, sez. I, 17 febbraio 1989, n. 43, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1989, 1198; T.a.r. Lazio, sez. III, 31 gennaio 1986, n. 346, in *Foro it.*, 1987, III, 111; Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 1955, n. 132 e Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 1983, n. 788, *Lo Presti e a. c. Min. grazia e giustizia*, in *Cons. Stato*, 1983, I, 1162; Cons. Stato, sez. IV, 15 marzo 1986, n. 160, *Raggr. imp. Soc. Pontello c. Raggr. imp. Soc. SICE e Min. lav. Pubbl.*, in *Cons. Stato*, 1986, II, 270, ne esclude l'applicazione «nei procedimenti disciplinati dalla legge 8 agosto 1977, n. 584». Per le applicazioni precedenti delle norme: T.a.r. Lazio, sez. I, 27 agosto 1980, n. 848, in *Trib. amm. reg.*, 1980, I, 3445, che nega l'abrogazione dell'art. 68, 2 comma, r.d. 23 maggio 1924, n. 827 e considera legittima l'esclusione di un'impresa senza motivazione espressa. Nello stesso senso ancora T.a.r. Abruzzo, sez. Pescara, 31 dicembre 1986, n. 672, *Soc. Conglobit c. Reg. abruzzo e a.*, in *Trib. amm. reg.*, 1987, I, 680, ove si ritiene che, anche dopo l'entrata in vigore della l. 2 febbraio 1973, n. 14, l'amministrazione conservi l'insindacabile facoltà, già riconosciuta dall'art. 68 r.d. 23 maggio 1924, n. 827, di non ammettere alla partecipazione alla gara qualsiasi concorrente, senza che questi possa pretendere che gli siano rese note le ragioni di tale decisione.

⁹⁴ Art. 31, comma I, d. lg. 406/91, cit. e art. 27, d. lg. 157/95, cit., mod. dall'art. 15 del d. lg. 25 febbraio 2000, n. 65 cit., ove si precisa che: «a richiesta di coloro che abbiano presentato offerte selezionabili, essa comunica anche le caratteristiche e i vantaggi propri dell'offerta risultata aggiudicataria e il nome del concorrente al quale è stato aggiudicato l'appalto; possono essere motivatamente omesse, peraltro, alcune informazioni relative all'aggiudicazione se: 1) sono di ostacolo all'applicazione di norme di legge; 2) sono contrarie al pubblico interesse; 3) sono lesive di interessi commerciali legittimi di imprese pubbliche o private; 4) pregiudicano la concorrenza tra prestazioni di servizi».

ca era richiesta solamente per «lavori d'arte» o «nuove costruzioni»⁹⁵ e doveva essere fornita attraverso una specifica attestazione rilasciata dal prefetto con validità semestrale. Più in generale, si prevedeva un rinvio ai capitoli d'onere per quanto concerneva «la natura e l'importanza delle guarentigie che i concorrenti devono produrre per essere ammessi agli incanti»⁹⁶, cui si aggiungevano le cauzioni e le clausole penali a carico del solo aggiudicatario⁹⁷.

⁹⁵ Art. 77, del r.d. 4 maggio 1885, n. 3074, cit., ne esclude la necessità per lavori di manutenzione di strade: Consiglio di Stato, parere 4 maggio 1888, adottato, *Com. di Lecce*, in *Riv. amm.*, 1884, 332. Cfr. successivamente l'art. 67, r.d. 23 maggio 1924, n. 827, cit.: «Quando trattasi di lavori d'arte o di nuove costruzioni, l'aspirante deve dimostrare la sua idoneità con la presentazione d'un attestato, rilasciato non più di sei mesi prima del giorno in cui è tenuta l'asta, dal prefetto o sottoprefetto, sentito, secondo i casi, l'ufficio del Genio civile o l'ufficio tecnico di finanza, dal quale risulti aver l'aspirante dato prove di perizia e di sufficiente pratica nell'esecuzione, o nella direzione di altri consimili contratti d'appalto di lavori pubblici o privati. Quando l'aspirante non possa provare tale sua idoneità, e presenti in vece sua una persona che riunisca le condizioni suesposte, e alla quale egli si obblighi di affidare la esecuzione delle opere, l'amministrazione può ammetterlo all'incanto».

⁹⁶ Art. 50, comma III, del r.d. 4 maggio 1885, n. 3074, cit. e art. 45, comma III, r.d. 23 maggio 1924, n. 827, *Regolamento per l'esecuzione della legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato*. Nei «capitoli d'onere sono determinate la natura e l'importanza delle garanzie che i concorrenti devono produrre per essere ammessi agli incanti, o per assicurare l'adempimento dei loro impegni; come pure le clausole penali e l'azione che l'amministrazione può esercitare sopra le cauzioni nel caso d'inadempimento ai detti impegni, nonché il luogo in cui l'aggiudicatario, il suo fideiussore o l'approbatore, garante del fideiussore, devono eleggere il domicilio legale».

⁹⁷ Art. 54, r.d. 23 maggio 1924, n. 827, cit., in particolare il comma III afferma che: «È pure fatta facoltà all'amministrazione di prescindere in casi speciali dal richiedere una cauzione per le forniture o lavori da eseguirsi da persone o ditte, sia nazionali che estere, di notoria solidità, e per le provviste di cui ai numeri 2 e 3 dell'art. 38».

Le indicate norme si sono dimostrate inadeguate rispetto all'obbiettivo di salvaguardare la parte pubblica dall'inadempimento e dall'incapacità della controparte, permettendo l'aggiudicazione a soggetti inesperti o di «mediocre fede», che con forti ribassi si aggiudicavano il contratto senza poi essere in grado di eseguirlo correttamente, determinando ritardi, contenzioso e maggiori spese per la pubblica amministrazione.

La soluzione a tale problema è stata individuata nella rinuncia alle offerte troppo basse, considerando il «ribasso eccessivo» come sintomo dell'inaffidabilità di chi lo propone⁹⁸, nella convinzione che il solo fatto di garantire all'aggiudicatario un corrispettivo leggermente superiore potesse assicurare l'adempimento corretto. La rinuncia all'offerta migliore a favore di quella che più si avvicina al prezzo ritenuto «equo» per la prestazione rende aleatoria l'aggiudicazione, con l'effetto di impedire alle imprese più capaci di svilupparsi, e al tempo stesso favorisce le collusioni fra imprenditori e pubblici amministratori a conoscenza del «segreto prezzo equo».

Proprio queste difficoltà hanno determinato il crescente sfavore per l'asta pubblica come metodo oggettivo di aggiudicazione al miglior offerente, per le incertezze sull'affidabilità della controparte così individuata. Gli inadempimenti degli appaltatori per tali cause hanno creato un diffuso consenso al superamento dell'aggiudicazione mediante pubblici incanti ed hanno aperto ai metodi di scelta della controparte fra soggetti già noti all'amministrazione (licitazione e trattativa privata)⁹⁹.

⁹⁸ V. *infra* par. 4.

⁹⁹ C. PERTOCCHI, *La politica dei lavori pubblici*, Roma, s.d., 262, ove si riporta un brano della *Relazione statistica sui contratti d'appalto*, del Ministero dei Lavori pubblici nel 1914, ove a fronte di dati che facevano emergere la notevole prevalenza dell'affidamento di contratti a mezzo di trattativa privata si rileva che: «la pubblica gara spesso non assicura all'Amministrazione né il miglior contraente, né il prezzo più vantaggioso. Non il miglior contraente, perché molte buone imprese rifuggono dalle aste, ove dovrebbero subire con-

Un'interpretazione meramente letterale delle norme di selezione del contraente come disciplina posta nell'interesse della parte pubblica ha permesso di trascurare la *ratio* originaria delle disposizioni sui pubblici incanti, poste a garanzia della «moralità» (principio istituzionale) della pubblica amministrazione, che deve essere assicurata attraverso l'aggiudicazione imparziale dei contratti.

L'asta pubblica, metodo preferenziale per il legislatore di metà Ottocento, viene col tempo utilizzata sempre più raramente¹⁰⁰ poiché, se «l'incanto od aggiudicazione all'asta si fonda sul principio di stimolare la libera concorrenza, nella convinzione che l'erario ne otterrà le migliori condizioni», si diffonde la convinzione che «esso impedisce che la capacità, onestà e solvibilità del privato contraente siano completamente vagliate dal prudente apprezzamento discrezionale dell'a.p., in guisa che è discutibile se i pregi superino gli svantaggi del sistema»¹⁰¹.

L'incapacità di individuare precisi requisiti soggettivi da richiedere ai concorrenti ha indotto le singole amministrazioni a formare elenchi di imprese di fiducia¹⁰² che avessero già di-

tatti non desiderati e sottostare ad una concorrenza spesso irragionevole, e perché la scelta dei concorrenti, per quanto ispirata a criteri rigorosi, non può essere fatta dall'Amministrazione che in senso negativo e relativo, escludendo cioè l'impresa sfavorevolmente note e accettando quelle anche poco conosciute o poco sicure, quando non se ne presentino delle migliori. Non il prezzo più vantaggioso, perché in molte province le imprese hanno tendenza a coalizzarsi e sanno regolare i pubblici incanti in modo da eliminare la concorrenza, mentre in altre provincie la concorrenza si esplica così sfrenatamente da indurre gl'impresari ad offerte eccessive con danno loro e grave pericolo per la buona esecuzione delle opere».

¹⁰⁰ Cfr. LUCIFREDI, *Per la moralizzazione dei pubblici appalti*, in *Nuova Rass. legisl.*, 1946, 193.

¹⁰¹ C. VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, 1950, 3° ed., vol. II, 314.

¹⁰² F. GARRI, voce *Appalto pubblico*, in *Novissimo Dig., Appendice*, vol. I, Torino, 1980, 330.

mostrato la loro capacità nell'adempimento di precedenti contratti¹⁰³. La segretezza di tali elenchi e delle regole per l'iscrizione di nuove imprese ha tuttavia determinato una forte limitazione della concorrenza e agevolato le discriminazioni.

La successiva istituzione dell'albo nazionale degli appaltatori di opere pubbliche presso il ministero dei lavori pubblici¹⁰⁴ è un tentativo volto al superamento degli indicati incon-

¹⁰³ Le peculiarità del nostro ordinamento avevano indotto ad introdurre una disciplina volta ad evitare la conclusione di contratti da parte della pubblica amministrazione con soggetti collegati ad organizzazioni mafiose che peraltro è risultata inefficace (l. 31 maggio 1965, n. 575, *Disposizioni contro la mafia*. In precedenza con la l. 27 dicembre 1956, n. 1423, si era tentato di evitare l'accesso a determinate attività da parte di soggetti ritenuti pericolosi per la sicurezza pubblica e per pubblica moralità, indicando specifiche misure di prevenzione). L'obbiettivo era quello di prevedere una serie di impedimenti in capo alle persone alle quali fosse stata applicata una misura di prevenzione impedendogli di concludere contratti di appalto, di cottimo fiduciario, di fornitura di opere, beni e servizi riguardanti la pubblica amministrazione oltre al divieto della loro iscrizione negli albi di appaltatori o di fornitori di opere, beni e servizi riguardanti la pubblica amministrazione e nell'Albo nazionale costruttori. Tuttavia le certificazioni cosiddette «antimafia» hanno comportato un aggravamento degli oneri per tutti i concorrenti ai pubblici appalti senza peraltro raggiungere l'obbiettivo prefissato; per questo motivo sono state oggetto di numerose, anche recenti, modifiche normative: in particolare si è prevista la comunicazione delle informazioni e della dichiarazione sostitutiva della certificazione antimafia attraverso i collegamenti informatici e telematici fra amministrazioni e prefetture: l. 17 gennaio 1994, n. 47 ed il successivo d. lg. 8 agosto 1994, n. 490, che innova la disciplina precedente della l. 31 maggio 1965, n. 575, *Disposizioni contro la mafia*, modificata dalla l. 19 marzo 1990, n. 55 che ne aveva ampliato gli interventi in materia di prevenzione. Da ult. art. 15 del d.l. 25 marzo 1997, n. 67, convertito con la l. 23 maggio 1997, n. 135, *Disposizioni urgenti per favorire l'occupazione*. Da ultimo si veda il d.p.r. 3 giugno 1998, n. 252, che ha provveduto anche ad escludere l'obbligatorietà di tale documentazione per i provvedimenti, gli atti, i contratti e le erogazioni il cui valore complessivo non supera i 300 milioni (art. 1, lett. e).

¹⁰⁴ R.d. 25 giugno 1936, n. 1538, si è stabilita la formazione dell'albo nazionale e degli albi locali degli appaltatori di opere pubbliche ed in seguito

venienti; in tale albo pubblico venivano iscritti i soggetti di provata capacità tecnica, senza peraltro sostituire integralmente gli elenchi delle singole amministrazioni. L'utilità di ogni elenco ufficiale di appaltatori, o più in generale di imprese di fiducia, è strettamente collegata alla tipologia delle informazioni raccolte, alle relative modalità di accertamento e soprattutto alla frequenza dell'aggiornamento dei dati registrati.

Anche nel successivo Albo nazionale costruttori¹⁰⁵, ove le imprese venivano iscritte secondo le diverse tipologie di attività ed in relazione all'importo massimo dei lavori che potevano assumere¹⁰⁶, non si erano previste verifiche e aggiornamenti periodici che assicurassero la persistenza degli indicati requisiti. L'iscrizione assumeva perciò la veste di privilegio, poiché, una volta acquisito, esso restava sostanzialmente immutato, mentre potevano venir meno nel tempo le garanzie per l'amministrazione circa la sussistenza delle qualità dell'impresa.

Simili albi potevano risultare addirittura dannosi poiché l'iscrizione, costituendo l'unico requisito richiesto dall'amministrazione per comprovare la capacità dell'impresa, non eliminava i rischi di aggiudicazione ad un contraente inaffidabile e liberava l'amministrazione dall'onere di individuare i mezzi più idonei di accertamento della capacità dei concorrenti.

dalla l. 30 marzo 1942, n. 511. In precedenza già la circolare ministeriale ll.pp. 10 settembre 1869 con cui si creava presso il Ministero un registro in cui riportare tutte le informazioni circa gli appaltatori ed eventuali rapporti riservati sulla moralità e solvibilità degli stessi. Le critiche all'arbitrarietà di tali giudizi determinano l'emanazione di una successiva circolare del 28 marzo 1912, ove si afferma la necessità di togliere all'arbitrio dei funzionari del Genio civile i criteri di ammissibilità alle aste. Sull'organizzazione del Ministero dei lavori pubblici: G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna 1996, 104 e s.; G. PASTORI, *La pubblica amministrazione*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato - A. Barbera, V ed., 1997, 228 e s.

¹⁰⁵ L. 10 febbraio 1962, n. 57, *Istituzione dell'Albo nazionale dei costruttori*.

¹⁰⁶ Cfr. l. 10 febbraio 1962, n. 57, cit., art. 5.

Le indicate carenze hanno evidenziato la necessità di un' incisiva riforma, sollecitata anche dalla disciplina europea, la quale ha introdotto specifici criteri di selezione qualitativa volti a garantire l'affidabilità dell'imprenditore che si aggiudicherà l'appalto¹⁰⁷. Si è ritornati così al dovere per l'amministrazione pubblica di accertare in capo ad ogni concorrente la sussistenza dei requisiti di qualificazione distinti per capacità tecnica, economica, finanziaria e morale¹⁰⁸; ma difficoltà permangono nell'individuazione delle condizioni che escludono tali capacità e nella definizione delle modalità di prova delle stesse nei diversi Stati europei.

È oggi possibile escludere dalla gara pubblica il concorrente che abbia riportato una condanna, con sentenza passata in giudicato, per un reato che incida gravemente sulla sua moralità professionale¹⁰⁹ ovvero che nell'esercizio della propria attività professionale abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'ente appaltante¹¹⁰. Ana-

¹⁰⁷ Cfr. ad es. l'art. 24 e s. della dir. 93/37/CEE, cit. ed il relativo recepimento con gli artt. 18 e s. del d. lg. 406/91, cit., di cui peraltro è disposta l'abrogazione con l'entrata in vigore del *Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici, ai sensi dell'art. 3 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni*, art. 231.

¹⁰⁸ D. DE PRETIS, *I requisiti di partecipazione alle gare e i limiti alla discrezionalità dell'amministrazione*, in *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizi pubblici*, a cura di F. Mastragostino, Padova, 1998, 113 e s.

¹⁰⁹ F.G. COCA, *Sospensione e cancellazione dell'impresa dall'Albo nazionale costruttori e sostituzione nelle cariche delle persone inquisite o condannate*, in *Riv. trim. appalti*, 1993, 771, ove si afferma che la condanna di un rappresentante o amministratore deve essere valutata come sintomo «in presenza del quale è giustificato verificare se l'affidabilità dell'impresa persista ed eventualmente operare affinché essa venga reintegrata, sempre considerandola una qualità dell'impresa nel suo complesso».

¹¹⁰ Art. 18, comma I, lett. c) e d) del d. lg. 406/91, cit., sostituito con l'entrata in vigore dell'art. 52 del *Regolamento attuativo della legge quadro 109/94 (Merloni) e successive modificazioni*, cit. (art. 17, l. 109/94 cit.).

logamente può essere escluso l'imprenditore in stato di fallimento, di liquidazione, di cessazione di attività, di concordato preventivo o di qualsiasi altra situazione equivalente — secondo la legislazione italiana o la legislazione straniera, se trattasi di soggetto di altro Stato —, ovvero verso il quale una simile procedura sia in corso¹¹¹. Occorre inoltre provare la regolarità dell'assolvimento degli obblighi in materia di contributi sociali ed in materia di imposte e tasse secondo la legislazione italiana o la legislazione dello Stato di residenza¹¹², e che non abbia rilasciato false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per concorrere alla gara¹¹³.

La prova degli indicati requisiti può essere fornita attraverso il certificato del casellario giudiziale, il certificato rilasciato dalla cancelleria del tribunale fallimentare e l'iscrizione all'albo nazionale dei costruttori¹¹⁴ (che peraltro sconta l'inedeguatezza sopra rilevata). Per attestare la capacità tecnico-professionale può essere richiesta dall'amministrazione pub-

¹¹¹ Art. 18, comma I, lett. a) e b) del d. lg. 406/91, cit.

¹¹² Art. 18, comma I, lett. e) ed f) del d. lg. 406/91, cit.

¹¹³ Art. 18, comma I, lett. g) del d. lg. 406/91, cit.

¹¹⁴ Art. 18, comma II, del d. lg. 406/91, cit. In particolare l'iscrizione all'albo «costituisce presunzione di idoneità in relazione a quanto previsto dall'art. 18, comma 1, lettere a), b), d) e g), dall'art. 20, comma 1, lettere b) e c), e dall'art. 21, comma 1, lettere b) e d). I dati risultanti dall'iscrizione ad albi o liste ufficiali di costruttori non possono essere revocati in dubbio, ma può sempre essere richiesta un'attestazione supplementare relativa al pagamento dei contributi sociali»: art. 19, comma IV, del d. lg. 406/91, cit. Cfr. A. CANCRINI, *Insufficienza delle attuali forme di garanzia della Pubblica Amministrazione in Italia: l'assicurazione anche come possibile mezzo di qualificazione delle imprese*, in *Riv. trim. appalti*, 1990, ove si propone di inserire i costi assicurativi, sopportati dagli appaltatori, tra gli elementi idonei a garantire la qualificazione delle imprese. Bassi costi assicurativi consentirebbero al committente di desumere con buon grado di certezza che quella è un'impresa che nel passato non ha commesso gravi negligenze o troppi danni nell'esercizio della sua attività.

blica l'iscrizione alla Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, o ad analogo registro dei vari stati membri¹¹⁵. La capacità economica e finanziaria può essere attestata con idonee dichiarazioni bancarie, con i bilanci dell'impresa o relativi estratti, quando la pubblicazione ne sia obbligatoria in base alla legislazione dello Stato di residenza del concorrente, ovvero con dichiarazioni concernenti la cifra di affari, globale e in lavori, dell'impresa negli ultimi tre esercizi¹¹⁶; ma anche a questi fini si ritiene normalmente sufficiente l'iscrizione all'Albo nazionale dei costruttori¹¹⁷.

La rilevata¹¹⁸ inadeguatezza dell'Albo nazionale dei costruttori, alla cui riforma si è giunti con difficoltà¹¹⁹, ha porta-

¹¹⁵ Art. 25 della dir. 93/37/CEE, cit.

¹¹⁶ Art. 20 del d. lg. 406/91, cit.

¹¹⁷ Art. 19, comma V e VI, del d. lg. 406/91, cit. Cfr. altresì d.m. ll.pp. 9 marzo 1989 n. 172, art. 15, *Regolamento per l'attuazione dell'albo nazionale costruttori*.

¹¹⁸ Cfr. ad es. la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 29 aprile 1994 che riconosceva alla stazione appaltante in relazione al periodo di validità annuale del certificato A.N.C «il compito di provvedere alla valutazione dei dati successivi al rilascio del certificato sui quali l'albo non è stato in condizioni di portare il suo esame».

¹¹⁹ In un primo tempo si è previsto che «a decorrere dal 1° gennaio 2000, all'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento di lavori pubblici provvedono direttamente le stazioni appaltanti, sulla base dei medesimi criteri»: art. 8 comma VII, ultima parte, l. 11 febbraio 1994, n. 109, *Legge quadro in materia di lavori pubblici*, successivamente si è previsto che: «fino al 31 dicembre 1999, il Comitato centrale dell'Albo nazionale dei costruttori dispone la sospensione da tre a sei mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento di lavori pubblici nei casi previsti dall'articolo 24, primo comma, della direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993»: art. 8, comma VII, l. 11 febbraio 1994, n. 109, come mod. dal d.l. 3 aprile 1995, n. 101, conv. in l. 2 giugno 1995, n. 216, *Legge quadro in materia di lavori pubblici*, che nella II parte prevede inoltre che «Resta fermo quanto previsto dalla vigente disciplina antimafia ed in materia di misure di prevenzione. Ai fini dell'applicazione delle disposizioni di cui al primo periodo, sono abro-

to all'istituzione di un nuovo sistema di qualificazione delle imprese¹²⁰.

Si tratta di un sistema di qualificazione unico per tutti gli esecutori di lavori pubblici, articolato in rapporto alle tipologie ed all'importo dei lavori stessi; ma la novità di maggior rilievo consiste nella limitazione del periodo di validità della qualificazione, che si prevede non inferiore a due anni e non superiore a tre¹²¹. La verifica della qualificazione delle imprese è affidata ad «organismi di diritto privato di attestazione», i quali devono attestare la perdurante esistenza in capo ai soggetti che intendano partecipare ad appalti pubblici dei «requisiti di ordine generale nonché tecnico-organizzativi ed economico-finanziari conformi alle disposizioni comunitarie in materia di qualificazione»¹²². Con regolamento¹²³ vengono de-

gate le norme incompatibili relative alla sospensione e alla cancellazione dall'Albo di cui alla legge 10 febbraio 1962, n. 57, e sono inefficaci i procedimenti iniziati in base alla normativa previgente».

¹²⁰ Art. 8 comma VII, ultima parte, l. 11 febbraio 1994, n. 109, cit., (mod. dal d.l. 3 aprile 1995, n. 101, conv. in l. 2 giugno 1995, n. 216, cosiddetta legge Merloni *bis*, nuovamente modificata e integrata, da ultimo, dalla legge n. 18 novembre 1998, n. 415, cosiddetta legge Merloni *ter*).

¹²¹ Art. 8, comma IV, lett. g), l. n. 109/94, cit., come mod. dalla l. n. 415/98, cit.

¹²² Art. 8, comma II, lett. b), della l. 11 febbraio 1994, n. 109, cit., sul punto modificata dalla l. 18 novembre 1998, n. 415, cosiddetta legge Merloni *ter*.

¹²³ D.p.r. 25 gennaio 2000, n. 34, *Regolamento concernente il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 8 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni*, che disciplina il sistema unico di qualificazione di cui all'articolo 8 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni. L'attestazione di qualificazione rilasciata a norma del Regolamento costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici. L'art. 8, comma XI, quater, della l. 11 febbraio 1994, n. 109, cit., prevede che la certificazione di qualità consenta la riduzione del 50% della cauzione e della garanzia fidejussoria.

finite le modalità ed i criteri di autorizzazione degli organismi di attestazione, unitamente ai necessari requisiti soggettivi, organizzativi, finanziari e tecnici, ma soprattutto si deve garantire la loro piena indipendenza rispetto ai soggetti esecutori dei lavori pubblici¹²⁴.

La generale previsione che «i soggetti operanti in materia di lavori pubblici devono essere qualificati ed improntare la loro attività ai principi della qualità, della professionalità e della correttezza»¹²⁵ non pare limitata all'esecuzione del contratto, ma deve informare anche la fase precontrattuale di selezione, nella quale i partecipanti sono tenuti a comportarsi correttamente.

L'istituzione di un sistema unico di qualificazione, quantomeno negli appalti di lavori pubblici, contribuisce a superare le questioni collegate alla facoltà della parte pubblica di scegliere quali certificazioni richiedere per la prova della qua-

¹²⁴ Art. 8, comma IV, della l. 11 febbraio 1994, n. 109, cit., come mod. dalla l. 18 novembre 1998, n. 415, cit., che trova attuazione negli artt. 5 e s. del d.p.r. 25 gennaio 2000, n. 34, cit., in particolare all'art. 7 si prevede che le «Società Organismi di Attestazione» sono costituite nella forma delle società per azioni, la cui denominazione deve comprendere la locuzione «organismi di attestazione» e lo statuto deve prevedere come oggetto esclusivo lo svolgimento dell'attività di attestazione secondo le norme del Regolamento e di effettuazione dei connessi controlli tecnici sull'organizzazione aziendale e sulla produzione delle imprese di costruzione, nonché sulla loro capacità operativa ed economico-finanziaria. Non si è esclusa la possibilità di «eventuali situazioni di controllo o di collegamento, individuate secondo quanto previsto dall'articolo 2359 del codice civile», ma in tali casi si richiede che la composizione e la struttura organizzativa della SOA assicurino: «il rispetto del principio di indipendenza di giudizio e l'assenza di qualunque interesse commerciale, finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori».

¹²⁵ Art. 8, comma I, l. 11 febbraio 1994, n. 109, *Legge quadro in materia di lavori pubblici*, (mod. dal d.l. 3 aprile 1995, n. 101, conv. in l. 2 giugno 1995, n. 216, cosiddetta legge Merloni *bis*, nuovamente modificata e integrata, da ultimo, dalla legge 18 novembre 1998, n. 415, cosiddetta legge Merloni *ter*).

lificazione dei concorrenti, possibilità già limitata dalle prescrizioni generali e astratte poste nel (bando-tipo)¹²⁶ al fine di garantire uniformità di comportamenti delle pubbliche amministrazioni. Il nuovo sistema di qualificazione dovrebbe evitare la richiesta di certificazioni non rilevanti o incongrue in relazione al contratto che si vuole stipulare¹²⁷, e superare così le conseguenti limitazioni della concorrenza¹²⁸.

In molti casi non pare più possibile prevedere l'obbligo di fornire certificazioni a pena di esclusione del concorrente dalla gara¹²⁹ in relazione agli obblighi di acquisizione del re-

¹²⁶ Così il d.p.c.m. 10 gennaio 1991, n. 55, *Regolamento recante disposizioni per garantire omogeneità di comportamenti delle stazioni committenti relativamente ai contenuti dei bandi, avvisi di gara e capitolati speciali, nonché disposizioni per la qualificazione dei soggetti partecipanti alle gare per l'esecuzione di opere pubbliche*.

¹²⁷ T.a.r. Piemonte, sez. II, 6 ottobre 1994, n. 461, *Soc. Faresina c. Min. Giust.*, in *Giur. it.*, 1995, III, 1, 181, afferma l'illegittimità della prescrizione del bando di gara che richiede per il direttore tecnico e gli amministratori con poteri di rappresentanza, l'allegazione del certificato dei carichi pendenti, mentre sulla base dell'art. 18, comma I, lett. c), d.lg. n. 406 del 1991 rileva solo l'avvenuta condanna per determinati reati. T.r.g.a. Trentino-Alto Adige, sede Trento, 19 dicembre 1995, n. 332, *Impresa Moschini c. Itca*, in *Trib. amm. reg.*, 1996, I, 506.

¹²⁸ Cfr. Commissione Europea, *Progetto di comunicazione interpretativa su: le concessioni nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, Comunicazione del 24 febbraio 1999, cit.

¹²⁹ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, decisione 30 gennaio 1998, n. 120, in *Foro it.*, 1999, 268, con nota di M. OCCHIENA, nella decisione si afferma che seppur talune dichiarazioni erano richieste a pena di esclusione non si è considerata in violazione della *par condicio* la richiesta di completare o chiarire certificati, documenti e dichiarazioni, anche in base all'art. 21, comma III, d. lg. 406/91, cit. che prevede che: «L'amministrazione aggiudicatrice può invitare i concorrenti a completare o a chiarire la documentazione e le dichiarazioni presentate a riprova della sussistenza dei requisiti previsti dal presente titolo». Consiglio di Stato; sez. V, decisione 27 ottobre 1995, n. 1487, *Soc. CREA c. Com. di Lucca e Compagnie générale des eaux*, in *Cons. Stato*, 1995, I, 13, ove si afferma che il principio generale dell'autoresponsabilità delle par-

sponsabile del procedimento¹³⁰; l'efficacia di tali norme, se limitata all'ordinamento nazionale, potrebbe avere effetti discriminatori tra imprese necessariamente coadiuvate dall'amministrazione nel reperimento delle certificazioni ed imprese di altri Stati membri delle Comunità europee, sulle quali graverebbe interamente l'onere stesso.

Le qualità dell'imprenditore, normalmente, non interferiscono con il criterio di aggiudicazione, perché si considera necessaria e sufficiente la sussistenza di requisiti minimi richie-

ti in ordine alla manifestazione della volontà precontrattuale non esclude l'applicazione dell'art. 6, l. 241/90, cit., che prevede anche la richiesta di precisazioni relative all'interpretazione di istanze poco chiare. Si veda inoltre l'art. 11, comma I quater, l. 109/94, cit., che prevede prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate la richiesta ad almeno il 10 per cento degli offerenti, scelti con sorteggio pubblico, «di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, i soggetti aggiudicatori procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, alla escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'articolo 4, comma 7, nonché per l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'articolo 8, comma 7», analoga richiesta è rivolta «anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta ed alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione».

¹³⁰ Art. 18, comma II e II, l. 241/90, cit., e per i casi di autocertificazione: l. 4 gennaio 1968, n. 15, *Norme sulla documentazione amministrativa e sulla legalizzazione e autenticazione di firme*, art. 20 e l. n. 127/97, cit. Più semplicemente richiede ai concorrenti la dichiarazione dell'assenza di situazioni che determinerebbero l'esclusione: art. 75, *attuativo del Regolamento della legge quadro in materia di lavori pubblici (109/94) e successive modificazioni*, cit.

sti¹³¹. Solo nella licitazione privata tali requisiti possono essere valutati in sede di preselezione per limitare il numero dei soggetti da invitare a presentare l'offerta: si ammette la possibilità di prevedere nel bando la cosiddetta «forcella» che individua il numero minimo e massimo di soggetti che verranno invitati a presentare l'offerta¹³² con la conseguenza che, ove il numero degli interessati sia superiore, la disciplina nazionale ha previsto una preselezione in base al «fatturato in lavori triennale posseduto da ciascuno»¹³³.

¹³¹ Art. 22, comma I, dir. 93/37/CEE, cit., ove si prevede che: «1. Nelle procedure ristrette e nelle procedure negoziate, le amministrazioni aggiudicatrici scelgono, sulla base delle informazioni riguardanti la situazione personale dell'imprenditore e delle informazioni e formalità necessarie per la valutazione delle condizioni minime di carattere economico e tecnico che questi ultimi devono soddisfare, i candidati che esse inviteranno a presentare un'offerta o a negoziare, fra quelli che posseggono le qualifiche richieste dagli articoli da 24 a 29». Erroneamente in taluni paesi comunitari le amministrazioni aggiudicatrici prendono in considerazione nella fase di aggiudicazione elementi attinenti ai criteri di selezione (caso Beentjes), con la conseguenza che l'appalto non viene attribuito all'offerta migliore in relazione alla prestazione richiesta, bensì all'offerta presentata dal candidato che ha maggiore esperienza o più peso finanziario degli altri: Libro Verde, *Gli appalti pubblici nell'Unione europea, spunti di riflessione per il futuro*, Comunicazione adottata dalla Commissione il 27 novembre 1996, su proposta del Commissario M. Monti, si tratta di casi in cui i criteri di aggiudicazione si basano, senza molte precisazioni, su aspetti regionali, sociali o ambientali.

¹³² Art. 22, comma II, dir. 93/37/CEE, cit. prevede che: «Le amministrazioni aggiudicatrici, quando attribuiscono un appalto mediante procedura ristretta, possono prevedere la forcella all'interno della quale si collocherà il numero delle imprese che esse intendono invitare. In questo caso, la forcella è indicata nel bando di gara. La forcella è stabilita in funzione della natura dell'opera da realizzare. La cifra meno elevata della forcella non deve essere inferiore a cinque. La cifra superiore della forcella può essere fissata a venti».

¹³³ Art. 27, comma II e III, d. lg. 406/91, cit.: «2. Nella licitazione privata e nell'appalto-concorso l'amministrazione aggiudicatrice di norma prevede, facendone menzione nel bando di gara, i numeri minimo e massimo entro i quali si collocherà il numero delle imprese che si intendono invitare. Il nume-

Le difficoltà di tale preselezione hanno indotto il legislatore nazionale a riproporre la regola generale dell'invito a presentare l'offerta a tutti i richiedenti in possesso dei requisiti minimi indicati, mentre solo per appalti di valore minore si è prevista una forma di licitazione privata «semplificata». Questa consente di ridurre il numero degli invitati attraverso un complicato meccanismo¹³⁴ di rotazione negli inviti delle imprese che possono presentare un numero limitato di domande di partecipazione a tutte le gare bandite dalle singole amministrazioni nell'anno successivo, con favore per il principio di rotazione rispetto alla preferenza per i soggetti che risultino maggiormente qualificati rispetto ad altri.

L'esigenza di limitare il numero dei soggetti da invitare alle licitazioni private può ricollegarsi all'onere della parte

ro minimo deve essere pari o superiore a cinque e quello massimo pari a ventuno. In ogni caso, il numero dei candidati ammesso a presentare offerte deve essere sufficiente ad assicurare una concorrenza effettiva. Qualora il numero dei candidati che si sono qualificati sia superiore a ventuno, l'amministrazione aggiudicatrice procede alla scelta collocando i candidati da invitare in ordine decrescente secondo il fatturato in lavori triennale posseduto da ciascuno e dopo aver suddiviso in tre gruppi di uguale numero il totale dei candidati. Allorquando il numero totale dei candidati non sia divisibile per tre, il resto viene attribuito al gruppo intermedio se dispari e, rispettivamente, al primo ed al terzo gruppo se pari. L'amministrazione individua, quindi, i candidati da invitare, scegliendone sette da ciascuno dei tre gruppi, applicando indici selettivi, da specificare con il decreto di cui al comma 3, volti a favorire una adeguata rotazione negli inviti tra i soggetti idonei all'affidamento e a fornire maggiori garanzie di tempestiva esecuzione dei lavori. 3. Con decreto del Ministro dei lavori pubblici, da emanarsi entro quattro mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, e con eventuale revisione ogni due anni, saranno definiti gli indici selettivi di cui al comma 2 e le relative modalità di applicazione».

¹³⁴ C. E. GALLO, *Licitazione privata e vicende della discrezionalità amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1999, 173 e s., ove si evidenzia che un meccanismo così complicato comporta la necessità di un'anticipata programmazione non soltanto da parte dell'amministrazione, ma anche da parte degli appaltatori.

pubblica di accertare i requisiti di tutti i richiedenti, mentre nell'asta la valutazione contestuale dell'offerta e dei requisiti di qualificazione consente di verificarli solo in capo ai soggetti che abbiano presentato le offerte migliori. La differenza tra i due metodi appare oggi limitata proprio a questo aspetto, con la conseguenza che nella scelta della licitazione privata, occorre valutare l'utilità di una separata e più complessa fase di preselezione.

In ogni caso, un'oggettiva ed approfondita verifica dei requisiti di qualificazione dei concorrenti alle gare pubbliche appare essenziale all'affidamento trasparente degli appalti pubblici; in tale prospettiva pare d'interesse la riproposizione da parte della Commissione europea in chiave innovativa di cosiddette «liste nere», come strumento anti-corrruzione in cui inserire soggetti da escludere dalle procedure di aggiudicazione non discrezionalmente, ma in relazione alla commissione di delitti connessi alla criminalità organizzata¹³⁵.

4. *L'individuazione della migliore offerta in ragione di un «criterio di aggiudicazione». L'aggiudicazione al prezzo più basso. La correttezza del recesso dalle trattative con gli altri concorrenti. Ribassi eccessivi, tutela dei lavoratori e aggiudicazione ad un prezzo «equo». Ritorno al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso e riproposizione della questione dei ribassi eccessivi o anomali. Il difetto di professio-*

¹³⁵ Comunicazione adottata dalla Commissione europea l'11 marzo 1998, COM (98)143, *Gli appalti pubblici nell'Unione europea*, 2.2.6, ove si ricorda che: «il Consiglio europeo di giugno 97 ha adottato un Piano d'azione per la lotta contro la criminalità organizzata, che contiene una raccomandazione alla Commissione ed agli Stati membri affinché prevedano la possibilità di escludere dalle procedure di aggiudicazione un offerente che abbia commesso un delitto connesso alla criminalità organizzata o che, per tale delitto, sia indagato od oggetto di azioni giudiziarie».

nalità dell'amministrazione nella verifica delle offerte anormalmente basse. Determinazione della soglia di anomalia e reintroduzione dell'esclusione automatica negli appalti privi di rilievo europeo.

Le offerte presentate dai concorrenti alle gare pubbliche costituiscono, come si è detto, proposte irrevocabili valide fino all'aggiudicazione del contratto, che la pubblica amministrazione deve confrontare tra loro per individuare la migliore in applicazione del criterio di aggiudicazione indicato nel bando.

L'aggiudicazione del contratto al miglior offerente determina il rigetto delle «proposte» di tutti gli altri concorrenti ed il recesso dalle trattative instaurate con essi. L'applicazione del criterio di aggiudicazione predefinito, conosciuto e accettato da parte di tutti i concorrenti, consente all'amministrazione di recedere correttamente dalle trattative instaurate con ogni offerente non aggiudicatario, dal momento che essi sono consapevoli di partecipare ad una trattativa che coinvolge più soggetti ed hanno accettato il rischio che un altro concorrente presenti un'offerta migliore della propria¹³⁶. Si tratta del normale rischio connesso alla partecipazione a trattative che possono comportare dei costi, ma forniscono l'opportunità di ottenere il vantaggio connesso alla stipulazione del contratto.

Definita la prestazione, il criterio secondo cui aggiudicare il contratto dovrebbe essere nei contratti passivi, quello che comporta la minore spesa (prezzo più basso) per la pubblica

¹³⁶ Solo la scorrettezza dell'amministrazione nel condurre le trattative in violazione delle norme che le regolano quale ad esempio la non corretta applicazione del criterio di aggiudicazione può determinare un danno risarcibile in capo al concorrente che subisce la lesione: v. *infra* cap. VI.

amministrazione, nei contratti attivi, quello della maggiore entrata¹³⁷.

Tuttavia, nei contratti passivi il concetto di «offerta migliore» si è modificato nel tempo, poiché non sempre si è ritenuto di dover aggiudicare il contratto a chi avesse presentato l'offerta «oggettivamente migliore», ma sono stati introdotti criteri di aggiudicazione che hanno privilegiato un'offerta diversa, ritenuta dall'amministrazione aggiudicatrice «soggettivamente» migliore, secondo regole che comportavano la rinuncia al prezzo più basso. Le ragioni che hanno giustificato tali previsioni possono in buona parte ricondursi alle già richiamate difficoltà nella valutazione dei requisiti di capacità dei concorrenti e, più in generale, dell'affidabilità degli offerenti che proponevano «ribassi eccessivi», unitamente alla carenza di clausole contrattuali idonee a tutelare la parte pubblica dai possibili inadempimenti.

Le soluzioni adottate, volte a scegliere l'offerta più vicina ad un ipotetico prezzo «equo», non si sono dimostrate risolutive, rendendo auspicabile il ritorno alla maggiore convenienza economica dell'offerta.

In tal senso si è posta la disciplina europea, che ha vietato ogni criterio di aggiudicazione che privilegi il prezzo «equo» e determini la casualità dell'aggiudicazione¹³⁸, ammettendo unicamente il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso insieme a quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

¹³⁷ Il criterio originariamente adottato per la scelta del contraente è stato infatti quello del prezzo più basso, poiché se la prestazione offerta da tutti i concorrenti è la medesima appare logica la scelta di quella meno onerosa, allo stesso modo in cui posto in vendita un bene si accetta l'offerta più elevata.

¹³⁸ Corte di giustizia Ce, sentenza 28 marzo 1985, C 274/83, *Commissione Ce c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1985, 1077, ove si respinge la tesi del Governo italiano secondo la quale il criterio della media permette (grazie alle specifiche modalità di applicazione definite nell'art. 4, l. n. 14 del 1973, cit.) di determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa.

sa¹³⁹. Il ritorno alla previsione del favore per il prezzo più basso, similmente a quanto previsto nella disciplina ottocentesca, rinnova l'interesse per le questioni non risolte in passato, perché possono ripresentarsi, con la conseguente necessità di avanzare soluzioni innovative.

Pare di interesse ricordare che le norme sulla contabilità di Stato di fine Ottocento prevedevano varie modalità di gara. Gli avvisi d'asta dovevano infatti prevedere il «metodo» da seguire negli incanti, «secondoché le circostanze, l'importanza o la qualità del contratto lo facciano reputare più vantaggioso allo Stato»¹⁴⁰ nell'alternativa fra l'estinzione di «candela vergine» e la presentazione di «offerte segrete»¹⁴¹. Questo secondo metodo si realizzava secondo due differenti modalità: in un caso l'amministrazione preparava una scheda segreta contenente «il *maximum* od il *minimum* cui si possa arrivare nell'aggiudicazione»¹⁴² in relazione ai contratti attivi o passivi; nel secondo caso non vi era scheda segreta, ma le offerte dovevano migliorare il prezzo fissato negli avvisi d'asta¹⁴³, poiché diversamente l'incanto veniva dichiarato deserto. In ogni caso, l'aggiudicazione era pronunciata a favore del concorrente che avesse offerto il prezzo più basso nei contratti passivi e quello più alto nei contratti attivi, senza alcuna possibilità di limitare il vantaggio per la parte pubblica.

¹³⁹ V. *infra* par. successivo.

¹⁴⁰ Art. 86, r.d. 4 maggio 1885, n. 3074, *Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*.

¹⁴¹ Per la vendita di particolari beni mobili era invece possibile ricorrere ad un pubblico banditore che avrebbe aggiudicato il bene al miglior offerente: art. 87, I c. lett. b, r.d. 4 maggio 1885, n. 3074, cit.

¹⁴² art. 86, c. III, r.d. 4 maggio 1885, n. 3074, cit. «il *maximum* od il *minimum* cui si possa arrivare nell'aggiudicazione è previamente stabilito dal Ministro o dall'ufficiale da esso incaricato, in una scheda segreta chiusa con sigillo speciale».

¹⁴³ Art. 87, I c. lett. a, c. II, e. art. 90, c. VI, r.d. 4 maggio 1885, n. 3074, cit.

Il metodo che prevedeva l'estinzione di «candele vergini»¹⁴⁴ risultava tratto dalle norme del codice di procedura civile sull'esecuzione immobiliare¹⁴⁵ che, nonostante gli evidenti limiti manifestati, risultano tuttora vigenti¹⁴⁶. La presentazione delle offerte avveniva verbalmente, migliorando il prezzo base d'asta fino a quando non si fosse spenta, dopo le prime tre, una candela¹⁴⁷ senza ulteriori offerte¹⁴⁸; ma le incertezze e le difficoltà di applicazione col tempo ne hanno determinato l'abbandono¹⁴⁹, poiché occorreva accertare che «circostanze acci-

¹⁴⁴ Art. 89 del r.d. 4 maggio 1885, n. 3074, cit.

¹⁴⁵ Art. 581 c.p.c.: «*Modalità dell'incanto*: L'incanto ha luogo davanti al giudice dell'esecuzione, nella sala delle udienze pubbliche, col sistema della candela vergine». Sono opportunamente in corso progetti di riforma dell'esecuzione immobiliare.

¹⁴⁶ Art. 534 e s. c.p.c. per l'espropriazione mobiliare e artt. 576 e s. per quella immobiliare.

¹⁴⁷ Le candele erano normalmente dei cerini che ardevano circa in un minuto (come ancora oggi previsto dall'art. 581, c. III, c.p.c.) e venivano infissi in uno speciale apparecchio fornito dall'intendenza di finanza.

¹⁴⁸ Parere del Consiglio di Stato, Sez. Finanze, 2 marzo 1906, *L. Patria*, in *Foro it.*, 1926, III, 66, sul ricorso in via gerarchica al governo del Re da parte dell'aggiudicatario contro l'annullamento del prefetto degli atti d'incanto per l'appalto dei dazi di consumo del comune di Casapulla per un quinquennio, basato sul fatto che l'aggiudicazione era stata decretata nel terzo incanto, a favore di chi anteriormente aveva presentato l'aumento del ventesimo, subito dopo lo spegnimento della terza candela senza attendere un'ora dall'apertura dell'asta. Il Consiglio di Stato accoglie il ricorso del privato.

¹⁴⁹ Era possibile ad esempio rilevare la contraddittorietà dei verbali che pur accennando a discussioni dichiarassero la validità dell'aggiudicazione: Consiglio di Stato, IV Sezione, 14 agosto 1914, *Gatti c. Pref. di Lecce*, in *Riv. amm.*, 1914, 936, sugli incanti per l'appalto di un'esattoria, in cui la difficoltà era derivata dal fatto che il segretario verbalizzante doveva anche provvedere all'accensione delle candele con i conseguenti ritardi. Accertate violazioni delle formalità prescritte l'autorità tutoria tendeva ad aggiudicare il contratto al soggetto leso dalla violazione, mentre il Consiglio di Stato normalmente disponeva la rinnovazione dell'ultimo incanto, riaprendo la «concorrenza» alla

dentali» non avessero interrotto «il corso dell'asta» per imprevisti e distrazioni nel breve ardere della candela¹⁵⁰.

Il metodo cosiddetto «a partiti segreti» comportava la presentazione di offerte segrete scritte, opportunamente sigillate, al momento dell'asta o fatte pervenire entro il giorno precedente o a mezzo posta, o per consegna a mani, all'autorità incaricata di presiederla¹⁵¹. Tali offerte andavano confron-

gara: Parere del Consiglio di Stato, a «sezioni unite», 22 marzo 1906, *Serafini c. Barducci*, in *Riv. amm.*, 1906, 762, riguardante l'appalto del dazio di Foggia.

¹⁵⁰ Le incertezze collegate all'utilizzazione di questo metodo delle candele avevano indotto il Consiglio di Stato a escludere che l'aggiudicazione potesse essere definitiva ad unico incanto: Consiglio di Stato, «Sezioni unite», parere 31 marzo 1910, *Consorzio stradale Arsiero-Castana*, in *Foro it.*, 1910, III, 287, ove si impone un secondo incanto sia per le amministrazioni dello Stato, sia per quelle comunali. La durata dell'asta, nel secondo incanto a seguito di miglioramento del ventesimo può essere anche inferiore ad un'ora se viene presentata almeno un'offerta, poiché l'attesa di un'ora è prevista dalla norma solo per dichiarare la deserzione degli incanti: Consiglio di Stato, IV Sezione, 28 aprile 1916, *Liuzzi c. Min. dell'Interno e Congrega di S. Michele Arcangelo di Taranto*, in *Foro it.*, 1916, III, 244; Consiglio di Stato, IV Sezione, 31 maggio 1901, *Nigro*, in *Foro it.*, 1901, III, 152. Per garantire all'amministrazione l'offerta migliore si fissava un termine (cosiddetti «fatali») per la presentazione di un'offerta di ribasso o di aumento del prezzo di aggiudicazione non inferiore al ventesimo. Sulla base di una simile offerta veniva aperto un secondo incanto che conduceva all'aggiudicazione definitiva, assicurando un ulteriore miglioramento dell'offerta grazie anche alla possibile partecipazione di nuovi concorrenti. Dal miglioramento del sesto o del mezzo sesto dell'offerta migliore, si passò a quello del decimo ed infine del ventesimo con l'art. 81 del r.d. 4 settembre 1870, n. 5852, *Regolamento per l'esecuzione della Legge 22 aprile 1869 sulla amministrazione del patrimonio dello Stato e sulla contabilità generale*.

¹⁵¹ Consiglio di Stato, IV Sezione, 27 ottobre 1899, *Cheli c. Com. di Cosenza e Min. dell'Interno*, in *Foro it.*, 1899, III, 145, riguardante la reiezione senza disamina dell'offerta del ricorrente per un supposto vizio di tardività, nell'incanto per l'aggiudicazione di lavori di acquedotto. Il Consiglio di Stato afferma che l'amministrazione appaltante «è libera secondo il suo prudente e incensurabile avviso di approvare o non approvare un'aggiudicazione». Inol-

tate con la «scheda segreta» della pubblica amministrazione, contenente o il prezzo minimo che essa era disposta ad accettare in caso di vendita (contratto attivo), ovvero il massimo che era disposta a pagare per l'acquisto (contratto passivo): se nessuna offerta avesse migliorato a favore dell'amministrazione il prezzo indicato nella scheda segreta, si sarebbe dichiarata l'asta deserta¹⁵², evitando così aggiudicazioni svantaggiose¹⁵³.

tre non pare possibile «propriamente parlare di aggiudicazione finché il contratto non sia stato dalla competente autorità approvato e reso esecutivo», mostrando di aderire alle ricostruzioni che riconducono all'approvazione il momento perfezionativo del vincolo contrattuale.

¹⁵² L'incanto doveva essere ripetuto alle stesse condizioni, tuttavia una volta svelato il limite della scheda non vi sarebbe più tutela dagli accordi fra i concorrenti, i quali avrebbero potuto limitarsi a raggiungere il prezzo fissato.

¹⁵³ Il successo del metodo era affidato alla segretezza del prezzo indicato nella scheda con la conseguenza che la previsione dell'obbligo di comunicarlo ai concorrenti nel caso in cui non sia stato raggiunto e l'incanto sia da dichiararsi deserto, comportava la necessità di variarlo per evitare che i partecipanti alla gara si limitassero a raggiungerlo: art. 90, r.d. 4 maggio 1885, n. 3074, cit.; art. 75, r.d. 23 maggio 1924, n. 827, *Regolamento per l'esecuzione della legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato*. Cfr. Parere del Consiglio di Stato, «Sezioni unite», 15 novembre 1901, *Ministero della guerra*, in *Foro it.*, 1901, III, 34, sul caso di un'asta per la fornitura dei combustibili e della paglia presso il commissariato di Verona, andata deserta perché le offerte non raggiungevano il prezzo della scheda segreta che non era in armonia con le condizioni del mercato. Modificata la scheda al secondo incanto si aggiudicò. La Corte dei conti in via eccezionale registrò il decreto, ma fece rilevare «l'irregolarità» del procedimento che consiste nel mutamento della scheda a favore dei concorrenti. Tale variazione poteva avvenire solo dopo un secondo incanto o un tentativo di trattativa privata. Avvenuta l'aggiudicazione si affermava un assoluto divieto di palesarne il contenuto, divieto «ispirato a gelosi interessi patrimoniali dell'Amministrazione, interessi che la cognizione della scheda può pregiudicare anche in tempo posteriore alla definizione della gara» posto da norme «tassative e inderogabili», la cui violazione determina nullità, non espressamente prevista, ma «virtualmente comminata»:

Il prezzo contenuto nella scheda segreta doveva tendenzialmente corrispondere a quello di mercato, che comunque andava migliorato¹⁵⁴, prevenendo accordi tra privati volti ad aggiudicarsi il contratto ad un prezzo troppo vantaggioso¹⁵⁵. Il

Consiglio di Stato, sez. V, 27 gennaio 1937, *Società finanziaria ditta Trezza c. Pref. di Alessandria e Com. di Castelnuovo Scrivia*, in *Foro it.*, 1937, III, 158.

¹⁵⁴ La scheda segreta doveva essere depositata sul banco ed aperta solo in seguito alla lettura di tutte le offerte ricevute, per confrontarle con essa, a «pena di nullità del procedimento d'asta»: Parere del Consiglio di Stato, Adunanza generale, 18 ottobre 1926, *Scalia c. Prov. di Palermo*, in *Foro it.*, 1927, III, 79, dove si afferma che la scheda segreta dovrebbe essere aperta e controfirmata dal presidente della gara e dall'ufficiale verbalizzante, mentre nel caso di specie pur avvenuta l'aggiudicazione, essa era ancora chiusa. Consiglio di Stato, IV Sezione, 19 gennaio 1935, *S. A. Coop. Imp. Cons. Correggio Emilia c. Pref. Reggio Emilia e Com. di Correggio Emilia*, in *Foro amm.*, 1935, I, I, 97, che sanziona le violazioni di legge consistenti nel mancato deposito della scheda sul banco all'inizio delle operazioni e la comunicazione del suo contenuto anche se si era proceduto all'aggiudicazione. Di conseguenza il Consiglio di Stato annulla il visto di esecutorietà apposto al contratto d'appalto dal prefetto. Non si può ammettere che chi presiede l'asta, avendo preparato la scheda segreta, non la apra, dichiarando di sapere che il prezzo ivi indicato è stato raggiunto poiché la «violazione del precetto formale della legge» determina la mancanza «della garanzia sostanziale di piena regolarità e sincerità dell'atto posto in essere»: Parere del Consiglio di Stato, Adunanza generale, 18 ottobre 1926, cit., l'obbligo di aprire la scheda segreta e verificarne il contenuto sussiste anche nel caso in cui presieda l'incanto lo stesso soggetto che ha compilato la scheda segreta e aggiudicando il contratto, non debba comunicarne il contenuto ai concorrenti. Il contratto, già reso esecutivo con il visto prefettizio, viene posto nel nulla mediante l'annullamento degli atti di gara su ricorso straordinario al Re di un controinteressato.

¹⁵⁵ Occorre evitare che «il più piccolo dubbio» possa «ingenerarsi nell'animo dei partecipanti alla gara sulla correttezza del provvedimento» e «di fronte alla generalità»: Consiglio di Stato, IV Sezione, 12 gennaio 1927, *Mazzei c. Min. delle Finanze e Ramirez e Marra*, in *Foro amm.*, 1927, I, 139, sull'impugnazione del diniego di approvazione del contratto per l'appalto novennale della rivendita di generi di privativa, fondato sull'inadempimento della formalità della lettura delle offerte; cfr. Consiglio di Stato, IV Sezione, 5 giugno 1925, in *Riv. amm.*, 1925, 854. La «regolarità» degli incanti era garan-

limite posto nella scheda segreta era stato introdotto proprio come difesa dalle speculazioni del «ceto degli appaltatori, sempre accortissimo»¹⁵⁶, che anche in passato eliminando la concorrenza costringeva la pubblica amministrazione ad accettare prezzi superiori a quelli di mercato.

Questo rischio era presente negli incanti ad estinzione di candele, o con il pubblico banditore, nei quali l'accordo fra i presenti può determinare un'aggiudicazione conveniente per il solo aggiudicatario, e in tal senso i pareri del Consiglio di Stato chiariscono che la determinazione rispettivamente di un massimo o di un minimo aveva l'obiettivo di consentire la rinnovazione della gara finché non fosse conseguito il «vantaggio su cui l'amministrazione poteva ragionevolmente fare assegnamento»¹⁵⁷. L'incertezza del limite ed il conseguente rischio di non raggiungerlo fungeva da deterrente contro gli accordi in danno della pubblica amministrazione.

L'idea, del tutto opposta, di porre un limite anche al risparmio di spesa determinato dai ribassi nei contratti passivi è stata originariamente considerata in violazione di legge e contraria all'interesse pubblico¹⁵⁸. Un siffatto limite al risparmio

tita dalla rigorosa verbalizzazione di tutte le operazioni, sottoscritta dall'autorità che presiedeva l'asta, dall'impiegato, dall'aggiudicatario, da due testimoni e dal pubblico ufficiale che l'autenticava: art. 96, r.d. 4 settembre 1870, n. 5852, cit.

¹⁵⁶ Parere del Consiglio di Stato, 5 febbraio 1873, adottato, in *Riv. amm.*, 1874, 732.

¹⁵⁷ Parere del Consiglio di Stato, 13 settembre 1872, n. 2623-1393, dal Ministero adottato, in *Riv. amm.*, 1872, 821.

¹⁵⁸ Parere del Consiglio di Stato, 28 maggio 1886, n. 2838-808, *Com. di Tertenia*, in *Riv. amm.*, 1886, 858, ove si afferma che la Giunta municipale che nell'avviso d'asta annuncia addirittura il minimo ed il massimo viola manifestamente gli articoli 86, 90 e 100 del regolamento per la contabilità dello Stato poiché si pone nella «necessità di dover poi aggiudicare l'appalto ad un offerente che non sia il migliore». Il contratto riguardava l'appalto di un dazio di consumo.

di spesa per la pubblica amministrazione venne introdotto solamente nella normativa emanata per favorire le associazioni cooperative di produzione e lavoro costituite fra operai¹⁵⁹ ed incentivare la stipulazione con esse di appalti di lavori mediante licitazione o trattativa privata.

In tali limitate ipotesi, la duplice indicazione del massimo e del minimo importo delle offerte accettabili¹⁶⁰ fu imposta esclusivamente «contro il pericolo di rovinose competizioni»¹⁶¹; non si trattava in questi casi di tutelare la pubblica amministrazione da «scaltri speculatori», bensì di favorire il lavoro di operai riuniti in società cooperative nell'affidamento degli appalti di competenza delle amministrazioni statali¹⁶².

¹⁵⁹ Art. 4, I comma, l. 11 luglio 1889, n. 6216, *Modifica alla legge sulla contabilità generale dello Stato*, «Possono stipularsi a licitazione o a trattative private contratti per l'appalto di lavori con associazioni cooperative di produzione e lavoro, legalmente costituite fra operai, purché il lavoro non superi le lire 100.000, e si tratti di appalti nei quali predomini il valore della mano d'opera».

¹⁶⁰ Art. 14, I comma, r.d. 9 giugno 1898, n. 230, *Regolamento per gli appalti di lavori pubblici a società cooperative di produzione e lavoro*, «Nelle licitazioni private con società cooperative di produzione e lavoro l'amministrazione appaltante avvertirà nel capitolato speciale, che l'aggiudicazione avverrà in base ad una scheda segreta nella quale oltre al minimo sarà indicato anche il massimo ribasso che le società concorrenti possono offrire». Anche oggi la l. 109/94, cit., all'art. 10 lett. b, include tra i soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei lavori pubblici: «i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422, e successive modificazioni», ma senza una disciplina di speciale favore.

¹⁶¹ Parere del Consiglio di Stato, Sez. Interni, 13 agosto 1912, n. 2044, *Com. di S. Giorgio del Piano*, in *Riv. amm.*, 1912, 861, concernente l'appalto comunale per la fornitura di materiale scolastico; Parere del Consiglio di Stato, II Sez., 18 luglio 1902, n. 2044, *Società Cooperativa di Pontelongo*, in *Riv. amm.*, 1902, 822, considera valido per l'aggiudicazione il sorteggio fra due offerte uguali che raggiungevano il massimo ribasso fissato nella scheda segreta della p. a.

¹⁶² Parere del Consiglio di Stato, Sez. Interni, 12 luglio 1902, *Com. di Ie-*

Questo limite posto a favore di soggetti «deboli», con l'esplicito intento di favorire la crescita imprenditoriale di operai associati in cooperative, venne in seguito applicato anche agli altri appalti per tutt'altre ragioni che, col tempo, superarono la *ratio* originaria, tentando di dar soluzione al problema degli eccessivi ribassi e dell'insufficienza delle garanzie poste a favore della pubblica amministrazione. Le ragioni sono chiaramente enunciate dal Consiglio di Stato ove rivela che con tale limite era «consuetudine di schermirsi nei pubblici incanti contro quelle offerte eccessive che, procedendo dai concorrenti inesperti o di mediocre fede, si risolvono poi in imbarazzi e litigi»¹⁶³.

A parte l'ipotesi delle società cooperative, la rinuncia all'offerta più conveniente per la pubblica amministrazione era ritenuta incompatibile con il metodo della licitazione privata, dove il pericolo accennato doveva essere evitato mediante la preselezione dei soggetti da invitare. Solo più tardi venne normativamente prevista la possibilità che la scheda segreta della pubblica amministrazione contenesse, oltre al minimo, anche il limite massimo del ribasso ammissibile¹⁶⁴, nella con-

si, in *Riv. amm.*, 1902, 14, sull'inapplicabilità delle norme di favore per le società cooperative alle amministrazioni comunali; Consiglio di Stato, sez. Int., parere 4 novembre 1898, *Cooperativa di S. Pietro del Cadore*, in *Foro it.*, 1899, III, 10.

¹⁶³ Parere del Consiglio di Stato, 7 febbraio 1890, in *La Legge*, 1890, 140, che ammette la possibilità, benché non prevista dalla legge, di fissare il massimo ribasso che l'amministrazione avrebbe accettato negli appalti di opere comunali.

¹⁶⁴ R.d. 23 maggio 1924, n. 827, cit., art. 75, I e II comma, «Quando l'asta si tiene col metodo delle offerte segrete di cui all'art. 73, lettera b), il limite massimo o minimo che deve essere almeno raggiunto per potersi procedere all'aggiudicazione, viene stabilito preventivamente dal ministro o dall'ufficiale da lui delegato, e indicato in una scheda segreta, chiusa con sigillo speciale. In tale scheda l'amministrazione può anche prefissare il limite di aumento o di ribasso che le offerte non devono oltrepassare» e art. 76, com-

vinzione che un ribasso eccessivo potesse pregiudicare la bontà dell'opera o del servizio appaltato¹⁶⁵ e divenne opinione diffusa che fosse «raccomandabile il sistema della scheda segreta coi limiti del ribasso, perché non sempre fornisce buona merce o buon lavoro chi si impegna a fornirlo a condizioni troppo basse per esso»¹⁶⁶.

L'esperienza rendeva preferibile rinunciare ai ribassi che non lasciavano all'appaltatore alcun margine di onesto guadagno anche «per una grave considerazione morale e di pubblico interesse»¹⁶⁷, poiché ad esempio la convenienza dell'offerta non può compensare il pericolo per la sanità pubblica derivante dal possibile inadempimento di una fornitura di medicinali destinata ai poveri ed al servizio notturno¹⁶⁸; sorge il le-

ma IV: «l'amministrazione può, anche in questa forma di incanto (art. 73, lett. c, per mezzo di offerte segrete da confrontarsi poi col prezzo base indicato nell'avviso d'asta), prefissare il limite di aumento o di ribasso che le offerte non devono oltrepassare. In tale caso il limite suddetto sarà indicato in una scheda segreta sigillata da deporsi ed aprirsi con le modalità di cui al precedente articolo, e dopo l'apertura saranno eliminate dalla gara le offerte che abbiano oltrepassato il limite segnato nella scheda».

¹⁶⁵ Consiglio di Stato, IV Sezione, 19 gennaio 1935, *S. A. Coop. Imp. Cons. Correggio Emilia c. Pref. Reggio Emilia e Com. di Correggio Emilia*, cit.

¹⁶⁶ C. VITTA, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 318.

¹⁶⁷ Parere del Consiglio di Stato, Sez. Interni, 3 maggio 1901, n. 2254-654, *Com. di Castellmare di Stabia*, in *Riv. amm.*, 1901, 715, giustifica l'annullamento degli atti di gara in cui si era ottenuto un ribasso eccessivo poiché evidenzia l'importanza della fornitura di medicinali in un centro di popolazione di 35.000 abitanti e di durata quinquennale.

¹⁶⁸ Non sempre si è rilevato un così grave pericolo da indurre alla rinuncia di un'offerta che eliminasse l'utile dell'appaltatore; così ad esempio nel caso dell'appalto di un'esattoria, la riduzione dell'aggio a zero e addirittura l'offerta di pagare un premio al comune veniva considerata dagli amministratori locali atto che umilia la dignità del comune in quanto espressione della volontà di ergersi sopra gli altri cittadini per «fini reconditi per ragioni amministrative e politiche»; tuttavia il Consiglio di Stato ritenne che l'offerta avrebbe potuto apparire contraria alla moralità e alla finalità della legge solo

gittimo sospetto che il fornitore cerchi un lucro nella quantità o qualità della merce, dal momento che non è possibile prevedere se «per lo scrupoloso adempimento dei patti in così delicata materia, sia disposto ad aggiungere del suo»¹⁶⁹.

La sfiducia negli appaltatori che offrivano ribassi eccessivamente elevati nasceva dalle rilevate carenze nell'accertamento dei requisiti soggettivi e nella definizione della prestazione, con le conseguenti difficoltà di contrastare i frequenti inadempimenti che compromettevano il pubblico interesse e sfociavano inevitabilmente in contenzioso¹⁷⁰.

se non vi fosse alcun utile del privato, utile che invece poteva derivare anche dalle multe e dalla disponibilità del denaro riscosso fino al giorno dell'effettivo pagamento: Consiglio di Stato, IV Sezione, 9 giugno 1893, *Com. di Rocca S. Maria c. Pref. di Teramo e Bilanzola*, in *Foro it.*, 1893, III, 161, ove il comune aveva richiesto l'annullamento dell'aggiudicazione e dell'approvazione prefettizia per violazione della legge che prescrive lealtà e buona fede nei contratti, eccesso di potere per la posizione di superiorità assunta dall'appaltatore, e incompetenza nell'accettazione di una donazione. Il ricorso viene rigettato.

¹⁶⁹ Parere del Consiglio di Stato, Sez. Interni, 3 maggio 1901, n. 2254-654, cit.

¹⁷⁰ Si ammette il pagamento al comune di un premio da parte di chi sia aggiudicato l'appalto di una seconda corsa giornaliera per il servizio postale perché non si ritiene né illecito, né contrario all'ordine pubblico, che, grazie alla concorrenza, si ottenga un vantaggio, quasi a compensazione di tutti i casi in cui «la deficienza di concorrenti o le segrete collusioni fra essi rendono scarsi o nulli i benefici dell'asta»: Parere del Consiglio di Stato, Sez. Int., 16 maggio 1902, *Com. di Alife*, in *Foro it.*, 1902, III, 172, su ricorso del comune per l'annullamento del decreto del prefetto di Caserta che dichiara la nullità dell'aggiudicazione. Il contraente privato che, per aggiudicarsi l'appalto ha ridotto eccessivamente o eliminato il suo utile non può svincolarsi dall'obbligo di adempiere il contratto, né ottenere un risarcimento per l'utile conseguito dal comune. Se il ribasso del cento per cento era stato uno stragemma per annullare il secondo incanto e rendere valido il primo è possibile affermare che «*malitiis non est indulgendum*» e, se dal servizio assunto gli deriva un danno, «do imputi a sé medesimo»: Corte di cassazione di Torino, 9 dicembre 1899, *Arrigo c. Ministero delle Poste*, in *Giur. it.*, 1900, I, 1041, riguardante l'assunzione del servizio pubblico del trasporto postale da Taggia

Per questa ragione nel nostro ordinamento per lungo tempo i contratti della pubblica amministrazione sono stati aggiudicati non a chi avesse offerto il prezzo più basso, ma a chi avesse presentato l'offerta che più si avvicinava alla scheda segreta, ovvero al prezzo ritenuto «equo», calcolato attraverso varie forme di medie fra le offerte presentate da tutti i concorrenti, senza peraltro acquisire alcuna particolare garanzia che l'aggiudicatario, ottenendo un corrispettivo superiore a quello ritenuto remunerativo da altre imprese, sarebbe risultato adempiente¹⁷¹.

Le norme e la giurisprudenza europea hanno vietato l'impiego di criteri di aggiudicazione basati su schede segrete, o sulle medie fra le offerte, imponendo che l'aggiudicazione avvenga secondo il criterio del prezzo più basso ove si consideri esclusivamente il dato economico, oppure dell'offerta economicamente più vantaggiosa ove si valutino anche altri elementi¹⁷²,

alla stazione ferroviaria, da parte del precedente gestore, che dopo quattro mesi di gestione del servizio, «pentito della sua imprudenza, ha sollevato la strana pretesa che l'amministrazione gli dovesse pagare il compenso del detto servizio». Il giudice civile respinge l'eccezione di nullità del contratto per mancanza dell'elemento essenziale del corrispettivo, dal momento che era proprio il contraente privato ad avervi rinunciato nella gara, inoltre il consenso prestato viene considerato libero e non viziato in quanto diversamente con un'offerta del genere si potrebbe rendere nullo ogni incanto.

¹⁷¹ C. PERTOCCHI, *La politica dei lavori pubblici*, cit., 297 e s.

¹⁷² Vieta l'applicabilità del criterio di aggiudicazione che privilegia l'offerta che eguaglia o più si avvicina per difetto alla media delle offerte presentate escludendo che tale criterio possa individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa, poiché tale criterio prevede la valutazione di più elementi e non si basa solamente sul criterio quantitativo della media dei prezzi, mentre i criteri delle medie fra le offerte rendono sostanzialmente casuale l'aggiudicazione: Corte di giustizia Ce, sentenza 28 marzo 1985, C 274/83, *Commissione Ce c. Repubblica italiana*, cit., 1077, ove si afferma l'inesattezza della prospettata compatibilità fra il criterio della media e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

ma che in ogni caso debba essere oggettiva e non casuale¹⁷³.

Eliminati i criteri di aggiudicazione che privilegiavano il prezzo «equo», si ripropone anche nell'ordinamento europeo il problema dei ribassi eccessivi, definiti nel linguaggio di derivazione europea «offerte anormalmente basse».

Come ricordato, la notevole evoluzione nella valutazione dei requisiti soggettivi di capacità tecnica, economica, finanziaria e morale avrebbe dovuto garantire una maggiore affidabilità degli appaltatori; tuttavia la questione più delicata e complessa resta quella della valutazione della «bontà» dell'offerta che appare anormalmente bassa.

La rinuncia all'offerta che presenta il maggior ribasso non ha risolto il problema, anzi ha reso l'aggiudicazione aleatoria, o talvolta soggetta a collusioni fra amministratori pubblici e concorrenti, fra gli stessi concorrenti. Ogni forma di rinuncia all'offerta più bassa, ovvero di esclusione automatica della stessa, presenta quantomeno due aspetti negativi: non favorire lo sviluppo delle imprese più competitive e aumentare la spesa pubblica. È ormai chiaro che procedure di aggiudicazione leali, non discriminatorie e trasparenti riducono il rischio di frode e di corruzione¹⁷⁴.

¹⁷³ L'eliminazione di tutti i differenti criteri di aggiudicazione non appare ancora raggiunta dal momento che di recente si è rilevato che le amministrazioni aggiudicatrici sulla base di disposizioni nazionali non conformi al diritto comunitario applicano «criteri di aggiudicazione fondati su elementi assolutamente estranei a quelli previsti dalle direttive e, pertanto, inaccettabili»: Libro Verde, *Gli appalti pubblici nell'Unione europea, spunti di riflessione per il futuro*, Comunicazione adottata dalla Commissione il 27 novembre 1996, su proposta del Commissario M. Monti, si tratta di casi in cui i criteri di aggiudicazione si basano, senza molte precisazioni, su aspetti regionali, sociali o ambientali. G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M. P. Chiti - G. Greco, Parte speciale, Tomo I, Milano, 1997, 214 e s.

¹⁷⁴ Libro Verde, *Gli appalti pubblici nell'Unione europea*, cit.

La politica europea sugli appalti pubblici è volta alla creazione di un mercato unico fondato sul principio di libera concorrenza, volto a favorire la crescita e lo sviluppo delle migliori imprese europee; per questo non accetta alcun criterio di aggiudicazione che appaia aleatorio o casuale e che avrebbe l'effetto di scoraggiare la partecipazione alle gare¹⁷⁵. Lo sviluppo di una concorrenza reale nel settore degli appalti pubblici determina anche l'ulteriore effetto positivo del risparmio di spesa per le amministrazioni e giustifica il rifiuto delle altre offerte con l'obbiettivo maggior convenienza di quella scelta.

Alla luce delle esperienze passate, appare dunque «pericoloso» sia rifiutare automaticamente le offerte che appaiano troppo basse, sia accettarle: per questo motivo le norme di derivazione europea hanno imposto l'obbligo di procedere alla verifica della «bontà» delle offerte anormalmente basse¹⁷⁶. La valutazione dell'anomalia deve avvenire in contraddittorio con l'impresa interessata, alla quale vengono richieste per iscritto spiegazioni e precisazioni sugli elementi costitutivi dell'offerta che l'amministrazione aggiudicatrice deve verificare¹⁷⁷. In particolare le giustificazioni possono riguardare le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente, le soluzio-

¹⁷⁵ Corte di giustizia Ce, sentenza 28 marzo 1985, C 274/83, *Commissione Ce c. Repubblica italiana*, cit., 1077.

¹⁷⁶ Cfr. Corte di giustizia Ce, sentenza 22 giugno 1989, in causa 103/88, *F.lli Costanzo s.p.a. c. Com. di Milano*, in *Foro it.*, 1991, IV, 129, che afferma l'obbligo della pubblica amministrazione di disapplicare norme anche aventi forza di legge che consentivano l'esclusione automatica delle offerte ritenute anormalmente basse, in contrasto con le direttive comunitarie in materia di appalti. Corte di giustizia Ce, sentenza 26 ottobre 1995, in causa 143/94, *Furlanis c. Anas*, in *Cons. Stato*, 1995, II, 2264.

¹⁷⁷ Art. 37, dir. 92/50/CEE, cit., art. 27, dir. 93/36/CEE, cit., art. 30, dir. 93/37/CEE, cit., art. 34, dir. 93/38/CEE, cit. in ciascuna direttiva si prevede inoltre che quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso si comunichi alla Commissione Ce «il rifiuto delle offerte ritenute troppo basse» di modo che sia possibile monitorare le ragioni di tali esclusioni.

ni tecniche, l'economia del metodo adottato per l'esecuzione della prestazione¹⁷⁸, mentre si nega la possibilità di accettare giustificazioni concernenti elementi i cui valori minimi siano stabiliti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, ovvero i cui valori risultino da atti ufficiali.

Il legislatore nazionale, nel recepire la direttiva sugli appalti di lavori¹⁷⁹, ha scelto di rendere tassativa l'indicazione degli elementi da prendere in considerazione, con la conseguenza che è possibile valutare «esclusivamente»¹⁸⁰ le giustificazioni fondate sull'economicità del procedimento di costruzione o delle soluzioni tecniche adottate, sulle condizioni di

¹⁷⁸ L'economia del metodo di fabbricazione del prodotto: art. 19, comma III, d. lg. 24 luglio 1992, n. 358, *Testo unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture, in attuazione delle direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE*, come modificato dal decreto legislativo 20 ottobre 1998, n. 402, ovvero l'economia del metodo di prestazione del servizio: art. 25, d. lg. 17 marzo 1995, n. 157, cit.; similmente per i settori cosiddetti speciali: art. 25, comma II, d. lg. 158/95, cit., che però prevede altresì che: «I soggetti aggiudicatori possono respingere le offerte che sono anormalmente basse in virtù della concessione di un aiuto di Stato unicamente se hanno consultato l'offerente e se quest'ultimo non è stato in grado di dimostrare che detto aiuto è stato notificato alla Commissione CE a norma dell'art. 93, par. 3, del Trattato o è stato da essa autorizzato».

¹⁷⁹ Art. 30, comma IV, dir. 93/37/CEE, cit.: «se, per un determinato appalto, delle offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice prima di poterle rifiutare richiede, per iscritto, le precisazioni che ritiene utili in merito alla composizione dell'offerta e verifica detta composizione tenendo conto delle giustificazioni fornite. L'amministrazione aggiudicatrice può prendere in considerazione giustificazioni riguardanti l'economia del procedimento di costruzione o le soluzioni tecniche adottate o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori o l'originalità del progetto dell'offerente».

¹⁸⁰ Art. 29, comma V, d. lg. 406/91, cit., art. 21, comma 1 bis, l. 11 febbraio 1994, n. 109, mod. l. 18 novembre 1998, n. 415, cit., ove si prevede che tale verifica avvenga «entro il termine di 60 giorni dalla data di presentazione delle offerte».

particolare favore di cui gode l'offerente o sull'originalità del progetto elaborato.

Nonostante tali indicazioni, la valutazione dell'anomalia delle offerte è operazione alquanto complessa, poiché solo la specificazione dei singoli elementi che concorrono alla definizione della prestazione richiesta e dei rispettivi costi e ribassi può consentire un adeguato giudizio sull'attendibilità di un ribasso complessivo e assicurare la qualità e la correttezza della prestazione¹⁸¹.

Già nel bando di gara si deve prevedere che le offerte siano redatte in modo tale da distinguere gli elementi che compongono la prestazione oggetto dell'appalto per agevolare la valutazione del ribasso complessivo. Le offerte vanno corredate «fin dalla loro presentazione, da giustificazioni relativamente alle voci di prezzo più significative, indicate nel bando di gara o nella lettera d'invito, che concorrono a formare un importo non inferiore al 75 per cento di quello posto a base d'asta»¹⁸². La specificazione degli elementi dell'offerta e la valutazione del ribasso sui singoli costi appaiono strumenti utili per valutare la consistenza del ribasso e per impedire che nell'imprecisione dell'offerta si nascondano risparmi indebiti e spazi per rivendicazioni di oneri aggiuntivi in sede di esecuzione¹⁸³.

¹⁸¹ Art. 29, comma V, d. lg. 406/91, cit.: richiede per iscritto all'offerente le necessarie giustificazioni, verifica la composizione delle offerte e può escluderle se non le considera valide. Le «tassative» giustificazioni consentite dalla legge devono essere specificate in concreto e non pare limitino le possibilità di fornire soddisfacenti giustificazioni da parte delle imprese dotate di un'efficiente organizzazione e di capacità tecniche innovative.

¹⁸² Art. 21, comma 1 bis, l. 11 febbraio 1994, n. 109, mod. l. 18 novembre 1998, n. 415, cit.

¹⁸³ Art. 24, comma II, d.lg. 406/91, cit.: «L'amministrazione aggiudicatrice chiede agli offerenti oppure ai partecipanti ad una procedura di appalto di indicare che hanno tenuto conto, nella preparazione della propria offerta,

Altra questione di non semplice soluzione è la definizione della soglia di anomalia delle offerte, cioè il limite di ribasso che viene considerato «normale», oltre il quale è necessario procedere all'indicata verifica. La questione si pone perché il ribasso è formulato sulla «base d'asta» stabilita nel bando di gara dalle amministrazioni aggiudicatrici, le quali talora utilizzano parametri che non corrispondono alle reali condizioni del mercato europeo, poiché spesso si basano su prezzi rilevati a livello nazionale, o addirittura provinciale. Un'imprecisa definizione della base d'asta può essere causa della frequente presentazione di ribassi che in termini assoluti appaiono anomali, ma forse non lo sarebbero ove fossero adeguatamente valutate le condizioni del mercato.

Le norme europee non forniscono indicazioni al riguardo, mentre quelle nazionali hanno fissato la soglia di anomalia del ribasso in relazione alla media delle offerte ricevute, bilanciata con differenti parametri¹⁸⁴. Tale soglia si pone come limite

degli obblighi relativi alle disposizioni in materia di sicurezza, di condizioni di lavoro e di previdenza e assistenza in vigore nel luogo dove devono essere eseguiti i lavori. Ciò non osta all'applicazione delle disposizioni dell'art. 29, commi 5 e 6, relative alla verifica delle offerte anormalmente basse». Cfr. T.a.r. Piemonte, sez. II, 31 maggio 1996, n. 319, *Soc. Varcon c. Com. Villadosola*, in *Trib. amm. reg.*, 1996, I, 2405.

¹⁸⁴ Cfr.: art. 21, comma 1 bis, l. 11 febbraio 1994, n. 109, *Legge quadro in materia di lavori pubblici, come modificata e integrata, da ultimo, dalla legge n. 18 novembre 1998, n. 415*, che considera anormalmente basse «tutte le offerte che presentino un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media»; per gli appalti di servizi: art. 25, comma III, d. lg. 17 marzo 1995, n. 157, cit. prevede la verifica in contraddittorio di: «tutte le offerte che presentano una percentuale di ribasso che superi di un quinto la media aritmetica dei ribassi delle offerte ammesse, calcolata senza tener conto delle offerte in aumento»; analogamente per gli appalti di forniture: art. 19, comma IV, d. lg. 24 luglio 1992, n. 358,

della normalità del ribasso¹⁸⁵ e, per le offerte che la superano, fa sorgere l'obbligo di valutazione in contraddittorio degli elementi che la compongono, per verificare le ragioni che consentono un tale ribasso.

L'obbligo di valutazione in contraddittorio dell'anomalia dell'offerta ha suscitato fin dalla sua introduzione forti resistenze da parte sia delle amministrazioni aggiudicatrici, sia del legislatore nazionale, dovute in parte alla precedente abitudine a criteri di aggiudicazione (scheda segreta, medie, medie ponderate) che comportavano l'esclusione automatica delle offerte più basse — ciò ha determinato una diffusa impreparazione allo svolgimento della complessa operazione di valutazione dei ribassi anomali¹⁸⁶.

Certamente, ove il bando di gara sia impreciso, un ribasso eccessivo non può che risultare misterioso e, se la richiesta di giustificazioni è generica, anche le risposte saranno approssimative e l'aggiudicazione rischiosa poiché, da un lato, non si acquisiscono elementi sufficienti per escludere l'offerta e quindi si è indotti ad accettarla, dall'altro, non si hanno garanzie sulla congruità del ribasso e quindi sul successivo corretto adempimento.

Testo unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture, in attuazione delle direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE, come modificato dal decreto legislativo 20 ottobre 1998, n. 402.

¹⁸⁵ Cfr. altresì la previgente formulazione dell'art. 21, l. 109/94, cit. che prima della modifica del 1998 prevedeva che l'anomalia fosse definita con una «percentuale fissata entro il 1° gennaio di ogni anno con decreto del Ministro dei lavori pubblici, sentito l'Osservatorio, sulla base dell'andamento delle offerte ammesse alle gare espletate nell'anno precedente», sistema che poteva avere l'effetto di indurre le imprese a presentare offerte appena superiori a tale limite di ribasso.

¹⁸⁶ Cfr.: T.a.r. Lazio, sez. II, 17 ottobre 1994, 1248, *Soc. Ipi c. Centrale latte Roma*, in *Trib. amm. reg.*, 1994, I, 3922.

Di qui il rischio di ricadere nella insoddisfacente soluzione di favore per l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse, cosa che è puntualmente avvenuta per gli appalti non soggetti alle norme di derivazione europea, ove il legislatore nazionale ha ritenuto di poter disporre di piena sovranità¹⁸⁷. Ammessa l'esclusione automatica, la soglia di anomalia¹⁸⁸ assume un ben diverso significato, poiché diviene nella migliore delle ipotesi parametro della casualità dell'aggiudicazione. L'esclusione automatica, fondata su norme generali e astratte¹⁸⁹, appare indubbiamente più semplice e rapida, oltre a ridurre il contenzioso sull'aggiudicazione; tuttavia comporta il ben più negativo effetto di reintrodurre i superati criteri delle medie fra le offerte e la casualità dell'aggiudica-

¹⁸⁷ Dubbi sulla legittimità di tali previsioni, che paiono rispondere solo alla attuale inadeguatezza delle amministrazioni aggiudicatrici alla verifica dell'anomalia dell'offerta, sono stati sollevati da più parti.

¹⁸⁸ Così ancora art. 21, l. 109/94, cit.: «Relativamente ai soli appalti pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria, l'amministrazione interessata procede all'esclusione automatica delle offerte che presentino una percentuale di ribasso superiore alla percentuale fissata ai sensi del primo periodo del presente comma. La procedura di esclusione non è esercitabile qualora il numero delle offerte valide risulti inferiore a cinque. Fino al 1° gennaio 1997 sono escluse per gli appalti di lavori pubblici di importo superiore ed inferiore alla soglia comunitaria le offerte che presentino una percentuale di ribasso che superi di oltre un quinto la media aritmetica dei ribassi di tutte le offerte ammesse».

¹⁸⁹ Cfr. ancora l'art. 29, comma VI, d. lg. 406/91, cit., ove si prevede che: «In deroga a quanto previsto dal comma 5 e fino al 31 dicembre 1991, l'amministrazione aggiudicatrice può procedere alla esclusione automatica delle offerte risultanti basse in modo anomalo, applicando il criterio previsto dall'art. 2-bis, comma 2, del decreto-legge 2 marzo 1989, n. 65, convertito con modificazioni, dalla legge 26 aprile 1989, n. 155, qualora il numero delle offerte presentate sia superiore a trenta. La facoltà di esclusione ed il valore percentuale di incremento della media debbono essere indicati nel bando o avviso di gara. 7. Il ricorso alle procedure di cui al comma 6 è menzionato nell'avviso di cui all'art. 12, comma 5».

zione, che non favorisce lo sviluppo delle imprese meglio organizzate e più innovative, ma al contrario comporta costi più elevati per l'amministrazione.

Non solo il rispetto dei principi di derivazione europea¹⁹⁰, ma lo stesso interesse alla «moralità» dell'amministrazione pubblica impongono che le amministrazioni aggiudicatrici acquisiscano la capacità di formulare adeguatamente i bandi di gara e di valutare in contraddittorio l'anomalia delle offerte ricevute¹⁹¹.

A tal fine si potrebbe prevedere che i concorrenti, che già possono assistere all'apertura delle buste contenenti le offerte nei pubblici incanti, partecipino anche alla fase di valutazione dell'anomalia delle offerte, perché indubbiamente sono i soggetti più idonei a suggerire alla parte pubblica le precisazioni da richiedere a giustificazione dei ribassi che appaiono anomali, in applicazione sia del principio di trasparenza¹⁹² con la realizzazione di un contraddittorio esteso a tutti i partecipanti, sia dei principi di efficienza ed efficacia attraverso l'utilizza-

¹⁹⁰ Art. 30, comma IV, dir. 93/37; art. 37, dir. 92/50, cit.; art. 27, dir. 93/36, cit.; art. 34, comma V, dir. 93/38, cit. Cfr.: T.a.r. Lazio, sez. II, 15 marzo 1995, n. 435, *Soc. Sain c. Com. Albano Laziale*, in *Trib. amm. reg.*, 1995, I, 1515, ove si esclude che le norme comunitarie lascino alcuna discrezionalità nel recepimento dell'obbligo di verifica delle offerte anormalmente basse.

¹⁹¹ Art. 21, comma 1 bis, l. 11 febbraio 1994, n. 109, mod. l. 18 novembre 1998, n. 415, cit., ove si prevede «il termine di sessanta giorni dalla data di presentazione delle offerte» per la valutazione dell'anomalia e si esclude la possibilità di ammettere ribassi su «quegli elementi i cui valori minimi sono stabiliti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, ovvero i cui valori sono rilevabili da dati ufficiali».

¹⁹² Art. 1 comma I, l. 11 febbraio 1994, n. 109, cit., (mod. l. 415/98, cit.: «In attuazione dell'articolo 97 della Costituzione l'attività amministrativa in materia di opere e lavori pubblici deve garantirne la qualità ed uniformarsi ai criteri di efficienza e di efficacia, secondo procedure improntate a tempestività, trasparenza e correttezza, nel rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori».

zione delle conoscenze delle imprese concorrenti per formulare richieste di spiegazioni e chiarimenti più precisi e dettagliati.

Nella verifica dell'anomalia dell'offerta la parte pubblica richiede spiegazioni al concorrente interessato il quale, ove non provi la conformità dell'offerta a quanto richiesto e le ragioni che gli consentono di effettuare un ribasso apparentemente anomalo, viene escluso. L'offerta anomala è sintomo di un comportamento scorretto: esso può essere accertato provando che l'offerta è contraddittoria ed evidenzia il tentativo del concorrente di aggiudicarsi il contratto indicando un ribasso ingiustificato, che manifesta l'intento di realizzare risparmi indebiti a scapito della corretta esecuzione della prestazione (ad esempio, offrendo prodotti di minore qualità o in quantità insufficiente). In questa prospettiva è possibile immaginare una richiesta di risarcimento all'impresa scorretta per responsabilità precontrattuale, ove il danno potrebbe quantificarsi in base ai costi sostenuti per la valutazione dell'anomalia e per l'eventuale ritardo nell'aggiudicazione del contratto.

5. *L'offerta economicamente più vantaggiosa e le difficoltà di un'oggettiva comparazione delle offerte. Limiti alla possibilità di proporre varianti della prestazione da parte dei concorrenti. La disciplina dell'appalto concorso: questioni di conformità alle norme europee. Le commissioni giudicatrici: da «organo politico-amministrativo» a «organo tecnico».*

Ove l'oggetto del contratto in gara sia compiutamente definito e sussistano le necessarie garanzie di capacità dell'appaltatore, la pubblica amministrazione, accettando l'offerta che comporta la minor spesa, soddisfa sia l'interesse economico, sia quello «morale» ad una selezione corretta e trasparente. Quando invece sia opportuno richiedere ai concorrenti di proporre prestazioni differenti per modalità e caratteristiche,

la disciplina di origine europea ammette l'applicazione del diverso criterio di aggiudicazione dell'«offerta economicamente più vantaggiosa», che consente di valutare insieme al prezzo anche altri elementi, quali ad esempio «il termine di esecuzione, il costo di utilizzazione, la redditività, il valore tecnico»¹⁹³.

La possibilità di valutare più elementi non comporta di per sé che la prestazione offerta dai partecipanti sia diversa, poiché possono variare anche solo alcune modalità di esecuzione; tuttavia normalmente si adotta questo criterio quando si vuole consentire ad ogni concorrente di proporre una prestazione caratterizzata diversamente in relazione al valore tecnico, alla redditività, alle modalità di organizzazione, ai servizi accessori, ecc.¹⁹⁴.

Nel nostro ordinamento questo criterio di aggiudicazione in passato non era previsto, poiché di regola l'amministrazione prefissava tutte le caratteristiche della prestazione senza consentire al momento dell'aggiudicazione una valutazione comparativa su elementi diversi dal prezzo¹⁹⁵; e anche oggi il legi-

¹⁹³ Art. 30, comma I, lett. b, della dir. 93/37, cit.

¹⁹⁴ Ad es.: art. 23, d. lg. 157/95, cit., prevede che «i concorrenti formulino l'offerta precisando modalità atte ad assicurare, in caso di aggiudicazione in loro favore, l'efficace e continuativo collegamento con la stessa amministrazione aggiudicatrice per tutta la durata della prestazione del servizio», e per evitare difficoltà di valutazione delle previste modalità, normalmente è l'amministrazione stessa che le definisce e chiede ai concorrenti di accettarle.

¹⁹⁵ Una valutazione di più elementi si consentì solo con l'introduzione della possibilità di bandire appalti concorso ove la valutazione viene svincolata da un raffronto con una prestazione ben definita, ma si lascia proporre ai concorrenti una pluralità di soluzioni volte a soddisfare le esigenze dell'amministrazione: r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, cit., art. 4, «Per speciali lavori o forniture possono invitarsi le persone o ditte ritenute idonee a presentare, in base a prestabilite norme di massima, i progetti tecnici e le condizioni alle quali siano disposte ad eseguirli. Nei modi e nelle forme che saranno stabilite nell'invito, si procede, a giudizio insindacabile dell'amministrazione, alla scelta del progetto che risulti preferibile, tenuto conto degli elementi economici e

slatore nazionale ha disposto che, per l'affidamento di lavori pubblici, il prezzo abbia comunque un'importanza preminente nell'aggiudicazione¹⁹⁶.

La valutazione di diversi elementi comporta una maggiore complessità dell'aggiudicazione, che deve comunque assicurare una selezione oggettiva delle offerte in conformità al principio di imparzialità e non discriminazione. A tal fine si è previsto che nei capitolati d'onori o nel bando di gara siano menzionati tutti gli elementi di valutazione che saranno utilizzati, separatamente o congiuntamente, nell'ordine decrescente di importanza loro attribuita, e si invita a formulare tali elementi di valutazione attraverso coefficienti numerici¹⁹⁷; le scelte dell'amministrazione aggiudicatrice dovrebbero infatti esaurirsi

tecnici delle singole offerte e delle garanzie di capacità e serietà che presentano gli offerenti, e si fa quindi luogo alla stipulazione del contratto. Nessun compenso o rimborso spetta alle persone o ditte per la compilazione dei progetti presentati; e art. 40, r.d. 23 maggio 1924, n. 827, cit., «Agli appalti di opere pubbliche, o di lavori o forniture speciali, per la cui esecuzione l'amministrazione ritenga conveniente di giovare delle iniziative e dei progetti di provate competenze tecniche, artistiche o scientifiche, può procedersi mediante la forma dell'appalto-concorso di cui all'art. 4 della legge. Le ragioni di convenienza di cui al precedente comma sono comunicate al Consiglio di Stato, nei casi in cui il suo parere sia richiesto, ai termini di legge». Cfr. U. LORIZIO, *Il contratto di appalto, parte generale*, Padova, 1939, 197.

¹⁹⁶ «In ogni caso all'elemento prezzo dovrà essere attribuita importanza prevalente secondo criteri predeterminati»: art. 29, comma I, lett. b, d. lg. 406/91, cit.; art. 21, comma II, l. 109/94, cit., come mod. l. 415/98, cit.

¹⁹⁷ Art. 29, comma I, lett. b, d. lg. 406/91, cit.: «detti elementi di valutazione potranno essere formulati in termini di coefficienti numerici; in ogni caso all'elemento prezzo dovrà essere attribuita importanza prevalente secondo criteri predeterminati». Art. 30, comma II, della dir. 93/37/CEE, cit., ove si prevede che: «l'amministrazione aggiudicatrice menziona, nel capitolato d'onori o nel bando di gara, tutti i criteri di aggiudicazione di cui prevede l'applicazione, possibilmente nell'ordine decrescente dell'importanza che è loro attribuita». Cfr. G. MORBIDELLI - M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, cit., 214 e s.

nei capitolati e nel bando, ove si determina l'importanza attribuita a ciascun elemento, mentre in sede di aggiudicazione si dovrebbe procedere all'applicazione di tali parametri a garanzia della parità di trattamento¹⁹⁸.

La complessità di un'«oggettiva» valutazione delle offerte è maggiore quando si ammette la proposizione di «varianti»¹⁹⁹ alla prestazione richiesta poiché in tal caso l'apporto dei concorrenti nella definizione della prestazione può risultare più rilevante²⁰⁰ soprattutto ove si richieda di superare speciali difficoltà o problemi sotto il profilo architettonico o ingegneristico, o quando sia necessario l'apporto di speciali conoscenze tecniche o artistiche²⁰¹.

Le varianti hanno l'obiettivo di richiamare l'attenzione dell'amministrazione sulle novità di cui essa può non essere a conoscenza²⁰² garantendo l'apporto conoscitivo e innovativo

¹⁹⁸ Può fin d'ora rilevarsi la difficoltà di traduzione delle valutazioni dei singoli elementi in coefficienti numerici e la possibilità di «manipolare» le formule matematiche.

¹⁹⁹ Il bando di gara può prevedere che «le varianti non sono autorizzate»: art. 19, comma IV, della dir. 93/37, cit.

²⁰⁰ Quando il criterio di aggiudicazione dell'appalto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, «le amministrazioni aggiudicatrici possono prendere in considerazione le varianti presentate da offerenti quando tali varianti soddisfano i requisiti minimi da esse prescritti»: art. 19, comma I, della dir. 93/37, cit. ove si precisa che «le amministrazioni aggiudicatrici non possono respingere la presentazione di una variante per il solo motivo che essa è stata stabilita con specifiche tecniche definite facendo riferimento a norme nazionali che recepiscono norme europee o a omologazioni tecniche europee o a specifiche tecniche comuni di cui all'articolo 10, paragrafo 2, oppure con riferimento a specifiche tecniche nazionali di cui all'articolo 10, paragrafo 5, lettere a) e b)». La norma è integralmente recepita dall'art. 19, del d.lg. n. 406/91, cit. Cfr. sul tema: S. VINTI, *Criteri di aggiudicazione di lavori pubblici nel d.leg. 19 dicembre 1991 n. 406*, in *Giust. civ.*, 1993, II, 621.

²⁰¹ T.a.r. Lazio, sez. II, 14 febbraio 1995, n. 172, *Soc. Comac c. Com. Sgurgola*, in *Foro amm.*, 1995, 1692.

²⁰² Consiglio di Stato, sez. V, 7 aprile 1995, 536, *Soc. Ecotecnica c. Com.*

delle imprese concorrenti²⁰³; tuttavia non si ammette che esse possano stravolgere completamente il progetto predisposto dall'amministrazione aggiudicatrice²⁰⁴.

Nella presentazione delle varianti, le imprese devono rispettare le condizioni minime e le modalità indicate nel capitolato d'onere, per consentire la scomposizione dell'offerta in una pluralità di elementi tecnici ed economici che ne agevoli il raffronto²⁰⁵ e la valutazione oggettiva e comparativa sulla base di criteri predeterminati — anche in questo caso, preferibilmente numerici²⁰⁶.

Senigallia, in *Cons. Stato*, 1995, I, 529, ove si sottolinea il carattere eventuale delle varianti migliorative sollecitate dall'amministrazione aggiudicatrice, liberamente utilizzabili anche in relazione a future esigenze e future disponibilità economiche.

²⁰³ Conclusioni dell'Avv. gen. Lenz del 12 settembre 1995, nella causa 87/94, *Commissione c. Regno del Belgio*, in *Raccolta*, 1996, 2043, pto. 83.

²⁰⁴ T.a.r. Lazio, sez. II, 21 aprile 1992, n. 1129, *Soc. coop. edile intercom. Cinque Monti c. Com. Civitavecchia*, in *Foro it.*, 1993, III, 190.

²⁰⁵ Cfr. ad es. Corte di Giustizia Ce, 25 aprile 1996, causa 87/94, *Commissione c. Regno del Belgio*, in *Raccolta*, 1996, 2043, concernente un appalto per la fornitura di autobus. Nel bando di gara era previsto che la «scelta si effettuerà in base all'offerta economicamente più vantaggiosa» ed i criteri indicati erano: prezzo, spese di gestione (consumo, tempo di montaggio/smontaggio, prezzo dei pezzi di ricambio), sicurezza degli approvvigionamenti, qualità del materiale tecnico (posti, pendenza delle scale, gas di scarico, rumorosità, altezza dei gradini e del pavimento, pedane). I criteri di aggiudicazione venivano ulteriormente specificati col riferimento al prezzo unitario dell'autobus e alle varianti finanziarie, ai criteri tecnici di valutazione: questi criteri costituiscono oggetto di una ponderazione assoluta, la cui unità di misura sarà in franchi fittizi. In particolare le spese di gestione impongono di valutare: consumo di combustibile, tempo di montaggio e di smontaggio, prezzo dei pezzi. La sicurezza degli approvvigionamenti è stabilita con le condizioni per la fornitura dei pezzi di ricambio. Le qualità tecniche del materiale offerto sono valutate sulla base del numero dei posti, dell'altezza dei gradini, dei gas di scarico dannosi, del livello di rumorosità, dell'altezza del pavimento, del numero dei gradini e delle pedane.

²⁰⁶ Cons. Stato, sez. VI, 18 ottobre 1993, n. 754, *Soc. Intercantieri c. Reg.*

Le amministrazioni aggiudicatrici non possono inserire elementi di valutazione o ammettere varianti che eliminino la possibilità di obbiettiva comparazione fra le offerte, poiché «nelle procedure aperte o ristrette, è esclusa qualsiasi negoziazione con i candidati o gli offerenti vertente su elementi fondamentali dei contratti la cui variazione possa falsare il gioco della concorrenza, in particolare sui prezzi; tuttavia vi possono essere discussioni con i candidati o gli offerenti ma solo per far precisare • completare il tenore delle loro offerte nonché le esigenze degli enti aggiudicatori e purché ciò non abbia effetto discriminante»²⁰⁷. L'amministrazione aggiudicatrice non può tenere conto di dati forniti dopo l'apertura delle offerte e assegnare l'appalto in base a valutazioni non corrispondenti alle prescrizioni del bando e dei capitolati, come non appare corretto, all'atto del raffronto delle offerte, valutare degli elementi di risparmio proposti senza averli menzionati nel capitolato d'appalto o nel bando di gara, utilizzandoli per compensare le differenze finanziarie tra le offerte²⁰⁸. Nel momento dell'esame delle offerte, possono essere necessarie valutazioni tecniche su ciascun elemento con attribuzione di punteggi in relazione ai criteri predeterminati, la cui applicazione deve ri-

Puglia, in *Cons. Stato*, 1993, I, 1309. La preoccupazione di evitare che attraverso l'ammissione di varianti si attuino discriminazioni fra i concorrenti ha suggerito la previsione del divieto di respingerne la presentazione soltanto perché è stata stabilita «con specifiche tecniche definite con riferimento a norme nazionali che traspongono norme europee o a benestare tecnici europei o a specificazioni tecniche comuni»: art. 28, comma III, d.lg. 406/91, cit., in conformità all'art. 19, comma III, della dir. 93/37, cit.

²⁰⁷ Dichiarazione comune del Consiglio e della Commissione Ce in *GUCE*, L n. 297, 48.

²⁰⁸ Corte di Giustizia Ce, 25 aprile 1996, causa 87/94, *Commissione c. Regno del Belgio*, cit., distaccandosi dalla posizione dell'avv. gen. Lenz.

sultare coerente e non contraddittoria²⁰⁹ a garanzia della trasparenza e l'imparzialità della scelta²¹⁰.

L'indicazione di più elementi di valutazione dell'offerta, come pure l'ammissione di varianti, non apre spazi di discrezionalità nell'aggiudicazione dell'appalto, ma deve comunque consentire una valutazione oggettiva in relazione alle prescrizioni predeterminate nei bandi e nei capitolati²¹¹. Se le direttive comunitarie lasciano un margine di scelta fra gli elementi che si ritiene opportuno valutare, tale scelta è demandata in via generale e astratta al legislatore nazionale²¹², ovvero lasciata alla valutazione delle amministrazioni nei capitolati generali

²⁰⁹ Cfr. le Conclusioni dell'Avv. gen. Lenz del 12 settembre 1995, nella causa 87/94, cit., pto. 91, ove si afferma che «nei procedimenti in cui l'assegnazione viene effettuata all'offerta economicamente più vantaggiosa l'ente aggiudicatore dispone, a mio avviso, di un certo potere discrezionale quanto alla scelta finale della soluzione tecnica cui dà infine la preferenza. Tale potere discrezionale non è certo illimitato e dev'essere sottoposto al sindacato dell'eccesso di potere. Secondo me, i criteri dell'esercizio del potere discrezionale possono essere ricavati dalla direttiva. L'art. 27, n. 3, dispone ad esempio che gli enti aggiudicatori indicano nel capitolato d'onere le condizioni minime che tali varianti devono rispettare».

²¹⁰ Sottolinea l'obbligo di rispettare il rapporto prefissato fra gli elementi da prendere in considerazione, oltre al prezzo e che alterare la proporzione fra gli elementi indicati determina violazione delle regole imposte e la conseguente invalidità degli atti di gara compiuti: T.a.r. Piemonte, sez. II, 26 ottobre 1993, n. 314, *Soc. Gemeaz Cusin c. Com. Grugliasco*, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 1994, 137.

²¹¹ Si veda il d.p.c.m. 27 febbraio 1997, n. 116, ove, per gli appalti di servizi in materia di architettura, ingegneria e altri servizi tecnici di cui alla categoria 12 della C.P.C. n. 867 contenuta nell'allegato I, del decreto 157/1995 (Servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria, anche integrata; servizi attinenti all'urbanistica ed alla paesaggistica; servizi affini di consulenza scientifica e tecnica; servizi di sperimentazione tecnica ed analisi) si individuano i parametri di valutazione e di ponderazione delle offerte.

²¹² Che ad esempio in materia di lavori pubblici ha imposto di attribuire importanza preminente all'elemento del prezzo: art. 29, comma I, lett. b, d. lg. 406/91, cit.

o, per ogni singolo contratto, al capitolato speciale e al bando di gara; ma non può avvenire successivamente alla pubblicazione di questo²¹³.

Le varianti dovrebbero, in ogni caso, riguardare solamente aspetti marginali della prestazione definita dalla parte pubblica con un'incidenza ridotta rispetto agli altri elementi dell'offerta, dal momento che, ove fosse necessario un apporto conoscitivo più vasto perché ad esempio si ignorano le innovazioni tecnologiche disponibili, è possibile ricorrere ad altri e più idonei strumenti che possono soddisfare tale esigenza preliminare, quali ad esempio il concorso di progettazione, che costituisce un autonomo appalto di servizi²¹⁴.

La diffusa convinzione da superare è che la valutazione di più elementi renda «impossibile in pratica il confronto fra proposte» poiché le varianti «rendono ciascuna offerta originale e diversa dalle altre»²¹⁵. Nel nostro ordinamento tale convinzione è rafforzata dalla precedente diffusa adozione del metodo dell'appalto-concorso, che comportava la richiesta ai partecipanti di predisporre la progettazione e l'offerta del prezzo al quale erano disposti ad eseguire l'opera e rendeva effettivamente incomparabili le offerte perché ciascuna aveva un oggetto completamente diverso²¹⁶ fra cui l'amministrazione aveva facoltà di scelta «insindacabile».

²¹³ Tar. Piemonte, sez. II, 28 gennaio 1993, n. 16, in *TAR*, 1993, 895.

²¹⁴ F. PELLIZER, *Gli affidamenti di incarichi di progettazione e di servizi tecnici*, in *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizi pubblici*, a cura di F. Mastragostino, cit., 307 e s.; M. CAMMELLI, *Gli appalti pubblici di servizi e le società a partecipazione pubblica*, *Ibid.*, 39 e s.

²¹⁵ Così il Regno del Belgio secondo quanto riportato nelle Conclusioni dell'Avv. gen. Lenz del 12 settembre 1995, nella causa 87/94, cit.

²¹⁶ Disciplinata dagli art. 4, r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, «Per speciali lavori o forniture possono invitarsi le persone o ditte ritenute idonee a presentare, in base a prestabilite norme di massima, i progetti tecnici e le condizioni alle quali siano disposte ad eseguirli. Nei modi e nelle forme che

La disciplina europea richiede invece in ogni caso la comparabilità delle offerte, che dunque possono variare solamente per alcune caratteristiche; ciononostante si è sostenuto²¹⁷ che la tradizionale procedura di appalto-concorso non sia stata eliminata, ma debba intendersi modificata ed adeguata al modello comunitario di aggiudicazione dell'appalto all'offerta economicamente più vantaggiosa²¹⁸.

Tuttavia il richiamo alla nota e diffusa procedura dell'appalto concorso ha avuto l'effetto di far ritenere applicabile per analogia la disciplina previgente e forse di oscurare le profonde innovazioni introdotte dalle norme europee. Infatti, da un

saranno stabilite nell'invito, si procede, a giudizio insindacabile dell'amministrazione, alla scelta del progetto che risulti preferibile, tenuto conto degli elementi economici e tecnici delle singole offerte e delle garanzie di capacità e serietà che presentano gli offerenti, e si fa quindi luogo alla stipulazione del contratto. Nessun compenso o rimborso spetta alle persone o ditte per la compilazione dei progetti presentati», nell'art. 40, r.d. 23 maggio 1924, n. 827, cit., «Agli appalti di opere pubbliche, o di lavori o forniture speciali, per la cui esecuzione la amministrazione ritenga conveniente di giovare delle iniziative e dei progetti di private competenze tecniche, artistiche o scientifiche, può procedersi mediante la forma dell'appalto-concorso di cui all'art. 4 della legge. Le ragioni di convenienza di cui al precedente comma sono comunicate al Consiglio di Stato, nei casi in cui il suo parere sia richiesto, ai termini di legge».

²¹⁷ Consiglio di Stato, sez. VI, 18 ottobre 1993, n. 754, *Soc. Intercantieri c. Reg. Puglia*, in *Cons. Stato*, 1993, I, 1309, e in *Giur. it.*, 1994, III, 1, 345, con nota di C. VIVANI, *Appalto concorso di rilevanza comunitaria, offerta economicamente più vantaggiosa e limiti alla discrezionalità della p.a.* Non si rileva scostamento rispetto all'orientamento anteriore al vigore della disciplina comunitaria: Consiglio di Stato, sez. V, 25 marzo 1983, n. 115, *Visconti c. Prov. Napoli*, in *Giur. it.*, 1984, III, 1, 148, ove si riteneva che nella procedura per aggiudicazione dei contratti mediante appalto concorso, l'amministrazione non è vincolata ad aggiudicare i lavori o le forniture al miglior offerente, ma conserva un ampio potere discrezionale nel valutare le singole offerte comparativamente, sia sotto il profilo tecnico sia sotto quello patrimoniale.

²¹⁸ Indicato dall'art. 24, lett. b), l. 8 agosto 1977, n. 584, cit. e attualmente dall'art. 29, lett. b), d.p.r. n. 406 del 1991, cit.

lato si equiparano il criterio di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa e l'antecedente sistema di aggiudicazione mediante appalto-concorso; dall'altro, nel recepimento delle direttive comunitarie in materia di appalti di lavori e forniture e, più di recente, di servizi, si introduce l'espressione appalto-concorso, assente nelle norme europee, fra i metodi di scelta del contraente.

Tale previsione, già di per sé, può non risultare pienamente conforme alle direttive europee poiché, se la definizione di appalto pubblico di lavori prevede la possibilità che si affidi congiuntamente anche la progettazione degli stessi²¹⁹, ciò non accade né per gli appalti di forniture, né per quelli di servizi, i quali devono essere indetti sulla base di un «progetto» già definito compiutamente e possono essere aggiudicati valutando più elementi dell'offerta senza peraltro modificare, se non con limitate varianti, l'oggetto del contratto²²⁰.

La previsione, accanto al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di un autonomo sistema di scelta del contraente mediante appalto-concorso suscita invece l'equivoco circa la possibilità di richiedere ai concorrenti, insieme all'offerta per l'esecuzione, anche le «progettazioni» del servizio o della fornitura che possono risultare completamente differenti tra loro. Tali previsioni contrastano inoltre con la scelta di distinguere l'attività di progettazione da quella di esecuzione del lavoro, servizio o fornitura, proprio per superare i pericoli dell'affidamento congiunto delle due at-

²¹⁹ Art. 1, lett. a), dir. 93/37/CEE, cit. ove si definiscono gli appalti pubblici di lavori come «contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice di cui alla lettera b), aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori».

²²⁰ Ad es. art. 24, dir. 92/50, cit.

tività che rende impossibile il confronto concorrenziale fra le offerte, con possibile «arbitrio» nella scelta del contraente²²¹.

Il legislatore nazionale non ha ancora integralmente chiarito la nuova prospettiva di favore per l'oggettiva comparabilità delle offerte, e da un lato ha previsto la possibilità di appalto-concorso con richiesta del progetto del servizio e delle condizioni alle quali si è disposti ad eseguirlo²²²; dall'altro dispone che «l'affidamento della progettazione non è compatibile con l'aggiudicazione, a favore dello stesso affidatario, degli appalti pubblici relativi ai lavori e ai servizi progettati»²²³.

Tale ultimo principio è enunciato anche nella legge quadro in materia di lavori pubblici²²⁴, ove si afferma che «gli affidatari di incarichi di progettazione non possono partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione; ai medesimi appalti, concessioni di lavori pubblici, subappalti e cottimi non può par-

²²¹ Non è qui possibile approfondire la questione dell'affidamento della realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità a «promotori» che presentano alle amministrazioni delle proposte di realizzazione con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori stessi: art. 37 bis, ter, *quater, quinquies, sexies, septies, octies, nonies*, l. 11 febbraio 1994, n. 109 come mod. l. 415/98, cit. Si rinvia a S. FOÀ - D. ZUCCHI, *Aspetti giuridici e fiscali del finanziamento privato delle opere pubbliche*, in *Diritto ed economia*, in corso di pubblicazione; A. CIANFLONE - G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1999, X ed., 80 e s.; S. AMBROSINO, *Il Project financing ed il concorso finanziario privato nella realizzazione di opere pubbliche*, in *Riv. appalti*, 1993, 237 e s.

²²² Così d.lg. 157/95, cit., art. 6, lett. c), definisce: «appalto concorso, la procedura ristretta di cui alla lettera b), nella quale il candidato redige, in base alla richiesta formulata dalla amministrazione aggiudicatrice, il progetto del servizio ed indica le condizioni e i prezzi ai quali è disposto ad eseguire l'appalto».

²²³ Così d.lg. 157/95, cit., art. 23, comma IV.

²²⁴ Art. 17, l. 11 febbraio 1994, n. 109 come mod. dal d.l. 3 aprile 1995, n. 101, conv. in l. 2 giugno 1995, n. 216, cit.

tecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione».

Ciononostante l'appalto-concorso consente di mantenere unite le due prestazioni, poiché prevede la selezione del contraente mediante licitazione privata — aggiudicata secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa — sulla base di un progetto di massima dell'amministrazione in relazione al quale le imprese formulano autonomi progetti contenenti soluzioni tecniche originali²²⁵. In tal modo, diviene difficile un'oggettiva comparazione tra le offerte e si richiama per analogia la disciplina precedente, ove si prevede che «l'amministrazione procede insindacabilmente alla scelta del progetto che ritiene preferibile, sentito, ove lo creda necessario, il parere di una commissione all'uopo nominata, e stipula poi il contratto con l'offerente prescelto»²²⁶.

²²⁵ Consiglio di Stato, sez. V, 11 dicembre 1995, n. 1694, *Soc. Trevi c. Reg. Marche*, in *Cons. Stato*, 1995, I, 1690, ove si afferma la necessità di avvalersi di imprese particolarmente idonee a predisporre progetti di opere caratterizzate da obiettiva complessità tecnica che richiedono profonda competenza ed abilità costruttiva ed inventiva; Consiglio di Stato, sez. IV, 1 febbraio 1994, n. 83, *Soc. cons. coop. costruz. Bologna c. Consiglio naz. ricerche*, in *Giur. it.*, 1994, III, 1, 486; T.a.r. Emilia-Romagna, sez. II, 12 settembre 1992, n. 455, *Cons. Emiliano Romagnolo coop. produz. lav. c. Com. Cesena*, in *TAR*, 1992, I, 4415, ove si specifica che il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa presenta le connotazioni tipiche dell'appalto-concorso ed in tal senso non è un sistema di aggiudicazione automatica ove permane in capo all'amministrazione aggiudicatrice un ampio potere discrezionale nel valutare comparativamente le singole offerte.

²²⁶ Art. 91, comma II, r.d. 23 maggio 1924, n. 827, *Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*; introduceva l'appalto-concorso l'art. 4, r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, cit., «Per speciali lavori o forniture possono invitarsi le persone o ditte ritenute idonee a presentare, in base a prestabilite norme di massima, i progetti tecnici e le condizioni alle quali siano disposte ad eseguirli. Nei modi e nelle forme che saranno stabilite nell'invito, si procede, a giudizio insindacabile dell'amministrazione, alla scelta del progetto che risulti preferibile, tenuto conto de-

In passato tali commissioni giudicatrici non assicuravano la parità di trattamento, poiché valutavano offerte completamente diverse²²⁷ al fine di formulare proposte di aggiudicazione che peraltro non vincolavano le amministrazioni interessate²²⁸; di tali commissioni facevano parte non solo compo-

gli elementi economici e tecnici delle singole offerte e delle garanzie di capacità e serietà che presentano gli offerenti, e si fa quindi luogo alla stipulazione del contratto. Nessun compenso o rimborso spetta alle persone o ditte per la compilazione dei progetti presentati. L'art. 4, r.d. 8 febbraio 1923, n. 422, che detta norme sulla composizione delle commissioni giudicatrici di appalti concorsi, è stato ritenuto applicabile ai lavori dello Stato, ma non dei comuni: T.a.r. Puglia, sez. I, 5 settembre, n. 799, *Com. Bari c. Coreco Bari*, in *Trib. amm. reg.*, 1991, I, 1485. Cfr.: G. MARCHIANÒ, *Organi consultivi dei lavori pubblici e commissione giudicatrice in ordine all'appalto-concorso* (Nota a T.a.r. Toscana, 16 aprile 1986, n. 415, *Soc. Cir. c. Provved. oo. pp. Toscana*), in *Riv. trim. appalti*, 1987, 513; I. DEL CASTILLO - C. GALTIERI - U. REALFONZO, *Appalti pubblici di servizi*, Milano, 1996, 269.

²²⁷ Cfr.: T.a.r. Calabria, 7 settembre 1995, n. 870, *Misuraca c. Com. Lamezia Terme*, in *Trib. amm. reg.*, 1995, I, 4678, ove si afferma che l'art. 4, r.d. 8 febbraio 1923 n. 422, che con specifico riferimento alla materia dell'appalto-concorso prevede l'obbligo per l'amministrazione di uniformarsi al giudizio espresso dalla commissione di gara e di aggiudicare quindi l'appalto alla ditta da essa indicata, salvo che il ministro non decida con decreto motivato di non procedere all'aggiudicazione in favore di nessuna delle imprese partecipanti alla selezione, non trova automatica applicazione anche nelle procedure di licitazione privata, essendo arbitrario desumere dall'indubbia assimilabilità di quest'ultima all'appalto concorso, sotto il profilo contenutistico e funzionale, la piena equiparazione fra le discipline dettate per le due diverse procedure di scelta del contraente; pertanto, a conclusione di una procedura per licitazione privata l'amministrazione può legittimamente procedere, con provvedimento motivato, all'aggiudicazione dei lavori a ditta diversa da quella indicata dalla commissione di gara.

²²⁸ Consiglio di Stato, sez. VI, 19 ottobre 1995, 1188, *Soc. Bigelli c. Univ. studi Roma*, in *Foro it.*, 1996, III, 264, con nota di POLI, afferma che la commissione giudicatrice di appalto-concorso elabora una proposta non vincolante; T.a.r. Lazio, sez. II, 15 giugno 1990, n. 1247, *Soc. Passavant impianti c. Com. Ladispoli*, in *Temi romana*, 1990, 261; Consiglio di Stato, sez. II, 29 marzo 1995, n. 933/95, *Min. trasp.*, in *Cons. Stato*, 1996, I, 119, afferma che

nenti con capacità tecniche, ma anche organi di rappresentanza politica²²⁹, evidenziando che in quella sede si realizzavano scelte di merito²³⁰ e non mere valutazioni tecniche²³¹.

Le norme europee hanno previsto espressamente la nomi-

l'amministrazione con adeguata motivazione può discostarsi dal parere della commissione giudicatrice. Consiglio di Stato, sez. IV, 19 agosto 1994, n. 651, *Soc. La Nuova Pulier c. Soc. Ecoform*, in *Giur. it.*, 1995, III, 1, 84, dichiara inammissibile l'impugnazione della graduatoria predisposta dalla commissione aggiudicatrice di un appalto-concorso perché prima della emanazione dell'atto conclusivo del procedimento non sussiste una lesione attuale dell'interesse legittimo dei partecipanti.

²²⁹ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 14 aprile 1997, n. 358, *Soc. Pitta Costruzioni c. Com. Rignano e altri*, in *Cons. Stato*, 1997, ove si esclude che l'attività di sindaco o di assessore ai lavori pubblici non garantiscano la professionalità e la competenza di esperto ai fini della corretta composizione di una commissione giudicatrice, dal momento che tale competenza si ricollega al possesso di titoli professionali propri in determinate discipline; T.a.r. Sicilia, sez. Catania, 28 novembre 1995, n. 2530, *Soc. Vergas c. Com. Malvagna*, in *Giur. amm. sic.*, 1995, 838, ove si afferma che in osservanza ai principi di buon andamento ed efficienza della pubblica amministrazione, tutti i componenti della commissione tecnica di consulenza per la valutazione delle offerte devono possedere la necessaria competenza tecnico-professionale. In particolare sulla composizione delle commissioni esaminatrici: Corte costituzionale 15 ottobre 1990, n. 453, in *Cons. Stato*, 1990, II, 1416.

²³⁰ Consiglio di Stato, sez. V, 11 ottobre 1996, n.1233, *Cons. impr. Novalesa c. Az. energetica municip. Torino*, in *Cons. Stato*, 1996, I, 1505, ove si afferma che gli apprezzamenti della commissione giudicatrice in sede di valutazione degli elaborati progettuali delle imprese concorrenti, attengono al merito dell'azione amministrativa e sono sindacabili solo ove sussista un eccesso di potere per manifesta illogicità o contraddittorietà.

²³¹ Le commissioni giudicatrici in materia di pubblici appalti hanno funzioni che si attecchiano a volte come rientranti nell'amministrazione attiva e altre volte in quella meramente consultiva, ma in tutti i casi si tratta, comunque, di organi straordinari dell'amministrazione, per cui farne parte rientra nei doveri d'ufficio dei pubblici dipendenti che vi siano chiamati e agli stessi non compete, di conseguenza, alcuno specifico compenso: Consiglio di Stato, sez. VI, 5 maggio 1995, 411, *Min. Trasporti c. Conte*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1995, 823.

na di una commissione giudicatrice con specifiche competenze tecniche solamente nei concorsi di progettazione²³², mentre in tutti gli altri casi appare scelta²³³ dell'amministrazione aggiudicatrice procedere alla nomina di un organo collegiale straordinario²³⁴ con una competenza che dall'apertura delle offerte²³⁵

²³² Art. 26, d. lg. 17 marzo 1995, n. 157, cit., come mod. dall'art. 14 del d. lg. 25 febbraio 2000, n. 65, cit.

²³³ Cfr. art. 51, comma III, l. 8 giugno 1990, n. 142, *Ordinamento delle autonomie locali*, ove nell'indicazione dei compiti ai dirigenti si specifica che «sono ad essi attribuiti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dall'organo politico, tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente: la presidenza delle commissioni di gara e di concorso», ammettendo implicitamente che per l'aggiudicazione di appalti pubblici venga normalmente nominata un'apposita commissione.

²³⁴ La commissione costituisce organo collegiale straordinario che opera come collegio perfetto con la necessaria presenza di tutti i suoi componenti, presenza che può mancare solo per attività meramente istruttorie, preparatorie, o strumentali: T.a.r. Lazio, sez. III, 12 gennaio 1994, n. 36, *Soc. Maltauro c. Soc. Italeco*, in *Foro amm.*, 1994, 1219; T.a.r. Lazio, sez. II, 15 giugno 1990, n. 1247, *Soc. Passavanti impianti c. Com. Ladispoli*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1990, 1020. T.a.r. Molise, 8 febbraio 1993, n. 11, *Impr. costruz. Falcione c. Com. Campobasso*, in *Trib. amm. reg.*, 1993, I, 1441, afferma l'obbligo di verbalizzare l'attività svolta in ciascuna seduta della commissione giudicatrice.

²³⁵ La commissione giudicatrice ha l'obbligo, ove non definiti in precedenza, di predeterminare i criteri di valutazione delle offerte, con norme autovincolati per l'assegnazione del punteggio da cui ricavare il giudizio; in caso di appalto-concorso, o di una procedura assimilabile era già previsto da: T.a.r. Lazio, sez. Latina, 18 maggio 1995, n. 458, *Soc. Sigeco c. Prov. Latina*, in *Trib. amm. reg.*, 1995, I, 2901; T.a.r. Calabria, 4 maggio 1995, 442, *Cons. coop. costruz. c. Comunità montana Sila Greca*, in *Trib. amm. reg.*, 1995, I, 3320; T.a.r. Toscana, sez. I, 25 ottobre 1995, 494, *Associaz. temporanea impr. soc. Sistema c. Univ. studi Perugia*, in *Trib. amm. reg.*, 1995, I, 4898; T.a.r. Piemonte, sez. II, 12 maggio 1995, 265, *Soc. Pedus Service Dussmann c. Usl 76 - Casale Monferrato*, in *Foro amm.*, 1995, 2317, ove si afferma la legittimità della predeterminazione nella lettera d'invito alla gara, dei punteggi fissi per rendere controllabile l'operato della commissione giudicatrice. T.a.r. Lombardia, 2 settembre 1995, n. 1094, *Soc. Igm c. Com. Cinisello Balsamo*, in *Riv. amm. Lom-*

giunga sino all'individuazione dell'aggiudicatario²³⁶.

Tale scelta può rispondere anche oggi ad una regola di buona amministrazione, vista la complessità della valutazione delle offerte non solo quando il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma anche quando si debbano valutare le offerte anormalmente basse²³⁷; tuttavia è necessario che essa disponga di specifiche competenze tecniche²³⁸ ed in tal senso ha disposto il legislatore na-

bardia, 1996, 77, precisa che le prescrizioni del capitolato e sono vincolanti non solo per i concorrenti, ma anche per la commissione in sede di valutazione tecnica.

²³⁶ Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 12 aprile 1995, n. 138, *Soc. Lupò c. Soc. Ondaclear*, in *Foro amm.*, 1995, 1301, ove si afferma che alla conclusione della procedura selettiva si riaffermano le competenze degli organi ordinari dell'amministrazione.

²³⁷ T.a.r. Calabria, 4 maggio 1995, n. 442, *Cons. coop. costruz. c. Comunità montana Sila Greca*, in *Trib. amm. reg.*, 1995, I, 3320; T.a.r. Lazio, sez. II, 19 luglio 1995, n. 1197, *Soc. Saatchi Advertising c. Min. risorse agr.*, in *Trib. amm. reg.*, 1995, I, 3490, ove si ritiene conforme alla disciplina nazionale e comunitaria l'adozione, da parte della commissione giudicatrice, di criteri predeterminati e vincolanti per la valutazione cui far corrispondere punteggi progressivi. Dubbia appare la possibilità di nominare un consulente tecnico esterno: T.a.r. Lazio, sez. II, 15 giugno 1990, n. 1247, *Soc. Passavant impianti c. Com. Ladispoli*, in *Tem. romana*, 1990, 261; T.a.r. Sardegna, 2 luglio 1992, n. 870, *Soc. Degremont Italia c. Ente auton. Flumendosa*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1993, 779, che afferma la illegittimità della partecipazione di un consulente esterno ai lavori della commissione giudicatrice di un appalto-concorso che non si limiti a fornire le risposte richieste, ma presenzi all'adozione delle scelte di competenza della commissione.

²³⁸ Sulla necessità della prevalenza di componenti con capacità tecniche specifiche: Consiglio di Stato, sez. V, 18 gennaio 1996, 61, *Soc. Sirtis c. Soc. Aimeri*, in *Foro it.*, 1996, III, 321, ove si ritiene che la non prevalente partecipazione numerica di componenti dotati della specifica qualificazione professionale richiesta per la valutazione tecnica, impone l'annullamento della gara; Consiglio di Stato, sez. II, 12 agosto 1995, n. 1772/95, *Min. trasp.*, in *Cons. Stato*, 1996, I, 727; T.a.r. Sicilia, sez. Catania, 28 novembre 1995, n. 2530, *Soc. Vergas c. Com. Malvagna*, in *Giur. amm. sic.*, 1995, 838; T.a.r. Lazio, sez. II,

zionale in materia di lavori pubblici²³⁹, in particolare per le

14 febbraio 1995, n. 172, *Soc. Comac c. Com. Sgurgola*, in *Trib. amm. reg.*, 1995, I, 1002, si evidenzia l'obbligo di ciascun componente della commissione giudicatrice (organo collegiale e straordinario della p.a.) di attribuire i punteggi ai progetti presentati, senza possibilità di addurre l'incompetenza tecnica. Consiglio di Stato, sez. V, 14 aprile 1997, n. 358, *Soc. Pitta Costruzioni c. Com. Rignano e altri*; Consiglio di Stato, sez. V, 13 febbraio 1995, n. 237, *Elia c. Com. Ceglie Massapica*; T.a.r. Piemonte, sez. II, 21 maggio 1996, n. 293, *Soc. Italgas c. Com. Vigliano Biellese*, in *Foro it.*, 1996, III, 518, salvo che ricorrano particolari circostanze in cui non sia necessario possedere una specifica competenza tecnica e l'amministrazione fornisca adeguata motivazione.

²³⁹ Art. 21, comma V e seguenti, l. 11 febbraio 1994, n. 109, mod. l. 18 novembre 1998, n. 415, cit.: «5. La commissione giudicatrice, nominata dall'organo competente ad effettuare la scelta dell'aggiudicatario od affidatario dei lavori oggetto della procedura, è composta da un numero dispari di componenti non superiore a cinque, esperti nella specifica materia cui si riferiscono i lavori. La commissione è presieduta da un dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore. I commissari non debbono aver svolto né possono svolgere alcuna altra funzione od incarico tecnico od amministrativo relativamente ai lavori oggetto della procedura, e non possono far parte di organismi che abbiano funzioni di vigilanza o di controllo rispetto ai lavori medesimi. Coloro che nel quadriennio precedente hanno rivestito cariche di pubblico amministratore non possono essere nominati commissari relativamente ad appalti o concessioni aggiudicati dalle amministrazioni presso le quali hanno prestato servizio. Non possono essere nominati commissari coloro i quali abbiano già ricoperto tale incarico relativamente ad appalti o concessioni affidati nel medesimo territorio provinciale ove è affidato l'appalto o la concessione cui l'incarico fa riferimento, se non decorsi tre anni dalla data della precedente nomina. Sono esclusi da successivi incarichi coloro che, in qualità di membri delle commissioni aggiudicatrici, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertata in sede giurisdizionale, all'approvazione di atti dichiarati conseguentemente illegittimi. 6. I commissari sono scelti mediante sorteggio tra gli appartenenti alle seguenti categorie: a) professionisti con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali, scelti nell'ambito di rose di candidati proposte dagli ordini professionali; b) professori universitari di ruolo, scelti nell'ambito di rose di candidati proposte delle facoltà di appartenenza; c) funzionari tecnici delle amministrazioni appaltanti, scelti nell'ambito di rose di candidati proposte dalle amministrazioni medesime. 7. La nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avveni-

ipotesi di appalto-concorso²⁴⁰.

Come si è visto, la selezione del contraente deve risultare da una valutazione tecnica, poiché sono stati eliminati quegli spazi di discrezionalità che pregiudicavano la trasparenza della selezione ed un'effettiva concorrenza. Le scelte discrezionali vanno effettuate in sede di programmazione²⁴¹ e specificate nei capitolati e nei bandi di gara, mentre ai dirigenti è attribuita ogni responsabilità connessa allo svolgimento delle singole gare²⁴², con la conseguenza che, ove essi non dispongano delle

re dopo la scadenza del termine fissato ai concorrenti per la presentazione delle offerte. 8. Le spese relative alla commissione sono inserite nel quadro economico del progetto tra le somme a disposizione dell'amministrazione».

²⁴⁰ Art. 20, comma III e IV, l. 11 febbraio 1994, n. 109, mod. l. 18 novembre 1998, n. 415, cit.: «3. Gli appalti possono essere affidati anche attraverso appalto-concorso o trattativa privata esclusivamente nei casi e secondo le modalità previsti dalla presente legge. 4. L'affidamento di appalti mediante appalto-concorso è consentito ai soggetti appaltanti, in seguito a motivata decisione, previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici, per speciali lavori o per la realizzazione di opere complesse o ad elevata componente tecnologica, la cui progettazione richieda il possesso di competenze particolari o la scelta tra soluzioni tecniche differenziate». Art. 21, comma IV, l. 11 febbraio 1994, n. 109, mod. l. 18 novembre 1998, n. 415, cit. che prevede che «qualora l'aggiudicazione o l'affidamento dei lavori avvenga ai sensi del comma 2» (appalto-concorso), «la valutazione è affidata ad una commissione giudicatrice secondo le norme stabilite dal regolamento».

²⁴¹ Consiglio di Stato, sez. V, 23 agosto 1996, 947, *Soc. Sain c. Cons. bonif. Bassa Valle del Neto*, in *Cons. Stato*, 1996, I, 1187; T.a.r. Veneto, 27 febbraio 1981, n. 143, *Soc. Geda c. Com. Venezia*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1981, II, 235, che limita la competenza della commissione giudicatrice alle valutazioni tecniche, con esclusione di ogni valutazione di politica amministrativa o di chiarimento della finalità dell'intervento. In generale sul concetto di programmazione: R. FERRARA, *La programmazione «negoziata» fra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 1999, 429 e s.

²⁴² Cfr. art. 51, comma III, l. 142/90, cit., che attribuisce ai dirigenti: «secondo le modalità stabilite dallo statuto, la presidenza delle commissioni di gara e di concorso, la responsabilità sulle procedure d'appalto e di concorso, la stipulazione dei contratti».

necessarie capacità tecniche in ordine alla valutazione delle offerte, può apparire opportuna la nomina di una commissione giudicatrice²⁴³, anzi può risultare «scorretta» un'aggiudicazione realizzata da un organo privo della necessaria competenza tecnica²⁴⁴.

6. *L'obbligazione contrattuale dell'amministrazione pubblica. La «specialità» delle norme di diritto amministrativo in mancanza di una disciplina sulla proposta irrevocabile nel*

²⁴³ Consiglio di Stato, sez. V, 20 agosto 1996, 937, *Credito Romagnolo c. Usl 27- Bologna Ovest*, in *Cons. Stato*, 1996, I, 1181, ove si sottolinea che è scelta dell'amministrazione la nomina di una commissione giudicatrice, ma ove si decida di nominarla questa deve avere carattere di terzietà rispetto all'autorità che dovrà concludere il contratto.

²⁴⁴ T.a.r. Piemonte, sez. II, 17 dicembre 1992, n. 389, *Soc. Italgas c. Com. Verzuolo*, in *Foro amm.*, 1993, 1318, afferma che nell'appalto-concorso, l'affidamento ad una commissione giudicatrice della valutazione dei progetti rappresenta la soluzione ordinaria, a meno che si possa procedere all'aggiudicazione senza che sia necessario possedere una specifica competenza tecnica, ovvero se per particolari circostanze, da motivare adeguatamente, l'organo deliberante sia in grado di effettuare autonomamente le necessarie valutazioni. Cfr. i principi affermati dalla Corte costituzionale in materia di commissioni di concorso per la selezione dei pubblici dipendenti: Corte costituzionale, sentenza 15 ottobre 1990, n. 453; cfr.: T.a.r. Piemonte, sez. II, 31 ottobre 1991, 350, *Soc. Lanterna appalti c. Com. Moncalieri*, in *Giur. it.*, 1992, III, 1, 838, che ritiene in relazione ad un appalto-concorso l'inapplicabilità dei principi di tale sentenza ai contratti ad evidenza pubblica, poiché, in tal caso, «la scelta del contraente viene effettuata sulla base di valutazioni che non sono esclusivamente tecniche, ma che coinvolgono giudizi sull'affidabilità, sulla convenienza economica, sulla utilità collettiva delle diverse offerte, per le quali non può mancare l'apporto di soggetti appartenenti agli organi dell'ente, cui sono affidate, anche sotto il profilo economico, le fondamentali scelte politico-amministrative dello stesso, e che sono diretta espressione della collettività che nell'ente stesso si organizza, sì da pervenire effettivamente alla individuazione dell'offerta più conveniente per l'amministrazione».

codice civile. Le conseguenze dell'inosservanza delle norme speciali: dalla nullità relativa (annullabilità) del contratto al riconoscimento della responsabilità precontrattuale.

Con l'aggiudicazione si individua il contraente privato, il quale fin dalla presentazione dell'offerta è obbligato all'esecuzione della prestazione, mentre la parte pubblica soprattutto in passato aveva l'esigenza di rinviare la costituzione, o quantomeno l'efficacia del vincolo, ad un momento successivo²⁴⁵. Il rapporto giuridico che si instaura tra amministrazione pubblica e contraente privato nel periodo tra l'aggiudicazione o la stipulazione del contratto e l'approvazione dello stesso è da sempre apparso controverso nella configurazione e negli effetti.

Le difficoltà paiono ricollegabili all'originaria impossibilità di ricondurre quel rapporto alla disciplina civilistica, poiché il codice civile del 1865 non prevedeva la proposta irrevocabile ad efficacia obbligatoria²⁴⁶, con conseguente necessità di introdurre norme «speciali» che consentissero di realizzare quell'effetto giuridico²⁴⁷. L'obbiettivo era infatti mantenere

²⁴⁵ Decreto conf. dell'Intendente generale del 14 novembre 1849, Traversa, in *Riv. amm.*, 1850, 57, sull'irrevocabilità e obbligatorietà dell'offerta del privato sulla base delle *R.R.C.C.* art. 8, cap. 12, l. 5. Cfr. Sentenza del consiglio d'intendenza generale di Savona, 13 aprile 1844, *causa Degiorgis e Dabove contro il municipio di Novi*, in *Riv. amm.*, 1852, 918.

²⁴⁶ Cfr. G. GIORGI, *Teorie delle persone giuridiche*, Firenze, 1891, vol. II, 354 e s.; R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, Messina, 1926, vol. II, 245 e s. «alla promessa unilaterale non è nel nostro diritto attribuita efficacia obbligatoria» e ricorda altresì che già nel diritto romano la dichiarazione unilaterale di volontà non era sufficiente a creare un'obbligazione, tuttavia l'assenza della previsione della promessa unilaterale vincolante e irrevocabile in base al principio della non obbligatorietà della *pollicitatio offerentis solius* (Fr. 3, Dig. de pollicit., 50, 12), poteva essere superata nel caso di vincolo *in favorem reipublicae vel civitatis, ob iustam causam* (Fr. 1, §§ 1, 5, h. t.).

²⁴⁷ L'art. 1100 cod. civ. del 1865 prevedeva che: «Il contratto è unilaterale quando una o più persone si obbligano verso una o più persone, senza

ferma l'aggiudicazione del contratto²⁴⁸ e, allo stesso tempo, riservare all'amministrazione la facoltà di realizzare un ulteriore controllo prima di assumere l'obbligazione.

Per questo i contratti che impegnano «la responsabilità civile o patrimoniale dello Stato vanno soggetti alla controlleria di determinati uffici o autorità, incaricati specialmente per legge di tutelare lo stato medesimo e di difenderne gli interessi da improvide e dannose obbligazioni», e questo intervento «per essere efficace, non può esercitarsi se non quando l'affare sia combinato, nella sua sostanza e in tutti i suoi dettagli»²⁴⁹, cioè in seguito alla stipulazione. La ricordata difficoltà di assicurare la necessaria «cura» nell'assunzione delle obbligazioni da parte dei pubblici amministratori è stata affrontata con la previsione di procedure di selezione vincolate²⁵⁰ e che assicurassero l'intervento di organi differenti.

Le norme che nel tempo hanno disciplinato questo rapporto giuridico hanno quindi disposto che, anche in seguito

che queste ultime incontrino alcuna obbligazione», ma tale contratto presupponeva un'offerta ed un'accettazione: cfr. sulla revocabilità della proposta fino all'avvenuta accettazione, e sulle promesse da contratto unilaterale, ritenute irrevocabili, ma non obbligatorie: L. BOLAFFIO, *Delle obbligazioni commerciali in generale*, Torino, 1919, 84 e s., sub art. 36 del codice di commercio del 1882.

²⁴⁸ L'art. 336, seconda parte, l. 20 marzo 1865, All. F, cit., afferma «ma il deliberatorio resta vincolato dal momento in cui ha sottoscritto l'atto del deliberamento dell'asta».

²⁴⁹ Corte di cassazione di Roma, 27 febbraio 1877, *Jorio c. Finanze dello Stato*, in *La Legge*, 1877, II, 167.

²⁵⁰ Avvertenze ai sindaci, e segretari comunali e delle opere pie in ordine alle formalità degli incanti prescritte per i contratti delle pubbliche Amministrazioni, in *Rivista amministrativa del Regno*, 1859, 385 e seguenti, dove si denuncia la difficoltà della «regolare osservanza delle molteplici formalità che la legge richiede per la regolare formazione dei contratti nell'interesse del pubblico». Consiglio di Stato, parere del 10 luglio 1872, n. 1831-1002, dal Ministero adottato, cit., 600; Consiglio di Stato, parere del 5 febbraio 1873, adottato, Min. Guerra, cit., 732,

alla formale stipulazione, il contratto non è perfetto, o non obbligatorio, o non «esecutorio»²⁵¹, o comunque «non impegnativo» per l'amministrazione²⁵², con espressioni spesso im-

²⁵¹ U. BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, Torino, 1901, 71 e s., afferma che l'espressione, nei rapporti contrattuali, è inesatta.

²⁵² L'analisi del quadro normativo deve iniziare dalla l. 23 marzo 1853, n. 1483, ove si stabilisce che «I contratti saranno stipulati avanti ai funzionari a tal effetto indicati dalla Legge o per Regolamento approvato per Decreto Reale, pubblicato ed inserito negli Atti del Governo. Saranno poi resi *esecutori* per Decreto del Ministro cui spetta» (art. 28), norma posta per l'organizzazione amministrativa preunitaria del Regno di Sardegna ma, con vasta influenza e applicazione successiva. Successivamente l'art. 337 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F., legge sulle opere pubbliche, con norma di rinvio afferma che «I contratti in generale sono *esecutori* soltanto dopo l'approvazione dell'Autorità competente secondo le norme prescritte dalla legge di contabilità generale» e l'art. 336 della stessa legge «I contratti non sono *obbligatori* per l'Amministrazione, finché non sono approvati dalla superiore Autorità nelle forme previste dalle vigenti leggi». Ancora la l. 5 maggio 1869, n. 5026, *Sull'amministrazione e sulla contabilità generale dello Stato*, nel primo comma dell'art. 12 afferma: «I contratti diventano *eseguibili* quando sono approvati per Decreto del Ministro cui spetta o di pubblici Ufficiali da lui delegati, ed il Decreto sia registrato alla Corte dei conti», testualmente ripetuto nell'art. 12 della successiva legge sull'amministrazione e sulla contabilità generale dello Stato, n. 2016 del 1884, *Testo unico della legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato*. Il relativo regolamento, approvato con r.d. 4 settembre 1870, n. 5852, all'art. 113 stabilisce che «Gli atti di aggiudicazione definitiva ed i contratti stipulati s'intendono soggetti, per quanto riguarda lo Stato e nel solo suo interesse, alla *condizione sospensiva* della loro approvazione; e non sono quindi *eseguibili* se non dopo che sieno stati approvati con decreto del Ministro cui spetta, o dell'ufficiale da lui delegato, ed il decreto sia stato registrato alla Corte dei conti», testo esattamente ripetuto dall'art. 110 del regolamento n. 3074 del 1885, *per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*. Per i contratti degli enti territoriali minori il r.d. 4 maggio 1898, n. 164, *che approva il nuovo testo unico della Legge comunale e provinciale*, prevede all'art. 170 che «I contratti non sono *esecutori* senza il visto del Prefetto o sottoprefetto, i quali debbono accertarsi che siano state osservate le forme prescritte» (così già l'art. 11, r.d. 6 luglio 1890). Infine l'art. 19, comma primo del r.d. 18 novembre 1923, n.

precise che sottolineano l'assenza di vincoli per l'amministrazione. Problemi terminologici che evidenziano uno stato non evoluto del diritto privato, ancora incapace di accogliere la configurazione di un rapporto che determini l'obbligo del privato di mantenere ferma la sua offerta senza pregiudicare le decisioni dell'amministrazione e che ha imposto l'introduzione di norme «speciali» di non agevole interpretazione²⁵³.

La «specialità» delle norme sull'approvazione da parte di un'autorità diversa da quella competente per la selezione del contraente e le incertezze nella ricostruzione di tale rapporto giuridico hanno favorito l'assimilazione dell'ente pubblico ad un minore incapace di obbligarsi validamente²⁵⁴, con la con-

2240, *Norme sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato*, afferma che gli atti di aggiudicazione definitiva ed i contratti «non sono *obbligatori* per l'amministrazione, finché non sono approvati dal ministro o dall'ufficiale all'uopo delegato e non sono *eseguibili* che dopo l'approvazione». Per gli enti territoriali minori art. 296, comma I, t.u. 3 marzo 1934, n. 383, della legge comunale e provinciale: «I contratti che eccedono i limiti indicati negli articoli 87 e 140 non sono impegnativi per l'ente senza il visto del prefetto, il quale deve accertarsi che siano state osservate le forme prescritte. A tale scopo detti contratti devono essere trasmessi al prefetto in copia integrale entro cinque giorni dalla stipulazione».

²⁵³ Cfr. O. RANNELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 57, che sottolinea la difficoltà di conciliare le norme di contabilità con la disciplina civile dei contratti. La disciplina speciale introduce un «privilegio per maggiore tutela dei diritti patrimoniali dello Stato», per consentire all'autorità superiore di verificare che il contratto non sia lesivo degli interessi dello Stato poiché in base al codice civile del tempo il privato in assenza di un contratto perfetto potrebbe «revocare il consenso prestato, non esistendo che una semplice promessa a contrattare»: Corte di cassazione di Napoli, 27 maggio 1902, *Demanio c. Cono*, in *Foro it.*, 1902, I, 1371, ove si afferma la validità delle ipoteche iscritte anteriormente all'approvazione dal privato sul fondo acquistato poiché gli effetti dell'approvazione retroagiscono.

²⁵⁴ Il giudice civile assimila l'ente territoriale minore ad un incapace e considera tutti gli atti che precedono l'efficacia del contratto come «forme

sequenza che il contratto stipulato era considerato invalido fino all'approvazione (contratto cosiddetto claudicante²⁵⁵); oppure hanno fatto ritenere la stipulazione come mero atto prodromico di una procedura precontrattuale *in itinere*²⁵⁶, ove solo l'approvazione integrava la manifestazione di volontà

imprescindibili prescritte nell'interesse dell'ente e dell'ordine pubblico, le quali naturalmente importano una sanzione di nullità di qualsivoglia obbligazione per l'ente se non vengono osservate, salvo la responsabilità degli amministratori secondo i casi»: Corte di cassazione di Torino, 2 dicembre 1910, cit. L'omissione degli incanti, senza autorizzazione, costituisce inadempimento di una condizione richiesta per la «giuridica esistenza» della convenzione e ne determina la nullità, poiché l'art. 227 legge comunale del 1865, n. 2248/all. A, prevede che: «Sono nulle di pieno diritto le deliberazioni prese in adunanze illegali o sovra oggetti estranei alle attribuzioni del Consiglio o se si sono violate le disposizioni di legge» e a maggior ragione tale sanzione deve applicarsi ad un contratto che viola la legge: Sentenza della Corte d'appello di Lucca, 1 marzo 1875, nella *causa Luporini contro Com. di Lucca*, in *Riv. amm.*, 1875, 502, sulla tassa di consumo per l'esercizio di minuta vendita di carni bovine nella frazione di Maggiano. Sentenza della Corte di cassazione di Torino, 9 novembre 1885, *Tron c. Com. di Roure*, in *Foro it.*, 1885, 1179.

²⁵⁵ Contratti detti claudicanti, perché soltanto *ex uno latere constant* (Dig. *De act. emti et vend.*, legge 13, § 29; Inst., lib. 1 tit. 21), cui si applica l'art. 1107 del codice civile del 1865 sulla capacità di obbligarsi, ove si prevede che «La persona capace di obbligarsi non può opporre l'incapacità del minore, dell'interdetto, dell'inabilitato o della donna maritata, con cui essa ha contrattato. L'incapacità però derivante da interdizione per causa di pena si può opporre da chiunque vi ha interesse». Cfr. Sentenza della Corte d'appello di Lucca, 1 marzo 1875, nella *causa Luporini contro Com. di Lucca*, in *Riv. amm.*, 1875, 502.

²⁵⁶ Tutti gli atti di gara e la stessa aggiudicazione non determinano un contratto perfetto, ma si ritengono «semplici incumbenti preparatori»: Sentenza della Corte d'appello di Cagliari, 9 luglio 1872, *Campus Cossedu contro Com. di Ardara*, in *Riv. amm.*, 1874, 16. In tempi molto successivi si afferma anche per i contratti comunali la «natura giuridica del visto ai contratti, non più condizione di efficacia, ma elemento di perfezione del contratto», sulla base dell'interpretazione estensiva dei poteri prefettizi: Consiglio di Stato, Sezione V, 29 novembre 1929, n. 648, *Palmieri c. Pref. di Salerno*, in *Riv. amm.*, 1930, 275.

della parte pubblica²⁵⁷ in relazione allo *jus poenitendi* esercitabile fino all'approvazione del contratto. Infine si è affermata la ricostruzione dell'approvazione come *condicio juris* sospensiva dell'efficacia del contratto²⁵⁸.

Al di là delle accennate ricostruzioni²⁵⁹, pare d'interesse rilevare l'esigenza di correttezza quale si ricava dal contenzio-

²⁵⁷ Cfr. L. FORTI, *Sulla formazione dei contratti dello Stato*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1938, 64 e s., la quale, dopo un attento esame delle difficoltà di ricostruzione del rapporto in questione, afferma che la dichiarazione di volontà di un ente giuridico non possa presentarsi come «un atto semplice, ma come una serie di atti tra loro coordinati ed aventi ciascuno un effetto prodromico e parziale di fronte all'atto finale, che sarà realizzato dall'insieme dei singoli atti a cui la legge attribuirà l'effetto proprio della dichiarazione di volontà». L'approvazione viene dunque considerata un *essentiale negotii*, in quanto essendo requisito di perfezione della volontà di una delle due parti, viene per riflesso a far dipendere da sé anche la perfezione dell'intero contratto. La dichiarazione di volontà assume dunque la forma di «atto-procedimento», su cui cfr. U. FORTI, *Atto e procedimento*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1930, I, 356.

²⁵⁸ La *condicio iuris* deriva dalla legge e non costituisce una condizione propria, in quanto *tacite inesse videtur*: cfr. l'interessante nota di A. SCIALOJA, a Corte d'appello di Messina, 6 luglio 1904, in *Foro it.*, 1905, I, 755. Corte di cassazione di Roma, 31 gennaio 1918, *Tecnomasio italiano c. Finanza*, in *Giur. it.*, 1918, I, I, 189, dove si discute del momento di perfezione del vincolo contrattuale ai fini del pagamento della tassa di registro; Corte di cassazione, I sez., 16 maggio 1941, *Demanio dello Stato c. Silvestri*, in *Giur. it.*, 1941, I, I, 662; Corte di cassazione, I sez., 21 luglio 1939, *Prada c. Az. Elettr. Munic. Milano*, in *Foro amm.*, 1939, II, 130, Consiglio di Stato, Sezione V, 29 gennaio 1926, n. 20, *Letts c. Com. di Gaeta*, in *Riv. amm.*, 1926, 187.

²⁵⁹ L'inadeguatezza delle norme civili si evidenzia anche nei tentativi, isolati, di configurare più precisamente il rapporto amministrazione - privato, considerando l'obbligazione del privato, non come effetto del contratto, che ancora non esiste, bensì della propria promessa di contrattare cui inerisce *ope legis*, una rinuncia allo *jus poenitendi*, realizzando così l'effetto giuridico della proposta irrevocabile: Corte di cassazione di Roma, 11 maggio 1918, *Parmegiani c. Finanza*, in *Giur. it.*, 1918, I, I, 557, che riguarda il momento dal quale decorre l'obbligo del pagamento della tassa proporzionale di registro, e dunque sul momento in cui si perfeziona il contratto con un ente pubblico (Con-

so di oltre un secolo: l'esistenza di una procedura selettiva formalizzata evidenzia, con significativo anticipo rispetto ai rapporti fra privati, la necessità di garantirne l'osservanza sia di fronte alla collettività — per non compromettere la «moralità» dell'amministrazione — sia nei confronti dei concorrenti — per non indurli a rinunciare alla partecipazione alle gare pubbliche.

Ciò è avvenuto in un contesto in cui il privato non disponeva di alcuna norma che garantisse la correttezza e nelle trattative e nella formazione del contratto, né le teoriche sulla *culpa in contrahendo* erano state accolte diffusamente. Per valutare se si sia formato un valido vincolo contrattuale, il giudice civile si spinge ad «esaminare la sussistenza e regolarità di ogni elemento intrinseco ed estrinseco richiesto per una legale obbligazione»²⁶⁰; ma emergono immediatamente i limiti degli

gregazione di carità di Mantova); Corte di cassazione, sez. un., 21 giugno 1927, *Cagnoni c. Com. di Torriglia*, in *Riv. amm.*, 1927, 809, sembra di potersi rilevare una confusione terminologica in riferimento alla perfezione del contratto, degli atti amministrativi e dell'obbligazione della pubblica amministrazione. Altra ricostruzione riteneva che il vincolo unilaterale può essere realizzato poiché «il negozio serba il profilo giuridico di *pactum de contrahendo* accompagnato da un presunzione di rinuncia all'esercizio dello *jus poenitendi*»; Consiglio di Stato, Sezione V, 29 novembre 1929, n. 648, *Palmieri c. Pref. di Salerno*, in *Riv. amm.*, 1930, 275.

²⁶⁰ Corte d'Appello di Genova, 23 luglio 1906, *Acquedotto ligure c. Com. di Cogoleto*, in *Riv. amm.*, 1906, 875, riguardante un contratto di rilevante importanza economica, di cessione di diritti su talune sorgenti. La Corte conosce gli atti precontrattuali anche se una decisione della giunta provinciale amministrativa ha respinto l'impugnazione della deliberazione comunale, nonostante la mancanza dell'autorizzazione alla trattativa privata e il parere del consiglio di prefettura, ritenendoli nella fattispecie non necessari. Si afferma infatti che l'autorità giudiziaria «ha piena facoltà di esaminare non soltanto la validità ed efficacia giuridica intrinseca dell'atto, ma di estendere le sue ricerche a vedere se i detti atti, da cui dovrebbe scaturire il vincolo giuridico sono rivestiti di quelle formalità estrinseche che la legge ha voluto osservare per integrare la capacità giuridica dell'ente morale, come ne vedrebbe e giudichereb-

strumenti disponibili per garantire la correttezza della parte pubblica ed appare «ripugnante il supporre che (lo Stato) possa abusare della facoltà lasciategli di disdarsi, *senza ragioni sufficienti*; poiché lo Stato rappresenta per sé stesso la tutela e la sicurezza dei diritti di tutti e di ciascuno»²⁶¹.

In tale contesto normativo si percepisce l'impotenza del giudice civile, il quale non può «dettare termini all'autorità amministrativa e politica, la quale è libera nei suoi andamenti e *deve da sé comprendere*, che, esaurite le pratiche amministrative nel pubblico interesse, non vuolsi definitivamente lasciar vincolato ed in sospenso il contratto privato»²⁶².

*be se si trattasse di atti riguardanti persone relativamente incapaci (minori, inabilitati, emancipati, interdetti, donne maritate)». Afferma che: «i comuni sono assimilati ai minori e per cui non possono validamente obbligarsi senza le formalità tutte richieste dalla legge medesima a loro tutela»: Corte d'Appello di Napoli, 7 marzo 1906, *Russo c. Com. di Orsara*, cit., 564; Corte di cassazione di Napoli, 22 giugno 1906, *Jannuzzi c. Com. di Andria*, in *Riv. amm.*, 1907, 8, che afferma la nullità di un compromesso di valore ingente, mai comunicato al Consiglio di prefettura. M. VITA LEVI, *Appalto di opere e lavori, sì privati che pubblici*, Torino, 1884, (estratto dal Digesto italiano), 22 e s.*

²⁶¹ Espressione che può al tempo stesso indurre a pensare ad un particolare dovere di correttezza dell'amministrazione nei rapporti precontrattuali: Corte di cassazione di Napoli, 29 marzo 1900, *Briscese c. Fondo per il culto*, in *Foro it.*, 1900, I, 1016, riguardante un contratto eseguito anteriormente al visto. L'approvazione non può ritenersi condizione sospensiva potestativa infatti si considera la clausola di riserva di approvazione, come condizione sospensiva dell'obbligazione dell'ente pubblico, sulla base dell'art. 1157 cod. civ., ma non potestativa *ex art.* 1162 cod. civ. perché in tal caso essa determinerebbe la nullità dell'obbligazione: Sentenza della Corte di cassazione di Napoli, 12 novembre 1874, *Gaetani e Mauri contro Comune di Nola*, in *Riv. amm.*, 1875, 128, sull'asta pubblica per l'affitto del bosco Fungone.

²⁶² Così il privato, obbligato alla costruzione del palazzo dell'Accademia delle scienze di Roma dopo tre anni di attesa del visto prefettizio «di esecutorietà», chiede la fissazione di un termine al comune per l'adempimento del contratto oltre al risarcimento dei danni patiti. La Corte d'appello di Roma pur ritenendo quanto richiesto «(forse moralmente giusto ed equo)» afferma che al vincolo del privato non corrisponde una convenzione perfetta ed ese-

In un primo tempo il giudice civile esercitava il suo sindacato indifferentemente, sia sul rispetto delle formalità di gara, sia sul contratto, sia sull'approvazione finale o soprattutto sulla mancata approvazione, poiché il fondamento della sua giurisdizione veniva rinvenuto nella domanda dei concorrenti o dell'aggiudicatario circa la sussistenza di una valida obbligazione; tuttavia l'esito era sempre favorevole alla parte pubblica, poiché ogni violazione veniva ricondotta ad un'ipotesi di nullità relativa (annullabilità). La ricostruzione del contratto come atto «meramente preparatorio» e l'approvazione come definitiva manifestazione di volontà dell'amministrazione²⁶³

guibile per l'amministrazione, né può ravvisarsi colpa nel comune che sollecitamente ha trasmesso gli atti all'autorità tutoria e non potrebbe «dirsi meritevole e passibile di danni interessi»: Sentenza della Corte di cassazione di Roma, 24 luglio 1889, *comune di Roma contro Mazzocchi*, in *Riv. amm.*, 1890, 303, sul contratto per la costruzione del palazzo dell'Accademia delle scienze obbligatoria per il comune in forza della legge 14 maggio 1881. Un termine per l'approvazione del contratto «di mesi quattro dal giorno della sua stipulazione» può rinvenirsi solamente nell'art. 13 del d. m. 28 maggio 1895, *Capitolato generale per gli appalti delle opere dipendenti dal Ministero dei Lavori pubblici*, cfr. Parere del Consiglio di Stato, 10 luglio 1889, n. 4074-1025, *Com. di S. Pierfedele*, in *Riv. amm.*, 1889, 1019, che afferma la colpa del comune per la mancata sottoposizione della deliberazione all'approvazione che non può essere annullata a danno dell'interessato, ma è necessario che «se ne curi la regolarità sottoponendola ora all'approvazione dell'autorità tutoria». La possibilità di messa in mora dell'amministrazione da parte dell'aggiudicatario in un primo tempo è affermata contro il privato che, non avendola proposta, è ritenuto corresponsabile dell'inerzia della pubblica amministrazione: Corte di cassazione, I sez., 12 maggio 1934, *Soc. Meridionale elettricità. c. Com. Castello D'Alife*, in *Foro amm.*, 1935, II, 135; Corte di cassazione, III sez., 30 giugno 1930, *Com. di Castelfidardo c. Zezi*, in *Giur. it.*, 1930, I, I, 983.

²⁶³ Consiglio di Stato, Sezione IV, 1 agosto 1902, *Acerbotto c. Ministero delle Finanze*, cit., dove si afferma che «i contratti non si perfezionano, né diventano esecutivi se non approvati dal ministro»; Sentenza della Corte d'appello di Genova, 7 febbraio 1911, *Ditta Enriotti Giangrandi c. Com. di Sestri Levante*, cit.; Corte di cassazione, sez. un., 21 giugno 1927, *Cagnoni c. Com. di Torrighia*, in *Riv. amm.*, 1927, 809. Cfr. G. INGROSSO, *I contratti dei*

escludevano il sindacato del giudice ordinario per mancanza di una posizione di diritto nelle trattative²⁶⁴, poiché non poteva sorgere un diritto fino all'approvazione, dal momento che gli atti anteriori sono preparatori e «nel periodo precontrattuale è da riconoscersi all'amministrazione un largo potere discrezionale»²⁶⁵.

La disciplina «speciale»²⁶⁶ determinata dall'inadeguatezza del codice civile del 1865 ha comportato una divaricazione dal

comuni, Milano, 1921, 150 e s., che nega l'esistenza del contatto anteriormente alla sua efficacia.

²⁶⁴ Infatti per negare la giurisdizione del giudice ordinario si era sostenuto che «finché il contratto non si è perfezionato con il visto di esecutorietà, esso non può considerarsi valido, e, quindi non può parlarsi di competenza dell'autorità giudiziaria, la quale può sorgere soltanto dopo che il contratto è diventato perfetto con l'adempimento di tutte le formalità prescritte, l'ultima delle quali è costituita dal visto di esecutorietà». Non esiste «un diritto soggettivo contrattuale» e da ciò si desume la competenza del Consiglio di Stato sul ricorso del privato contro il diniego di visto: Consiglio di Stato, Sezione V, 8 marzo 1929, *Soc. an. Rosco e segheria di Calvello c. Pref. di Potenza*, cit. Cfr. G. INGROSSO, *Principi di contabilità di Stato*, cit., 204.

²⁶⁵ Consiglio di Stato, Sezione V, 24 marzo 1942, *Consorzio fascista del peschereccio del Tirreno c. Pref. di Salerno e Com. di Salerno*, cit.

²⁶⁶ Cfr.: Sentenza della Corte d'appello di Roma, 11 dicembre 1928, *Demanio dello Stato contro Taccheri ved. Riccardi, Staderini*, in *Foro amm.*, 1929, II, 83, riguardante un contratto di locazione che non giunse a perfezione per essere mancata l'approvazione del ministro competente. Solo se è previsto un termine nel contratto o nel capitolato il privato può liberarsi *ex art.* 114, comma I, del r.d. 23 maggio 1924, n. 827, cit., «Quando nel capitolato di oneri o nello schema del contratto sia stabilito un termine per l'approvazione il contraente ha diritto di essere liberato da ogni suo impegno ove entro il termine stesso non venga emesso il decreto di approvazione», e precisa nel comma III, che «il contraente dichiaratosi sciolto all'impegno assunto non può pretendere compenso di sorta». Cfr. Consiglio di Stato, Sezione IV, 5 febbraio 1915, *Nervi c. Com. di Spezia*, cit., dove il privato, inutilmente, tenta di sostenere l'ammissibilità del visto tacito, decorsi i normali termini previsti per il controllo generale di legittimità sulle deliberazioni comunali, per fondare la sua pretesa di rimborso delle spese sostenute per prepararsi ad adempiere.

diritto civile sempre più ampia nel tempo²⁶⁷, poiché tali disposizioni, seppure «non conformi ai principi razionali del diritto comune», sono «portate da leggi speciali ed avuto riguardo all'interesse pubblico dello Stato, il quale non può essere vin-

²⁶⁷ Infatti sorgono questioni in relazione alla prolungata inerzia della pubblica amministrazione nell'approvazione dei contratti, che i privati cercano di superare chiedendo la risoluzione del contratto ovvero la fissazione di un termine alla pubblica amministrazione. Nel vigore del codice del 1865 l'art. 1165, comma I, considera la risoluzione del contratto per inadempimento come «condizione risolutiva sempre sottintesa nei contratti bilaterali, pel caso in cui una delle parti non soddisfa alla sua obbligazione», che peraltro deve «domandarsi giudizialmente». Analogamente l'art. 1173, II comma, prevede la facoltà dell'autorità giudiziaria «di stabilire per l'adempimento dell'obbligazione un termine conveniente, se questo sia stato rimesso alla volontà del debitore». Tuttavia l'autorità giudiziaria nega l'applicabilità delle invocate norme del codice civile, pur rilevando che «non sembra equo che mentre il ministero della guerra ha facoltà senza determinazione di limiti di approvare o non la convenzione, l'altro contraente sia indefinitamente vincolato». Nel caso di specie la controversia si risolve accogliendo l'offerta del ministero di restituire la cauzione ed il deposito per le spese d'asta dal momento che non è possibile conoscere la volontà della pubblica amministrazione circa l'esecuzione dell'opera appaltata: Corte d'Appello di Casale, 31 dicembre 1899, *Pozzoli c. Ministero della guerra*, cit., nella nota redazionale in *Giur. it.*, 1899, I, II, 129 si invoca il riconoscimento al privato di un «adeguato indennizzo dei danni» sia per la predisposizione dei mezzi per l'adempimento da parte del contraente, sia per la mancata assunzione di altri lavori. Riferimenti analoghi in M. VITA LEVI, voce *Appalto di opere e lavori, sì privati che pubblici*, Torino, 1884, 22, estratto dal *Digesto Italiano*, 27, che in tal senso richiama la decisione del Consiglio di Stato francese, 29 giugno 1870, in *Dalloz*, 1872, III, 4. M. VITA LEVI, *Della locazione di opere e più specialmente degli appalti*, vol. II, Torino 1876, 96, ove osserva che «se non fu prescritto alcun termine il giudice sarebbe competente (arg. art. 1173 Cod. civ.) per apprezzare entro qual termine l'amministrazione debba far conoscere la sua decisione» e «l'equità importa che, ove in realtà troppo tardivamente (lo apprezzerà il giudice del fatto con criterio insindacabile in Cassazione) si sia notificato all'aggiudicatario il rifiuto di approvare il suo contratto, gli si debba corrispondere una indennità ragguagliata al pregiudizio che necessariamente questo ritardo ha dovuto arrecargli».

colato senza il concorso dell'autorità che è responsabile della suprema direzione della cosa pubblica», sicché debbono «sempre essere osservate per quel principio di diritto secondo cui *speciei per genere non derogatur*»²⁶⁸. Si favorisce la ricostruzione anche delle comuni facoltà collegate all'autonomia privata in chiave di poteri autoritativi peculiari della pubblica amministrazione e degli atti precontrattuali come atti amministrativi.

La generale inadeguatezza delle norme del codice civile a soddisfare le istanze di tutela non solo dei concorrenti, ma anche dell'aggiudicatario ha progressivamente marginalizzato il sindacato del giudice civile²⁶⁹, lasciando il campo a quello

²⁶⁸ Così Corte d'Appello di Casale, 31 dicembre 1899, *Pozzoli c. Ministero della guerra*, in *Giur. it.*, 1899, I, II, 129, ove si rilevava che: «il presente contratto obbligherà l'amministrazione militare soltanto dopo che sarà definitivamente approvato dal ministero della guerra secondo le norme prescritte dalle vigenti disposizioni». Il riferimento è all'art. 336 della l. 20 marzo 1865, All. F, cit., che sancisce la «non obbligatorietà», a differenza delle norme di contabilità, che affermano solamente la «non eseguibilità» o «non esecutorietà». Successivamente i due effetti vengono a coincidere con l'art. 19, r.d. 18 novembre 1923, n. 2240, cit., in cui si afferma che i contratti «non sono obbligatori per l'amministrazione, finché non sono approvati dal ministro o dall'ufficiale all'uopo delegato e non sono eseguibili che dopo l'approvazione». Il caso riguardava l'appalto per la costruzione di una polveriera e relativo corpo di guardia.

²⁶⁹ Corte d'appello di Torino, 27 marzo 1934, *Com. di Bellinzago c. Società A. Gestioni Tributarie*, cit.; Corte di cassazione, sez. II, 12 maggio 1928, *Com. di Roana c. Incao*, in *Riv. amm.*, 1929, 103, riguardante la vendita di beni mobili. Il privato non può sottrarsi all'esecuzione del contratto deducendo l'inosservanza delle «norme riguardanti il procedimento amministrativo da seguirsi in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni che sono poste a tutela di queste e non di coloro che contraggono con l'ente pubblico». Il privato non può invocare per liberarsi dalla propria obbligazione «l'inosservanza delle formalità dettate allo scopo di coordinare l'attività dell'ente pubblico al conseguimento dei suoi fini»: Corte di cassazione, III sez., 10 aprile 1940, *Befani c. Com. Trevi*, in *Foro amm.*, 1940, II, 82; Corte d'appello di

amministrativo, che disponeva di strumenti in grado di tutelare, insieme all'interesse della pubblica amministrazione, anche quello dei privati.

Anche il Consiglio di Stato sottolineava che l'aggiudicazione non vincolava la parte pubblica e che l'aggiudicatario doveva conoscere le norme che rinviano l'efficacia del contratto al momento dell'approvazione, poiché chi contrae con un ente pubblico *vel est, vel debet esse non ignarus conditionis ejus cum quo contrahit*²⁷⁰, sicché in tutta analogia con la condizione dell'incapace²⁷¹ si approdava alla conseguenza che *volenti et consentienti nulla fit iniuria*²⁷². A differenza del giudi-

Roma, 2 aprile 1925, *Catenificio Bassoli c. Ferrovie dello Stato*, in *Giur. it.*, 1941, I, II, 381.

²⁷⁰ Consiglio di Stato, Sezione V, 29 gennaio 1926, n. 20, *Lettis c. Com. di Gaeta*, cit.; Consiglio di Stato, Sezione IV, 5 febbraio 1915, *Nervi c. Com. di Spezia*, in *Foro it.*, 1915, III, 169, che traduce l'espressione sostenendo che il privato non può ignorare «né la condizione di limitata capacità giuridica in cui trovasi l'altro contraente, né le formalità indispensabili che la legge impone perché il contratto divenga perfetto ed esecutorio».

²⁷¹ Pare offrire una soluzione la ricostruzione teorica del visto di «esecutorietà» come attività di controllo di merito che interviene su un atto perfetto e valido, che non può produrre suoi effetti fino a quando non abbia superato positivamente il controllo. In questo senso l'opposta teoria, che sostiene l'inesistenza di ogni vincolo giuridico fino all'apposizione del visto, viene respinta, perché gli atti di controllo non possono integrare la perfezione di un rapporto giuridico, in quanto non hanno natura costitutiva, ma semplicemente dichiarativa. Critica questa ricostruzione L. FORTI, *Sulla formazione dei contratti dello Stato*, cit., 51, in quanto se l'approvazione rappresentasse esercizio di un'attività di controllo l'amministrazione sarebbe comunque obbligata a pronunciarsi, invece «se la P.A. è obbligata a seguire nella procedura del contratto quelle determinate forme, essa è però libera in ogni momento di non portare a termine le formalità richieste e di interrompere quindi il processo formativo del contratto». Sull'attività di controllo cfr. U. FORTI, *Controlli dell'amministrazione comunale*, in Trattato Orlando, II, parte 2°, 836 e s.

²⁷² *Nemo videtur fraudare eos qui sciunt et consentiunt* (L. 45 Dig. de reg. jur.): cfr. Consiglio di Stato, Sez. int., parere del 17 gennaio 1902, n. 113-30, *Prov. di Siracusa*, in *Riv. amm.*, 1902, 314, che ritiene insindacabile l'inseri-

ce civile, il Consiglio di Stato riconosceva all'aggiudicatario un «diritto acquisito»²⁷³ in relazione all'avvenuta selezione conseguente alla presentazione dell'offerta migliore nell'ambito di un procedimento concorsuale per escludere la possibilità di accettare offerte tardive o di considerare gli incanti come non avvenuti²⁷⁴. Il «diritto acquisito» dall'aggiudicatario, in un certo senso, anticipa il diritto alla correttezza precontrattuale

mento della clausola di riserva di approvazione, in contrasto con l'avviso del prefetto che considerava la clausola di riserva inserita dalla deputazione provinciale come contraria alla buona fede contrattuale.

²⁷³ Consiglio di Stato, parere del 22 febbraio 1873, n. 190-98, cit., mentre già con il Dispaccio Ministeriale 4 novembre 1849, in *Riv. amm.*, 1850, 56, ove attraverso il riconoscimento all'aggiudicatario di un «diritto acquisito» sul bene oggetto dell'incanto si nega la possibilità di accettare offerte tardive che si rivelavano dannose in quanto hanno l'effetto di ritardare indefinitamente la chiusura degli incanti, la stipulazione del contratto e l'incasso del prezzo in caso di vendita e allontanano i concorrenti che non gradiscono la prolungata incertezza dell'esito delle loro offerte. Cfr.: B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, cit., 362, il quale richiama la categoria del «droit acquis», tradotto da Giovanni Manna (*Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1876) come «diritto acquistato» che occorre provare per chiamare in giudizio l'amministratore.

²⁷⁴ La clausola posta nel bando di gara in cui il consiglio comunale si riserva di approvare l'incanto deve interpretarsi come cautela introdotta per sindacare la regolarità degli atti, ma non è ammissibile una riserva che voglia annullare gli effetti di un'aggiudicazione regolare e definitiva, benché ancora da sottoporre al visto dell'autorità tutoria: Consiglio di Stato, parere del 29 agosto 1868, dal Ministero adottato, *Com. Salle c. Pref. Abruzzo Citerione*, in *Riv. amm.*, 1868, 903; Consiglio di Stato, parere del 11 novembre 1874, n. 4473-1887, adottato, in *Riv. amm.*, 1875, 299. Così un consiglio comunale non può deliberare di ritenere come non avvenuti gli incanti regolarmente svolti, lamentando il solo fatto della mancanza della concorrenza sperata. La deputazione provinciale infatti approva gli atti di incanto, non trovando motivo per annullarli contro i diritti acquisiti del deliberatario ed anche il Consiglio di Stato conferma tale decisione: Consiglio di Stato, parere del 22 marzo 1873, dal Ministero adottato, *Com. Laurito c. Dep. prov. Salerno*, in *Riv. amm.*, 1873, 444, si trattava della vendita di due fondi comunali.

che l'amministrazione non poteva comprimere arbitrariamente²⁷⁵, vanificando le trattative attraverso comportamenti contraddittori, quale la stipulazione del contratto con chi non avesse partecipato alla gara.

In tale prospettiva, la correttezza non consisteva nella rigida osservanza di tutte le formalità prescritte, ma nel garantire la bontà del risultato valutando non solo la convenienza economica della parte pubblica, ma anche la necessità di non ledere «alcun diritto quesito dei terzi»²⁷⁶, poiché la correttezza

²⁷⁵ L'irretrattabilità della regolare aggiudicazione affermata dal Consiglio di Stato è confermata, *a contrario*, dai casi in cui viene negata, così ad esempio nella licitazione privata l'amministrazione può non aggiudicare ove il prezzo offerto appaia poco conveniente perché diversamente dagli incanti non è prevista la scheda segreta dell'amministrazione che, contenendo l'offerta minima che la pubblica amministrazione è disposta ad accettare, garantisce che non si aggiudichi ad un prezzo sconveniente. In ogni caso il Consiglio di Stato anche in caso di licitazione privata suggerisce di indicare espressamente, «per norma dei concorrenti», che l'amministrazione non si obbliga ad accettare offerte che non reputa convenienti, implicitamente affermando che negli incanti è tenuta ad accettare l'offerta migliore, sempreché il contratto sia successivamente approvato dalle autorità tutorie: Consiglio di Stato, parere del 23 aprile 1886, Ministero del Tesoro (ragioneria generale) in *Foro it.*, 1886, III, 116. Solo quando gli avvisi d'asta pubblicati vengono revocati prima dell'esperimento della gara si afferma che la sola pubblicazione non genera diritti nei terzi né vincolo per l'amministrazione: Consiglio di Stato, parere del 17 aprile 1885, adottato, n. 1610-438, *M. Gerardo c. Pref. Campobasso*, in *Riv. amm.*, 1885, 739, concernente l'appalto a trattativa privata del dazio sulle paste del comune di Venafro. Così afferma che nessuna norma impone di proseguire un incanto, né la presentazione di un'offerta assicura la titolarità di un diritto quesito: Cons. Stato, sez. IV, 7 maggio 1897, n. 177, *Cavalieri c. G.P.A. di Ferrara e Min. Int.*, in *Giust. amm.*, 1897, 160, nel caso di specie, interrotti gli incanti, era stata «debitamente autorizzata la trattativa privata».

²⁷⁶ Infatti «compete al Governo del Re una facoltà di apprezzamento in forza del quale può mantenere un atto di aggiudicazione, sebbene viziato da qualche irregolarità di forma, quando vi sia il manifesto interesse dell'amministrazione, e non sia leso alcun diritto quesito dei terzi»: Consiglio di Stato, pa-

za richiesta alla parte pubblica non investiva solo il rapporto con l'aggiudicatario, ma anche quello con tutti gli altri concorrenti. Talora si ammetteva il mantenimento di contratti in violazione delle norme di selezione, purché convenienti per l'amministrazione pubblica, poiché dal punto di vista del diritto civile si considerava il contratto viziato di nullità relativa invocabile dalla sola amministrazione, mentre in quello amministrativo si poteva ritenere che la violazione non avesse impedito il raggiungimento del risultato perseguito dalla norma.

La configurazione del contratto stipulato con l'aggiudicatario come mero atto preparatorio era agevolata anche dalla previsione che il contratto poteva non essere approvato anche per «gravi motivi di interesse pubblico e dello Stato»²⁷⁷; si è visto che la norma è di particolare importanza per l'interpretazione e la ricostruzione del sistema poiché, ove interpretata in senso estensivo²⁷⁸, trasforma l'approvazione del contratto

rere del 18 giugno 1886, *Costa*, cit. Cfr. M. VITA LEVI, voce *Appalti di opere e lavori*, in *Digesto Italiano*, Torino, 1890, vol. III, 11 e s. che afferma la libertà di non far valere la nullità verificatasi, dal momento che le norme sono poste nell'interesse dell'amministrazione.

²⁷⁷ Art. 122, r.d. 4 settembre 1870, n. 5852, *Regolamento per l'esecuzione della Legge 22 aprile 1869 sulla amministrazione del patrimonio dello Stato e sulla contabilità generale*: «Per gravi motivi di interesse pubblico e dello Stato il Ministro può astenersi dal rendere eseguibili i contratti qualunque riconosciuti regolari», testualmente trasfuso nell'art. 120, del r.d. 4 maggio 1885, n. 3074, cit.; e parzialmente modificato dall'art. 113 del r.d. 23 maggio 1924, n. 827, cit., «Per gravi motivi di interesse pubblico o dello Stato il ministro o l'autorità delegata per l'approvazione, può negare l'approvazione ai contratti anche se riconosciuti regolari. L'autorità delegata, nel caso in cui non ritenga di approvare il contratto, ne riferisce al ministro», Consiglio di Stato, Sezione IV, 24 maggio 1912, *Iattici c. Ministero dei lavori pubblici*, in *Foro it.*, 1912, III, 273.

²⁷⁸ Respinge il ricorso contro il rifiuto di approvazione di un'aggiudicazione al primo incanto a prezzo troppo basso, di una rivendita di sali e tabacchi, divenuta definitiva per errore della pubblica amministrazione nel fissare i termini per il miglioramento: Consiglio di Stato, Sezione IV, 6 marzo 1896, n.

nell'effettiva manifestazione di volontà della pubblica amministrazione, che può esercitare liberamente lo *jus poenitendi*²⁷⁹ senza bisogno di alcuna motivazione²⁸⁰; all'opposto, l'appro-

92, *Crisuolo c. Ministero delle finanze*, in *Riv. amm.*, 1896, 474, riguardante l'appalto per la rivendita di generi di privativa, sali e tabacchi; afferma peraltro che: «rimangono impregiudicate le ragioni che il ricorrente medesimo può far valere nella sede giudiziaria da lui già adita per ottenere il risarcimento dei danni dipendenti dal preteso inadempimento dell'obbligazione contrattuale», azione di cui non si conosce l'esito, ma che difficilmente potrà aver trovato un giudice che abbia riconosciuto l'esistenza di un'obbligazione della pubblica amministrazione, prima dell'approvazione, e neppure l'esistenza di un danno aquiliano ove non si riscontri la violazione di un diritto, in assenza di una espressa previsione della responsabilità precontrattuale. Sentenza della Corte d'appello di Roma, 11 dicembre 1928, *Demanio dello Stato contro Taccheri ved. Riccardi*, *Staderini*, in *Foro amm.*, 1929, II, 83; per i comuni: Sentenza della Corte d'appello di Genova, 7 febbraio 1911, *Ditta Enriotti Giangrandi c. Com. di Sestri Levante*, in *Riv. amm.*, 1911, 830.

²⁷⁹ Si tratta secondo questa interpretazione di un «diritto contrattuale» (di autonomia privata), consentito ad ogni soggetto fino alla perfezione del contratto: Consiglio di Stato, Sezione IV, 15 maggio 1908, *Gadaleta e Caldarella c. Capitolo cattedrale di Ruvo di Puglia e altri*, in *Foro it.*, 1908, III, 241, concernente vendite del patrimonio ecclesiastico ad opera dell'amministrazione economica e Id., 1909, III, 8, con osservazioni di L. RAGNISCO. Esclude così la sussistenza di un obbligo di motivazione del rifiuto di approvazione: F. CAMMEO, *Gli atti amministrativi e l'obbligo della motivazione*, in *Giur. it.*, 1908, III, 253 e s., che critica l'affermazione del Consiglio di Stato, parere «Sezioni unite», 8 febbraio 1908, *Checchini c. Ministero dell'agricoltura, industria e commercio*, cit., che afferma che tutte le decisioni amministrative devono essere motivate.

²⁸⁰ Infatti non viene seguito dal Governo (che non annulla il rifiuto di approvazione) il parere del Consiglio di Stato ove si sostiene che il provvedimento di rifiuto di approvazione «per gravi motivi» debba essere motivato poiché afferma che per la legittimità delle decisioni amministrative, è necessaria l'«indicazione dei loro motivi, mercé i quali soltanto si può dimostrare che il provvedimento ha il suo fondamento nella legge e non proviene da arbitrio»: Parere del Consiglio di Stato, «Sezioni unite», 8 febbraio 1908, *Checchini c. Ministero dell'agricoltura, industria e commercio*, in *Foro it.*, 1908, III, 258, su ricorso straordinario relativo all'appalto della stampa dei bollettari del

vazione può considerarsi un atto di controllo sulla «regolarità» della selezione concorsuale²⁸¹, che deve valutare l'assenza di «gravi motivi di interesse pubblico» contrari all'adempimento del contratto²⁸², con il limitato effetto di permettere in casi eccezionali²⁸³ di non vincolare l'am-

lotto; la pubblica amministrazione avrebbe dovuto fissare un ribasso più elevato in modo da provocare la «deserzione dell'incanto» ove non fosse stato raggiunto poiché non è possibile disconoscere «il vincolo giuridico stabilito sulla buona fede»; inoltre l'art. 120 del regolamento di contabilità del 1885, cit., va interpretato come caso eccezionale e «d'interpretazione restrittiva» applicabile nell'ipotesi di fatti nuovi e imprevisi sopravvenuti. Al parere segue una breve annotazione di U. F. che aderisce all'orientamento del governo ed in riferimento all'asserito obbligo di motivazione dubita che si possa stabilire un principio comune alle varie categorie di atti amministrativi.

²⁸¹ Art. 19, r.d. 18 novembre 1923, n. 2240, cit., ove si afferma che i contratti «non sono obbligatori per l'amministrazione, finché non sono approvati dal ministro o dall'ufficiale all'uopo delegato e non sono eseguibili che dopo l'approvazione».

²⁸² Art. 113 del r.d. 23 maggio 1924, n. 827, cit., «Per gravi motivi di interesse pubblico o dello Stato il ministro o l'autorità delegata per l'approvazione, può negare l'approvazione ai contratti anche se riconosciuti regolari. L'autorità delegata, nel caso in cui non ritenga di approvare il contratto, ne riferisce al ministro», che parzialmente modifica l'art. 122, r.d. 4 settembre 1870, n. 5852, *Regolamento per l'esecuzione della Legge 22 aprile 1869 sulla amministrazione del patrimonio dello Stato e sulla contabilità generale*: «Per gravi motivi di interesse pubblico e dello Stato il Ministro può astenersi dal rendere eseguibili i contratti quantunque riconosciuti regolari», testualmente trasfuso nell'art. 120, del r.d. 4 maggio 1885, n. 3074, cit.

²⁸³ Che non paiono sussistere quando al diniego di approvazione di un contratto «per gravi motivi di pubblico interesse» segue poco tempo dopo la stipulazione dello stesso contratto con una delle altre ditte partecipanti alla licitazione che aveva presentato un'offerta meno conveniente. Il giudice amministrativo rileva un vizio di eccesso di potere, poiché «appare contrario ad un evidente principio di giustizia» l'aver leso una «legittima aspettativa» dell'aggiudicatario dal momento che l'amministrazione deve «comportarsi in modo da non giustificare il dubbio che ragioni di natura diversa abbiano influito, perché le Amministrazioni pubbliche debbono godere la fiducia dei cittadini»: Consiglio di Stato, Sezione IV, 17 luglio 1925, n. 686, *Falzoni c.*

ministrato con un'obbligazione che risulti dannosa²⁸⁴.

Per gli enti territoriali minori²⁸⁵ si era affermata l'interpretazione restrittiva ai casi di «dolo, frode, allontanamento dagli incanti, collusione, sospetto di imbrogli, intrighi, errori

Ministero della Marina, in *Foro amm.*, 1925, I, I, 328, riguardante l'appalto per la cessione di un bacino in legno G.O. 16 in Pola.

²⁸⁴ Così originariamente: Sentenza della Corte d'appello di Torino, 30 luglio 1869, nella causa *Capé contro Ministero dei lavori pubblici e contro Geddo*, in *Riv. amm.*, 1870, 239, che sindacava il rifiuto di approvazione per gravi motivi di interesse pubblico e nega che possa fondarsi su considerazioni personali.

²⁸⁵ Originariamente si è dubitato circa l'estensione ai contratti degli enti territoriali minori del potere di negare l'approvazione «per gravi motivi di interesse pubblico» prevista per quelli statali. Difettava l'analogia fra il ministro (parte contraente) e il prefetto (autorità di vigilanza), con conseguente lesione dell'autonomia dei comuni. Si limita l'applicazione «a quei soli casi i quali siano di tale gravità che ne resti seriamente compromesso l'interesse pubblico»: Consiglio di Stato, parere del 21 gennaio 1887, *Moroni e a. c. Pref. Perugia*, in *Foro it.*, 1887, III, 58, che ritiene sia da revocarsi il decreto prefettizio con il quale vennero annullati gli atti per l'appalto di alcuni dazi di consumo per un quinquennio, nel comune di Gualdo Tadino per il sospetto di brogli e perché si riteneva di poter ottenere prezzi migliori. Successivamente una norma regolamentare per i comuni e le province espressamente estende al prefetto la possibilità di negare l'esecutorietà ai contratti «per gravi motivi di interesse pubblico e del comune e della provincia»: art. 113, VI comma, r.d. 19 settembre 1899, n. 394, *che approva il nuovo regolamento per la esecuzione della legge comunale e provinciale*, «Per gravi motivi di interesse pubblico e del comune e della provincia il prefetto può, sentito il consiglio di prefettura, negare l'esecutorietà ai contratti, quantunque riconosciuti regolari». Art. 177, u.c., r.d. 12 febbraio 1911, n. 278, cit. Successivamente: art. 296, t.u. 3 marzo 1934, della legge comunale e provinciale, «I contratti che eccedono i limiti indicati negli artt. 870 e 140 non sono *impegnativi* per l'ente senza il visto del Prefetto il quale deve accertarsi che siano state osservate le forme prescritte. A tale scopo detti contratti devono essere trasmessi al Prefetto in copia integrale entro cinque giorni dalla stipulazione. Per gravi motivi di interessi dell'ente o per altri gravi motivi di interesse pubblico, il Prefetto può sempre negare l'esecutività dei contratti, quantunque riconosciuti regolari. I provvedimenti del prefetto sono definitivi».

ed altri (casi) parimente gravi, per cui fosse riuscito illusorio o quasi defraudatorio il prezzo²⁸⁶, escludendo la possibilità di vanificare l'esito della gara in relazione ad un possibile vantaggio economico assicurato da un'offerta tardiva²⁸⁷, ovvero per un eccessivo ribasso. In tali casi era possibile rilevare il vizio di eccesso di potere²⁸⁸ per falsa applicazione di tali disposizioni da parte dell'autorità tutoria²⁸⁹.

²⁸⁶ Consiglio di Stato, Sezione IV, 18 dicembre 1903, *Vitali c. Com. di Comacchio e Pref. di Ferrara e Ditta Finzi-Pelazza*, in *Foro it.*, 1904, III, 49, concernente l'offerta presentata due giorni dopo la gara da una ditta che vi aveva partecipato, ma che dopo la 21° candela si era spontaneamente fermata e la 23° candela si spense sull'aumento del ricorrente; Consiglio di Stato, Sezione IV, 24 febbraio 1911, *Melillo c. Pref. di Salerno*, in *Foro it.*, 1911, III, 252.

²⁸⁷ Il prefetto non può «farsi giudice della maggiore o minore convenienza del contratto», ma deve limitarsi ad accertare che siano state osservate le forme e non si sia violata alcuna disposizione di legge ed «eccessivo deve ritenersi il provvedimento prefettizio» che abbia annullato gli atti d'asta e l'aggiudicazione definitiva per il sopravvenire di una migliore offerta tardiva: Consiglio di Stato, parere del 3 febbraio 1888, *Ruotolo c. Pref. Avellino*, in *Foro it.*, 1888, III, 33, sull'appalto del taglio del bosco Castagnoli del comune di Cervinara; Consiglio di Stato, Sezione IV, 31 ottobre 1919, *Massari c. Pref. di Bari*, in *Foro it.*, 1921, III, 47, riguardante l'appalto per la manutenzione della strada Bari-Rutigliano; Consiglio di Stato, Sezione IV, 18 dicembre 1903, *Vitali c. Com. di Comacchio e Pref. di Ferrara e Ditta Finzi-Pelazza*, cit.; Consiglio di Stato, Sezione V, 5 aprile 1940, *Passiatore c. Pref. di Taranto e Com. di Martina Franca*, in *Foro it.*, 1940, III, 148, riguardante l'annullamento del diniego di visto al verbale di aggiudicazione del fondo «Raschiazappa».

²⁸⁸ Consiglio di Stato, Sezione IV, 24 febbraio 1911, *Melillo c. Pref. di Salerno*, cit. riguardante l'appalto per la manutenzione della strada provinciale Montecorvino-Acerno Croci per cui era stato offerto un ribasso del 18.39 per cento che secondo il prefetto impediva che il contratto fosse legalmente eseguito e perciò aveva negato il visto per «gravi motivi di interesse pubblico», a tutela dell'amministrazione era prevista peraltro una forte cauzione e pagamenti posticipati.

²⁸⁹ Art. 53, r.d. 30 dicembre 1923, n. 2839, cit.; si estende il potere prefettizio a tutela degli interessi del comune «contro l'opera imprudente o non

Anche nelle altre amministrazioni il sindacato sul vizio di eccesso di potere ha consentito di sanzionare quella che poteva apparire come una scorrettezza nelle trattative²⁹⁰; solo l'af-

avveduta dei suoi stessi amministratori»: Consiglio di Stato, Sezione IV, 29 dicembre 1923, *Cesco c. Pref. di Belluno*, in *Riv. amm.*, 1924, 413, riguardante un contratto per la vendita di legname del comune di S. Pietro di Cadore il cui prezzo di mercato era aumentato nel tempo intercorso fino alla richiesta di approvazione, pare di interesse rilevare che il giudice amministrativo considera gli atti e le fasi del procedimento amministrativo precontrattuale come «momenti di trattative». Cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, 14 novembre 1930, n. 646, *Ditta Camillotti c. Pref. di Brescia e altri*, in *Riv. amm.*, 1931, 202; Consiglio di Stato, Sezione V, 10 giugno 1927, *Lettis c. Pref. di Caserta*, in *Riv. amm.*, 1927, 738. Per fondare l'ampia facoltà del prefetto si afferma incidentalmente che l'interesse pubblico valutato dal prefetto potrebbe anche essere «in contrasto con il particolare e ristretto interesse municipalistico»: Consiglio di Stato, Sezione V, 29 gennaio 1926, n. 20, *Lettis c. Com. di Gaeta*, in *Riv. amm.*, 1926, 187, che considera l'errore del ricorrente che non ha impugnato in via gerarchica il rifiuto di visto del sottoprefetto. Consiglio di Stato, Sezione IV, 10 febbraio 1922, n. 45, *Antonacci c. Com. di Mottola*, in *Riv. amm.*, 1922, 322; Consiglio di Stato, Sezione IV, 5 febbraio 1915, *Nervi c. Com. di Spezia*, in *Foro it.*, 1915, III, 169, sul diniego di visto perché non si riteneva conveniente vincolare il comune per un triennio mentre stavano per essere adottate nuove tariffe daziarie. Consiglio di Stato, Sezione V, 28 novembre 1930, *Rezzi c. Pref. di Roma e Com. di Grottaferrata*, in *Foro amm.*, 1931, I, II, 1, dove il prefetto aveva accertato variazioni non approvate del metodo di aggiudicazione e del capitolato oltre alla rivelazione del prezzo contenuto nella scheda segreta dopo l'aggiudicazione. Il privato può ottenere l'annullamento del secondo diniego di visto per la contraddizione accertata fra il primo diniego "per gravi motivi di interesse pubblico", che presuppone la «regolarità» del contratto ed il secondo diniego per motivi di legittimità: Consiglio di Stato, Sezione V, 28 dicembre 1929, n. 748, *Ditta Basaglia c. Com. di Nembro*, in *Riv. amm.*, 1930, 273. Molto spesso infatti alle accertate illegittimità si aggiunge il riferimento ai gravi motivi di interesse pubblico che, considerati come motivi di merito, sono più difficilmente sindacabili soprattutto in assenza di espressa motivazione: Consiglio di Stato, Sezione V, 24 marzo 1942, *Consorzio fascista del peschereccio del Tirreno c. Pref. di Salerno e Com. di Salerno*, in *Foro it.*, 1943, III, 58.

²⁹⁰ Se i motivi espressi per il diniego appaiono insussistenti, poiché ma-

fermazione della assenza di limiti temporali all'esercizio di tale potere di non obbligarsi contrattualmente²⁹¹ ha operato la trasformazione di norme «speciali» in norme di «privilegio»²⁹² per la pubblica amministrazione²⁹³. Limitato o escluso il sin-

gari il sospetto di coalizione fra i concorrenti non è suffragato da alcun indizio positivo la mancata approvazione del contratto risulta illegittima: Consiglio di Stato, Sezione IV, 14 luglio 1934, n. 505, *Cuscina c. Ministero della guerra*, in *Riv. amm.*, 1935, 46. Viceversa si afferma che il diniego di approvazione è determinato da «motivi non facilmente definibili in forma precisa e non rivelabili senza inconvenienti o pericoli»: Consiglio di Stato, Sezione IV, 1 marzo 1930, n. 88, *Soc. An. Stabilimento Fegino e Negri c. Ministero della guerra e finanze*, in *Foro amm.*, 1930, I, I, 78, concernente il diniego di approvazione di un contratto di compravendita dello Stabilimento Fegino, in seguito all'abbandono di un procedimento di espropriazione; Consiglio di Stato, Sezione IV, 13 novembre 1931, n. 403, cit.

²⁹¹ Cfr. art. 114, comma I, del r.d. 23 maggio 1924, n. 827, cit., «Quando nel capitolato di oneri o nello schema del contratto sia stabilito un termine per l'approvazione il contraente ha diritto di essere liberato da ogni suo impegno ove entro il termine stesso non venga emesso il decreto di approvazione», e precisa nel comma III, che «il contraente dichiaratosi sciolto all'impegno assunto non può pretendere compenso di sorta».

²⁹² Consiglio di Stato, Sezione IV, 15 maggio 1908, *Gadaleta e Caldarola c. Capitolo cattedrale di Ruvo di Puglia e altri*, cit., dove si afferma che sarebbe arbitrario affermare in via generale o caso per caso quando l'atto del ministro sia così tardivo da essere illegale. «L'indugio, se avrebbe dovuto evitarsi» nell'interesse tanto dell'amministrazione, quanto di chi con essa contratta, «non può elevarsi a motivo di nullità per eccesso di potere».

²⁹³ Così si afferma che la volontà dell'amministrazione «durante il periodo precontrattuale rimane libera e insostituibile», periodo che perdura fino all'approvazione finale. Tale libera volontà viene qualificata come «piena discrezionalità» non «soggetta ad alcun sindacato, né giudiziario, né amministrativo» in quanto ciò implicherebbe una sostituzione all'amministrazione nella valutazione di interessi pubblici: Consiglio di Stato, Sezione IV, 13 novembre 1931, n. 403, *Coop. lavoro di Carmignano c. Ministero LL. PP.*, in *Foro amm.*, 1931, I, I, 240 e in *Nuova riv. appalti pubb.*, 1932, 353, con nota di DI GENNARO, *Le alee del privato «contraente» prima della definitiva approvazione del «contratto» con la pubblica amministrazione*. Il caso riguarda un lavoro appaltato per lenire la disoccupazione in provincia di Pisa, ma di cui rimase

dacato del giudice civile²⁹⁴, la correttezza veniva imposta alla pubblica amministrazione solo nei limiti in cui il sindacato del giudice amministrativo non si arrestava davanti agli asseriti motivi di opportunità²⁹⁵ e di convenienza economi-

aggiudicataria una cooperativa costituita da operai della provincia di Firenze, suscitando malumori negli operai pisani. Il ministero accolse la proposta del prefetto di non approvare l'aggiudicazione e di affidare i lavori a trattativa privata ad una cooperativa locale. Di qui il ricorso della cooperativa aggiudicataria. Cfr. Consiglio di Stato, Sezione IV, 24 maggio 1912, *Iattici c. Ministero dei lavori pubblici*, cit.; Consiglio di Stato, Sezione IV, 1 agosto 1902, *Acerbotto c. Ministero delle finanze*, in *Giur. it.*, 1902, III, 339. Imponendo un obbligo di motivazione «scomparebbe quella facoltà discrezionale» che «è lasciata ampia all'Amministrazione»: Corte d'appello di Roma, 18 febbraio 1930, *Magno c. Min. della marina*, in *Giur. it.*, 1930, I, II, 226, concernente la licitazione privata per la vendita della nave «Tripoli». L'aggiudicazione provvisoria non venne approvata adducendo «gravi motivi di interesse pubblico», non sindacati dal giudice in quanto espressione dell'attività libera della p. a. e non venne annullata la nuova licitazione che appariva giustificata dal sopravvenire di una migliore offerta tardiva.

²⁹⁴ Il giudice ordinario viene chiamato a sindacare il rifiuto di visto prefettizio dall'aggiudicatario che, in attesa della stipulazione formale del contratto, riceve la comunicazione della indizione di una licitazione privata per sopravvenute maggiori offerte. Il privato sostiene l'esistenza di un *pactum de ineundo contractu* e inutilmente, chiede un risarcimento del danno, dal momento che nel capitolato aveva accettato la clausola che esclude per il deliberatario compensi o indennità di sorta «nel caso di mancata approvazione dell'autorità competente e di conseguente rescissione del deliberamento»: Corte di cassazione, sez. un., 21 giugno 1927, *Cagnoni c. Com. di Torriglia*, in *Riv. amm.*, 1927, 809, il visto prefettizio «quando per legge sia necessario alla perfezione dei contratti comunali, è condizione *sine qua non* per la loro esecutorietà»

²⁹⁵ La giurisdizione del Consiglio di Stato, non estesa al merito, non permette di escludere che anche una rilevante differenza di prezzo possa giustificare l'esercizio di una facoltà così ampia attribuita al prefetto in materia: Consiglio di Stato, Sezione V, 9 aprile 1932, *Società anonima importatori di latte c. Com. di Sesto S. Giovanni e Pref. di Milano*, in *Foro it.*, 1932, III, 420, riguardante il diniego di visto sulla concessione per l'affidamento dell'esercizio della centrale del latte a una ditta privata. La decisione afferma che la

ca²⁹⁶ rilevando il vizio di eccesso di potere²⁹⁷.

Le applicazioni più recenti della norma tuttora vigente, che ammette il diniego di approvazione per «gravi motivi di

valutazione del prefetto «costituisce apprezzamento di merito che sfugge alla competenza di legittimità».

²⁹⁶ Consiglio di Stato, Sezione V, 21 ottobre 1932, *Colucci c. Pref. di Taranto e Com. di Martina Franca*, in *Foro it.*, 1932, III, 331; Consiglio di Stato, Sezione V, 14 novembre 1930, n. 646, *Ditta Camillotti c. Pref. di Brescia e altri*, cit.; Consiglio di Stato, Sezione IV, 29 dicembre 1923, *Cesco c. Pref. di Belluno*, cit.; Consiglio di Stato, Sezione V, 8 marzo 1940, *Ditta Basaglia c. Pref. di Bergamo Com. di Parre*, in *Foro it.*, 1940, III, 149, che respinge il ricorso contro il rifiuto di visto al verbale-contratto per l'appalto della riscossione del dazio di consumo, in quanto il metodo della licitazione con scheda segreta indicante il minimo e il massimo si era rivelato molto svantaggioso per il comune. Consiglio di Stato, Sezione V, 30 dicembre 1938, n. 1047, *Bianchi c. Com. di Massa e Pref. di Massa*, in *Riv. amm.*, 1939, 492; Parere del Consiglio di Stato in Adunanza generale, 3 novembre 1932, *Cremonini c. Pref. di Firenze*, in *Riv. amm.*, 1933, 175, ove si afferma che non sussiste vizio di eccesso di potere in quanto un'offerta successiva all'aggiudicazione (tardiva) più vantaggiosa, può giustificare il diniego di esecutorietà del precedente contratto solo quando la finanza comunale possa ricevere un notevole e veramente sensibile spostamento della sua consistenza.

²⁹⁷ Consiglio di Stato, Sezione V, 29 gennaio 1936, n. 100, *Granata c. Pref. di Benevento, Com. di Benevento e Zoppoli*, in *Foro amm.*, 1936, I, II, 110, con annotazione di L. B., *Alcune osservazioni sul visto del prefetto ai contratti comunali*, decisione che ritiene legittimo il diniego di visto perché non sembrava opportuno affidare l'appalto di un servizio pubblico a persona che non appariva incensurata. Non ritiene che costituisca sufficiente motivazione del diniego il generico rinvio ai «gravi motivi di interesse pubblico» previsti dalla legge, senza darne alcuna dimostrazione: Consiglio di Stato, Sezione V, 26 luglio 1929, *Sambiagio c. Pref. di Cagliari*, in *Giur. it.*, 1929, III, 229; Parere del Consiglio di Stato in Adunanza generale, 3 novembre 1932, *Cremonini c. Pref. di Firenze*, cit. La considerazione della discrezionalità ampia e insindacabile, pare superabile non tanto per l'affermarsi di un obbligo di motivazione, quanto per la consapevolezza che i vizi del processo logico che conduce all'emanazione di un atto possano desumersi anche *aliunde*: P. BODDA, *Osservazioni sul rifiuto del visto ai contratti comunali validi*, in *Foro amm.*, 1936, I, II, 186.

interesse pubblico»²⁹⁸, ne evidenziano il significato sempre più limitato²⁹⁹ in un contesto profondamente mutato, che la rende del tutto eccezionale³⁰⁰. La norma non pare applicabile agli appalti disciplinati dalle norme europee: prima dell'aggiudicazione è possibile interrompere la procedura selettiva comunicandone le ragioni ai concorrenti; in seguito all'aggiudicazione, ove non siano invocate violazioni delle norme di selezione³⁰¹, le valutazioni circa l'opportunità della stipulazio-

²⁹⁸ Art. 113, r.d. 23 maggio 1924 n. 827, cit. In dottrina: A. ANGIULI, *Consenso e autorità nell'evidenza pubblica*, in *Dir. amm.*, 1998, 194, che esamina diffusamente la questione concernente l'applicabilità di tale norma.

²⁹⁹ Ne ammette l'applicazione ove sia accertato che l'impresa abbia commesso illeciti penali in relazione al contratto in corso di approvazione: Cons. Stato, sez. II, 27 ottobre 1993, 1031, *Min. lav.*, in *Cons. Stato*, 1994, I, 1171.

³⁰⁰ Il potere di vanificare una procedura concorsuale in relazione alla possibilità di vantaggio economico non è considerato legittimo poiché non fornisce «piena ed appagante giustificazione dei gravi motivi»: T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. I, 26 aprile 1990, n. 356, *Soc. Edilcostruzioni c. Com. Menfi*, in *Arch. giur. op. pubb.*, 1990, 921; T.a.r. Abruzzo, L'Aquila, 8 novembre 1992, n. 364, *Soc. Spartaco s.p.a. c. A.N.A.S.*, in *Arch. giur. op. pubb.*, 1992, 1675. La protrazione dei tempi di esecuzione dei lavori non costituisce di per sé impedimento assoluto all'approvazione del contratto da parte della p.a. per gravi motivi di interesse pubblico: Cons. Stato, sez. IV, 24 maggio 1995, n. 350, *Soc. Spartaco c. Anas*, in *Giur. it.*, 1996, III, 1, 24; T.a.r. Toscana, sez. I, 15 settembre 1990, n. 796, *Soc. S.I.D.I. c. Com. Monte Argentario*, in *Arch. giur. op. pubb.*, 1992, 1042; Consiglio di Stato, sez. IV, 11 aprile 1983, 223, *Impr. Mambrini c. Anas*, in *Foro it.*, 1983, III, 317. Cfr. 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.

³⁰¹ Pur dopo l'entrata in vigore del d. lg. 3 febbraio 1993 n. 29 sono in vigore le norme che disciplinano l'approvazione del contratto, compreso il principio enunciato nell'art. 103, r.d. 23 maggio 1924, n. 827 della separazione tra l'organo che stipula il contratto e quello che lo approva; pertanto, l'approvazione non può mai essere delegata al funzionario dal quale il con-

ne devono considerarsi esaurite, con la conseguenza che l'appalto potrà non essere eseguito solo ove l'obbligazione si risolva per caso fortuito o forza maggiore³⁰². Una rivalutazione dell'interesse pubblico circa l'opportunità di procedere all'esecuzione dell'appalto presupporrebbe infatti «spazi di discrezionalità assenti nelle gare comunitarie»³⁰³. Inoltre l'aumento delle prescrizioni a garanzia della qualificazione dei concorrenti³⁰⁴, unitamente all'obbligo di verifica delle offerte

tratto fu stipulato, Corte dei conti, sez. contr., 30 settembre 1994, n. 81, *Min. fin.*, in *Cons. Stato*, 1995, II, 105. Se infatti il potere di approvazione spettasse alla stessa persona che ha proceduto alla conclusione del contratto gli scopi dell'approvazione del contratto verrebbero vanificati (verifica della conformità sostanziale del negozio concluso alla deliberazione a contrattare, la conformità alle norme, alle clausole dei capitolati o del bando e del procedimento seguito nonché l'opportunità stessa del contratto concluso): Corte dei conti, sez. contr., 3 dicembre 1994, 136, *Min. fin.*, in *Cons. Stato*, 1995, II, 729.

³⁰² Sulla forza maggiore cfr. art. 66, comma I e II, «Nessuna parte è considerata inadempiente o colpevole di violazione degli obblighi contrattuali qualora la mancata ottemperanza a tali obblighi sia dovuta a casi di forza maggiore verificatisi dopo la data di notifica dell'aggiudicazione o la data in cui prende effetto il contratto, tenendo conto della prima in ordine cronologico. Per forza maggiore si intende: le cause di forza maggiore propriamente dette, gli scioperi, le serrate o altri conflitti di lavoro, gli atti nemici, le guerre, anche non dichiarate, i blocchi, le insurrezioni, i disordini, le epidemie, gli smottamenti, i terremoti, le tempeste, i fulmini, le inondazioni, le interruzioni di strade o ferrovie per erosione dovuta alle acque, le perturbazioni dell'ordine pubblico, le esplosioni e altri simili eventi imprevedibili che sfuggano al controllo delle parti e che non possano essere evitati neppure con la dovuta diligenza».

³⁰³ Così: A. ANGIULI, *Consenso e autorità nell'evidenza pubblica*, cit., 193 e s., ove si rileva che «se una nozione di "interesse pubblico comunitario" non può ritenersi ancora ben delineata nel corrispondente ordinamento, essa non potrebbe costituire il supporto giuridico per giustificare esiti di gara difformi dalle risultanze della procedura».

³⁰⁴ Infatti si è affermato che tanto più è formalizzato il procedimento di selezione precontrattuale, tanto più ridotti sono i margini di discrezionalità inerenti alla fase dell'approvazione, e, correlativamente, che è tanto più esteso

anormalmente basse, pare escludere che possano verificarsi quei casi di turbativa delle gare che da ultimo avevano giustificato l'esercizio dell'indicato potere³⁰⁵.

Quando sia ancora prevista un'approvazione o un controllo³⁰⁶, il rapporto tra aggiudicatario e pubblica amministrazione trova una configurazione giuridica anche nel diritto civile, come proposta irrevocabile del privato che viene accettata dalla parte pubblica con atto sottoposto alla condizione sospensiva della successiva approvazione. Il codice civile del 1942 ha infatti introdotto la possibilità di creare vincoli unilaterali come fonti di obbligazioni, quali la proposta irrevocabile di cui all'art. 1329³⁰⁷ e l'opzione di cui all'art. 1331 cod.

e penetrante il sindacato dell'autorità preposta all'approvazione, quanto più ampia e meno controllata è la discrezionalità nelle fasi anteriori: Cons. Stato, sez. VI, 20 febbraio 1990 n. 322, in *Foro it.*, 1991, III, 352; Cons. Stato, sez. IV 15 dicembre 1987, n. 768, cit.

³⁰⁵ T.a.r. Sicilia, Catania, sez. I, 17 luglio 1985, n. 876, *Impresa Scurria c. Com. Acquedolci*, in *Arch. giur. op. pubb.*, 1985, 1599, ove in sede di valutazione delle offerte si rileva la presenza di offerte assolutamente irragionevoli presentate nell'intento di spostare la media (in relazione al previsto criterio di aggiudicazione), per favorire un congiunto. Pur risultando formalmente osservate tutte le prescrizioni previste il giudice amministrativo rilevando l'espedito utilizzato da taluni concorrenti lo considera in violazione del principio di correttezza e buona fede (art. 1337 cod. civ.). Si considera il potere di «disapprovazione» di cui all'art. 113 del r.d. 827/1924, cit. come posto a tutela dell'interesse alla correttezza lealtà e buona fede di cui all'art. 1337 cod. civ.

³⁰⁶ Cfr. l. 8 giugno 1990, n. 142, *Ordinamento delle autonomie locali*, art. 45, comma II, lett. a, ove si indicano le deliberazioni di competenza delle giunte concernenti «acquisti, alienazioni, appalti ed in generale tutti i contratti», come «sottoposte al controllo nei limiti delle illegittimità denunciate, quando un terzo dei consiglieri provinciali o un terzo dei consiglieri nei comuni nei quali si vota con il sistema proporzionale ovvero un quinto dei consiglieri nei comuni nei quali si vota col sistema maggioritario ne facciano richiesta scritta e motivata con l'indicazione delle norme violate entro dieci giorni dall'affissione all'albo pretorio».

³⁰⁷ Art. 1329, comma I, cod. civ. «Proposta irrevocabile.- Se il proponen-

civ.³⁰⁸, superando la precedente carenza del codice civile previgente³⁰⁹, che aveva imposto la trasposizione di quel particolare rapporto giuridico nell'ambito pubblicistico delle norme «speciali»³¹⁰.

È ormai ammessa la possibilità di individuare ipotesi di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione in pendenza dell'approvazione del contratto, indipendentemente dalla sussistenza di un interesse legittimo all'emanazione dell'atto di controllo³¹¹. L'individuazione della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione consente di superare la configurazione dei vizi degli atti precon-

te si è obbligato a mantenere ferma la proposta per un certo tempo, la revoca è senza effetto».

³⁰⁸ Art. 1331, comma I, cod. civ. «Opzione.- Quando le parti convengono che una di esse rimanga vincolata alla propria dichiarazione e l'altra abbia facoltà di accettarla o meno, la dichiarazione della prima si considera quale proposta irrevocabile per gli effetti previsti dall'art. 1329».

³⁰⁹ Le indicate difficoltà potrebbero, oggi, essere superate con una attenta ricostruzione degli effetti che le parti intendono raggiungere: C. VITTA, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 326, pur qualificando i contratti con lo Stato «negozi claudicanti» finché l'approvazione non sia intervenuta, rinvia ad un caso in cui la giurisprudenza ha richiamato per analogia il patto d'opzione in rapporto ai contratti di diritto privato della pubblica amministrazione soggetti ad approvazione: Corte di Cassazione, 15 marzo 1947, n. 390, *Piervenanzi c. Finanze*, in *Foro it. Rep.*, 1947, voce *Amministrazione dello Stato*, nn. 43, 44, non pubblicata per esteso, ove si afferma che «i contratti della P. A., che sono subordinati all'approvazione del ministro o del funzionario delegato, presentano la situazione giuridica disciplinata dall'art. 1331 cod. civ. in rapporto agli artt. 1326 e 1328, per cui la dichiarazione del privato contraente deve considerarsi quale proposta irrevocabile, di modo che il contratto va a perfezionarsi al momento in cui l'atto di approvazione sia portato a conoscenza del proponente».

³¹⁰ L. FORTI, *Sulla formazione dei contratti dello Stato*, cit., 58 e s.

³¹¹ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 1996, n. 561, *Min. trasporti c. Soc. Icarus, Soc. Aeroporti di Roma, Soc. Piovera e Soc. Fezia*, in *Foro it.*, 1996, III, 375, con nota di F. FRACCHIA.

trattuali in chiave di nullità relativa (annullabilità del contratto) rilevabile dalla sola parte pubblica³¹²; configurazione tuttora affermata dalla giurisprudenza, che ha determinato il favore per il sindacato del giudice amministrativo ove tali vizi potevano essere fatti valere dagli interessati.

Ancora a metà degli anni ottanta si è affermato che «gli atti amministrativi che devono precedere la stipulazione del contratto della pubblica amministrazione e quelli che devono seguirlo sono mezzi di integrazione della capacità o della volontà dell'ente pubblico e come tali ove manchino o siano viziati, nei rapporti fra i contraenti inducono annullabilità del contratto a carattere relativo»³¹³, poiché l'annullamento di un

³¹² M. GALLO, voce *Contratto di diritto privato degli enti pubblici*, in *Nov. dig. it.*, vol. IV, Torino, 1959, 642 e 636, ove si rileva inoltre come gli atti amministrativi incidono sulla validità e sull'efficacia del contratto «aggiungendosi alle comuni cause di nullità e di annullabilità previste dal codice civile»; E. MICCOLI, voce *Appalto pubblico*, in *Nov. dig. it.*, vol. I, Torino, 1957, 701; GIAQUINTO, voce *Contratti amministrativi*, in *Nuovo. dig. it.*, vol. IV, Torino, 1938, 92. Cfr. altresì D. BORTOLOTTI, voce *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Dig. discipl. pubbl.*, Torino, 1989, vol. IV, 68 e s.; F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo, Parte generale*, Padova, 1987, V ed., 155 e s.; F. P. PUGLIESE, voce *Contratto, V) Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, 11 e s.

³¹³ Corte di cassazione, Sez. I, 13 ottobre 1986, n. 5983, *Agostinelli c. A.N.A.S.*, in *Foro amm.*, 1987, II, 425, ove si afferma che l'illegittimità di un parere intervenuto nella fase precontrattuale «determina l'annullabilità, su istanza dell'Amministrazione, del suddetto contratto, trovando questo un antecedente logico-giuridico in quell'atto viziato»; Corte di cassazione, Sez. II, 5 febbraio 1982, n. 671, *Com. di Reggio Calabria c. Min. Finanze*, in *Foro amm.*, 1982, II, 671, ove si afferma che i vizi degli atti amministrativi che precedono i contratti della pubblica amministrazione danno luogo ad annullabilità, che, nel codice civile del 1865, corrispondeva all'azione di nullità che era soggetta alla prescrizione quinquennale. Corte di cassazione, Sez. I, 25 luglio 1952, n. 2333, *Cannone c. Com. di Canosa di Puglia*, in *Foro amm.*, 1953, II, I, 15, sull'appalto per la vendita delle spazzature; Corte di cassazione, Sez. II, 18 maggio 1953, n. 1427, *Ente nazionale assistenza lavoratori c. Tagliavini*, in *Fo-*

atto preparatorio determina, «per carenza dell'atto formativo della volontà dell'ente e della conseguente mancanza di un presupposto necessario per la conclusione del negozio, com'è *ius receptum* (della Corte di cassazione) l'annullabilità del contratto che può essere fatta valere soltanto dall'amministrazione»³¹⁴. Secondo tale orientamento, il vizio attinente alla legittimazione a contrattare si ripercuote sulla «capacità giuridica» dell'ente pubblico e determina l'annullabilità del contratto, (1425 e s. cod. civ.)³¹⁵ con effetti equiparabili a quelli che

ro it., 1954, I, 204, dove si afferma che «le formalità stabilite per la formazione della volontà di un ente pubblico sono prescritte nell'interesse esclusivo dell'Ente e quindi la loro inosservanza non può essere opposta come motivo d'invalidità dell'atto dal contraente privato». «Solo un terzo cointeressato può eventualmente far valere i vizi di legittimità degli atti amministrativi, che formano il presupposto del negozio di diritto privato».

³¹⁴ Corte di cassazione, Sez. III, 22 maggio 1973, n. 1493, *Soc. G.i.o.m.i. c. Ente morale Ricoveri riuniti di mendicizia di Reggio Calabria*, in *Foro it.*, 1974, I, 193, riguardante l'inesistenza della delibera di contrattare.

³¹⁵ Cfr. G. INGROSSO, *Vizi dei contratti di enti pubblici, nullità o annullabilità?*, in *Riv. amm.*, 1954, 1, sostiene che secondo le categorie concettuali dei contratti del codice civile, taluni considerano tutte le norme proprie dei contratti degli enti pubblici come norme imperative e quindi ne sottopongono l'osservanza all'art. 1418 (il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative). In questo senso la violazione di quelle norme costituisce illegittimità che rende inesistente il contratto, in quanto non raggiunge lo scopo dell'offerta migliore. Senonché in tal modo la nullità potrebbe essere invocata anche dai privati interessati, effetto che si è sempre voluto escludere. Cfr. A. M. SANDULLI, *Spunti sul regime dei contratti di diritto privato della pubblica Amministrazione*, nota a Corte di cassazione, Sez. II, 18 luglio 1953, n. 2390, *Ospedali riuniti di Napoli c. Iemma e Scaramella*, in *Foro it.*, 1953, I, 1584, critica la sentenza che afferma la nullità assoluta del contratto per la mancanza dell'autorizzazione alla trattativa privata per escludere la prescrizione, sostenendo che il «difetto di forma non può non importare fatalmente la nullità radicale del negozio». Nella nota diversamente si afferma che il contratto è annullabile, «ma nella specie non era ammissibile la prescrizione trattandosi di un vizio inerente alla mancanza, nel procedimento, di un atto dovuto da un'autorità diversa da quella che aveva stipulato». G. GRECO, *I contratti*

si verificano in caso di incapacità legale *ex art.* 1445 cod. civ.³¹⁶

L'annullabilità del contratto a favore della parte pubblica non esclude la sua responsabilità precontrattuale ove ne sussistano gli elementi costitutivi³¹⁷, né la titolarità di un interesse legittimo all'esercizio dell'attività di controllo sul contratto impedisce il sindacato del giudice civile sulla correttezza e sulla formazione del contratto, con significativa coesistenza di posizioni soggettive rilevanti a fini diversi.

La questione degli effetti sul contratto dell'annullamento degli atti precontrattuali previsti per la formazione della volontà contrattuale della parte pubblica³¹⁸ trova, accanto al ricordato orientamento che sostiene l'annullabilità del contrat-

dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato, I contratti ad evidenza pubblica, Milano, 1986, 130 e s.

³¹⁶ Corte di cassazione, 30 maggio 1978, n. 2726, *Com. Molfetta c. Isveimer*, cit.. Cfr. F. BASSI, *Considerazioni in tema di contratti comunali*, nota a Trib di Belluno, 9 gennaio 1960, *Soc. Officine Satra c. com. di Cortina d'Ampezzo e Rimoldi*, in *Foro pad.*, 1961, 247, afferma che la mancanza (o l'invalidità) dell'autorizzazione alla trattativa privata o dell'approvazione tutoria comporti come sanzione l'annullabilità relativa del contratto, disciplinata dagli art. 1441 segg. cod. civ.; Corte di cassazione, 7 aprile 1989, n. 1682, *Cons. Bim c. Banca S. Paolo di Brescia*, in *Cons. Stato*, 1989, II, 1224.

³¹⁷ G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato, I contratti ad evidenza pubblica*, cit., 130 e s.; ID., *La responsabilità civile dell'Amministrazione e dei suoi agenti*, in *Diritto amministrativo*, cit., 1677 e s., che sottolinea come anche nell'ambito di una procedura di evidenza pubblica non possa essere disconosciuto «il diritto del singolo concorrente a che sia le trattative, sia la formazione del contratto siano compiute dall'amministrazione secondo buona fede».

³¹⁸ G. PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli - G. Pericu - A. Romano - F.A. Roversi Monaco - F.G. Scoca, II ed., cit., vol. II, 1570-1571, definisce «grave e irrisolto» il problema della «determinazione del tipo di invalidità che nell'ipotesi di annullamento dell'atto amministrativo (disposto in sede di autotutela ovvero dal magistrato amministrativo), inficerebbe il contratto».

to³¹⁹, anche posizioni che affermano la mancanza del consenso e la conseguente nullità assoluta.

La nullità assoluta garantisce maggiormente la parità di trattamento tra imprese per l'estensione della legittimazione a farla valere a chiunque vi abbia interesse, mentre l'annullabilità relativa tutela le fondamentali esigenze di certezza dei rapporti giuridici e dell'affidamento del contraente³²⁰.

L'accennata questione pare ridimensionata ove si consideri che, sia ritenendo il contratto annullabile, sia nullo, è possibile rilevare la responsabilità precontrattuale della parte pubblica a tutela dei terzi e del contraente.

³¹⁹ Può rilevarsi che quando l'amministrazione adduce la mancanza di approvazione, non impugna il contratto con azione costitutiva, ma ne fa valere l'inefficacia con azione meramente dichiarativa: Corte di cassazione, Sez. II, 26 maggio 1992, n. 6294, *Com. di Trento c. S.P.I. s.p.a.*, in *N.G.C.C.*, 1993, I, 350; Corte di cassazione, Sez. I, 23 maggio 1981, n. 3383, *Bellucci c. Ammin. difesa*, in *Giust. civ.*, 1981, I, 1921, e in *Foro it.*, 1982, I, 2012, con nota di A. M. MARINI, ove si evidenziano ancora tutte le contraddizioni e difficoltà nella configurazione del rapporto fra amministrazione e privato rilevate per il passato. Corte di cassazione, Sez. I, 23 maggio 1981, n. 3383, *Bellucci c. Ammin. difesa*, in *Giust. civ.*, 1981, I, 1921, afferma la responsabilità precontrattuale per il comportamento scorretto dell'amministrazione che non ha sottoposto il contratto al parere degli organi consultivi ed aveva preteso l'esecuzione anticipata rispetto all'approvazione del contratto. L'applicabilità del 1337 cod. civ. viene estesa ad una fase in cui il contratto è già perfetto secondo l'impostazione della sentenza, in quanto essendo inefficace il contratto non è ancora fonte di diritti e doveri reciproci di esecuzione, vincola esclusivamente il privato a non recedere. Cfr. altresì Corte di cassazione, Sez. I, 11 maggio 1990, n. 4051, *Bellucci e altri c. Ammin. difesa*, in *Foro it.*, 1991, I, 184, con nota di D. CARUSO, *Note in tema di danni precontrattuali*.

³²⁰ G. PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, cit., 372, il quale conclude che: «ove non si pongano preminenti esigenze di tutela dell'affidamento e della certezza dei rapporti giuridici — il che si verifica ove il contratto, anche se stipulato, non ha ancora avuto concreta esecuzione neppure parziale —, si deve ritenere che si determini una situazione di nullità assoluta, mentre in ogni altro caso di nullità relativa».

Dal momento che, come in passato, il giudice civile per valutare l'inefficacia del contratto conosce tutti gli atti precontrattuali, non sembra potersi escludere che egli possa svolgere il medesimo sindacato per affermare la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione anche nel corso della selezione.

CAPITOLO QUINTO

LA SCORRETTEZZA
DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

SOMMARIO: 1. Le norme sulla selezione del contraente con la pubblica amministrazione come garanzia della «moralità» della parte pubblica. Il principio generale di correttezza come limite all'autonomia privata per la moralizzazione delle trattative: atipicità del principio e adeguamento all'evoluzione della coscienza sociale. Le norme europee come nuova prospettiva di tutela: la concorrenza e il miglioramento della qualità della vita dei cittadini dell'Unione. — 2. Il «diritto quesito» dell'aggiudicatario e l'inadempimento delle regole poste per la selezione. La sottoposizione della pubblica amministrazione ai principi dell'ordinamento generale e l'irrilevanza della classificazione dell'attività amministrativa. Dall'esclusivo riconoscimento di interessi legittimi all'affermazione di un contestuale diritto al comportamento corretto della pubblica amministrazione nella fase successiva alla stipulazione. — 3. La differente prospettiva delle norme europee: l'interesse alla concorrenza nel mercato unico, rispetto alla precedente disciplina di contabilità di Stato posta nell'interesse della pubblica amministrazione contraente. Il riconoscimento di interessi legittimi e il ruolo di supplenza della giurisdizione amministrativa di legittimità. La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: la tutela diretta ed immediata contro la scorrettezza della pubblica amministrazione. Oggettività della selezione e risarcimento del danno per inadempimento delle regole che predefiniscono il comportamento dell'amministrazione pubblica nelle trattative. — 4. I contratti privi di rilevanza europea e la limitazione dei «poteri autoritativi». L'integrazione del principio relazionale atipico di correttezza precontrattuale con le norme di azione sulla scelta del contraente. Le norme di azione come indice della scorrettezza dell'amministrazione pubblica. Il giudizio sulla correttezza del comportamento come giudizio su fatti. Il differente ambito giuridico di riferimento: la scorrettezza dell'amministrazione e l'illegittimità degli atti amministrativi. La questione della pregiudizialità della giurisdizione amministrativa di legittimità (rinvio).

1. *Le norme sulla selezione del contraente con la pubblica amministrazione come garanzia della «moralità» della parte pubblica. Il principio generale di correttezza come limite all'autonomia privata per la moralizzazione delle trattative: atipicità del principio e adeguamento all'evoluzione della coscienza sociale. Le norme europee come nuova prospettiva di tutela: la concorrenza e il miglioramento della qualità della vita dei cittadini dell'Unione.*

Come si è visto, prima dell'introduzione del principio generale di correttezza precontrattuale per lungo tempo le trattative tra privati sono state considerate giuridicamente irrilevanti ed esaminate al solo fine di verificare l'avvenuta manifestazione di un valido consenso alla stipulazione di un contratto¹, poiché l'applicazione dell'art. 1151 cod. civ. del 1865² non era giunta a sanzionare i comportamenti precontrattuali scorretti, soprattutto quando le trattative non sfociavano in un contratto.

La fase che precede la stipulazione dei contratti della pubblica amministrazione ha trovato invece una disciplina più risalente, ereditata dagli Stati preunitari³, ove si definiscono le modalità di scelta del contraente. Le ragioni dell'introduzione di tali norme sono state individuate nella necessità di garantire la «moralità» della pubblica amministrazione che nella scelta della controparte deve assicurare pubblicità, concorrenza ed imparzialità di fronte alla collettività per evitare indebiti favoritismi e garantire il miglior utilizzo delle risorse pubbliche,

¹ *Supra* cap. I.

² Art. 1151 cod. civ. del 1865: «Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri obbliga quello, per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno».

³ Cfr. *Leggi e Costituzioni di Sua Maestà*, Torino, MDCCLXX, tomo II, titolo XII, *Della subastazione dei beni stabili*.

contrastando le speculazioni degli appaltatori e le collusioni dei pubblici amministratori.

La natura delle norme di selezione del contraente della pubblica amministrazione come poste dall'amministrazione nel proprio interesse, come limite alla propria autonomia, è stata agevolata dal rifiuto del giudice civile di sindacarne l'applicazione. In tale prospettiva era conseguente ammettere ampie possibilità di deroga all'indicata disciplina proprio perché concernenti un'attività propria e «indipendente» della pubblica amministrazione (autonomia).

Nella logica della legge abolitrice del contenzioso amministrativo tali norme sono state considerate alla stregua di norme di esercizio del potere, dunque originariamente insindacabili almeno dalla giurisdizione⁴, con piena simmetria alla asserita irrilevanza giuridica delle trattative dei privati.

Tuttavia l'esistenza di norme scritte ha favorito il sindacato di legalità dell'attività amministrativa ed anche delle procedure selettive, in un primo tempo, attraverso le «mere denunce» dei privati interessati che sollecitavano la correzione delle violazioni intervenute. La successiva evoluzione della giustizia amministrativa ha evidenziato il riconoscimento di una situazione legittimante⁵, che consente di far valere le violazioni di

⁴ Cfr.: A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, 329 e s., ove si riporta il discorso del Mancini in occasione della discussione parlamentare sul disegno di legge per l'abolizione del contenzioso amministrativo, ed oltre al celebre invito al cittadino leso in un proprio interesse a rassegnarsi, si precisa che «possono aversi *interessi* ragionevoli, rispettabili, legittimi nell'ordine delle convenienze e delle utilità private e sociali; ma questi interessi non sono assicurati da una legge, che li innalzi al grado di *diritti* e crei in loro favore un'*azione* esperibile in giudizio».

⁵ A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Atti del Convegno celebrativo "Cent'anni di giurisdizione amministrativa"*, Torino il 10-12 novembre 1989, Napoli, 1996, 71 e s., ove si sottolinea il carattere oggettivo del sindacato sul provvedimento amministrativo della IV Sezione, dal momento che l'unico interesse individuale rilevante

ogni norma concernente l'attività contrattuale della pubblica amministrazione, ancorché priva di riflessi favorevoli diretti per l'interessato.

Da un sindacato di carattere oggettivo in relazione al contrasto dell'atto impugnato con le norme attinenti all'organizzazione e alle «formalità» che l'amministrazione pubblica doveva osservare, si è giunti ad un progressivo ampliamento del contenuto procedimentale e delle regole sulla partecipazione, con accentuazione dei risvolti soggettivi di tali norme che in un primo tempo erano del tutto irrilevanti⁶.

In tale prospettiva, le condizioni per l'ammissione alle gare, le modalità di presentazione dell'offerta, i criteri di aggiudicazione proteggono sostanzialmente interessi individuali; ma è possibile invocare allo stesso modo e con i medesimi effetti la violazione di norme prive di collegamento con tali interessi, dal momento che l'interesse sostanziale dei soggetti coinvolti nelle trattative con la pubblica amministrazione rileva solamente come posizione legittimante al ricorso amministrativo⁷: anche la difformità da norme organizzative e sulla competenza prive di ogni collegamento con l'interesse sostanziale dell'aspirante contraente può determinare un annullamento satisfattivo.

Tuttavia, accanto all'evoluzione del sindacato amministrativo ed alla sua peculiare ampiezza⁸ si sono manifestate gravi

al riguardo è quello sostanziale leso dal provvedimento impugnato che peraltro svolge il solo ruolo di fattore legittimante al ricorso.

⁶ A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, cit., 99, ove si evidenzia il carattere di oggettività del sindacato giurisdizionale amministrativo «in quanto valutazione obbiettiva della conformità del provvedimento impugnato alle norme funzionalizzate al solo interesse dell'Amministrazione, senza considerare i risvolti soggettivamente a vantaggio del ricorrente che da esse eventualmente scaturissero».

⁷ A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa*, cit., 89 e s.

⁸ L. MAZZAROLLI, *Ragioni e peculiarità del sistema italiano di giustizia*

difficoltà nella conduzione delle gare pubbliche, in particolare in relazione all'inadeguatezza delle garanzie di capacità tecnica dei partecipanti, che col tempo determinano un crescente favore per l'individuazione «discrezionale» della controparte, aprendo ad un'interpretazione estensiva delle norme che consentono la trattativa privata.

Ciò ha comportato la rinuncia al perseguimento degli obiettivi che stavano alla base della previsione della regola generale della gara pubblica, poiché, non riuscendo ad assicurare la partecipazione delle imprese migliori, si è creato un mercato chiuso che non ha assicurato i minori costi per la parte pubblica, mettendo in forse il principio di imparzialità dell'amministrazione pubblica.

La disciplina civilistica dell'autonomia che caratterizzava i rapporti precontrattuali tra privati trova un limite nell'art. 1337 cod. civ. del 1942, che impone la buona fede e la correttezza nelle trattative e nella formazione del contratto, sanzionando i comportamenti scorretti con una riconosciuta funzione «moralizzatrice»⁹ avente ad oggetto le trattative di tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico.

L'art. 1337 cod. civ., nell'estendere la «moralizzazione» alle trattative anche tra privati, riporta alla luce la *ratio* originaria della disciplina dei rapporti fra pubblica amministrazio-

amministrativa, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli - G. Pericu, A. Romano - F. A. Roversi Monaco - F.G. Scoca, cit., vol. II, 1715 e s.

⁹ Così: R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 229; analogamente, per tutti: F. BENATTI, *Brevi note sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, nota a Tribunale di Lecco, 6 luglio 1961, in *Foro pad.*, 1962, 1357, rileva che l'art. 1337 cod. civ. ha una funzione di imporre «un obbligo di collaborazione e cooperazione nella preparazione del futuro contratto, di coordinare a fini solidaristici la libertà individuale e egoistica dei soggetti in trattative»; Salv. ROMANO, voce *Buona fede*, *Diritto privato*, cit., 684, vi ricollega «rettitudine, onestà»; G. MIRABELLI, *Art. 1337 e 1338*, cit., 112.

ne e concorrenti privati¹⁰, evidenziando l'anticipazione della disciplina avente ad oggetto l'attività della pubblica amministrazione che già nell'Ottocento si era posta tale obiettivo, benché il ricordato insoddisfacente esito delle gare pubbliche lo stesse oscurando¹¹.

Si ritiene comunemente che il codice civile dal 1942 abbia riconosciuto una posizione soggettiva direttamente tutelata a tutti i partecipi alle trattative, senza peraltro suscitare interesse per i rapporti tra tali differenti discipline aventi ad oggetto le trattative: per lungo tempo la giustizia amministrativa ha assicurato infatti una tutela che era sconosciuta nei rapporti precontrattuali interprivati, ed anche in seguito ha svolto un ruolo di supplenza imposto dalla generale interpretazione riduttiva dell'art. 1337 cod. civ., cosicché anche oggi è invocata dagli imprenditori privati come via di protezione preferenziale.

Nelle questioni di giurisdizione si vedono gli imprenditori privati invocare la titolarità di un «mero» interesse legittimo per avere accesso alla giurisdizione amministrativa, ove a difesa della propria autonomia negoziale la parte pubblica chiede che sia riconosciuto ai privati un «vero e proprio diritto soggettivo».

L'indicato paradosso trova spiegazione nel riconoscimento ai privati di una posizione legittimante al ricorso avanti al giudice amministrativo¹² che, seppur indirettamente, ha assicurato il riesame degli atti delle trattative al fine di verificarne la conformità all'interesse collettivo, con annullamento di atti

¹⁰ A tale norma si attribuisce anche il compito di «garantire ai cittadini che la pubblica amministrazione segua esattamente il procedimento di formazione della sua volontà negoziale», nell'interesse «del pubblico», ma anche per garantire oltre alla convenienza economica la «moralità» dei rapporti negoziali: F. BENATTI, *Brevi note sulla responsabilità*, cit., 1360.

¹¹ *Supra* cap. III.

¹² A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, cit., 72.

illegittimi sfavorevoli ai privati coinvolti, mentre all'introduzione della nuova ipotesi di responsabilità¹³ non è corrisposta un'applicazione che garantisca la correttezza e non contraddittorietà dell'intera fase delle trattative e della formazione del contratto.

Ciò ha contribuito a mantenere per lungo tempo un diffuso disinteresse verso il principio che regola i rapporti intersoggettivi precontrattuali (art. 1337 cod. civ.), per una scelta interpretativa che ha privilegiato l'autonomia negoziale sulla responsabilità, sanzionando solamente i casi più gravi di recesso ingiustificato nella fase terminale delle trattative.

L'atipicità del principio di correttezza consente di individuare nel tempo i comportamenti dovuti, correlati all'evoluzione della coscienza sociale, attraverso una progressiva specificazione nelle pronunce che sanzionano i comportamenti difformi in un determinato contesto economico sociale.

L'evoluzione dei rapporti tra individui, ma anche tra imprese e tra imprese e consumatori, come pure in particolare tra amministrazione pubblica e privati, pare aver superato l'indicata interpretazione restrittiva¹⁴, anche in relazione alle

¹³ Cfr. Rel. Guardasigilli al prog. prel. del codice civile, n. 163 e Relazione, n. 638, ove si afferma che si impongono nuovi obblighi alle parti che partecipano ad una trattativa.

¹⁴ G. BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, II, 61 e s., sostiene che «si deve bandire allo stesso tempo il principio della supremazia e quello dell'autonomia dei soggetti in senso privatistico. Anche l'autonomia privata del resto non si presenta più come libertà di contrattare in ragione di diritti assoluti di stampo proprietario. Se è fallace l'idea del declino o della morte del contratto, è pur vero che i valori costituzionali sono penetrati o stanno penetrando, vuoi direttamente, vuoi sotto forma di clausole generali, nell'ambito contrattuale privatistico: la stessa buona fede dei contraenti ha senso se è animata dai valori costituzionali».

innovazioni determinate dalla disciplina di origine europea¹⁵ che ha ulteriormente modificato la prospettiva della disciplina precontrattuale, poiché al medesimo «bene della vita» sembrano riconducibili differenti forme di protezione.

Pare affermarsi progressivamente, in particolare verso la pubblica amministrazione, un'interpretazione del principio di correttezza che assicuri la non contraddittorietà del comportamento delle parti¹⁶, che non si esaurisce nel rispetto formale delle regole predefinite, ma investe la complessità del comportamento tenuto e trova sanzione in tutto il complesso di misure volte alla «correzione» del comportamento scorretto, per assicurare l'adempimento delle norme europee sugli appalti pubblici di cui il risarcimento del danno per equivalente appare il rimedio ultimo e perciò residuale¹⁷.

Con espressione sintetica si afferma normalmente che le norme europee sono poste nell'interesse del mercato e della concorrenza, ma sembra possibile rilevare che la tutela del mercato e della concorrenza è perseguita come mezzo per assicurare le condizioni di sviluppo delle imprese più efficienti, in quanto solo la crescita di tali imprese consente il corretto impiego delle risorse finanziarie pubbliche ed uno sviluppo

¹⁵ Oltre alla disciplina sugli appalti pubblici si veda la direttiva europea a protezione dei consumatori, *supra* cap. II, par. 7.

¹⁶ Cfr.: F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, 30 e s., ove si individuano «due moduli di concretizzazione del principio di buona fede: a) la buona fede come obbligo di non contraddizione fra l'atto e il precedente comportamento, secondo una rigida applicazione del brocardo *non venire contra factum proprio*; b) la buona fede come obbligo di correttezza, consistente nella necessaria ponderazione di due interessi fra di loro, l'interesse alla soddisfazione dell'affidamento creato dal comportamento precedente e l'interesse che suggerirebbe l'emanazione del nuovo atto» e con riferimento all'esercizio del potere legislativo risulta accoglibile il secondo modulo.

¹⁷ M. P. CHITTI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 1999, 443 e s. e *infra* cap. VI.

economico che permetta di migliorare la qualità della vita dei cittadini dell'Unione¹⁸.

Le politiche europee in materia di appalti pubblici sono volte a garantire che le gare pubbliche siano aggiudicate alle imprese più efficienti nell'organizzazione e nella produzione, non solo perché garantiscono un corretto adempimento, ma anzitutto perché contribuiscono al miglioramento del sistema produttivo europeo con favore per i «consumatori» europei.

Nell'indicata *ratio* normativa l'obbiettivo è quello di garantire l'applicazione corretta delle procedure di selezione agevolando le «denunce» delle violazioni in corso di gara per assicurarne la «correzione» con aggiudicazione al migliore imprenditore, mentre il risarcimento del danno costituisce un rimedio individuale incapace di effetti ripristinatori, che assume unicamente un connotato sanzionatorio per lo Stato che non ha saputo correggere la violazione¹⁹, nonché di parziale ristoro per l'impresa che avrebbe meritato l'aggiudicazione, o quantomeno di essere presa in considerazione.

A tal fine vengono imposte agli Stati membri rigorose procedure per l'individuazione del contraente nell'interesse del mercato e dei cittadini dell'Unione, la cui osservanza deve essere garantita attraverso la «disapplicazione»²⁰ anche delle norme difformi da quelle europee, ed attraverso la sospensione, la correzione e l'annullamento degli atti precontrattuali in

¹⁸ Comunicazione adottata dalla Commissione europea l'11 marzo 1998, *Gli appalti pubblici nell'Unione europea*, cit.

¹⁹ Come evidenziato da: A. ROMANO-TASSONE, *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 1997, 50 e s., che rileva come il risarcimento sia imposto come «sanzione dei comportamenti degli Stati membri irrispettosi del diritto comunitario: più nell'ottica oggettiva della repressione dell'*iniuria* che in quella soggettiva della riparazione della vittima del danno ingiusto».

²⁰ Corte di giustizia Ce, sentenza 22 giugno 1989, in causa 103/88, *F.lli Costanzo s.p.a. c. Com. di Milano*, in *Foro it.*, 1991, IV, 129.

violazione di tali regole, mentre appare non pienamente soddisfatta del dettato europeo l'esclusiva previsione del risarcimento del danno subito dai partecipanti²¹.

La scorrettezza e la contraddittorietà del comportamento rispetto alle regole poste non può essere sanzionata solo per equivalente, perché l'interesse perseguito trascende quello dei rapporti tra privati ed investe un orizzonte più ampio relativo ad interessi pubblici dell'Unione europea, che persegue lo sviluppo delle imprese più efficienti²² e deve perciò primariamente perseguire la reintegrazione in forma specifica delle violazioni compiute durante la procedura selettiva, proprio per consentire all'impresa migliore di divenire aggiudicatrice (miglioramento del sistema produttivo) e di eseguire la prestazione con favore per i «consumatori» europei.

L'evoluzione della disciplina europea rispetto alle norme nazionali sui contratti, che nell'Ottocento consideravano l'asta pubblica come «regola fondamentale in un paese libero»²³ contro gli odiosi favoritismi del passato ed individuavano come obiettivo la garanzia della «moralità» dello Stato, pare dunque affermarsi verso la pubblica amministrazione, ritenendo la concorrenza un mezzo per assicurare anche l'imparzialità e la convenienza del contratto.

²¹ Così espressamente: Corte di giustizia, sentenza 28 ottobre 1999, causa 81/98, *Alcatel Austria AG e a. c. Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr*, che in relazione al recepimento della direttiva 89/665/CEE, cit., afferma che «gli Stati membri sono tenuti a prevedere in ogni caso una procedura di ricorso che consenta al ricorrente di ottenere l'annullamento di tale decisione in presenza delle relative condizioni, malgrado la possibilità di ottenere un risarcimento dei danni dopo la conclusione del contratto».

²² Nello stesso senso: Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Segnalazione al Parlamento e al Governo su «bandi di gara in materia di appalti pubblici»* del 28 settembre 1999, inviata il 17 dicembre 1999, pubblicata nel Bollettino n. 48/99.

²³ F. ROSTAGNO, *Contabilità di Stato, Corso teorico-pratico sull'attuale si-*

Le carenze della disciplina previgente, soprattutto per quanto concerne la capacità tecnica dei concorrenti, non hanno garantito la partecipazione alle gare delle imprese migliori, scoraggiate già all'inizio del Novecento dalla vittoria di imprese «di mediocre fede» che presentavano ribassi eccessivi con il proposito di rifarsi in corso di esecuzione.

La mancata soluzione del problema ha condotto alla limitazione della concorrenza attraverso licitazioni tra ditte di fiducia o trattative private, con interpretazione delle norme sulle gare pubbliche come poste nell'esclusivo interesse dell'amministrazione contraente. La limitazione o esclusione della concorrenza non ha evitato collusioni e favoritismi, sperpero di risorse pubbliche e limitazioni allo sviluppo.

L'inversione di tendenza e la sottrazione alla disponibilità dell'amministrazione contraente delle modalità di selezione del contraente vengono realizzate dalle norme europee che propongono nuovi strumenti per superare le medesime difficoltà del passato nel tentativo di assicurare che le risorse pubbliche siano realmente impiegate a favore della collettività.

2. *Il «diritto quesito» dell'aggiudicatario e l'inadempimento delle regole poste per la selezione. La sottoposizione della pubblica amministrazione ai principi dell'ordinamento generale e l'irrilevanza della classificazione dell'attività amministrativa. Dall'esclusivo riconoscimento di interessi legittimi all'affermazione di un contestuale diritto al comportamento corretto della pubblica amministrazione nella fase successiva alla stipulazione.*

Anteriormente al 1865 i giudici del contenzioso amministrativo riconoscevano all'aggiudicatario del contratto non ancora approvato il risarcimento del danno subito a causa di

canti²⁴, escludendo che il privato avesse l'onere di verificare la conformità alla legge del bando di gara²⁵.

Anche quando l'amministrazione si cautelava con clausole in cui si prevedeva che i concorrenti dovessero «produrre documenti atti a comprovare la solvibilità *ben visti* all'Autorità che presiede all'asta»²⁶, si è potuta rilevare la contraddittorietà del comportamento del sindaco chiamato a presiedere gli incanti, il quale aveva rifiutato la migliore offerta presentata al secondo incanto con la motivazione che il fidejussore «non avea domicilio nel comune», dimenticando che l'incanto si era

²⁴ Sentenza del consiglio d'intendenza generale d'Ivrea, 13 gennaio 1850, causa *Prevosto contro la comunità d'Azeglio*, in *Riv. amm.*, 1852, 744, ove si rileva che l'ammissione negli avvisi d'asta dell'aumento del sesto o del mezzo sesto della migliore offerta ottenuta, per l'apertura del secondo incanto, comportava la violazione dell'art. 267 della legge comunale che imponeva l'aumento del decimo (l. 7 ottobre 1848, n. 807, art. 267, che dispone «Si terrà un solo incanto e sarà ammessa una sola volta entro il termine di otto giorni da quello del deliberamento l'offerta dell'aumento o diminuzione del decimo, a cui terrà dietro un secondo definitivo incanto. Questo termine potrà per gravi motivi esser abbreviato dall'Intendente generale»). Il secondo incanto si era aperto a seguito di un ribasso del dodicesimo che era stato accettato dall'amministrazione come migliore offerta.

²⁵ Il concorrente è indotto in errore dalla stessa amministrazione che ha pubblicato «tilette invitativi» contenenti condizioni contrarie alla legge e non si ritiene di poter porre a carico dei concorrenti l'onere di accertare se le condizioni d'asta siano conformi alla legge: Sentenza del Consiglio d'intendenza generale d'Ivrea, 13 gennaio 1850, causa *Prevosto contro la comunità d'Azeglio*, cit.

²⁶ Il capitolato d'appalto imponeva, ai concorrenti di «produrre documenti atti a comprovare la solvibilità *ben visti* all'Autorità che presiede all'asta», di presentare anche «un fidejussore, *ben visto* come sopra», conferendo ampi poteri discrezionali al sindaco in ordine alla possibilità di rifiutare offerte non gradite: Sentenza della Corte d'appello di Catania, 16 aprile 1884, nella causa *Sindaco di Augusta contro Calamarà*, in *Riv. amm.*, 1884, 340, riguardante gli incanti per l'affitto della salina denominata Regina, di proprietà del comune di Augusta.

aperto grazie al ribasso del ventesimo²⁷ offerto dallo stesso non residente²⁸. È stato riconosciuto il risarcimento del danno al concorrente privato leso dalla condotta scorretta del sindaco («abusivo procedere del sindaco»), pur in presenza di clausola di «riserva di approvazione»²⁹ che non escludeva il «diritto quesito» del concorrente al rispetto delle regole poste.

La violazione delle norme che regolano la selezione è ricostruita anche in assenza di un contratto concluso come «colpa contrattuale», che sottolinea la rilevazione di una vera e

²⁷ Art. 99, *Regolamento sulla contabilità generale 4 settembre 1870*, n. 5852, «Presentandosi in tempo utile un'offerta ammissibile, si pubblica secondo le norme indicate negli articoli precedenti, altro avviso d'asta, e si procede al nuovo incanto sul prezzo stato variato coll'ottenuta migliore offerta, e col metodo della estinzione delle candele o di partiti sigillati, come verrà determinato e pubblicato nell'avviso».

²⁸ A tale contraddittorietà si aggiunge che il verbale degli incanti non riporta neppure l'esistenza di tale offerta rifiutata, esistenza che viene peraltro riconosciuta dalla risposta del sindaco stesso «all'atto protestatorio», inoltrato dal privato immediatamente dopo la gara. Viene così provata anche la violazione della norma che prescrive la descrizione nel verbale «delle operazioni fatte e delle offerte ottenute» (Art. 96, *Regolamento sulla contabilità generale 4 settembre 1870*, n. 5852). Inoltre si afferma che la presentazione di un'offerta migliore, sulla base dell'art. 674 del codice di procedura civile, fa perdere valore alle offerte precedenti, imponendo l'indizione di un nuovo incanto (principio dettato per gli incanti giudiziari ma estendibile a quelli della pubblica amministrazione). Il giudice civile, invocando l'art. 4 della legge sul contenzioso amministrativo (L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, cit.), afferma la propria competenza, non a «dichiararli nulli, rescindere o riformare» gli atti amministrativi, ma a «dichiararli lesivi dei diritti dei privati, e conseguentemente condannare le Autorità che li hanno emanati al ristoro del danno provenuto da siffatta lesione»: Sentenza della Corte d'appello di Catania, 16 aprile 1884, nella causa *Sindaco di Augusta contro Calamarà*, cit., 340.

²⁹ In base al capitolato d'appalto il contratto avrebbe dovuto sia essere approvato dalla giunta comunale, sia essere vistato dal prefetto, con clausola che normalmente era ritenuta illegittima dal Consiglio di Stato, ma ammessa come condizione sospensiva dall'autorità giudiziaria.

propria obbligazione al rispetto delle regole poste³⁰.

Al tempo l'individuazione di un simile «inadempimento»³¹ appariva criticabile in relazione alla classificazione delle cause delle obbligazioni (art. 1097 cod. civ. del 1865), che prevedeva la responsabilità «per colpa contrattuale» solo per inadempimento di un contratto e non di un'obbligazione comunque sorta; tuttavia l'individuazione di un inadempimento, non del contratto, ma delle norme che regolano la selezione³² consentiva di superare l'assenza di una norma sulla responsa-

³⁰ Pare da ricordare lo scritto di: SANTI ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale*, in *Riv. dir. pubblico*, 1903, ripubblicato in *Scritti minori*, vol. I, Milano 1990, 331 e 334, n. 3, ove l'Autore precisa di aver: «limitato la ricerca al diritto costituzionale, ma essa potrebbe estendersi anche ad altri rami del diritto pubblico, specialmente al diritto amministrativo», «chi per esempio, intraprendesse una ricerca, che sarebbe molto interessante, dei criteri sostanziali cui la nostra giurisprudenza, spesso inavvertitamente, s'informa nell'ammettere o nel negare la responsabilità delle pubbliche amministrazioni, potrebbe constatare che sotto motivazioni che non di rado tradiscono il concetto, che è del resto molto confuso, il principio di responsabilità è messo in rapporto con una nozione di correttezza e di media diligenza amministrativa».

³¹ Infatti si fa riferimento alla esistenza di un diritto eventuale o condizionale che fonda la giurisdizione civile: Sentenza della Corte d'appello di Catania, 16 aprile 1884, nella causa *Sindaco di Augusta contro Calamarà*, cit., 340.

³² Riconosce all'aggiudicatario provvisorio un c.d. diritto acquisito «risolvibile soltanto nel caso di posteriore valida offerta per migliorare il prezzo entro i fatali» e riconosce il risarcimento del danno per colpa contrattuale perché l'offerta migliorativa era tardiva e solo verbale: Corte d'appello di Genova, 3 giugno 1893, *Raimondi c. Com. di Rocchetta Nervina*, in *Riv. amm.*, 1893, 621, che conferma la decisione del tribunale di S. Remo. Nega ogni risarcimento: Corte d'appello di Venezia, 8 maggio 1924, *Basaglia c. Com. di Camisano*, in *Riv. amm.*, 1924, 665, dove il privato appaltatore del dazio di consumo, a cui una deliberazione del consiglio comunale attribuiva un diritto di preferenza a parità di condizioni nel successivo appalto, chiedeva il risarcimento dei danni che i nuovi amministratori comunali gli avevano cagionato in quanto disponendo la gestione del servizio in economia, avevano leso la sua aspettativa e diritto di preferenza.

bilità precontrattuale e l'incertezza della configurazione della lesione di un diritto soggettivo per fatto illecito³³.

Ad inizio secolo la teorica della *culpa in contrahendo* era largamente ignorata dai «pratici»³⁴, a fortiori non applicata alla pubblica amministrazione, ma ciononostante è stata invocata, come *extrema ratio*, dai «valorosi patroni» di una società in trattative con l'amministrazione per la realizzazione di lavori di canalizzazione³⁵. L'inerzia del comune³⁶ non consentiva di ottenere l'approvazione del contratto, sicché venne tentato un «nuovo sistema di difesa» «consistente nell'accusare il comune di una speciale colpa che fu detta precontrattuale»³⁷. La

³³ Corte di cassazione di Palermo, 5 marzo 1910, *Grasso c. Com. di Catania*, in *Riv. amm.*, 1910, 421, riguardante il contratto di locazione per l'istituzione di un panificio, ove si afferma che quando il contratto sia invalido per la violazione di norme procedurali e dichiarato nullo, non può sussistere colpa contrattuale ed il privato che abbia intrapreso l'esecuzione sulla base della falsa informazione dell'avvenuta approvazione non può ottenere alcun risarcimento del danno. Fraintendendo la domanda di risarcimento del danno per la perdita di occasioni di destinazione fruttifera del bene, la corte sostiene che anche in seguito alla soccombenza della pubblica amministrazione nell'azione sulla validità del contratto, il privato avrebbe potuto ottenere un risarcimento del danno patito solo nel caso di lite temeraria (Art. 370 cod. proc. civ.). La reiezione della domanda nel merito è dovuta al fatto che non si riscontrano tutti gli elementi necessari per addivenire ad una condanna della pubblica amministrazione al risarcimento dei danni: Corte d'appello di Modena, 1 giugno 1907, *Selmi c. Com. di Monfestino*, in *Riv. amm.*, 1907, 557.

³⁴ Cfr. L. COVIELLO, *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, cit., 721.

³⁵ Sentenza della Corte d'appello di Genova, 7 febbraio 1911, *Ditta Enriotti Giangrandi c. Com. di Sestri Levante*, in *Riv. amm.*, 1911, 830, riguardante lavori per la canalizzazione di acque provenienti da varie sorgenti fra cui una denominata «acqua che bolle» della cui «potabilità e non inquinabilità» si dubitava.

³⁶ La trattativa non si era conclusa a causa del diniego di visto sul contratto, diniego che peraltro era stato annullato ed il privato aggiudicatario, ottenuto l'annullamento del diniego di visto era rimasto in attesa delle ulteriori determinazioni amministrative.

³⁷ Sentenza della Corte d'appello di Genova, 7 febbraio 1911, *Ditta En-*

costruzione è d'interesse, poiché individuava l'obbligo del comune di «adoperarsi in tutti i modi affinché la convenzione potesse avere la sua reale e piena esecuzione e ciò perché i contratti debbono eseguirsi di buona fede (art. 1124 Cod. civ.)»³⁸. La responsabilità viene ricondotta ad un inadempimento che, se non può propriamente riferirsi al contratto inefficace, è desunto dalla violazione di regole di correttezza per l'ingiustificata interruzione delle trattative, con la conseguenza che il «diritto quesito» dell'aggiudicatario³⁹ consiste nella pretesa di vedere osservate dall'amministrazione pubblica le regole poste per la selezione e l'approvazione del contratto.

Per estendere la protezione a tutti i partecipanti alle gare pubbliche, si configura il rapporto tra essi e la pubblica amministrazione come «rapporto di natura contrattuale»⁴⁰, fondato sulla considerazione che l'amministrazione è tenuta ad osservare i limiti imposti dalle leggi e dai capitoli che disciplinano le gare⁴¹, sino a giungere alla individuazione di una

riotti Giangrandi c. Com. di Sestri Levante, cit.

³⁸ Il giudice respinge facilmente l'argomentazione, vista la mancata perfezione del contratto (benché si trattasse di «patti conclusi», mancava l'approvazione) ed afferma la facoltà del comune di rinunciare al contratto e «chinare il capo al provvedimento della superiore autorità»: Sentenza della Corte d'appello di Genova, 7 febbraio 1911, *Ditta Enriotti Giangrandi c. Com. di Sestri Levante*, cit.

³⁹ Afferma la generale competenza dei Tribunali ordinari sulla violazione delle formalità degli appalti, e si pronuncia sul «reclamo» sporto da chi era già deliberatario: Sentenza della Corte d'appello di Torino, 30 luglio 1869, nella causa *Capé contro Ministero dei lavori pubblici e contro Geddo*, in *Riv. amm.*, 1870, 239.

⁴⁰ Corte d'appello di Torino, 26 aprile 1938, *Soc. an. Industrie frigorifere c. Com. di Alessandria*, in *Riv. amm.*, 1938, 491 riguardante l'appalto concorso per la costruzione di un nuovo macello civico per la città di Alessandria.

⁴¹ La Corte d'appello di Torino, 26 aprile 1938, *Soc. an. Industrie frigorifere c. Com. di Alessandria*, cit., configura il rapporto instaurato con la partecipazione ad un appalto-concorso (art. 4 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2240, cit., metodo di aggiudicazione introdotto per prassi mediante circolare

«promessa unilaterale» della pubblica amministrazione avente ad oggetto la procedura per la scelta del contraente. L'accettazione di tali regole, formalizzata con la partecipazione alla gara e la presentazione dell'offerta, istituisce un rapporto contrattuale che è fonte di obbligazione per entrambe le parti, che sanziona come inadempimento ogni comportamento difforme. La pubblica amministrazione non può eccedere i limiti legittimi del suo potere discrezionale perché verrebbe meno alla sua obbligazione, compromettendo il «diritto patrimoniale» degli altri concorrenti.

La formalizzazione delle trattative ha fornito spunti interpretativi che, seppur rimasti a lungo minoritari, hanno consentito l'individuazione da parte del giudice civile di ipotesi di «inadempimento» delle regole che predefiniscono il comportamento dovuto.

L'analisi delle trattative della pubblica amministrazione ha peraltro evidenziato come l'accentuata protezione dell'interesse legittimo abbia marginalizzato gli interventi del giudice ordinario: dopo un primo periodo di coesistenza del sindacato amministrativo e civile, a partire dagli anni trenta si è negato ogni diritto precontrattuale⁴². Un'attenta dottrina ha rilevato all'epoca che l'esclusione del sindacato del giudice civile sulla fase precontrattuale aveva determinato la «surrettizia» intro-

del Ministero dei Lavori pubblici 21 maggio 1917, div. II, n. 586, poi disciplinato nell'art. 3 del decr. luog. 6 febbraio 1919, n. 107) come promessa unilaterale della pubblica amministrazione di ricompensare l'opera scelta, di modo che con la presentazione dei progetti e dell'offerta i concorrenti acquistano un diritto soggettivo alla sua osservanza. Di qui la condanna al risarcimento del danno subito dal concorrente, non per l'alea del concorso, ma per fatto illecito dell'amministrazione che ha fatto proprio il progetto di un concorrente, ma ne ha aggiudicato l'esecuzione ad un altro. La sentenza dispone l'acquisizione di parere per stabilire se il comune avesse utilizzato le soluzioni originali di progettazione del concorrente escluso.

⁴² V. *infra* cap. VII.

duzione di un caso di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁴³.

Oltre agli indicati tentativi, sotto la vigenza del codice del 1865 il giudice civile riconduceva ogni violazione delle «formalità» precontrattuali ad ipotesi di nullità relativa del contratto a favore della pubblica amministrazione, in quanto «incapace» di obbligarsi validamente se non attraverso l'adempimento di tutte le prescrizioni previste nel proprio interesse. In tale prospettiva, fino all'approvazione del contratto l'imprenditore avrebbe potuto vantare esclusivamente un interesse legittimo all'esplicazione dell'attività amministrativa necessaria all'approvazione, in quanto ragioni di pubblico interesse potevano giustificare il rifiuto dell'approvazione⁴⁴, con la conseguente scissione tra fase precontrattuale sindacabile solo in via amministrativa e successiva fase di esecuzione del contratto demandata al sindacato del giudice civile⁴⁵.

L'impostazione avrebbe potuto essere rimessa in discussione in seguito all'introduzione della norma di relazione (art. 1337 cod. civ. del 1942), che prevede la responsabilità precontrattuale⁴⁶ individuando le possibili interazioni tra norme di

⁴³ C. VITTA, *L'impugnazione dei decreti reali che annullano contratti di enti pubblici*, in *Riv. amm.*, 1936, 297, il quale denuncia lo spostamento dell'ordine fondamentale delle giurisdizioni, con la creazione, in fin dei conti, di un nuovo caso di giurisdizione esclusiva. V. *infra* Cap. VII.

⁴⁴ Consiglio di Stato, Sezione IV, 9 dicembre 1949, n. 425 in *Foro amm.*, 1950, I, I, 143.

⁴⁵ G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato, I contratti ad evidenza pubblica*, cit., 3 e s., ricorda come in Francia tutta la giurisdizione sull'attività contrattuale precedente e successiva alla stipulazione sia devoluta al giudice amministrativo, mentre in Germania al giudice ordinario.

⁴⁶ M. S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Arbitrati e appalti*, 1962, 303, poi in *Scritti in onore di A. C. Jemolo*, Milano, 1963, vol. III, 263.

contabilità di Stato e principio di correttezza precontrattuale⁴⁷. A parte casi marginali di trattativa privata in cui, per qualche tempo, si è ammessa (in astratto) tale responsabilità, permane l'estensione del riconoscimento di posizioni soggettive di interesse legittimo ai concorrenti. La coesistenza di una disciplina pubblicistica accanto a quella di diritto civile aveva in passato fatto osservare che: «fin dove arrivi l'una e dove si arresti l'altra, non è dato scorgere alla stregua degli studi attuali»⁴⁸.

L'interpretazione restrittiva della responsabilità precontrattuale nei rapporti tra privati non giustificava un diverso atteggiamento nei confronti della pubblica amministrazione, la quale trovava anche in fase terminale un articolato procedimento che consentiva di avanzare utili argomenti per sottrarsi all'applicazione di una responsabilità precontrattuale resa marginale (recesso ingiustificato nella fase terminale delle trattative).

Anzitutto si considerava che l'asserita «specialità» delle norme di contabilità di Stato avrebbe escluso l'applicazione della norma generale introdotta con l'art. 1337 cod. civ. per le trattative prive di una disciplina specifica⁴⁹. Tesi presto superata per l'inammissibilità di una deroga ad un principio generale che informa tutto l'ordinamento giuridico al cui «imperio anche la pubblica amministrazione deve sottostare»⁵⁰, e che

⁴⁷ M. NIGRO, *L'amministrazione fra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, nota a Corte di cassazione, Sez. I, 9 gennaio 1961, n. 21, *Belli c. Chiappa, Nobacino*, in *Foro it.*, 1961, I, 462; F. FALCONI, *In tema di posizioni giuridiche soggettive nei contratti della pubblica amministrazione*, cit., 82; E. Cannada Bartoli (a cura di), *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Torino, 1976, 20 e s.

⁴⁸ F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1961, 86 e s.

⁴⁹ Corte di cassazione, Sez. un., 12 luglio 1961, n. 1675, *Com. di Bassiano c. Capezzoni*, in *Foro it.*, 1962, I, 1167, con nota di L. BIGLIAZZI-GERI, «*Culpa in contrahendo*», *pubblica amministrazione e terzi*.

⁵⁰ Corte di cassazione, Sez. III, 8 maggio 1963, n. 1142, *Istituto naz. assi-*

attribuisce una posizione giuridica che prescinde dal riconoscimento di un interesse legittimo⁵¹.

L'argomento che per lungo tempo è apparso risolutivo è quello fondato sul potere di non approvare il contratto già stipulato, anche per motivi di opportunità⁵², poiché si riteneva che a maggior ragione fosse possibile interrompere la procedura in un momento anteriore e di qui si ricostruiva l'«oggettiva» «insicurezza del contrattare con l'amministrazione»⁵³.

La facoltà di negare l'approvazione «per gravi motivi di interesse pubblico»⁵⁴ è stata peraltro progressivamente limitata fino a divenire del tutto eccezionale⁵⁵, oltre a richiedere l'esplicitazione dei motivi che inducono al recesso, che non devono apparire in contrasto con quelli che avevano fondato

curazioni c. Società Cinema teatri costruzioni-Ci.te.co., cit.

⁵¹ Tribunale di Roma, Sez. I, 26 settembre 1973, n. 6133, *Altobelli c. Min. poste e telegr.*, in *Temi romana*, 1974, II, 89; Tribunale di Roma, Sez. II, 20 febbraio 1971, n. 1881, *Soc. Sicca c. Inail*, in *Temi romana*, 1971, II, 52, che afferma la scorrettezza dell'amministrazione indipendentemente dal sindacato sulla legittimità dell'atto amministrativo di annullamento della licitazione privata (diniego di approvazione), nell'affidare la fornitura ad una diversa impresa, quando l'aggiudicatario ne aveva appena intrapreso l'esecuzione. F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., 183 e s.

⁵² Cfr. oggi l'art. 11, l. 7 agosto 1990, n. 241, che prevede il recesso dagli accordi per motivi di interesse pubblico, salvo indennizzo: per tutti da ult.: S. CIVITARESE M., *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997, 147 e s.; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996, 15 e s.

⁵³ M. S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, cit., 282 e s.

⁵⁴ Art. 113, comma I, del r. d. 23 maggio 1924, n. 827, cit., «Per gravi motivi di interesse pubblico o dello Stato il ministro o l'autorità delegata per l'approvazione, può negare l'approvazione ai contratti anche se riconosciuti regolari», su cui *supra* cap. IV, par. 6.

⁵⁵ A. ANGIULI, *Consenso e autorità nell'evidenza pubblica*, cit., 194 e *supra* cap. IV, par. 2.

la scelta di avviare le trattative stesse. Anche tra privati è ipotizzabile un recesso corretto fino all'ultimo istante precedente la stipulazione, e non diversamente ciò è possibile all'amministrazione, la quale è tenuta ad esplicitare le ragioni che la inducono ad interrompere la procedura selettiva in relazione alla precedente manifestazione delle ragioni che giustificavano la scelta di stipulare quel contratto. In ogni caso, il complesso di norme e atti generali che regolano la selezione del contraente manifesta ai concorrenti tutte le ragioni che possono determinare un recesso corretto dalle trattative, a partire dalla scelta dell'offerta migliore in base al criterio di aggiudicazione e dal conseguente recesso dalle altre trattative instaurate, mentre, ove l'interruzione delle trattative avvenga a seguito di violazioni della disciplina predefinita, occorre valutare l'eventuale scorrettezza dal punto di vista del rapporto intersoggettivo.

L'indicata evoluzione spiega il successo della ricostruzione dei contratti della pubblica amministrazione come «contratti ad evidenza pubblica»⁵⁶, caratterizzati dal «doppio stadio» che in origine ha evidenziato la preminenza della posizione di interesse legittimo dei concorrenti.

Più di recente, i contratti ad evidenza pubblica sono considerati come fattispecie complesse «in cui convivono comportamenti giuridicamente rilevanti che si concretano in atti giuridici disciplinati alcuni dal diritto pubblico (sostanzialmente sottoposti al regime dei procedimenti e dei provvedi-

⁵⁶ M. S. GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964, 15 e s., definisce i contratti ad evidenza pubblica come quelli regolati in parte dalla legge di contabilità di Stato e per la cui conclusione «parallelamente al procedimento di formazione del contratto sotto l'aspetto privatistico, si svolge un procedimento amministrativo, i cui atti (principalmente: deliberazione di contrattare ed atto di controllo relativo, autorizzazione a contrattare, approvazione del contratto concluso) hanno un valore condizionante rispetto agli atti della serie negoziale, nel senso che incidono or sulla validità or sull'efficacia di questi ultimi»; ID., *Diritto amministrativo*, cit., 683.

menti amministrativi), altri dal diritto civile, come se fossero espressione non di una potestà amministrativa, ma di una situazione di autonomia privata»⁵⁷.

La titolarità di un interesse legittimo è fondamento di una tutela ulteriore, sconosciuta nei rapporti interprivati, che ha supplito all'assenza della responsabilità precontrattuale prima del 1942; ma ciò non consente di affermare che ragione e obiettivi della tutela dell'interesse legittimo escludano *ex jure* quelli della disciplina generale introdotta con l'art. 1337 cod. civ., riconoscendo due differenti piani di tutela⁵⁸, non diversamente da quanto è avvenuto nella fase successiva alla stipulazione ove si è giunti al riconoscimento contestuale di una duplice posizione soggettiva in capo all'interessato.

⁵⁷ G. PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, cit., 1567.

⁵⁸ G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., 121; F. FALCONI, *In tema di posizioni giuridiche soggettive nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1971, 82, spec. 93; G. ROEHRSEN, *Brevi considerazioni sulla responsabilità precontrattuale della pubblica Amministrazione*, in *Arch. giur. opere pubbl.*, 1986, 1637. In giurisprudenza: Corte di cassazione, Sez. un. 26 maggio 1997, n. 4673, *U.S.L. 13 c. Impresa Di Vincenzo e c.*, cit., seppur affermi che la questione avanti al giudice amministrativo sia preliminare, tuttavia una volta ottenuto l'annullamento dell'atto illegittimo si considera esaurita la tutela; Corte di cassazione, Sez. III, 3 luglio 1997, n. 5995, *Cauria c. Com. di Malcesine*, in *Danno e resp.*, 1997, 762, ove il privato, ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione ad un terzo dell'appalto per la costruzione di un opera pubblica chiede al giudice ordinario il risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale perché la procedura non è stata più rinnovata. Corte di cassazione, Sez. Un., 9 luglio 1991, n. 7750, *Com. di Milano c. Impr. Bordoni e c. s.r.l.*, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1991, 2096, ove in seguito all'annullamento della illegittima esclusione da gare pubbliche si considera esaurita ogni tutela dell'interesse leso. Denota una confusione tra «diritto soggettivo alla prosecuzione del procedimento» e diritto alla correttezza anche nell'eventuale interruzione della procedura selettiva (recesso dalle trattative): Corte di cassazione, Sez. un. 26 maggio 1997, n. 4673, *U.S.L. 13 c. Impresa Di Vincenzo e c.*, cit.

Analogamente l'individuazione nella fase precontrattuale di norme d'azione e di interessi legittimi non esclude che l'attività complessiva configuri comportamenti che assumono rilevanza per il diritto civile⁵⁹.

In passato si era esclusa l'applicazione del principio di correttezza anche in seguito alla stipulazione di un contratto, perché si riteneva che il contraente non fosse ancora titolare di un diritto soggettivo fino all'approvazione finale⁶⁰; tuttavia si è poi riconosciuto che, accanto all'interesse legittimo all'esercizio dell'attività di controllo sul contratto stipulato, sussiste anche un diritto soggettivo al comportamento corretto della parte pubblica⁶¹, riconoscendo ai contraenti nella fase

⁵⁹ Si veda in tal senso F. LEDDA, *Polemichetta breve intorno all'interesse legittimo*, in *Giur. it.*, 1999, 2217, ove si rileva criticamente che «dopo la battaglia per dimostrare l'applicabilità degli artt. 1337 e 1338 cod. civ. per le trattative vincolate ad una forma di procedimento concorsuale (la c.d. evidenza pubblica) si è tornati in definitiva alle posizioni originarie osservando che di fronte all'amministrazione può aversi solo una posizione di interesse legittimo per definizione non "risarcibile"».

⁶⁰ Corte di cassazione, Sez. un., 23 giugno 1953, n. 1950, cit., sostiene che il privato partecipante ad una licitazione privata, che ha presentato l'offerta più vantaggiosa per l'amministrazione, non ha azione avanti al giudice ordinario, per ottenere il risarcimento dei danni derivanti dall'inosservanza delle disposizioni di legge che regolano il procedimento amministrativo per la formazione del contratto. Tuttavia non esclude che il procedimento di gara costituisca attività riconducibile alla «formazione del contratto», che pur in assenza di un diritto alla stipulazione del contratto, imponga l'osservanza dell'obbligo di correttezza.

⁶¹ F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi, Excursus IV, La responsabilità in contrahendo della pubblica amministrazione e la concezione paritaria del diritto amministrativo*, Padova, 1975, 845, ove rilevata una prima fase di incertezza soprattutto nell'affermazione del profilo di cui all'art. 1337 (la cui affermazione «fu più controversa»), considera che si sia giunti «ad un suo completo accoglimento riconoscendo la responsabilità dell'amministrazione nel caso in cui il suo comportamento nelle trattative con i terzi si risolvesse in azioni od omissioni».

successiva alla stipulazione del contratto la posizione di «parti» nelle trattative, con un reciproco obbligo di correttezza.

Il percorso per giungere a tale riconoscimento è passato attraverso le elaborazioni che hanno proposto la scissione nella fase precontrattuale fra una sequenza pubblicistica e una privatistica, in corrispondenza alla distinzione tra attività dell'amministrazione attiva e di controllo, frammentando un'attività unitaria complessivamente rivolta alla definizione della volontà della pubblica amministrazione ed essenziale all'effi-

contrarie alla buona fede», ma si considera anche che: «anche al di fuori di una possibile e doverosa indagine sul comportamento dell'amministrazione nella fase di formazione della volontà, si volle riconoscere nel comportamento dell'amministrazione una violazione dei principi di cui all'art. 1337 cod. civ., sia nel caso di indugio nella richiesta di intervento dell'autorità tutoria, sia nel caso di recesso ingiustificato dalle trattative». Consiglio di Stato, Sezione VI, 19 luglio 1964, n. 423, *S.a.s. Barbon e C. c. Azienda Autonoma dei monopoli di Stato*, in *Riv. giur. edil.*, 1964, I, 984, concernente l'appalto del servizio dello sbarco delle banane nel porto di Venezia, ove l'aggiudicatario della licitazione privata propone ricorso giurisdizionale amministrativo affermando l'illegittimità del rifiuto di approvazione e dei conseguenti atti con cui l'amministrazione indice una nuova gara. La decisione annulla il rifiuto di approvazione e la successiva aggiudicazione ad altra ditta, poiché il comportamento di artificioso ritardo dell'amministrazione pubblica nell'approvazione del contratto viene ricondotto dal giudice amministrativo al vizio di eccesso di potere (favorire imprese terze che non hanno partecipato alla gara). Sulla medesima vicenda: Corte di cassazione, Sez. un., 5 agosto 1975, n. 2980, *Azienda Autonoma dei monopoli di Stato c. S.a.s. Barbon e C.*, in *Giur. it.*, 1977, I, I, 168, ove si supera la convinzione che l'esistenza di una disciplina «speciale» escluda la responsabilità precontrattuale e si afferma che le norme pubblicistiche non regolano in modo speciale i doveri di lealtà e buona fede della pubblica amministrazione, la quale deve osservare l'art. 1337 cod. civ., rilevando inoltre che tale norma non tutela la posizione della parte nel contratto bensì l'integrità patrimoniale che può essere vulnerata dal comportamento sleale della controparte nelle trattative. Cfr. da ult. sulla prospettazione: A. ORSI BATTAGLINI - C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 487 e s.

cacia del contratto⁶². La distinzione tra attività di «corretto amministratore» e di «corretto contraente» ha permesso di individuare due diverse prospettive di tutela⁶³ ed ha consentito di superare l'ostacolo al riconoscimento della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione costituito dall'asserita esistenza di «preminenti ragioni di interesse pubblico» in esercizio di poteri discrezionali⁶⁴.

Da tempo si era peraltro riconosciuta la necessità di «considerare l'attività di controllo non in se stessa isolatamente con chiuso riferimento alle norme che la reggono (ciò che si risolverebbe in una invocazione di norme rispetto alle quali il privato contraente non ha che interessi legittimi), ma considerarla proprio come un momento dell'intera attività di formazione del contratto e con riferimento alle regole di correttezza che reggono questa fase come tutte le altre»⁶⁵. Occorre infatti

⁶² M. NIGRO, *L'amministrazione fra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, nota a Corte di cassazione, Sez. I, 9 gennaio 1961, n. 21, *Belli c. Chiappa, Nobacino*, in *Foro it.*, 1961, I, 457.

⁶³ Corte di cassazione, Sez. II, 28 settembre 1968, n. 3008, *Gatta c. Min. lavori pubblici*, in *Foro it.*, 1969, I, 966, che considera l'approvazione del contratto come un ordinario atto di controllo operato da un organo esterno, che, anche ove lesivo, non è imputabile all'amministrazione contraente e non lede che interessi legittimi. Tuttavia afferma la responsabilità precontrattuale in quanto il comportamento dell'amministrazione «non improntato a coerenza, a diligente correttezza, ed al senso di solidarietà sociale, che integrano il contenuto della buona fede abbia ingenerato ancorché per mera colpa un ragionevole affidamento andato, poi, deluso». Corte di cassazione, Sez. III, 8 maggio 1963, n. 1142, *Istituto naz. assicurazioni c. Società Cinema teatri costruzioni-Ci.te.co.*, in *Foro it.*, 1963, I, 1699, con nota di A. L., sulla valutazione della ingiustificata rottura delle trattative come oggetto di sindacato del giudice civile sul comportamento dell'amministrazione come corretto contraente.

⁶⁴ Si ripete la massima che «spetta al giudice ordinario accertare, sia pure con estrema cautela, la sussistenza della responsabilità precontrattuale», Corte d'appello di Venezia, 27 giugno 1991, *Scarello c. Com. di Vicenza*, in *Foro pad.*, 1992, 48, con nota di G. SICCHERO.

⁶⁵ M. NIGRO, *L'amministrazione fra diritto pubblico e diritto privato: a*

evidenziare il «nesso di strumentalità che lega l'attività di controllo all'iter contrattuale e fa sì che essa sia soggetta alle regole comuni a tutto l'iter»⁶⁶.

L'individuazione della «intersezione tra una sequenza procedimentale e uno schema negoziale»⁶⁷ per un certo tempo non ha permesso di rilevare che, nel sindacato sugli atti precontrattuali, l'adesione allo schema negoziale comporta l'applicazione del principio di correttezza nelle trattative.

Non si era rilevato che ogni atto precontrattuale (bando, invito, esclusione, aggiudicazione), assumendo rilevanza esterna, coinvolge i soggetti interessati alla stipulazione del contratto e crea una sfera specifica di «pericolo»⁶⁸, sicché, ove l'am-

proposito di condizioni legali, nota a Corte di cassazione, Sez. I, 9 gennaio 1961, n. 21, *Belli c. Chiappa, Nobacino*, cit.

⁶⁶ M. NIGRO, *L'amministrazione fra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, cit., 457. Così: Tribunale di Roma, Sez. IV, 22 ottobre 1973, *De Blasi c. Com. di Gennazzano*, in *Temi romana*, 1974, 88, che afferma di considerare il controllo come «momento dell'intera attività di formazione del contratto con riferimento alle regole di correttezza».

⁶⁷ Corte di cassazione, Sez. I, 15 aprile 1992, n. 4572, *Sirti s.p.a. c. Min. Grazia e Giustizia*, in *Nuova giur. civ.*, 1993, I, 163, con nota di S. PINTUCCI; F. P. PUGLIESE, voce *Contratto*, V) *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, 11 e s., ove, si afferma che i momenti di contatto fra la serie procedimentale e quella negoziale sono continui e le conseguenze a carico dell'una o dell'altra sono determinate dalle vicende di ciascuna di esse. Si veda: F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., 183 e s., ove considerando la difficoltà di discernere tra attività *iure privatorum* e *iure imperii* nella formazione della volontà contrattuale della pubblica amministrazione», considera che «la difficoltà è talmente evidente che la dottrina è costretta ad affermare che, nei contratti ad evidenza pubblica, l'attività privatistica venga "doppiata" con un'attività pubblicistica».

⁶⁸ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, 90, il quale considera che il criterio generale di correttezza, come dovere di rispetto e dovere di conservazione degli interessi altrui, opera ogni volta che fra due sfere di interessi si stabilisce un contatto sociale che rende possibile un pre-

ministrazione abbia manifestato con il bando l'invito rivolto ai privati a partecipare alla selezione, si assoggetta all'obbligo *ex lege* di comportarsi correttamente nei loro confronti⁶⁹, anzitutto in modo non contraddittorio rispetto alle regole predefinite dalla stessa pubblica amministrazione o nel suo interesse.

Non bisogna dimenticare che la stessa aggiudicazione costituisce il momento in cui l'amministrazione recede dalle trattative con tutti i concorrenti ad esclusione dell'aggiudicatario con il quale stipula il contratto, la cui efficacia può risultare ancora condizionata all'emanazione di approvazioni o visti. La titolarità di un interesse legittimo nei confronti dell'eventuale atto di controllo non esclude l'esistenza del diritto alla correttezza in relazione alla complessiva attività precontrattuale dell'amministrazione⁷⁰, *ex art. 1337 cod. civ.*

Come si è visto un eventuale controllo di merito⁷¹ esclude ogni «diritto al contratto», ma non alla correttezza precontrat-

giudizio. Carattere saliente è di non essere circoscritto ad atti singoli, ma di abbracciare l'intero comportamento del contraente, considerato nella sua intrinseca coerenza e nella sua totalità.

⁶⁹ Corte di cassazione, Sez. un., 5 agosto 1975, n. 2980, *Azienda Autonoma dei monopoli di Stato c. S.a.s. Barbon e C.*, cit., afferma che il principio di correttezza precontrattuale si riferisce a tutto il periodo che precede l'efficacia del contratto, anche in seguito all'aggiudicazione o alla formale stipulazione dello stesso, in quanto le obbligazioni contrattuali sono sospese e quindi non può ancora verificarsi l'inadempimento delle stesse.

⁷⁰ Cfr. A. ROMANO, «*Conditio iuris*» ed approvazione tutoria nei contratti della pubblica Amministrazione, nota a Corte di cassazione, Sez. un., 14 agosto 1953, n. 1736, *Soc. U.N.I.S. c. Com. di Anversa degli Abruzzi*, in *Giur. it.*, 1955, I, I, 583.

⁷¹ Problematica analoga si pone fra privati con la clausola «salvo approvazione della casa» che rinvia ad un soggetto terzo l'approvazione del contratto e ripropone le difficoltà ricostruttive incontrate nella disciplina dei contratti della pubblica amministrazione. Può infatti apparire come condizione sospensiva, meramente potestativa, o come riserva di un diritto di recesso, o come rinvio della conclusione del contratto al momento dell'approvazione. R.

tuale, data la distinzione fra controllo di opportunità e valutazione della giusta causa di recesso dalla trattativa, o meglio della corretta interruzione della stessa⁷².

La distinzione fra organo di controllo e organo contraente non esclude l'operatività degli stessi principi in materia di responsabilità precontrattuale, dal momento che ciò che viene in rilievo non è l'esercizio della funzione di controllo, bensì l'obbligo di correttezza precontrattuale⁷³. Si è visto che anche l'elaborazione civilistica è pervenuta ad estendere il dovere precontrattuale di buona fede a soggetti diversi dalle parti contraenti che a qualunque titolo partecipino con un ruolo specifico alla formazione del contratto⁷⁴, e non pare possa negarsi un tale ruolo agli organi di controllo.

L'obbligo di correttezza impone alla pubblica amministrazione di informare i soggetti coinvolti sulle vicende attinenti alla procedura selettiva e sullo svolgimento dell'attività di controllo sul contratto stipulato, al fine di evitare possibili danni. La giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto che «la responsabilità precontrattuale costituisce autonomo titolo per una diversa azione giudiziale facente capo al diritto soggettivo riconosciuto dall'art. 1337 c.c., al comportamento secondo buona fede nelle trattative che precedono la conclusione del contratto, ma tale pretesa e la correlativa azione giudi-

SACCO, *Il contratto*, cit., 228, ove si afferma che «la clausola, invero, sembra far consistere il potere della casa nella facoltà di dar vita al contratto, e non già nella facoltà di rendere inefficace un contratto già esistente». In tal modo, la clausola, «escludendo che l'intermediario formuli una proposta, degrada la sua dichiarazione a semplice trattativa».

⁷² R. SACCO, *Il contratto*, cit., 240.

⁷³ Corte di cassazione, Sez. un., 17 novembre 1978, n. 5328, *Amm.ne Agricoltura e Foreste della Regione Sicilia c. Trapani*, cit.

⁷⁴ Corte d'appello di Milano, 2 febbraio 1990, *Banca Manusardi e C. s.p.a. c. Minoggio e altri*, cit., con nota di M. ARIETTI, "Culpa in contrabendo" e responsabilità da prospetto.

ziale da intentarsi davanti all'a.g.o. non escludono la contemporanea titolarità di un interesse legittimo nei confronti di alcuni atti del procedimento, quali il diniego di approvazione, espressione di un potere autoritativo, dal quale nasce una diversa situazione, appunto quella di interesse legittimo»⁷⁵.

Infine si è di recente affermato che seppure «la presenza di una causa di invalidità per violazione di un requisito di legge» può impedire «la configurabilità della responsabilità precontrattuale nella forma speciale di cui all'art. 1338 c.c., non similmente però anche preclude eventuali altri profili di culpa in contrabendo. I quali ben possono viceversa, in tesi, ricorrere ove l'amministrazione — che in sede di trattative è tenuta anch'essa ad un comportamento lineare, improntato a diligenza, correttezza e senso di solidarietà sociale — con la propria condotta abbia ad esempio (come il ricorrente, in questa sede prospetta) fatto invece intendere alla controparte negoziale che quel vizio sarebbe stato in prosieguo da essa rimosso o che la trattativa avviata sarebbe andata comunque a buon fine»⁷⁶.

⁷⁵ Consiglio di Stato, sez. VI, 15 aprile 1996, n. 561, *Min. trasporti c. Soc. Icarus, Soc. Aeroporti di Roma, Soc. Piovera e Soc. Fezia*, in *Foro it.*, 1996, III, 375,

⁷⁶ Cassazione Civile, Sez. I, 6 marzo 1998, n. 2519, *De Donatis c. Prov. di Lecce*, in cd-rom *Foro it.*, 1999, per un caso di affidamento di incarico di progettazione in difetto di forma scritta; Corte di cassazione, Sez. I, 11 maggio 1990, n. 4051, *Bellucci e altri c. Ammin. difesa*, in *Foro it.*, 1991, I, 184, con nota di D. CARUSO, *Note in tema di danni precontrattuali*. Cfr. M. S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Arbitrati e appalti*, 1962, 303, che afferma che «il vizio di legittimità è non solo conoscibile, ma deve essere conosciuto da tutte le parti contraenti», in particolare «chi contrae con la pubblica amministrazione non può ignorare quale è l'organo competente a deliberare il contratto, quale competente a trattare quale a concludere, né può ignorare quali sequenze di atti debbansi seguire per perfezionare il contratto», sarebbe in colpa chi non usa la diligenza di controllare se sono state osservate «norme imperative quali quelle sulla formazione del contratto ad evidenza pubblica» e la posizione di R. ALESSI,

L'amministrazione deve assolvere obblighi di comunicazione, di informazione, di protezione, che possono risultare più estesi di quelli normalmente imposti ai privati dagli artt. 1337 e 1338 cod. civ.⁷⁷, in relazione al vincolo assunto dal privato con la presentazione dell'offerta⁷⁸ ed alla precedente esplicitazione delle ragioni che giustificano l'avvio di una procedura selettiva che impone di comunicare tempestivamente i motivi del recesso⁷⁹.

La responsabilità della pubblica amministrazione, Milano, 1955, 146, il quale ritiene configurabile un illecito precontrattuale se il vizio di legittimità sia imputabile all'amministrazione.

⁷⁷ R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja Branca*, art. 1337, Bologna, Roma, 1970, 219, che considera che la pubblica amministrazione, per la sua competenza e per le ampie possibilità di acquisire informazioni, sia esposta «alla tentazione di assumere atteggiamenti contrari alla buona fede; mentre per la sua natura e le finalità perseguite dovrebbe osservare in modo esemplare un siffatto dovere»; C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. pubblico*, 1998, 127 e s., 140, ove si rileva che qualsiasi accadimento può essere preso in considerazione da norme diverse, «ad esempio: i principi generali che si applicano nei rapporti interprivati ed anche alla pubblica amministrazione. L'amministrazione ha il potere discrezionale di revocare una delibera di contrattare pur dopo che sono iniziate le trattative contrattuali con il probabile futuro contraente, ma vi è un principio (scritto nell'art. 1337 cod. civ.) secondo cui il comportamento precontrattuale contrario a buona fede (rottura ingiustificata delle trattative dopo che si è ingenerato un serio affidamento nell'altra parte) è illecito e comporta risarcimento del danno».

⁷⁸ Corte di cassazione, Sez. un., 17 novembre 1978, n. 5328, *Amm.ne Agricoltura e Foreste della Regione Sicilia c. Trapani*, in *Resp. civile e prev.*, 1979, 182, riguardante l'appalto per la fornitura di piantine per il rimboschimento.

⁷⁹ Lodo 21 aprile 1986, n. 23, *Impresa costruzioni G. D'Andrea c. Com. di S. Teresa di Riva*, in *Arch. giur. opere pubbl.*, 1987, 149, che afferma la responsabilità precontrattuale per omessa comunicazione sulle vicende attinenti al procedimento di controllo, per evitare i pregiudizi connessi agli sviluppi ed ai tempi dell'indicato procedimento. In pendenza di approvazione si era intrapresa l'esecuzione del contratto, poi non approvato. Cfr. altresì: Corte di

3. *La differente prospettiva delle norme europee: l'interesse alla concorrenza nel mercato unico, rispetto alla precedente disciplina di contabilità di Stato posta nell'interesse della pubblica amministrazione contraente. Il riconoscimento di interessi legittimi e il ruolo di supplenza della giurisdizione amministrativa di legittimità. La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: la tutela diretta ed immediata contro la scorrettezza della pubblica amministrazione. Oggettività della selezione e risarcimento del danno per inadempimento delle regole che predefiniscono il comportamento dell'amministrazione pubblica nelle trattative.*

La disciplina europea sugli appalti pubblici ha determinato un significativo mutamento di prospettiva rispetto alle norme di contabilità di Stato sulla scelta del contraente poiché, a differenza di queste, è posta nell'interesse della concorrenza e del mercato nell'Unione europea⁸⁰.

L'ordinamento comunitario tutela in primo luogo «gli interessi delle imprese, oggettivati nelle regole di funzionamento del mercato»⁸¹, in una prospettiva opposta a quella delle norme nazionali che, seppur di contenuto analogo, sono state po-

cassazione, Sez. Un., 9 maggio 1983, n. 3152, *Beta Holding SA c. Min. trasporti, Ammin. Ferrovie dello Stato e soc. Nazionale Cogne*, in *Rass. avv. Stato*, 1983, I, 865, che esclude il recesso ingiustificato dalle trattative, valutando il modo, la durata, e lo stato di esse; e Consiglio di Stato, Sezione VI, 12 novembre 1987, n. 890, *S.P.E.C.I. S.p.a. c. Min. trasporti e aviazione civile*, in *Riv. trim. appalti*, 1992, 787, con nota di L. VACCARELLA, *Atti prodromici alla conclusione del contratto e profili di responsabilità della pubblica amministrazione*.

⁸⁰ A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 1 e s.

⁸¹ A. ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi*, nota a: Corte di cassazione, sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, *Com. di Fiesole c. Vitali*, in *Foro it.*, 1999, I, 3324.

ste a vantaggio della parte pubblica per consentirle di perseguire al meglio i propri interessi.

La disciplina interna ha considerato la concorrenza come uno strumento per selezionare il contraente migliore, ammettendo, come si è visto, ampie deroghe alla regola generale della gara pubblica ove sia ritenuto più conveniente il ricorso alla trattativa privata e la scelta «discrezionale» del contraente ritenuto più idoneo.

La diversa prospettiva delle norme europee è stata chiaramente esemplificata proprio nell'ipotesi dell'«urgenza» come caso che consente una deroga alla regola generale dell'asta pubblica, poiché, diversamente dalla comune interpretazione della disciplina nazionale, nella previsione europea non può più essere valutata soggettivamente dall'amministrazione interessata, ma deve essere accertata oggettivamente, oltre a non essere imputabile alla stessa amministrazione. La gara pubblica deve dunque svolgersi anche quando appaia in contrasto con l'interesse della pubblica amministrazione, poiché essa può giovare della deroga solo se la situazione di urgenza sia oggettiva e non sia causata dalla sua precedente inerzia⁸².

Le norme europee impongono agli Stati membri ed alle pubbliche amministrazioni di assicurare la concorrenza nel mercato degli appalti pubblici e, per garantire l'adempimento di tali obblighi, riconoscono alle imprese interessate posizioni soggettive direttamente tutelate e sottratte alla «disponibilità» degli Stati e delle pubbliche amministrazioni, con divieto di deroga nel proprio interesse.

Le norme di contabilità di Stato, seppur in parte poste in fonti primarie, sono state considerate norme di azione, con riconoscimento di ampie facoltà di deroga da parte dell'amministrazione contraente per il miglior perseguimento dei propri

⁸² A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, cit., 4 e s.

fini istituzionali; si pensi al ricordato rovesciamento della regola generale che imponeva l'asta pubblica con l'eccezione della trattativa privata, che è divenuta essa stessa regola generale.

Nella disciplina europea l'interesse delle imprese concorrenti alle gare pubbliche non appare subordinato all'esercizio di poteri pubblici e quindi tutelato solo di riflesso, in quanto occasionalmente coincidente con l'interesse pubblico, ma si pone in una posizione paritaria con quello della parte pubblica e, come tale, deve essere protetto nel nostro come negli altri ordinamenti degli Stati europei.

Tale prospettiva che esclude l'assimilazione delle norme europee sugli appalti pubblici a quelle nazionali sulla scelta del contraente, è emersa progressivamente in questo decennio con l'affinarsi della disciplina e l'estensione dell'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione.

Largamente ignorata negli anni settanta (si pensi al ritardo del recepimento della prima direttiva europea del 1971, n. 305, cit., che giunge solo nel 1977 con la l. 584, cit.), la disciplina europea sugli appalti pubblici nel decennio successivo ha cominciato ad influire sull'affidamento di grandi lavori pubblici, ma ancora con vasti margini di deroga (o elusione) mediante concessioni ed appalti-concorso: solamente negli anni novanta si è affermata come pervasiva degli ordinamenti nazionali con la disciplina che sopravanza gli appalti di lavori e forniture, e si estende anche agli appalti di servizi — che per la loro definizione «residuale» esauriscono i possibili oggetti di pubblici appalti — nonché agli appalti nei settori (in precedenza «esclusi») dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni.

Il recepimento nell'ordinamento italiano delle direttive europee sugli appalti ne ha normalmente riproposto il contenuto senza agevolarne il coordinamento e l'adattamento all'ordinamento nazionale, né evidenziarne la valenza innovativa rispetto alla normativa previgente.

Un primo impatto delle norme europee con la disciplina interna si era già verificato negli anni ottanta in relazione all'imposizione di più rigorosi limiti all'adozione della trattativa privata, che precisava la diversa prospettiva delle norme europee non derogabili dall'amministrazione contraente proprio perché poste a garanzia della concorrenza.

La questione, come si vedrà⁸³, è stata affrontata anzitutto con riferimento alla giurisdizione, riconoscendo ancora una volta al giudice amministrativo quel ruolo di supplenza nella tutela dei concorrenti alle gare disciplinate dalle norme di origine europea.

A fronte del cambiamento di prospettiva delle nuove norme, che obbligavano l'amministrazione ad affidare l'appalto mediante gara pubblica, si è infatti riconosciuto ai concorrenti un interesse legittimo ove in precedenza la scelta della trattativa privata era ricondotta all'autonomia della parte pubblica⁸⁴. In tal modo si è ammesso il sindacato per vizio di violazione di legge della scelta di adottare tale metodo fuori dei casi specificamente previsti, con conseguente annullamento

⁸³ V. *infra*, cap. VII.

⁸⁴ Corte di cassazione, sez. un., 15 gennaio 1983, n. 328, *Cons. Coswen c. Soc. Flakt it.*, cit., ove si supera il precedente orientamento che affermava l'improponibilità della domanda, per difetto assoluto di giurisdizione quando l'amministrazione abbia, illegittimamente, fatto ricorso alla trattativa privata per la scelta dell'appaltatore; si riconosce che la controversia appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo, affermandosi, nella specie, che alcuni provvedimenti amministrativi apparivano illegittimi per violazione di legge ed eccesso di potere, in relazione alla l. 8 agosto 1977, n. 584, *Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità economica europea*, primo recepimento delle direttive comunitarie in materia di appalti di lavori (71/305/CEE), Consiglio di Stato, Sezione V, 19 luglio 1989, n. 423, *Cons. Coswen c. Com. di Milano*, in *Foro amm.*, 1989, 2051. Similmente: Corte di cassazione, sez. un., 25 novembre 1983, n. 7073, *Regione Marche c. Soc. Getel e altro*, cit., e Corte di cassazione, sez. un., 22 novembre 1983, n. 6983, *Cons. Coswen c. Soc. Aerimpianti e Com. di Milano*, cit.

degli atti che consentivano la stipulazione a trattativa privata e successiva apertura della gara pubblica a tutti gli interessati.

Al maggior rigore delle norme europee che tutelano direttamente l'interesse degli imprenditori a partecipare ad una gara pubblica si è risposto con il riconoscimento da parte delle sezioni unite della Cassazione di una posizione di interesse legittimo, che apre al sindacato del giudice amministrativo ambiti in precedenza preclusi e che gli affida ancora una funzione di supplenza rispetto alla carenza di tutela che si sarebbe riscontrata avanti al giudice civile, giovando al tempo stesso di quella consolidata esperienza maturata dal giudice amministrativo a garanzia della legalità delle procedure di selezione del contraente.

Trovato un giudice e gli strumenti giuridici già elaborati per sindacare l'osservanza delle norme ora di origine europea, sembravano soddisfatte contemporaneamente due differenti esigenze: superare il precedente contrasto con il Consiglio di Stato riconoscendo al giudice amministrativo l'integrale giurisdizione sulla fase che precede la stipulazione anche nei casi di trattativa privata; garantire l'osservanza delle previsioni di origine europea limitando la «discrezionalità» dell'amministrazione pubblica nella scelta del contraente.

Tale mutamento è stato accolto con favore per l'ampliamento di tutela dei concorrenti e perché agevolava una ricostruzione unitaria degli atti precontrattuali, indipendentemente dal metodo di scelta del contraente. Nell'intera fase precontrattuale potevano individuarsi atti che, seppur con caratteri peculiari, erano comunque impugnabili avanti alla giustizia amministrativa anche nelle ipotesi di trattativa privata. Tali atti, per il contenuto negoziale ed il regime amministrativo così confermato ed esteso, sono stati qualificati come «atti amministrativi negoziali»⁸⁵, seppur rilevando, quantomeno in sede

⁸⁵ G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e priva-*

teorica, la necessità di riconoscere un contestuale diritto alla correttezza precontrattuale⁸⁶.

Con l'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione delle norme sugli appalti a soggetti privati (concessionari, imprenditori sovvenzionati, enti pubblici economici, per questo profilo assimilabili a privati, società commerciali a partecipazione pubblica) sorge il problema della tutela dei concorrenti a tali gare e la soluzione viene nuovamente trovata nel riconoscimento di posizioni soggettive di interesse legittimo.

Anche ai partecipanti alle gare indette da concessionari privati viene riconosciuto un interesse legittimo, che loro consente di «denunciare» le violazioni delle procedure selettive europee.

Le norme di origine europea vengono interpretate alla stregua di norme di azione ed i concessionari privati chiamati ad applicarle sono considerati come «organi indiretti della pubblica amministrazione»⁸⁷ che emanano atti amministrativi e nei cui confronti la tutela amministrativa garantisce la sospensione e l'annullamento, ove «difficilmente un imprenditore del settore potrebbe dimostrare in sede di giurisdizione or-

to, *I contratti ad evidenza pubblica*, cit., 1 e s., fonda le ragioni della ricerca proprio sull'intervenuto mutamento della giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione in relazione alla configurabilità di atti amministrativi nella trattativa privata.

⁸⁶ G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato, I contratti ad evidenza pubblica*, cit., 130 e s.; ID., *La responsabilità civile dell'Amministrazione e dei suoi agenti*, in *Diritto amministrativo*, cit., 1677 e s., ove afferma che anche nelle procedura di evidenza pubblica non possa essere disconosciuto «il diritto del singolo concorrente a che sia le trattative, sia la formazione del contratto siano compiute dall'amministrazione secondo buona fede». G. B. GARRONE, *Art. 26, in Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di A. Romano, Padova, 1992, 285 e s.

⁸⁷ In generale da ult.: F. DE LEONARDIS, *Il concetto di organo indiretto: verso nuove ipotesi di applicazione dell'esercizio privato di pubbliche funzioni*, in *Dir. amm.*, 1995, 347.

dinaria di avere subito un danno da violazione di una c.d. *chance*»⁸⁸.

Nelle gare indette da società per azioni ed enti pubblici economici sembra più difficile⁸⁹ considerare il bando di gara, la lettera d'invito, il verbale di aggiudicazione, l'approvazione come atti «idonei a degradare le posizioni soggettive dei terzi — che sono coinvolti in essi — ad interessi legittimi, tutelabili dinanzi al giudice amministrativo»⁹⁰. L'attribuzione di poteri pubblici, la posizione di supremazia nei confronti dei concorrenti, l'emanazione di atti amministrativi ad opera di enti pubblici economici e società di capitali non è stata oggetto di di-

⁸⁸ Così: Consiglio di Stato, V sezione, 20 dicembre 1996, n. 1577, *IBM Seneca c. Coop S.r.l. Consorzio dei Comuni della Provincia di Bolzano*, in *Giur. it.*, 1997, III, 1, 261, con nota di CANNADA BARTOLI, *Amministrazioni aggiudicatrici e problemi di giurisdizione*, e in *Urb. e appalti*, 1997, 432, il caso riguarda un'appalto per la fornitura di materiale informatico a seguito di trattativa privata preceduta da una gara informale.

⁸⁹ Per la posizione negativa: Corte di cassazione, sez. un. civ., 6 maggio 1995, n. 4989, *Soc. Siena Parcheggi c. Soc. impresa Federici*, in *Foro it.*, 1996, I, 1363, con nota di F. CARINGELLA, *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzia* e in *Giur. it.*, 1996, I, 493 e s.

⁹⁰ Corte di cassazione, sez. un. 28 novembre 1996, n. 10616, *Consorzio per l'area di sviluppo industriale di Caserta c. Impr. G. Erichiello*, in cd-rom *juris data*, afferma la giurisdizione del giudice ordinario sugli atti di gara (licitazione privata) di un consorzio, considerato ente pubblico economico e composto per la stragrande maggioranza da enti pubblici. Nello stesso senso: Corte di cassazione, Sez. un. 5 luglio 1997, n. 6225, *Nuovo Pignone s.p.a. c. Azienda speciale acquedotto del Ruzzo*, in cd-rom *juris data*, afferma la giurisdizione del giudice ordinario sugli atti di gara di un'azienda consorziale, perché non esercita poteri di supremazia e «gli atti attinenti alla procedura di scelta dell'aggiudicatario (bando, lettera d'invito, verbale di aggiudicazione ed approvazione dello stesso) non ineriscono all'organizzazione dell'ente e non sono idonei a degradare la posizione soggettiva dei terzi, in essi coinvolti, ad interesse legittimo».

mostrazione né con riferimento agli atti di concessione, né in forza di disposizioni di legge in materia di appalti pubblici⁹¹.

Non volendo travolgere le tradizionali categorie di «pubblica amministrazione», «atto amministrativo» e «interesse legittimo» si giunge a sostenere che le norme europee abbiano esteso il campo di tutela, sempre allo scopo di riconoscere la tutela del giudice amministrativo che, seppur attraverso la posizione di interesse legittimo, restava l'unico a poter assicurare la protezione che meglio appariva conforme alle norme europee⁹².

L'affermazione della giurisdizione esclusiva ad opera del d.lg. n. 80 del 1998, cit., può essere indicata come il completamento dell'indicata evoluzione, ove consente di porvi termine ed aprire al riconoscimento dell'esistenza di posizioni di diritto soggettivo direttamente tutelate dalle norme europee e nazionali di recepimento⁹³, nell'ambito delle procedure con-

⁹¹ Per casi particolari si vedano le disposizioni sulle concessioni di ferrovie che hanno ad oggetto il trasferimento di poteri pubblici (es. occupazione d'urgenza) relativi all'esecuzione della concessione.

⁹² Consiglio di Stato, sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, *A&I Della Morte s.p.a. c. Interporto Toscano A. Vespucci s.p.a.*, cit., ove l'articolata motivazione giunge a riconoscere la giurisdizione amministrativa nella consapevolezza che, diversamente, la procedura di gara sarebbe rimasta intangibile, per la nota interpretazione restrittiva della responsabilità precontrattuale accolta dal giudice ordinario. Pare d'interesse ricordare l'esito della vicenda su cui è intervenuta la decisione: Consiglio di Stato, sez. VI, 28 gennaio 2000, n. 400, *A&I Della Morte s.p.a. c. Interporto Toscano A. Vespucci s.p.a.*, in *www.giust.it.*, ove nel merito si respinge il ricorso della società esclusa, poiché si considera immune da vizi (corretto) il recesso dalla trattativa da parte dell'ente aggiudicatore (esclusione «non affetta da vizi estrinseci e da profili di incoerenza»), il quale aveva correttamente valutato la carenza delle richieste attrezzature tecniche in capo al concorrente escluso.

⁹³ R. FERRARA, *Appunti sui contratti dell'amministrazione nella più recente evoluzione legislativa*, in *Dir. amm.*, 1994, 260 e s., ove rileva che «la materia dei contratti (e delle concessioni di progettazione, costruzione o gestione di opere pubbliche) è caratterizzata da un groviglio di situazioni giuridiche

corsuali attuate da «soggetti comunque tenuti alla applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale».

Occorre riconoscere che le norme europee sono poste nell'interesse di un mercato concorrenziale, con la conseguenza che l'interesse della pubblica amministrazione risulta subordinato rispetto al prevalente interesse all'apertura alla concorrenza del mercato degli appalti pubblici e comporta l'attribuzione alle imprese di posizioni soggettive direttamente tutelate, che hanno per oggetto il corretto adempimento delle procedure di selezione da parte dei soggetti comunque tenuti ad applicarle⁹⁴, senza che debbano necessariamente provare il diritto al contratto⁹⁵.

La giurisdizione esclusiva consente di affermare una tutela diretta dei concorrenti anzitutto per assicurare la «correzione» della procedura in corso di gara, o comunque prima dell'avvio dell'esecuzione del contratto⁹⁶, con la reintegrazio-

soggettive di diverso grado» e suggerisce di deferire la soluzione di ogni controversia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

⁹⁴ A. ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi*, cit., 3324.

⁹⁵ A. ORSI BATTAGLINI - C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, cit., 487 e s.

⁹⁶ In tal senso si pongono le norme che si propongono di accelerare la definizione dei giudizi in materia di opere pubbliche: art. 19, l. 23 maggio 1997, n. 135, *Disposizioni urgenti per favorire l'occupazione*, ove si prevede che nei «giudizi davanti ai tribunali amministrativi regionali ed al Consiglio di Stato aventi ad oggetto provvedimenti relativi a procedure di affidamento di incarichi di progettazione e attività tecnico-amministrative ad essa connesse e provvedimenti di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità», il giudice «chiamato a pronunciarsi sulla domanda di sospensione, può definire immediatamente il giudizio nel merito, con motivazione in forma abbreviata». La norma citata prevede altresì al III comma che: «tutti i termini processuali sono ridotti della metà ed il dispositivo della sentenza è pubblicato entro sette giorni dalla data dell'udienza con deposito

ne in forma specifica ed in via subordinata il risarcimento del danno, evitando i tempi di un doppio giudizio secondo quanto previsto dal precedente recepimento (art. 13, l. n. 142 del 1992, cit.), in ragione del principio di correttezza posto già nel nostro ordinamento dall'art. 1337 cod. civ. con interpretazione adeguatrice alle direttive ricorsi.

Già alla fine degli anni ottanta (direttiva del Consiglio 89/665/CEE) è stato imposto agli Stati di garantire ai concorrenti una tutela effettiva che assicuri la «correzione» della procedura in corso di svolgimento, l'annullamento degli atti in contrasto con la disciplina europea ed il risarcimento del danno cagionato ai concorrenti⁹⁷; la Corte di giustizia europea aveva riconosciuto l'obbligo di un'applicazione diretta delle

in cancelleria» e comunque «nel caso di concessione del provvedimento cautelare, l'udienza di discussione del merito della causa deve essere celebrata entro sessanta giorni». Su tale disciplina si è pronunciata la Corte costituzionale, sentenza 10 novembre 1999, n. 427, pronunciata nel giudizio di legittimità costituzionale promosso con due ord. 8 gennaio 1998, Trib. amm. giust. amm. del Trentino Alto Adige, sui ricorsi *Impr. costr. F.lli Azzolini c. Prov. autonoma di Trento e Bettiol s.r.l. c. I.T.E.A.*, in sito *Consulta Online*, che ha dichiarato non fondate «nei sensi di cui in motivazione» le questioni sollevate. Per un'analisi dell'indicata disciplina: A. TRAVI, *Dubbi sulla legittimità costituzionale del giudizio abbreviato in materia di opere pubbliche*, in *Urb. e appalti*, 1998, 945; S. CASSESE, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giornale di dir. amm.*, 1999, 1221 e s.; F. CARINGELLA - F. DELLA VALLE, *I processi amministrativi speciali*, Milano, 1999, 96 e s.; A. PERINI, *Il rito «breve» in materia di opere pubbliche: primi appunti sull'art. 19 del d.l. 25 marzo 1997, n. 67 (convertito in l. 23 marzo 1997, n. 135)*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 875 e s.

⁹⁷ Si veda il III considerando della direttiva 89/665/CEE, cit.: «considerando che l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria rende necessario un aumento notevole delle garanzie di trasparenza e di non discriminazione e che occorre, affinché essa sia seguita da effetti concreti, che esistano mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscano tale diritto».

norme europee sugli appalti non solo da parte degli organi giurisdizionali, ma anche da parte della pubblica amministrazione, e l'obbligo di «disapplicazione» anche delle norme nazionali difformi⁹⁸, con soluzione che non dovrebbe consentire ulteriore indugio nella ricerca delle fonti.

Ciononostante non deve stupire che le innovazioni recate dalle direttive in materia di ricorsi, anche ove chiaramente definiscono l'obbligo di assicurare ai concorrenti una tutela immediata e diretta, siano state ricondotte al medesimo sistema di tutela assicurato alla precedente disciplina nazionale, poiché nell'indicato contesto interpretativo sulla responsabilità precontrattuale il riconoscimento di un interesse legittimo e la giurisdizione amministrativa hanno garantito quantomeno una tutela, anche cautelare, ritenuta adeguata.

In occasione del primo recepimento della direttiva ricorsi 89/665/CEE, cit., si era rilevato che tali norme riconoscevano agli interessati una tutela diretta ed immediata⁹⁹ e solo la vo-

⁹⁸ Corte di giustizia Ce, sentenza 22 giugno 1989, in causa 103/88, *F.lli Costanzo s.p.a. c. Com. di Milano*, cit.

⁹⁹ M. ACONE, *Diritto e processo nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: dalla direttiva Cee 89/665 alla legge "comunitaria" per il 1991*, in *Foro it.*, 1992, V, 321, afferma che nella tematica della "efficacia diretta" delle direttive Cee, la questione della qualificazione secondo il diritto nazionale delle posizioni soggettive protette dal diritto comunitario appare interamente assorbita dall'obbligo dello Stato di assicurare la piena efficacia del diritto comunitario, garantendone l'applicazione così com'è e come «vuole» essere applicato nel sistema di origine, riconoscendo peraltro che: «non si tratta di un vincolo alla qualificazione della situazione soggettiva, bensì dell'obbligo per il legislatore ed il giudice nazionali di stabilire competenze e strumenti processuali di tutela "ed eventualmente di predisporli se mancanti" che non portino ad una deformazione delle caratteristiche proprie della situazione soggettiva e ne assicurino una tutela diretta ed immediata». E. CASSETTA, *Le trasformazioni del processo amministrativo*, relazione introduttiva al convegno su «Le trasformazioni del processo amministrativo in Europa. Fattori nazionali e comunitari», Torino 27 novembre 1998, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 689 e s., afferma che «la disciplina comunitaria tende non solo ad erodere gli spazi

lontà di garantire loro i migliori strumenti processuali di tutela aveva fatto propendere per la scelta del giudice amministrativo data la sua esperienza nel sindacato delle procedure selettive e la rapidità della tutela cautelare; si respingeva tuttavia la proposta di giurisdizione esclusiva perché solamente il giudice ordinario disponeva di adeguati mezzi di prova e garantiva una vasta esperienza nella condanna al risarcimento dei danni.

Si ammetteva che i danni in questione fossero riconducibili ad ipotesi di «responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione»¹⁰⁰, tuttavia in sede parlamentare non poteva non rilevarsi che l'interpretazione restrittiva della giurisprudenza in ordine ai presupposti ed alla quantificazione del danno avrebbe potuto non apparire conforme al dettato della direttiva.

La proposta di introdurre già allora un caso di giurisdizione esclusiva riconosceva l'esistenza di posizioni direttamente tutelate, infatti la soluzione del previo annullamento dell'atto lesivo¹⁰¹ e della successiva giurisdizione civile sul risar-

di discrezionalità dell'amministrazione, ma altresì a proteggere direttamente gli interessi dei privati coinvolti dall'azione amministrativa».

¹⁰⁰ M. ACONE, *Diritto e processo nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: dalla direttiva Cee 89/665 alla legge "comunitaria" per il 1991*, cit., 327, ove si riportano le riserve in relazione ad un risarcimento solo della «perdita subita» o dell'interesse negativo inteso come necessariamente inferiore a quello positivo, secondo il diffuso orientamento giurisprudenziale.

¹⁰¹ Il testo approvato dal Senato e non modificato è quello dell'art. 13, l. 19 febbraio 1992, n. 142, *Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (legge comunitaria per il 1991)*: «1. I soggetti che hanno subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture o delle relative norme interne di recepimento possono chiedere all'Amministrazione aggiudicatrice il risarcimento del danno. 2. La domanda di risarcimento è proponibile dinanzi al giudice ordinario da chi ha ottenuto l'annullamento dell'atto lesivo con sentenza del giudice amministrativo», che peraltro apparve agli stessi senatori inadeguato per i presumibili tempi pro-

cimento del danno non era dettata da considerazioni sulla posizione soggettiva, ma dal solo desiderio di assicurare i migliori strumenti di tutela processuale per rispondere adeguatamente al dettato comunitario¹⁰².

La volontà di assicurare anche in sede di risarcimento del danno gli strumenti processuali più idonei non ha consentito di rilevare che, in ogni caso, al giudice amministrativo si riconosceva la giurisdizione su posizioni che dovevano essere tutelate in via diretta ed immediata, favorendo l'idea che si trat-

cessuali di due gradi di giudizio avanti al giudice amministrativo e due avanti al giudice ordinario cui si poteva aggiungere il ricorso in Cassazione: M. ACONE, *Diritto e processo nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: dalla direttiva Cee 89/665 alla legge "comunitaria" per il 1991*, cit., 328.

¹⁰² Come chiaramente testimoniato dai lavori parlamentari come riportati da: M. ACONE, *Diritto e processo nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: dalla direttiva Cee 89/665 alla legge "comunitaria" per il 1991*, cit., 321, il quale riporta che: «l'art. 13 fu introdotto dalla Camera dei deputati in un testo approvato nella seduta del 18 luglio 1991 che, al I comma, prevedeva che i soggetti che avessero subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di pubblici appalti o delle relative norme interne di recepimento potessero giudizialmente chiedere all'amministrazione aggiudicatrice il risarcimento del danno nei limiti della perdita subita e, al II comma, deferiva tale materia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo» e riferisce di aver suggerito che «la domanda di risarcimento del danno fosse proponibile dinanzi al giudice ordinario da chi avesse già ottenuto l'annullamento dell'atto lesivo con sentenza del giudice amministrativo. In tal modo, mentre il giudizio di annullamento dell'atto rimaneva nella naturale competenza giurisdizionale di quest'ultimo giudice, quello di risarcimento veniva attribuito alla competenza del giudice ordinario che meglio poteva istruire la domanda dal punto di vista probatorio e deciderla con la pronuncia di una sentenza di condanna in applicazione delle ordinarie regole civilistiche in tema di responsabilità». Si richiama anche la posizione della Corte di giustizia che a partire dalla sentenza *Salgoil* (19 dicembre 1968, causa 13/68) «si è sempre preoccupata, piuttosto che di qualificare, di garantire la tutela delle posizioni soggettive attribuite ai singoli dalle disposizioni comunitarie direttamente applicabili negli ordinamenti interni dei singoli Stati».

tasse di posizioni di interesse legittimo subordinate al potere autoritativo della parte pubblica.

L'assimilazione delle norme europee alla disciplina nazionale ha così nascosto la creazione, ancora una volta, di un caso di giurisdizione esclusiva fin dal 1992¹⁰³, e l'equiordinazione della posizione dei partecipanti alle gare rispetto alle amministrazioni aggiudicatrici.

La scelta del legislatore di imporre il previo annullamento dell'atto lesivo, seppur senza alcuna espressa qualificazione della posizione soggettiva dei concorrenti, ha favorito e confermato la riconduzione di tale disciplina negli schemi tradizionali come nuove norme d'azione, affiancate alla disciplina interna con la sola peculiarità che la loro violazione doveva essere sanzionata anche con il risarcimento del danno.

La previsione dell'obbligo di riconoscere ai soggetti lesi un risarcimento del danno è stata dunque interpretata come caso eccezionale di risarcibilità di interessi legittimi¹⁰⁴.

¹⁰³ Rilevato peraltro da: A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, cit., 16; P. G. FERRI, *La tutela risarcitoria del diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1992, 1271, il quale osserva che l'ente aggiudicatore «anziché poter disporre delle offerte raccolte sul mercato secondo le proprie esigenze, deve «servire» il mercato soggiacendo completamente alle regole della concorrenza», e ritiene che le posizioni giuridiche create dal diritto comunitario sembrano dunque attratte nell'orbita del diritto soggettivo. Sull'art. 13, l. 142/90, cit., osserva che il giudizio di annullamento dell'atto illegittimo «opera in una dimensione più ampia di quella definita dalle regole comunitarie», per cui l'atto potrebbe essere annullato per vizi che non sono rilevanti dal punto di vista del diritto comunitario.

¹⁰⁴ Corte di cassazione, sez. un., 10 novembre 1993, n. 11077, *Com. di Milano c. F.lli Costanzo s.p.a.*, cit., 620. Si veda la sentenza della Corte di cassazione, sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, *Com. di Fiesole c. Vitali*, cit., 3324, ove trattandosi di questione di merito le sezioni unite dichiarano inammissibile il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione proposto nel giudizio avanti al Tribunale di Firenze. Si considera risarcibile il comportamento contraddittorio dell'amministrazione che in seguito alla stipulazione di una

Il recente riconoscimento della giurisdizione esclusiva favorisce una tutela diretta ed immediata volta a garantire il rispetto delle norme predefinite da parte dei «soggetti aggiudicatori», in un contesto in cui la posizione soggettiva dei concorrenti può apparire meno rilevante ove si consideri che la violazione delle regole poste per la selezione determina la scorrettezza del comportamento *ex art.* 1337 cod. civ., riconducibile al *genus* della responsabilità contrattuale (*rectius* da inadempimento)¹⁰⁵, con facoltà per l'«ente aggiudicatore» di provare la non imputabilità dell'inadempimento (art. 1218 cod. civ.)¹⁰⁶.

convenzione di lottizzazione, senza adeguata motivazione, esclude l'edificabilità dell'area. Si rileva infatti la «violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione». Pare di interesse ricordare: M. S. GIANNINI, *Intervento al convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, in *Atti*, cit. 518, ove l'Autore lancia l'idea che nelle vicende nelle quali l'interesse legittimo e il procedimento amministrativo ad esso relativo tendono all'ottenimento di un bene della vita «ci si può chiedere se non vi sia qui una singolare somiglianza tra questa fattispecie e la fattispecie della responsabilità precontrattuale».

¹⁰⁵ V. le osservazioni di: S. GIACCHETTI, *La risarcibilità degli interessi legittimi è "in coltivazione"*, relazione al convegno svolto presso il Consiglio di Stato il 18 novembre 1999, in *sito www.giust.it.*, il quale ritiene che non sarebbe «un'eresia cominciare a tener presente che, nella nuova prospettiva di una Pubblica amministrazione privatizzata e fondata sulla concertazione e sul consenso, la «violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione» tende a trasformarsi da violazione di un dovere generico a contenuto negativo (correlato cioè al divieto del *neminem laedere*) in violazione di un obbligo specifico a contenuto positivo assunto nei confronti degli amministratori (= controparti); sicché la violazione di quest'obbligo tende ad uscire dall'arca dell'illecito aquiliano per entrare in quella dell'inadempimento di cui all'art. 1218 Cod. civ., con tutto ciò che ne consegue sul piano della prova e dell'estensione del danno risarcibile».

¹⁰⁶ E. FERRARI, *Dall'illecito dell'ente pubblico al fatto amministrativo dannoso*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, vol. I, *Scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1982, 240, che osserva che «la giurisprudenza, quando rileva

Il comportamento risulta scorretto in quanto difforme dal comportamento dovuto sia in relazione all'individuazione di atti formali difformi dalle norme e dagli atti generali che li disciplinano, sia in relazione ad altri fatti che appaiano rilevanti¹⁰⁷.

La violazione delle regole (e dei principi) che devono osservarsi nella scelta del contraente può dunque desumersi da comportamenti o atti che rilevano come fatti¹⁰⁸ dai quali ricavare la scorrettezza della «parte» amministrazione pubblica nelle trattative.

L'inosservanza del principio del *neminem laedere*, identifica la violazione di un obbligo cui l'amministrazione era tenuta secondo la disciplina che ordina la corrispondente attività» e richiama la dottrina francese (M. PAILLET, *La faute du service public en droit administratif français*, Paris, 1980, 307 e s.) che sulla base dell'analisi della giurisprudenza del «Conseil d'Etat» in tema di «faute de service public» ha elaborato la nozione di «obligation administrative», collegando «la faute» a «le manquement à une obligation de l'administration», così J.M. AUBY, nella prefazione all'opera citata, considera obiettivo della responsabilità quello di «*moraliser l'administration*».

¹⁰⁷ F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, cit., 819, afferma che «l'imparzialità si risolve, quindi, in un dovere di buona fede oggettiva, in base al quale, una volta che un comportamento del soggetto sia stato assunto, lo obbliga a conformare l'ulteriore suo comportamento a ciò che esso ha voluto essere secondo verità e fedeltà». SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, 3° ed., cit., 256, considera la responsabilità della pubblica amministrazione: «indipendente dalla colpa dell'amministrazione, almeno se alla parola colpa si dà un significato identico o simile a quello che ricorre nel diritto privato», poiché «la giurisprudenza che, di solito, tende a mantenere fermo l'elemento della colpa, in realtà lo prende in considerazione più formalmente che sostanzialmente, più a parole che a fatti».

¹⁰⁸ G. MIELE, *Introduzione al tema del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Napoli 27-29 ottobre 1963, in *Atti*, cit., 24 e s., il quale rileva che l'illegittimità dell'atto amministrativo rientra nell'oggetto del giudizio di responsabilità in quanto fatto costitutivo del relativo diritto. Si richiama altresì: Corte di cassazione, sez. I, 8 giugno 1961, n. 1324, *Com. di Taranto c. D'Andria*, in *Foro amm.*, 1961, II, 487, per una singolare pronuncia di responsabilità della pubblica amministrazione.

In tal senso la valutazione della responsabilità appare distinta da quella della legittimità degli atti amministrativi eventualmente emanati nel corso della selezione, perché si tratta di un giudizio con oggetto diverso, ove l'atto rileva solamente come fatto e non richiede un giudizio di legittimità che investa profili differenti relativi all'osservanza di tutte le norme d'azione¹⁰⁹.

All'accertamento delle violazioni deve conseguire non solo il risarcimento del danno per equivalente, ma in primo luogo, la reintegrazione in forma specifica, superando quanto normalmente previsto nei rapporti tra privati nei quali normalmente non si impone la correttezza, ma solo il pagamento di una somma di denaro, mentre verso l'amministrazione pubblica la scorrettezza viene invece sanzionata con la diretta imposizione del comportamento dovuto alla parte inadempiente.

La reintegrazione «in forma specifica» può realizzarsi attraverso la «disapplicazione»¹¹⁰ di leggi e regolamenti difformi

¹⁰⁹ Sottolineano la diversa funzione dell'annullamento dell'atto illegittimo e del risarcimento del danno, diversità che può essere ricondotta alla distinzione tra i concetti di reintegra e di risarcimento: R. NICOLÒ - S. RODOTÀ, *La lesione degli interessi legittimi e i principi della responsabilità civile*, in *Atti del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965, 268. Ritiene che il giudice della responsabilità, anche in materia provvedimentoale, debba essere giudice del rapporto giuridico: R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1993, 458 e s., e riconosce al danneggiato la scelta di chiedere il risarcimento del danno senza previo annullamento dell'atto lesivo. ID., *La Pubblica Amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, 3211, rileva la «progressiva riduzione dell'area del potere amministrativo e, quindi dell'interesse legittimo, a favore del diritto soggettivo, figura predominante anche nel diritto delle obbligazioni»; A. ANGELETTI, *Aspetti problematici della discriminazione delle giurisdizioni e Stato amministrativo*, Milano, 1980, 213 e s.

¹¹⁰ Corte di giustizia, sentenza 29 aprile 1999, causa 224/97, *Erich Ciola c. Land Vorarlberg*, in sito Corte di giustizia, ove si afferma l'obbligo di disap-

dalle direttive europee¹¹¹, o l'annullamento dell'atto lesivo, allo scopo di assicurare la «correzione» del comportamento.

La possibilità di un risarcimento «in forma specifica» del comportamento dovuto (corretto adempimento) non può che ricollegarsi all'oggettività della selezione, che necessariamente deve realizzare un confronto concorrenziale ove è stata eliminata la valenza discrezionale della scelta del contraente¹¹², in precedenza largamente presente nelle norme nazionali — ad esempio, nell'appalto-concorso¹¹³ si sceglieva con valutazione discrezionale e «insindacabile» fra progetti completamente differenti da parte di commissioni giudicatrici composte anche da organi di rappresentanza politica.

Le procedure di origine europea tendono a realizzare un confronto più oggettivo fra le offerte dei partecipanti volto ad individuare come contraente colui che garantisce le migliori condizioni, a favore della concorrenza ed ancor prima della partecipazione alle gare pubbliche.

Rispetto alla precedente disciplina nazionale si possono riscontrare l'obbligo di pubblicità, i limiti rigorosi alla deroga alla gara pubblica, la dettagliata definizione dei requisiti di qualificazione e delle correlate possibilità di esclusione dalla gara, l'individuazione dell'oggetto del contratto con limiti alle

plicare un provvedimento puntuale e concreto assunto in violazione delle norme europee.

¹¹¹ La soluzione che ricorda la disciplina in forza della quale un «consumatore» ottiene soddisfazione attraverso l'inefficacia delle clausole contrattuali in contrasto con la direttiva in materia, su cui *supra* cap. II, par. 7.

¹¹² G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, 257.

¹¹³ Corte d' Appello di Roma, 17 aprile 1990, *Saraca c. Min lavori pubblici*, in *Foro it.*, 1990, I, 2953, ove si ricorda che: «la procedura di appalto-concorso, per comune ammissione, non vincola l'amministrazione a scelte obiettive, ma si caratterizza per il fatto che la valutazione delle offerte è rimessa al suo insindacabile giudizio (art. 4, 2° comma, r.d. 18 novembre 1923 n. 2440)».

possibili varianti, la predefinizione dei criteri di aggiudicazione, l'obbligo di valutazione in contraddittorio dell'anomalia del ribasso, ove si esclude una scelta discrezionale, per l'obbligo di un'oggettiva verifica delle offerte cui è tenuta l'amministrazione pubblica¹¹⁴. Ciò consente la «ricostruzione» del comportamento dovuto, anche fino alla ridefinizione dell'esito «corretto» della trattativa, come nel caso dell'esclusione «scorretta» dell'offerta migliore in quanto anormalmente bassa.

Ogni norma di selezione risulta dunque posta direttamente a tutela dell'interesse individuale del soggetto leso, il quale può farne rilevare la violazione in quanto si afferma un diritto dell'impresa interessata alla sua osservanza perché l'amministrazione è stata inadempiente al generale obbligo di correttezza che, nel caso in esame, trova nella disciplina sugli appalti la predefinizione del comportamento.

Le norme europee definiscono il comportamento corretto che i soggetti obbligati ad adottare tali procedure devono tenere, con la conseguenza che la violazione di tali norme si configura come inadempimento che determina obblighi reintegratori (di correzione) o risarcitori (per equivalente) a titolo di responsabilità precontrattuale, secondo un'interpretazione adeguatrice dell'art. 1337 cod. civ. che, superando gli orientamenti prevalenti nel nostro ordinamento, anche tra privati, risulta conforme alla disciplina posta dalle direttive europee in materia di ricorsi.

4. *I contratti privi di rilevanza europea e la limitazione dei «poteri autoritativi». L'integrazione del principio relazionale atipico di correttezza precontrattuale con le norme di azione sulla scelta del contraente. Le norme di azione come indice della scorrettezza dell'amministrazione pubblica. Il*

¹¹⁴ *Supra* cap. IV.

giudizio sulla correttezza del comportamento come giudizio su fatti. Il differente ambito giuridico di riferimento: la scorrettezza dell'amministrazione e l'illegittimità degli atti amministrativi. La questione della pregiudizialità della giurisdizione amministrativa di legittimità (rinvio).

La previsione della giurisdizione esclusiva e del risarcimento del «danno ingiusto»¹¹⁵, recato in occasione di procedure per l'affidamento di «appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti alla applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale», comporta l'applicazione della previsione anche agli appalti che non raggiungono la soglia di rilevanza comunitaria,

¹¹⁵ Art. 35, comma I, d. lg. n. 80 del 1998, cit.: «il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva ai sensi degli articoli 33 e 34, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto». Cfr. il Parere del Consiglio di Stato, adunanza generale, 12 marzo 1998, n. 30/98, in *Foro it.*, 1998, III, 350, ove si consiglia l'inserimento della clausola generale del «danno ingiusto», che «non esclude il danno da inadempimento, non rinvia ad ipotesi tipizzate, ma consente al giudice amministrativo, nell'ambito della materia devolutagli, di valutare le diverse situazioni soggettive ai fini della loro reintegrazione dopo la lesione». Si veda: F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, significato attuale di una distinzione tradizionale*, cit., 231, 243, ove si considera che il nucleo del sistema della responsabilità civile non sia nelle sequenze normative che fanno capo agli artt. 1218 e 2043, né nella loro contrapposizione, ma sia nell'art. 1173 e considera che «gli attuali contorni della distinzione tra responsabilità debitoria e responsabilità aquiliana sono assai più sfumati rispetto ai rigidi termini della contrapposizione tradizionale tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale»; in particolare se nell'illecito aquiliano il danno ingiusto non è individuabile a priori, ma solo grazie all'attitudine selettiva dei criteri normativi adottati settore per settore, l'art. 1218 introduce un decisivo criterio di selezione a priori degli interessi, che manca nella formula del 2043». Si veda altresì: C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, 2 ed., Milano, 1997, 180 e s.

ma continuano ad essere disciplinati da norme nazionali o regionali.

L'evoluzione normativa in atto, le esplicite segnalazioni in materia di appalti pubblici dell'autorità garante della concorrenza e del mercato¹¹⁶, unitamente alla considerazione che i principi dei Trattati europei investono l'intero ordinamento nazionale, possono indurre ad una reinterpretazione della disciplina nazionale.

Si è visto come le norme di contabilità di Stato divergano da quelle europee in quanto originariamente poste nell'interesse pubblico soggettivo nell'amministrazione contraente, con la conseguente tutela solo riflessa delle parti private.

La disciplina «speciale» dei contratti della pubblica amministrazione ha favorito la ricostruzione della vicenda precontrattuale in chiave pubblicistica¹¹⁷ anche in relazione al riconoscimento di poteri autoritativi ampiamente discrezionali

¹¹⁶ Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Segnalazione al Parlamento e al Governo su «bandi di gara in materia di appalti pubblici»* del 28 settembre 1999, inviata il 17 dicembre 1999 e pubblicata nel Bollettino n. 48/99, che in base all'articolo 21, legge 10 ottobre 1990, n. 287, cit., segnala al Governo, al Parlamento ed alle amministrazioni pubbliche competenti «le distorsioni della concorrenza originate da norme di legge o di regolamento non giustificate da esigenze di carattere generale».

¹¹⁷ La ricostruzione in chiave pubblicistica della fase che precede la stipulazione dei contratti della pubblica amministrazione è apparsa in tempi recenti sfuggente e spesso ingiustificata: G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., 15 e s.; G. PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, cit., 1567; F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, cit., 39; F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, cit., 811, considera temi tipici dell'interesse dottrinale della prima metà del novecento quello della degradazione dei diritti in interessi legittimi e quello della «sacralizzazione degli atti amministrativi» che si pongono come schermi tra la stessa amministrazione ed il Consiglio di Stato.

ed alla conseguente emanazione di atti amministrativi soggetti ai relativi controlli ed al generale potere di autotutela.

Spesso si tratta di facoltà non lontane da quelle normalmente riconosciute ai privati, come ad esempio il «potere di esclusione» definito dalla legge di contabilità di Stato «insindacabile»¹¹⁸, che, al tempo in cui fu introdotto, non pareva distinguersi dalla comune facoltà di recesso dalle trattative, altrettanto insindacabile, di cui disponevano i privati. Proprio la configurazione di un simile «potere di esclusione» della pubblica amministrazione ha favorito l'individuazione nella procedura di selezione del contraente di atti autoritativi, dunque norme di azione ed interessi legittimi cui assicurare tutela. Ancora in tempi relativamente recenti si può trovare affermato che, prevista una formalità a pena di esclusione, «vige il principio della imperatività del provvedimento amministrativo»¹¹⁹.

¹¹⁸ Cfr. l'art. 3, II comma, del r. d. 18 novembre 1923, n. 2240, cit., «Sono escluse dal fare offerte per tutti i contratti le persone che nell'eseguire altra impresa si sieno rese colpevoli di negligenza o di malafede. L'esclusione è dichiarata con atto insindacabile della competente amministrazione centrale, la quale ne dà comunicazione alle altre amministrazioni» e l'attuazione regolamentare di cui all'art. 68, r.d. 23 maggio 1924, n. 827, cit. «Sono escluse dal fare offerte per tutti i contratti le persone o ditte che nell'eseguire altra impresa si sieno rese colpevoli di negligenza o di malafede. L'esclusione è dichiarata con atto insindacabile della competente amministrazione centrale da comunicarsi al ministero delle finanze (ragioneria generale), a cura del quale ne viene data notizia alle altre amministrazioni. Analogamente si provvede per le eventuali riammissioni. Fermo il disposto del precedente comma, l'amministrazione ha piena ed insindacabile facoltà di escludere dall'asta qualsiasi concorrente senza che l'escluso possa reclamare indennità di sorta, né pretendere che gli siano rese note le ragioni dell'esclusione».

¹¹⁹ Consiglio di Stato, Sezione VI, 2 dicembre 1991, n. 961, *Soc. Sulla s.n.c. c. Assoc. temp. Impr. Decor e a. e Com. Montescaglioso*, in *Arch. giur. op. pub.*, 1992, 2180, che considera che il principio della imperatività del provvedimento amministrativo prevalga sul principio in base al quale le prescrizioni sulla presentazione delle offerte sono poste per il perseguimento di un pub-

L'impostazione in chiave di poteri autoritativi ha semplificato la selezione e limitato il contenzioso, ma col tempo sembra subire un ridimensionamento con l'eliminazione, o la diminuzione, del rilievo accordato agli atti presupposti e agli atti di controllo¹²⁰ ed in relazione all'evoluzione dei rapporti con la pubblica amministrazione¹²¹.

Il fondamento della ricostruzione pare risiedere ancora nella considerazione che solo la tutela giurisdizionale riconosciuta all'interesse legittimo risulta soddisfattiva per i concorrenti alle gare pubbliche, al punto che sono le imprese a considerare favorevole la degradazione del proprio diritto alla correttezza.

I dubbi sulla configurazione delle norme che disciplinano la selezione del contraente come d'azione sono cominciati ad affiorare rilevando che spesso è difficile individuare in materia l'attribuzione di un vero e proprio potere autoritativo alla scelta del contraente¹²².

blico interesse e per garantire l'imparzialità, che è solo suppletivo e non rileva ove l'esclusione sia disposta espressamente.

¹²⁰ P. SANTORO, *Il controllo sull'approvazione dei contratti nella riforma: una nota stonata*, in *Riv. Corte conti*, 1995, 434 e *supra* cap. III.

¹²¹ G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 292, ove considera che «parlare ancora di provvedimenti amministrativi, con riferimento ai vari atti in cui si articola l'evidenza pubblica, appare erroneo sotto vari profili», poiché dal punto di vista dommatico esclude che vi sia esercizio di potestà amministrativa e dal punto di vista del regime tale inquadramento precluderebbe «ogni ipotesi di responsabilità precontrattuale: in contrasto, a tacer d'altro, con la specifica previsione comunitaria in proposito».

¹²² G. PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli - G. Pericu - A. Romano - F. A. Roversi Monaco - F.G. Scoca, cit., vol. II, 1562 e s. Cfr. per altro settore: L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi e interessi legittimi, Il sindacato sul comportamento della p.A. nella giurisdizione sul pubblico impiego*, Napoli, 1984, 182 e s.

La posizione di supremazia pare dunque lasciare sempre più spazio ad una configurazione paritaria del rapporto con i concorrenti, anche in considerazione della riduzione dei poteri «discrezionali» nella selezione del contraente, che appare sempre più una disciplina delle trattative volta ad individuare il contraente oggettivamente migliore¹²³.

Sintomatica di questa nuova prospettiva è la disciplina degli enti locali, ove la scelta di stipulare un contratto non può più essere adottata con «deliberazione di contrattare» assunta collegialmente, ma con mera «determinazione» del dirigente in attuazione della programmazione deliberata dagli organi politici¹²⁴. In tale quadro, le scelte discrezionali sono assunte in sede di programmazione¹²⁵ e l'attività professionale del dirigente con riferimento ad essa è vincolata dalla disciplina sulla selezione del contraente e dalla procedura di gara ove la scelta avviene oggettivamente in base ai criteri predefiniti, con ausilio di una commissione tecnica.

Il completamento della riforma in materia di lavori pubblici impone da ultimo che la selezione avvenga attraverso «procedure improntate a tempestività, trasparenza e *correttezza*, nel rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori»¹²⁶ ed a tal fine detta una disciplina det-

¹²³ C. E. GALLO, voce *Soggetti e posizioni soggettive nei confronti della p.a.*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1999, vol. XIV, 294 e s.

¹²⁴ Art. 56, I comma, l. 142/90, cit. come mod. dalla l. 3 agosto 1999, n. 265, «La stipulazione dei contratti deve essere preceduta da apposita determinazione del responsabile del procedimento di spesa indicante: il fine che con il contratto si intende perseguire; l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali; le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle amministrazioni dello Stato e le ragioni che ne sono alla base».

¹²⁵ D. SORACE, *Promemoria per una nuova voce: Atto amministrativo*, in *Studi in onore di M. S. Giannini*, Milano, 1988, III, 756 e s.

¹²⁶ Art. 1, comma I, l. 109/94, cit.

tagliata volta ad assicurare la scelta oggettiva e concorrenziale del contraente migliore.

Nell'ambito di tale disciplina si ritrovano rinvii alla vecchia legge di contabilità di Stato, ad esempio per l'affidamento di appalti di lavori di importo relativamente basso¹²⁷, tuttavia la norma richiamata deve essere applicata alla luce dei nuovi principi e delle regole che impongono la motivazione¹²⁸, le comunicazioni all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, la pubblicità degli atti e preferibilmente la gara informale¹²⁹.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha ribadito l'indicata prospettiva chiarendo che, anche quando il ricorso alla gara pubblica risulta facoltativo, deve comunque essere favorito il raffronto concorrenziale che «garantisce al contribuente che la spesa pubblica risulta effettivamente minimizzata, incentivando peraltro l'efficienza produttiva e organizzativa delle imprese»¹³⁰.

¹²⁷ Art. 24, comma I, lett. a, l. 109/94, cit.: «1. L'affidamento a trattativa privata è ammesso per i soli appalti di lavori pubblici esclusivamente nei seguenti casi: a) lavori di importo complessivo non superiore a 300.000 ECU, nel rispetto delle norme sulla contabilità generale dello Stato e, in particolare, dell'articolo 41 del regio decreto 23 maggio 1924, n. 827».

¹²⁸ Art. 76, comma I, *Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 3 della legge 11 febbraio 1994, n.109 e successive modificazioni*, cit.: «1. L'appalto di lavori pubblici è affidato mediante pubblico incanto, licitazione privata, appalto-concorso o trattativa privata sulla base delle motivate indicazioni del responsabile del procedimento».

¹²⁹ Art. 78, comma IV, *Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 3 della legge 11 febbraio 1994, n.109 e successive modificazioni*, cit.: «La procedura della gara informale può essere adottata dalla stazione appaltante anche nel caso in cui questa non sia obbligatoria per legge; il numero dei soggetti da invitare può essere inferiore a quello di legge, e comunque non inferiore a cinque».

¹³⁰ Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Segnalazione al Parlamento e al Governo su «bandi di gara in materia di appalti pubblici»* del 28 settembre 1999, cit.

Anche nelle procedure selettive non direttamente disciplinate da norme di origine europea viene dunque ristretta la discrezionalità nella scelta del contraente e viene superata l'affermazione di un *intuitus personae*¹³¹ verso organizzazioni a carattere di impresa, imponendo un'interpretazione della disciplina di contabilità di Stato che non può non tener conto dell'obbligo di correttezza nelle trattative anche per gli appalti sotto la soglia di rilievo comunitario.

L'attività contrattuale della pubblica amministrazione pare quindi volta al perseguimento dell'interesse della collettività, in esercizio di «facoltà» che non possono comunque trascendere il rispetto dei principi di correttezza nelle trattative.

In questa interpretazione la disciplina dello Stato nazionale appare conformarsi a quella europea, con la conseguenza che la stessa non può determinare un trattamento sostanzialmente differente rispetto a quella di origine europea. Deve dunque riconoscersi anche ai concorrenti alle gare prive di rilievo europeo una tutela diretta e immediata, che comporta l'adempimento dell'obbligo di correttezza precontrattuale.

Il rispetto delle norme specifiche sulla selezione del contraente non esclude, anzi richiede l'osservanza delle norme dell'ordinamento generale che prevedono l'obbligo di correttezza e buona fede nelle trattative, poiché il comportamento della parte pubblica può risultare corretto solo ove rispetti tali prescrizioni.

La normale atipicità del principio di correttezza viene specificata, seppur non esaurita, dalle regole per la scelta del contraente che si pongono come disciplina delle trattative da osservarsi ove non si voglia incorrere in scorrettezza.

Nella valutazione della violazione dei principi relazionali di correttezza e buona fede la violazione delle norme sulla

¹³¹ G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, 257 e s.

formazione dei contratti diviene indice della scorrettezza della parte pubblica.

Il giudizio sulla responsabilità si distingue da quello sull'illegittimità in quanto ha un oggetto differente che solo per certi versi può sovrapporsi, poiché ad esempio può comportare l'esame della violazione delle medesime norme, ma nel giudizio di legittimità, per accertare la sussistenza dei vizi di legittimità che possano determinare l'annullamento dell'atto, nel giudizio di responsabilità, invece perché tali norme costituiscono un parametro del comportamento dovuto.

Nell'accertamento della scorrettezza precontrattuale gli atti di cui sia stata accertata l'illegittimità possono rilevare come fatti dai quali può desumersi la contraddittorietà del comportamento, che può peraltro rilevarsi *aliunde*, anche grazie alla previsione di più numerosi mezzi di prova¹³².

La violazione delle norme d'azione sulla competenza o sull'organizzazione può ad esempio determinare un'illegittimità che di per sé potrebbe apparire irrilevante nel giudizio di responsabilità, sempreché non determini l'annullamento dell'atto ed il conseguente recesso dalla trattativa.

Ove non si escluda la sussistenza di poteri e correlati interessi legittimi, può dunque immaginarsi una vicenda simile a quella descritta nelle fase successiva alla stipulazione, ove la violazione di norme considerate di azione determina illegitti-

¹³² Il comportamento scorretto viene accertato attraverso differenti mezzi di prova, come previsto dall'art. 35, comma III, d.lg. n. 80 del 1998: «Il giudice amministrativo, nelle controversie di cui al comma 1, può disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, nonché della consulenza tecnica d'ufficio, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento. L'assunzione dei mezzi di prova e l'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio sono disciplinati, ove occorra, nel regolamento di cui al regio decreto 17 agosto 1907, n. 642, tenendo conto della specificità del processo amministrativo in relazione alle esigenze di celerità e concentrazione del giudizio».

mità, ma può manifestare altresì un comportamento scorretto, con la conseguenza che la violazione di norme qualificate «di azione» può rilevare come fatto nella valutazione della scorrettezza del comportamento.

Si è già ricordato come solo un'interpretazione abrogatrice del principio di correttezza precontrattuale ne abbia escluso l'applicazione alle trattative della pubblica amministrazione, ove la violazione delle norme sulla selezione dei contraenti avrebbe potuto integrare un comportamento scorretto seppur senza esaurire l'atipicità del principio. L'introduzione dell'art. 1337 cod. civ. sulla responsabilità precontrattuale avrebbe potuto assicurare che la violazione di norme d'azione potesse rilevare in una diversa prospettiva anche come scorrettezza e, ove sussistessero tutti gli altri elementi della fattispecie, consentire il risarcimento del danno.

Tale prospettiva non solo rifiutata, ma neppure ipotizzata in passato dalla giurisprudenza appare oggi necessaria, quantomeno nel risultato, ove non addirittura superata dall'individuazione di norme sulla selezione dei contraenti che non hanno più il carattere di norme d'azione, ma di norme di relazione, che impongono una tutela diretta ed immediata delle imprese interessate.

Paiono dunque superati i limiti che nel tempo hanno impedito nel nostro ordinamento di riconoscere nell'art. 1337 cod. civ. un generale obbligo di correttezza nelle trattative, cui corrisponda il diritto di pretendere un comportamento conforme alle norme che lo regolano ed in assenza di predeterminazione l'obbligo di tenere un comportamento non contraddittorio.

Tale principio si afferma come limitazione dell'autonomia negoziale, che pare assumere portata generalissima ove possa assergere a rilevanza costituzionale dei rapporti tra i consociati¹³³.

¹³³ A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, art. 1175, cit., 284; A.

Rivolto all'amministrazione pubblica, il principio di correttezza appare animato dai valori costituzionali di imparzialità e buon andamento enunciati dall'art. 97¹³⁴, che nella correttezza trovano la regola dei rapporti con i destinatari della sua attività.

DEL FANTE, *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, cit., 122; R. GRECO, *Discrezionalità dell'impresa e rapporto di lavoro*, cit., 2058.

¹³⁴ G. BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, cit., 61; SANTI ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale*, cit. 331 e s.

CAPITOLO SESTO

IL DANNO RISARCIBILE

SOMMARIO: 1. La «sanzione» delle violazioni delle norme sulla selezione del contraente e l'annullamento degli atti precontrattuali come risarcimento in forma specifica dell'obbligo di correttezza. Rapporto tra «correzione» delle violazioni, annullamento e risarcimento del danno. — 2. Il danno conseguente all'inadempimento dell'obbligo di correttezza come interesse negativo. La prova del diritto al contratto e la coincidenza dell'interesse negativo con quello positivo. Il risarcimento dei danni per i costi sostenuti nelle trattative e la sufficienza della prova della violazione delle norme sulla selezione del contraente. — 3. La quantificazione dei danni precontrattuali causati dalla pubblica amministrazione. Le norme speciali in materia di appalti pubblici: il parametro del decimo del valore del contratto. I danni causati alla pubblica amministrazione dagli aspiranti contraenti. — 4. Esecuzione del contratto invalido e *actio de in rem verso*. Recesso dalle trattative o mancato avveramento della condizione sospensiva di approvazione del contratto. Violazione delle norme di selezione e limiti al riconoscimento dell'arricchimento ingiustificato della pubblica amministrazione.

1. *La «sanzione» delle violazioni delle norme sulla selezione del contraente e l'annullamento degli atti precontrattuali come risarcimento in forma specifica dell'obbligo di correttezza. Rapporto tra «correzione» delle violazioni, annullamento e risarcimento del danno.*

La responsabilità della pubblica amministrazione per violazioni della disciplina sulla scelta del contraente può definirsi precontrattuale in quanto sorge in occasione di procedure fi-

nalizzate alla conclusione di un contratto¹ ed appare conseguente all'inadempimento dell'obbligo generale di correttezza.

Nei rapporti tra privati, la responsabilità precontrattuale è normalmente sanzionata con il risarcimento del danno «per equivalente», sia nel caso di trattative mai sfociate in un contratto, sia nel caso di contratto invalido². Anche ove si individuino specifici «obblighi di protezione», l'atipicità dell'obbligo di buona fede precontrattuale consente di chiedere unicamente la cessazione del comportamento lesivo, ma non anche il ripristino e la corretta prosecuzione delle trattative.

La particolare configurazione del rapporto precontrattuale tra amministrazione e concorrenti consente invece di immaginare anche un «risarcimento in forma specifica»³ che può realizzarsi attraverso la «riparazione» delle violazioni e la conseguente imposizione del rispetto delle regole di correttezza. Anzi, come si è detto, l'obiettivo primario delle norme europee è proprio quello della «correzione» della procedura in corso di gara a favore dell'impresa che ha presentato l'offerta oggettivamente migliore, mentre il risarcimento del danno costituisce rimedio residuale.

Le violazioni delle norme europee, nazionali di recepimento, ovvero degli atti generali (bandi di gara) evidenziano,

¹ A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, cit., 3 e s.

² Da ult.: A. MUSY, voce *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, cit., 399 e s.; A. DAVI, voce *Responsabilità non contrattuale nel diritto internazionale privato*, cit., 345 e s.

³ Art. 2058 cod. civ., «*Risarcimento in forma specifica*. Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile. Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore». Art. 35, comma I, d.lg. n. 80 del 1998, cit.: «Il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva ai sensi degli articoli 33 e 34, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto».

come si è visto, la scorrettezza della parte pubblica e determinano il sorgere dell'obbligo di «correzione» delle procedure selettive «in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette»⁴ privilegiando la tutela specifica dell'obbligo di correttezza (corretto adempimento).

La sospensione della procedura⁵, la «disapplicazione» delle norme e degli atti difformi⁶, «l'annullamento delle decisioni illegittime»⁷, e soprattutto la correzione in via d'urgenza con «provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti»⁸ consentono agli imprenditori interessati di partecipare ad una gara (trattativa) corretta.

In tal senso pare necessario che al giudice competente si riconoscano idonei strumenti di tutela cautelare ed inibitoria⁹ anche in relazione alla diretta applicabilità delle direttive in materia di ricorsi, che impongono di garantire una celere «correzione» delle procedure.

Sempre in tale prospettiva si pone la previsione di uno specifico «meccanismo conciliatore»¹⁰ affidato all'iniziativa

⁴ Il considerando della dir. 89/665, cit.

⁵ IV considerando della dir. 89/665, cit. Per tutti: M. ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 1996, 2 e s.; M. SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza nei confronti della P.A.*, Milano, 1991, 8 e s.

⁶ Corte di giustizia, sentenza 29 aprile 1999, causa 224/97, *Erich Ciola c. Land Vorarlberg*, cit.

⁷ V considerando della dir. 89/665, cit.

⁸ Art. 2, comma I, lett. a., dir. 89/665, cit.

⁹ In generale: C. RAPISARDA SASSON, voce *Inibitoria*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1993, vol. IX, 482, ove si richiama anche la possibile coincidenza tra inibitoria e reintegrazione in forma specifica; A. FRIGNANI, voce *Inibitoria (azione)* in *Enc. dir.* vol. XXI, Milano, 1973, 559 e s. Sulle misure interinali innominate nel processo amministrativo: M. ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit., 161 es.

¹⁰ Così definito dall'art. 8, comma I, dir. 92/13, cit.

della Commissione Ce¹¹, volto ad ottenere dalle autorità competenti dello Stato membro la correzione delle violazioni chiare ed evidenti, di cui la Commissione venga informata dalle imprese partecipanti alla selezione. Si incentivano le imprese a denunciare le violazioni indicate poiché «se le imprese non avviano la procedura di ricorso, ne deriva l'impossibilità di ovviare a determinate infrazioni»¹², sicché l'assenza di adeguata tutela dissuade le imprese dalla partecipazione alle gare stesse¹³. Si cerca di favorire la conciliazione, che comporta la correzione delle violazioni da parte dello stesso «soggetto aggiudicatore», suggerendo di prevedere che chi voglia presentare un ricorso abbia «preventivamente informato l'autorità aggiudicatrice della pretesa violazione e della propria intenzione di presentare un ricorso»¹⁴.

¹¹ Art. 3, dir. 89/665, cit.: «1. La Commissione può invocare la procedura prevista nel presente articolo se, anteriormente alla conclusione di un contratto, essa ritiene che una violazione chiara e manifesta delle disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici sia stata commessa in una procedura di aggiudicazione di appalto disciplinata dalle direttive 71/305/CEE e 77/62/CEE. 2. La Commissione notifica allo Stato membro e all'autorità aggiudicatrice interessati le ragioni per cui ritiene che sia stata commessa una violazione chiara e manifesta e ne domanda la correzione», procedura recepita con l'art. 12, l. 19 febbraio 1992, n. 142, cit., norma cui rinvia l'art. 17 del d. lg. 25 febbraio 2000, n. 65, cit., che sostituisce l'art. 30 del d. lg. 17 marzo 1995, n. 157, cit., prevedendo che: «Fermo restando quanto previsto dagli articoli 33 comma 2, lettera e) e 35, comma 5, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, le disposizioni in materia di violazioni del diritto comunitario contenute nell'art. 12 della legge 19 febbraio 1992, n. 142, si applicano agli appalti disciplinati dal presente decreto».

¹² VI considerando della dir. 89/665, cit. e art. 1, comma III, ove si afferma che le procedure di ricorso devono essere accessibili «per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico».

¹³ Così il III considerando della dir. 92/13/CEE, cit.

¹⁴ Art. 1, comma III, dir. 92/13/CEE, cit.

Tuttavia, ove le violazioni siano intervenute ed il «soggetto aggiudicatore» rifiuti le sollecitate correzioni, sarà il giudice competente a dover garantire la «correzione» della procedura; in tal senso sembra porsi la recente previsione che, affidando al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva in materia, prevede che il risarcimento del danno ingiusto possa avvenire «anche attraverso la reintegrazione in forma specifica»¹⁵.

La tutela specifica o «in natura»¹⁶ è sorta principalmente in riferimento ai diritti reali di godimento e si realizza con l'esecuzione forzata in forma specifica ovvero, in taluni casi,

¹⁵ Art. 35, d. lg. 80/98, cit., fra le prime applicazioni, cfr.: T.a.r. Veneto, 9 febbraio 1999, n. 119, *Soc. E. c. U.L.S.S. n. 3 Veneto e altro*, in *Trib. amm. reg.*, 1999, I, 1351, e in *Dir. proc. amm.*, 1999, 1198, con nota di E.M. BARBIERI, *Nuove forme di tutela in materia di appalti*, concernente l'appalto per la fornitura di medicinali, ove si afferma che «al ricorrente vincitore deve esser attribuita dal giudice l'utilità che lo stesso avrebbe tratto se l'Amministrazione si fosse correttamente determinata, e ciò può avvenire in due modi: in forma specifica o per equivalente», nel caso di specie può avvenire in forma specifica, ancorché la fornitura «sia attualmente in atto ad opera della controinteressata», poiché l'A.S.L. «provvederà ad attribuire l'appalto di cui trattasi a maggiori oneri. T.a.r. Calabria, 27 maggio 1999, n. 705, *Soc. A. c. U.S.L. n. 11 Reggio Calabria e altro*, in *Trib. amm. reg.*, 1999, I, 2948; T.a.r. Campania, 5 febbraio 1999, n. 295, *Soc. Safab c. Soc. Eniacqua Campania*, in *Foro it.*, 1999, III, 537, con nota di C. VIVANI, *La valutazione dell'anomalia delle offerte negli appalti pubblici di lavori: verifica astratta o concreta?* Cfr.: G. DUNN, *Interessi legittimi, risarcimento del danno e doppia tutela. La Cassazione ha condiviso la rivoluzione*, in sito *www.giust.it.*, che sottolinea la priorità della tutela in forma specifica, «essendo il problema risarcitorio un complemento di quanto la reintegra non è in grado di realizzare».

¹⁶ A. DI MAJO, voce *Responsabilità contrattuale*, in *Dig. disc. priv.*, vol. XVII, Torino 1998, 55 e s. ove tratta dell'adempimento coattivo e/o «in natura», G. ALPA - M. BESSONE - V. ZENO ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, tomo VI, II ed., Torino, 1995, 466 e s.

con forme di tutela inibitoria o sommaria¹⁷. Si ritiene che non si sia ancora affermata «la piena atipicità della tutela specifica e quindi la sua piena applicabilità anche ai rapporti obbligatori»¹⁸, ma unicamente perché trattasi di un residuo di un'ormai superata maggiore intensità di protezione dei rapporti reali, ove la più recente tendenza evolutiva si afferma nel senso della piena estensione dell'istituto del risarcimento in forma specifica anche ai diritti di credito. La tutela specifica consente di conseguire le stesse utilità che si sarebbero ottenute se non fosse intervenuto il fatto che origina l'obbligazione risarcitoria, fermo restando che non sempre è possibile riportare la situazione materiale al tempo antecedente al fatto dannoso, perché si deve tenere conto delle vicende modificative nel frattempo intervenute¹⁹.

Se da tempo è stato rilevato l'effetto di «restituzione specifica *in integrum* mediante l'annullamento del provvedimento»²⁰, occorre riconoscere la possibilità di utilizzare anche strumenti diversi.

¹⁷ C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 717, ritiene configurabili anche in campo contrattuale forme di tutela specifiche diverse da quella risarcitoria per equivalente anche in relazione all'affermata tendenza all'interpretazione estensiva dell'art. 2058 cod. civ.

¹⁸ A. PROTO PISANI, *Brevi note in tema di tutela specifica e di tutela risarcitoria*, in *Foro it.*, 1983, V, 131 e s., il quale rileva che le limitazioni all'applicazione della tutela specifica e la antinomie ancora rilevabili nella disciplina codicistica sembrano riconducibili ad un «residuo legislativo di un'epoca storica ormai superata, caratterizzata per un verso da un sistema di azioni tipiche e per altro verso, da una voluta diversa intensità di tutela fra rapporti reali da un lato ed obbligatori dall'altro lato».

¹⁹ A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., II, 310.

²⁰ Corte di cassazione, Sez. Un., 30 aprile 1929, *Rossi c. Ospedale di Mu- ro Lucano*, in *Giur. it.*, 1929, I, I, 852, con nota critica di F. CAMMEO, *L'annullamento d'ufficio dei contratti degli enti locali e la competenza sulle relative controversie*.

Infatti se l'annullamento degli atti precontrattuali in violazione delle norme sulla selezione del contraente può determinare la correzione retroattiva delle trattative intercorse, consentendo la loro prosecuzione nel rispetto delle regole predefinite, tuttavia potrebbe anche non essere necessario, oppure potrebbe non esistere un atto formale, ma essere necessaria la correzione degli effetti lesivi di un comportamento scorretto.

La reintegrazione «in forma specifica», intesa come strumento per la correzione della scorrettezza nelle trattative, può dunque richiedere anche strumenti differenti di intervento.

È possibile rinvenire casi di reintegrazione in forma specifica delle violazioni precontrattuali nell'evoluzione della giurisprudenza sulle procedure selettive volte alla costituzione di rapporti di lavoro²¹, ove si è ammessa la reintegrazione delle violazioni precontrattuali della correttezza e buona fede²², mediante provvedimenti d'urgenza che hanno imposto la definizione e comunicazione ai partecipanti alla selezione dei criteri di valutazione per le assunzioni²³. La scorrettezza consisteva

²¹ V. *supra* cap. II, par. 4 e 5

²² Cfr. sull'evoluzione giurisprudenziale riguardante la tutela dei partecipanti ai concorsi privati: R. GRECO, *Discrezionalità dell'impresa e rapporto di lavoro. Clausole generali e principi dell'ordinamento nella giurisprudenza sui concorsi privati* (Nota a T. Torino, 21 ottobre 1989, *Bechis c. Cassa risp. Torino; P. Pisa-Pontedera*, 12 marzo 1990, *Fiba c. Cassa risp. Volterra e P. Pisa*, 21 ottobre 1989, *Meliani c. Cassa risp. Pisa*), cit., 2059; C. ZOLI, *La giurisprudenza sui concorsi privati tra logiche pubblicistiche e strumenti civilistici: oscillazioni e assestamenti*, cit., 11. In genere sull'applicazione dell'art. 2058 cod. civ. già M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit.

²³ Pretura di Roma (ord.), 3 luglio 1990, *Tiberla c. Ist. poligrafico Stato*, cit., il riferimento va alla previsione dell'art. 1453 cod. civ., ovvero dell'art. 2058 cod. civ. a seconda che si ritenga la responsabilità precontrattuale di natura contrattuale o extracontrattuale. Diversamente non si è ancora ammessa la tutela in forma specifica volta alla costituzione del rapporto di lavoro: Corte di cassazione, Sez. lav, 11 luglio 1992, n. 8425, *Macchiolo c. Soc. Pirelli*

infatti nell'inosservanza del regolamento del personale, che prevedeva la predeterminazione di criteri e modalità per le assunzioni e la loro adeguata pubblicizzazione²⁴. Come si vede, tali rimedi sono facilitati dalla formalizzazione del comportamento dovuto e predeterminato per lo svolgimento di un'attività.

Pare significativa l'affermazione che, in tali casi, il rapporto precontrattuale fra le parti (trattativa) si costituisce con la presentazione della domanda di partecipazione alla selezione a seguito dell'informazione da parte dell'ente di voler procedere ad un certo numero di assunzioni. Abbandonata la ricostruzione della posizione di interesse legittimo del lavoratore o aspirante dipendente verso il datore di lavoro, si sono rivalutate le clausole generali di correttezza e buona fede²⁵; che consentono l'adozione di efficaci strumenti di tutela, di cui si prevede la crescita a seguito del trasferimento alla giurisdizione civile dei rapporti di pubblico impiego (d.lg. n. 80 del 1998, cit.).

La vicenda appare di interesse, perché evidenzia che il principio di buona fede e correttezza acquista una valenza particolare quando la sua normale indeterminatezza viene integrata da norme predefinite da una delle parti del rapporto;

pneumatici, cit.; Corte di cassazione, Sez. lav, 15 marzo 1986, n. 1789, cit., 1550.

²⁴ Pretura di Roma (ord.), 3 luglio 1990, *Tiberla c. Ist. poligrafico Stato*, *Riv. it. dir. lav.*, 1991, II, 45, con nota di P. TULLINI, *Sull'ammissibilità della tutela specifica in materia di concorsi privati*, il caso riguarda la procedura di assunzione indetta dall'Istituto Poligrafico della Zecca dello Stato per la stipulazione di contratti di formazione e lavoro per complessive 150 unità, scaglionate in un quadriennio.

²⁵ R. GRECO, *Discrezionalità dell'impresa e rapporto di lavoro. Clausole generali e principi dell'ordinamento nella giurisprudenza sui concorsi privati*, cit., 2059 e s.

in tal caso infatti è possibile garantirne l'effettività attraverso l'esecuzione in forma specifica.

Se dunque la correzione delle violazioni risponde all'obiettivo primario della realizzazione di un efficiente mercato concorrenziale, occorre ricordare che tale obiettivo è sempre posto a favore dei cittadini dell'Unione, come si può desumere dall'esclusione dell'automatico effetto sospensivo delle procedure di ricorso che, dunque, non impone la tutela specifica per consentire di «tener conto delle probabili conseguenze dei provvedimenti stessi per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché dell'interesse pubblico e decidere di non accordare tali provvedimenti qualora le conseguenze negative possano superare quelle positive»²⁶. È ammesso un bilanciamento tra interessi contrapposti, che può determinare la prevalenza dell'interesse alla celere esecuzione dell'appalto quando un ritardo possa pregiudicare la sicurezza degli utenti di un pubblico servizio²⁷. In tal caso, ai soggetti lesi potrà essere accordato unicamente un risarcimento «per equivalente», poiché in ogni caso non devono essere pregiudicati gli «altri diritti rivendicati

²⁶ Art. 2, comma IV, dir. 92/13/CEE, cit.: «Gli Stati membri possono prevedere che l'organo responsabile, quando esamina l'opportunità di prendere provvedimenti provvisori, possa tener conto delle probabili conseguenze dei provvedimenti stessi per tutti gli interessi che possono essere lesi nonché dell'interesse pubblico e decidere di non accordare tali provvedimenti qualora le conseguenze negative possano superare quelle positive. La decisione di non accordare provvedimenti provvisori non reca pregiudizio agli altri diritti rivendicati dalla persona che chiede tali provvedimenti».

²⁷ Cfr. Corte di Giustizia CE, ord. 22 aprile 1994, causa 87/94R, *Commissione c. Regno del Belgio*, in *Raccolta*, 1994, 1395, concernente un appalto per la fornitura di autobus in cui la valutazione comparativa fra l'interesse alla osservanza delle norme di selezione dei concorrenti e il rischio che gli utenti del servizio pubblico correrebbero a causa di un ritardo nell'esecuzione dell'appalto, induce il giudice comunitario a non concedere il richiesto provvedimento di sospensione della procedura, per non aggravare ulteriormente il rischio.

dalla persona che chiede tali provvedimenti»²⁸. La giurisprudenza europea ha comunque ribadito che non sarebbe conforme alle direttive europee in materia di ricorsi la sola previsione del risarcimento «per equivalente» delle violazioni precontrattuali²⁹.

2. *Il danno conseguente all'inadempimento dell'obbligo di correttezza come interesse negativo. La prova del diritto al contratto e la coincidenza dell'interesse negativo con quello*

²⁸ Art. 2, comma IV, dir. 92/13/CEE, cit. Cfr.: Corte di Giustizia CE, sentenza 25 aprile 1994, causa 87/94, *Commissione c. Regno del Belgio*, in *Raccolta*, 1996, 2043, ove si afferma che il Regno del Belgio «è venuto meno agli obblighi impostigli dalla direttiva del Consiglio 17 settembre 1990, 90/531/CEE, relativa alle procedure d'appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni», per aver valutato talune modifiche apportate da un'impresa all'offerta successivamente all'apertura delle offerte, in violazione del principio della parità di trattamento, vigente per tutti i procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici ed espressamente stabilito dalla direttiva 90/531, cit., all'art. 4, n. 2, che recita: «gli enti aggiudicatori provvedono affinché non vi siano discriminazioni tra fornitori o imprenditori», con la conseguenza che avendo escluso la sospensione della procedura di aggiudicazione sarà possibile solo un risarcimento del danno per equivalente.

²⁹ Corte di Giustizia CE, sentenza 28 ottobre 1999, causa C-81/98, *Alcatel Austria AG e a., Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagentechnik AG c. Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr*, ove si dichiara che «il combinato disposto dell'art. 2, n. 1, lett. a) e b), e n. 6, secondo comma, della direttiva del Consiglio, 89/665, cit., si deve interpretare nel senso che, in merito alla decisione dell'autorità aggiudicatrice che precede la conclusione del contratto, con la quale detta autorità sceglie l'offerente che ha preso parte alla procedura di aggiudicazione dell'appalto con cui concludere il contratto, gli Stati membri sono tenuti a prevedere in ogni caso una procedura di ricorso che consenta al ricorrente di ottenere l'annullamento di tale decisione in presenza delle relative condizioni, malgrado la possibilità di ottenere un risarcimento dei danni dopo la conclusione del contratto».

positivo. Il risarcimento dei danni per i costi sostenuti nelle trattative e la sufficienza della prova della violazione delle norme sulla selezione del contraente.

Ove non sia stata possibile la «correzione» della procedura selettiva si ricorre al risarcimento del danno subito dai partecipanti che, si è visto, costituisce «sanzione» della violazione commessa dalla parte pubblica e soddisfazione ai concorrenti lesi per incentivarne la partecipazione alle gare e la denuncia delle violazioni.

Il danno subito in occasione di procedimenti di selezione contempla sicuramente il cosiddetto interesse negativo³⁰, inteso come interesse a non essere indotti a partecipare a procedure concorsuali che si realizzino in violazione di regole predefinite, conosciute ed accettate dalle parti. Non è risarcibile un ipotetico «affidamento nella conclusione del contratto»³¹, bensì la «tradita fiducia» circa il rispetto delle regole che specificano il comportamento dovuto dalle parti ed *a fortiori* dalla pubblica amministrazione³².

³⁰ Cfr. A. MUSY, voce *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, cit., 404; F. BENATTI, voce *Responsabilità precontrattuale, (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVII, 9; D. CARUSO, *La culpa in contrahendo - L'esperienza statunitense e quella italiana*, cit., 165.

³¹ È sempre possibile un'interruzione corretta della procedura selettiva: art. 8, comma II, direttiva del Consiglio delle Comunità Europee del 14 giugno 1993 (93/37/CEE) *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori*, «L'amministrazione aggiudicatrice comunica ai candidati o offerenti che lo richiedano i motivi per cui ha deciso di rinunciare all'aggiudicazione di un appalto posto in concorrenza o di ricominciare la procedura» e il relativo recepimento attuato con l'art. 31, comma II, d.lg. 19 dicembre 1991, n. 406, *Attuazione della direttiva 89/440/CEE, in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*. V. *supra* cap. I.

³² M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 120, afferma che «la serietà dei privati può essere una speranza

Il riferimento all'interesse negativo individua il danno conseguente a violazioni di obblighi rilevanti nella fase precontrattuale³³, senza pregiudicare l'entità di tale danno, né i criteri per la sua quantificazione³⁴. D'altra parte, l'idea che l'interesse negativo debba necessariamente essere di ammontare inferiore a quello positivo non pare aver ricevuto definitiva dimostrazione³⁵.

mentre quella dell'amministrazione deve essere una certezza inerente alla sua natura».

³³ L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni. L'attuazione*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1948, 2° ed., 469, precisa che il concetto di danno deve essere considerato in senso economico e diventa concetto giuridico dal punto di vista della risarcibilità «il danno patrimoniale può essere considerato in senso economico (beni) o in senso giuridico (diritti); cioè può essere una lacuna nel valore economico del patrimonio, oppure nel complesso di diritti».

³⁴ F. BENATTI, voce *Responsabilità precontrattuale*, (*diritto civile*), cit., 9, osserva che l'interesse negativo può essere considerato come espressione meramente descrittiva che individua il danno conseguente a violazioni di obblighi precontrattuali, ma non ha alcun valore in ordine all'entità di tale danno, né ai criteri per la sua quantificazione; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja Branca*, art. 1337, Bologna, Roma, 1970, 212, osserva che nella valutazione dell'interesse negativo la «suggerzione della formula non deve far ritenere che qui il danno debba determinarsi in modo difforme dai principi».

³⁵ Cfr. F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale* diretti da F. Galgano, Padova, 1987, 307; A. DI MAJO, voce *Responsabilità contrattuale*, in *Dig. disc. priv.*, vol. XVII, Torino 1998, 64, n. 167; D. CARUSO, *Note in tema di danni precontrattuali*, nota a Corte di cassazione, Sez. I, 11 maggio 1990, n. 4051, in *Foro it.*, 1991, I, 184; ID., *La culpa in contrahendo - L'esperienza statunitense e quella italiana*, cit., 170 s.; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 716, che sostiene la «sottoposizione del risarcimento dell'interesse negativo ai criteri di determinazione e misura propri del danno da inadempimento». L. COVIELLO, *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, cit., 721, rileva che l'interesse negativo normalmente è inferiore a quello positivo, «ma eventualmente può raggiungerlo»; V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 512; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, art.

L'affermazione ancora frequente in giurisprudenza che il danno precontrattuale è risarcibile «nei limiti dell'interesse negativo»³⁶ pare piuttosto sottolineare le difficoltà relative alla

1337 cit., 212; G. GORLA, *La «logica-illogica» del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 262. Cfr. altresì Pret. Macerata 7 giugno 1988, *Daenens c. Università degli Studi di Macerata*, in *Giust. civ.*, 1988, I, 3007, con nota di G. TRERÈ, concernente il rinnovo di un contratto a tempo determinato di un lettore collocato al primo posto nella graduatoria; ove la decisione è motivata sul criticato affidamento suscitato e sulla perdita dell'occasione di stipulare lo stesso contratto con altri, tuttavia tale possibilità non è dimostrata ed anzi appare largamente improbabile, ed il risarcimento coincide con l'ammontare stabilito dall'ente pubblico per quel determinato contratto, stipulato scorrettamente con altri, come risarcimento della dimostrata perdita dell'occasione di stipulare quello specifico contratto.

³⁶ Cfr.: Corte di cassazione, 26 ottobre 1994, n. 8778, *Com. di Scontrone c. A. e C. Scioli*, concernente la controversia conseguente alla vendita di un appezzamento di terreno demaniale risultata nulla. Il privato acquirente chiese che fosse dichiarato risolto il contratto di compravendita per inadempimento del Comune e fosse altresì dichiarata la nullità del contratto con conseguente condanna alla restituzione del prezzo oltre interessi, spese e risarcimento del danno; in realtà come chiarisce la Cassazione si tratta di un'ipotesi di responsabilità precontrattuale del Comune. La Cassazione contesta la determinazione delle ragioni del danno nel giudizio di merito, ravvisate nel «pregiudizio subito per non aver potuto disporre del terreno per realizzare lo stabilimento e, pertanto, per aver dovuto procurarsene un altro, per il quale necessitava un nuovo progetto, maggiori spese per la realizzazione e di cui il prezzo era maggiore». Si ritiene infatti che il danno così determinato corrisponda «alla privazione del bene oggetto del contratto: all'intero danno subito dal contraente proprio per l'inadempimento dell'altra parte, in definitiva, all'interesse positivo all'osservanza del contratto»; mentre, si ritiene che per il combinato disposto degli artt. 1337 e 1338 cod. civ., «nella ipotesi di responsabilità precontrattuale i danni risarcibili sono riconosciuti nei limiti del c.d. interesse negativo (*id quod interest contractus initus non fuisset*) e comprendono le spese sostenute in previsione della conclusione del contratto nonché le perdite sofferte per non avere usufruito di ulteriori occasioni, per la mancata conclusione cioè di un altro contratto dello stesso oggetto, altrettanto o più vantaggioso di quello concluso (cfr. Cass. 10 ottobre 1962, n. 2919, Cass. n.

prova del danno ed un frequente rinvio alla determinazione equitativa³⁷. La quantificazione del danno è riservata ai giudici di merito³⁸, fermo restando che il mero controllo di logicità della Cassazione non sempre consente di individuare indirizzi interpretativi uniformi, di cui sia agevole una *reductio ad unitatem*.

L'ordinamento europeo ha riconosciuto al soggetto leso un diritto al risarcimento del danno che gli consente di riottenere almeno la situazione patrimoniale in cui si sarebbe trovato ove la violazione non fosse avvenuta³⁹.

1053/68, Cass. 11 gennaio 1977, n. 93)». Sulla base di tale motivazione cassa la pronuncia di appello e rinvia la questione ad altro giudice.

³⁷ Corte di cassazione, sez. II, 13 dicembre 1994, n. 10649, *De Liso c. SIMAR spa*, concernente l'acquisto di un immobile in multiproprietà in funzione del quale viene stipulato un patto di opzione, che non viene rispettato con conseguente responsabilità precontrattuale del promissario e valutazione equitativa del danno. Si esclude che a titolo di responsabilità precontrattuale si possa risarcire il c.d. danno biologico e alla vita di relazione. Si precisa altresì che la c.d. valutazione equitativa del danno non ha nulla a che fare con il giudizio secondo equità, e il giudice ha facoltà di ricorrervi ai sensi dell'art. 115 c.p.c., senza necessità di specifica richiesta delle parti per la prova di punti non dimostrabili o difficilmente dimostrabili in base alle regole probatorie. V. altresì: Cass., 13 dicembre 1994, n. 10649, in cd-rom *juris data*; Corte di cassazione, 11 settembre 1989, n. 3922, *Onori c. Ferricioni*, *ibid.*, trattative per la vendita di un immobile, non condotte a termine nonostante l'immissione nel possesso dell'immobile dell'aspirante compratore. Il danno viene liquidato equitativamente.

³⁸ Corte di cassazione, 11 settembre 1989, n. 3922, *Onori c. Ferricioni*, cit., ove si afferma che il giudizio sulla sussistenza della buona fede nella formazione del contratto costituisce apprezzamento di merito che sfugge al controllo della Cassazione; Corte di cassazione, sez. I, 30 agosto 1995, n. 9157, *Min. Sanità c. I.N.A.I.L.*, in *Arch. civ.*, 1996, 189 e nel testo integrale su cd-rom *juris data*, ove si considera priva di vizi logici la valutazione del giudice di merito, che la rottura delle trattative per la locazione di un immobile (acquistato a tale scopo) non poteva essere giustificata dalla pretesa di un canone diverso da quello che il Ministero poteva offrire.

³⁹ Art. 3, comma II, della direttiva 89/665/CEE, cit., che considera co-

L'interesse, negativo o positivo, è formato da due componenti: il danno emergente o, secondo l'espressione dell'art. 1223 cod. civ., «la perdita subita», ed il lucro cessante o «mancato guadagno». Il danno emergente comprende le spese che si dimostrano inutilmente sopportate in occasione delle trattative, mentre per il risarcimento del lucro cessante è sufficiente la prova dei presupposti e dei requisiti necessari, e non anche la comprovata assenza di elementi impeditivi⁴⁰, poiché l'onere della prova di eventuali fatti impeditivi ricade su chi è tenuto al risarcimento. La prova degli elementi costitutivi assume come parametro la normale possibilità di impiego del «bene» oggetto della trattativa⁴¹; così ad esempio, se la trattativa ha comportato l'impiego di una somma di denaro, la quantificazione del danno fa riferimento all'utile conseguibile con un di-

me subordinata la possibilità di risarcimento: «quando anteriormente all'agjudicazione non sia stata possibile la correzione delle violazioni».

⁴⁰ M. BOCCHIOLA, *Perdita di una «chance» e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, 76 e s.; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996, 511; A. LAGOSTENA BASSI - L. RUBINI, *La liquidazione del danno*, Milano, 1974, 89, ove si osserva che la distinzione fra danno emergente e lucro cessante ha un valore meramente descrittivo del danno e «non ha nemmeno la rilevanza pratica che ha, invece, in sede di liquidazione, la distinzione fra *danni verificatisi* (attuali) e *danni futuri*, avendo i primi un carattere di certezza e dovendo questi, invece, essere ricostruiti in via indiziaria sulla base della probabilità del loro verificarsi».

⁴¹ Un esempio di quantificazione del danno causato dal recesso scorretto da una trattativa di compravendita è dato dall'ammontare ricavabile dalla locazione del bene per il periodo di tempo impiegato inutilmente nella trattativa: Tribunale di Livorno 30 aprile 1986, *Noleggî imprese nautiche s.r.l. c. Società approvvigionamento acqua navi s.n.c.*, in *Dir. maritt.*, 1987, 351, ove si afferma che a causa della trattativa per la compravendita della nave non era stato rinnovato il contratto di locazione della stessa, perciò è considerato provato un danno corrispondente all'utile conseguibile dalla locazione.

verso investimento delle somme spese valutato nel cinque per cento dell'ammontare del capitale investito⁴².

L'indicata liquidazione è ritenuta applicazione del «criterio equitativo, legittimo ex art. 2056 e 1226 cod. civ. nell'impossibilità di valutare il danno nel suo preciso ammontare, criterio compatibile con l'art. 1337 c.c., non essendo censurabile in sede di giudizio di legittimità la quantificazione in concreto della misura del danno»⁴³.

Il codice civile prevede che il danno sia risarcibile solo in quanto conseguenza immediata e diretta del comportamento

⁴² Corte di cassazione, sez. I, 30 agosto 1995, n. 9157, *Min. Sanità c. I.N.A.I.L.*, cit., ove il soggetto che ha indotto la controparte all'acquisto di un immobile che in seguito scorrettamente rifiuta di ricevere in locazione, viene condannato al risarcimento del danno precontrattuale subito proprio per la possibilità di impiegare diversamente il capitale disponibile, la quantificazione nella misura del 5% di tali somme per due anni, viene giustificata considerando «il periodo di tempo necessario per realizzare le somme spese e poterle investire diversamente, o comunque per rendere produttivo l'investimento effettuato», di qui il riferimento al periodo di due anni dalla data d'interruzione delle trattative (25 febbraio 1985) e la rivalutazione alla data della sentenza, sulla base di un indice di rivalutazione «intermedio riferito agli anni 1985 e 1986, pari a 1, 3412».

⁴³ Corte di cassazione, sez. I, 30 agosto 1995, n. 9157, *Min. Sanità c. I.N.A.I.L.*, cit., il Tribunale aveva condannato il Ministero convenuto al risarcimento dei danni nella misura di lire 5.353.554.000 (pari all'ammontare, rivalutato, degli interessi per un anno sulla somma di 87 miliardi di lire investita nell'acquisto dell'immobile) con gli interessi legali dalla pronuncia al saldo. La Corte d'appello determinava il danno nella misura di lire 14.908.000.000, oltre agli interessi legali dal 18 ottobre 1988, la Cassazione, respingendo i ricorsi proposti, rende definitiva tale valutazione. È di interesse notare che il caso concerne soggetti pubblici che, svincolati dall'obbligo delle procedure concorsuali agiscono, come emerge dalla motivazione della sentenza, sulla base di impulsi non chiaramente motivati, né adeguatamente ponderati. Osserva che i danni precontrattuali spesso vengano liquidati ricorrendo a strumenti restitutori ovvero commisurando il risarcimento in relazione all'interesse positivo: D. CARUSO, *La culpa in contrahendo - L'esperienza statunitense e quella italiana*, cit., 170 e s.

lesivo (art. 1223 cod. civ.); normalmente il risarcimento si limita al danno prevedibile, e soltanto ove si riscontri un comportamento doloso si estende anche a quello imprevedibile (art. 1225 cod. civ.)⁴⁴.

La mancata cooperazione del danneggiato, che non ha sollecitato la correzione di una violazione delle disposizioni comunitarie nel corso del procedimento selettivo, potrebbe essere valutata come concorso del fatto colposo della controparte nella determinazione del danno, ovvero come mancanza di diligenza, con possibile conseguente diminuzione, o addirittura negazione del risarcimento (art. 1227 cod. civ.)⁴⁵.

Il recepimento nell'ordinamento italiano delle citate «direttive ricorsi» non fornisce alcuna indicazione in ordine alla quantificazione del danno⁴⁶, lasciando ampi margini all'interpretazione⁴⁷.

⁴⁴ Cfr.: P.G. MONATERI - A. BELLERO, *Il quantum nel danno alla persona*, Milano, 1984, 3, ove si ricorda anche il diverso significato di «danno» come elemento oggettivo dell'obbligazione risarcitoria.

⁴⁵ La determinazione quantitativa globale del danno è tendenzialmente approssimata a favore del debitore, benché talora trascuri la valutazione delle concause che potrebbero essere svantaggiose per il creditore stesso: Coll. arb., 24 luglio 1993, *Impr. Melpi c. Prov. Benevento*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1995, 150; Coll. arb., 6 giugno 1984, *Soc. impr. Edina c. Iacp Firenze, Id.*, 1985, 837.

⁴⁶ Art. 13, l. 19 febbraio 1992, n. 142, cit., abrogato dal comma V dell'art. 35, del d. lg. 80/98, cit.

⁴⁷ Per un significativo caso di violazione delle norme comunitarie consistente nell'esclusione automatica di un'impresa che aveva presentato un'offerta ritenuta anormalmente bassa: T.a.r. Lombardia, 25 novembre 1989, n. 544, *F.lli Costanzo s.p.a. c. Com. di Milano*, in *Foro it.*, 1991, III, 503, confermata da Consiglio di Stato, Sezione V, 6 aprile 1991, n. 452, *F.lli Costanzo s.p.a. c. Com. di Milano*, in *Cons. St.*, 1991, I, 659, la sentenza di primo grado, confermata in appello, ha annullato il provvedimento del comune di Milano con il quale la società Costanzo era stata esclusa dalla gara d'appalto. Sul caso è intervenuta, per risolvere una questione pregiudiziale, con sentenza interpretativa: Corte di giustizia CEE, sentenza 22 giugno 1989, in causa 103/88, *F.lli Costanzo s.p.a. c. Com. di Milano*, in *Foro it.*, 1991, IV, 129. In seguito alla de-

In assenza di parametri per la determinazione del danno soccorre la valutazione equitativa (artt. 1226, 2056 cod. civ.), che agevola una non rigorosa ripartizione dell'onere della prova, consentendo al giudice di ricavare dalle prove elementi ulteriori per definire il danno risarcibile⁴⁸.

La peculiarità del danno arrecato per violazione delle norme di scelta del contraente deriva dal fatto che esso riguarda la violazione di regole di comportamento che si distinguono dall'obbligo di prestazione oggetto del contratto d'appalto.

cisione del ricorso preventivo di giurisdizione sollevato dal Tribunale di Milano e risolto nel senso della sussistenza della giurisdizione ordinaria da: Corte di cassazione, sez. un., 10 novembre 1993, n. 11077, *Com. di Milano c. F.lli Costanzo s.p.a.*, in *Corr. giur.*, 1994, 620, la causa è tornata all'esame dello stesso Tribunale, il quale si è pronunciato in merito alla sussistenza e liquidazione del danno: Tribunale di Milano, sez. I, 2 marzo 1998, n. 3183, *F.lli Costanzo s.p.a. c. Com. di Milano*, ined., che, a fronte di una richiesta di risarcimento del danno quantificata in: lire 274 milioni di spese per la partecipazione alla gara, 202 milioni di spese legali sostenute nei precedenti giudizi, 14 miliardi come mancato utile e 15 miliardi come valutazione equitativa della perdita del diritto di partecipare a gare di importo superiore e riflessi negativi sull'immagine imprenditoriale, il Tribunale considera che il comportamento illecito si è prodotto con l'emanazione della deliberazione di esclusione emessa dalla Giunta municipale milanese, il 10 ottobre 1987, con la conseguenza che la natura sostanziale del I comma dell'art. 13 della l. 142/92, cit., in conformità al disposto dell'art. 11 preleggi, comporta che all'epoca di attuazione dell'illecito non era prevista alcuna forma di risarcibilità del danno in relazione alla lesione di interessi legittimi da parte di atti illegittimi della pubblica amministrazione, e perciò giustifica il rigetto della domanda. Il Tribunale condanna l'attore anche alla rifusione delle spese di lite in favore dell'amministrazione convenuta (16 milioni di lire).

⁴⁸ Corte di cassazione, sez. I, 28 settembre 1984, n. 4820, in *Foro it.*, 1985, I, 816, che nega la possibilità di quantificare equitativamente il danno quando possa essere provato con altri mezzi o criteri. La valutazione equitativa è consentita solamente quando ricorre un'impossibilità relativa o una somma difficoltà di fornire detta prova; Coll. arb., 25 febbraio 1992, *Soc. edil. convenz. Catanese c. Com. di Catania*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1993, 119.

L'oggetto e il valore del contratto sembrano costituire tuttavia dati sui quali fondare la quantificazione del danno, perché individuano l'impegno che i concorrenti si assumono con la partecipazione alla selezione, anche se non sembra agevole determinare in via generale la somma da liquidare a favore del singolo, o dei più numerosi danneggiati. Per la quantificazione del danno, pare necessario distinguere i casi in cui la scorrettezza dell'amministrazione ha impedito al concorrente di risultare aggiudicatario da quelli in cui si dimostri unicamente l'esistenza di un pregiudizio.

Acquisiti dalla pubblica amministrazione i dati necessari, l'avvio della procedura predefinita di selezione del contraente consente di prevedere l'esito corretto della trattativa, quantomeno nei casi in cui il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso o siano specificamente valutabili, secondo coefficienti matematici, gli elementi dell'offerta più vantaggiosa⁴⁹. Il danno subito dal concorrente in tale fase precontrattuale può essere individuato nell'ammontare del guadagno che egli avrebbe potuto conseguire con l'adempimento del contratto, oltre alle spese sostenute⁵⁰ (interesse negativo coincidente con quello positivo).

La presentazione dell'offerta più conveniente consente di conoscere con anticipo rispetto alla stipulazione del contratto sia la volontà di concludere il contratto stesso, sia il soggetto

⁴⁹ Così il d.p.c.m. 27 febbraio 1997, n. 116.

⁵⁰ Anche nel caso in cui l'ammontare del risarcimento equivalesse all'interesse positivo, non si risarcisce comunque il diritto al contratto, ma sempre le conseguenze della scorrettezza precontrattuale, infatti è l'interesse al corretto svolgimento delle trattative che rende risarcibile il danno consistente «nelle perdite che sono derivate dall'aver fatto affidamento nella conclusione del contratto e nei mancati guadagni verificatisi in conseguenza delle altre occasioni contrattuali perdute: il cosiddetto interesse negativo (*id quod interest contractus in initium non fuisse*)»: Corte di cassazione, sez. I, 30 agosto 1995, n. 9157, *Min. Sanità c. I.N.A.I.L.*, in *Arch. civ.*, 1996, 189 e nel testo integrale su cd-rom *juris data*.

che, in esito alla sequenza procedimentale, dovrebbe verosimilmente aggiudicarsi il contratto.

La facoltà dell'amministrazione di non stipulare il contratto per sopravvenuti motivi di interesse pubblico non è di ostacolo alla costruzione proposta, poiché nel caso si tratterebbe di recesso giustificato dalle trattative, che, se esercitato correttamente⁵¹ nega in radice ogni obbligo al risarcimento del danno precontrattuale (cfr. artt. 1373 e 1386 cod. civ.). Di solito nei rapporti tra privati la struttura delle trattative non consente di prevederne l'esito⁵², sicché l'individuazione del danno è data dalla prova della perdita della possibilità di stipulare con altri lo stesso o un diverso contratto⁵³, ove con la pubblica amministrazione la differente disciplina (bando) consente di prendere in considerazione la perdita della possibilità di concludere il contratto in gara.

Il danno precontrattuale è risarcibile anche al di fuori delle ipotesi indicate ove si possa affermare che il concorrente escluso sarebbe risultato aggiudicatario, purché questi abbia ricevuto un pregiudizio. I casi sono quelli in cui non è possibile conoscere l'esito della gara perché l'esclusione è avvenuta nella fase di preselezione, ovvero la scorrettezza ha pregiudicato la partecipazione alla gara a causa della previsione di specifiche tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie⁵⁴,

⁵¹ Sull'obbligo di comunicazione della motivazione: art. 8, comma II, dir. 93/37/CEE, cit. e art. 31, comma II, d. lg. 406/91, cit.

⁵² Cfr.: Corte d'appello di Firenze, 20 febbraio 1996, *Soc. Lem Biomedica c. Soc. Bernas Medical*, in *Toscana giur.*, 1996, 315.

⁵³ F. D. BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi: dal «muro di sbarramento» alla «rete di contenimento»*, in *Danno e responsabilità*, 1997, 269; ID., *Perdita di chance e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, IV, 50.

⁵⁴ Cfr.: Corte giustizia Comunità europee, 24 gennaio 1995, causa 359/93, *Commiss. Ce c. Gov. Paesi Bassi*, cit., 157, ove si afferma il divieto di inserire nel bando di gara prescrizioni tecniche che menzionano prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza o di procedimenti particolari che determinano l'effetto di favorire o eliminare imprese e taluni prodotti, e si

ovvero si contesta la legittimità del criterio di aggiudicazione in violazione di norme sulla concorrenza, sicché l'amministrazione dovrà porne altro.

Si è detto che la presentazione di un'offerta, o la domanda di invito, determina l'avvio di trattative con l'amministrazione aggiudicatrice, sicché anche nella fase iniziale della gara è protetta la sfera giuridica degli aspiranti contraenti, poiché l'amministrazione deve comportarsi correttamente e non favorire taluni concorrenti, introducendo specifiche a carattere discriminatorio in «documenti di gara, nei capitoli d'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto»⁵⁵.

Anche in tali ipotesi, in cui non è possibile ricostruire l'esito della gara, si consente al danneggiato di richiedere una somma corrispondente all'ammontare dei «costi di preparazione di un'offerta o di partecipazione ad una procedura di aggiudicazione»⁵⁶, cioè la componente di danno emergente dell'interesse negativo. A tal fine è sufficiente la prova dell'esi-

ammette l'indicazione di marche, brevetti o tipi, nonché la specificazione di un'origine o di una produzione determinata solo se accompagnata dalla menzione «o equivalente», quando l'oggetto dell'appalto non possa essere descritto «diversamente mediante specificazioni sufficientemente precise e perfettamente intelleggibili per tutti gli interessati».

⁵⁵ Art. 2, comma I, lett. b, dir. 89/665, cit.

⁵⁶ Art. 2, comma VII, della direttiva 92/13/CEE, cit.; S. ARROWSMITH, *Remedies for enforcing public procurement rules*, cit., 73, n. 228, ricorda che i costi di preparazione di un'offerta nella proposta della Commissione, poi lasciata cadere, erano quantificati nell'1% del valore del contratto. Cfr. *Accordo sugli appalti pubblici che figura nell'allegato 4 dell'accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio*; in G.U.C.E. n. C 256/1 del 3 settembre 1996, art. XX, ove si prevedono procedure di impugnazione per rimediare le violazioni dell'accordo e salvaguardare le opportunità commerciali ed altresì «misure atte a rimediare alla violazione dell'accordo o a risarcire le perdite o i danni subiti; il risarcimento potrà essere limitato al costo della preparazione e presentazione dell'offerta o del reclamo».

stenza di una «violazione del diritto comunitario in materia di appalti o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto» e di una «possibilità concreta di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, possibilità che, in seguito a tale violazione, è stata compromessa»⁵⁷. Si è chiarito espressamente che in tali casi la persona lesa, per ottenere il rimborso delle spese, non è tenuta a «provare che in assenza della violazione di cui trattasi l'appalto le sarebbe stato aggiudicato»⁵⁸.

La «possibilità concreta» o presunzione di un'aggiudicazione è fondata sulla sussistenza dei requisiti di capacità tecnica, economica, finanziaria e morale che avrebbero consentito l'accoglimento della domanda di partecipazione o dell'offerta⁵⁹, mentre non si può escludere che all'amministrazione

⁵⁷ Art. 2, comma VII, direttiva 92/13/CEE, cit. Cfr. A. ROMANO - TASSONE, *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, cit., 50 e s.

⁵⁸ XI considerando della direttiva 92/13/CEE, cit. Il risarcimento potrebbe essere dovuto anche nel caso in cui l'offerta presentata dal concorrente che subisce la violazione delle norme di gara sia tale da poter prevedere che non sarebbe risultata la migliore, perché superata da altre offerte accoglibili, cfr. Corte giustizia Comunità europee, 22 aprile 1997, causa 180/95, *Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice ohG*, cit.

⁵⁹ La sussistenza di una occasione perduta può essere provata attraverso percentuali che quantificano le probabilità di successo, ovvero alla esistenza di una possibilità non trascurabile di successo: P. G. MONATERI, *Fattispecie di responsabilità extracontrattuale*, in *Riv. it. dir. civ.*, 1986, II, 364. M. PROTTO, *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti*, Milano, 1997, 395 e s. S. ARROWSMITH, *Remedies for enforcing public procurement rules*, cit., 72, valuta la possibilità di stimare percentualmente le probabilità di successo del danneggiato e attribuirgli quella percentuale sull'utile conseguibile dall'appalto. F. D. BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi: dal «muro di sbarramento» alla «rete di contenimento»*, in *Danno e responsabilità*, 1997, 272 e s., il quale ammette il risarcimento «di una situazione di affidamento oggettivamente valutabile» e non della perdita di chance. Distingue il mancato guadagno dalla perdita di chance perché il primo può essere provato nei suoi elementi costitutivi, mentre il danno conse-

spetti, oltre all'onere della prova contraria della mancanza dei requisiti richiesti, anche l'inversione del relativo onere; in tal caso essa può provare che l'offerta non avrebbe potuto comunque assicurare l'aggiudicazione del contratto, o che l'impossibilità di ottenerla non sia ad essa imputabile (cfr. art. 1218 cod. civ.).

La valutazione equitativa del danno⁶⁰ trova precisazione nella tipologia e nel valore dell'appalto, indici dell'impegno

guente alla perdita di una *chance* «è per definizione indimostrabile» e la sua esistenza viene valutata secondo un calcolo di probabilità che non può costituire certezza assoluta: M. BOCCHIOLA, *Perdita di una «chance» e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, 77, 101, ritiene che si debba provare che la percentuale di risultato positivo superasse il 50%, diversamente il giudice respingerà la domanda; per tali motivi la perdita di occasioni viene considerata non come lucro cessante, bensì come utilità economicamente e giuridicamente valutabile, la cui perdita è ricondotta al danno emergente.

⁶⁰ A. PIAZZA, *Risarcimento del danno in materia di appalti pubblici (art. 13, legge n. 142/1992) e tutela cautelare avanti al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 38; L. PERFETTI, *La responsabilità per lesione di interessi legittimi nella disciplina degli appalti pubblici*, in *Ammin. it.*, 1995, 179; G. MORBIDELLI, *Ragionando intorno ad una proposta di modifica dell'art. 2043 c.c.*, in AA.VV., *Diritto privato*, 1995, I, *Il trasferimento di proprietà*, Padova 1995, 380, il quale precisa che «se l'effetto conformativo della sentenza consiste nell'obbligo di rinnovare la procedura concorsuale, e ciò non avviene perché nel frattempo sono venute meno le disponibilità finanziarie, o per altri fattori ostativi, oppure perché l'opera è già stata realizzata, il danno verrà determinato tenendo conto, in via equitativa, delle chances di successo che aveva l'impresa»; M. CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, cit., 24, ove accenna ad un supposto diritto al comportamento ispirato alla buona fede che sarebbe privo di uno specifico contenuto acquisitivo. Nelle trattative volte alla costituzione di un rapporto di lavoro: Cass., sez. lav., 25 febbraio 1994, n. 1897, *Grillo c. Banca pop. Belpasso*, cit., 1006, ove il danno viene liquidato equitativamente in relazione alle spese sostenute per la partecipazione ad un corso di formazione (lire cinquemilioni), frequentato in vista dell'assunzione poi non avvenuta; Cass., sez. lav., 22 ottobre 1994, n. 8682, *Soc. Montedison c. Di Pietro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 524, con nota di A. BOLLANI, *A proposito di responsabilità precontrattuale, corsi precollocativi e mancate assun-*

profuso dal concorrente nella partecipazione alla trattativa per la conclusione dello stesso, poiché la presentazione dell'offerta vincola il concorrente, compromettendo la partecipazione ad altre gare pubbliche o alla stipulazione di altri contratti⁶¹.

3. *La quantificazione dei danni precontrattuali causati dalla pubblica amministrazione. Le norme speciali in materia di appalti pubblici: il parametro del decimo del valore del contratto. I danni causati alla pubblica amministrazione dagli aspiranti contraenti.*

Nel nostro ordinamento è possibile rinvenire norme in merito ai criteri di quantificazione del danno che deve essere risarcito dalla pubblica amministrazione ove receda da un contratto ormai concluso. L'analisi della differente ipotesi di risarcimento, può essere di interesse anche per l'individuazione di parametri utili a definire il danno realmente provocato in occasione di trattative, dal momento che la giurisprudenza comunitaria impone un risarcimento adeguato ed effettivo che, per equivalente, compensi integralmente il danno arrecato⁶².

zioni; Cass., sez. lav., 29 aprile 1993, n. 5026, *Cassa Centrale di Risparmio Vittorio Emanuele II per le Province Siciliane c. Chinnici*, in *Giur. it.*, 1994, 1, I, 234, con nota di A. MUSY, *Sicilcasse ed il danno da perdita di una «chance»*.

⁶¹ T.a.r. Puglia, sez. I, Lecce, 16 aprile 1999, n. 418, *Soc. B.C.I. c. Autorità portuale di Taranto e altro*, in *Trib. amm. reg.*, 1999, I, 2832. F. CARINGELLA - R. GAROFOLI, *Riparto di giurisdizione e prova del danno dopo la sentenza 500/99*, in *www.giust.it.*, 6 e s.

⁶² Cfr. da ult. sulle conseguenze della violazione del principio di parità di trattamento tra uomini e donne: Corte giustizia Comunità europee, 22 aprile 1997, causa 180/95, *Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice obG*, cit.

In particolare, il giudice amministrativo, ove investito della giurisdizione esclusiva, potrà stabilire i «criteri»⁶³ per la definizione della somma di denaro da offrire a chi abbia subito un danno per la violazione della disciplina delle procedure selettive.

La l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F., *Legge sulle opere pubbliche*, prevede che: «è facoltativo all'Amministrazione di risolvere in qualunque tempo il contratto, mediante il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esisten-

⁶³ Art. 35, comma II, d. lg. n. 80 del 1998: «Nei casi previsti dal comma 1, il giudice amministrativo può stabilire i criteri in base ai quali l'amministrazione pubblica o il gestore del pubblico servizio devono proporre a favore dell'avente titolo il pagamento di una somma entro un congruo termine. Se le parti non giungono ad un accordo, col ricorso previsto dall'articolo 27, primo comma, n. 4, del testo unico approvato col regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, può essere chiesta la determinazione della somma dovuta». Si veda: T.a.r. Lombardia, sez. III, Milano, 9 marzo 2000, n. 1869, *Italassistance coop. a.r.l., Onlus c. Azienda ospedaliera San Gerardo di Monza e Croce Azzurra San Giorgio di Sesto S. Giovanni, Associazione volontaria di pubblica assistenza e altri*, in *www.giust.it.*, ove in applicazione dell'art. 35, comma II del d. lg. 31 marzo 1998, n. 80, cit., in relazione all'annullamento di una gara di appalto per l'affidamento del servizio di trasporto di malati, assegna all'Azienda appaltatrice «il termine di giorni 90 per la proposizione alla ricorrente di un'offerta di risarcimento del danno da ragguagliarsi esclusivamente al parametro della responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 cod. civ.». A tal fine dovranno essere considerati: «1) tutti i danni riconoscibili nei limiti del cosiddetto interesse negativo e, cioè, di quello che la ricorrente aveva a che la suindicata procedura ad evidenza pubblica non avesse inizio, consistenti sia nelle spese inutilmente effettuate in vista dell'aggiudicazione sia nell'eventuale perdita, adeguatamente documentata, di ulteriori occasioni contrattuali della stessa natura; 2) gli interessi e la rivalutazione della relativa somma a decorrere dalla data di invito della ricorrente alla gara, in quanto, dando luogo la violazione dei doveri di cui agli art. 1337 e 1338 cod. civ. a responsabilità extracontrattuale, il conseguente debito deve ritenersi di valore e non di valuta, comporta la maturazione di interessi dal fatto illecito e non solo dalla domanda, ed è sottratto, in linea di principio, quanto al riconoscimento della rivalutazione monetaria, alla regola posta dall'art. 1224, 2° comma, cod. civ.».

ti in cantiere, oltre al decimo dell'importare delle opere non eseguite» (art. 345)⁶⁴.

Il potere di recesso unilaterale dal contratto di appalto è stato oggetto della disciplina del codice civile del 1865 (art. 1641)⁶⁵ e del 1942 (art. 1671)⁶⁶, ma in esse non si ritrovano indicazioni né sulla somma da riconoscere all'appaltatore, né sulle ragioni che inducono al recesso.

Le norme indicate introducono un diritto potestativo di recesso *ad nutum* che non necessita di giustificazioni e le cui motivazioni non appaiono rilevanti, né controllabili dall'appaltatore o dai terzi, e che non viene meno neppure se il com-

⁶⁴ Analoga norma è riproposta anche nello *Schema di decreto del Presidente della Repubblica approvato il 14 dicembre 1999 dal Consiglio dei Ministri recante regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici*, all'art. 122, comma I, «(Scioglimento del contratto e valutazione del decimo) 1. La stazione appaltante ha il diritto di recedere in qualunque tempo dal contratto previo il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite».

⁶⁵ «Il committente può sciogliere a suo arbitrio l'accordo dell'appalto, quantunque sia già cominciato il lavoro, tenendo indenne l'imprenditore di tutte le spese, di tutti i lavori e di tutto ciò che avrebbe potuto guadagnare in tale impresa».

⁶⁶ Ove si ammette il recesso unilaterale dal contratto di appalto da parte del committente anche se è stata iniziata l'esecuzione dell'opera «purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno»: sulla equiparazione fra l'art. 1671 cod. civ. e l'art. 345, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, Consiglio di Stato, sez. IV, 9 gennaio 1996, n. 41, *Anas c. Soc. impr. Pizzarotti*, in *Giur. it.*, 1996, III, 1, 496, con nota di E. CANNADA-BARTOLI. Corte di cassazione, sez. un., 4 dicembre 1990, n. 11591, *Soc. coop. Fortitudo c. Iacq. Napoli*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1991, 773, al momento della consegna dei lavori la Cooperativa accerta che parte dei terreni su cui costruire gli immobili è abusivamente occupata da terzi, perciò si richiede prima, la sospensione dei lavori, poi lo scioglimento del contratto in applicazione dell'art. 345 della legge 2248/1865; l'amministrazione committente ritiene che l'esecuzione dell'opera sia «divenuta impossibile in conseguenza di una causa non imputabile a nessuna delle parti» ex art. 1672 cod. civ. Cfr. V. MANGINI, M. IACUANIELLO BRUGGI, *Il contratto di appalto*, Torino, 1997, 479 e s.

mittente è inadempiente⁶⁷, dal momento che l'esercizio di tale diritto obbliga in ogni caso il recedente a pagare all'appaltatore un «indennizzo» corrispondente, quantitativamente, al risarcimento del danno da inadempimento⁶⁸.

«Presunzione vuole che l'Amministrazione non addivenga ad un tal passo, se non per legittimi motivi, ma di fronte all'esplicito contenuto di detto articolo, non è possibile formulare limitazione alcuna»⁶⁹, sicché esso è stato applicato anche in casi di inadempimento dell'amministrazione stessa⁷⁰.

Può ritenersi che la norma fissi «una tantum, un criterio di liquidazione uniforme ed automatico, giustificato secondo la dottrina sia dal fatto di avviare ad indagini alquanto difficoltose ed aleatorie, sia dallo scopo di cautelare la p.a. da eventuali richieste di liquidazioni eccessive»⁷¹.

Il danno causato al concorrente che, in ragione della sua offerta, avrebbe dovuto divenire aggiudicatario potrebbe dun-

⁶⁷ Corte di cassazione, n. 2236 del 1985, *Alemani c. Mazza*, cit.

⁶⁸ Cfr. Corte di cassazione, 10 febbraio 1987, n. 1411, *Soc. Editor c. Soc. Seme*, cit.

⁶⁹ Così A. CUNEO, *Appalti di opere pubbliche*, II ed., Milano, 1924, 513, il quale considera che anche in caso di inadempimento dell'amministrazione «in pratica, colla risoluzione ai sensi dell'art. 345 si concede sempre una indennità costituita dal noto 10% e quindi il risarcimento si opera».

⁷⁰ Corte di cassazione, 1 febbraio 1995, n. 1114, *Spa Dott. C. Agnese c. Consorzio interprovinciale cooperative di produzione e lavoro*, in *Riv. giur. edilizia*, 1995, I, 622.

⁷¹ E. CAPACCIOLI, nota a Corte di cassazione, sez. un., 20 aprile 1991, n. 4289, *Soc. siciliana costruzioni c. Iacq. di Palermo*, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2996, il quale distingue il recesso unilaterale ex art. 345, cit., la rescissione (*rectius*: risoluzione) ex art. 340, ed infine l'annullamento d'ufficio di atti amministrativi come manifestazione del potere di autotutela; Corte di cassazione, 17 novembre 1984, n. 5841, *Assess. ll.pp. Palermo c. Alessi*, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 1251; in altri casi il giudice considera tale recesso come inadempimento: Corte di cassazione, sez. I, 22 settembre 1984, n. 4819, *Verolla c. Cassa del Mezzogiorno*; in *Foro it.*, 1985, I, 132; F. G. COCA - A. POLICE, *La risoluzione del contratto di appalto di opere pubbliche*, in *Riv. trim. appalti*, 1997, 46.

que quantificarsi nel dieci per cento dell'ammontare della base d'asta come ribassata dall'offerta in questione; a tale somma si aggiungono le spese sopportate per la partecipazione alla procedura selettiva.

La soluzione può essere accolta ove si ritenga che la ricordata percentuale sia indicativa dell'utile medio ricavabile dall'appaltatore con l'impiego dei mezzi produttivi dell'impresa e non, invece, un parametro limitativo del danno risarcibile⁷².

⁷² Coll. arb., 17 giugno 1993, *Impr. Muni c. Com. Motta S. Anastasia*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1995, 67; Coll. arb., 15 febbraio 1989, *Impr. costruz. Mineri c. Com. di Messina, Id.*, 1990, 128; Coll. arb., 20 ottobre 1987, *Soc. Icim c. Anas, Id.*, 1988, 1297; Coll. arb., 25 gennaio 1990, *Soc. Coopep c. Com. di Sperlinga, Id.*, 1991, 555. Di interesse può apparire l'art. 10, comma VIII, d.p.r. 16 luglio 1962, n. 1063, cit., ove si prevede che: «se la consegna non avvenga nel termine stabilito (non oltre 45 giorni dalla data di registrazione alla Corte dei conti del decreto di approvazione del contratto) per fatto dell'Amministrazione, l'appaltatore può chiedere di recedere dal contratto. Nel caso di accoglimento dell'istanza di recesso l'appaltatore ha diritto al rimborso dall'Amministrazione appaltante delle spese di cui al precedente art. 9 (spese di contratto, di registro ed accessorie a carico dell'appaltatore) nonché ad un rimborso delle altre spese da lui effettivamente sostenute, e comunque non superiori alle seguenti percentuali, calcolate sull'importo netto dell'appalto: 1,50% per la parte di importo fino a 50 milioni; 1% per la eccedenza fino ai 500 milioni e 0,50% per la parte eccedente i 500 milioni», con rilevante limitazione del risarcimento rispetto al parametro precedentemente indicato del dieci per cento, dal momento che applicando le indicate percentuali in caso di accoglimento dell'istanza di recesso per ritardo nella consegna dei lavori l'impresa aggiudicataria di un appalto di lavori che raggiunga la soglia di applicazione della normativa comunitaria otterrebbe un risarcimento inferiore ai dieci milioni di lire. Tale norma ha ricevuto scarsa applicazione perché l'esiguità del risarcimento conseguibile ha indotto le imprese aggiudicatarie ad attendere la seppur tardiva consegna dei lavori. D'altra parte si è data un'interpretazione restrittiva della norma ammettendone l'applicazione solo in caso di ritardo incolpevole nella consegna dei lavori: Coll. arb., 12 febbraio 1988, *Soc. auto Mec prefabbricati c. Min. protezione civile*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1988, 1692; significativa per l'esame del rapporto fra l'art. 345, l. 2248/1965, all. F, cit., e l'art. 10, VIII comma, d.p.r. n. 1063/1962: Corte di

In tale prospettiva potrebbe apparire non pienamente fondato il riferimento al caso in questione della limitazione del danno risarcibile attuata calcolando il decimo sui «quattro quinti del prezzo che è servito di base al contratto, depurato del ribasso d'asta»⁷³, giustificata dal fatto che l'appaltatore è

cassazione, sez. I, 4 luglio 1986, n. 4392, *Nicolosi c. Com. di Catania*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1986, 1750 e per esteso su cd-rom *juris data*, concernente l'appalto per la costruzione di una scuola elementare ove, in seguito alla stipulazione del contratto, l'impresa non aveva mai ricevuto la consegna dei lavori con conseguente duplice prospettazione, da un lato dell'istanza di recesso dell'impresa, dall'altro di risoluzione del contratto da parte dell'amministrazione. Nei giudizi di merito non viene qualificata correttamente la domanda e la Cassazione rinvia la causa.

⁷³ Art. 41, comma II, del d.p.r. 16 luglio 1962, n. 1063, *Approvazione del capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici*, con norma riproposta anche nello *Schema di decreto del Presidente della Repubblica approvato il 14 dicembre 1999 dal Consiglio dei Ministri recante regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici*, art. 122, comma II e s. ove si prevede che «2. Il decimo dell'importo delle opere non eseguite è calcolato sulla differenza tra l'importo dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso d'asta, e l'ammontare netto dei lavori eseguiti. 3. L'esercizio del diritto di recesso è preceduto da formale comunicazione all'appaltatore da darsi con un preavviso non inferiore a venti giorni, decorsi i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori ed effettua il collaudo definitivo. 4. I materiali il cui valore è riconosciuto dalla stazione appaltante a norma del comma 1 sono soltanto quelli già accettati dal direttore dei lavori prima della comunicazione dello scioglimento del contratto. 5. La stazione appaltante può trattenere le opere provvisoriale e gli impianti che non siano in tutto o in parte asportabili ove li ritenga ancora utilizzabili. In tal caso essa corrisponde all'appaltatore, per il valore delle opere e degli impianti non ammortizzato nel corso dei lavori eseguiti, un compenso da determinare nella minor somma fra il costo di costruzione e quello delle opere e degli impianti al momento dello scioglimento del contratto. 6. L'appaltatore deve rimuovere dai magazzini e dai cantieri i materiali non accettati dal direttore dei lavori e deve mettere i predetti magazzini e cantieri a disposizione della stazione appaltante nel termine stabilito; in caso contrario lo sgombero è effettuato d'ufficio ed a sue spese». Si veda la precedente norma di cui al r.d. 25 maggio 1895, n. 350, che approva il regolamento per la di-

tenuto ad assoggettarsi ad una diminuzione delle opere fino ad un quinto dell'importo dell'appalto⁷⁴.

rezione, la contabilità e la collaudazione dei lavori dello Stato che sono nelle attribuzioni del Ministero dei lavori pubblici, che all'art. 35, prevede: «Scioglimento del contratto. Quando l'amministrazione si valga della facoltà di sciogliere il contratto a sensi dell'art. 345 della legge sui lavori pubblici, si procederà tosto a riprendere in consegna i lavori, e, spirato il termine di garanzia fissato nel capitolato speciale, al loro collaudo definitivo. L'amministrazione ha l'obbligo di accettare soltanto quei materiali esistenti nel cantiere che siano stati ricevuti dal direttore dei lavori prima della partecipazione dello scioglimento del contratto. L'appaltatore dovrà rimuovere i materiali non accettati dall'amministrazione dai magazzini e dai cantieri e mettere questi a disposizione dell'amministrazione medesima nel termine che gli sarà stabilito, sotto pena che lo sgombero sia effettuato d'ufficio ed a sue spese». Cfr.: Coll. arb., 8 giugno 1991, Impr. Calveri c. Com. Galatro, in Arch. giur. oo. pp., 1992, 324; Coll. arb., 6 febbraio 1990, Impr. Grassi c. Com. Sciacca, Id., 1991, 635; Coll. arb., 15 febbraio 1989, Impr. costruz. Mineri c. Com. di Messina, cit., 128; Coll. arb., 7 dicembre 1988, Impr. Anzà c. Com. di Gioiosa Marea, Id., 1989, 814.

⁷⁴ Art. 344 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F., cit. Neppure sembra applicabile la norma che quantifica i danni per il recesso causato da ritardo nella consegna dei lavori, fissando una quota di risarcimento inferiore all'1% del valore del contratto: art. 10, comma VIII, d.p.r. 16 luglio 1962, n. 1063, cit. Sui limiti di applicazione della norma: Corte di cassazione, 25 luglio 1990, n. 7536, Soc. comp. merid. costruz. c. Iacp Bari, in Giur. it., 1991, I, 1, 302; Corte di cassazione, sez. I, 4 luglio 1986, n. 4392, Nicolosi c. Com. di Catania, in Arch. giur. oo. pp., 1986, 1750; Coll. arb., 17 giugno 1993, Impr. Muni c. Com. Motta S. Anastasia, Id., 1995, 67; Coll. arb., 12 febbraio 1988, Soc. auto Mec prefabbricati c. Min. protezione civile, Id., 1988, 1692; Coll. arb., 6 luglio 1989, Soc. Isidori c. Usl 4, Chieti, Id., 1991, 1. Il già ricordato Schema di decreto del presidente della repubblica approvato il 14 dicembre 1999 dal Consiglio dei Ministri recante regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici, ove all'art. 129, comma VIII, prima parte, si prevede che: «8. Qualora la consegna avvenga in ritardo per fatto o colpa della stazione appaltante, l'appaltatore può chiedere di recedere dal contratto. Nel caso di accoglimento dell'istanza di recesso l'appaltatore ha diritto al rimborso di tutte le spese effettivamente sostenute e documentate ma in misura non superiore ai limiti indicati dal capitolato generale».

La percentuale del dieci per cento come utile medio conseguibile dall'appaltatore si ritrova nelle valutazioni compiute della stessa amministrazione pubblica per determinare la base d'asta: il regolamento del 1895⁷⁵ aveva previsto che «se il lavoro deve essere appaltato, si aggiungerà un decimo di beneficio dell'appaltatore». Mentre la percentuale di maggiorazione sui «prezzi unitari della manodopera, dei mezzi di trasporto, dei materiali, e di quanto altro occorre alla formazione del costo delle singole categorie di opere»⁷⁶, è aumentata nel tempo, passando — a seconda dell'importanza e della natura dei lavori — da una percentuale compresa fra l'8 e il 12% ad una compresa fra il 13 ed il 15%, il «beneficio per l'appaltatore» è rimasto immutato al dieci per cento⁷⁷.

Anche la giurisprudenza comunitaria, in assenza di ogni indicazione normativa, giunge a quantificare il lucro cessante dell'imprenditore nel decimo del valore residuo dell'appalto in esecuzione⁷⁸. Non si esclude la prova della possibilità di conseguire un utile maggiore in relazione alle caratteristiche

⁷⁵ D.m. 29 maggio 1895, n. 350, Regolamento per la compilazione dei progetti di opere dello Stato che sono nelle attribuzioni del Ministro dei Lavori Pubblici, art. 20, u.c.

⁷⁶ Art. 20, d.m. 29 maggio 1895, cit.

⁷⁷ Art. 14, l. 10 dicembre 1981, n. 741, Ulteriori norme per l'accelerazione delle procedure per l'esecuzione di opere pubbliche.

⁷⁸ Cfr. ad es.: Corte giustizia Comunità europee, 1 giugno 1995, causa 42/94, Heidemij Advies BV c. Parlamento Europeo, in Raccolta, 1995, I, 1417, pto 22, concernente le conseguenze della «risoluzione unilaterale» del contratto di appalto per la sorveglianza della costruzione di edifici nell'ambito dell'ampliamento del Parlamento a Bruxelles. L'ammontare dovuto all'impresa per l'esercizio del diritto di recesso viene quantificato nel «10% del valore dei lavori che rimangono da eseguire», calcolato sulla base del compenso forfettario annuo previsto nel contratto. Analoghe indicazioni si rinvencono in altri Stati membri della Comunità europea: S. ARROWSMITH, Remedies for enforcing public procurement rules, Aerystwyth, 1993, 73, 107.

dell'appalto e soprattutto per l'organizzazione dell'impresa⁷⁹; si è detto infatti che la presentazione di un'offerta vincola il concorrente fino al termine della selezione, con la conseguenza di una limitazione della disponibilità dei mezzi dell'impresa⁸⁰, la quale, sebbene possa liberamente partecipare ad altre gare, deve valutarne l'opportunità in relazione al vincolo già assunto⁸¹.

Le recenti evoluzioni in materia consentono al concorrente deluso di invocare una protezione del diritto alla propria immagine d'impresa, che può essere lesa dall'ingiustificata esclusione dalle trattative, o dalla scorretta conclusione delle stesse, che possono determinare un «discredito commerciale» anche a seguito dell'erronea valutazione dell'anomalia della sua offerta, sia perché la scorrettezza dell'amministrazione contri-

⁷⁹ Cfr. Coll. arb., 6 febbraio 1990, *Impresa Ing. A. Grassi c. Com. di Sciacca*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1991, 653, ove si cerca di provare che il guadagno netto dell'impresa non sarebbe stato inferiore al 14-15%; Corte giustizia Comunità europee, 14 gennaio 1993, causa 257/90, *Italsolar s.p.a. c. Commissione Ce*, in *Raccolta*, 1993, I, 9, ove un'impresa italiana, sostenendo di essere stata illegittimamente esclusa da una gara, disciplinata dalla terza convenzione di Lomé, quantifica il danno subito in 478.624.000 lire come spese di partecipazione alla gara d'appalto e richiede il 15% del prezzo offerto per ciascun lotto quale mancato guadagno; la sua domanda viene peraltro integralmente respinta.

⁸⁰ Il credito del concorrente escluso a causa della violazione di una norma di definizione del comportamento dovuto dall'amministrazione pare debba considerarsi per l'amministrazione pubblica un debito di valore quindi soggetto a rivalutazione. Cfr. Coll. arb., 30 dicembre 1993, *Soc. Icla c. Agenzia promozione sviluppo Mezzogiorno*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1995, 592; Coll. arb., 26 luglio 1993, *Soc. Vargiu c. Com. di Nuoro*, *Ibid.*, 178; Coll. arb., 27 novembre 1989, *Soc. impr. edilstradale Calderoni c. Cons. auton. porto Genova*, *Id.*, 1991, 265.

⁸¹ T.a.r. Lombardia, sez. III, Milano, 9 marzo 2000, n. 1869, *Italassistanza coop. a.r.l., Onlus c. Azienda ospedaliera San Gerardo di Monza e Croce Azurra San Giorgio di Sesto S. Giovanni, Associazione volontaria di pubblica assistenza e altri*, cit.

buisce a qualificare l'impresa come inaffidabile⁸², sia perché l'aver eseguito correttamente determinati contratti costituisce requisito di qualificazione per ulteriori appalti futuri⁸³.

D'altra parte, pare possibile individuare anche una responsabilità precontrattuale dell'impresa che abbia presentato un'offerta anormalmente bassa, ove si accerti che essa tentava di aggiudicarsi il contratto senza assicurare la corrispondenza qualitativa e quantitativa della prestazione a quanto richiesto nel bando e nei capitolati. In tal caso infatti l'offerta anomala, in quanto non conforme alla richiesta, dimostra un'inadeguata valutazione che può apparire scorretta in quanto comporta il protrarsi di trattative che, per la mancanza di chiarezza dell'offerta, impongono alla parte pubblica un onere di verifica che giunge ad accertare gli elementi dell'offerta non correttamente valutati. La parte pubblica potrebbe in tali casi richiedere il risarcimento del danno conseguente alle spese sostenute per la prosecuzione delle trattative in occasione della valutazione dell'anomalia e per i conseguenti ritardi.

4. *Esecuzione del contratto invalido e actio de in rem verso. Recesso dalle trattative o mancato avveramento della condizione sospensiva di approvazione del contratto. Violazione delle norme di selezione e limiti al riconoscimento dell'arricchimento ingiustificato della pubblica amministrazione.*

La questione del risarcimento del danno «precontrattuale» si pone in termini differenti quando si realizzi un'attività di esecuzione della prestazione in assenza di un'obbligazione va-

⁸² V. Coll. arb., 14 settembre 1993, *Impresa Holzmann c. Consorzio di bonifica alto e medio Belice*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1995, 254.

⁸³ Cfr. ad es. art. 21, comma I, lett. b), del d. lg. 19 dicembre 1991, n. 406, *Attuazione della direttiva 89/440/CEE, in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*.

lida ed efficace⁸⁴. La pubblica amministrazione può conseguire un concreto arricchimento attraverso l'esecuzione parziale o totale di un contratto invalido a causa della violazione delle norme che ne disciplinano la formazione del contratto, ovvero per la interruzione delle trattative⁸⁵.

A parte la responsabilità della parte pubblica per le violazioni che hanno impedito il perfezionarsi del contratto, è noto che chi abbia intrapreso l'esecuzione non ha diritto al pagamento della prestazione, né sulla base del contratto non perfezionato, né in forza dell'art. 1337 cod. civ., né della ripetizione dell'indebito poiché non esisteva un obbligo di prestazione. Il rimedio utilizzabile può essere l'*actio de in rem verso*, che peraltro garantisce soddisfazione all'interessato solamente quando l'amministrazione abbia ottenuto una prestazione di cui riconosca l'*utilitas*⁸⁶. L'azione è fondata sul principio di equità naturale *nemo locupletari debeat cum alterius jactura*⁸⁷, già presente nel codice civile del 1865 all'art. 1307, riguardante espressamente i

⁸⁴ Significativo è il già esaminato caso Bellucci: Corte di cassazione, Sez. I, 23 maggio 1981, n. 3383, *Bellucci c. Ammin. difesa*, in *Giust. civ.*, 1981, I, 1921, e in *Foro it.*, 1982, I, 2012, con nota di A. M. MARINI e successivamente: Corte di cassazione, Sez. I, 11 maggio 1990, n. 4051, *Bellucci e altri c. Ammin. difesa*, in *Foro it.*, 1991, I, 184, con nota di D. CARUSO, *Note in tema di danni precontrattuali*.

⁸⁵ D. CARUSO, *La culpa in contrabendo - L'esperienza statunitense e quella italiana*, cit., 184.

⁸⁶ Cfr. da ult.: Corte di cassazione, sez. II, 23 maggio 1995, n. 5638, *Com. Resia c. Favero*, in *Appalti urbanistica edilizia*, 1996, 631, ove si afferma che la trasmissione di un elaborato progettuale, predisposto senza formale incarico, all'organo competente non integra un'utilizzazione proficua dello stesso.

⁸⁷ Leg. 1. Dig., pr. *De in rem verso*; Inst. § 8, *Quod cum eo qui in aliena potestate*, etc., accordata originariamente contro il padre di famiglia a coloro che avevano dato al figlio danaro o altre cose impiegate a vantaggio del padre, successivamente concessa per analogia a tutti coloro che con opere o denaro proprio abbiano recato ad altri una utilità patrimoniale.

minori, ma che la giurisprudenza ha esteso a «tutti i casi di incapacità ed anche agli enti morali amministrati, come è il Comune»⁸⁸, e riproposta dall'art. 2041 del vigente codice civile.

Soprattutto in passato si ritrovano casi in cui un sindaco ordinava verbalmente ad un privato di eseguire lavori o forniture a favore del comune, senza alcuna previa deliberazione del consiglio⁸⁹ ed il privato, senza indagare sulla sussistenza dei necessari atti formali, adempiva, con il conseguente ricorso all'azione *de in rem verso*⁹⁰, nei limiti in cui l'amministrazione riconoscesse l'utilità dell'opera o della fornitura eseguita ed assumesse l'obbligazione⁹¹. L'attività svolta *sine titulo*, in passato, doveva riguardare spese obbligatorie per i comuni⁹² e

⁸⁸ Corte di cassazione di Torino, 31 dicembre 1897, *Com. di Colliroli c. Calvini*, in *Riv. amm.*, 1898, 189; Corte d'appello di Genova, 24 marzo 1899, *Raddi c. Com. di Santa Margherita Ligure*, cit.

⁸⁹ Corte d'appello di Genova, 24 marzo 1899, *Raddi c. Com. di Santa Margherita Ligure*, in *Riv. amm.*, 1899, 399, riguardante lavori e forniture ordinate dal sindaco in occasione dell'inaugurazione dei «monumenti in paese al gran Re Vittorio Emanuele II ed all'insigne suo ministro Cavour»; Corte di cassazione di Firenze, 15 maggio 1914, *Com. di Incisa Valdarno c. Sarti-Magi*, in *Riv. amm.*, 1914, 654, riguardante l'ordine degli stampati occorrenti per il censimento.

⁹⁰ Sentenza a sezioni unite della Corte di cassazione di Roma, 23 maggio 1886, *Com. di Napoli c. Grimaldi*, in *Riv. amm.*, 1886, 530, riguardante lavori stradali compiuti nel comune di Napoli oltre i limiti dell'appalto e dei progetti regolarmente approvati. Sentenza della Corte di cassazione di Napoli, 17 dicembre 1880, *Com. di Casaluca c. Comella*, in *Riv. amm.*, 1882, 324, che ammette l'utile gestione di un privato per lavori urgenti di manutenzione delle strade in assenza di contratto.

⁹¹ Corte di cassazione di Napoli, 28 giugno 1909, *Dichmann c. Com. di Castelfranci*, in *Riv. amm.*, 1910, 175, dove si respinge la proponibilità di tale azione in quanto le conseguenze dell'inefficacia del contratto erano state regolate pattizamente.

⁹² Corte d'appello di Bologna, 21 marzo 1898, *Borsi c. Com. di Lugo*, in *Riv. amm.*, 1898, 744, riguardante il pagamento dell'opera prestata da un medico per diciannove mesi, non fondata su un valido contratto.

anche oggi deve essere dimostrato il reale profitto e l'arricchimento ottenuto dall'ente pubblico (*eventus utilitatis*), con «apprezzamento di mero fatto e non discrezionale»⁹³.

L'esperibilità dell'*actio de in rem verso* nei confronti dei comuni non è sempre stata ammessa, in quanto si temeva che una garanzia di rimborso delle spese obbligatorie per il comune avrebbe potuto aprire ai privati la possibilità di compierle senza che la proposta di spesa fosse discussa, votata, approvata e stanziata nel bilancio comunale, in violazione delle «norme di cautela e buona amministrazione dalla legge stabilite»⁹⁴. Qualora invece un privato spontaneamente abbia intrapreso un'opera nell'interesse dell'amministrazione, questa non può essere obbligata a riconoscerne l'utilità⁹⁵. Tuttavia la giuri-

⁹³ Corte di cassazione di Firenze, 15 maggio 1914, *Com. di Incisa Valdarno c. Sarti-Magi*, cit.: si esclude invece che l'ordinamento amministrativo possa ammettere la *negotiorum gestio*, in quanto le formalità richieste per la validità degli atti e dei contratti pubblici determinano la *prohibitio domini*, inoltre la valutazione dell'*utilitas ab initio* sarebbe comunque discrezionale; Corte d'appello di Bologna, 2 luglio 1934, *Com. di Parma c. Franco*, in *Riv. amm.*, 1934, 40; Corte di cassazione, 18 gennaio 1934, *Ramarini c. Com. di Cottanello*, in *Riv. amm.*, 1934, 614. Da ult.: Corte di cassazione, sez. un., 12 dicembre 1994, n. 10596, *Comunità montana Valle dell'Irno c. Soc. edil Ripa*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1995, 659;

⁹⁴ Sentenza della Corte di cassazione di Torino, 9 maggio 1883, *Com. di S. Carlo di Cirié c. Ditta Ropolo*, in *Riv. amm.*, 1883, 890, riguardante il pagamento di «provviste» fatte al parroco don Seminino, per la costruzione di un campanile annesso alla nuova chiesa parrocchiale di S. Carlo di Cirié. Anche oggi si afferma l'obbligo di rimborsare l'opera a chi l'ha compiuta solamente quando la stessa amministrazione l'abbia pienamente accettata riconoscendone l'utilità: Corte di cassazione, sez. un., 10 febbraio 1996, n. 1025, *Prov. Arezzo c. Comunità montana zona H Alto Tevere Valtiberina*, in *Foro it.*, 1996, I, 1244, ove si afferma che nella liquidazione dell'indennizzo per indebito arricchimento è possibile fare riferimento alle tariffe professionali solo come parametro di liquidazione, restandone esclusa l'applicabilità diretta.

⁹⁵ Sentenza a sezioni unite della Corte di cassazione di Roma, 23 maggio 1886, *Com. di Napoli c. Grimaldi*, cit.; Corte d'appello di Bologna, 2 luglio

sprudenza nella sua evoluzione giunge ad ammettere anche il riconoscimento implicito o tacito della sussistenza dell'utilità, verificabile quando l'amministrazione abbia utilizzato i beni prestati secondo la loro naturale destinazione⁹⁶.

L'inerzia come causa di interruzione immotivata delle trattative viene configurata come ipotesi di «responsabilità precontrattuale»⁹⁷, ove appare evidente la scorrettezza, ma emergono anche i limiti degli strumenti giuridici per sanzionarla.

In ogni caso, è risalente la convinzione che la fase precontrattuale determini una sfera specifica di pericolo per chi vi partecipa, anche se spesso non era possibile fondare un'azione di risarcimento del danno, né riconoscere un «indennizzo»

1934, *Com. di Parma c. Franco*, cit., in cui il privato pretendeva dal comune l'adempimento di un mutuo originato per mezzo di una semplice lettera non protocollata indirizzatagli dal rappresentante dell'ente. Viene disconosciuta ogni utilità e vantaggio per il comune nell'operato del privato.

⁹⁶ Corte di cassazione, II sez., 16 dicembre 1935, *Ditta Vallardi c. Com. Lusevera*, in *Foro amm.*, 1936, II, 1, riguardante l'ordinazione da parte del podestà di una fornitura di materiale scolastico, senza deliberazione alcuna, né iscrizione della spesa in bilancio. Cfr. in tal senso da ult.: Corte di cassazione, sez. un., 12 dicembre 1994, n. 10596, *Comunità montana Valle dell'Irno c. Soc. edil Ripa*, cit., 659.

⁹⁷ In passato la qualificazione della decisione di sottoporre la deliberazione di incarico professionale all'approvazione tutoria tra i poteri discrezionali dell'amministrazione pubblica, sembrava precludere al giudice civile il superamento dell'inerzia, poiché quando «l'amministrazione entra in trattative con un privato per costituire un rapporto giuridico, se agisce colposamente prima che il rapporto sia perfezionato, non è responsabile per contratto»: Corte di cassazione, III sez., 1 aprile 1936, *Puglisi c. Ospedale Civile di Noale*, in *Foro amm.*, 1936, II, 142, riguardante la deliberazione di affidare ad un ingegnere l'incarico per la compilazione di un progetto, non approvata dall'autorità tutoria (G.P.A.) e dunque non formalmente perfetta. Manca una tutela del privato nel caso in cui sia invalidamente commissionata una progettazione, venga trattenuta, ma si neghi l'utilità della stessa. Ritiene che il criterio restitutorio operi «in forma crittotipa nella litigiosità precontrattuale italiana»: D. CARUSO, *La culpa in contrahendo - L'esperienza statunitense e quella italiana*, cit., 177.

per indebito arricchimento per mancanza dei presupposti⁹⁸, con la conseguenza che, per sanzionare il comportamento scorretto dell'amministrazione, si giungeva a configurare la scorrettezza come inadempimento e si sanzionava l'inerzia con la finzione di avveramento della condizione sospensiva (1169 cod. civile del 1865)⁹⁹.

⁹⁸ Cfr. Corte di cassazione, I sez., 31 marzo 1932, n. 1112, *Chiarizia c. Com. Adrano*, in *Foro amm.*, 1932, II, 164, per un caso di incarico per la ricerca e la condotta di acqua potabile e per la fognatura, invalido in quanto non accompagnato da una perizia che predeterminasse la spesa, ove l'invalidità del rapporto contrattuale non avrebbe potuto essere sanata né con l'apposizione del visto, né da atti di esecuzione quali pagamenti parziali; Corte di cassazione, sez. un., 24 novembre 1932-14 gennaio 1933, n. 118, *Cavazzi c. Com. di Paliano*, in *Nuova riv. appalti pubbl.*, 1933, 226, riguardante il progetto per trasformare in strada rotabile una mulattiera. La sentenza cassa con rinvio la precedente decisione che respingeva la domanda di pagamento del professionista in quanto il progetto non era stato approvato dagli enti interessati.

⁹⁹ Corte di cassazione, 15 maggio 1939, *Com. di Modica c. Melotti*, in *Riv. amm.*, 1939, 856, riguardante il contratto per l'affidamento della progettazione di fognatura, non trasmesso al Genio civile, ove il comune aveva commissionato tale progettazione senza avere preliminarmente provveduto in ordine al finanziamento dei lavori, credendo di riparare all'omissione arrestando indefinitamente anche l'obbligazione assunta verso gli ingegneri. L'intero procedimento di formazione del contratto viene esaminato da parte del giudice civile anche in assenza del visto prefettizio e dunque prima che formalmente sorga un diritto di credito del privato. Si discute del diritto al compenso sulla base dell'adempimento all'incarico ricevuto da accertare anche mediante perizie tecniche, salvo poi affermare comunque non dovuto il compenso per mancanza delle forme prescritte perché un ente locale possa validamente obbligarsi cosicché il mancato riconoscimento da parte della pubblica amministrazione dell'utilità ricevuta, anche tacito o implicito, costituisce l'elemento che spesso impedisce al privato di ottenere un indennizzo: Corte d'appello di Torino, 10 maggio 1938, *Com. di Pettinengo (Biella) c. Selva*, in *Riv. amm.*, 1938, 668, riguardante un incarico verbale del podestà al delegato podestarile (non ingegnere) di redigere un progetto di fognatura in conglomerato cementizio, progetto non approvato dal prefetto di Vercelli. L'esecuzione dell'opera secondo il progetto predisposto e l'utilizzazione della stessa dimostrano l'utile effettivamente conseguito dal comune, come pure il

Il nuovo ordinamento finanziario degli enti locali definisce la questione delle violazioni delle norme che disciplinano l'assunzione delle obbligazioni introducendo una singolare ipotesi di «responsabilità contrattuale»¹⁰⁰ diretta del funzionario che abbia ordinato l'esecuzione di contratti senza il rispetto delle formalità previste verso il privato che abbia eseguito la prestazione. Ciò comporta l'esclusione dell'esperibilità in via diretta da parte del contraente privato dell'azione di arricchimento, poiché egli dispone di un'azione contrattuale diretta verso il funzionario; tuttavia si è riconosciuto che possa altresì esperire in via surrogatoria *ex art. 2900 cod. civ.* l'azione di arricchimento di cui è titolare il funzionario verso l'amministrazione¹⁰¹.

compimento di attività il cui costo rientra fra le spese obbligatorie per il comune: Corte d'appello di Torino, sez. I, 16 gennaio 1942, *Caffa Paganini c. Com. di Casale Corte Cerro*, in *Riv. amm.*, 1942, 19, riguardante vari incarichi verbali del podestà per la realizzazione di progettazioni e di collaudi.

¹⁰⁰ Art. 35, d.lg. 25 febbraio 1995 n. 77, *Ordinamento finanziario e contabile degli enti locali*.

¹⁰¹ Cfr. Corte costit., 24 ottobre 1995, n. 446, *Soc. costruz. edili e stradali c. Prov. Catanzaro*, in *Foro it.*, 1996, I, 21, con nota di F. CARINGELLA, *Criterio di sussidiarietà e legittimazione surrogatoria nell'esercizio dell'actio de in rem verso nei confronti della p.a.*

CAPITOLO SETTIMO

LA TUTELA GIURISDIZIONALE

SOMMARIO: 1. La «competenza» sino agli anni trenta del giudice ordinario ad esercitare il sindacato sugli atti precontrattuali della pubblica amministrazione. Le impugnazioni avanti al giudice amministrativo dei terzi estranei al contratto e il difetto di legittimazione avanti al giudice civile. Limiti del sindacato incidentale del giudice ordinario sugli atti che determinano il recesso della parte pubblica. I conflitti di giurisdizione tra giudice ordinario e sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato. — 2. Il sindacato amministrativo sui decreti reali di annullamento della volontà contrattuale dell'amministrazione per «gravi motivi di interesse pubblico». La riforma della legge comunale e provinciale, la nuova disciplina dell'annullamento governativo e il riconoscimento *ex lege* della giurisdizione amministrativa. — 3. L'affermarsi del ruolo della giurisdizione amministrativa a garanzia della corretta applicazione delle procedure di scelta del contraente. L'estensione della giurisdizione amministrativa a tutti i metodi di scelta del contraente, non esclusa la trattativa privata. — 4. La successiva estensione della giurisdizione amministrativa attraverso la configurazione di atti amministrativi emanati da concessionari ed imprenditori non concessionari, ma tenuti all'applicazione delle procedure di scelta del contraente. — 5. La nuova giurisdizione esclusiva ed il ritorno al riconoscimento di diritti precontrattuali. La distinzione fra il sindacato sulla correttezza del comportamento della parte pubblica e la giurisdizione sulla legittimità degli atti amministrativi. Il superamento della questione sulla pregiudizialità del sindacato di legittimità degli «atti precontrattuali». La «correzione» della procedura di selezione imposta dalla disciplina europea.

1. *La «competenza» sino agli anni trenta del giudice ordinario ad esercitare il sindacato sugli atti precontrattuali della pubblica amministrazione. Le impugnazioni avanti al giudice amministrativo dei terzi estranei al contratto e il difetto di*

legittimazione avanti al giudice civile. Limiti del sindacato incidentale del giudice ordinario sugli atti che determinano il recesso della parte pubblica. I conflitti di giurisdizione tra giudice ordinario e sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato.

Prima del 1865 erano devolute al contenzioso amministrativo le controversie sulla validità, interpretazione, esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione, come pure quelle concernenti gli atti che hanno ad oggetto i rapporti contrattuali, precedenti e successivi alla stipulazione¹.

¹ A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, 279, spec. 308, ricorda che la legge 30 ottobre 1959, n. 3708, attribuì ai Consigli di governo la qualità di giudici ordinari del contenzioso amministrativo relativamente: «c) alla intelligenza ed esecuzione dei contratti di appalto di dette contribuzioni e diritti; di somministrazioni e lavori di ogni genere interessanti l'amministrazione dello Stato, dello Economato generale, e dell'Ordine dei SS. Maurizio e Lazzaro, nonché delle provincie, delle comunità, o degli istituti di carità, o stabilimenti di beneficenza», «d) alla validità di tali contratti, quando fosse controversa la validità, la legittimità o la interpretazione degli atti giurisdizionali dell'autorità amministrativa». Sul Regno delle due Sicilie: L. MAROTTA, *Osservazioni sulle leggi dell'amministrazione civile del Regno delle due Sicilie*, Napoli, 1824, con osservazioni sulla legge del 21 marzo 1817, ove al titolo I, par. III, art. 8, ove si prevede: «apparterrà a' giudici del contenzioso amministrativo il conoscere, 1° della validità di tutti i contratti fatti dall'amministrazione pubblica; 2° della legalità delle solennità adoperate negli stessi contratti; 3° della interpretazione e spiegazione de' medesimi». e all'art. 10 si attribuiscono alla «competenza delle autorità del contenzioso amministrativo tutte le quistioni che potranno sorgere tra l'amministrazioni pubblica, e gli appaltatori di opere e di lavori pubblici, ne' termini dell'art. 8»; C. SCHUPFER, *I precedenti storici del diritto amministrativo vigente in Italia, organizzazione amministrativa degli stati italiani avanti l'unificazione legislativa*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano a cura di V. E. Orlando*, Milano, 1900, vol. I, 1087, 1113 e s. Per un riesame della vicenda: R. CAVALLO PERIN, *Procedimento amministrativo e giustizia amministrativa*, in *Storia d'Italia, Annali n. 14*, a cura di L. Violante, Torino, 1998, 255 e s.

Nel regno di Sardegna erano sottoposti all'indicato contenzioso amministrativo anche altri soggetti come le opere pie, le congregazioni di carità e gli enti morali poi disciplinati dalla legge 17 luglio 1890, n. 6972, la cui natura giuridica non poteva qualificarsi ente pubblico², ma che ciononostante erano tenuti ad applicare le procedure di gara per la scelta del contraente in ragione dell'attività svolta nell'interesse collettivo³.

Con l'abolizione del contenzioso amministrativo⁴, tali controversie vengono attribuite al giudice ordinario⁵, ma è opi-

² Sul dibattito che non ha mai risolto la questione della natura giuridica pubblica o privata di tali enti: P. CAVALERI, *L'assistenza tra disciplina pubblica e libertà dei privati*, Milano, 1992, 17 e s.

³ Tali enti erano tenuti all'applicazione delle norme sulla scelta del contraente già vigente la legge n. 753 del 1862, (art. 13): cfr. Consiglio di Stato, 23 marzo 1888, n. 505, *Congregazione di Castellamare di Stabia*, in *Man. amm.*, 1888, 243, ove si annulla la deliberazione della deputazione provinciale che aveva autorizzato la trattativa privata sulla base di apprezzamenti manifestamente erronei e su fatti risultati inesistenti; il reclamo proposto da chi non aveva veste per farlo viene considerato come denuncia della deroga «senza motivi legittimi all'obbligo dalla legge imposto». La legge n. 6972 del 1890, cit., attribuì alla Giunta provinciale amministrativa e non più alla Deputazione provinciale, la competenza ad autorizzare le deroghe all'asta pubblica, prevista come obbligo generale, «sotto pena di nullità» (art. 26).

⁴ L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, cit. Cfr.: F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, s.d., 20 e s.; A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, 2 e s.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, IV ed., Bologna, 1994, 54 e s.; P. AIMO, *Le origini della giustizia amministrativa*, Milano, 1990, 8 e s.

⁵ B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *I Rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica, Atti del congresso internazionale svoltosi a Torino il 17-19 ottobre 1994*, Napoli 1997, 366, osserva che «il legislatore dell'unificazione non ha dubbi nell'attribuire al giudice ordinario quei contratti — appalti e forniture — che la legge Rattazzi assegnava ai giudici del contenzioso»; S. SAMBATARO, *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 1977, 70, ove si considera che «il momento dell'abolizione consistette sì in una scelta precisa di libertà, ma non di libertà

nione diffusa che tale giudice per la sua «timidità» deluse le attese di giustizia nei confronti del potere esecutivo⁶, perché non disposto a sindacare quell'area di «indipendenza» dell'amministrazione pubblica e di ogni soggetto che svolgesse attività di pubblico interesse.

La «competenza»⁷ del giudice ordinario non sembrò mutare neppure con l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato⁸, dal momento che si era dato «un giudice alle mate-

del cittadino verso l'amministrazione bensì dell'amministrazione verso gli altri poteri dello Stato e dunque verso il cittadino».

⁶ V. E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano a cura di V. E. Orlando*, cit., vol. I, 635, ove osserva che «la magistratura ha dimostrato, in generale, una considerevole timidità nell'esercizio delle attribuzioni che pareva limitassero la libertà del potere esecutivo», in relazione alla «deficiente indipendenza dei membri del potere giudiziario di fronte all'esecutivo» ed anche perché «il magistrato appare un «funzionario», il quale, lungi dal considerarsi in antagonismo col «funzionario» dell'ordine amministrativo, vede in questo più tosto un collega ed un compagno», per questo si considera che «la magistratura italiana attuò il compito affidatole dalla legge del 1865, in maniera affatto difforme dallo spirito liberale da cui quella riforma era animata». Cfr. S. SAMBATARO, *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, cit., 257 e s., 269, n. 169, ove a testimonianza del disagio del giudice ordinario richiama le indicazioni della stessa giurisprudenza che suggerisce a coloro che si reputano lesi dagli atti della pubblica autorità di insinuare i reclami in via amministrativa prima di adire i tribunali.

⁷ Come noto le questioni di giurisdizione vengono in questo periodo, normalmente, definite dalla giurisprudenza come questioni «di competenza», cfr., per tutti: M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 17 e s.; L. VERRIENTI, *Art. 4*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di A. Romano, Padova, 1992, 318 e s.; B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, Milano, 1985, 215 e s.

⁸ L. 31 marzo 1889, n. 5992, su cui per tutti si rinvia agli *Atti del convegno celebrativo: Cento anni di giurisdizione amministrativa*, Torino 10-12 novembre 1989, Napoli, 1996. La nuova Sezione appariva istituita «per decidere sui ricorsi contro gli atti o i provvedimenti delle autorità amministrative, che concernono non già un diritto civile o politico, ma bensì un interesse di indi-

rie che per l'art. 3 della ripetuta legge del 1865 erano demandate alla decisione del governo o dei funzionari dell'amministrazione»⁹. Nel caso di lesione di un diritto ad opera di un atto amministrativo, si considerava «assurda la possibilità di due giudizi indipendenti pel medesimo atto, sebbene con effetti diversi»¹⁰, dal momento che l'azione civile consentiva di ottenere la dichiarazione dell'illegittimità dell'atto lesivo del diritto, atto che avrebbe poi dovuto essere «revocato» dalla

vidui o enti morali, che si reputassero lesi dal provvedimento amministrativo»: Corte di cassazione, sez. un., 21 luglio 1898, *Errante e Virgilio c. Com. di Marsala*, in *Giur. it.*, 1898, I, I, 954, con nota critica di L. M.

⁹ «Non tutti i ricorsi contro gli atti e provvedimenti amministrativi debbono proporsi avanti alla IV sezione del consiglio di Stato, ma quelli soltanto che abbiano per oggetto semplici interessi, e che invece sieno di esclusiva competenza dell'autorità giudiziaria i ricorsi nei quali si impugna un atto o provvedimento amministrativo come lesivo di un diritto», Corte di cassazione, sez. un., 21 luglio 1898, *Errante e Virgilio c. Com. di Marsala*, cit., la sentenza riguarda l'appalto del dazio di consumo concesso per un quinquennio dal regio commissario ad una ditta che ne prese possesso. Il contratto non fu ratificato dal consiglio comunale. Il sindaco convenne gli appaltatori davanti al tribunale di Trapani chiedendo l'annullamento e la risoluzione del contratto, ma il giudizio non fu proseguito perché intervenne un decreto reale di annullamento delle deliberazioni del regio commissario e i conseguenti atti di affidamento dell'appalto. Proposto ricorso alla IV sezione per la revoca del decreto, i ricorrenti ne opposero l'incompetenza, di qui la sospensione di quel giudizio ed il rinvio alle sezioni unite.

¹⁰ Corte di cassazione, sez. un., 12 luglio 1898, *Schupfer c. Min. lavori pubblici*, in *Giur. it.*, 1898, I, I, 980, con nota di L. MORTARA. Il privato escluso da un pubblico incanto che ricorre contro il provvedimento amministrativo di esclusione avanti alla IV Sezione del Consiglio di Stato, vede rinviare la questione alle Sezioni Unite della Corte di cassazione per la definizione della «competenza», nel ricorso veniva dedotta la nullità del provvedimento di esclusione e degli atti posteriori, fino all'aggiudicazione definitiva, per violazione di legge. Il caso riguarda l'incanto per l'appalto delle opere e provviste per la costruzione del tronco Borgo a Mozzano-Bagni di Lucca della ferrovia Aulla-Lucca.

competente autorità amministrativa¹¹.

Le questioni di giurisdizione in materia di contratti assumono una valenza particolare, perché l'esito dell'attività amministrativa in questo caso è la stipulazione di un contratto che, seppur sottoposto a condizioni, sembra assicurare al privato un diritto soggettivo, con la conseguenza che non sempre l'applicazione dei criteri di riparto conduce ad effetti assimilabili a quelli delle differenti ipotesi per le quali vengono elaborati.

Se l'emanazione di atti pre-contrattuali, o l'avvenuta stipulazione di un contratto, fonda la «competenza» sui diritti, l'intreccio di tali diritti con l'esercizio di facoltà che riportano il rapporto con i privati allo stadio di «trattative» rende evidente la mancanza di strumenti di intervento del giudice ordinario che, ammessa la propria giurisdizione, anche ove avesse accertato l'illegittimità degli atti e la scorrettezza dei comportamenti della parte pubblica, non avrebbe trovato un fondamento giuridico per riconoscere un risarcimento del danno.

Pare opportuno distinguere tra l'impugnazione degli atti che precedono la stipulazione (atti di gara o di autorizzazione alla deroga ad essa) e di atti successivi che condizionano l'efficacia del contratto, o di atti che intervengono su un contratto già efficace «annullando» il consenso della parte pubblica.

Le questioni di giurisdizione assumono un diverso significato quando si riferiscono agli atti che precedono o seguono la stipulazione contrattuale, perché, se vengono in questione gli atti concernenti la scelta del contraente (atti di gara o di affidamento a trattativa privata), sono i terzi (non scelti come contraenti) ad impugnarli, ma, in assenza di una norma che

¹¹ Art. 4, l. 31 marzo 1877, sui conflitti di competenza, prevede che: «La decisione della competenza è determinata dall'oggetto della domanda» e l'oggetto della domanda deve desumersi non «dalle sole parole con cui essa è concepita, ma anche dal titolo della domanda stessa e dalla *causa petendi* che emerge dalla materia controversa»: Corte di cassazione, sez. un., 21 luglio 1898, *Errante e Virgilio c. Com. di Marsala*, cit.

tuteli il diritto alla correttezza precontrattuale, gli stessi non risultano essere mai stati titolari di un diritto soggettivo nei confronti dell'amministrazione pubblica.

Ove invece sia il contraente individuato e scelto dalla pubblica amministrazione ad impugnare gli atti che impediscono ad un contratto già concluso di divenire efficace o lo fanno cadere (diniego di visto o approvazione, ovvero annullamento del visto o dell'approvazione), il contraente privato è riconosciuto titolare di un diritto soggettivo (*ex contractu*), dunque legittimato ad agire avanti al giudice civile¹².

Nella prima ipotesi, si evidenzia la mancanza della previsione di diritti «precontrattuali» e l'insostituibilità della tutela amministrativa; nella seconda, la scelta della giurisdizione civile è stata limitata al solo sindacato formale degli atti amministrativi, che non ha garantito protezione al privato favorendo la devoluzione di tali controversie al giudice amministrativo.

Se contro un provvedimento di esclusione la giurisdizione del giudice ordinario può trovare fondamento nella richiesta di tutela del «diritto di partecipare agli incanti» garantito dalla legge, in quanto il provvedimento stesso disconosce arbitrariamente lo stato di capacità del privato¹³ bisogna riconoscere che il giudice dei diritti non si è mai spinto sino a verificare i presupposti richiesti dalla legge per l'esclusione dalla gara (mancanza dei requisiti di idoneità richiesti)¹⁴; la sua valuta-

¹² Il giudice civile potrebbe disapplicare gli atti illegittimi e far «rivivere» il contratto o quantomeno riaprire la possibilità dell'emanazione di un atto favorevole al contraente privato

¹³ Corte di cassazione, sez. un., 12 luglio 1898, *Schupfer c. Min. lavori pubblici*, cit., ove impugnato un provvedimento di esclusione si considera tale azione inerente ad un diritto leso da un atto della pubblica amministrazione che sulla base del disposto dell'art. 2 della l. 20 marzo 1865, cit., spetta alla giurisdizione ordinaria.

¹⁴ Art. 79, r.d. 4 maggio 1885, n. 3074, cit., «Sono escluse dal fare offerte, per tutti i contratti, le persone che nell'eseguire altre imprese si sieno rese

zione si ferma al riconoscimento della «competenza» e del rispetto delle forme, cioè alla legittimità *estrinseca e formale*, negando la possibilità di indagare il «merito del decreto», cioè la legittimità *intrinseca e sostanziale*, quindi, nel caso di specie, la sussistenza della «negligenza e mala fede» nell'esecuzione di altro contratto¹⁵.

Il giudice ordinario, in perfetta continuità con i casi che attengono ai rapporti tra privati, non si inoltra nella sfera di «autonomia» garantita dall'ordinamento, a *fortiori* ove trattasi di quella attribuita all'amministrazione pubblica per il perseguimento dell'interesse collettivo e non esercita dunque un sindacato sulle scelte discrezionali, che al tempo non dovevano neppure essere espressamente motivate¹⁶.

colpevoli di negligenza o di mala fede, tanto verso il Governo quanto verso i privati. L'esclusione dovrà risultare da un atto del Ministero da cui dipende il servizio pel quale è avvenuto il fatto suaccennato, e che sarà comunicato anche agli altri Ministeri».

¹⁵ Pare significativo anche il caso dell'imprenditore che raggiunto da un provvedimento di esclusione nel corso dell'esecuzione di un appalto, chiede al giudice civile il risarcimento del danno che gli deriva da tale provvedimento adducendone l'illegittimità, poiché sostiene di non dovere le multe per il ritardo nell'appalto in corso di cui non è responsabile e richiede la risoluzione del contratto, cui ha diritto in base all'art. 344 della legge sui lavori pubblici, che esclude la colpa dell'appaltatore. Il Tribunale aveva accolto la domanda di risarcimento del danno causato dall'esclusione da tutti i futuri pubblici incanti per lavori dello Stato, dichiarando l'illegittimità del provvedimento, per la rilevata mancanza di negligenza e malafede, diversamente decide la Corte d'appello e la Corte di cassazione rigetta il ricorso contro tale sentenza: Corte di cassazione di Roma, sez. un., 4 giugno 1904, *Caprario c. Min. lavori pubblici*, in *Giur. it.*, 1904, I, I, 1265, riguardante le contestazioni avvenute nel corso dell'esecuzione dell'appalto dei lavori per la costruzione di un tronco della strada provinciale tra Frosinone e Gaeta, tra l'osteria di Castro e l'abitato di Vallecorsa. Si era verificato un ritardo nella consegna di una parte del tronco appaltato per la necessità di una variante a causa dei reclami di un cittadino.

¹⁶ Corte di cassazione di Roma, sez. un., 4 giugno 1904, *Caprario c. Min. lavori pubblici*, cit., il privato aveva dedotto che un'esclusione immotivata e

Pare piuttosto affermarsi un interesse dell'amministrazione pubblica a sottoporre la propria attività ad una verifica di correttezza di fronte alla collettività¹⁷: a tal fine si sono utilizzati i ricorsi amministrativi, le mere denunce, ma soprattutto il riconoscimento ai soggetti lesi della legittimazione al ricorso avanti alla IV Sezione del Consiglio di Stato.

Proprio la IV Sezione riconosce che le norme sulla scelta del contraente «possono ritenersi ispirate anche alla salvaguardia delle ragioni dei terzi che trattano con l'ente pubblico», poiché tutti hanno «diritto a pretendere che siano osser-

insindacabile fosse possibile a norma dei capitolati solo volta per volta, per specifiche gare pubbliche.

¹⁷ V. E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 655 e s., osserva che «la difesa degli interessi dei cittadini verso gli atti della pubblica autorità che quegli interessi abbiano ingiustamente leso, costituisce uno dei compiti dell'amministrazione stessa. Nella complessità delle attribuzioni che gli spettano, nella molteplicità degli organi che tali attribuzioni esercitano, non disconviene alla natura di un potere sovrano di ammettere che la negligenza, l'imperizia, la parzialità, se non pure il dolo, di alcuno di coloro che ricoprono un ufficio pubblico, possano danneggiare illegittimamente l'interesse di un suddito: e rientra pure negli scopi di quel potere e conviene alla *dignità* di esso di provvedere al rimedio, dando largamente modo al cittadino danneggiato di far valere le proprie ragioni cui si assicura un coscienzioso esame ed un ben ponderato giudizio», e «non è punto venuto meno il principio fondamentale che lo Stato, nella sua attività concreta debba raddrizzare il torto, sol perché tale, che sia stato commesso in nome di lui», «è interesse della stessa amministrazione di evitare l'ingiustizia o, peggio ancora, l'illegalità degli atti dei propri funzionari» ed una riprova sta «nella regola fondamentale che i provvedimenti presi dall'amministrazione possono essere modificati, anche senza che vi sia stato alcun ricorso o alcuna denuncia». Cfr. R. CAVALLO PERIN, *Procedimento amministrativo e giustizia amministrativa*, cit., 259 e s., ove si considera che dell'esercizio di tale «autonomia» «gli amministratori pubblici avrebbero risposto agli elettori, attraverso la rappresentanza politica che presidiava la gran parte degli organi dell'amministrazione titolari del potere di emanare atti a rilevanza esterna, comunque quelli di vertice dell'amministrazione pubblica».

vate le norme che ha dettate il legislatore per assicurare parità di trattamento ai gareggianti»¹⁸.

La tutela offerta dai ricorsi amministrativi, e soprattutto dalla IV Sezione, appare più incisiva perché consentiva l'annullamento di provvedimenti di esclusione¹⁹ e della successiva

¹⁸ Si accenna al fatto che il rapporto con il privato possa avere come «suo presupposto necessario l'adempimento di una determinata norma, che è in genere rivolta solo a favore della collettività», di qui la possibilità di individuare un interesse giuridico a vedere osservata quella norma: Consiglio di Stato, Sezione IV, 16 aprile 1926, *Sirtori ed altri c. R. Scuola Industriale «Ala Punzone Cimino» ed altri*, cit., 542. La decisione tende ad escludere l'esistenza di un obbligo assoluto di indire la gara pubblica «specie allo stato attuale della pratica e della coscienza giuridica dopo che l'esperienza ha rilevato i pericoli delle pubbliche gare, tanto che in sede di riforma, si tende ad abolirle anche nelle espropriazioni forzate». Cfr. V. E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 655, «la competenza di annullamento, in via di contenzioso amministrativo, può attuarsi in un campo più largo di quello della legalità in senso formalmente rigoroso. Si deve alla giurisprudenza francese una tale concezione più larga, che può suggerire alcuni confronti coll'*aequitas romana*».

¹⁹ Quando l'esclusione è determinata da incapacità morale dovuta al fatto di essere in lite con il comune, l'interessato può sempre rinunciare al ricorso e partecipare alla gara: Consiglio di Stato, Sezione IV, 26 febbraio 1904, *Russo c. Giunta provinciale amministrativa di Caserta e Com. di Marigliano*, in *Riv. amm.*, 1904, 279, riguardante l'asta pubblica per l'appalto dei lavori di condotta d'acqua, fognatura e lastricamento. L'appalto affidato dal commissario regio al ricorrente mediante trattativa privata era stato annullato dal consiglio comunale. Il privato propose ricorso contro tale deliberazione, e l'amministrazione indisse una gara, escludendo chi si trovasse in lite col comune, a cui il privato non partecipò. Afferma l'immediata lesività del provvedimento di esclusione e la sua conseguente impugnabilità nel termine di sessanta giorni dalla sua conoscenza e la conseguente irricevibilità del ricorso giurisdizionale del terzo contro il provvedimento di esclusione dalla gara, successivo alla risposta negativa sul ricorso gerarchico, erroneamente presentato avverso il medesimo atto: Consiglio di Stato, Sezione IV, 22 dicembre 1930, n. 1180, *Sardone Rocco e Berardi Raffaele c. Pref. di Bari e Com. di Conversano*, in *Riv. dir. pubb.*, 1931, II, 74, riguardante gli incanti per l'appalto di lavori di fognatura. La decisione ammette incidentalmente la possibilità di considerare l'esclusione dall'asta come atto preparatorio dell'aggiudicazione

aggiudicazione²⁰, con riconoscimento al ricorrente della possibilità di vedere valutata la propria offerta dal giudice amministrativo²¹.

L'annullamento degli atti illegittimi e la conseguente ripetizione della procedura di selezione garantiva una sorta di «reintegrazione in forma specifica»²² della posizione soggettiva lesa, assicurando la correttezza²³ precontrattuale quanto-

definitiva, e quindi impugnabile con questa, ma nel caso di specie era già decorso il termine di decadenza anche dalla data di apposizione del visto.

²⁰ Consiglio di Stato, Sezione IV, 14 luglio 1934, n. 505, *Cuscina c. Ministero della guerra*, in *Riv. amm.*, 1935, 46, riguardante l'annullamento dell'appalto del ritiro del letame dal Presidio di Messina basato sull'erroneo presupposto dell'esclusione dell'aggiudicatario da tutte le gare. L'esclusione dello stesso aggiudicatario del contratto viene ritenuta impugnabile davanti al giudice amministrativo, benché lo stesso soggetto escluso sia titolare di un diritto, anche se ancora inefficace. L'esclusione da tutte le gare pubbliche, fondata sulla norma che consente solamente l'esclusione da una gara particolare risulta illegittima e non può fondare l'annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto.

²¹ Consiglio di Stato, IV Sezione, 15 marzo 1929, *Giannico c. Consorzio costruzione acquedotto di Albi*, in *Foro it.*, 1930, III, 3; invece: Consiglio di Stato, IV Sezione, 7 luglio 1916, *Società cooperativa di lavoro Stanghella c. Ministero dei lavori pubblici*, in *Giur. it.*, 1916, III, 318, rigetta il ricorso della cooperativa dichiarata aggiudicataria a seguito dell'esclusione dell'offerta migliore per la mancata esibizione della procura, non necessaria nel caso di rappresentanza di persone giuridiche. Consiglio di Stato, Sezione IV, 8 novembre 1895, *Letteriello c. Ministero della guerra*, cit.; Consiglio di Stato, Sezione IV, 13 novembre 1896, *Cascone c. Ministero della marina*, cit.; Consiglio di Stato, Sezione IV, 30 giugno 1899, *Mengoni c. Ministero dei LL. PP.*, cit.

²² *Supra* cap. VI, par. 3.

²³ V. E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 655 e s., ove si rileva che se «una decisione è presa per motivi non convenienti né corretti, sarà lecito dire che vi fu un interesse ingiustamente leso», poiché viene «in urto indiretto con lo spirito e la ragione intima della legge», e, a differenza dei privati la cui autonomia è garantita ed insormontabile, «nei rapporti invece dei poteri discrezionali dell'autorità amministrativa una tale assoluta insindacabilità non può ammettersi e s'impongono invece delle restrizioni che originano da considerazioni tutte particolari del diritto amministrativo».

meno per gli aspetti che si ricavano dagli atti, anticipando di quasi un secolo la tutela offerta dal riconoscimento della responsabilità precontrattuale.

Anzi, come si è visto²⁴, la tutela amministrativa poteva giungere a proteggere la posizione di terzi rimasti estranei alle trattative, ma interessati a parteciparvi e che trovavano titolo per contestare la loro esclusione nella previsione che impone come regola generale che il contraente sia scelto mediante gara pubblica, cui possa partecipare chiunque, per assicurare di fronte alla collettività la «moralità» delle scelte dell'amministrazione pubblica.

Dal punto di vista del giudice civile, si trattava di norme poste dall'amministrazione nel proprio interesse, come limite all'autonomia negoziale, ove nelle trattative tra privati vi era un pieno riconoscimento dell'autonomia privata.

Le scelte pre-contrattuali della pubblica amministrazione sembravano appartenere ad una sfera protetta e perciò insindacabile, anche dopo la stipulazione del contratto, ove l'amministrazione non avesse ancora espresso in via definitiva la propria volontà di obbligarsi, sicché la posizione degli imprenditori permaneva quella del partecipe ad una trattativa²⁵.

Normalmente i privati hanno ricercato la tutela amministrativa nei rapporti precontrattuali con l'amministrazione pubblica, perché consentiva loro di ottenere risultati impensabili nei rapporti tra privati, proprio in un tempo in cui avanti alla giurisdizione civile il «diritto» precontrattuale risultava del tutto inesistente²⁶.

²⁴ *Supra* cap. III.

²⁵ Non diversamente da quanto avviene nei rapporti tra privati con l'inserimento nel contratto della clausola «salvo approvazione della casa»: R. SACCO, *Il contratto*, cit., 228.

²⁶ Ove la giustizia amministrativa non avesse riconosciuto come legittima la pretesa del privato, verosimilmente allo stesso modo avrebbe deciso il giudice civile, con la conseguenza che spesso si formava il giudicato sulle de-

Il Consiglio di Stato si considerava investito del sindacato sugli atti che incidevano sui rapporti contrattuali e, ove li riconoscesse illegittimi, procedeva all'annullamento senza considerare le conseguenze sul contratto conseguentemente stipulato.

Le sezioni unite al contrario, e fino agli anni trenta, ribadirono periodicamente la competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria su tali atti.

A fine Ottocento la IV Sezione²⁷ si pronunciò su ricorso proposto da imprenditori interessati contro gli atti che autorizzavano la stipulazione mediante trattativa privata²⁸; ma è

cisioni amministrative che negavano l'illegittimità degli atti precontrattuali o che incidevano su un contratto. Al contrario, ove il giudice amministrativo avesse annullato gli atti che incidevano sul contratto, era la parte pubblica ad adire le sezioni unite per ottenere la pronuncia sul difetto di giurisdizione ed il conseguente annullamento della decisione amministrativa che aveva annullato l'atto illegittimo.

²⁷ Il Consiglio di Stato aveva ammesso implicitamente la legittimazione al ricorso di vari soggetti contro interessati all'affidamento di un appalto mediante trattativa privata, e aveva annullato l'autorizzazione prefettizia alla stessa, per violazione di legge (art. 159, t.u. 10 febbraio 1889, n. 5921, della legge comunale e provinciale). Poteva nascere un dubbio sulla legittimazione dei ricorrenti in base a quanto affermato dallo stesso Consiglio di Stato meno di un anno prima sulla trattativa privata. Non risulta infatti che i ricorrenti fossero stati anteriormente invitati a presentare delle offerte, né avessero alcun rapporto particolare con l'ente pubblico se non un interesse all'indizione degli incanti per l'affidamento dell'appalto: Consiglio di Stato, Sezione IV, 3 agosto 1896, *Caterini, Ruocco ed altri c. Com. di Cerignola, Trezza, Pavoncelli*, in *La Legge*, 1896, II, 529, che annullò il decreto prefettizio che aveva autorizzato la trattativa privata per l'affidamento dell'appalto del dazio di consumo per un decennio, senza che tale appalto fosse stato deliberato due volte a distanza non minore di venti giorni, per «rendere più lento e meglio previdente sotto ogni aspetto il partito». Cfr. G. SAREDO, *Sui limiti rispettivi delle attribuzioni dell'autorità giudiziaria e dell'autorità amministrativa*, in *La Legge*, 1897, 642, che sottolinea l'accesa polemica fra la Suprema Corte e la IV Sezione del Consiglio di Stato.

²⁸ Corte di cassazione di Roma, sez. un., 24 giugno 1897, *Trezza, Com.*

chiaro che i terzi, al tempo, non disponevano del diritto di adire il giudice civile, anche perché non si riconosceva un «diritto» all'osservanza delle regole poste per la selezione, seppure si enunciassero il «diritto di partecipare agli incanti» di tutti gli imprenditori interessati.

Una volta stipulato il contratto, la Cassazione poteva facilmente contestare al giudice amministrativo che «sotto l'ombra della tutela di un interesse, si voleva annullare un diritto perfetto»²⁹ ed escludere che i ricorrenti «sotto il velame di far valere il loro interesse come cittadini» avanti alla IV Sezione potessero «per indiretta via, quel contratto far cader nel nulla per effetto del pronunciato amministrativo».

Espressamente si pronuncia in punto di giurisdizione la sentenza che è considerata in materia capostipite: «e che questo fine si volle dai ricorrenti è reso indubitato dallo avere essi tratti innanzi alla IV sezione del Consiglio di Stato la Ditta Trezza e la ditta Pavoncelli, le quali, mentre erano affatto estranee agli atti amministrativi dei quali si chiedeva l'annullamento, e però non avrebbero avuto nessuna veste giuridica per essere chiamati in quel giudizio, erano per contrario parti contraenti nello appalto, e quindi evidentemente come tali furono citati, affinché potesse poi opporsi ad essi la decisione

di Cerignola, Pref. di Foggia c. Caterini Andrea, Ruocco Luigi ed altri, cit., «neppure accade più insistere, tanto è logicamente e giuridicamente manifesto che la materia controversa è quella che è veramente, guardata nella sua sostanza, non già quella che per avventura si faccia apparire con fogge studiate, ingannevoli e artificiose».

²⁹ Corte di cassazione di Roma, sez. un., 24 giugno 1897, *Trezza c. Caterini, Ruocco, ed altri*, cit., dal momento che «nella specie Ruocco e Caterini chiesero l'annullamento del decreto prefettizio e delle due deliberazioni municipali del 22 ottobre 1895, affinché annullati tali atti, venisse di necessità a cadere nel nulla il contratto già stipulato tra la Ditta Trezza e il Comune, perocché questo avrebbe agito senza l'autorizzazione necessaria a renderne valido il consenso».

della IV Sezione ai fini dello annullamento del contratto dello appalto medesimo. La sostanza vera del giudizio era dunque lo annullamento di un rapporto contrattuale, diritto eminentemente civile, da sottoporsi esclusivamente al magistrato ordinario»³⁰.

Il caso è significativo proprio in quanto evidenzia che il diniego della giurisdizione amministrativa lasciava i terzi interessati privi di ogni tutela³¹: dichiarata la «competenza giudiziaria», l'illegalità degli atti impugnati sarebbe stata protetta («intangibile») dal riconoscimento dell'autonomia del contraente amministrazione pubblica, negando «il giudice che potesse la nullità pronunciare». Seppur si affermasse che tali atti potevano essere dichiarati illegittimi dall'autorità giudiziaria adita da chi li ritenesse «violatori di un suo diritto perfetto»³²,

³⁰ Corte di cassazione di Roma, sez. un., 24 giugno 1897, *Trezza c. Caterini, Ruocco, ed altri*, cit., «la sostanza è che sotto l'ombra della tutela di un interesse si voleva annullare un diritto perfetto, imperocché sia certa cosa che quegli atti amministrativi avevan poi dato vita a rapporti di diritto patrimoniale nei rispetti del Comune e della Ditta Trezza e Pavoncelli, e proprio questi rapporti Ruocco e Caterini volevan far distruggere dal giudice amministrativo».

³¹ Consiglio di Stato, Sezione IV, 3 agosto 1896, *Caterini, Ruocco ed altri c. Com. di Cerignola, Trezza, Pavoncelli*, cit., non esamina espressamente la questione, tuttavia si può notare che nella prima deliberazione attinente all'appalto il consiglio comunale autorizzava la giunta «ad appaltare la riscossione del dazio per il periodo di cinque o dieci anni, a seconda della convenienza, o per contratto a trattativa privata o per esperimento dei pubblici incanti». La mancanza della duplice approvazione consiliare sulla deliberazione contenente «gli elementi concreti dell'affare» giustifica l'annullamento dell'autorizzazione prefettizia alla trattativa privata, ma il Consiglio di Stato precisa peraltro che la deliberazione consiliare «può anche divenire perfetta colla ripetizione voluta dalla legge».

³² Corte di cassazione di Roma, sez. un., 24 giugno 1897, *Trezza c. Caterini, Ruocco, ed altri*, cit., afferma che «questo collegio deve annullare la decisione denunciata e dichiarare la competenza dell'autorità giudiziaria a giudicare della legittimità degli atti amministrativi impugnati da Ruocco e Caterini,

nessun terzo disponeva di tale diritto, mancando una norma che prevedesse la responsabilità precontrattuale³³.

Se a questa pronuncia (caso Trezza) si riconduce l'origine del conflitto fra i due organi giudicanti in materia di impugnazioni degli atti che incidono sui contratti della pubblica amministrazione³⁴, occorre tuttavia considerare la peculiarità del caso in cui non si pose l'alternativa fra giurisdizione amministrativa e civile, ma fra tutela amministrativa ed assenza di tutela o meglio esclusione del sindacato sulla correttezza nell'applicazione delle regole per l'individuazione del contraente, considerate come scelte di autonomia o «indipendenza» della parte pubblica. Ciò riavvicinava l'amministrazione ai privati i quali disponevano al tempo di un'ampia autonomia, ma sembrava anche contraddire la regola della gara pubblica come garanzia della «moralità» dei soggetti che istituzionalmente hanno il compito di soddisfare interessi collettivi.

Il Consiglio di Stato non rinunciava al compito di garante dell'osservanza delle regole poste a tutela della «moralità», che assicuravano una correttezza che l'autorità giudiziaria ordinaria non era disposta ad assicurare.

In questa prospettiva, il giudice amministrativo si pronunciava su ricorsi concernenti la stipulazione di un contratto

in quanto beninteso essi abbiano attinenza alla validità del contratto di appalto stipulato fra il Comune e le Ditte Trezza e Pavoncelli».

³³ Nella sentenza delle sezioni unite si trova un riferimento all'opposizione alla deliberazione da parte di numerosi privati interessati i quali avevano anche proposto un canone come base d'asta sulla quale aprire gli incanti, e si riferisce che «furono di poi dal Consiglio municipale, come illusorie, respinte altre offerte del Ruocco»: Corte di cassazione di Roma, sez. un., 24 giugno 1897, *Trezza c. Caterini, Ruocco, ed altri*, cit.

³⁴ Cfr. per tutti: M. D'AMELIO, *Il caso Laurens dopo quarant'anni di giurisprudenza*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, Padova, 1933, 317; F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d., 300 e s.; *Atti del convegno celebrativo: Cento anni di giurisdizione amministrativa*, cit., *passim*.

anche assumendo la contraddizione di ammettere l'impugnazione degli atti precontrattuali solo con l'aggiudicazione definitiva³⁵, cioè nel momento in cui era sorta una posizione di diritto soggettivo del contraente imprenditore³⁶. Si riteneva che «un diritto leso da un atto amministrativo possa tutelarsi an-

³⁵ Normalmente gli atti preparatori di un provvedimento conclusivo di aggiudicazione, «possono formare oggetto della contestazione ed, eventualmente, essere colpiti di inefficacia quando venga in esame in sede contenziosa l'atto definitivo, in cui l'affare ebbe amministrativamente la sua risoluzione, dalla quale unicamente poteva derivare una lesione di legittimi interessi dei ricorrenti»: Consiglio di Stato, Sezione V, 9 novembre 1928, n. 652, *D'Antoni c. Com. di Partinico e la Spisa*, in *Foro amm.*, 1929, I, II, 30; Gli «atti preparatori hanno efficacia condizionata e subordinata al giudizio definitivo del prefetto, sono impugnabili col visto di esecutorietà che ne riconosce la piena efficacia»: Consiglio di Stato, Sezione V, 30 dicembre 1938, n. 1023, *Melillo c. Com. di Montecorvino Rovella e Fortunato*, in *Foro amm.*, 1939, I, II, 55, con nota di G. GIACOBELLI, *Natura giuridica e impugnativa degli atti preparatori dei contratti di appalto dei comuni*. Cfr. anche: Consiglio di Stato, Sezione IV, 22 giugno 1906, *Cavaliere c. Com. di Foggia e altri*, in *Riv. amm.*, 1906, 597, dove si afferma che l'aumento del ventesimo è atto di parte e l'avviso d'asta non è atto definitivo e non può essere impugnato davanti alla IV sezione prima che il prefetto abbia resa esecutiva l'aggiudicazione.

³⁶ Il Consiglio di Stato accoglie il riparto di competenza in ragione della avvenuta conclusione del contratto e declina la propria giurisdizione sul ricorso dell'aggiudicatario provvisorio il quale contesta la validità dell'aggiudicazione definitiva, approvata dal prefetto, sostenendo la mancanza di idonei concorrenti alla seconda gara. Il ricorrente chiede, previo annullamento dell'aggiudicazione, di essere dichiarato aggiudicatario, sicché la questione è ritenuta di diritto civile contrattuale ed esorbitante dalla giurisdizione amministrativa: Consiglio di Stato, Sezione IV, 20 dicembre 1918, *Buglioni c. Pref. di Napoli*, in *Riv. amm.*, 1918, 166, riguardante gli incanti per l'appalto del dazio di consumo del comune di Crispano. Per un caso in cui l'aggiudicatario definitivo chiede l'annullamento di quella aggiudicazione perché sia efficace l'aggiudicazione provvisoria di cui era egli stesso aggiudicatario, ciò in quanto il secondo incanto si era aperto per un'offerta di ribasso poi esclusa ed il Consiglio di Stato nega la propria giurisdizione: Consiglio di Stato, Sezione IV, 22 dicembre 1930, n. 1180, *Sardone Rocco e Berardi Raffaele c. Pref. di Bari e Com. di Conversano*, cit.

che con ricorso al Consiglio di Stato chiedendo la revoca o l'annullamento dell'atto medesimo»³⁷, perché la «competenza» gli derivava dal fatto che in fase precontrattuale non si può parlare di una «questione di diritto», perché un diritto non può sorgere se non con l'apposizione del visto al contratto³⁸.

Le scelte che precedono l'efficacia dei contratti della pubblica amministrazione sono considerate pre-contrattuali e come tali disponibili alla parte pubblica, poiché si tratta in definitiva di semplici trattative. Ciò è testimoniato dal fervore delle discussioni intorno al momento cui ricollegare il sorgere del vincolo per l'amministrazione: fra chi affermava che il contratto era già perfetto con l'aggiudicazione, ma sottoposto a condizione di efficacia³⁹ e chi riteneva che solamente l'approvazione finale del contratto costituisse definitiva manifestazione della volontà di stipulazione dell'amministrazione pubblica⁴⁰, o

³⁷ Consiglio di Stato, Sezione V, 29 novembre 1929, *Palmieri c. Pref. di Salerno*, in *Foro amm.*, 1930, III, 28,

³⁸ In conformità alla ricostruzione che considera il visto come elemento essenziale del contratto, Consiglio di Stato, Sezione V, 29 novembre 1929, *Palmieri c. Pref. di Salerno*, cit.

³⁹ Ove si ritenga che il visto prefettizio sia una condizione di efficacia si ammette che anteriormente vi sia già un contratto perfetto. Le questioni riguardanti il rifiuto del visto per inosservanza delle forme prescritte, implicano un'indagine «sugli atti attraverso i quali si è manifestata la volontà del comune, e, perciò sulla giuridica esistenza e validità del contratto: indagini e risoluzioni che se sono consentite all'Amministrazione attiva, sono precluse alla giurisdizione amministrativa»: Consiglio di Stato, Sezione V, 29 gennaio 1926, n. 20, *Lettis c. Sottoprefetto di Gaeta, Com. di Gaeta*, in *Riv. amm.*, 1926, 187, e in *Foro it.*, 1926, III, 105, la decisione compie un'interessante indagine storica sull'istituto del «visto».

⁴⁰ Secondo la ricostruzione che considera il visto come «condicio iuris di esistenza», ovvero come elemento costitutivo del contratto si può sostenere che non nasca un diritto soggettivo patrimoniale fino all'apposizione del visto e dunque non vi sia giurisdizione ordinaria nella fase precontrattuale, in assenza di norme civili a riguardo: Consiglio di Stato, Sezione IV, 22 novembre 1912, *Rosa c. Com. di Cerreto di Esi*, in *Giur. it.*, 1913, III, 25, ove peraltro a

che il contratto fosse invalido per «incapacità» degli enti minori soggetti a tutela⁴¹.

In questa prospettiva, il Consiglio di Stato⁴² continuò ad affermare la propria «competenza» a giudicare sull'impugnazione del decreto reale di annullamento di un'aggiudicazione, sostenendo di limitare l'esame semplicemente all'efficacia degli atti amministrativi preparatori⁴³ e di prescindere da ogni

seguito del rifiuto del visto su un contratto la IV Sezione rinvia la questione all'autorità giudiziaria ordinaria per l'interpretazione di una clausola del contratto non approvato che prevedeva l'obbligo di ridiscutere le clausole del contratto con lo stesso soggetto in caso di mancata approvazione tutoria.

⁴¹ Consiglio di Stato, Sezione V, 30 dicembre 1938, n. 1023, *Melillo c. Com. di Montecorvino Rovella e Fortunato*, cit., la decisione riguarda l'appalto per la manutenzione di strade comunali. La deliberazione di contrattare e il verbale di aggiudicazione, quali atti della «autarchia locale», non possono non reputarsi definitivi e direttamente impugnabili con i rimedi del ricorso giurisdizionale o straordinario al Re, nel termine perentorio di sessanta giorni dalla loro piena ed intera cognizione e la decisione dichiara inammissibile il ricorso del terzo. Si ammette l'impugnazione di atti «non ancora perfezionati col controllo di vigilanza o tutela amministrativa», solamente quando risultino pregiudizievoli di interessi individuali a causa dell'esecuzione che l'amministrazione mostri di volergli dare.

⁴² Consiglio di Stato, Sezione IV, 15 novembre 1912, *Ciucci c. Ministero di agricoltura*, in *Foro it.*, 1913, III, 228, riguardante l'annullamento con decreto reale degli atti d'incanto e dell'aggiudicazione del taglio del bosco di Monterano e Cavoni; la decisione aveva ritenuto legittimo il decreto regio di annullamento degli atti di gara e di aggiudicazione che erano apparsi inficiati da numerose illegittimità, ma tale decisione viene in seguito annullata dalle sezioni unite: Corte di cassazione di Roma, sez. un., 7 marzo 1914, *Ciucci c. Università agraria di Bassano di Sutri*, in *Giur. it.*, 1914, I, I, 396.

⁴³ Consiglio di Stato, Sezione IV, 15 novembre 1912, *Ciucci c. Ministero di agricoltura*, cit.; cfr. nello stesso senso Consiglio di Stato, Sezione IV, 4 luglio 1913, *Santovetti c. Ministero di agricolt., industria e commercio*, in *Giur. it.*, 1913, III, 421, riguardante l'annullamento governativo degli atti di incanto, dell'aggiudicazione e dell'approvazione della vendita di un taglio di bosco, parzialmente eseguita. Rilevate illegittimità consistenti nella mancata approvazione dei capitolati, nella arbitraria determinazione del prezzo, nella inos-

questione sull'esistenza ed efficacia di conseguenti vincoli contrattuali, ma riconoscendo che il decreto non viziato non consentiva al contratto stipulato di avere efficacia. Il Consiglio di Stato escluse che «il sorgere di una ragione privata di diritto contrattuale sia sufficiente a paralizzare, anzi a sopprimere senza nulla più la ragione di diritto pubblico» e non senza significato affermava la propria giurisdizione come naturale prosecuzione delle istanze di riesame degli atti amministrativi⁴⁴.

Alla luce della giurisprudenza in materia di riparto di giurisdizione, l'imprenditore poteva ottenere dalle sezioni unite l'annullamento della decisione del Consiglio di Stato, anche ove fosse possibile prevedere che, riconosciuta la legittimazione a far valere il proprio diritto avanti al giudice ordinario, difficilmente (autonomia) avrebbe potuto vedere dichiarare illegittimo il decreto non annullato dalla IV Sezione e far rivivere il contratto.

Sulla giurisdizione il privato risultava vittorioso poiché le sezioni unite continuavano ad attribuire al giudice civile «il potere di conoscere della legittimità degli atti amministrativi diretti a porre in essere gli elementi integrativi del consenso di un contraente»⁴⁵, poiché, quando l'atto o il provvedimento

servanza dei termini per le pubblicazioni degli avvisi, il Consiglio di Stato giudica legittimo l'annullamento d'ufficio, benché fossero trascorsi diversi anni dalla gara.

⁴⁴ Consiglio di Stato, Sezione IV, 15 novembre 1912, *Ciucci c. Ministero di agricoltura*, cit.

⁴⁵ Corte di cassazione di Roma, sez. un., 7 marzo 1914, *Ciucci c. Università agraria di Bassano di Sutri*, in *Giur. it.*, 1914, I, I, 396, riguardante l'aggiudicazione di un taglio d'alberi di pertinenza di un'università agraria. Si afferma che quando il contratto è efficace se il giudice amministrativo annullasse le deliberazioni preliminari alla stipulazione del contratto l'autorità giudiziaria si troverebbe nell'alternativa di non tenere alcun conto della relativa decisione e di dichiarare eventualmente valido il consenso prestato con le deliberazioni annullate, ovvero di subordinare il proprio giudizio sulla validità del consenso alla pronuncia del giudizio amministrativo. Nel primo caso la decisione del

amministrativo impugnato era diretto a costituire rapporti giuridici di carattere contrattuale, l'esame della sua legittimità era «questione di diritto soggettivo che sfugge alla competenza del giudice amministrativo»⁴⁶.

Tuttavia, su tali questioni concernenti gli atti connessi all'affidamento dei contratti⁴⁷, i contrasti tra le due giurisdizioni permasero anche in seguito all'affermazione di un comune criterio di riparto di «competenza» fra giudice ordinario e amministrativo, affermato a seguito del cosiddetto «concordato» giurisprudenziale «D'Amelio - Romano»⁴⁸.

giudice amministrativo si risolverebbe in un'esercitazione accademica priva di pratiche conseguenze, nel secondo violerebbe gli artt. 2 e 5 della legge sul contenzioso amministrativo.

⁴⁶ Corte di cassazione di Roma, sez. un., 7 marzo 1914, *Ciucci c. Università agraria di Bassano di Sutri*, cit.; Corte di cassazione, sez. un., 18 gennaio 1928, *Com. di Mottola c. Altieri*, in *Giur. it.*, 1928, I, I, 141, dove si afferma la competenza del giudice civile riguardo al controllo sulla legittimità delle clausole inserite nel contratto vistato dal prefetto, in quanto risultino difformi da quelle previste e approvate nel capitolato. Non è sufficiente che nella decisione il Consiglio di Stato pronunci esplicita riserva delle ragioni da far valere davanti al giudice ordinario in quanto emerge l'impossibilità di scindere nella contestazione i due elementi amministrativo e contrattuale per limitare solo al primo l'oggetto della domanda proposta davanti al Consiglio di Stato; Consiglio di Stato, Sezione IV, 17 maggio 1918, *Malfatti c. Ministero dell'interno*, in *Giur. it.*, 1918, III, 215, per un caso in cui si nega la giurisdizione amministrativa riguardo un annullamento d'ufficio che incide su un rapporto contrattuale anche se veniva prospettato il vizio di eccesso di potere, e si afferma la giurisdizione del giudice ordinario anche sulla legittimità dell'impugnato decreto. Non sarebbe infatti possibile addivenire all'annullamento senza decidere le questioni riguardanti i diritti fondati sul rapporto contrattuale.

⁴⁷ Consiglio di Stato, Sezione IV, 21 dicembre 1928, *Società anonima nazionale ferrovie e tramvie c. Ministero dei lavori pubblici*, in *Giur. it.*, 1929, III, 135, con nota di F. CAMMEO, *Ancora sul criterio distintivo della competenza del Consiglio di Stato (nella giurisdizione non esclusiva) e dell'autorità giudiziaria*. Consiglio di Stato, Sezione V, 10 maggio 1929, *Società anonima nazionale ferrovie e tramvie c. Ministero delle comunicazioni*, in *Giur. it.*, 1929, III, 136.

⁴⁸ Relazione del Presidente del Consiglio di Stato al Capo del Governo

Infatti il Consiglio di Stato ritenne di non poter negare la propria giurisdizione sui decreti reali che avessero annullato gli atti che contenevano la manifestazione di volontà di obbligarsi della parte pubblica⁴⁹. La giustificazione si fondava ancora sull'affermazione che la controversia non riguardava direttamente la validità del negozio, poiché il ricorrente «non afferma, né potrebbe affermare, alcun diritto relativo agli atti amministrativi (bando di concorso, deliberazioni del comune riflettenti un futuro contratto, visti e approvazioni di tali deliberazioni) che il provvedimento impugnato ha annullato»⁵⁰. I

per il biennio 1929-1930, 100: «L'adunanza plenaria di questo consesso ... con decisione 14 giugno 1930, n. 1 e 2 ha affermato il principio che i criteri in base ai quali deve determinarsi la competenza del Consiglio di Stato rispetto a quelle dei Tribunali ordinari, nelle materie, in cui esso non ha competenza esclusiva, sono due, che s'integrano a vicenda: quello della domanda (*petitum*) e quello della natura della controversia (*causa petendi*)». Cfr.: Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 14 giugno 1930, n. 1, *Società anonima Terme Stabiane c. Com. di Castellamare di Stabia, Ministero dell'interno*, in *Riv. dir. pubb.*, 1930, II, 388 e Corte di cassazione, sez. un., 15 luglio 1930, *Società nazionale ferrovie e tramvie c. Ministero delle comunicazioni*, in *Giur. it.*, 1930, I, I, 964, dove si afferma che: «La proponibilità di un diritto soggettivo come interesse dinanzi il Consiglio di Stato non è compatibile con il sistema positivo vigente, o, meglio, lo è solo in quanto a quel diritto, presupposto e non contestato, sia riferibile un potere discrezionale dell'autorità amministrativa». M. D'AMELIO - SANTI ROMANO, *I contatti giurisprudenziali della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. amm.*, 1929, 181.

⁴⁹ Emanato in base all'art. 114 del r.d. 30 dicembre 1923, n. 2839, «Il governo del re ha facoltà, in qualunque tempo, sia sopra denuncia, sia per propria iniziativa, di dichiarare per decreto reale, sentito il consiglio di Stato, la nullità degli atti o provvedimenti, che contengano la violazione di leggi o di regolamenti generali o speciali; salvo i casi in cui, secondo le leggi vigenti sia data l'azione giudiziaria, contro il decreto reale è ammesso il ricorso per legittimità al consiglio di Stato in sede giurisdizionale, ovvero il ricorso straordinario al re».

⁵⁰ Consiglio di Stato, Adunanza plenaria delle sezioni giurisdizionali, 14 giugno 1930, n. 1, *Società anonima Terme Stabiane c. Com. di Castellamare di Stabia, Ministero dell'interno*, cit., e in *Giur. it.*, 1930, III, 149, con annotazio-

diritti eventualmente sorti dal contratto apparivano estranei alla questione proposta, che riguardava gli atti attinenti alla fase anteriore alla perfezione ed efficacia del contratto, sicché il titolo che il privato poneva a fondamento della domanda non era un diritto soggettivo, «ma il legittimo interesse a far rivivere il negozio», mediante l'annullamento del decreto «che ha fatto venir meno i presupposti del vantato diritto»⁵¹.

Quando l'esito del giudizio amministrativo risultava sfavorevole all'imprenditore ricorrente⁵² normalmente non era coltivato un conflitto di giurisdizione⁵³, perché gli indicati li-

ne critica di E. C. S., *Ancora sul criterio discrezionale della competenza nel sindacato di legittimità di provvedimenti amministrativi*. La decisione riguarda le illegittimità rilevate nella concessione delle Terme ad una società privata, concernenti la mancanza dell'autorizzazione alla trattativa privata e la modificazione delle condizioni del capitolato senza le prescritte approvazioni tutorie. Afferma che le questioni sulla legittimità di tali atti prescindono dalla considerazione di qualsiasi diritto in quanto il privato ha solo un interesse legittimo e non un diritto nei confronti degli atti preparatori del contratto. «Il diritto di essa (società) sarebbe sorto solo in seguito e per effetto di tali atti, nella ipotesi che essi fossero stati legittimi».

⁵¹ Consiglio di Stato, Adunanza plenaria delle sezioni giurisdizionali, 14 giugno 1930, *Società anonima Terme Stabiane c. Com. di Castellamare di Stabia, Ministero dell'interno*, cit. A seguito del decreto reale di annullamento, il commissario prefettizio con ordinanza dispose l'interruzione dell'esecuzione del contratto e ordinò alla società la riconsegna dello stabilimento e delle sorgenti al cui possesso era venuto meno ogni titolo efficace (art. 7, *legge sul contenzioso amministrativo*).

⁵² Considera ammissibile il ricorso e le «doglianze» del terzo che abbia partecipato a trattative con enti pubblici, salvo affermare, nel merito, che questi non ha «giuridico interesse a presentarle»: Consiglio di Stato, Sezione IV, 16 aprile 1926, *Sirtori ed altri c. R. Scuola Industriale «Ala Punzone Cimino» ed altri*, in *Riv. amm.*, 1926, 540, riguardante le trattative svoltesi per la vendita dei poderi della scuola.

⁵³ Per effetto del diniego di visto il contratto diviene (o meglio rimane definitivamente) privo di efficacia ed il privato ritiene di non poter far valere il diritto di proprietà, per questo motivo egli adisce il Consiglio di Stato chiedendo l'annullamento del diniego di visto che impedisce l'esercizio del drit-

miti del sindacato del giudice ordinario non consentivano di sperare in una pronuncia favorevole, se non quando il persistere della convinzione di una illegittimità del decreto reale di annullamento (che la IV Sezione aveva ritenuto legittimo)⁵⁴, inducesse un insigne difensore⁵⁵ a percorrere anche la via del ricorso alle sezioni unite, unicamente come *extrema ratio* sem-

to. Avanti al Consiglio di Stato non emerge alcun dubbio sulla «competenza» ed in seguito all'analisi degli atti di annullamento impugnati si dichiara la loro legittimità, con la conseguente inefficacia del vincolo contrattuale: Consiglio di Stato, V Sezione, 11 maggio 1928, *Rossi c. Ospedale di muro Lucano*, in *Giur. it.*, 1928, III, 150, riguardante la vendita a trattativa privata di un fondo dell'Ospedale diocesano senza la prescritta autorizzazione.

⁵⁴ Consiglio di Stato, Adunanza plenaria delle sezioni giurisdizionali, 14 giugno 1930, n. 1, *Società anonima Terme Stabiane c. Com. di Castellamare di Stabia*, *Ministero dell'interno*, cit.

⁵⁵ Corte di cassazione, sez. un., 25 novembre 1931, *Società anonima Terme Stabiane c. Ministero dell'interno, Com. di Castellamare di Stabia*, in *Giur. it.*, 1932, I, I, 33, difensore della società contraente era infatti Federico Cammeo, mentre il comune di Castellamare di Stabia era difeso da Ugo Forti. Dalla narrativa del fatto rinvenuta nel testo integrale della sentenza si ricava che «il Comune non potendo più per le sue inadempienze, avvalersi della facoltà di contrarre mutui con la Cassa Depositi e Prestiti aveva compiuto una vera e propria volontaria alterazione della sua consistenza finanziaria, e, col fatto suo, si era messo nella condizione di non poter assolvere alla sua obbligazione nei modi e nel tempo fissati nel contratto e cadeva perciò in grave inosservanza del contratto stesso. Immediatamente dopo il Comune chiese al Governo l'annullamento d'ufficio delle deliberazioni, approvazioni e visti relativi alla convenzione 20 agosto 1925, deducendo che essa era stata conclusa a trattativa privata, senza la preventiva autorizzazione prefettizia ed il Governo con R. decreto 13 maggio 1929 li annullò». Il privato convenne il Comune innanzi al Tribunale di Napoli perché tale decreto venisse dichiarato «lesivo del suo diritto risultante dal contratto», ma nello stesso tempo «a maggior cautela, propose ricorso innanzi al Consiglio di Stato», e la V Sezione ritenuto che «la eccezione di incompetenza aveva dato luogo a decisioni difformi in sede giurisdizionale», rinviò il ricorso all'adunanza plenaria che dichiarata la sua competenza rigettò il ricorso. Contro tale decisione il privato convenne ricorso alle sezioni unite della Corte di cassazione.

pre volta ad ottenere il riconoscimento dell'illegittimità dell'annullamento.

Il privato è vittorioso in punto di giurisdizione dato che le Sezioni Unite della Corte di cassazione, pur riconfermando il criterio di riparto della giurisdizione concordemente stabilito, rifiutano la ricostruzione del Consiglio di Stato⁵⁶ perché il decreto reale annulla la manifestazione di volontà contrattuale di una delle parti e, annullando «il consenso», fa cadere il contratto. È petizione di principio affermare che «il diritto sarebbe sorto solo e per effetto degli atti annullati, nell'ipotesi che essi fossero stati legittimi», ma dal momento che sono stati annullati in quanto illegittimi, non è sorto alcun diritto⁵⁷. La controversia è volta infatti ad accertare proprio se tali atti siano stati legittimamente annullati, mentre sostenere che non si possa parlare di diritti perché gli atti presupposti sono stati dichiarati illegittimi dal provvedimento impugnato, comporta dare per dimostrato ciò che occorre provare⁵⁸.

⁵⁶ Corte di cassazione, sez. un., 25 novembre 1931, *Società anonima Terme Stabiane c. Ministero dell'interno*, in *Giur. it.*, 1932, I, I, 33, con nota di L. MORTARA, *Giurisdizione ordinaria e giustizia amministrativa*; e in *Riv. dir. pubb.*, 1932, II, 37, con nota di A. C. JEMOLO, che riserva uno spazio alla giurisdizione amministrativa circa l'impugnazione del decreto reale per eccesso di potere, quale la mancanza di interesse pubblico all'annullamento.

⁵⁷ Corte di cassazione, sez. un., 25 novembre 1931, *Società anonima Terme Stabiane c. Ministero dell'interno*, cit.

⁵⁸ I diritti derivanti dal contratto esistono fintanto che gli atti annullati non si riconoscano legittimamente annullati ed il potere di annullamento governativo può essere esercitato solo nel caso si rilevino violazioni di leggi o di regolamenti (Art. 114 del r.d. 30 dicembre 1923, n. 2839, cit.). La discrezionalità del potere pubblico di annullamento consiste unicamente nella decisione, una volta rilevate le suddette violazioni, di esercitarlo con annullamento oppure di lasciare sussistere l'atto illegittimo. Il giudice ordinario deve quindi «riconoscere se sussista quella condizione di illegittimità dell'atto, che permette l'esercizio del potere» di annullamento: Corte di cassazione, sez. un., 25 novembre 1931, *Società anonima Terme Stabiane c. Ministero dell'interno*, cit.

La «questione di diritto» risulta anche più evidente quando il contratto non solo abbia ottenuto il visto di esecutorietà, ma sia in corso di esecuzione⁵⁹. L'annullamento governativo degli atti preparatori incide direttamente sulle obbligazioni contrattuali e sul loro adempimento, fondando la giurisdizione ordinaria che dovrà perciò accertare la sussistenza del presupposto dell'illegittimità degli atti che consente l'esercizio di tale potere, discrezionale solo nell'*an*.

Le successive decisioni del Consiglio di Stato si sono conformate a quanto stabilito dalla Suprema Corte e hanno dichiarato il difetto di giurisdizione sui ricorsi dei contraenti imprenditori contro i decreti reali di annullamento degli atti preparatori e del visto di esecutorietà apposti a contratti già in corso di esecuzione⁶⁰.

⁵⁹ Così anche Corte di cassazione, sez. un., 30 novembre 1931, *Possenti c. Prov. di Roma*, in *Giur. it.*, 1932, I, I, 33, riguardante l'annullamento delle deliberazioni e del visto apposto ad un contratto per la riscossione di tributi. Sentenza che cassa Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 28 giugno 1930, n. 2, *Possenti c. Min. interno e Prov. di Roma*, in *Riv. dir. pubb.*, 1930, II, 513, che respinge il ricorso in quanto il contratto stipulato (appalto per la riscossione delle rette dovute per il ricovero dei dementi) conteneva clausole più onerose rispetto a quelle stabilite nel capitolato deliberato dall'amministrazione, il negozio concluso doveva ritenersi nullo fin dall'inizio in quanto non adempiute le formalità prescritte. Contro tale decisione il privato propose ricorso per cassazione.

⁶⁰ Consiglio di Stato, Sezione IV, 17 dicembre 1932, n. 413, *Lodeserto c. Ministero dell'interno e Com. di Taranto*, in *Foro amm.*, 1933, I, I, 42, sul ricorso contro l'annullamento d'ufficio del visto e degli atti preparatori di un appalto di servizi già eseguito per più di tre anni; Consiglio di Stato, Sezione IV, 3 giugno 1933, *Cesco c. Ministero delle finanze*, in *Giur. it.*, 1933, III, 220, che afferma essersi formato un *ius receptum* circa la competenza giudiziaria sull'annullamento governativo di un contratto di appalto. Cfr. Consiglio di Stato, Sezione IV, 20 gennaio 1933, *Martellucci c. Pref. di Siracusa*, in *Riv. amm.*, 1933, 233, in cui si accosta ai casi precedentemente descritti quello del terzo che chiede l'annullamento del contratto formalmente perfetto sostenendosi la giurisdizione ordinaria in quanto il richiesto annullamento inciderebbe

In presenza di un contratto formalmente perfetto si afferma la giurisdizione civile anche sulla «legittimità o illegittimità di atti amministrativi che lo hanno preceduto e che ne costituiscono la base essenziale, per modo che senza di essi non si sarebbe potuto concludere o concluso, col cadere di essi cadrebbe nel nulla»⁶¹, anche quando il ricorrente «non è uno dei soggetti del contratto» e dunque risulta privo di legittimazione avanti a tale giudice.

sulla validità del contratto, senza rilevare quale posizione soggettiva potrebbe far valere il terzo avanti al giudice civile.

⁶¹ Consiglio di Stato, Sezione IV, 20 gennaio 1933, *Martellucci c. Pref. di Siracusa*, cit., riguardante la domanda di un concorrente di annullamento del ribasso del ventesimo e dell'aggiudicazione definitiva degli incanti per l'appalto dell'acquedotto di Floridia quando il contratto era già stipulato con l'impresa Boscarino e approvato dal prefetto. L'idea che la regola generale che impone gli incanti attribuisca ai privati il «diritto di parteciparvi» salve le ipotesi di inidoneità, viene superata poiché si considera «norma di condotta amministrativa diretta alla miglior tutela della cosa pubblica», che «non dà vita ad un obbligo a cui corrisponda nel privato un diritto di eseguibilità positiva»: Corte d'appello di Roma, 13 settembre 1917, *Salerni c. Ministero della marina*, in *Foro it.*, 1918, I, 318, riguardante l'impugnativa di un decreto di esclusione dalla trattazione di affari con gli uffici governativi di tutti i funzionari e ex funzionari pubblici. Afferma la libertà contrattuale della pubblica amministrazione le cui gare rimangono pubbliche, nonostante l'esclusione di una o più categorie di persone. In conformità all'orientamento delle Sezioni Unite, il Consiglio di Stato dichiara la propria «incompetenza» sul ricorso contro un provvedimento ministeriale che vieta ai funzionari dello Stato, anche cessati dal servizio, di trattare affari con gli uffici governativi e quindi anche di partecipare alle gare pubbliche. La competenza dei tribunali ordinari è affermata in quanto «tale norma d'indole generale tocca manifestamente la capacità giuridica di tutti i funzionari governativi»: Corte di cassazione di Roma, sez. un., 12 dicembre 1914, *Cogliolo c. Ministero della marina*, in *Foro it.*, 1914, I, 336, con nota di F. D'ALESSIO. La sentenza riguarda il ricorso di un privato, rappresentante di una società, escluso dalla trattazione di affari con gli uffici governativi in quanto era stato sottufficiale della regia marina al solo effetto di adempiere al dovere della leva militare.

2. *Il sindacato amministrativo sui decreti reali di annullamento della volontà contrattuale dell'amministrazione per «gravi motivi di interesse pubblico». La riforma della legge comunale e provinciale, la nuova disciplina dell'annullamento governativo e il riconoscimento ex lege della giurisdizione amministrativa.*

L'affermazione della giurisdizione civile appare di interesse perché escludeva che l'esercizio del potere di annullamento potesse spostare a favore del giudice amministrativo la giurisdizione sui diritti sorti da un'obbligazione contrattuale.

Tuttavia quella che poteva apparire una garanzia maggiore di tutela per il riconoscimento di un «diritto soggettivo» scontava i rilevati limiti del sindacato del giudice civile sugli atti inerenti ai contratti della pubblica amministrazione, determinando di conseguenza il favore per la giurisdizione amministrativa.

La soluzione a favore della giurisdizione civile non appare così soddisfacente dal momento che lo stesso giudice civile è consapevole che solamente il giudizio amministrativo può garantire la «restituzione specifica *in integrum* mediante l'annullamento del provvedimento»⁶²; ma i limiti del sindacato civile si accentuano quando il diniego di visto sia fondato su «gravi motivi di interesse pubblico»⁶³, la cui valutazione non può che apparire riservata alla pubblica amministrazione.

⁶² Corte di cassazione, sez. un., 30 aprile 1929, *Rossi c. Ospedale di Muro Lucano*, cit., con nota di F. CAMMEO, *L'annullamento d'ufficio dei contratti degli enti locali e la competenza sulle relative controversie*.

⁶³ Osserva che il diniego del visto può essere determinato «anche da gravi motivi di interesse pubblico e del Comune i quali potrebbero da soli giustificare il rifiuto stesso», in quanto l'apprezzamento della consistenza e gravità dei motivi in relazione al diniego di visto «rientra di pieno diritto nella competenza giurisdizionale del Consiglio di Stato»: Consiglio di Stato, Sezione V, 29 gennaio 1926, n. 20, *Lettis c. Sottoprefetto di Gaeta, Com. di Gaeta*,

Si ammetteva infatti che il diritto fosse tutelabile come interesse quando a quel diritto, presupposto e non contestato, fosse riferibile un potere discrezionale: ciò si giustifica in quanto «come insegna la più recente dottrina, ed è d'altronde pacificamente riconosciuto, l'esame in sede giudiziaria, sulla legittimità degli atti amministrativi, quando si faccia questione di un diritto civile o politico che dall'atto amministrativo si pretenda lesa, deve limitarsi all'indagine se l'atto sia emesso da un'autorità competente, se siano rispettate le norme di legge, e se l'atto cagioni una lesione al diritto soggettivo perfetto, per cui sfuggono ad ogni sindacato della giurisdizione ordinaria, in modo speciale gli atti discrezionali dell'autorità amministrativa, che restano soggetti al controllo del Consiglio di Stato, sotto il profilo dell'indagine dell'eccesso di potere»⁶⁴. Le Sezioni Unite ammettevano la giurisdizione amministrativa riconoscendo che la disapplicazione del diniego di visto da

cit., che ritiene peraltro il diniego di visto del sottoprefetto non definitivo e perciò suscettibile di ricorso gerarchico, concedendo al ricorrente il beneficio dell'errore scusabile.

⁶⁴ Trattandosi di atti preliminari la sentenza afferma che il diritto dedotto in giudizio non era ancora un diritto perfetto e ad esso è riferibile un potere discrezionale e quindi «si sarebbe, se mai, trattato di un interesse legittimo, non di un diritto perfetto», per cui la controversia è indubbiamente di competenza del giudice amministrativo: Corte di cassazione di Roma, 27 luglio 1931, *Palmieri c. Com. di Rufo e Pref. di Salerno*, in *Foro it.*, 1931, I, 1128, con nota di G. RUSSO, *Sulla competenza nel sindacato di legittimità dei provvedimenti amministrativi nei contratti dei comuni*. Il caso riguarda l'incanto per la vendita di un taglio di bosco di notevole ammontare in cui l'aggiudicatario aveva presentato l'offerta per persona da dichiarare ed avvenuta la dichiarazione del nominativo del vero aggiudicatario l'amministrazione aveva accettato. In seguito viene revocato tale atto escludendo per inidoneità tecnica il soggetto nominato e si ritiene vincolato e responsabile l'offerente. Questi proposte duplice impugnativa del provvedimento di revoca davanti al giudice ordinario per l'accertamento negativo della sua estraneità al rapporto perfezionato con il terzo e davanti al Consiglio di Stato per violazione di legge ed eccesso di potere.

parte del giudice civile ne avrebbe comportato direttamente l'annullamento vietato dalla legge⁶⁵.

In questo quadro apparentemente assestato, in cui la giurisdizione sugli atti che incidono sui contratti della pubblica amministrazione era attribuita al giudice civile con la sola eccezione del provvedimento discrezionale che revocasse il consenso «per gravi motivi di interesse pubblico», si addivenne ad una svolta decisiva.

L'art. 6 del r.d. 3 marzo 1934, n. 383, t.u. delle leggi comunali e provinciali⁶⁶ ha previsto infatti che «Il Governo ha facoltà in qualunque tempo di annullare d'ufficio o su domanda, sentito il Consiglio di Stato, gli atti viziati da incompetenza, eccesso di potere o violazione di leggi o di regolamenti generali o speciali. Contro il decreto reale è *sempre* ammesso il ricorso per legittimità al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale ovvero il ricorso straordinario al Re». Lettera e *ratio* della norma, confortate dai lavori preparatori, consentono al Consiglio di Stato di ribaltare l'indirizzo giurisprudenziale indicato.

Dai lavori preparatori risultava aggiunto un terzo comma: «In relazione agli atti di cui al comma primo, *l'azione giudiziaria non può essere promossa che quando il decreto reale di annullamento sia annullato o revocato*».

In tal modo, il giudizio amministrativo avrebbe risolto con efficacia di giudicato questioni che direttamente involgono l'esistenza delle obbligazioni contrattualmente assunte, con inversione di tendenza che appare evidente ove si confronti la norma che in precedenza disciplinava l'annullamento gover-

⁶⁵ Corte di cassazione, sez. un., 30 aprile 1929, *Rossi c. Ospedale di Muro Lucano*, cit., ove si riconosce che la controversia riguarda materia di carattere amministrativo, anche se la finalità ultima può essere la tutela di un preteso diritto di proprietà.

⁶⁶ Norma emanata in sostituzione dell'art. 114 del r.d. 30 dicembre 1923, n. 2839, cit.

nativo che faceva salvi «*i casi in cui, secondo le leggi vigenti sia data l'azione giudiziaria*»⁶⁷.

L'indicato terzo comma, per l'incidenza sull'ordine delle giurisdizioni, venne eliminato nella stesura definitiva per eccesso di delega legislativa accordata al governo ed avente ad oggetto la riforma della legge comunale e provinciale⁶⁸.

L'interpretazione, non senza contrasti⁶⁹, si è appuntata tuttavia sull'avverbio «*sempre*» che, in conformità alle inten-

⁶⁷ Art. 114 del r.d. 30 dicembre 1923, n. 2839, cit., che afferma: «Il governo del re ha facoltà, in qualunque tempo, sia sopra denuncia, sia per propria iniziativa, di dichiarare per decreto reale, sentito il consiglio di Stato, la nullità degli atti o provvedimenti, che contengano la violazione di leggi o di regolamenti generali o speciali; *salvo i casi in cui, secondo le leggi vigenti sia data l'azione giudiziaria*, contro il decreto reale è ammesso il ricorso per legittimità al consiglio di Stato in sede giurisdizionale, ovvero il ricorso straordinario al re».

⁶⁸ C. VITTA, *L'impugnazione dei decreti reali che annullano contratti di enti pubblici*, in *Riv. amm.*, 1936, 297.

⁶⁹ Alcune decisioni del Consiglio di Stato mantengono l'orientamento precedente dando un'interpretazione restrittiva all'avverbio «*sempre*» e continuano a dichiarare il difetto di giurisdizione sul decreto che annulla d'ufficio il visto di esecutorietà su un contratto: Consiglio di Stato, Sezione V, 8 giugno 1935, n. 603, *Torelli c. Ministero dell'interno*, in *Giur. it.*, 1935, III, 285, con nota di F. CAMMEO, il quale per dare un senso all'art. 6, t.u. 3 marzo 1934, cit., nella maniera meno discorde ai principi generali e senza eliminare ogni giurisdizione civile in materia, ritiene che il ricorso al Consiglio di Stato sia ammesso *facoltativamente* anche nella materia relativa a diritti soggettivi, fondando una competenza alternativa, con un'interpretazione che egli stesso definisce discutibile e nel criticare la decisione annotata, definisce *felix culpa* quella di non aver dato alcun rilievo all'innovazione normativa intervenuta. La medesima decisione è annotata da L. RAGNISCO, *Interferenze di competenza tra l'autorità giudiziaria ed il Consiglio di Stato (s. g.) in materia di contratti dei comuni*, in *Riv. dir. pubb.*, 1935, 423, il quale ritiene che la nuova norma, senza dubbio ambigua, non possa non interpretarsi in conformità ai criteri distintivi fra le giurisdizioni, quindi quando il visto è stato concesso ed il privato contesti la regolarità del procedimento seguito dall'amministrazione, de-

zioni dimostrate nel comma poi stralciato, consente di trasferire ogni sindacato giurisdizionale sulla legittimità di atti amministrativi che incidono sui contratti avanti al Consiglio di Stato, con conseguente giudicato di legittimità anche con riferimento «alle eventuali questioni relative a diritti se e in quanto dipendenti dalla questione di legittimità»⁷⁰.

L'art. 6 del r.d. 3 marzo 1934, n. 383, cit., apre dunque la via alle considerazioni che in materia attribuiscono al Consiglio di Stato la facoltà di conoscere e risolvere questioni pregiudiziali o incidentali⁷¹, relegando le conseguenti questioni relative a diritti nascenti da contratti (poi annullati) come «accessorie»⁷².

Con l'aiuto determinante dell'autorità *ex lege* si è potuto affermare che i diritti contrattuali non si sono potuti «acquisire in modo amministrativamente irrevocabile» a causa dell'invalidità degli atti amministrativi diretti a costituirli, poiché è «dubbio e controvertibile se si faccia una questione di diritti o

ve ammettersi la «competenza dell'autorità giudiziaria perché si fa questione della validità di un contratto, divenuto perfetto e quindi di un diritto civile».

⁷⁰ Consiglio di Stato, Sezione V, 24 marzo 1936, n. 282, *Ditta Bracchi e Alessandri c. Ministero Interno e Com. di Udine*, in *Foro amm.*, 1936, I, II, 186, con nota di P. BODDA, *Osservazioni sul rifiuto del visto ai contratti comunali validi*, il quale peraltro non affronta la questione di giurisdizione. Il caso riguarda il contratto per la costruzione di un impianto per la raccolta di immondizie e la lesione del pubblico interesse sembrava consistere unicamente nella mancata richiesta all'impresa di altri obblighi in compenso della utilizzazione decennale a suo profitto dei concimi. Difensore del contraente privato è Federico Cammeo. La decisione è pubblicata anche in *Riv. amm.*, 1936, 338, con nota favorevole all'interpretazione innovatrice dell'art. 6, t.u. cit., che fonda «la precedenza del ricorso per legittimità al Consiglio di Stato rispetto all'azione esperibile dinanzi all'autorità giudiziaria», comunque possa esservi connessa una questione concernente diritti.

⁷¹ Art. 28, t.u. 22 giugno 1924, n. 1054, cit.

⁷² Consiglio di Stato, Sezione V, 24 marzo 1936, n. 282, *Ditta Bracchi e Alessandri c. Ministero Interno e Com. di Udine*, cit.

questione relativa a interessi»⁷³. L'orientamento è considerato di favore al privato colpito dal decreto reale di annullamento del contratto proprio per la mancanza al tempo di norme sulla responsabilità precontrattuale.

Il Consiglio di Stato soddisfa le esigenze di tutela dei concorrenti estendendo il controllo sugli atti impugnati «oltre i confini della mera legittimità» (violazione di legge), sino al sindacato sul vizio di eccesso di potere⁷⁴ che il precedente orientamento giurisprudenziale della Cassazione non riconosceva al giudice ordinario.

Si completa e si consolida così l'orientamento che la giurisdizione amministrativa andava da tempo patrocinando. Alla mancanza di un risarcimento del danno precontrattuale è offerto un più ampio sindacato di legittimità (vizio di eccesso di potere) sugli atti di scelta del contraente anche con riferimento a provvedimenti successivi alla conclusione del contratto, con annullamento giurisdizionale che quasi sempre si converte in risarcimento in forma specifica per i non lunghi tempi processuali.

Esclusa una «questione di diritto» in relazione ad un contratto anche «perfetto» e già efficace, una volta sottratta alla giurisdizione civile la conoscibilità del contratto, *a fortiori* è esclusa ogni questione di diritto precontrattuale. La necessaria pregiudizialità del giudizio amministrativo, anche ove la ille-

⁷³ Così: Consiglio di Stato, Sezione V, 24 marzo 1936, n. 282, *Ditta Bracchi e Alessandri c. Ministero Interno e Com. di Udine*, cit.

⁷⁴ La sentenza afferma che il sindacato «rasenta se non attinge anche il merito degli stessi» atti. Tale sindacato consiste nel caso di specie nell'accertamento dei due presupposti dell'annullamento d'ufficio, la violazione di una norma obbiettiva e la lesione concreta del pubblico interesse che consente al Consiglio di Stato di annullare il decreto reale sulla base della mancanza di motivazione della lesione dell'interesse pubblico: Consiglio di Stato, Sezione V, 24 marzo 1936, n. 282, *Ditta Bracchi e Alessandri c. Ministero Interno e Com. di Udine*, cit.

gittimità degli atti amministrativi sia fondata sull'interpretazione di una specifica norma (violazione di legge), favorisce la ricostruzione delle posizioni soggettive dei contraenti privati come interessi legittimi.

Questa estensione della giurisdizione amministrativa pare esaurire la giurisdizione sulle controversie in materia di formazione dei contratti, senza alcun ulteriore spazio per un'azione civile, ed è criticata come creazione surrettizia di un nuovo caso di giurisdizione esclusiva⁷⁵. Voce critica che, al tempo, è stata ritenuta informata ad un eccessivo rigore formale, di fronte ad una generale riconosciuta «maggior tutela» accordata dalla giurisdizione amministrativa⁷⁶.

Con l'introduzione della responsabilità precontrattuale appare evidente la rilevanza della critica enunciata, poiché la riconduzione di ogni questione precontrattuale al giudice amministrativo⁷⁷ ha impedito l'individuazione del diritto alla correttezza precontrattuale in capo ai privati che partecipano a trattative formalizzate con la pubblica amministrazione,

⁷⁵ C. VITTA, *L'impugnazione dei decreti reali che annullano contratti di enti pubblici*, cit., il quale denuncia lo spostamento dell'ordine fondamentale delle giurisdizioni, con la creazione, in fin dei conti, di un nuovo caso di giurisdizione esclusiva. Con l'introduzione della responsabilità precontrattuale non è più condivisibile l'affermazione che la decisione amministrativa esaurisca necessariamente la questione.

⁷⁶ Quella che al tempo poteva sembrare una soluzione favorevole al privato contraente in quanto gli garantiva il sindacato più approfondito sull'illegittimità del decreto di annullamento, diviene penalizzante nel momento in cui si introduce la responsabilità precontrattuale. Infatti l'annullamento del decreto regio di annullamento governativo del contratto, sembrava l'unica tutela al tempo possibile, in quanto faceva rivivere il contratto la cui esecuzione può essere intrapresa o conclusa. Nel caso invece di conferma della legittimità del decreto il contratto non può avere più alcun effetto ed il privato rimane penalizzato a causa delle illegittimità commesse dall'amministrazione durante la fase precontrattuale, che di fatto poteva assolutamente ignorare.

⁷⁷ Artt. 33 e s., d. lg. 80/98, cit.

quanto meno sino al più recente riconoscimento formale della giurisdizione esclusiva.

La giurisprudenza anteriore all'art. 6 del r.d. n. 383 del 1934 aveva infatti aperto la via del sindacato incidentale sulla legittimità degli atti preparatori alla conclusione del contratto, ove la giurisdizione amministrativa ha invece nascosto la possibilità di individuare in materia una «questione di diritto» di cui il giudice civile possa conoscere e giudicare, o che possa essere devoluta al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva.

3. *L'affermarsi del ruolo della giurisdizione amministrativa a garanzia della corretta applicazione delle procedure di scelta del contraente. L'estensione della giurisdizione amministrativa a tutti i metodi di scelta del contraente, non esclusa la trattativa privata.*

La giurisdizione amministrativa si afferma progressivamente come l'unica in grado di offrire protezione, sia al contraente, sia agli altri imprenditori partecipanti alle gare pubbliche.

Le sezioni unite della Cassazione, superando i precedenti contrasti⁷⁸ affermano la giurisdizione del giudice amministrativo anche quando venga annullato d'ufficio dal Governo un atto amministrativo cui sono collegati diritti soggettivi⁷⁹, ovve-

⁷⁸ Ancora: Corte di cassazione, sez. un., 2 novembre 1951, *Com. di Garigliana c. Bessone*, in *Foro it.*, 1951, I, 1484, che richiama i precedenti di Corte di cassazione, sez. un., 25 novembre 1931, *Società anonima Terme Stabiane c. Ministero dell'interno*, cit. e Corte di cassazione, sez. un., 30 novembre 1931, *Possenti c. Prov. di Roma*, cit.

⁷⁹ Corte di cassazione, sez. un., 10 giugno 1955, *Consorzio per i magazzini generali della Sicilia c. Min. difesa-aeronautica e Min. finanze*, in *Foro it.*, 1956, I, 560, con nota di R. SANDULLI, *Sulla discriminazione delle competenze*

ro quando l'annullamento incida su obbligazioni derivanti da contratto.

A tal fine si accoglie un'interpretazione dell'art. 6 del r.d. 3 marzo 1934, n. 383, cit., non innovativa, ma confermativa della disciplina precedente, seppur escluda la competenza «giudiziaria» anche su contratti efficaci.

Non solo il caso delineato dal citato art. 6, ma il generale potere di annullamento in quanto discrezionale esclude la sussistenza di diritti soggettivi non solo in capo ai concorrenti alle gare pubbliche, ma anche a colui che ha stipulato il contratto, poiché oggetto dell'impugnativa non è considerato il rapporto giuridico su cui l'attività di controllo si esercita, ma il provvedimento di annullamento⁸⁰.

Il passaggio successivo è quello di ritenere che comunque la posizione soggettiva oggetto della controversia non possa avere la consistenza di diritto soggettivo; si controverte della legittimità del potere di annullamento, la cui posizione contrapposta non può che essere quella di un diritto affievolito (interesse legittimo)⁸¹, poiché nei confronti dell'attività amministrativa di controllo, il privato dispone unicamente di un interesse al corretto esercizio del potere di annullamento degli atti illegittimi⁸². La norma che attribuisce il potere di annullamento è posta a tutela e garanzia dell'interesse pubblico, con la conseguenza che il privato viene a trovarsi necessariamente

in tema di annullamento da parte del Governo di atti amministrativi, cui siano collegati diritti soggettivi.

⁸⁰ G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940, IV, 67 e s.

⁸¹ C. LESSONA, *Competenza in materia di gravami contro i decreti di annullamento ex art. 6 t.u. legge com. e prov.*, in *Foro it.*, 1947, I, 61.

⁸² G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, 1949, 75; A. M. SANDULLI, *Sulla competenza a giudicare del mancato riconoscimento da parte dei comuni delle obbligazioni contratte sotto il regime repubblicano fascista*, in *Foro it.*, 1949, I, 33.

in una posizione di soggezione⁸³ che rende la tutela dei suoi interessi solo occasionale e condizionata alla tutela dell'interesse pubblico⁸⁴.

L'annullamento con effetto retroattivo della deliberazione che dispone la stipulazione di un contratto travolge il contratto, perché fa venir meno il consenso del contraente pubblico⁸⁵, ed il possibile giudizio amministrativo su tale annullamento ha dunque l'effetto o di confermare il «recesso», ovvero di far rivivere il contratto, mentre il giudice civile si sarebbe fermato alla legittimità formale dell'atto di annullamento. L'evoluzione giurisprudenziale ha preferito sottolineare la

⁸³ R. SANDULLI, *Sulla discriminazione delle competenze in tema di annullamento da parte del Governo di atti amministrativi, cui siano collegati diritti soggettivi*, cit., 573 e s., ove si richiama anche la questione degli effetti sul contratto dell'annullamento degli atti precontrattuali, in particolare ove l'atto di annullamento sia riconosciuto legittimo dal giudice amministrativo, sia esclusivamente competente il giudice ordinario a pronunciare la conseguente invalidità del contratto viziato. Cfr. A. M. SANDULLI, *Spunti sul regime dei contratti di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1953, I, 1585.

⁸⁴ Queste interpretazioni favoriscono il consolidarsi dell'orientamento che attribuisce ai privati un'unica posizione soggettiva di interesse legittimo; ma occorre osservare che tale orientamento si fondava anche sulla valutazione dell'esperienza passata ove poteva rilevarsi che non la posizione soggettiva di diritto soggettivo ed il giudice civile, ma solamente il riconoscimento di un interesse legittimo e l'intervento del giudice amministrativo aveva garantito un'effettiva protezione ai privati, non solo in fase di selezione, ma anche quando fosse intervenuto l'annullamento del contratto già stipulato.

⁸⁵ Corte di cassazione, sez. un., 5 giugno 1956, *Lo Presti c. Com. di Noto*, in *Giust. civ.*, 1956, 1029, con nota di A. ARIENZO, *Competenza in materia di impugnazioni contro provvedimenti amministrativi, emanati in virtù dell'art. 6 della legge comunale e provinciale o del potere di autotutela, che annullano contratti di enti pubblici*. Il caso riguarda l'affidamento di un contratto mediante trattativa privata in mancanza dei presupposti richiesti. Rilevata l'illegittimità la Giunta aveva annullato la deliberazione che aveva disposto l'affidamento, ed il privato contraente soccombente avanti alla giustizia amministrativa, che aveva riconosciuto la legittimità dell'annullamento, tentò di sostenere il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

«degradazione» ad interesse legittimo del diritto soggettivo del contraente privato da parte del provvedimento di autotutela, escludendo la configurabilità di un recesso negoziale⁸⁶ fondato sulla non corretta definizione della volontà contrattuale.

Consolidata l'indicata estensione della giurisdizione amministrativa, il conflitto sul riparto si sposta verso i rapporti pre-contrattuali ancora affidati al giudice ordinario e di fatto privi di protezione; in particolare si focalizza sulla questione della configurazione di interessi legittimi anche nella trattativa privata⁸⁷, dal momento che il riconoscimento di tale posizione può garantire tutela agli interessati, mentre il diniego equivale di fatto ad escludere ogni protezione per l'interpretazione riduttiva della responsabilità precontrattuale⁸⁸.

⁸⁶ Corte di cassazione, sez. un., 20 aprile 1991, *Siciliana costruzioni s.p.a. c. I.A.C.P. Prov. di Palermo e Com. di Castronovo di Sicilia*, in *Giust. civ.*, 1991, 2993.

⁸⁷ Consiglio di Stato, Ad. plen., 28 gennaio 1961, n. 3, *Citterio e Soc. Gazzoni c. Com. di Fiuggi*, in *Foro amm.*, 1961, I, 561, con nota di E. CANNADA BARTOLI, *In tema di trattativa privata*; Consiglio di Stato, Sezione V, 23 marzo 1971, n. 242, *S.p.a. Sagim c. Pref. di Forlì, Com. di Cesenatico*, in *Giur. it.*, 1971, III, 610; Consiglio di Stato, sez. V, 3 luglio 1996, n. 821, *Com. Oderzo c. Lot*, in *Giur. it.*, 1997, III, 1, 96. Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 150, ove si considera l'attività contrattuale della pubblica amministrazione come settore in cui per ciò che attiene al riparto suscita il maggior numero di questioni, si presentano i maggiori dubbi e resistono i maggiori equivoci.

⁸⁸ Cfr. sul conflitto di giurisdizione: F. FALCONI, *In tema di posizioni giuridiche soggettive nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1971, 82, spec. 93, ove si rileva che la Cassazione opera secondo la tesi della qualificazione normativa dell'interesse legittimo, mentre il Consiglio di Stato secondo quella fattuale; L. TOZZI, *La scelta del contraente privato nell'attività contrattuale della p.a.: posizioni soggettive tutelabili*, in *Foro amm.*, 1975, 381.

La Cassazione rimane ferma sulla posizione negativa fondata sulla qualificazione normativa dell'interesse legittimo⁸⁹ fino a quando è indotta ad un *revirement* dall'accresciuta domanda di protezione posta dalle norme europee che, seppur con maggiore attenzione alla concorrenza, riproponevano procedure selettive che sembravano ricalcare quelle previste nelle nostre leggi di contabilità di Stato⁹⁰. Il giudice che aveva elaborato gli strumenti per assicurare il rispetto delle procedure di scelta del contraente era senz'altro quello amministrativo⁹¹, poiché la protezione dei rapporti precontrattuali assicurata dal giudice civile restava alquanto limitata anche tra privati.

La Cassazione ha dunque individuato nell'estensione della giurisdizione amministrativa lo strumento idoneo a soddisfare le esigenze di tutela imposte dalle norme europee, piuttosto che proporre un'interpretazione innovativa della buona fede e della responsabilità precontrattuale che avrebbe garantito anche la possibilità di assicurare un risarcimento del danno subito in occasione di tali trattative.

A quel punto, le procedure europee dettate per garantire la concorrenza nel mercato unico vengono assimilate ai procedimenti di scelta del contraente definite dalle norme nazionali di contabilità di Stato, e nei confronti di tale complesso normativo si riconoscono esclusivamente posizioni di interesse legittimo.

Come si è detto, tale assimilazione non ha permesso di evidenziare la differente prospettiva delle norme europee po-

⁸⁹ Corte di cassazione, sez. un., 15 aprile 1978, n. 1777, cit.

⁹⁰ *Supra* cap. III.

⁹¹ Corte di cassazione, sez. un., 15 gennaio 1983, n. 328, *Cons. Coswen c. Soc. Flakt it.*, cit.; Corte di cassazione, sez. un., 22 novembre 1983, n. 6983, *Cons. Coswen c. Soc. Aerimpianti e Com. di Milano*, cit.; Corte di cassazione, 25 novembre 1983, n. 7073, *Reg. Marche c. Soc. Getel*, cit., su cui: G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., 4 e s.

ste a garanzia della concorrenza rispetto a quelle nazionali, che dalla *ratio* originaria di tutela della «moralità» dell'amministrazione, sono state interpretate come poste nell'interesse dell'amministrazione contraente, con ampie possibilità di deroga alla regola generale della gara pubblica.

4. *La successiva estensione della giurisdizione amministrativa attraverso la configurazione di atti amministrativi emanati da concessionari ed imprenditori non concessionari, ma tenuti all'applicazione delle procedure di scelta del contraente.*

La *ratio* di favore per la concorrenza delle norme europee comporta che l'obbligo di applicazione delle procedure selettive per l'aggiudicazione di appalti pubblici venga esteso anche a soggetti non tenuti all'applicazione delle norme nazionali sulla scelta del contraente, al fine di evitare che l'impiego di risorse derivanti da finanziamenti pubblici pregiudichi lo sviluppo della concorrenza nel mercato unico.

Per garantire la corretta applicazione delle norme europee in materia di appalti pubblici sono state emanate direttive (89/665/CEE, cit. e 92/13/CEE, cit., cosiddette direttive ricorsi) con lo specifico obiettivo di assicurare che in ogni Stato vengano previsti idonei strumenti di ricorso che consentano la «correzione» delle procedure, l'annullamento degli atti lesivi ed il risarcimento del danno⁹².

Fino ad allora, il sindacato sulla corretta applicazione delle norme nazionali ed europee sulla selezione del contraente della pubblica amministrazione nel nostro ordinamento era stato affidato al sindacato di legittimità del giudice amministrativo.

⁹² G. MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 829 e s.

Esteso l'obbligo di applicazione di tali procedure ad enti privati, si è posto il problema della tutela dei concorrenti alle gare indette da questi soggetti secondo le medesime regole applicate dagli enti pubblici.

La devoluzione di tali questioni al giudice ordinario avrebbe incontrato l'interpretazione restrittiva della buona fede pre-contrattuale, lasciando presagire anche in questa ipotesi l'inadeguatezza della tutela rispetto a quanto richiesto dalle direttive europee, mentre la tradizionale giurisdizione amministrativa in materia di appalti è parsa meglio garantire il sindacato sui vizi e le contraddittorietà degli atti emanati anche dagli enti privati.

Sicuramente il giudice amministrativo ha elaborato strumenti più raffinati per sindacare la corretta applicazione delle procedure di scelta del contraente, seppure con il limite di non poter condannare al risarcimento dei danni; ma l'annullamento ha assicurato una reintegrazione della posizione del concorrente, che può essere così riammesso alla gara ed ottenere addirittura l'aggiudicazione del contratto.

Secondo la comune interpretazione delle norme sul processo amministrativo, il riconoscimento della giurisdizione amministrativa richiede la configurazione di atti amministrativi impugnabili (oggettiva) e l'individuazione di soggetti pubblici che li emanino (soggettiva)⁹³.

Infatti, alla fine degli anni ottanta, alla nozione di «amministrazioni aggiudicatrici» ricomprendente gli enti territoriali ed alcune altre «persone giuridiche di diritto pubblico» specificamente individuate⁹⁴, si affianca la nozione di «organismo

⁹³ Art. 26, r.d. 22 giugno 1924, n. 1054, *Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato*, ove si prevede che alla cognizione del Consiglio di Stato sono soggetti «atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante».

⁹⁴ Cfr. Direttiva del Consiglio delle Comunità Europee del 26 luglio 1971 (71/305/CEE) del Consiglio, *che coordina le procedure di aggiudicazione*

di diritto pubblico»⁹⁵, dai confini incerti, ma interpretata estensivamente⁹⁶ fino a ricomprendere anche soggetti varia-

degli appalti di lavori pubblici, che all'art. 1 lett. b, indica le «persone giuridiche di diritto pubblico enumerate nell'allegato I», che per l'Italia erano: le università statali, gli istituti universitari statali e i consorzi per i lavori interessanti le università, gli istituti superiori scientifici e culturali, gli osservatori astronomici, astrofisici, geofisici e vulcanologici, gli «enti di riforma fondiaria» e le istituzioni pubbliche di assistenza e di beneficenza.

⁹⁵ Con la direttiva 89/440/CEE che modificava la direttiva 71/305/CEE, cit., determinando poi l'esigenza «per maggior chiarezza e razionalità, di procedere alla codificazione della direttiva citata» con la direttiva 93/37/CEE, cit. La direttiva 89/440, è stata recepita nel nostro ordinamento con il d. lg. 19 dicembre 1991, n. 406, *Attuazione della direttiva 89/440/CEE, in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*, che all'art. 2, recepisce la nozione di «organismo di diritto pubblico», ridefinendola con la locuzione: «enti pubblici»: «ai fini del presente decreto si considera ente pubblico qualsiasi organismo, dotato di personalità giuridica, istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale e la cui attività è finanziata in misura maggioritaria dallo Stato, dalle regioni, e dalle province autonome di Trento e Bolzano, dalle province, dagli enti locali o da altri enti pubblici ovvero la cui gestione è sottoposta al controllo dei soggetti anzidetti, oppure i cui organi di amministrazione, direzione o vigilanza sono costituiti per più della metà da componenti designati dei soggetti anzidetti». All'art. 3, prevede l'applicazione della disciplina di origine europea anche da parte degli enti sovvenzionati: «1. Le disposizioni del presente decreto si applicano altresì agli enti e soggetti, diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici, per gli affidamenti dei lavori di cui al comma 2, qualora tali lavori abbiano ricevuto una sovvenzione, diretta o specifica, o un contributo, in misura superiore al cinquanta per cento del relativo importo da parte delle stesse amministrazioni aggiudicatrici. 2. Le disposizioni del comma 1 si applicano solamente per i lavori di genio civile indicati nell'allegato A), nonché per i lavori edili relativi ad ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari, edifici destinati a scopi amministrativi, sempreché l'importo non sia inferiore a quello indicato nell'art. 1. 3. La violazione chiara e manifesta, da parte degli enti di cui al comma 1, delle disposizioni del presente decreto, determina la revoca della sovvenzione o del contributo a loro favore».

⁹⁶ Consiglio di Stato, sez. VI, 16 dicembre 1998, n. 1267, *Ente autonomo*

mente legati ad una pubblica amministrazione, ma costituiti secondo la disciplina di diritto privato⁹⁷.

Di qui le difficoltà interpretative e la nuova prospettiva di questioni di giurisdizione conseguenti all'applicazione delle norme europee sugli appalti per ogni «amministrazione aggiudicatrice»⁹⁸, «soggetti aggiudicatori» o «imprese pubbli-

Fiera Internazionale di Milano e soc. Nikolos c. soc. A.R.C.A. G.P.A., in *Foro it.*, 1999, III, 180, che contraddicendo la sentenza di primo grado (ed altresì Consiglio di Stato, sez. VI, 21 aprile 1995, n. 353, *Soc. Astaldi c. Ente aut. Fiera int. di Milano*, in *Foro amm.*, 1995, 984), nega la qualificazione in termini di organismo di diritto pubblico dell'Ente autonomo Fiera Internazionale di Milano e conseguentemente la qualificazione di «amministrazione aggiudicatrice» poiché si evidenzia l'attività commerciale complementare all'attività produttiva imprenditoriale degli operatori economici; Consiglio di Stato, sez. IV, 13 febbraio 1996, n. 147, *Commiss. contr. reg. Lombardia c. Soc. Lombardia informatica*, in *Cons. Stato*, 1996, I, 148, in *Riv. amm.*, 1996, 699, che ha affermato la compatibilità fra l'organizzazione societaria, che, per definizione svolge attività economica, e la soddisfazione di bisogni di interesse generale «aventi carattere non industriale o commerciale»: G.M. RACCA, *Questioni sulla partecipazione degli enti territoriali a società di capitali*, in *Dir. economia*, 1998, 381 e s. Si veda l'allegato 7 del d. lg. 17 marzo 1995, n. 157, come mod. dal d. lg. 25 febbraio 2000, n. 65, cit., che inserisce tra gli «organismi di diritto pubblico» anche le società per azioni a prevalente capitale privato di cui all'art. 12, l. 23 dicembre 1992, n. 498.

⁹⁷ Su cui da ult.: E. SCOTTI, *I nuovi confini dell'organismo di diritto pubblico alla luce delle più recenti pronunce della corte di giustizia* (Nota a *Corte giust. Comunità europee*, 17 dicembre 1998, n. 306/97, *Connemara Machine Turf co. ltd. c. Coillte Teoranta e Corte giust. Comunità europee*, 10 novembre 1998, n. 360/96, *Gemeente Arnhem c. Bfi Holding BV*), in *Foro it.*, 1999, IV, 140, ove non si esclude che bisogni d'interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale possano essere soddisfatti da imprese private; R. GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici italiani a confronto*, Nota a *Corte giust. Comunità europee*, 15 gennaio 1998, n. 44/96,, in *Foro it.*, 1998, IV, 133; E. CASSETTA - S. FOA, voce *Pubblica amministrazione*, in *Aggiornamento, Dig. disc. pubbl.*, 436 e s. Sui problemi connessi alle privatizzazioni: M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, 1997, 213 e s.

⁹⁸ Dir. 92/50/CEE del Consiglio del 18 giugno 1992 che coordina le pro-

che»⁹⁹, secondo definizioni che certamente superano il tradizionale confine offerto dalla definizione di amministrazione pubblica.

cedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, in G.U.C.E. n. L 209, del 24 luglio 1992, art. 1, lett. b) amministrazioni aggiudicatrici, lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico. Per organismo di diritto pubblico si intende qualsiasi organismo: «- istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e - avente personalità giuridica, e - la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico». L'allegato 1, dir. 93/37/CEE, cit. prevede per l'Italia che «Organismi di diritto pubblico» sono: l'Agenzia per la promozione dello sviluppo nel Mezzogiorno e come categorie: gli enti portuali e aeroportuali; i consorzi per le opere idrauliche; le università statali, gli istituti universitari statali; i consorzi per i lavori interessanti le università; gli istituti superiori scientifici e culturali; gli osservatori astronomici, astrofisici, geofisici o vulcanologici; gli enti di ricerca e sperimentazione; le istituzioni pubbliche di assistenza e di beneficenza; i consorzi di bonifica; gli enti di sviluppo o di irrigazione; gli enti che gestiscono forme obbligatorie di previdenza e di assistenza; i consorzi per le aree industriali; comunità montane; gli enti preposti a servizi di pubblico interesse; gli enti pubblici preposti ad attività di spettacolo, sportivo, turistiche e del tempo libero; gli enti culturali e di promozione artistica.

⁹⁹ Le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni sono state disciplinate per la prima volta nel 1990, con la dir 90/531/CEE poi modificata dalla dir. 93/38/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni in G.U.C.E. n. L 199 del 9 agosto 1993, 84, che all'art. 2, prevede che: «1. La presente direttiva si applica agli enti aggiudicatori che: a) sono autorità pubbliche o imprese pubbliche che svolgono una qualsiasi delle attività di cui al paragrafo 2; b) non essendo autorità pubbliche o imprese pubbliche annoverano tra le loro attività una o più attività tra quelle di cui al paragrafo 2 e operano in virtù di diritti speciali

Sottrarre i soggetti cui la pubblica amministrazione demanda il compito di affidare pubblici appalti al più incisivo sindacato del giudice amministrativo può comportare una ingiustificata disparità di trattamento, ed ingenerare il sospetto che il trasferimento intenda eludere il sindacato giurisdizionale che sugli appalti pubblici si è affermato *ex professo*.

Già in precedenza le sezioni unite avevano disposto l'estensione della giurisdizione amministrativa sull'adozione della trattativa privata fuori dai casi specificamente previsti dalle direttive europee per assicurarne il rispetto, avallando l'interpretazione che individuava, anche in tali ipotesi, atti amministrativi e interessi legittimi.

La questione della tutela nei confronti dei privati tenuti all'applicazione delle direttive europee in materia di appalti si pone ancor prima del recepimento nell'ordinamento italiano della direttiva ricorsi 89/665/CEE, cit. Le sezioni unite risolvono la questione riconoscendo ai concorrenti alle gare pubbliche un interesse legittimo alla corretta applicazione delle norme sugli appalti pubblici¹⁰⁰, con la conseguenza che gli atti

o esclusivi concessi loro dall'autorità competente di uno Stato membro».

¹⁰⁰ Corte di cassazione, sez. un., 29 dicembre 1990, n. 12221, *Soc. Mededil, Comune di Napoli, Soc. Cogefar c. Soc. Sincies Chieimentin*, in *Foro it.*, 1991, I, 3405. La s.p.a. Mededil nella sua qualità di concessionaria del comune di Napoli per la costruzione di opere, aveva ricevuto un finanziamento condizionato al rispetto delle norme di derivazione europea sugli appalti pubblici ed era dunque tenuta al rispetto del procedimento di gara. Sul caso: G. AZZARITI, *La giurisdizione nelle controversie contro gli atti delle società concessionarie di opere pubbliche*, in *Dir. proc. ammin.*, 1991, 532, 548, che critica la soluzione della Corte e sottolinea che il privato concessionario deve rispettare «le disposizioni normative limitanti l'autonomia negoziale»; F. SATTA, *Concessioni di opere pubbliche e atti del concessionario*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 321; afferma chiaramente che «l'attività del concessionario di costruzione di opere pubbliche non è attività di natura pubblicistica»: E. CASSETTA, *Pubblico e privato nelle concessioni e nei contratti della pubblica amministrazione (a proposito della concessione e dell'appalto di opere pubbli-*

del concessionario imprenditore sono a tal fine qualificati come atti amministrativi. In tale contesto non deve stupire il ricordato ampliamento della nozione di atto amministrativo, seppure secondo una prospettazione che appare tradizionale, ove si attraggono alla nozione in esame gli atti emanati da un soggetto privato affidatario di funzioni pubbliche¹⁰¹ configu-

che), in *Dir. econ.*, 1992, 275 e s., che invitava con urgenza a mettere ordine nella materia; A. LIROSI, *Giurisdizione in materia di appalti indetti da società private concessionarie della costruzione di opere pubbliche*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 112; I. F. CARAMAZZA, G. M. DE SOCI, *Concessione di committenza e giurisdizione*, in *Rass. avv. Stato*, 1991, I, 459; G. FISCHIONE, *Pubblico e privato nell'attività del concessionario privato di opere pubbliche* (Nota a Cass., sez. un., 29 dicembre 1990, n. 12221, *Soc. Mededil c. Com. Napoli*; Cass., sez. un., 3 dicembre 1991, n. 12966, *Soc. Residenza Le Piscine Montevignano c. Com. Genova* e T.a.r. Lombardia, sez. I, 12 luglio 1990, n. 441, *Soc. Ira costruz. c. Com. Milano*), in *Riv. trim. appalti*, 1992, 799; S. SANTI, *Atti del concessionario di opera pubblica e tutela dei terzi*, in *Rass. giur. energia elettrica*, 1991, 977; S. GIACCHETTI, *Concessionario di opera pubblica e giurisdizione amministrativa*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1991, 2393; E. CANNADA BARTOLI, *In tema di gara del concessionario di costruzione*, in *Giur. it.*, 1992, III, 1, 255; M. MAZ-ZAMUTO, *Concessionario privato ed evidenza pubblica, o meglio concessionario privato e tutela della concorrenza*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 185; B. SPAMPINATO, *Sull'estensione della giurisdizione amministrativa agli atti del privato concessionario*, in *Foro amm.*, 1997, 977.

¹⁰¹ Come precedente le sezioni unite invocano Consiglio di Stato, IV sezione, 15 giugno 1917, *Società anonima belga delle tramvie in Napoli c. Vitaliano*, in *Giur. it.*, 1917, III, 185, ove alla conclusione che «le società ferroviarie e tranviarie danno vita a veri e propri atti amministrativi, dell'indole di quelli che con formula sintetica, sono soggetti per la legittimità al sindacato di questa IV sezione del consiglio di Stato, in virtù di disposizione fondamentale della sua legge organica», si giunge proprio per garantire ai dipendenti di quelle società «le medesime guarentigie giurisdizionali pertinenti agli impiegati e ai salariati governativi e di altri enti pubblici», «per l'indole dell'attività che spiegano le società ferroviarie secondarie e tranviarie» e soprattutto «per l'insieme di norme legislative e regolamentari, che, agli effetti dell'equo trattamento hanno considerato lo stato giuridico-economico del loro personale come di diretto interesse pubblico».

rato nella qualità di «organo indiretto della pubblica amministrazione»¹⁰².

Posta la questione in questi termini, appare conseguente considerare la soluzione a favore della giurisdizione amministrativa come «l'unica compatibile col testo e con la *ratio* dell'art. 113 Cost.»¹⁰³, perché nemmeno si adombra la possibilità che sia il giudice civile a garantire la buona fede e correttezza precontrattuale ai concorrenti che partecipano alle gare indette dai concessionari privati¹⁰⁴.

L'estensione della nozione di amministrazione pubblica anche ai concessionari come organi indiretti, che affidano appalti a terzi, consente dunque di riconoscere la medesima tutela amministrativa e rende indifferente per i concorrenti la partecipazione ad una gara indetta dall'ente pubblico o dal concessionario.

Nella medesima logica, già accolta dalle sezioni unite, il legislatore nazionale, nel recepire la direttiva ricorsi 89/665/CEE, cit., ha scelto di prevedere il previo annullamento da parte del giudice amministrativo dell'atto lesivo e la successiva possibilità di adire il giudice ordinario per la condanna al risarcimento del danno¹⁰⁵, aprendo alla contraddizione dell'an-

¹⁰² F. DE LEONARDIS, *Il concetto di organo indiretto: verso nuove ipotesi di applicazione dell'esercizio privato di pubbliche funzioni*, cit., 347.

¹⁰³ Corte di cassazione, sez. un., 29 dicembre 1990, n. 12221, *Soc. Mededil, Comune di Napoli, Soc. Cogefar, Soc. Sincies Chiment*, cit.; successivamente: Corte di cassazione, sez. un., 2 dicembre 1998, n. 12200, *Atac Roma c. Cons. impr. private autopulman Roma*, in *Foro it.*, 1999, I, 1223.

¹⁰⁴ Cfr. in tal senso: F. SATTA, *Concessioni di opere pubbliche e atti del concessionario*, cit., 321, il quale criticando la scelta della giurisdizione amministrativa rileva che il giudice ordinario potrebbe tutelare i partecipanti a trattative che avvengono in forma concorsuale, senza dover «aspettare la recezione della direttiva C.E.E. per riconoscere il risarcimento del danno a chi sia stato leso da scorretti comportamenti del cosiddetto concessionario».

¹⁰⁵ Art. 13, l. 19 febbraio 1992, n. 142, *Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee*

nullamento di un atto amministrativo ritenuto lesivo di interessi legittimi, che non muta la posizione soggettiva e la successiva facoltà di adire il giudice civile per ottenere il risarcimento del danno.

La scelta ha favorito l'estensione della giurisdizione amministrativa anche nei confronti di altri soggetti tenuti ad adottare le procedure di derivazione europea per la scelta del contraente, poiché al sindacato sulla corretta applicazione di tale complesso normativo è sembrato più idoneo il giudice amministrativo, in grado di assicurare la sospensione, o l'annullamento dell'atto lesivo, che, come si è detto, configurano una sorta di reintegrazione della posizione soggettiva lesa, anche se la soddisfazione integrale del dettato europeo dovrebbe consentire al giudice amministrativo di adottare anche provvedimenti cautelari innominati.

Nei rapporti tra privati il giudice civile non assicura alla fase precontrattuale una analoga tutela cautelare, neppure con effetti pari alla sospensione del provvedimento impugnato del giudice amministrativo, perché si è detto che normalmente giudica su trattative informali, e riconosce un risarcimento del danno solo quando la scorrettezza si verifichi nella fase terminale della trattativa, raggiunta la prova del danno, del nesso causale e della colpa della controparte.

La giurisdizione amministrativa è stata riconosciuta anche nei confronti di atti emanati da soggetti privati non concessionari, ma collegati ad enti pubblici in quanto enti pubblici economici, aziende municipalizzate o speciali, società di capi-

(legge comunitaria per il 1991). Cfr. M. ACONE, *Diritto e processo nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: dalla direttiva Cee 89/665 alla legge "comunitaria" per il 1991*, in *Foro it.*, 1992, V, 321; D. SORACE, *La responsabilità extracontrattuale pubblica: spunti comparatistici nella prospettiva della europeizzazione*, in *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*, a cura di D. Sorace, Bologna, 1994, 20 e s.

tali partecipate, tenuti ad applicare le norme europee per la selezione del contraente¹⁰⁶.

La soluzione delle sezioni unite è stata in un primo tempo a sostegno della giurisdizione ordinaria¹⁰⁷, negando che l'at-

¹⁰⁶ Consiglio di Stato, sez. VI, 20 maggio 1995, n. 498, *Ferr. Stato c. Soc. impr. costruz. edili ferr. S. Ventura*, cit., ove si afferma che il riconoscimento della giurisdizione amministrativa «risponde all'esigenza di assicurare la stessa tutela dinanzi al giudice amministrativo al concorrente che partecipa alle gare, sia bandite dalla amministrazione, che da un suo concessionario e che vanta nei confronti di quest'ultimo una posizione di interesse legittimo, cui solo il giudice amministrativo può garantire una protezione adeguata». Si precisa peraltro che «ai fini della questione di giurisdizione, il grado della tutela (e la sua pienezza ed effettività) non può costituire elemento decisivo per la scelta del giudice competente». La decisione è pubblicata anche in *Giornale dir. amm.*, 1995, 1134, con nota di S. CASSESE, *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale*, che critica le motivazioni della decisione che fondano la giurisdizione amministrativa (titolarità di concessione traslativa, controllo della Corte dei Conti, trasformazione decisa con delibera Cipe, fini di interesse pubblico generale della società, prevalente partecipazione dello Stato, mancanza dello scopo di lucro), ma riconosce che «le Ferrovie dello Stato avrebbero fatto bene — comunque — ad evitare la procedura dichiarata illegittima dal giudice amministrativo».

¹⁰⁷ Corte di cassazione, sez. un. civ., 6 maggio 1995, n. 4989, *Soc. Siena Parcheggj c. Soc. impresa Federici*, in *Foro it.*, 1996, I, 1363, con nota di F. CARINGELLA, *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzia* e in *Giur. it.*, 1996, I, 493 ss., con nota di E. CANNADA BARTOLI, *Servizi pubblici locali mediante società per azioni*; Corte di cassazione, sez. un., 5 dicembre 1995, n. 12523, *Azienda Nazionale Autonoma delle Strade (A.N.A.S.) c. Impresa Costruzione Cav. Lav. Rozzi Costantino s.p.a.*, in *Corriere giur.*, 1996, 294, con nota di F. CARINGELLA, *Responsabilità precontrattuale della P.A. a cavallo tra schemi privatistici e moduli procedurali*; Corte di cassazione, sez. un., 29 luglio 1995, n. 8298, *Azienda Nazionale Autonoma delle Strade (A.N.A.S.) c. Impresa Impresa Geom. P. Martella*, cit.; Corte di cassazione, sez. un. 28 novembre 1996, n. 10616, *Consorzio per l'area di sviluppo industriale di Caserta c. Impr. G. Erichiello*, cit.; Corte di cassazione, sez. un., 6 giugno 1997, n. 5085, *Soc. Baden it. c. Az. serv. municip. Mantova*, cit.; Corte di cassazione, sez. un., 4

tuazione di una procedura di selezione determinerebbe la «degradazione» dei diritti dei concorrenti in primo luogo alla correttezza precontrattuale.

Le motivazioni che sostengono la giurisdizione ordinaria evidenziano la forzatura che si realizzerebbe con la configurazione del trasferimento di funzioni pubbliche e di poteri autoritativi.

Si rileva come pacifico che gli enti pubblici formalizzino il bando, la lettera d'invito, il verbale di aggiudicazione e la relativa approvazione in «atti provvedimenti o autoritativi» di organizzazione¹⁰⁸ «idonei a degradare le posizioni soggettive dei terzi — che sono coinvolti in essi — ad interessi legittimi», mentre i privati e gli enti pubblici economici non possono emanare atti provvedimenti o autoritativi, ma si trovano «in posizione di parità con l'altro (aspirante) contraente»¹⁰⁹.

Per gli enti pubblici economici non varrebbe la ricostruzione del doppio stadio: «una procedura amministrativa preliminare per addivenire al contratto ed un negozio contrattuale

agosto 1998, n. 7639, *Azienda servizi municipalizzati di l'Aquila c. Soc. F.lli Mazzocchia officine meccaniche*, in *Foro it.*, 1999, I, 1223.

¹⁰⁸ Sugli atti di organizzazione: Corte di cassazione, sez. un., 2 giugno 1993, n. 6140, *Cassa di Risparmio di Calabria e di Lucania c. V. Pellegrini*, cit., che afferma la giurisdizione civile sugli atti di un concorso per la promozione interna, riconoscendo che tale scelta non può ricondursi ad una potestà pubblica di autorganizzazione; Corte di cassazione, sez. un., 19 gennaio 1993, n. 637, *Banco di Sardegna c. Porcu*, in *cd-rom juris data*; che riconosce la giurisdizione amministrativa sugli atti concernenti l'assetto organizzativo primario dell'ente.

¹⁰⁹ Corte di cassazione, sez. un., 28 novembre 1996, n. 10616, *Consorzio per l'area di sviluppo industriale di Caserta c. Impr. G. Erichiello*, in *cd-rom juris data*, concernente l'appalto di lavori affidato mediante licitazione privata da un Consorzio che aveva ricevuto un finanziamento comunitario condizionato all'impegno di applicare la normativa comunitaria in materia di appalti di lavori.

vero e proprio, con correlativa insorgenza di interessi legittimi, nella prima fase, e di diritti soggettivi, nella seconda fase»¹¹⁰.

Dal presupposto che le norme applicabili «non conferiscono il potere di degradare ad interesse legittimo la posizione della controparte»¹¹¹ si desume la giurisdizione del giudice ordinario sulla domanda di risarcimento del danno, senza peraltro rilevare che, con l'annullamento dell'atto viziato, il privato può ottenere una sorta di reintegrazione in forma specifica, mentre invece avanti al giudice civile ciò non gli verrebbe riconosciuto dato che i poteri cautelari non vengono utilizzati nelle trattative tra privati e si è più volte rilevata la difficoltà della prova del danno precontrattuale.

L'idea della degradazione, in sé, non pare oggi pienamente soddisfacente neppure per la descrizione dei rapporti con gli enti pubblici, se si considera che anche per tali enti la gara non appare più una scelta di autonomia nel proprio interesse, ma è imposta dall'ordinamento europeo a tutela della concorrenza e del corretto impiego delle risorse pubbliche¹¹².

Tuttavia la posizione negativa della giurisdizione amministrativa può apparire in violazione delle norme europee ed incorrere nelle censure della Corte di Giustizia europea ove non assicurati ai concorrenti la possibilità di ottenere l'annullamento degli atti lesivi, e ove necessario, la stessa «correzione» della procedura di scelta ed il risarcimento del danno.

Si è dunque sottolineata l'incoerenza derivante dalla constatazione che all'identità della disciplina della gara per l'affidamento di un appalto pubblico non corrisponde la medesi-

¹¹⁰ Corte di cassazione, sez. un., 28 novembre 1996, n. 10616, *Consorzio per l'area di sviluppo industriale di Caserta c. Impr. G. Erichiello*, cit.

¹¹¹ Corte di cassazione, sez. un., 28 novembre 1996, n. 10616, *Consorzio per l'area di sviluppo industriale di Caserta c. Impr. G. Erichiello*, cit.; Corte di cassazione, sez. un. civ., 6 maggio 1995, n. 4989, *Soc. Siena Parcheggi c. Soc. impresa Federici*, cit.

¹¹² *Supra* cap. V, par. 3 e 4.

ma tutela, dal momento che, se le direttive europee non richiedono il medesimo regime, tuttavia impongono di garantire una tutela effettiva ai concorrenti, con favore per un'interpretazione che consenta di superare la disparità.

Il Consiglio di Stato è così giunto a sostenere l'estensione, fondata sulle norme europee, del «concetto di pubbliche amministrazioni e quindi di atto amministrativo»¹¹³, al fine di ammettere la tutela assicurata dal giudice amministrativo anche a chi partecipa a gare pubbliche indette da enti pubblici economici o società commerciali a partecipazione pubblica, che in questa prospettiva sono pubbliche amministrazioni in senso soggettivo e «come tali deputate all'esercizio di potestà pubbliche capaci di sortire un effetto di affievolimento nei confronti delle posizioni dei partecipanti alla gara»¹¹⁴.

¹¹³ Consiglio di Stato, sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, A&I *Della Mor-te s.p.a. c. Interporto Toscano A. Vespucci s.p.a.*, in *Foro it.*, 1999, III, 178, con nota di R. GAROFOLI, *Sviluppi in tema di giurisdizione amministrativa e regole costituzionali: organo indiretto, nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrice, riparto per blocchi di materie (d. leg. 80/98)*, ove si rileva che il legislatore interno in tema di appalti, con le norme richiamate, in qualche modo integrando il dettato del t.u. del Consiglio di Stato (alla cognizione del Consiglio di Stato sono soggetti «atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante») e della legge T.A.R. (il cui art. 3 radica la competenza dei tribunali amministrativi sulla base della provenienza dell'atto dagli organi, centrali o periferici, dello Stato o da altri enti pubblici, mentre l'art. 37, in materia di giudizio di ottemperanza, fa riferimento al concetto di «autorità amministrativa»), «ha ampliato a monte *in subiecta* materia il concetto di pubbliche amministrazioni e quindi, di atto amministrativo, senza intaccare per conseguenza le coordinate costituzionali che ai sensi degli artt. 103 e 113 pretendono la derivazione soggettiva da una Pubblica Amministrazione degli atti conoscibili dal giudice amministrativo». Cfr. M. FILIPPI, *La giurisdizione amministrativa sugli atti di soggetti privati alla luce del decreto legislativo 80/98*, in *Dir. amm.*, 1998, 609 e s.; E. FOLLIERI, *Il privato parte resistente nel processo amministrativo nelle materie di cui agli artt. 33 e 34 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 634.

¹¹⁴ Consiglio di Stato, sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, A&I *Della Mor-*

Tale orientamento, impostato in termini di «degradazione» e affievolimento dei diritti precontrattuali dei partecipanti, non appare facilmente accoglibile ove non venga evidenziata la ragione di fondo che è data dalla volontà di garantire l'osservanza delle regole predefinite per la selezione, la non contraddittorietà e, in breve, la correttezza precontrattuale.

D'altra parte si era già rilevato dal giudice amministrativo che in queste ipotesi il riconoscimento di un interesse legittimo «rinforza» e non degrada la posizione soggettiva e la relativa tutela, che diviene «più completa ed effettiva, dal momento che — in materie come quelle attinenti alla partecipazione alle gare d'appalto — il giudice ordinario può assicurare esclusivamente la tutela risarcitoria precontrattuale e non quella consistente nella caducazione degli atti che ostano alla partecipazione alla gara o la concludono sfavorevolmente all'interessato»¹¹⁵.

te s.p.a. c. Interporto Toscano A. Vespucci s.p.a., cit., ove si considera che il legislatore abbia voluto che «limitatamente alla materia in esame, anche gli atti di soggetti altrimenti privati sono espressione di un pubblico potere e debbono essere pertanto equiparati in toto agli atti amministrativi, ossia essere considerati a tutti gli effetti tali». Pare peraltro significativo che si consideri che la «nuova disciplina sugli appalti dettata con la legge n. 109/1994 e succ. mod. contraddice la propensione giurisprudenziale a intravedere nella concessione di opera pubblica una fattispecie traslativa idonea a decretare la trasformazione del privato concessionario in organo indiretto», rilevando: l'«assenza di una traslazione di poteri pubblicistici». E. CANNADA BARTOLI, *In tema di gara del concessionario di costruzione*, cit., 255, ove si rileva che «apprestare un progetto non è funzione amministrativa; né può considerarsi tale l'iniziativa per ottenere autorizzazioni o concessioni edilizie o decreti di espropriazioni o finanziamenti».

¹¹⁵ Consiglio di Stato, sez. V, 21 ottobre 1991, n. 1250, *Com. Milano c. Soc. Ira costruz.*, in *Giur. it.*, 1992, III, 1, 255, con nota di E. CANNADA BARTOLI, *In tema di gara del concessionario di costruzione*; R. VILLATA, *Prime considerazioni sull'art. 33 del d.lgs. 80/1998*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 283.

Sottolineare la posizione paritaria e i diritti soggettivi dei concorrenti alla luce dell'attuale giurisprudenza civile produce unicamente l'effetto di preservare l'autonomia privata dell'ente appaltante che, per l'interpretazione restrittiva della responsabilità precontrattuale, appare estremamente ampia, con possibilità di adottare comportamenti liberi, perché di fatto «insindacabili»; non a caso sono sempre gli «enti aggiudicatori» a sostenere l'esistenza di diritti soggettivi e della giurisdizione civile, mentre i concorrenti invocano la tutela amministrativa¹¹⁶.

Lo svolgimento della trattativa in forma concorsuale avrebbe dovuto indurre il giudice civile ad un'interpretazione innovativa della buona fede precontrattuale, tutelando i concorrenti nei confronti dei comportamenti contraddittori e scorretti dell'ente appaltante, con significativo limite dell'autonomia negoziale.

Ciò non è avvenuto e le sezioni unite di recente hanno riconosciuto la giurisdizione amministrativa sulle controversie concernenti un appalto pubblico indetto da un'azienda speciale in applicazione della disciplina europea. Le argomentazioni sono prevalentemente volte ad assicurare la conformità anche della tutela giurisdizionale alle norme europee¹¹⁷, considerando che il recepimento nazionale delle direttive ricorsi ha previsto il previo annullamento del provvedimento lesivo per violazione del diritto comunitario o delle norme italiane di recepimento, che «non può non competere al giudice amministrativo»¹¹⁸.

¹¹⁶ Corte di cassazione, sez. un., 4 agosto 1998, n. 7639, *Azienda servizi municipalizzati di l'Aquila c. Soc. F.lli Mazzocchia officine meccaniche*, in *Foro it.*, 1999, I, 1223.

¹¹⁷ Si richiama in particolare: Corte di giustizia, sentenza 17 settembre 1997, causa C 54/96, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH c. Bundesbaugesellschaft Berlin mbH*, in *Foro it.*, 1997, IV, 361.

¹¹⁸ Corte di cassazione, sez. un., 13 febbraio 1999, n. 64, *Atac Roma c.*

Tale riconoscimento appare dovuto anche alla pressione operata sulle sezioni unite da una richiesta di rinvio pregiudiziale della questione alla Corte di Giustizia (art. 234 del Trattato Ce, *ex art.* 177), domanda peraltro condizionata al mancato riconoscimento della giurisdizione amministrativa.

Con la decisione favorevole alla giurisdizione amministrativa, la questione dell'effettività della tutela dei concorrenti ai pubblici appalti assicurata dal giudice ordinario è risultata assorbita; ma le sezioni unite, non pronunciandosi per una degradazione delle posizioni dei concorrenti, né per l'esercizio di poteri pubblici da parte dell'appaltatore, devono riconoscere che «l'attribuzione delle controversie inerenti alla fase di aggiudicazione compete alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo»¹¹⁹, con successiva possibilità di richiedere al giudice ordinario il risarcimento del danno.

È stato infine il legislatore che ha cercato di superare i rilevati contrasti interpretativi e, soprattutto, il rischio di condanna della Corte di Giustizia per violazione degli obblighi derivanti dai trattati europei: considerando che il giudice ordinario non appariva disposto ad assicurare ai concorrenti la protezione richiesta dalle norme europee, ha seguito la via dell'estensione della giurisdizione amministrativa, ma riconoscendo l'esistenza di diritti precontrattuali, ha attribuito al

Soc. Abb Daimler Benz Transportation Italia, in *Foro it.*, 1999, I, 2275, con nota di F. FRACCHIA e in *Urbanistica e appalti*, 1999, 616, con commento di V. DE GIOIA e di B. MAMELI, la sentenza pur non applicando ancora la giurisdizione esclusiva di cui all'art. 33 del d. lg. 80/98, cit., afferma la giurisdizione amministrativa in attuazione dell'art. 13, l. 142/92, richiamando: Corte di cassazione, sez. un., 10 novembre 1993, n. 11077, *Com. di Milano c. F.lli Costanzo s.p.a.*, cit.,

¹¹⁹ Corte di cassazione, sez. un., 13 febbraio 1999, n. 64, *Atac Roma c. Soc. Abb Daimler Benz Transportation Italia*, cit.

giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva¹²⁰ estesa anche al «risarcimento del danno ingiusto»¹²¹.

5. *La nuova giurisdizione esclusiva ed il ritorno al riconoscimento di diritti precontrattuali. La distinzione fra il sindacato sulla correttezza del comportamento della parte pubblica e la giurisdizione sulla legittimità degli atti amministrativi. Il superamento della questione sulla pregiudizialità del sindacato di legittimità degli «atti precontrattuali». La «correzione» della procedura di selezione imposta dalla disciplina europea.*

La devoluzione al giudice amministrativo delle controversie «aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti alla applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale»¹²² costituisce una svol-

¹²⁰ Art. 33, comma II, lett. e), d. lg. 31 marzo 1998, n. 80, *Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'articolo 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59.*

¹²¹ Art. 35, d. lg. 31 marzo 1998, n. 80, cit.

¹²² Art. 33, d. lg. n. 80/98, cit.: «1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti al credito, alla vigilanza sulle assicurazioni, al mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481. 2. Tali controversie sono, in particolare, quelle: ... e) aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti alla applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale». Per un primo commento: L. BERTONAZZI - G. AVANZINI, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, (artt.

ta per la soluzione dei conflitti di giurisdizione che si susseguono da oltre un secolo.

Permane incertezza sulla portata della previsione, in particolare se sia limitata agli appalti nel settore dei servizi pubblici, con evidente disparità di trattamento¹²³, ovvero se sia generale, ma viziata per eccesso di delega¹²⁴, sanabile peraltro con legge successiva.

La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo consente di garantire la tutela giurisdizionale senza negare l'esistenza di diritti soggettivi, superando l'idea della «degradazione» dei diritti precontrattuali, contestata nei confronti dei soggetti privati tenuti ad applicare le procedure selettive, ma ancora riproposta per gli enti pubblici.

Come riscontrato nella giurisprudenza più risalente, anche nella fase precontrattuale i partecipanti alle trattative dispongono di diritti che non hanno per oggetto la stipulazione

33 -35 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80), commentario a cura di A. Travi, in *N.L.C.C.*, 1998, 207 e s.

¹²³ A. ROMANO, *Nota al parere del Consiglio di Stato, adunanza generale, 12 marzo 1998, n. 30/98*, in *Foro it.*, 1998, III, 350, rileva l'incertezza della portata della norma: «se andasse riferita agli appalti pubblici nella sola materia dei servizi pubblici oggetto della delega, si potrebbe dubitare della costituzionalità della diversità di trattamento di questi rispetto agli altri; se venisse intesa come regola generale per tutti gli appalti pubblici, si potrebbe dubitare, allora, della possibilità di ricondurla entro i limiti della delega medesima». Si veda altresì: R. VILLATA, *Prime considerazioni sull'art. 33 del d.lgs. 80/1998*, cit., 291; F. CARINGELLA - R. GAROFOLI, *Riparto di giurisdizione e prova del danno dopo la sentenza 500/99*, cit., 2 e s.; E. FOLLIERI, *La tutela nei contratti della pubblica amministrazione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 295 e s.

¹²⁴ Si veda: Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza 9 novembre 1999, n. 2440, *Borrelli c. ASL n. 1 di Caserta*, in *www.giust.it.*, che rimette all'Adunanza Plenaria sulla nuova disciplina allo scopo di fissare i criteri ermeneutici sicuri ed univoci, per superare l'incertezza interpretativa emersa nelle prime pronunce rese dai giudici (amministrativi e civili).

del contratto, bensì il rispetto della disciplina predefinita per la selezione.

Tale configurazione non è stata per lungo tempo neppure ricondotta al fondamento di diritto comune posto dall'art. 1337 cod. civ., principio relazionale rivolto a tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico, tra i quali non può non essere compresa a pieno titolo la pubblica amministrazione che si appresta a concludere un contratto.

Pare possibile ritenere che nella vicenda l'adozione di una procedura selettiva assicuri alle imprese interessate il diritto al corretto adempimento, che si risolve nella non contraddittorietà dei comportamenti e degli atti dell'ente appaltante; diritto soggettivo che ottiene tutela mediante la correzione della procedura, l'annullamento degli atti lesivi o con il risarcimento del danno.

Il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva sarà chiamato ad elaborare una interpretazione del principio di buona fede precontrattuale come limite dell'autonomia negoziale delle parti in trattativa, fondamento e garanzia del diritto alla correttezza.

La nuova giurisdizione non può non riconoscere che le gare pubbliche configurano trattative parallele, formalizzate dalla disciplina che predefinisce le modalità di selezione.

La disciplina, generale e speciale, deve essere osservata da ciascuna delle parti nei relativi atti e comportamenti senza che ciò pregiudichi la possibilità di interrompere le trattative, nei limiti indicati dalle norme che a diverso titolo ammettono il recesso.

Il giudizio sulla responsabilità per inadempimento degli obblighi di correttezza si distingue peraltro da quello sulla legittimità degli atti amministrativi eventualmente presenti nella trattativa, ma l'affermazione di una giurisdizione esclusiva elimina ogni questione di pregiudizialità in senso proprio.

Altra e diversa questione è se le norme del nostro ordi-

namento interno abbiano interamente recepito la disciplina imposta dalla direttiva 89/665/CEE, cit., sia con riferimento alla correzione degli atti non conformi alla disciplina di selezione del contraente, sia in relazione alla disciplina generale del processo amministrativo avente ad oggetto la tutela cautelare.

L'idea che aveva fondato la conformità della disciplina del nostro ordinamento sui poteri del giudice amministrativo alle direttive europee in materia di appalti pubblici pare sintetizzata dall'idoneità delle sentenze di annullamento e delle ordinanze di sospensione dell'atto impugnato a garantire quanto necessario al ricorrente ad ottenere tutela, per effetto della «restituzione in pristino stato» degli atti emanati in violazione della disciplina di selezione del contraente (annullamento) e per la conseguente nuova scelta del contraente, in conformità alla disciplina stessa (ottemperanza).

Senonché l'avvenuta esecuzione del contratto ed i tempi per ottenere un giudicato hanno chiarito che risulta necessaria all'osservanza della disciplina sulle gare pubbliche una rapida definizione delle controversie e la possibilità di provvedimenti cautelari ed inibitori, non solo a contenuto negativo (sospensione), ma anche positivo.

All'annullamento si è affiancato il potere del giudice amministrativo di pronunciare sentenze di condanna al risarcimento del danno, superando il tradizionale rinvio alla giurisdizione ordinaria del potere di conoscere dei diritti patrimoniali consequenziali, tuttavia ove possibile occorre evitare il risarcimento per equivalente assicurando un intervento correttivo.

Per garantire l'eliminazione delle violazioni, in una fase in cui la selezione può ancora essere corretta, ed assicurare al concorrente «migliore» la possibilità di eseguire la prestazione, in taluni casi, si è cercato di intervenire sui tempi processuali con la previsione che il giudice — «chiamato a pronun-

ciarsi sulla domanda di sospensione» — possa «definire immediatamente il giudizio nel merito»¹²⁵.

Nella medesima direzione si pongono i progetti di riforma del processo amministrativo che si propongono di assicurare una rapida definizione del giudizio¹²⁶, anche in sostituzione della pronuncia cautelare.

¹²⁵ Art. 19, d.l. 25 marzo 1997, n. 67, convertito con la l. 23 maggio 1997, n. 135, cit., che, come ricordato, concerne: «provvedimenti relativi a procedure di affidamento di incarichi di progettazione e attività tecnico-amministrative ad essa connesse e provvedimenti di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità». Come ricordato, su tale disciplina si è pronunciata la Corte costituzionale, sentenza 10 novembre 1999, n. 427, cit.

¹²⁶ Disegno di legge n. 5956, Camera dei Deputati, approvato dal Senato della Repubblica il 22 aprile 1999, art. 4, *Disposizioni particolari sul processo in determinate materie*, che per quanto qui di interesse prevede che: «Dopo l'articolo 23 della legge 6 dicembre 1971, n.1034, è inserito il seguente: Art. 23-bis. - 1. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano nei giudizi davanti agli organi di giustizia amministrativa aventi ad oggetto: a) i provvedimenti relativi a procedure di affidamento di incarichi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse; b) i provvedimenti relativi alle procedure di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, ivi compresi i bandi di gara e gli atti di esclusione dei concorrenti, nonché quelli relativi alle procedure di occupazione e di espropriazione delle aree destinate alle predette opere; c) i provvedimenti relativi alle procedure di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di servizi pubblici, ivi compresi i bandi di gara e gli atti di esclusione dei concorrenti» il giudice «chiamato a pronunciarsi sulla domanda cautelare, accertata la completezza del contraddittorio ovvero disposta l'integrazione dello stesso ai sensi dell'articolo 21, se ritiene ad un primo esame che il ricorso evidenzia l'illegittimità dell'atto impugnato e la sussistenza di un pregiudizio grave e irreparabile, fissa con ordinanza la data di discussione nel merito alla prima udienza successiva al termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza. In caso di rigetto dell'istanza cautelare da parte del tribunale amministrativo regionale, ove il Consiglio di Stato riformi l'ordinanza di primo grado, la pronuncia di appello è trasmessa al tribunale amministrativo regionale per la fissazione dell'udienza di merito. In tale ipotesi, il termine di trenta giorni decorre dalla data di ricevimento dell'ordinanza da parte della segreteria del tribunale am-

Indubbiamente una rapida decisione nel merito soddisfa pienamente gli indicati interessi, ma ove ciò non risulti possibile occorre conformarsi alle direttive europee completando così l'indicata opera di revisione sui poteri del giudice chiamato a conoscere della validità delle procedure di selezione del contraente.

Le direttive ricorsi sembrano consentire poteri cautelari più ampi e diversi da quello di sospensione del provvedimento impugnato: «prendere ... con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici» (art. 2, dir. 89/665/CEE; cfr. art. 2, dir. 92/13/CEE).

Nell'impostazione della disciplina europea la sospensione dell'atto impugnato è specificazione non esaustiva dell'attribuzione di poteri che, con procedura d'urgenza, consentono di emanare provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o a impedire altri danni, ove la tutela cautelare ed inibitoria è chiaramente diretta ad una forma anticipata di reintegrazione in forma specifica.

In tale direzione si pone anche l'indicato disegno di legge di riforma del processo amministrativo che consente al giudice di adottare le misure cautelari «più idonee ad assicurare integralmente gli effetti della decisione sul ricorso»¹²⁷, oltre a po-

ministrativo regionale che ne dà avviso alle parti.». L'art. 3, del medesimo disegno di legge prevede che «In sede di decisione della domanda cautelare, il tribunale amministrativo regionale, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria ed ove ne ricorrano i presupposti, sentite sul punto le parti costituite, può definire il giudizio nel merito a norma dell'articolo 26».

¹²⁷ Art. 3, del disegno di legge n. 5956, cit., recante: *Disposizioni generali sul processo cautelare*, che prevede: «Il settimo comma dell'articolo 21 della legge 6 dicembre 1971, n.1034, è sostituito dai seguenti: Se il ricorrente, alle-

ter disporre, in caso di estrema gravità e urgenza, «misure cautelari provvisorie» efficaci fino alla pronuncia della successiva ordinanza cautelare.

In attesa della riforma del processo amministrativo e di un adeguato recepimento delle direttive europee, l'applicazione dell'indicata disciplina dovrebbe conformarsi ad un'interpretazione adeguatrice delle norme esistenti, per consentire la realizzazione degli interessi sottesi alle politiche concernenti i contratti della pubblica amministrazione, a garanzia della correttezza precontrattuale.

gando un pregiudizio grave e irreparabile derivante dall'esecuzione dell'atto impugnato, ovvero dal comportamento inerte dell'amministrazione, durante il tempo necessario a giungere ad una decisione sul ricorso, chiede l'emanazione di misure cautelari, compresa l'ingiunzione a pagare una somma, che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso, il tribunale amministrativo regionale si pronuncia sull'istanza con ordinanza emessa in camera di consiglio. Nel caso in cui dall'esecuzione dell'atto derivino effetti irreversibili il giudice amministrativo può altresì disporre la prestazione di una cauzione, anche mediante fideiussione, cui subordinare la concessione o il diniego della misura cautelare. La concessione o il diniego della misura cautelare non può essere subordinata a cauzione quando la richiesta cautelare attenga ad interessi essenziali della persona quali il diritto alla salute, alla integrità dell'ambiente, ovvero ad altri beni di primario rilievo costituzionale. L'ordinanza di accoglimento, oltre alla valutazione del pregiudizio allegato, contiene l'indicazione dei profili che, ad un sommario esame, inducono a una ragionevole probabilità sul buon esito del ricorso. I difensori delle parti sono sentiti in camera di consiglio, ove ne facciano richiesta».

UNIVERSITÀ DI TORINO
MEMORIE DELL'ISTITUTO GIURIDICO

MEMORIE (SERIE I)

1. CAMILLO MONTALCINI, *Vicende delle pubbliche libertà in Piemonte dai primi tempi di Casa Savoia ad Emanuele Filiberto*, 1884.
2. *Studio critico sulla protezione del lavoro delle donne e dei fanciulli nelle manifatture*, 1884.
3. CARLO LESSONA, *La Germania di G. Cornelio Tacito - Saggio storico-giuridico*, I, 1884.
4. VIRGILIO ROSSI, *L'Europa nel secolo decimosesto e l'Europa d'oggi - Raffronti*, 1886.
5. CARLO LESSONA, *La sylva nuptialis di Giovanni Nevizzano giureconsulto astigiano del secolo XVI - Contributo alla storia del diritto italiano*, 1886.
6. FRANCESCO RUFFINI, *L'actio spolii - Studio storico-giuridico*, 1889.
7. GUIDO CAPITANI, *Stato - Beneficenza e previdenza pubblica - Considerazioni*, 1888.
8. FEDERICO PATETTA, *Le ordalie - Studio di storia del diritto e scienza del diritto comparato*, 1890.
9. GIOVANNI BOBBIO, *Sulle origini e sul fondamento della famiglia - Studio filosofico-storico-giuridico*, 1891.
10. BARTOLOMEO DUSI, *La eredità giacente nel diritto romano e moderno*, 1891.
11. CARLO ARNÒ, *Della distinzione tra servitù rustiche ed urbane - Contributo alla teoria delle servitù prediali*, 1895.
12. RAFFAELE COGNETTI DE MARTIIS, *La revocazione della sentenza nella procedura civile*, 1900.

MEMORIE (SERIE II)

1. F. VASSALLI, L. FRANCHI, G. P. Chironi, 1928.
2. E. DULIO, *Un illuminista piemontese. Il Conte Dalmaszo Francesco Vasco*, 1928.
3. G. GROSSO, *Efficacia dei patti nei «bonae fidei iudicia»*, 1928.
4. A. PASSERIN D'ENTREVES, *La teoria del diritto e della politica in Inghilterra all'inizio dell'età moderna*, 1929.
5. E. DULIO, *Le miniere degli Challant in Valle d'Aosta e il loro ordinamento giuridico*, 1929.
6. G. GROSSO, *Contributo allo studio dell'adempimento della condizione*, 1930.
7. M. EINAUDI, *Edmondo Burke e l'indirizzo storico nelle scienze politiche*, 1930.
8. M. CHIAUDANO, *Studi e documenti per la storia del diritto commerciale italiano nel secolo XIII*, 1930.
9. G. AGOSTI, *Un politico italiano alla Corte polacca nel secolo XV. (Il «Consilium Callimachi»)*, 1930.
10. M. DE BERNARDI, *Giovanni Botero economista. (Intorno ai libri «Delle cause della grandezza delle città»)*, 1931.