

I CONTRATTI CON LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

a cura di
CLAUDIO FRANCHINI

contributi di

EUGENIO PICOZZA, CLAUDIO FRANCHINI, BERNARDO ARGIOLAS,
BERNARDO GIORGIO MATTARELLA, ALDO CAROSI, DANIELA DI CARLO,
LUIGI FIORENTINO, STEFANO VINTI, GIACINTO DELLA CANANEA,
ARTURO CANCRINI, PAOLO MINERVINI, GABRIELLA M. RACCA, PIERLUIGI PISELLI,
ARISTIDE POLICE, GIANLUCA M. ESPOSITO, ANNALISA DI GIOVANNI,
MARIA VITTORIA FERRONI, PAOLA CHIRULLI, BIANCAMARIA RAGANELLI,
RUGGIERO DIPACE, ALESSIO DI AMATO, FRANCESCA PETULLÀ,
ANTONINA LECCESE, LEDA ROSSETTI, MARCO MACCHIA, VITTORIO CAPUZZA,
SERENA OGGIANU, TOMMASO DI NITTO, STEFANO SALVATORE SCOCA

*

PRETTARIO N. 3707

UTET
GIURIDICA



INDICE SOMMARIO

TOMO PRIMO

PARTE GENERALE

I PRINCIPI

CAPITOLO PRIMO

I CONTRATTI CON LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE TRA DIRITTO COMUNITARIO E DIRITTO NAZIONALE

EUGENIO PICOZZA

1. La difficile convivenza tra diritto comunitario e diritto amministrativo nazionale	<i>p.</i>	5
2. La prospettiva comunitaria: i contratti della pubblica amministrazione quali contratti di diritto privato, nel quadro di una economia di mercato e di un sistema politico-amministrativo basato sulla sussidiarietà orizzontale e verticale	»	9
3. La prospettiva nazionale: un regime a doppio binario, rispettivamente per i negozi giuridici di rilevanza comunitaria e di rilievo solamente nazionale	»	18
4. Le innovazioni contenute nel Codice De Lise e le limitazioni del d.lg. correttivo: il tentativo di assicurare il rispetto dei principi comunitari anche per gli appalti sottosoglia. Le disposizioni contenute nella legge finanziaria del 2007: loro compatibilità con il diritto comunitario	»	21
5. Le problematiche poste dalle concessioni di servizio e dalle concessioni di pubblico servizio; dagli accordi previsti dalla legge sul procedimento amministrativo; e dai vari istituti della c.d. urbanistica negoziata. Gli affidamenti contenuti nel t.u. sui beni culturali e ambientali	»	28
6. I rischi insiti nell'utilizzazione di procedure particolari quali la trattativa privata, l'avvalimento e il <i>leasing</i> pubblico	»	34
7. La scarsa autonomia delle amministrazioni aggiudicatrici e degli organismi di diritto pubblico	»	40

8. I tentativi di deflazionare il contenzioso amministrativo attraverso le ADR, le transazioni e gli arbitrati	p.	43
9. Il nodo irrisolto della effettività della tutela giurisdizionale: l'ambiguità della formula della giurisdizione esclusiva alla luce delle sentenze della Corte cost. n. 204/2004 e n. 191/2006	»	46
10. La necessità di ripensare la categoria dei procedimenti ad evidenza pubblica, quale applicazione di un sistema effettivamente "collaborativo" tra pubblico e privato	»	49

CAPITOLO SECONDO

I. CONTRATTI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE TRA DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO PRIVATO

CLAUDIO FRANCHINI

1. L'utilizzazione di moduli convenzionali nello svolgimento dell'attività amministrativa	»	53
2. I condizionamenti di natura pubblicistica sulla disciplina del contratto	»	59
3. La privatizzazione del diritto amministrativo e la pubblicizzazione dei modelli civilistici	»	64
4. Funzionalizzazione dell'attività negoziale e principio di legalità	»	67

CAPITOLO TERZO

ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA E MODULI CONVENZIONALI

BERNARDO ARGIOLAS e BERNARDO GIORGIO MATTARELLA

1. Attività amministrativa e diritto privato: funzioni amministrative e modelli convenzionali	»	73
2. La distinzione tra attività amministrativa di diritto pubblico e di diritto privato	»	76
3. La disciplina degli accordi e dei contratti delle pubbliche amministrazioni	»	78
4. Attività delle pubbliche amministrazioni e attività dei privati	»	80
5. L'attività amministrativa tra diritto pubblico e diritto privato	»	84
6. La mobilità dei confini tra atti unilaterali e accordi	»	86
7. Le distinzioni tra accordi tra diritto pubblico e diritto privato	»	88
8. Gli accordi tra amministrazioni e interessati tra autorità e libertà	»	98
9. Gli accordi tra amministrazioni nella frammentazione dei pubblici poteri	»	107
10. La conferenza di servizi e la semplificazione	»	114
11. Disciplina generale e discipline settoriali nella prassi amministrativa	»	120
12. Le procedure di negoziazione tra autonomia privata e discrezionalità amministrativa	»	133

CAPITOLO QUARTO
**IL QUADRO NORMATIVO SUI CONTRATTI
 DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**

ALDO CAROSI e DANIELA DI CARLO

1. Premesse generali	p.	146
2. Ambiti e ripartizione delle varie fonti normative. Il rapporto fra le norme di fonti diverse. Ambito del problema	»	148
3. (<i>Segue</i>). Il riparto delle competenze tra ordinamento internazionale, comunitario e nazionale	»	149
4. (<i>Segue</i>). Il riparto di competenze all'interno dell'ordinamento giuridico italiano	»	153
5. (<i>Segue</i>). Il riparto delle competenze in materia di enti locali tra Stato e Regioni	»	155
6. (<i>Segue</i>). I tre criteri: gerarchia, competenza, specialità	»	156
7. L'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni ed il passaggio dal regime amministrativo tradizionale al regime comunitario. Il progressivo sviluppo dei principi e delle fonti normative comunitarie in materia di appalti pubblici	»	158
8. (<i>Segue</i>). Lo sviluppo delle fonti normative italiane di adattamento all'ordinamento giuridico comunitario e di recezione delle direttive sugli appalti pubblici	»	162
9. (<i>Segue</i>). I poteri di adattamento e di recezione delle direttive da parte delle Regioni	»	163
10. (<i>Segue</i>). I poteri infrazionabili dello Stato a tutela dell'unità dell'ordinamento giuridico	»	164
11. Indicazione delle normative UE e descrizione sintetica delle disposizioni più importanti	»	165
12. Le fonti normative a livello nazionale in materia di contratti pubblici	»	172
13. Gli appalti di lavori pubblici	»	175
14. Le concessioni di lavori pubblici	»	178
15. Gli appalti pubblici di servizi	»	180
16. Le concessioni di servizi pubblici	»	185
17. Gli appalti pubblici di forniture	»	187
18. I contratti misti	»	188
19. I contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del codice	»	189
20. (<i>Segue</i>). I contratti di sponsorizzazione	»	191
21. (<i>Segue</i>). I contratti pubblici nei settori speciali	»	191
22. Il <i>leasing</i> pubblico	»	192
23. I contratti di opera e professionali. I contratti di <i>engineering</i>	»	193
24. I contratti di ricerca	»	194
25. I contratti di locazione	»	195
26. I contratti di <i>know how</i>	»	196

27. I contratti di compravendita e di permuta	p.	197
28. I contratti di società	»	198
29. I sistemi di risoluzione delle controversie in materia di contratti pubblici. Le fonti comunitarie e nazionali sulla tutela giurisdizionale e giustiziale	»	199
30. (<i>Segue</i>). Le fonti comunitarie e nazionali sui mezzi di risoluzione alternativa delle controversie	»	201
31. Il riparto delle fonti legislative statali e regionali nell'ambito dei contratti delle pubbliche amministrazioni	»	205
32. (<i>Segue</i>). I limiti generali alla potestà legislativa delle Regioni: gli obblighi comunitari e le competenze esclusive statali	»	208
33. (<i>Segue</i>). La competenza concorrente e l'individuazione dei principi fondamentali	»	210
34. (<i>Segue</i>). La c.d. clausola di cedevolezza	»	211
35. (<i>Segue</i>). L'incidenza della disciplina delle funzioni amministrative sul riparto delle competenze legislative Stato-Regioni in materia contrattuale	»	212
36. Altre fonti di regolamentazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni: regolamenti e capitolati. Il riparto di competenze tra Stato-Regioni e potere regolamentare	»	215
37. (<i>Segue</i>). I capitolati d'oneri	»	218
38. La legislazione regionale con riferimento ai contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni. Regione Abruzzo	»	220
39. (<i>Segue</i>). Regione Basilicata	»	221
40. (<i>Segue</i>). Regione Calabria	»	222
41. (<i>Segue</i>). Regione Campania	»	222
42. (<i>Segue</i>). Regione Emilia Romagna	»	223
43. (<i>Segue</i>). Regione Friuli-Venezia Giulia	»	223
44. (<i>Segue</i>). Regione Lazio	»	225
45. (<i>Segue</i>). Regione Liguria	»	226
46. (<i>Segue</i>). Regione Lombardia	»	226
47. (<i>Segue</i>). Regione Marche	»	227
48. (<i>Segue</i>). Regione Molise	»	227
49. (<i>Segue</i>). Regione Piemonte	»	228
50. (<i>Segue</i>). Regione Puglia	»	228
51. (<i>Segue</i>). Regione Sardegna	»	229
52. (<i>Segue</i>). Regione Sicilia	»	230
53. (<i>Segue</i>). Regione Toscana	»	232
54. (<i>Segue</i>). Regione Trentino-Alto Adige Bolzano	»	233
55. (<i>Segue</i>). Regione Trentino-Alto Adige Trento	»	234
56. (<i>Segue</i>). Regione Umbria	»	236
57. (<i>Segue</i>). Regione Valle D'Aosta	»	236
58. (<i>Segue</i>). Regione Veneto	»	237

CAPITOLO QUINTO
ATTIVITÀ CONTRATTUALE E VINCOLI
DI FINANZA PUBBLICA

LUIGI FIORENTINO

- | | | |
|---|----|-----|
| 1. La gestione amministrativa dei contratti pubblici tra politica e amministrazione | p. | 241 |
| 2. Gli apparati statali e la contrattualistica: profili evolutivi e problematici | » | 244 |
| 3. La programmazione | » | 246 |
| 4. Le procedure di spesa | » | 249 |
| 5. I controlli sulla spesa per l'attività contrattuale | » | 251 |

CAPITOLO SESTO

L'EVIDENZA PUBBLICA

STEFANO VINTI

- | | | |
|---|---|-----|
| 1. I principi dell'evidenza pubblica. Notazioni preliminari | » | 257 |
| 2. Il rigore della forma e la scansione in fasi | » | 263 |
| 3. Il principio di pubblicità | » | 268 |
| 4. La partecipazione fra massima apertura e parità di trattamento | » | 277 |
| 5. (Segue). A) L'ingresso dei concorrenti nella fase selettiva | » | 280 |
| 6. (Segue). B) La dimostrazione del possesso dei requisiti di qualificazione | » | 288 |
| 7. (Segue). C) Il divieto di commistione fra verifica dei requisiti e valutazione delle offerte | » | 297 |
| 8. L'imparzialità "rinforzata" | » | 300 |
| 9. La discrezionalità decrescente | » | 304 |
| 10. Le procedure di aggiudicazione | » | 311 |
| 11. Le procedure aperte | » | 315 |
| 12. Le procedure ristrette | » | 318 |
| 13. Le procedure negoziate | » | 323 |
| 14. Il nuovo istituto del dialogo competitivo | » | 329 |
| 15. La c.d. forcella | » | 332 |
| 16. I criteri di aggiudicazione: principi | » | 336 |
| 17. (Segue). L'evoluzione normativa | » | 341 |
| 18. (Segue). La disciplina attuale | » | 345 |
| 19. L'anomalia dell'offerta | » | 356 |

CAPITOLO SETTIMO

LE ALTERNATIVE ALL'EVIDENZA PUBBLICA

GIACINTO DELLA CANANEA

- | | | |
|--|---|-----|
| 1. L'evidenza pubblica: le regole e le deroghe. Le alternative nel sistema tradizionale degli appalti. I fattori di trasformazione | » | 381 |
|--|---|-----|

- | | | |
|---|----|-----|
| 2. Le procedure semplificate. Dalle vecchie alle nuove regole. Amministrazione diretta e cottimo fiduciario: tratti distintivi e tratti comuni. L'assoggettamento delle procedure semplificate ai principi generali e la disciplina stabilita dal codice dei contratti pubblici | p. | 385 |
| 3. Dall'informatizzazione delle pubbliche amministrazioni all' <i>e-procurement</i> . La disciplina degli acquisti <i>on-line</i> . Dal Provveditorato generale dello Stato alla società Consip. L' <i>e-procurement</i> nel Sistema pubblico di connettività | » | 393 |
| 4. Affidamento <i>in house</i> e società miste. Dalle vecchie alle nuove società pubbliche. La scelta del socio privato. L'adeguatezza dell'ordinamento nazionale rispetto al diritto europeo | » | 409 |
| 5. Le prospettive | » | 415 |

CAPITOLO OTTAVO
LA DISCIPLINA DEI CONTRATTI E LE MODALITÀ
DI ADEMPIMENTO

ARTURO CANCRINI

- | | | |
|--|---|-----|
| 1. Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture: il quadro normativo di riferimento | » | 419 |
| 2. I principi ispiratori del Codice. Definizioni e riflessioni sugli organismi di diritto pubblico | » | 426 |
| 3. Il regolamento di esecuzione e i capitolati | » | 431 |
| 4. Dalla aggiudicazione alla stipulazione | » | 433 |
| 5. Il diritto d'accesso negli appalti pubblici | » | 445 |
| 6. Gli affidamenti " <i>in house</i> " | » | 448 |
| 7. Principali aspetti relativi ai contratti pubblici di lavori, servizi, forniture nei settori ordinari. I soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici | » | 450 |
| 8. I consorzi stabili di imprese e i raggruppamenti temporanei di imprese | » | 458 |
| 9. Il problema all'interno di un'ATI della modificabilità in corso di esecuzione delle rispettive quote di partecipazione e di esecuzione dei lavori | » | 483 |
| 10. L'istituto dell'avvalimento | » | 487 |
| 11. Principi relativi all'esecuzione del contratto: il subappalto | » | 497 |
| 12. Ancora sul subappalto: le novità legislative operate dal d.lg. n. 113/2007 in tema di sicurezza e di previdenza. Il Documento unico di regolarità contributiva | » | 509 |
| 13. Inquadramento della normativa di riferimento per gli appalti sotto soglia comunitaria | » | 521 |
| 14. Disposizioni ulteriori per i contratti relativi ai lavori pubblici. La programmazione | » | 523 |
| 15. La direzione dei lavori | » | 528 |
| 16. Le varianti | » | 531 |
| 17. Termini di adempimento, penali, adeguamenti dei prezzi | » | 538 |

18. La sospensione dei lavori	p.	546
19. Risoluzione del contratto e procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'esecutore	»	555
20. Modifiche relative al collaudo dei lavori pubblici	»	569
21. Il <i>project financing</i>	»	571

CAPITOLO NONO

LA PATOLOGIA DEI CONTRATTI CON LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

PAOLO MINERVINI

1. La patologia fra provvedimento e contratto	»	583
2. Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa	»	589
3. La posizione dei soggetti non sottoscrittori del contratto: per una lettura coordinata dell'art. 1372 c.c. e dell'art. 11 l. n. 241/1990	»	594
4. I vizi della discrezionalità e i loro effetti sul contratto: le posizioni di dottrina e giurisprudenza	»	596
5. I vizi della discrezionalità e l'inefficacia del contratto	»	600
6. Lettura critica delle impostazioni dualiste	»	605
7. Il contratto come risultato unitario e inscindibile dell'interazione nel procedimento fra autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa e, quindi, come sede "propria" e diretta della sua patologia	»	607
8. Alcune verifiche possibili della tesi	»	611
9. La patologia del contratto come dato normativo positivo	»	614
10. Le fonti della patologia del contratto della pubblica amministrazione	»	616
11. Tipi ed effetti patologici dei vizi della discrezionalità	»	618
12. L'annullabilità del contratto della pubblica amministrazione	»	622
13. La nullità del contratto della pubblica amministrazione	»	627

CAPITOLO DECIMO

LA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE E PRECONTRATTUALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

GABRIELLA M. RACCA

1. Le principali linee evolutive delle responsabilità delle pubbliche amministrazioni	»	637
2. Il sistema delle responsabilità delle pubbliche amministrazioni	»	640
3. Le responsabilità delle pubbliche amministrazioni connesse alla stipulazione dei contratti	»	647
4. La responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni per comportamento scorretto	»	656

5. La natura giuridica delle responsabilità delle pubbliche amministrazioni connesse all'attività contrattuale	p.	660
6. Le scorrettezze delle pubbliche amministrazioni come inadempimenti »		663
7. Il principio di correttezza delle pubbliche amministrazioni come regola di comportamento	»	667
8. Il danno risarcibile per comportamento scorretto o inadempiente	»	671
9. La quantificazione del danno da scorrettezza o inadempimento	»	677
10. L'inadempimento nell'esecuzione dei contratti delle pubbliche amministrazioni	»	690

CAPITOLO UNDICESIMO

LE RISERVE E IL CONTENZIOSO CONTRATTUALE

PIERLUIGI PISELLI

1. Le riserve: inquadramento generale	»	699
2. Quadro normativo di riferimento	»	702
3. Natura giuridica della riserva	»	706
4. Questioni giuridiche intorno alle riserve. <i>Causa petendi e petitum</i>	»	707
5. Deduzioni del direttore dei lavori sulle riserve iscritte	»	710
6. Contestazioni	»	712
7. Riserve e sospensione dei lavori	»	713
8. La transazione: art. 239 del Codice degli appalti	»	719
9. L'accordo bonario: generalità e rapporto con la risoluzione in via amministrativa delle riserve	»	721
10. Ambito e presupposti dell'accordo bonario	»	723
11. Procedimento dell'accordo bonario: la soglia di importo	»	725
12. Accordo bonario e responsabile del procedimento	»	726
13. La procedura dell'accordo bonario	»	728
14. Tempi del procedimento di accordo bonario	»	730
15. Il contenzioso e il giudizio arbitrale	»	732
16. Obbligatorietà o meno dell'arbitrato	»	743

CAPITOLO DODICESIMO

LA TUTELA GIURISDIZIONALE

ARISTIDE POLICE

1. Premessa sui rapporti tra tutela giurisdizionale nella fase negoziale e nella fase di esecuzione	»	749
2. La tutela giurisdizionale e l'alternatività con altri strumenti di tutela quasi giustiziali	»	753
3. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo	»	756
4. Le regole sulla competenza	»	764
5. Il processo amministrativo nella materia di lavori pubblici: natura e funzione »		765

6. L'oggetto del giudizio ed il sistema delle azioni	p.	768
7. L'azione costitutiva di annullamento nei confronti di bandi e di procedure di gara	»	769
8. L'azione di condanna al risarcimento dei danni da illegittima aggiudicazione ed i suoi rapporti con la tutela demolitoria	»	772
9. (<i>Segue</i>). Reintegrazione in forma specifica o per equivalente	»	776
10. Il tempo del processo ed il rito accelerato	»	778
11. La tutela cautelare speciale nella materia dei lavori pubblici	»	784
12. La tutela sommaria nella materia dei lavori pubblici	»	797
13. Ottemperanza delle decisioni del giudice amministrativo	»	799
14. La tutela giurisdizionale sull'esecuzione. L'esclusione dell'arbitrato	»	801
15. (<i>Segue</i>). La giurisdizione del giudice ordinario	»	802
16. (<i>Segue</i>). Sistema delle azioni e rito	»	806
17. (<i>Segue</i>). Ottemperanza delle sentenze del giudice ordinario	»	806

TOMO SECONDO

PARTE SPECIALE

I PRINCIPALI CONTRATTI

CAPITOLO TREDICESIMO

GLI APPALTI PUBBLICI DI LAVORI

GIANLUCA M. ESPOSITO

1. Inquadramento generale. L'appalto di "lavori" nell'ambito della più ampia nozione di appalto pubblico. I principi di settore tra ordinamento comunitario, legge delega e Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture	»	813
2. Contratti pubblici e appalti pubblici. Settori ordinari e speciali. L'appalto pubblico di lavori: elasticità e ampiezza dell'oggetto. Le varianti del contratto di appalto: <i>a</i>) il contratto di appalto misto; <i>b</i>) il contratto di appalto a corpo o a misura	»	824
3. I requisiti di partecipazione: soggetti legittimati alla conclusione del contratto. Legittimazione soggettiva e legittimazione oggettiva alla partecipazione alle procedure di gara	»	830
4. (<i>Segue</i>). Limiti alla partecipazione: la tutela della concorrenza attraverso la disciplina legale del controllo e del collegamento sostanziale tra imprese	»	837
5. I requisiti di partecipazione: requisiti di ordine generale e requisiti di idoneità professionale	»	839
6. I requisiti di partecipazione: la c.d. qualificazione delle imprese per i lavori pubblici	»	846
7. Norme di garanzia della qualità e di gestione ambientale	»	849
8. Rimedio al mancato possesso dei requisiti: il contratto di avvalimento	»	850

9. Aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva. Approvazione con atto formale e approvazione implicita. Efficacia dell'aggiudicazione	p.	853
10. La stipulazione del contratto di appalto. La necessità della forma scritta <i>ad validitatem</i>	»	856
11. L'esecuzione del contratto: l'obbligo di garanzia tra offerta e conclusione del contratto di appalto. Le garanzie a carico dell'impresa	»	860
12. L'esecuzione del contratto: la direzione dell'esecuzione. Ufficio di direzione dei lavori	»	863
13. L'esecuzione del contratto: le varianti in corso d'opera	»	866
14. L'esecuzione del contratto: divieto di revisione dei prezzi e prezzo chiuso	»	869
15. L'esecuzione del contratto: le modificazioni dal lato dell'appaltatore . .	»	872
16. L'esecuzione del contratto: la cessione dei crediti dell'appaltatore	»	874
17. Scioglimento del contratto: il recesso dell'amministrazione	»	876
18. Scioglimento del contratto: le ipotesi di risoluzione su iniziativa della stazione appaltante e su iniziativa dell'appaltatore	»	877
19. Scioglimento del contratto: provvedimenti a cura della stazione appaltante e obblighi dell'appaltatore	»	882
20. La consegna dell'opera: il collaudo	»	883

CAPITOLO QUATTORDICESIMO
GLI APPALTI PUBBLICI DI SERVIZI
 ANNALISA DI GIOVANNI

1. La nozione di appalti pubblici di servizi	»	891
2. Gli appalti di servizi di cui all'all. II A	»	897
3. Gli appalti di servizi di cui all'all. II B	»	900
4. Gli appalti di servizi esclusi	»	901
5. I requisiti di partecipazione negli appalti di servizi	»	903
6. Gli elenchi ufficiali di prestatori di servizi	»	909
7. Gli appalti di servizi sotto la soglia comunitaria	»	910
8. Gli appalti di servizi in economia	»	915
9. Gli appalti di servizi nei settori speciali	»	918

CAPITOLO QUINDICESIMO
GLI APPALTI PUBBLICI DI FORNITURE
 MARIA VITTORIA FERRONI

1. Evoluzione della nozione di "pubbliche forniture" e di "appalto pubblico di fornitura": dalla somministrazione ai contratti caratterizzati dal trasferimento o dall'acquisizione di un bene mobile. I contratti di fornitura esclusi dalla disciplina del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture	»	923
---	---	-----

2. Gli appalti misti: la prevalenza del criterio funzionale o dell'accessorietà per gli appalti misti di lavori e forniture. Applicazione del criterio economico per gli appalti misti di forniture e servizi	p.	929
3. La disciplina degli appalti pubblici di fornitura sopra e sotto la soglia comunitaria nella disciplina del d.lg. n. 163/2006	»	935
4. Le pubbliche forniture e l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture	»	938
5. La peculiarità della disciplina della subfornitura	»	942

CAPITOLO SEDICESIMO

L'AFFIDAMENTO A CONTRAENTE GENERALE

PAOLA CHRULLI

1. L'affidamento a contraente generale nei sistemi di realizzazione delle opere pubbliche	»	953
2. Peculiarità dell'istituto e natura del rapporto contrattuale	»	956
3. La procedura di affidamento: la qualificazione, i requisiti di partecipazione, lo svolgimento della gara e le modalità di aggiudicazione	»	959
4. Compiti del contraente generale	»	968
5. L'esecuzione del rapporto contrattuale: costituzione e modifica della società di progetto, predisposizione e realizzazione di varianti, selezione delle imprese esecutrici	»	972
6. Rilievi conclusivi	»	981

CAPITOLO DICIASSETTESIMO

LE CONCESSIONI DI LAVORI E SERVIZI

BIANCAMARIA RAGANELLI

1. L'istituto della concessione	»	985
2. La concessione di lavori. Evoluzione della disciplina comunitaria e nazionale	»	987
3. La disciplina in vigore	»	993
4. Peculiarità e differenze rispetto all'appalto di lavori	»	998
5. La concessione di servizi. Definizione, caratteristiche e disciplina	»	1000
6. Precisazioni terminologiche: la concessione di pubblici servizi	»	1004
7. Peculiarità rispetto alla concessione di lavori: brevi riflessioni alla luce dei recenti interventi giurisprudenziali	»	1009
8. Contratti misti e concessione traslativa di funzione	»	1011
9. Sulla distinzione tra concessione e appalto di servizi	»	1013
10. La scelta del concessionario: principi comunitari rilevanti	»	1017

11. Lo schema di regolamento di attuazione ed esecuzione e il secondo decreto correttivo al codice dei contratti pubblici p. 1023

CAPITOLO DICIOTTESIMO
LA FINANZA DI PROGETTO
 RUGGIERO DIPACE

1. Il *project financing* come forma del partenariato pubblico-privato e il problema della sua natura giuridica » 1029
2. La disciplina nel Codice dei contratti pubblici » 1038
3. La valutazione della proposta » 1041
4. L'aggiudicazione della concessione e le alterne vicende della prelazione » 1048
5. Le società di progetto » 1051
6. La finanza di progetto nella disciplina delle grandi infrastrutture strategiche » 1055
7. Il problema della applicazione nei servizi pubblici » 1056
8. L'importanza strategica del *project financing* nella realizzazione di complessi interventi pubblici » 1058

CAPITOLO DICIANNOVESIMO
IL FACTORING PUBBLICO
 ALESSIO DI AMATO

1. Il contratto di *factoring* » 1063
2. La l. 21 febbraio 1991, n. 52 » 1065
3. Il contenuto del contratto di *factoring* » 1069
4. Il *factoring* pubblico » 1071
5. La cessione dei crediti vantati dalla pubblica amministrazione » 1071
6. La cessione dei crediti vantati dai privati nei confronti della pubblica amministrazione » 1073
7. La cessione dei crediti fiscali » 1075
8. La cessione dei crediti derivanti da contratti di appalti pubblici » 1077

CAPITOLO VENTESIMO
IL LEASING PUBBLICO
 ALESSIO DI AMATO

1. Il contratto di *leasing* finanziario » 1081
2. L'ammissibilità del *leasing* finanziario pubblico » 1084
3. La disciplina del *leasing* finanziario pubblico » 1089

4. Il <i>leasing</i> pubblico di bene infungibile	p.	1090
5. Il <i>leasing</i> pubblico di bene fungibile	»	1092
6. Il <i>leasing</i> pubblico di immobile da costruire	»	1093

CAPITOLO VENTUNESIMO

L'ENGINEERING

FRANCESCA PETULLÀ

1. Definizione e denominazione dell' <i>engineering</i>	»	1099
2. Le fonti: la tipizzazione internazionale	»	1103
3. I sottotipi: il <i>consulting engineering</i> , il <i>commercial engineering</i> , l' <i>engineering super partes</i>	»	1106
4. I contenuti del contratto	»	1108
5. Contratto di <i>engineering</i> e altre tipologie a confronto	»	1114
6. L'evoluzione dell'istituto in Italia: la tormentata vicenda giurisprudenziale e dottrinale	»	1117
7. La svolta normativa: la legge quadro sui lavori pubblici, la l. n. 266/1996 e il regolamento sui lavori pubblici	»	1121
8. La disciplina dell' <i>engineering</i> nel d.lg. 12 aprile 2006, n. 163	»	1132

CAPITOLO VENTIDUESIMO

IL GLOBAL SERVICE

RUGGIERO DIPACE

1. La definizione di <i>global service</i> ed il fenomeno delle esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni	»	1139
2. Il <i>global service</i> come contratto misto e il problema della disciplina applicabile	»	1145

CAPITOLO VENTITREESIMO

LA MANUTENZIONE

ANTONINA LECCESE

1. La manutenzione: definizione e riferimenti normativi	»	1155
2. I criteri per la tipizzazione delle fattispecie manutentive: criterio formale "biunivoco" e criterio formale "univoco"	»	1159
3. Il criterio della predeterminazione degli interventi	»	1162
4. I contratti aperti	»	1164
5. Ancora sui criteri per la tipizzazione delle fattispecie manutentive: il criterio finalistico	»	1166
6. I contratti misti	»	1168

CAPITOLO VENTIQUEATTRESIMO

IL PERFORMANCE BOND

LEDA ROSSETTI

1. Il *performance bond* come "garanzia autonoma": caratteristiche, finalità, clausole tipiche, differenze dalla fidejussione p. 1173
2. Potestà amministrativa, autotutela e potere di escussione della pubblica amministrazione quale soggetto beneficiario del *performance bond* ... » 1176
3. Specifica disciplina del *performance bond*, affinità con la promessa del fatto altrui, con la delegazione, con il credito documentario irrevocabile, con l'assicurazione e con la cauzione » 1178
4. Profili soggettivi del contratto autonomo di garanzia e profili oggettivi » 1180
5. Ipotesi legislativamente previste di rilascio della garanzia autonoma da parte del contraente con la pubblica amministrazione » 1182
6. Soggetti legittimati al rilascio del *performance bond* a garanzia della esatta esecuzione del contratto con la pubblica amministrazione » 1184
7. Eccezioni opponibili e tutela dell'ordinante, anche per quanto riguarda i profili inerenti la giurisdizione » 1185

CAPITOLO VENTICINQUESIMO

LA SPONSORIZZAZIONE

RUGGIERO DIPACE

1. La normativa in materia di sponsorizzazioni: le sponsorizzazioni culturali e il Codice dei contratti » 1193
2. La natura giuridica del contratto di sponsorizzazione » 1202
3. L'amministrazione pubblica come *sponsee* e la scelta dello *sponsor* ... » 1206

CAPITOLO VENTISEIESIMO

LA COMPRAVENDITA

MARCO MACCHIA

1. Ampiezza e diversità delle ipotesi negoziali » 1221
2. Autonomia negoziale e acquisto di cosa futura » 1225
3. La distinzione tra vendita e appalto » 1228
4. I casi di deroga alla procedura di evidenza pubblica » 1232
5. La legittimazione della pubblica amministrazione a stipulare una compravendita di cosa futura » 1234
6. Gli orientamenti giurisprudenziali » 1237

7. Lo schema procedimentale p. 1240
 8. Il regime contrattuale » 1244

CAPITOLO VENTISETTESIMO

LA PERMUTA

VITTORIO CAPUZZA

1. La permuta nel codice civile: natura e autonomia omogenea rispetto alla compravendita » 1249
 2. La permuta di cosa presente con una cosa futura ed il problema dell'oggetto del contratto » 1252
 3. Il primo passaggio nella disciplina pubblicistica degli appalti: il trasferimento della proprietà sostitutivo del prezzo nella l. n. 109/1994 » 1257
 4. La procedura ad evidenza pubblica per trasferimento della proprietà sostitutivo del prezzo: caratteri e presupposti » 1258
 5. Ipotesi applicativa » 1263
 6. Beni pubblici e privatizzazione » 1266
 7. Riflessi, permanenze e novità dell'istituto nel d.lg. n. 163/2006 » 1268
 8. Permuta negli appalti pubblici? » 1272

CAPITOLO VENTOTTESIMO

I CONTRATTI DI RICERCA

SERENA OGGIANU

1. Premessa: la materia della ricerca nel diritto comunitario, nella Costituzione e nella giurisprudenza costituzionale » 1277
 2. Campo di applicazione dei contratti di ricerca con la pubblica amministrazione » 1283
 3. La natura giuridica dei contratti di ricerca » 1287
 4. Formazione del contratto » 1288
 5. Esecuzione del contratto » 1293
 6. Modi di risoluzione delle controversie » 1295

CAPITOLO VENTINOVESIMO

I GIOCHI E LE SCOMMESSE

TOMMASO DI NITTO

1. La disciplina dei giochi e delle scommesse » 1301
 2. Il controllo statale sui giochi » 1302
 3. I giochi organizzati » 1305

4. I giochi regolamentati: il lotto e le lotterie; i concorsi pronostici; i giochi da sala; le tombole e le pesche; le manifestazioni a premio p. 1306

CAPITOLO TRENTESIMO

L'AUTORITÀ PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE: ATTIVITÀ E CONTROLLI

STEFANO SALVATORE SCOCA

1. Dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture » 1313
 2. La natura e i caratteri » 1318
 3. L'organizzazione. L'Osservatorio dei contratti pubblici. La Camera arbitrale » 1328
 4. Gli ambiti di intervento, i poteri e i loro modi di esercizio » 1337
 5. L'attività para-contenziosa o pre-contenziosa » 1343
 6. L'attività dell'Autorità sulla qualificazione delle imprese » 1348
 7. Le limitazioni all'attività dell'Autorità » 1350
 8. I rapporti con le altre *authorities* » 1354
- Indice analitico* » 1359

CAPITOLO DECIMO
**LA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE
E PRECONTRATTUALE
DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**
di
GABRIELLA M. RACCA

CAPITOLO DECIMO

**LA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE
E PRECONTRATTUALE
DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**

SOMMARIO: 1. Le principali linee evolutive delle responsabilità delle pubbliche amministrazioni. – 2. Il sistema delle responsabilità delle pubbliche amministrazioni. – 3. Le responsabilità delle pubbliche amministrazioni connesse alla stipulazione dei contratti. – 4. La responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni per comportamento scorretto. – 5. La natura giuridica delle responsabilità delle pubbliche amministrazioni connesse all'attività contrattuale. – 6. Le scorrettezze delle pubbliche amministrazioni come inadempimenti. – 7. Il principio di correttezza delle pubbliche amministrazioni come regola di comportamento. – 8. Il danno risarcibile per comportamento scorretto o inadempiente. – 9. La quantificazione del danno da scorrettezza o inadempimento. – 10. L'inadempimento nell'esecuzione dei contratti delle pubbliche amministrazioni.

1. *Le principali linee evolutive delle responsabilità delle pubbliche amministrazioni.*

L'evoluzione che ha condotto all'affermazione delle differenti forme di responsabilità delle pubbliche amministrazioni trova origine nel riconoscimento della responsabilità dello Stato e degli enti pubblici per i danni causati dai propri agenti¹. In tale ambito occorre distinguere la configurazione delle responsabilità delle pubbliche amministrazioni verso i terzi danneg-

¹ RACCA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno*, in GAROFOLI, RACCA e DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003, 4 s.; ID., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, 1, 104 s.

giati rispetto alle più limitate ipotesi di responsabilità diretta degli agenti pubblici verso i terzi². Inoltre, tra i comportamenti che possono dare origine a ipotesi di responsabilità occorre differenziare l'analisi dei comportamenti connessi ad attività materiali rispetto a quelli derivanti da attività giuridica e fra questi ancora i comportamenti connessi all'attività procedimentale da quelli riconducibili alle attività volte alla selezione di un contraente e alla stipulazione di contratti.

La linea evolutiva comune in tutti questi ambiti può individuarsi in una iniziale esclusione della responsabilità degli enti pubblici fino a un progressivo e sempre più ampio riconoscimento della stessa come principio di civiltà giuridica che trova fondamento nell'evoluzione della coscienza sociale³.

Tuttavia, questo percorso ha assunto tratti peculiari nel settore della stipulazione dei contratti in relazione alle caratteristiche della giustizia amministrativa che, anche in tempi risalenti, aveva trovato forme di tutela effettiva al di fuori dalla disciplina e dei giudizi di responsabilità⁴.

L'occasione per un ripensamento sulla disciplina dei contratti pubblici è intervenuta con l'approvazione delle nuove direttive comunitarie in materia di appalti pubblici nn. 17 e 18 del 2004 (direttive 31 marzo 2004, n. 2004/17/CE e n. 2004/18/CE) elaborate sulla base della scelta dell'Unione europea di riunificare in un unico testo normativo le fonti sulla materia già vigenti e recepite negli ordinamenti nazionali, ma anche di accogliere gli orientamenti giurisprudenziali elaborati dalla Corte di Giustizia, nonché di introdurre la possibilità di valersi di nuovi strumenti per la scelta del contraente⁵. Gli obiettivi delle direttive sono infatti volti a chia-

² TORCHIA, *La responsabilità*, in *Tratt. dir. amm.*, a cura di Cassese, *Diritto amministrativo generale*, II, 2^a ed., Milano, 2003, 1649 s.; COMPORI, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, V, Milano, 2006, 5125 s.; CASETTA, *Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, in *Digesto pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 210 s.; SATTA, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1369 s.; SORACE, (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, Padova, 1998.

³ RACCA, *Correttezza (dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, II, Milano, 2006, 1529 s.

⁴ RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 404 s. V. *infra*, § 4.

⁵ La complessa disciplina delle direttive comunitarie si era arricchita anche attraverso le numerose pronunce della Corte di Giustizia alle quali, come noto, si riconosce efficacia normativa con la conseguente necessaria applicazione dei principi da esse ricavabili a tutti i casi successivi. In particolare si è trattato di precisare la disciplina della concorrenza tra le imprese partecipanti e la parità di trattamento delle stesse da parte dell'ente aggiudicatore per assicurare un'aggiudicazione oggettivamente volta a individuare la migliore controparte. Le direttive hanno introdotto alcuni nuovi istituti al fine di "modernizzare" alcune procedure di

rire e semplificare la precedente disciplina normativa in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture riunendola in un unico testo che ha indotto il legislatore nazionale a recepirle nel c.d. Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui al d.lg. 12 aprile 2006, n. 163⁶.

Il profondo mutamento dei rapporti fra cittadini e pubblica amministrazione⁷ ha determinato l'esigenza di riconsiderare i presupposti e gli elementi costitutivi delle differenti responsabilità delle pubbliche amministrazioni determinando generalmente una ulteriore estensione dell'ambito della responsabilità degli enti pubblici⁸.

sceita del contraente ma che, occorre precisare subito, vengono proposti agli Stati membri come facoltativi (il dialogo competitivo, le aste elettroniche, gli accordi quadro, i sistemi dinamici di acquisizione): cfr. RACCA, *La disciplina vigente del Codice dei contratti pubblici nel contesto comunitario e nazionale: adempimenti e obblighi per le amministrazioni aggiudicatrici* e FRANCIOSI, *L'armonizzazione delle discipline di lavori, servizi e forniture*, Relazioni al convegno *Il nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Torino, 16 giugno 2006, in corso di pubblicazione e disponibili in versione audio in <http://www.personalweb.unito.it/roberto.cavalloperin/diramm/index.html>.

⁶ PIOGGIA, *La trattativa privata nella legislazione più recente e nel Codice: ascesa e declino della specificità della procedura negoziata*, ROMANO TASSONE, *Il Codice dei contratti pubblici e le autonomie* e SATTI, *Il Codice dei contratti pubblici e la tutela della concorrenza*, Relazioni al convegno *Il nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Torino, 16 giugno 2006, in corso di pubblicazione e disponibili in versione audio in <http://www.personalweb.unito.it/roberto.cavalloperin/diramm/index.html>.

⁷ Oltre alla recente emanazione del d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture", v. anche la nuova disciplina del procedimento amministrativo di cui alla l. l. 7 agosto 1990, n. 241, "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di Diritto d'accesso ai documenti amministrativi", come modificata dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15, "Modifiche e integrazioni alla legge 7 agosto 1990 n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa" e dalla l. 14 maggio 2005, n. 80, "Conversione in legge, con modificazioni del decreto-legge 14 marzo 2005 n. 35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure".

⁸ Tale estensione nel settore dei contratti delle pubbliche amministrazioni è riconducibile alla direttiva del Consiglio delle Comunità europee del 21 dicembre 1989 (n. 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 alla direttiva del Consiglio delle Comunità europee del 25 febbraio 1992 (n. 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. RECCHIA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e dei suoi dirigenti in diritto comunitario e comparato*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 803 s., che sottolinea l'espansione degli ambiti di responsabilità delle pubbliche amministrazioni.

Tradizionalmente, il giudice della responsabilità e del risarcimento del danno era stato sempre il giudice ordinario e non può non risultare evidente la trasformazione in atto a seguito dell'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione sul risarcimento del danno che ha imposto un generale ripensamento del sistema delle responsabilità delle pubbliche amministrazioni in relazione alle profonde trasformazioni della giustizia amministrativa, comportando anche il rischio di compromettere la specificità della giurisdizione amministrativa⁹.

2. Il sistema delle responsabilità delle pubbliche amministrazioni.

Le responsabilità delle pubbliche amministrazioni si articolano nella responsabilità extracontrattuale, contrattuale e precontrattuale verso i terzi (cittadini, utenti, organizzazioni complesse) e nella responsabilità dell'agente pubblico (funzionario, dipendente) verso i terzi (responsabilità diretta, ma limitata dalla necessità di provare la colpa grave dello stesso).

⁹ A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (Epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 602 s.; PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa*, in *Foro it.*, 2001, V, 21 s.; TRAVI, *Giurisdizione esclusiva e legittimità costituzionale*, in *Foro it.*, 2000, I, 2399 s.; RUOPPOLO, *Profili costituzionali sulla giurisdizione e sul processo amministrativo*, in *Giust. civ.*, 2000, II, 551 s.; BILE, *Qualche dubbio sul nuovo riparto di giurisdizione*, in *Corriere giur.*, 1998, 147 s. L'art. 11, 4° co., lett. e), l. 15 marzo 1997, n. 59, "Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa" prevedeva di «devolvere entro il 30 giugno 1998, al giudice ordinario, tenuto conto di quanto previsto dalla lettera a), tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, ancorché concernenti in via incidentale atti amministrativi presupposti, ai fini della disapplicazione, prevedendo: misure organizzative e processuali anche di carattere generale atte a prevenire disfunzioni dovute al sovraccarico del contenzioso; procedure stragiudiziali di conciliazione e arbitrato; infine, la contestuale estensione della giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno, in materia edilizia, urbanistica e di servizi pubblici, prevedendo altresì un regime processuale transitorio per i procedimenti pendenti». La riforma della giustizia amministrativa trova attuazione dapprima negli artt. 33-35 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", viene successivamente confermata e ampliata dalla l. 21 luglio 2000, n. 205, "Disposizioni in materia di giustizia amministrativa", che ha aperto molte nuove questioni interpretative e applicative e trova attualmente parziale collocazione negli art. 240 s., d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture".

Inoltre, non può non farsi cenno alla responsabilità amministrativa dell'agente pubblico verso la pubblica amministrazione demandata alla cognizione della Corte dei Conti come giudice speciale¹⁰.

Per procedere all'analisi specifica dell'attuale configurazione della responsabilità precontrattuale e contrattuale delle pubbliche amministrazioni occorre delineare sinteticamente il percorso che ha condotto alla affermazione e definizione anche della responsabilità extracontrattuale delle pubbliche amministrazioni altresì in relazione alla ancora controversa definizione della natura giuridica della responsabilità precontrattuale talora ricondotta proprio a tale tipologia¹¹.

Con riferimento alla responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione pubblica occorre richiamare la ricostruzione che prospettava una responsabilità *indiretta* dell'amministrazione per fatti compiuti da propri funzionari o dipendenti, poiché tali persone fisiche determinavano la responsabilità dell'amministrazione pubblica in ragione del generale principio di diritto privato (art. 2049 c.c.¹²) che sancisce la responsabilità di padroni e

¹⁰ Da ult. MERUSI, *Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa, ovvero la riforma incompiuta*, in *Dir. amm.*, 2006, 1 s.

¹¹ V. da ult.: Cons. St., sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1141, www.giustizia-amministrativa.it, che pur qualificando come extracontrattuale la responsabilità della pubblica amministrazione per danni causati dall'adozione di provvedimenti illegittimi, ritiene che il privato danneggiato possa invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa dell'amministrazione o allegare circostanze ulteriori, mentre incombe sulla pubblica amministrazione l'onere di provare di avere agito in presenza di un errore scusabile per evitare la condanna al risarcimento del danno; Id., sez. V, 27 febbraio 2007, n. 995, *ivi*; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 10 gennaio 2007, n. 76, *ivi*. Nello stesso senso: Cons. St., sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194, *ivi*; Cons. St., sez. IV, 11 ottobre 2006 n. 6059, *ivi* e Id., 17 ottobre 2006, n. 6183, *Urbanistica e app.*, n. 3/2007, 357 s., con commento di PONZIO, *Responsabilità della pubblica amministrazione per comportamento scorretto e i criteri per la quantificazione del danno*; Id., sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3981, www.giustizia-amministrativa.it; Id., 16 gennaio 2006, n. 86, *ivi*; T.A.R. Piemonte, sez. II, 16 gennaio 2006, n. 66, *ivi*; Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32, *Servizi pubblici e appalti*, 2005, 409, con nota di CASALINI, *L'interpretazione delle clausole di esclusione dalla gara pubblica e la colpa dell'amministrazione aggiudicatrice* e in *Urbanistica e app.*, 2005, n. 7, 825, con commento di MANDARANO, *La colpa della p.a. nel danno da provvedimento*. In dottrina: ROMANO TASSONE, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, 2004, 209 s., ripercorre l'evoluzione del rapporto tra le categorie dell'illegittimità e dell'illiceità, ribadendone l'autonomia concettuale, e accoglie la distinzione tra illegittimità dell'atto amministrativo, lesivo di interessi legittimi, e l'inadempimento degli obblighi di correttezza gravanti sull'amministrazione che lede diritti soggettivi e fonda la pretesa risarcitoria.

¹² «Responsabilità dei padroni e committenti. I padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti».

committenti per fatto illecito compiuto da domestici e commessi, nell'esercizio delle incombenze cui sono adibiti¹³.

Secondo la prospettazione della teoria del rapporto organico, invece, si afferma l'immedesimazione fra agente e pubblica amministrazione di appartenenza e si nega l'applicazione della disciplina della rappresentanza stabilita dal codice civile, con la conseguenza di configurare una responsabilità *diretta* della persona giuridica amministrazione pubblica¹⁴.

L'approvazione ed entrata in vigore dell'art. 28 Cost. ha comportato che «i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici», con previsione di una generale responsabilità diretta dei funzionari e dipendenti pubblici, che non innova la disciplina preesistente della responsabilità della pubblica amministrazione¹⁵.

Si ritiene, dunque, che l'art. 28 Cost. possa essere interpretato come norma che fonda una doppia responsabilità solidale e diretta in capo all'ente pubblico e al dipendente *ex art.* 2043 c.c. per uno stesso fatto dannoso compiuto dalla persona fisica legata da un rapporto di servizio onorario, professionale o coattivo con l'amministrazione. La *ratio* della norma è stata individuata nel rafforzamento del senso di legalità, cura e diligenza degli agenti pubblici¹⁶ nello svolgimento dei propri compiti, che più di recente si è tentato di rafforzare con la previsione anche di ipotesi di responsabilità contrattuale diretta verso il terzo.

È risultato da subito evidente che il danneggiato avrebbe agito normalmente contro lo Stato o gli enti pubblici, che risultano sempre solvibili, mentre i casi di azione diretta verso il dipendente o funzionario risultano limitati alle ipotesi connesse a condanne penali o caratterizzati da intenti persecutori, con la conseguenza che l'agente pubblico viene perseguito quasi unicamente dalla Corte dei Conti nel giudizio sulla responsabilità amministrativa, con tutte le sue peculiarità.

La responsabilità extracontrattuale diretta della pubblica amministrazione è stata ricondotta alla disciplina del risarcimento del danno per fatto

¹³ Cfr. CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953; ID., *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993, 18 s.

¹⁴ Per la diffusa ricostruzione si rinvia a S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, 3ª ed., Milano, 1912, 62 s.; ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, 1954, 335 s.

¹⁵ Così precisa E. FERRARI, *Dall'illecito dell'ente pubblico al fatto amministrativo dannoso*, in *Studi in onore di Amorth*, I, 1982, 179. V. anche TORCHIA, *La responsabilità*, cit., 1652 s.

¹⁶ A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 1130.

illecito (art. 2043 c.c.): «Qualunque fatto doloso o colposo, che cagioni ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno», ove gli elementi costitutivi sono stati dunque individuati nel comportamento attivo od omissivo¹⁷, nel danno, nell'ingiustizia, nel nesso di causalità e nell'elemento psicologico¹⁸ e sull'individuazione e consistenza di ciascuno si aprono numerose questioni interpretative.

Il comportamento dell'agente deve consistere in una azione od omissione riferibile alla pubblica amministrazione che per il giudice ordinario è stata ricondotta al concetto della "occasionalità necessaria" fra l'esercizio delle funzioni (o più estensivamente delle incombenze affidategli) e il comportamento dannoso¹⁹.

Ora l'enunciata elaborazione viene affiancata da quella del giudice amministrativo chiamato nelle materie affidate alla propria giurisdizione ad accertare e definire l'ambito delle responsabilità degli agenti pubblici, fissando i limiti del risarcimento del danno, e, dunque, anche ridefinendo l'estensione della riferibilità del comportamento dell'agente alla pubblica amministrazione.

Il comportamento deve aver recato al terzo un *danno* qualificabile come *ingiusto* (*in-jus*, contrario al diritto)²⁰ e proprio su tale qualificazione giuridica si appuntano le questioni concernenti l'estensione della responsabilità dai diritti assoluti a quelli per la lesione del credito ad altre posizioni soggettive individuate ed elaborate dalla dottrina civilistica, questioni sulle quali si è innestata la possibilità di ricomprendersi anche l'interesse legittimo²¹.

Viene generalmente riconosciuto che per affermare la responsabilità aquiliana della pubblica amministrazione deve sussistere l'*elemento psico-*

¹⁷ «La validità è qualificazione riferita agli atti giuridici, rinviando invece di preferenza all'adempimento, alla correttezza, o alla liceità, la definizione di un giudizio di conformità dei comportamenti, anche se non è infrequente l'uso della locuzione "atti illeciti"»: CAVALLO PERIN, *Validità*, in *Digesto pubbl.*, XV, Torino, 1999, 612 s.

¹⁸ Cass., 18 giugno 2005, n. 13164, *Rep. Foro it.*, 2005, «Responsabilità civile», n. 382; Cass., 29 marzo 2004, n. 6199, *Foro it. CD-Rom*, 1987-2004; T.A.R. Calabria, sez. II, 5 febbraio 2004, n. 222, *Trib. amm. reg.*, 2003, I, 4525, con nota di SCIARROTTA.

¹⁹ Considera il complesso dell'attività nella quale il comportamento abusivo dell'impiegato si inserisce, considerando riferibile alla p.a. il comportamento che si innesta in attività complessivamente non estranee rispetto agli interessi e alle esigenze pubblicistiche dell'amministrazione: Cass., 12 agosto 2000, n. 10803, *Foro it.*, 2001, I, 3289, nonché *Foro it. CD-Rom*.

²⁰ FRANCIOSI, *Inapplicabilità del provvedimento amministrativo ed azione risarcitoria*, in *Dir. amm.*, 2002, 23 s. In giurisprudenza: Cons. St., sez. V, 27 febbraio 2007, n. 995, cit.

²¹ CARANTA, *Attività amministrativa e illecito aquiliano*, 2001, 8 s.

logico del dolo (cattiva intenzione, volontà di nuocere) o della colpa generica (negligenza, imprudenza, imperizia)²² o specifica (inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline)²³; tuttavia, proprio sull'individuazione dell'elemento della colpa delle pubbliche amministrazioni si sono affermate posizioni differenti che, come si preciserà in seguito, portano a dubitare della stessa possibilità di ricondurre talune ipotesi al *genus* della responsabilità extracontrattuale.

Nei casi di attività materiale della pubblica amministrazione l'elemento psicologico viene normalmente accertato in capo all'agente pubblico che tiene il comportamento dannoso²⁴, mentre nei casi di attività giuridica non si è ritenuto possibile o soddisfacente limitare l'accertamento relativamente a un soggetto che spesso, soprattutto in passato, non era neppure individuabile poiché l'attività appariva indistintamente attribuita all'ente pubblico nel suo complesso e non a un responsabile del procedimento²⁵.

Da queste posizioni consegue che talora si è ricollegato l'elemento psicologico alla volontaria emanazione ed esecuzione di un provvedimento amministrativo poiché se il danno deriva da un provvedimento amministrativo dichiarato illegittimo non occorre «indagare in modo autonomo e distinto la coscienza della compiuta illegalità»²⁶: infatti, tale atto è emanato volontariamente nell'esercizio di un potere della pubblica amministrazione e, pertanto, è imputabile alla stessa tanto l'atto quanto la condotta, confondendo pur tuttavia la coscienza e volontà dell'atto (imputabilità) con l'elemento psicologico.

²² C. cost., 10 maggio 1999, n. 156, *Danno e resp.*, 1999, 871, nonché in *consultaonline.it*, sulla responsabilità della pubblica amministrazione per la manutenzione delle strade, ove si considera l'insidia stradale come figura sintomatica di colpa della pubblica amministrazione nel senso che si afferma la sua responsabilità «salvo che questa, a sua volta, provi di non aver potuto rimuovere – adottando le misure idonee – codesta situazione di pericolo, i cui elementi costitutivi il giudice ha comunque il compito di individuare in modo specifico».

²³ Art. 43 c.p.

²⁴ L'illiceità di una condotta per determinare un danno risarcibile richiede oltre a un rapporto di causalità materiale anche l'imputabilità psicologica all'autore della condotta stessa (anche ove agisca per la pubblica amministrazione), di cui deve accertarsi la concreta ed effettiva esistenza dell'elemento psicologico: Cass. 24 maggio 1991, n. 5883, *Foro it.*, 1992, I, 453.

²⁵ RENNA, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della l. n. 241*, in *Dir. amm.*, 2000, 505; ID., *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione amministrativa*, *ivi*, 1994, 13.

²⁶ Cass., 4 gennaio 1978, n. 16; Id., 2 maggio 1967, n. 814; Id., 20 aprile 1961, n. 884; Id., 6 maggio 1959, n. 1329; Id., 19 aprile 1956, n. 1177.

In tale prospettiva si è infatti ritenuto che l'atto emanato volontariamente nell'esercizio del potere fosse imputabile alla pubblica amministrazione senza necessità di ricercare autonomamente la coscienza della compiuta illegalità²⁷.

La colpa della pubblica amministrazione, dunque, è stata ricondotta alla violazione di leggi, regolamenti, norme di azione, regole di comune prudenza, al cui rispetto è vincolata, dovendo osservare i principi di legalità, di imparzialità e di buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost.

Principi costituzionali ripresi e valorizzati ulteriormente nella successiva recente giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale peraltro si è discostata dal consolidato orientamento ricordato, affermando la necessità di accertare la colpa dell'apparato della pubblica amministrazione, nel momento in cui ha ritenuto di estendere l'ambito dei comportamenti risarcibili²⁸.

Tale posizione è emersa nel momento in cui si è voluto superare il tradizionale orientamento che legava la responsabilità all'accertamento dell'illegittimità di un provvedimento amministrativo²⁹ che si riteneva inte-

²⁷ Cass., 9 giugno 1995, n. 6542, *Giur. it.*, 1996, I, 1, 196 s.; Id., 24 maggio 1991, n. 5883, cit.; Id., 24 ottobre 1984, n. 5361, *Foro it.*, 1985, I, 2358.

²⁸ Il riferimento è a Cass. S.U., 22 luglio 1999, n. 500, *Foro it.*, 1999, I, 2487 s., con note di: PALMIERI, PARDOLESI, di CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'era della responsabilità*; FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema corte lascia aperti alcuni interrogativi*; A. ROMANO, *Sono risarcibili: ma perché devono essere interessi legittimi?*; e SCODITTI, *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria*, su cui si tornerà in seguito. Cfr. Cass., 18 giugno 2005, n. 13164, cit.; Id., 4 settembre 2004, n. 17908, *Foro it.*, 2005, I, 2444; Id., 23 luglio 2004, n. 13801, *Rep. Foro it.*, 2004, «Responsabilità civile», n. 390; Id., 4 aprile 2003, n. 5259, *Mass. Foro it.*, 2003, 1987-2003; Id., 29 marzo 2004, n. 6199, cit.; Cons. St., sez. IV 29 settembre 2005, n. 5204, *Cons. Stato*, 2005, I, 1625 che esclude la colpa della p.a. ove l'amministrazione abbia agito sulla base di un errore scusabile; Id., sez. V, 1 marzo 2003, n. 1133, *lexitalia.it.*; Id., sez. VI, 19 luglio 2002, n. 4007, *Finanza loc.*, 2003, 908 e in *Riv. Corte Conti*, 2002, fasc. 4, 306; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 19 maggio 2004, n. 412, *Trib. amm. reg.*, 2004, I, 2679; T.A.R. Calabria, sez. II, 5 febbraio 2004, n. 222, cit.; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 25 novembre 2002, n. 2261, *Urbanistica e app.*, 2003, 595, con nota di PAGANO, *Un difficile connubio: diritto degli appalti, risarcimento del danno e giudice amministrativo*, che non riconosce il diritto al risarcimento del danno in ragione dell'accertata carenza di colpa dell'amministrazione.

²⁹ T.A.R. Veneto, sez. I, 5 giugno 2002, n. 2492, *Riv. amm. Veneto*, 2002, 93 con nota di CACCIAVILLANI, *Prime prese di posizione del TAR Veneto in tema di risarcimento del danno da atto amministrativo illegittimo* e in *Dir. proc. amm.*, 2003, 575, con nota di FRACANZANI, *Giudicato e responsabilità nel procedimento di pianificazione urbanistica*; T.A.R. Veneto, sez. I, 4 aprile 2001, n. 898, *Riv. amm. Veneto*, 2002, 100, con nota di CACCIAVILLANI; Trib. Venezia, 21 maggio 2003, *Danno e resp.*, 2004, 549, con nota di BATTISTUZZI, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento di interessi legittimi*.

grasse anche una condotta illecita in quanto lesivo di una posizione giuridica originaria di diritto soggettivo³⁰.

Tradizionalmente, infatti, si affermava che il danno recato dalla pubblica amministrazione è risarcibile solo «se oltre a essere illegittimo, l'atto è anche illecito»³¹, con espressione che va precisata nel senso che il provvedimento amministrativo (atto) deve essere illegittimo e in quanto tale annullato: di conseguenza, si può verificare che anche il comportamento (condotta, impropriamente definita atto) della pubblica amministrazione risulti illecito (in quanto lesivo di una posizione giuridica di diritto soggettivo).

Il comportamento del funzionario o dipendente pubblico e il danno devono essere collegati da un *rapporto di causalità*³² materiale di cui è possibile dimostrare l'interruzione per cause di forza maggiore.

L'elemento del danno nell'elaborazione civilistica è stato oggetto di interpretazioni che tendono a estendere l'ambito della risarcibilità anche al danno biologico, alla vita di relazione, all'immagine che, ove non specifiche delle persone fisiche, progressivamente sono state accolte anche nei confronti delle pubbliche amministrazioni³³.

Nessun dubbio sussiste oramai circa il fatto che le pubbliche amministrazioni, al pari degli altri soggetti dell'ordinamento giuridico, siano tenute a rispettare l'art. 2043 c.c., senza che ciò pregiudichi l'esercizio dei poteri discrezionali, dal momento che i doveri di prudenza, di diligenza, di imparzialità e di legalità sono da tempo ritenuti «limiti esterni alla discrezionalità»³⁴. Se infatti alle pubbliche amministrazioni «spetta il potere discrezionale di stabilire tempi, criteri e mezzi per soddisfare convenientemente i bisogni e gli interessi della collettività, potere non controllabile dal giudice ordinario che non può svolgere indagini su come siano state organizzate le risposte alle esigenze della collettività o come siano stati scelti i mezzi per soddisfare i bisogni della stessa», tale discrezionalità trova un limite esterno

³⁰ Cass., 27 gennaio 1979, n. 616; v. da ult. Cons. St., sez. IV, 8 maggio 2007, n. 2136, www.giustamm.it ove si richiede la pregiudiziale impugnazione e l'annullamento dell'atto lesivo per ottenere l'eventuale risarcimento del danno.

³¹ Cass., 24 maggio 1991, n. 5883, cit.

³² Cons. St., sez. VI, 14 marzo 2005, n. 1047, *Urbanistica e app.*, 2005, n. 9, 1060, con commento di GAROFALO, *Verso un modello autonomo di responsabilità dell'amministrazione*, ove si afferma che «tra il provvedimento illegittimo e il danno lamentato deve sussistere un rapporto di causalità, non potendosi altrimenti disporre il relativo risarcimento. Esso è da considerarsi interrotto quando il danno si sia verificato in conseguenza di una serie causale autonoma», v. anche GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, 1 s.

³³ Sulla questione v. GAROFOLI, *Il risarcimento del danno in forma specifica e per equivalente*, cit., 680 s.

³⁴ Cass., 24 maggio 1991, n. 5883, cit.

nel dovere di osservare, nell'esercizio delle sue funzioni, non solo le norme di leggi e regolamenti, ma anche quelle tecniche di comune prudenza e diligenza³⁵.

L'elaborazione sinteticamente descritta definisce il quadro di riferimento degli elementi della responsabilità della pubblica amministrazione elaborato dal giudice ordinario, che oggi viene affidato alla nuova giurisdizione del giudice amministrativo nell'inedito ruolo di giudice del risarcimento del danno, chiamato a sindacare anche il rispetto dei limiti esterni della discrezionalità che tradizionalmente gli erano estranei. Tale giudice è tenuto a sindacare anche l'osservanza dei principi relazionali nei comportamenti delle pubbliche amministrazioni, distinguendo tale giudizio da quello "ordinario" e tradizionale sull'illegittimità dei provvedimenti amministrativi.

Come si vedrà, già nei suoi primi anni di applicazione, proprio questo mutamento di giurisdizione pare determinare significative innovazioni nella configurazione delle responsabilità delle pubbliche amministrazioni e in particolare nell'individuazione di ipotesi di responsabilità precontrattuale e contrattuale che potrebbero determinare anche ricadute di interesse per il giudice civile.

3. *Le responsabilità delle pubbliche amministrazioni connesse alla stipulazione dei contratti.*

Come accennato, le peculiarità della giustizia amministrativa hanno determinato l'effettività della tutela dei contraenti con le pubbliche amministrazioni a prescindere dal riconoscimento di specifiche ipotesi di responsabilità e di risarcimento del danno per l'affermata assenza di diritti soggettivi: infatti, la tutela di annullamento tipica del giudice amministrativo è risultata talora pienamente soddisfattiva per i ricorrenti.

La giurisprudenza in materia di contratti della pubblica amministrazione evidenzia come la giurisdizione amministrativa si sia affermata nel tempo come l'unica in grado di offrire effettiva tutela ai concorrenti alle gare pubbliche, sia all'aggiudicatario, sia agli altri partecipanti, come pure agli operatori interessati³⁶.

³⁵ Cass., 7 aprile 1994, n. 3293, *Foro it.*, 1995, I, 1943; Id., 24 maggio 1991, n. 5883, cit., Id., 27 gennaio 1988, n. 722, *Amm. it.*, 1989, 1401; Id., 11 gennaio 1988, n. 35.

³⁶ Si rinvia per la più diffusa analisi a RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 98 s.

In proposito, occorre ricordare che l'esistenza di poteri di controllo e autotutela sugli atti che definivano la scelta del contraente della pubblica amministrazione aveva determinato in passato l'esclusione della sussistenza di diritti soggettivi non solo in capo ai concorrenti alle gare pubbliche, ma anche in capo all'aggiudicatario, poiché oggetto dell'impugnativa non era il contratto stipulato, ma il provvedimento di annullamento, con la conseguente affermazione della giurisdizione amministrativa³⁷. Si era consolidata l'idea che le posizioni soggettive oggetto delle controversie in materia di gare pubbliche non potessero avere la consistenza di diritto soggettivo anche dopo la stipulazione del contratto³⁸.

Tuttavia, tale configurazione comportava che l'annullamento della deliberazione che disponeva la stipulazione di un contratto travolgeva il contratto, perché faceva venir meno il consenso del contraente pubblico³⁹, e il

³⁷ La pronuncia che supera il precedente contrasto è stata: Cass., S.U., 2 novembre 1951, *Foro it.*, 1951, I, 1484; Id., S.U., 10 giugno 1955, *ivi*, 1956, I, 560, con nota di R. SANDULLI, *Sulla discriminazione delle competenze in tema di annullamento da parte del Governo di atti amministrativi, cui siano collegati diritti soggettivi*. La questione si era già posta con la nota vicenda del Concordato Romano-D'Amelio, su cui: CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione*, Relazione al Convegno su *Il Consiglio di Stato durante la presidenza di Santi Romano*, presso il Consiglio di Stato, 6 febbraio 2003, in www.giustizia-amministrativa.it; MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940, IV, 67 s.; R. SANDULLI, *Sulla discriminazione delle competenze in tema di annullamento da parte del Governo di atti amministrativi, cui siano collegati diritti soggettivi*, cit., 573 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.

³⁸ RACCA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno*, cit., 33.

³⁹ Come affermato già in: Cass., S.U., 5 giugno 1956, *Giust. civ.*, 1956, 1029, con nota di 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*. In particolare, in base a una prima ricostruzione del giudice ordinario, l'annullamento dell'aggiudicazione comporta l'annullabilità relativa del contratto *medio tempore* stipulato; in base al principio di cui all'art. 1441, 2° co., c.c. tale annullabilità risulta deducibile esclusivamente dall'amministrazione stipulante; tale impostazione ravvisa nel venir meno dell'aggiudicazione, a seconda dei casi, un vizio del consenso manifestato dalla p.a. sotto forma di errore essenziale e riconoscibile sulla qualità di legittimo aggiudicatario del contraente privato *ex art.* 1429, 1° co., n. 3, c.c. una causa di incapacità a contrattare dell'amministrazione ove sia caducata la delibera a contrattare (Cass., 28 marzo 1996, n. 2842, *Foro it. CD-Rom*), o un difetto di legittimazione negoziale della p.a. intesa come ipotesi di concreta incapacità rispetto allo specifico negozio a fronte della capacità giuridica e di agire del soggetto (Id., 21 febbraio 1995, n. 1885, *ivi*; Id., 13 ottobre 1985, n. 5712, *ivi*).

possibile giudizio amministrativo su tale annullamento aveva l'effetto o di confermare il "recesso" ovvero di far rivivere il contratto. Al contrario il giudice civile non avrebbe potuto garantire un tale risultato poiché non gli era possibile disporre quella che appariva come una sorta di reintegrazione in forma specifica⁴⁰.

Di qui la tendenza a riconoscere posizioni di interesse legittimo anche in caso di trattativa privata⁴¹ per assicurare ai partecipanti l'indicata tutela, anche in relazione alle pressioni derivanti dall'introduzione della disciplina comunitaria sui ricorsi in materia di appalti pubblici (direttive n. 89/665/CEE e n. 92/13/CEE) volta ad assicurare l'effettività della disciplina europea mediante la previsione di idonei strumenti di ricorso che consentissero

La Corte di Cassazione ha precisato che gli atti amministrativi che devono precedere la stipulazione dei contratti *jure privatorum* «non sono altro che mezzi di integrazione della capacità e della volontà dell'Ente pubblico, sicché i loro vizi attinenti a tale capacità e a tale volontà, non possono che comportare l'annullabilità del contratto, deducibile, in via di azione o di eccezione, soltanto da detto ente» (*ex multis*: Cass., 8 maggio 1996, n. 4269, *Contr.*, 1997, 128 s., con nota di MUCIO, *Contratti di diritto privato della pubblica amministrazione*; Id., 17 novembre 2000, n. 14901, *Foro it. CD-Rom*; Id., 28 marzo 1996, n. 2842, *ivi*; Cons. St., sez. VI, 1 febbraio 2002, n. 570, www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lombardia, Brescia, 9 maggio 2002, n. 823, *ivi*; *contra* Cass., 9 gennaio 2002, n. 193, *Cons. Stato*, 2002, II, 390). Sul punto: VARRONE, *L'invalidità del provvedimento amministrativo e suoi riflessi, nelle procedure ad evidenza pubblica, sul contratto concluso dalla p.a. con l'aggiudicatario*, in *Dir. amm.*, 2006, 299 s.; FRENI, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul negozio*, *ivi*, 2004, 837 s.; MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, *ivi*, 2004, 657 s.; SATTA, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto*, *ivi*, 2003, 645 s.

⁴⁰ RACCA, *Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Urbanistica e app.*, 2002, n. 2, 199 s.; Cass., S.U., 20 aprile 1991, *Giust. civ.*, 1991, 2993.

⁴¹ Sul punto: Cons. St., sez. VI, 1 marzo 2005, n. 816, *Urbanistica e app.*, 2005, 944, con nota di RACCA, *Vendita di cosa futura e recesso corretto della parte pubblica dalle trattative*, in *Riv. giur. edilizia*, 2005, I, 827, con nota di VENIERO, *Sulle condizioni legittimanti la pubblica amministrazione all'acquisto di "cosa futura"* e in *Giornale dir. amm.*, 2005, 723, con nota di MACCHIA, *L'amministrazione si inganna e ci ripensa, ma il giudice la "perdona"*; T.A.R. Puglia, sez. I, 10 giugno 2003, n. 2360, *Trib. amm. reg.*, 2003, I, 1355; T.A.R. Lombardia, sez. III, 31 luglio 2000, n. 5130, *Foro it.*, 2002, III, 4, con nota di MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, di CASETTA e FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici*, e *Urbanistica e app.*, 2000, 1249, con nota di BUSATTA, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione dopo la sentenza n. 500/99*; T.A.R. Liguria, sez. II, 6 luglio 2001, n. 825, *Arch. giur. opere pubbl.*, 2002, 695. Cass., S.U., 15 gennaio 1983, n. 328, *cit.*; Id., S.U., 22 novembre 1983, n. 6983, *cit.*; Id., 25 novembre 1983, n. 7073, *cit.*, su cui: G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986, 4 s. In precedenza v. Cons. St., Ad. Plen., 28 gennaio 1961, n. 3, *Foro amm.*, 1961, I, 561, con nota di CANNADA BARTOLI, *In tema di trattativa privata*.

non solo la «correzione» delle procedure⁴² e l'annullamento degli atti lesivi, ma anche il risarcimento del danno⁴³.

Nella prospettiva nazionale appena delineata, invece, le norme europee dettate per garantire la concorrenza nel mercato unico vengono assimilate ai procedimenti di scelta del contraente definiti dalle norme nazionali di contabilità di Stato e nei confronti di tale complesso normativo si riconoscono esclusivamente posizioni di interesse legittimo⁴⁴.

⁴² Sulla reintegrazione in forma specifica da ultimo: MASERA, *Il risarcimento in forma specifica nel giudizio amministrativo*, Padova, 2006. VIRGA, *La reintegrazione in forma specifica*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 326. È stato rilevato come l'istituto della reintegrazione in forma specifica non sia da intendersi, all'interno della giurisdizione amministrativa, nel significato propriamente civilistico, bensì con riferimento a un eventuale, successivo giudizio di ottemperanza, come potere del giudice «di disporre, già nella sentenza, come dovrà essere eseguita»; ripercorrendo l'evoluzione del giudizio di esecuzione del giudicato amministrativo, si conclude nel senso che «la giurisprudenza ha creato all'interno del processo amministrativo un sistema di reintegrazione in forma specifica, del quale garante non è il giudice della legittimità, ma il giudice dell'esecuzione», SATTA, *Giurisdizione esclusiva*, in *Enc. Dir.*, Agg. V, Milano, 2001, 581. In tema anche Cons. St., sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, *Dir. proc. amm.*, 2003, 208 s. con note di TRAVI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo fra azione di adempimento e azione risarcitoria* e MASERA, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*. V. C. Giust. CE, sez. VI, 27 febbraio 2003, Santex SpA c. Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia, *europa.eu.int*, ove si precisa che «spetta al giudice nazionale conferire alla legge nazionale che è chiamato ad applicare un'interpretazione per quanto possibile conforme ai precetti del diritto comunitario (v., in particolare, sentenze 5 ottobre 1994, causa C-165/91, Van Munster, *Racc.* pag. I-4661, punto 34, e 26 settembre 2000, causa C-262/97, Engelbrecht, *Racc.* pag. I-7321, punto 39). Se una tale applicazione conforme non è possibile, il giudice nazionale ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, eventualmente disapplicando ogni disposizione nazionale la cui applicazione, date le circostanze della fattispecie, condurrebbe a un risultato contrario al diritto comunitario (v., in particolare, sentenze 5 marzo 1998, causa C-347/96, Solred, *Racc.* pag. I-937, punto 30, e Engelbrecht, cit., punto 40)».

⁴³ TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, 13 s.; PICOZZA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1997, 1 ss. il quale rileva come la disapplicazione di norme interne contrastanti con il diritto comunitario originario (Trattati, principi non scritti) o derivato (regolamenti, direttive) possa riguardare anche norme e istituti processuali, e come, in particolare, l'«effetto del diritto comunitario» sul sistema italiano di giustizia amministrativa possa essere o la devoluzione al giudice ordinario delle controversie in tema di appalti pubblici o l'ampliamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo relativamente a tale materia; MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1991, 829 s.; 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 s.

⁴⁴ RACCA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno*, cit., 46. Per assicurare la medesima tutela le sezioni unite riconoscono ai concorrenti alle gare pubbliche indette da un concessionario privato un interesse legittimo alla corretta applicazione delle norme sugli appalti pubblici, con la conseguenza che gli atti del concessionario (imprenditore privato) sono a tal fine qualificati come atti amministrativi: da ult. v. Cons. St.,

Tale assimilazione non ha permesso di evidenziare la differente prospettiva delle norme europee poste a garanzia della concorrenza e a tutela in primo luogo degli «interessi delle imprese, oggettivati nelle regole di funzionamento del mercato» rispetto a quelle nazionali, che, sulla base della *ratio* originaria di tutela della «moralità» dell'amministrazione⁴⁵, erano state interpretate come poste nell'interesse dell'amministrazione contraente, con ampie possibilità di deroga alla regola generale della gara pubblica.

Tuttavia, proprio la previsione europea di un risarcimento del danno per le violazioni della disciplina di scelta del contraente è risultata fortemente propulsiva, sia sulla giurisprudenza della Corte di Cassazione⁴⁶, sia sulla riforma della giustizia amministrativa e, in particolare, sull'estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁴⁷.

sez. IV, 1 marzo 2006, n. 1003, *Urbanistica e app.*, 2006, 707, con nota di DE GIOIA, *La competenza territoriale per le gare di appalto di lavori pubblici indette dall'Anas*; Cass., S.U., 29 dicembre 1990, n. 12221, *Foro it.*, 1991, I, 3405, ove 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: 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»: CASETTA, *Pubblico e privato nelle concessioni e nei contratti della pubblica amministrazione (a proposito della concessione e dell'appalto di opere pubbliche)*, in *Dir. economia*, 1992, 275 s.; CANNADA BARTOLI, *In tema di gara del concessionario di costruzione*, in *Giur. it.*, 1992, III, 1, 255; MAZZAMUTO, *Concessionario privato ed evidenza pubblica, o meglio concessionario privato e tutela della concorrenza*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 185. In seguito si è affermata la giurisdizione amministrativa anche nei confronti degli enti pubblici economici, aziende speciali, società di capitali partecipate, in quanto tenuti ad applicare le norme europee per la selezione del contraente.

⁴⁵ RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 102 e 103, e in part. nt. 11 nel richiamo a ROSTAGNO, *Contabilità di Stato. Corso tecnico-pratico sull'attuale sistema contabile del regno d'Italia*, Napoli, 1887, 53 secondo cui 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 sotto il Regno di Luigi XV, le concessioni dei contratti dipendevano per la massima parte dal favore della cortigiana reale».

⁴⁶ Come espressamente riconosciuto nella sent. n. 50071999, cit.; BACCARINI, *La giurisdizione esclusiva e il nuovo riparto*, Relazione al Convegno *Trasformazioni dell'amministrazione e nuova giurisdizione*, Bergamo, 15 novembre 2002, considera le direttive ricorsi (n. 89/665/CEE e 92/13/CEE) come il prologo della riforma.

⁴⁷ Emblematica la vicenda della ditta Costanzo: T.A.R. Lombardia, 25 novembre 1989, n. 544, *Foro it.*, 1991, III, 503, confermata da Cons. St., sez. V, 6 aprile 1991, n. 452, *Cons. Stato*,

Le norme europee, infatti, impongono agli Stati membri e 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.

L'estensione della giurisdizione amministrativa di legittimità anche nei confronti di soggetti privati tenuti ad adottare le procedure di derivazione europea per la scelta del contraente con la necessità di individuare posizioni soggettive di interesse legittimo⁴⁸ determinava contraddizioni e difficoltà applicative che sono state superate con la previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo che ha progressivamente riconosciuto l'esistenza di diritti alla correttezza precontrattuale in capo ai partecipanti alle gare pubbliche⁴⁹.

L'inadeguatezza della tutela che avrebbe potuto essere offerta dal giudice civile risultava evidente per l'interpretazione restrittiva e quasi abrogatrice dell'art. 1337 c.c., che si è affermata per una scelta di favore per

1991, I, 659, la sentenza del T.A.R., 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: C. Giust. CEE, 22 giugno 1989, causa C-103/88, F.lli Costanzo s.p.a. c. Com. di Milano, *Foro it.*, 1991, IV, 129. In seguito alla decisione del ricorso preventivo di giurisdizione sollevato dal Tribunale di Milano e risolto nel senso della sussistenza della giurisdizione ordinaria da: Cass., S.U., 10 novembre 1993, n. 11077, *Corriere 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: T. Milano, sez. I, 2 marzo 1998, n. 3183, F.lli Costanzo s.p.a. c. Com. di Milano, ined.

⁴⁸ Cons. St., sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, *Foro it.*, 1999, III, 178, con nota di 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)*. Id., sez. IV, 1 marzo 2006, n. 1003, cit., che qualifica l'Anas s.p.a., nella sua veste di soggetto privato, ma concessionario per la gestione e manutenzione della rete stradale e autostradale nazionale, un organo indiretto dell'amministrazione centrale.

⁴⁹ La giurisdizione del giudice civile poteva facilmente apparire in violazione delle norme europee e incorrere nelle censure della Corte di Giustizia europea proprio in quanto non avrebbe assicurato ai concorrenti la possibilità di ottenere l'annullamento degli atti lesivi, e ove necessario, la "correzione" della procedura di scelta del contraente oltre al risarcimento del danno. Anche prima delle recenti riforme, seppur con gli evidenziati limiti, la tutela amministrativa superava quella civile che, anche nei rapporti fra privati, non assicurava, né assicura a tutt'oggi, alla fase precontrattuale una analoga tutela cautelare, neppure con effetti pari alla sospensione del provvedimento impugnato del giudice amministrativo, perché normalmente giudica su trattative non formalizzate, e riconosce un risarcimento del danno solo quando la scorrettezza si verifica nella fase terminale della trattativa, e sia raggiunta la prova del danno, del nesso causale e della colpa della controparte. Per una più diffusa ricostruzione: RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 10 s.

l'autonomia privata, interpretazione che peraltro oggi appare meno adeguata alle nuove esigenze che si affermano anche nei rapporti fra organizzazioni private⁵⁰.

Sottolineare la posizione paritaria e i diritti soggettivi dei concorrenti visti gli orientamenti della giurisprudenza civile avrebbe prodotto unicamente l'effetto di preservare l'autonomia privata dell'ente appaltante che, per l'interpretazione restrittiva della responsabilità precontrattuale, sarebbe risultata estremamente ampia, con la possibilità di adottare comportamenti liberi, perché di fatto «insindacabili»⁵¹.

Di fronte a tale inadeguatezza le stesse Sezioni unite della Corte di Cassazione si sono viste quasi costrette a riconoscere la giurisdizione amministrativa sulle controversie concernenti gli appalti pubblici indetti in applicazione della disciplina europea da soggetti non riconducibili alla nozione di pubbliche amministrazioni⁵².

⁵⁰ RESCIGNO, *Obbligazioni (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 142, 160; CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1265. Considera invece che la responsabilità precontrattuale possa ricondursi al genus della responsabilità contrattuale o extracontrattuale a seconda dei casi: DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1966, 95 s.; STOLFI, *Colpa "in contrahendo" e prescrizione*, in *Giur. it.*, 1974, I, 2, 429; LOI e 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»; DISTASO, *I contratti in generale*, Torino, 1980, I, 341 s. In giurisprudenza T. Milano, 6 novembre 1987, *Giur. it.*, 1988, I, 2, 796; BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in *Contratto e impresa*, 1987, 287, 303 s.; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja Branca, Bologna-Roma, 1988, 201 s.; BENATTI, *Sulla natura ed efficacia di alcuni accordi precontrattuali*, in *Contratto e impresa*, 1994, 1101; DEL FANTE, *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 122 s.; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 425 s.; DAVI, *Responsabilità non contrattuale nel diritto internazionale privato*, in *Digesto*, sez. civ., XVII, Torino, 1998, 345 s.; MUSY, *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, in *Digesto*, sez. civ., XVII, Torino, 1988, 399 s. 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 addiuvano nel corso delle trattative stesse alla stipulazione di taluni obblighi di correttezza pre-contrattuale BENATTI, *Sulla natura ed efficacia di alcuni accordi precontrattuali*, in *Contratto e impresa*, 1994, 1101; RADICIONI, *Le lettere di intenti*, in GALGANO, *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, I, Torino, 1995, 67 s.; Cass., 24 maggio 1995, n. 5691, *Corriere giur.* 1996, con nota di EMILIOZZI, *Il confine tra la c.d. puntuazione e il contratto preliminare*.

⁵¹ Non pare casuale che siano stati sempre gli «enti aggiudicatori» degli appalti pubblici a sostenere l'esistenza di diritti soggettivi e della giurisdizione civile, mentre i concorrenti privati invocavano – paradossalmente – la degradazione dei diritti e l'affermazione di un interesse legittimo al fine di ottenere la conseguente tutela amministrativa: Cass., S.U., 4 agosto 1998, n. 7639, *Foro it.*, 1999, I, 1223.

⁵² V. C. Giust. CE, 17 settembre 1997, Dorsch Consult Ingenieuresellschaft mbH c. Bundesbaugesellschaft Berlin mbH, causa C-54/96, *Foro it.*, 1997, IV, 361.

Le argomentazioni sono state prevalentemente volte ad assicurare la conformità della tutela giurisdizionale alle norme europee, considerando che il recepimento nazionale delle direttive ricorsi aveva previsto il previo annullamento del provvedimento lesivo per violazione del diritto comunitario o delle norme italiane di recepimento, che non poteva «non competere al giudice amministrativo»⁵³.

Per assicurare l'effettività di tutela richiesta dalla Comunità europea, peraltro, occorre riconoscere al medesimo giudice amministrativo anche la giurisdizione sul risarcimento del danno: a tal fine, è intervenuto il legislatore che ha voluto superare con una nuova disciplina i contrasti e le difficoltà interpretative riscontrate, anche al fine di evitare una probabile condanna da parte della Corte di giustizia per violazione degli obblighi derivanti dai trattati europei.

Sembra che siano state proprio le pressanti esigenze sorte in ambito contrattuale a determinare le riforme normative della fine degli anni Novanta con la scelta di ampliare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁵⁴ e trasformarla così radicalmente con l'attribuzione della possibilità di disporre del risarcimento del danno⁵⁵.

Il Parlamento ha approvato una legge di delegazione che ha previsto il trasferimento al giudice ordinario di «tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, ancorché concernenti in via incidentale atti amministrativi presupposti, ai fini della disapplicazione» e nel medesimo tempo ha disposto «la contestuale estensione della giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno, in materia edilizia, urbanistica e di servizi pubblici, prevedendo altresì un regime processuale transitorio per i procedi-

⁵³ Cass., S.U., 13 febbraio 1999, n. 64, *Urbanistica e app.*, 1999, 616, con commento di DE GIOIA e MAMELI, *Le sezioni unite cambiano rotta sugli appalti comunitari indetti dalle spa miste*, la sentenza pur non applicando ancora la giurisdizione esclusiva di cui all'art. 33 d.l.g. n. 80/1998, afferma la giurisdizione amministrativa in attuazione dell'art. 13 l. n. 142/1992, richiamando: Cass., S.U., 10 novembre 1993, n. 11077, cit., A tale riconoscimento ha contribuito la pressione operata sulle sezioni unite da una richiesta di rinvio pregiudiziale della questione alla Corte di Giustizia (art. 177 Tratt. CE, oggi art. 234) circa la conformità della tutela prevista nel nostro ordinamento rispetto alle direttive ricorsi, domanda di rinvio che era peraltro condizionata al mancato riconoscimento della giurisdizione amministrativa, che si ammetteva dunque conforme al dettato europeo.

⁵⁴ Art. 33, 1° e 2° co., lett. e), d.l.g. 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».

⁵⁵ Art. 35, 1° co., d.l.g. 31 marzo 1998, n. 80, cit.

menti pendenti»⁵⁶. Il Governo nell'attuazione di tale delega ha colto l'occasione per risolvere la questione della tutela in materia di appalti pubblici ed evitare una condanna da parte della Corte di giustizia delle Comunità europee.

Con il d.lg. 31 marzo 1998, n. 80, si è prevista la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo su «tutte le controversie in materia di pubblici servizi» e, in particolare, anche su quelle, indicate nella lett. e), 2° co., dell'art. 33, «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»⁵⁷.

Il rilevato eccesso di delega⁵⁸ è stato tempestivamente superato dalla approvazione della più generale riforma introdotta con la l. n. 205/2000, che ha riscritto, con alcune modificazioni, le disposizioni del d.lg. n. 80/1998, e introdotto una norma generale in materia di appalti pubblici che sembra chiudere e superare i conflitti di giurisdizione sopra ricordati attualmente contenuta nell'art. 244, 1° co., d.lg. n. 163/2006: «sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, ser-

⁵⁶ Art. 11, 4° co., lett. g), parte II, l. 15 marzo 1997, n. 59, "Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa". Si rinvia per la ricostruzione dettagliata della vicenda a GAROFOLI, *Le materie*, in CARINGELLA, DE MARZO, DELLA VALLE e GAROFOLI, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000, n. 205*, Milano, 2000, 99 s.

⁵⁷ Art. 33, 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": «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: BERTONAZZI e AVANZINI, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (artt. 33-35 d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80)*, in *Nuova giur. comm.*, 1998, 207 s.

⁵⁸ C. cost., 17 luglio 2000, n. 292, *Foro it.*, 2000, I, 2393; CARBONE, *Dannosità ed illegittimità dell'atto amministrativo prima della l. n. 205/2000 e della sentenza n. 292/2000*, in *Corriere giur.*, 2000, 9, 1134. L'indicata disciplina è risultata viziata per eccesso di delega nella parte in cui ha istituito una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi, anziché limitarsi, come previsto nella legge di delegazione, a estendere in tale materia la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, comprese quelle relative al risarcimento del danno.

vizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale»⁵⁹.

In tal modo si è potuto finalmente riconoscere l'esistenza di diritti precontrattuali, fino ad allora negati con difficoltà, per l'esigenza di individuare posizioni di interesse legittimo che aprissero all'unica giurisdizione in grado di assicurare la tutela del giudice amministrativo, in quanto unica effettiva.

4. *La responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni per comportamento scorretto.*

L'attribuzione al giudice amministrativo di tali controversie ha costituito una svolta nella soluzione dei conflitti di giurisdizione che in materia di contratti della pubblica amministrazione si susseguivano da oltre un secolo⁶⁰.

Proprio in materia di contratti pubblici si avvertiva l'esigenza di rendere il giudice amministrativo anche giudice del risarcimento del danno, poiché la tutela già offerta con l'annullamento degli atti di gara non risultava integralmente soddisfattiva rispetto al dettato delle direttive europee in materia di ricorsi⁶¹.

Il ruolo di supplenza assunto dal giudice amministrativo aveva fatto per lungo tempo ignorare l'introduzione di un fondamento espresso a tali diritti nell'art. 1337 c.c., principio relazionale rivolto a tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico, tra i quali non può non essere ricompresa a pieno titolo la pubblica amministrazione che si appresta a concludere un contratto⁶².

⁵⁹ Già art. 6, 1° co., l. n. 205/2000, cit., a esclusione dell'inciso «ivi incluse quelle risarcitorie»; ma sul punto v. il parere del Cons. St., sez. cons. atti normativi, 6 febbraio 2006, n. 355 che vi ravvisa un eccesso di delega con riferimento all'art. 25, l. 18 aprile 2005, n. 62.

⁶⁰ CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione del concordato Romano D'Amelio*, Relazione al Convegno su *Il Consiglio di Stato durante la presidenza di Santi Romano*, presso il Consiglio di Stato, 6 febbraio 2003, in www.giustizia-amministrativa.it, e in *Dir. proc. amm.*, 2004, 14 s.

⁶¹ La pesantezza di un doppio giudizio prima sull'annullamento dell'atto e poi sul risarcimento del danno era avvertita particolarmente in relazione all'incremento del contenzioso conseguente al riconoscimento europeo della possibilità di ottenere il risarcimento del danno.

⁶² *Ex multis*: Cons. St., sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194, cit.; Id., sez. VI, 9 novembre 2006, n. 6607, www.giustizia-amministrativa.it; Id., 23 giugno 2006, n. 3999, *ivi*; Id., sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 86, cit.; Id., 10 gennaio 2006, n. 26, www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 8 febbraio 2006, n. 1794, *ivi*, ove si precisa che la p.a. che abbia dato

Il giudice amministrativo è divenuto il nuovo giudice della responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni aprendo a una nuova giurisprudenza volta a individuare gli elementi costitutivi nonché la natura giuridica della stessa.

In tale prospettiva sembra opportuno sottolineare che, in quanto giudice delle responsabilità, il giudice amministrativo non è più chiamato solo a sindacare la legittimità degli atti amministrativi, ma oggetto del suo sindacato diviene il comportamento complessivamente tenuto dagli enti pubblici⁶³.

L'oggetto del giudizio amministrativo di legittimità tradizionalmente individuato nell'atto amministrativo risultava già esteso alla valutazione dell'attività dell'amministrazione e al rapporto instaurato tra amministrazione pubblica e privato. Tuttavia, nel giudizio impugnatorio di un provvedimento amministrativo si potevano utilizzare elementi conoscitivi connessi al rapporto fra privato e amministrazione, ma elementi che andavano pur sempre ricondotti nei vizi di legittimità del provvedimento impugnato e il cui ac-

avvio alla gara per l'aggiudicazione di un contratto assume un vero e proprio impegno *de contrahendo* con i concorrenti prescelti, con conseguente insorgenza in capo all'amministrazione, quando l'*iter* procedimentale abbia avuto inizio, dell'obbligo di proseguirlo in tutte le successive sequenze, fino alla definizione, a meno che non sussistano situazioni che obiettivamente ne impediscano la conclusione: restando tuttavia, in tal caso, a carico dell'Amministrazione stessa l'obbligo di precisarne l'esistenza e giustificare così il suo operato. Sussiste uno *jus poenitendi* da parte della p.a. appaltante – inteso come facoltà di revocare o annullare la gara – quando vi siano preminenti esigenze pubbliche che lo impongano, fatta salva (anche in considerazione della fase procedimentale più o meno avanzata, in cui le dette esigenze vengano rilevate) l'eventuale responsabilità pre-contrattuale ex art. 1337 c.c.; Cons. St., sez. VI, 1 marzo 2005, n. 816, cit.; T.A.R. Piemonte, sez. II, 16 gennaio 2006, n. 66, cit.; T.A.R. Puglia, sez. I, 10 giugno 2003, n. 2360, cit.; T.A.R. Lombardia, sez. III, 31 luglio 2000, n. 5130, cit.; T.A.R. Liguria, sez. II, 6 luglio 2001, n. 825, cit. *COMPORI, Responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., 5131 s.

⁶³ Il giudizio di responsabilità (sul comportamento) e quello di legittimità (sull'atto), seppure spesso sovrapposti risultano tuttavia giuridicamente autonomi e possono condurre a esiti differenti: *SCOCA, Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 31 s. In giurisprudenza, sulla distinzione tra i due giudizi, v. da ult. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 10 gennaio 2007, n. 76, www.giustizia-amministrativa.it che pur ritenendo legittimo il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione per esigenze connesse alla necessità di procedere a una completa revisione progettuale ritiene invece scorretto il comportamento tenuto dalla pubblica amministrazione perché contrario a buona fede, atteso che l'impossibilità di eseguire i lavori con riguardo al progetto inizialmente appaltato, doveva condurre all'immediata reazione in termini di autotutela da esercitarsi già in sede di espletamento della gara e non già a un'attesa tanto lunga (circa cinque anni) quanto inutile; v. anche Cons. St., sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457, *ivi*; Id., sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32, cit.; Id., Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6, *Cons. Stato*, 2005, I, 1440, con nota di RUBULLOTTA, *Responsabilità della pubblica amministrazione: la giurisdizione spetta al giudice amministrativo*.

certamento non poteva che determinare l'annullamento del provvedimento stesso⁶⁴.

Nel giudizio di responsabilità la prospettiva risulta differente poiché oggetto di sindacato è il complessivo comportamento della pubblica amministrazione, unitamente a quello del destinatario della sua azione, ma in un giudizio di responsabilità che aprendo all'introduzione di tutti i mezzi di prova comunemente usati dal giudice ordinario consente di acquisire una "visione" dell'attività amministrativa decisamente più ampia e completa in cui anche il provvedimento amministrativo si inserisce come uno dei "fatti" da conoscere.

Nel giudizio di responsabilità affidato al giudice amministrativo lo schermo del provvedimento amministrativo, con la relativa attività procedimentale, risulta superabile e la conoscenza si spinge a indagare le modalità complessive del comportamento tenuto dalle pubbliche amministrazioni e dai privati coinvolti nell'attività amministrativa.

La scelta di affidare al giudice amministrativo tale indagine anche in tutti i casi di responsabilità conseguente all'annullamento di atti amministrativi, oltre alle evidenti esigenze di concentrazione dei giudizi, sembra trovare giustificazione proprio nella possibile migliore capacità di giudizio su tali comportamenti tenuti dalle pubbliche amministrazioni.

Questa scelta, peraltro, ha determinato la sovrapposizione di due profili di novità: da un lato, il trasferimento al giudice amministrativo della giurisdizione su casi in cui il giudice ordinario normalmente condannava la pubblica amministrazione a risarcire il danno riscontrando l'ingiustizia nella violazione di un diritto soggettivo e la colpa nella emanazione volontaria di un provvedimento amministrativo illegittimo; dall'altro, nell'affidargli la competenza sul risarcimento del danno "nell'ambito della sua giurisdizione", ha aperto a interpretazioni estensive rispetto agli orientamenti tradizionali sul risarcimento del danno.

Lo spostamento della giurisdizione e il tendenziale ampliamento della sfera della risarcibilità dei danni cagionati sembrano da considerare attentamente per individuare le modificazioni intervenute nella tutela assicurata ai cittadini come alle associazioni, alle imprese e alle altre organizzazioni complesse.

⁶⁴ ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005, 171 s., riconosce la distinzione e in una differente prospettiva rileva la coesistenza di forme di tutela giurisdizionale della medesima situazione giuridica soggettiva alternative, riferentesi rispettivamente all'atto amministrativo e al comportamento, in ragione del *petitum*.

Il comportamento dannoso della pubblica amministrazione nell'ambito della sua attività giuridica può essere attivo od omissivo e può intervenire in occasione di un procedimento amministrativo volto all'emanazione di provvedimenti amministrativi ovvero alla conclusione di accordi, convenzioni o contratti, in ogni caso preceduti dalle necessarie attività conoscitive volte all'acquisizione degli elementi necessari per assumere la decisione.

Come è noto, il comportamento omissivo rileva quando l'omissione riguarda attività giuridicamente dovute, può desumersi dal mancato avvio del procedimento o come pure dal suo protrarsi oltre il termine prestabilito o dalla sua mancata conclusione. Il danno conseguente all'omissione temporanea (ritardo) o permanente di un'attività giuridica può trovare ristoro nel risarcimento del danno, ma in considerazione di un percorso che può richiedere un primo giudizio sul silenzio che secondo l'interpretazione tradizionale si pronunciava esclusivamente sull'obbligo di provvedere, mentre in base alla recente riforma del procedimento amministrativo ad opera della l. n. 80/2005, il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza della istanza del privato⁶⁵.

Tuttavia, è possibile ottenere il risarcimento del danno solamente ove risulti provata la scorrettezza del comportamento⁶⁶ e il danno per il ritardo o per l'impossibilità sopravvenuta di ottenere il provvedimento. La questione sembra devoluta al giudice amministrativo, anche in sede di ottemperanza, ove sia collegata a un provvedimento amministrativo ovvero riguardi materie di giurisdizione esclusiva, mentre negli altri casi il comportamento della pubblica amministrazione può considerarsi in violazione di

⁶⁵ Art. 2, 5° co., l. 7 agosto 1990, n. 241, "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di Diritto d'accesso ai documenti amministrativi", mod. dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15, e dalla l. 14 maggio 2005, n. 80; art. 21 bis, l. 6 dicembre 1971, n. 1034, "Istituzione dei tribunali amministrativi regionali". Sulla questione v.: T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 3 novembre 2005, n. 1983, *Foro amm. Cons. Stato*, 2006, 1019 (s.m.), con nota di SCIRE, *Il rito contra silentium a tutela dei diritti soggettivi*, che rileva che «il giudizio sul silenzio della p.a., anche dopo le modifiche apportate dalla legge 14 maggio 2005, n. 80 secondo cui, tra l'altro, il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza del privato, non può essere attivato relativamente a istanze aventi ad oggetto diritti patrimoniali del pubblico dipendente poiché esso si riferisce, in ragione della storia dell'istituto e della sua collocazione sistematica, al silenzio-rifiuto (o silenzio inadempimento) di carattere pubblicistico e non anche all'ipotesi di comportamento omissivo dell'amministrazione qualificabile come inadempimento di un'obbligazione con conseguente responsabilità di tipo contrattuale».

⁶⁶ Cons. St., Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6, cit.; T.A.R. Lazio, sez. I, 20 giugno 2005, n. 5109, *Resp. e risarcimento*, 2005, fasc. 8, 100, con nota di RUSSO; Cons. St., sez. VI, 19 novembre 2003, n. 7473, *Foro it.*, 2005, III, 297, con nota di FRACCHIA, *Colpa dell'amministrazione e "autoprotezione" da parte del privato-vittima*; T.A.R. Piemonte, sez. II, 6 dicembre 2003, n. 1762, *Arch. giur. opere pubbl.*, 2004, 617.

veri e propri obblighi la cui violazione determina inadempimento che potrebbe rimanere nella giurisdizione del giudice ordinario⁶⁷.

Il comportamento dell'amministrazione potrebbe anche consistere nell'emanazione di un atto nullo o inesistente, senza titolo: in tal caso l'attività svolta in carenza di potere potrebbe non incidere la posizione di diritto soggettivo. Se tale comportamento si verifica nelle materie di giurisdizione esclusiva sarà il giudice amministrativo a conoscere dell'atto nullo e a condannare all'eventuale risarcimento del danno, mentre nelle altre materie potrebbe essere individuata ancora la giurisdizione del giudice ordinario, che in passato si era cercato di estendere a favore del privato, con la creazione della categoria della carenza di potere in concreto, ma che oggi ha perso di utilità ove il provvedimento anche solo illegittimo può essere annullato dallo stesso giudice che ha giurisdizione sul risarcimento del danno.

Sembra potersi affermare che i casi di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione risultino ormai ridotti⁶⁸ e forse potrebbe immaginarsi un ulteriore accorpamento avanti al giudice amministrativo di tutte le controversie comunque ricollegate all'attività giuridica, in relazione alla scelta di attribuirle al giudice che meglio conosce la pubblica amministrazione e che, dunque, può meglio rilevarne non solo le illegittimità, ma anche le illiceità, le scorrettezze e gli inadempimenti.

5. La natura giuridica delle responsabilità delle pubbliche amministrazioni connesse all'attività contrattuale.

L'ampio trasferimento di giurisdizione ai giudici amministrativi in particolare in materia di contratti pubblici ha determinato rilevanti spunti innovativi, confermando, seppur nella contraddittorietà di alcune pronunce, la peculiare sensibilità di tali giudici nella valutazione dell'attività giuridica della pubblica amministrazione.

⁶⁷ SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, cit., 21.

⁶⁸ GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2001, 24 s., che rileva come l'emanazione di un provvedimento in carenza di potere non sia una fattispecie frequente e ricorda altresì la ricostruzione giurisprudenziale dell'«atto amministrativo in senso materiale» che consiste in un comportamento dell'amministrazione non formalizzato in un vero e proprio provvedimento amministrativo, ma riconducibile all'esercizio di un potere esistente nell'ordinamento, costruzione che consente di escludere la giurisdizione ordinaria (ad esempio nel compimento di opere di manutenzione della viabilità pubblica si esclude la possibilità di interromperle ove lesive dei diritti dei privati confinanti con la strada).

I giudici amministrativi – chiamati a pronunciarsi sulle domande di risarcimento del danno – hanno espresso varie soluzioni per l'individuazione degli elementi della responsabilità delle pubbliche amministrazioni, che forniscono indicazioni soprattutto se si guarda alle soluzioni dei casi concreti per cogliere la regola applicata nella individuazione della consistenza dei comportamenti tenuti nei confronti dei privati che si ritengono danneggiati.

La tradizionale configurazione della responsabilità delle pubbliche amministrazioni anche connessa alla stipulazione di accordi, convenzioni e contratti come extracontrattuale⁶⁹ – seppur formalmente ancora affermata – sembra risultare recessiva e proprio la configurazione dell'elemento soggettivo in termini di "colpa dell'apparato", proposto dalla Corte di Cassazione e successivamente interpretato dai giudici amministrativi con formale imputazione dell'onere della prova al privato danneggiato, ma di frequente ribaltato sulle pubbliche amministrazioni in chiave di prova liberatoria, ha suscitato numerosi ripensamenti⁷⁰.

⁶⁹ Sul punto v. CARANTA, *Attività amministrativa e illecito aquiliano*, cit., 91 s.

⁷⁰ Cfr. da ult. Cons. St., sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194, cit.; Id., sez. VI, 9 novembre 2006, n. 6607, cit.; Id., 16 gennaio 2006, n. 86, cit., ove si afferma la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione per violazione del principio di buona fede per l'errata individuazione nel bando di gara della qualifica soggettiva necessaria per l'esecuzione dei lavori oggetto dell'appalto, che ha condotto all'annullamento in autotutela dell'intera procedura di gara prima della stipulazione del contratto; Id., sez. IV, 15 febbraio 2005, n. 478, *lexitalia.it*, 2/2005; Id., sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32, cit.; Id., sez. V, 6 luglio 2004, n. 5012, *Foro it.*, 2005, III, 247; Cass., 10 gennaio 2003, n. 157, *Foro it.*, 2003, I, 78, con nota di FRACCHIA, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimentoale dell'amministrazione. La cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione*; in tal senso v. anche T.A.R. Piemonte, sez. II, 16 gennaio 2006, n. 66, cit. D'interesse pare Cass., 27 luglio 2005, n. 15686, *Foro it. CD-Rom*, e *Rep. Foro it.*, 2005, «Responsabilità civile», n. 371 che in tema di responsabilità della pubblica amministrazione per esercizio illegittimo della funzione pubblica afferma che «poiché l'accertata illegittimità dell'azione amministrativa integra uno degli elementi costitutivi della fattispecie, non è affatto precluso al Giudice, investito dedomanda di risarcimento del danno, trarre elementi comprovanti o al contrario escludenti la colpa dell'amministrazione, proprio dal giudicato esterno di annullamento dell'atto amministrativo, il quale, peraltro, produce effetti anche sulla distribuzione dell'onere della prova, nel senso che sollecita l'amministrazione convenuta a sottoporre al giudice del risarcimento concreti elementi di giudizio atti a dimostrare l'assenza di colpa, nonostante l'accertata illegittimità della propria condotta». V. altresì T. reg. Giust. amm. Trentino Alto Adige, Trento, 18 aprile 2005, n. 114, *Foro amm. Trib. amm. reg.*, 2005, 1410, con nota di SIMONATI, ove si ritiene che in caso di reiterato comportamento scorretto della pubblica amministrazione a scapito dell'impresa ricorrente anche elusivo di provvedimento cautelare giudiziale, la prova dell'elemento soggettivo della colpa, ai fini del risarcimento del danno, è *in re ipsa*, negli atti impugnati; T.A.R. Toscana, sez. III, 18 febbraio 2005 n. 842, *Sanità pubbl. e priv.*, 2005, fasc. 5, 67, con nota di PECCHIOI, *L'irresponsabilità della pubblica amministrazione per eccessiva ampiezza dei fatti*; Cons. St., sez. IV, 10 agosto 2004, n. 5500, *Foro it.*, 2005, III, 295, con nota di FRACCHIA,

L'aggravamento dell'onere della prova del danneggiato in relazione alla colpa dell'apparato sembrava giustificato dall'estensione dell'ambito delle posizioni soggettive risarcibili, rispetto all'orientamento precedente che desumeva la colpa dalla violazione di norme: nelle prime applicazioni, però, si rileva che, più che una positiva prova della colpa dell'apparato, si ammette una prova liberatoria della parte pubblica.

Vari elementi, peraltro, inducono a superare il tradizionale orientamento che fondava la responsabilità sul principio del *neminem laedere* e, in primo luogo, l'individuazione di un rapporto giuridico fra amministrazione e privati coinvolti nella sua attività giuridica e in particolare contrattuale⁷¹.

Colpa dell'amministrazione e "autoprotezione" da parte del privato-vittima, ove si afferma che «la mancata esclusione dell'impresa sprovvista di dotazioni tecniche necessarie a garantire la prestazione dei servizi dovuti integra l'elemento soggettivo della colpa ai fini del risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi; infatti tale omissione viola le regole di condotta più sicure ed evidenti di una gara pubblica: la par condicio dei concorrenti e l'ammissione alla contrattazione delle sole imprese dotate della capacità tecnica necessaria a garantire correttamente la prestazione dovuta».

⁷¹ RECCHIA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e dei suoi dirigenti in diritto comunitario e comparato*, cit., 806, che in un'analisi comparatistica della responsabilità delle pubbliche amministrazioni ricollega al regime privatistico lo schema della responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione con la individuazione del danno della colpa (del soggetto responsabile) e del nesso di causalità, mentre secondo un regime giuridico pubblicistico si rileva come si debba accertare l'esistenza di una ben determinata violazione normativa e verificarne i danni conseguenti dopo aver individuato il nesso di causalità. Tuttavia sembra possibile sottolineare che il modello "pubblicistico" corrisponde anche alla responsabilità da inadempimento di un'obbligazione preesistente. Nega la scorrettezza del comportamento della pubblica amministrazione (e il diritto del privato al risarcimento del danno) in relazione all'esercizio del potere di revoca, previsto dal bando di gara che ritiene ampiamente motivato in ragione della non convenienza dell'offerta: Cons. St., sez. VI 20 febbraio 2007, n. 919, www.giustizia-amministrativa.it; v. anche T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 10 gennaio 2007, n. 76, cit.; Cons. St., sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5012, cit., ove pur qualificandosi come extracontrattuale e non come contrattuale la responsabilità dell'amministrazione per lesione di interessi legittimi ritiene sufficiente che la parte danneggiata si limiti, per la verifica dell'elemento soggettivo, a fornire elementi indiziari in base agli artt. 2727 e 2729 c.c., quali la gravità della violazione, il carattere vincolato dell'attività amministrativa, l'univocità della normativa, il proprio apporto collaborativo nel procedimento; T. Roma, 30 giugno 2003, *Giur. merito*, 2003, 2269 secondo cui «il fenomeno della lesione dell'interesse legittimo va inquadrato nell'ambito dell'inadempimento della p.a. alle regole dell'azione amministrativa, e la responsabilità che ne deriva, quindi va assimilata non tanto a quella aquiliana, quanto piuttosto alla responsabilità contrattuale per violazione del principio di buona fede (artt. 1175, 1337 c.c.) che rappresenta lo sviluppo dei rapporti con i privati di quelle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione che devono ispirare l'azione amministrativa; con tutto ciò che ne consegue in punto determinazione dell'obbligazione risarcitoria e di ripartizione dell'onere probatorio nel caso in cui la p.a. sia convenuta in giudizio dal privato, che lamenta l'illegittima frustrazione del proprio affidamento alla positiva (e legittima) conclusione del procedimento amministrativo».

6. Le scorrettezze delle pubbliche amministrazioni come inadempimenti.

Sembra fondamentale il richiamo ai principi di imparzialità, correttezza e buona amministrazione che devono essere rispettati nel complessivo comportamento tenuto dalle pubbliche amministrazioni nello svolgimento delle loro attività giuridiche e procedurali volte alla emanazione di provvedimenti, come alla stipulazione di contratti, come pure nella loro successiva esecuzione⁷².

La configurazione di "parti" nel procedimento amministrativo, come nelle gare pubbliche, consente di analizzare il contenuto del rapporto giuridico instaurato e di individuarne la consistenza. In particolare, sembra possibile individuare fra le parti degli "obblighi di protezione" per le conseguenze dannose che da tale rapporto possono scaturire, come rilevato, anche nel rapporto che si instaura nelle trattative precontrattuali⁷³.

⁷² Cons. St., sez. IV, 15 novembre 2004, n. 7449, *Foro amm. Cons. Stato*, 2004, 3173, secondo cui «in relazione all'annullamento di un provvedimento ciò che appare di rilievo ai fini della sussistenza dei presupposti dell'illecito civile non è il provvedimento in sé considerato, ma il comportamento complessivamente tenuto dalla pubblica amministrazione; pertanto sussiste l'illecito civile ove detto comportamento sia caratterizzato dal cattivo o dall'omesso apprezzamento dei fatti e degli atti, dall'erronea valutazione delle normative applicabili, dalla carenza di ogni valutazione degli interessi privati coinvolti nella vicenda, contribuendo così alla formazione (e alla successiva esternazione) di una volontà provvedimento risultata viziata, in quanto non conforme ai principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa che, nell'ambito dei rapporti intersoggettivi privatistici, si configura come violazione dei principi di buona fede in materia contrattuale e del *neminem laedere*»; Cons. Giust. amm., sez. giur., 29 agosto 2005, n. 573, *Urbanistica e app.*, 2006, 225 s. con nota di CASALINI, *Erronea comunicazione del capitolato speciale e responsabilità precontrattuale dell'amministrazione aggiudicatrice*. La possibilità riconosciuta al giudice ordinario di conoscere e sindacare la correttezza del rapporto tra privato e amministrazione in occasione dell'attività giuridica volta all'emanazione di provvedimenti amministrativi – quando ormai tale giurisdizione gli era stata sottratta – ha evidenziato la peculiare consistenza di tale rapporto e delle controversie connesse: Cass., S.U., 22 luglio 1999, n. 500, cit.

⁷³ Così già in RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 304 s. e in tal senso: Cons. St., sez. IV, 19 marzo 2003 n. 1457, www.giustizia-amministrativa.it. Quando non sussistono ancora obblighi di prestazione, sono stati individuati degli «obblighi di protezione» che operano autonomamente poiché si ricollegano «direttamente alla legge e in particolare nei rapporti fra privati alla regola di buona fede in fase pre-contrattuale»: CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 138; ID., *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, 654 s.; ID., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV., *Scritti in onore di L. Mengoni*, I, Milano, 1995, 147; BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, 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 a una prestazione definita (attività di prestazione). Cass., 17 novembre 1997, n. 11393, *Juris Data Cd-Rom*, 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

Non può dubitarsi che il «rapporto che lega amministrazione e privato nel procedimento amministrativo è assai più ricco di contenuti» o comunque di contenuti differenti rispetto a quelli che caratterizzano le trattative precontrattuali tra privati *ex art. 1337 c.c.*, dal momento che «l'amministrazione è tenuta non solo a comportarsi secondo buona fede, ma anche a conformarsi ai principi di economicità, di efficacia, di pubblicità, di non aggravamento richiamati dall'art. 1 della legge n. 241/90. L'obbligazione di rispetto e protezione gravante sull'amministrazione è pertanto assai più articolata e pregnante di quella gravante sul contraente nella fase delle trattative precontrattuali»⁷⁴.

Se si considera il rapporto con il destinatario del provvedimento finale occorre anche ricordare che è previsto il dovere di concludere il procedimento con un provvedimento espresso⁷⁵ e motivato, il quale, ove negativo, sembra richiamare un recesso (corretto in quanto adeguatamente motivato) dalle trattative: resta impregiudicato, infatti, l'esito favorevole o sfavorevole per il privato interessato del procedimento amministrativo.

La configurazione di un simile rapporto giuridico consente di escludere l'estraneità che caratterizza la responsabilità extracontrattuale e favorisce una ricostruzione della responsabilità come contrattuale o più precisamente da inadempimento.

Da tempo nel diritto civile si è evidenziata la natura giuridica complessa del rapporto obbligatorio, con individuazione di obblighi accessori che incombono sulle parti⁷⁶. L'analisi dei rapporti giuridici instaurati da soggetti qualificati per la particolare posizione professionale ed economica ha consentito di individuare una regola che prevede l'assunzione di una posizione di garanzia nei confronti dei destinatari delle loro attività poiché per la loro posizione generano un affidamento nella corretta applicazione delle peculiari regole delle loro attività.

Da tale posizione si è giunti a configurare un rapporto obbligatorio «senza obbligo primario di prestazione», ove la prestazione è la correttezza

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».

⁷⁴ SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, 4061, che riconosce che una ricostruzione come responsabilità contrattuale chiarirebbe e semplificherebbe molti dei nodi problematici che tuttora sussistono intorno alla responsabilità civile dell'amministrazione (con riferimento ad attività decisorie e non a eventi puramente materiali).

⁷⁵ SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, cit., nt. 48.

⁷⁶ Per tutti: DI MAJO, *Obbligazione: teoria generale*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 1 s. e GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993, 17, n. 27. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 2^a ed., Milano, 1997, 180 s.

da tenere nel rapporto fondato sulla posizione professionale ed economica che genera l'affidamento nella correttezza della controparte⁷⁷. La violazione degli obblighi connessi alla peculiare professionalità di una parte determina una lesione dell'affidamento in tale professionalità della controparte e può determinare responsabilità contrattuale, o meglio da inadempimento.

Tale generale elaborazione ha tratto origine dalla analisi della *culpa in contrahendo*⁷⁸ – che ha costituito il “modello” della responsabilità senza obbligo di prestazione⁷⁹ – e dal riscontro che l'avvio di trattative determina il sorgere di un rapporto giuridico che comporta l'individuazione di «obblighi di protezione»⁸⁰, i quali costituiscono una specificazione del comportamento corretto imposto dall'art. 1337 c.c.⁸¹.

La responsabilità che può sorgere da tale rapporto deriva non solo dal recesso scorretto, ma anche dalla violazione degli obblighi ulteriori (di informazione, di segreto, di custodia correlati alle condizioni personali e professionali delle parti)⁸² che specificano la clausola generale di buona fede⁸³.

⁷⁷ CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV., *Scritti in onore di L. Mengoni*, I, Milano, 1995, 147 s.; ID., *La nuova responsabilità civile*, cit., 180 s.; ID., *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, 647 s.; ID., *L'interesse legittimo varca la frontiera della risarcibilità*, in *Europa e diritto privato*, 1999, 1262.

⁷⁸ Si rinvia a RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 1 s., ove già si ripercorreva l'affermazione del principio di correttezza tra privati e tra organizzazioni complesse.

⁷⁹ RACCA, *Correttezza*, cit., 1529 s.; CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, cit., 657.

⁸⁰ I partecipanti alle trattative devono tenere un comportamento non contraddittorio, poiché l'iter che conduce alla formazione dell'accordo deve apparire coerente e comprensibile, seppur caratterizzato dalle normali riserve e incertezze di un rapporto in via di definizione (obbligo di correttezza pre-contrattuale in senso «oggettivo»): 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. BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 1984, 259.

⁸¹ Cfr. DI MAJO, *Obbligazione: teoria generale*, cit., 14, afferma che non sussiste più una rigida separazione tra obbligazioni contrattuali e extracontrattuali e ad esempio sorge responsabilità contrattuale dalla violazione dei doveri di protezione che possono essere assimilati a quelli aquiliani (*neminem laedere*).

⁸² 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 a un eventuale risarcimento del danno per il dolo incidente ex art. 1440 c.c. 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 impone un obbligo di correttezza *ex lege* alle parti: SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 1998, 252.

⁸³ Si sono individuate due prospettive sulla fase precontrattuale: da un lato, la contraddittorietà che può richiamare il principio generale di correttezza atipico, riconducibile al

Seguendo tale prospettazione sembra doversi ricondurre la stessa responsabilità precontrattuale al *genus* della responsabilità contrattuale da inadempimento. Oltre alla responsabilità precontrattuale, infatti, la violazione degli obblighi di protezione può determinare la responsabilità del professionista per le informazioni erronee o non veritiere, la c.d. responsabilità da prospetto, la responsabilità degli intermediari finanziari. In generale, gli "obblighi di protezione" sono stati ricondotti all'art. 1173 c.c. come obbligazioni derivanti da ogni «atto o fatto idoneo a produrle in conformità con l'ordinamento giuridico»⁸⁴ e la loro violazione determina una responsabilità di tipo contrattuale, o meglio per inadempimento. Tale disciplina è arricchita dalla "portata di solidarietà" di cui il rapporto obbligatorio viene caricato dall'art. 1175 c.c.⁸⁵, con la previsione dell'obbligo di comportamento secondo correttezza.

Le clausole generali sono caratterizzate da una «indeterminatezza intenzionale»⁸⁶ che consente all'interprete di adeguare le soluzioni all'evoluzione della coscienza sociale, ma può risultare utile preconstituire criteri, parametri, casi sintomatici, che possano rappresentare una solida base per la formazione di parti di diritto giurisprudenziale⁸⁷.

Il principio di correttezza, dunque, sembra operare come limite all'autonomia delle parti e in particolare delle pubbliche amministrazioni poiché impone la considerazione «di interessi e/o valori che non si identificano strettamente con quelli espressi o inespressi, delle parti»⁸⁸. 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

neminem laedere (art. 2043 c.c.); dall'altro, l'individuazione del comportamento predefinito da tenere («obblighi di protezione»), che individua la scorrettezza nell'inadempimento (art. 1218 c.c.).

⁸⁴ Art. 1173 c.c.: «Fonti delle obbligazioni. Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico».

⁸⁵ CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, cit., 655.

⁸⁶ RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1988, 709.

⁸⁷ Così: DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1984, 570; CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, *ivi*, 1986, 29.

⁸⁸ DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, cit., 539, 569, ritiene che le clausole generali o i principi in esse incorporati siano considerati quasi una «espansione dei principi costituzionali». MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, 5 s., sottolinea «il programma della clausola di buona fede di assoggettare i rapporti obbligatori a regole morali non codificate».

condotto da un potere alieno alle parti, tuttavia non è autoritario perché si limita a filtrare valori sociali entro la forma giuridica»⁸⁹.

Sembra possibile rilevarlo qualora non sussista un contratto, ma si è avviato solamente un confronto al fine di giungere a un nuovo assetto di interessi poiché la clausola di buona fede costituisce la «misura dei poteri legittimamente esercitabili» dalle parti, sia che operi come principio “atipico”, sia ove risulti specificata da positivi obblighi di protezione, non solo nei rapporti tra individui, ma soprattutto con organizzazioni complesse, quali la pubblica amministrazione, che operano secondo modalità predefinite⁹⁰.

La categoria dei rapporti obbligatori “senza obbligo di prestazione” consente di chiarire che in tali rapporti manca il diritto a una prestazione definita in un contratto, ma esiste un diritto di ciascuna parte a un comportamento corretto, secondo buona fede e il comportamento lesivo di tale diritto genera responsabilità per inadempimento⁹¹.

Come precisato si tratta di obblighi accessori di protezione della sfera del soggetto privato per le conseguenze dannose che l'instaurato rapporto può provocare⁹². La responsabilità per violazione di tali obblighi si distingue da quella del chiunque, definita anche del “passante”⁹³ tipicamente extracontrattuale che si caratterizza per il fatto che il rapporto giuridico sorge solamente in occasione del verificarsi di un danno.

7. *Il principio di correttezza delle pubbliche amministrazioni come regola di comportamento.*

Le ipotesi di responsabilità precontrattuale e contrattuale delle pubbliche amministrazioni sembrano trovare un punto di riferimento comune nei principi di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione.

⁸⁹ CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, cit., 29.

⁹⁰ RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., 709.

⁹¹ Anche l'instaurazione di un rapporto giuridico tra amministrazione e privato con l'avvio di un procedimento genera obblighi di protezione che, in analogia con le trattative precontrattuali, si caratterizza per l'assenza di obblighi primari di adempimento di una specifica prestazione. Il richiamo alla *culpa in contrahendo* evoca il dovere di comportarsi secondo buona fede che caratterizza tale rapporto e si traduce nell'obbligo di non recare danno alla controparte.

⁹² CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, cit., 654 s., ove si ricorda che anche la responsabilità dell'autorità garante della concorrenza e del mercato è stata ricostruita in termini di violazione di obblighi di protezione.

⁹³ CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 131 s.

A tal fine sembra utile ricordare che, mentre l'imparzialità e la buona amministrazione (come buon andamento) sono principi espressamente presenti nell'art. 97 Cost., il richiamo al principio di correttezza⁹⁴ – non previsto nella norma costituzionale – pare costituire l'elemento di novità più significativo poiché l'accostamento realizzato sembra fornire un ulteriore argomento per la riconduzione di tale principio a principio istituzionale del comportamento delle pubbliche amministrazioni.

Come è noto, si tratta di un principio generale del diritto delle obbligazioni che introduce il "comportamento secondo correttezza" nell'art. 1175 c.c., ove si dispone che «il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza»⁹⁵. Tale disposizione è ripresa nell'art. 1337 c.c. che espressamente impone alle parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto – prima della conclusione del contratto – il comportamento secondo buona fede.

Nella giurisprudenza sulla responsabilità in esame, al di là delle enunciazioni formali, la regola che risulta applicata sembra consistere nella individuazione di un comportamento che viola gli indicati principi e determina la responsabilità, ove non si raggiunga la prova contraria, della non imputabilità alla parte pubblica di tale violazione.

L'individuazione di un principio di correttezza come richiamato nelle pronunce prima della Corte di Cassazione e poi dei giudici amministrativi sulle responsabilità delle pubbliche amministrazioni sembrerebbe addirittura consentire di superare l'ambito in senso proprio precontrattuale e contrattuale per applicarlo a tutti i rapporti con le pubbliche amministrazioni, rapporti instaurati con i cittadini o con le organizzazioni complesse.

Infatti, nel momento in cui una pubblica amministrazione avvia un procedimento amministrativo d'ufficio, bandisce un concorso o una gara pubblica ovvero si attiva su istanza di parte, sorge un rapporto giuridico che lega i soggetti coinvolti⁹⁶ e deve conformarsi al principio di correttezza.

⁹⁴ Si rinvia a RACCA, *Correttezza*, cit., 1539, s.

⁹⁵ Art. 1175 c.c.: «Comportamento secondo correttezza. Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza». DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 284; DEL FANTE, *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 122; R. GRECO, *Discrezionalità dell'impresa e rapporto di lavoro-Clausole generali e principi dell'ordinamento nella giurisprudenza sui concorsi privati*, in *Foro it.*, 1990, I, 2058.

⁹⁶ Una volta avviato il procedimento amministrativo, su iniziativa di parte, si costituisce un rapporto giuridico nuovo, a struttura complessa, sostanzialmente assimilabile, per alcuni profili, a quello obbligatorio di diritto comune, oppure alla situazione tipica delle trattative precontrattuali: Cons. St., sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, Comune di Frattamaggiore c. Lupoli, www.giustizia-amministrativa.it.

L'evoluzione del rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione in relazione alla formulazione di regole di condotta, riconducibili, nello schema contrattuale, a obblighi procedimentali, comporta che queste siano considerate «come vere e proprie prestazioni da adempiere secondo il principio di correttezza e buona fede (artt. 1174 e 1175 cod. civ.)»⁹⁷.

Dall'inizio del procedimento l'interessato non è più semplice destinatario passivo dell'azione amministrativa, ma diviene il beneficiario di obblighi che la stessa sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 500/1999 identifica nelle «regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione pubblica deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità»⁹⁸. Tale rapporto assume una rilevanza nettamente diversa dalla vicenda che determina la titolarità di un interesse legittimo e la relativa tutela, di qui la distinzione dalla prospettata elaborazione della responsabilità cosiddetta da «contatto sociale» fondata sulla risarcibilità dell'interesse legittimo⁹⁹.

La giurisprudenza amministrativa ha già chiarito¹⁰⁰ che «il fenomeno, tradizionalmente noto come lesione dell'interesse legittimo, costituisce in

⁹⁷ Si ricorda che tali valori *in nuce* risalgono alla Carta costituzionale, ma solo negli anni Novanta sono stati attualizzati in testi normativi (la l. n. 41/1990, fra l'altro, all'art. 11, 2° co., rende applicabili agli accordi partecipativi i principi codicistici in materia di obbligazioni e contratti): Cass., sez. I, 10 gennaio 2003 n. 157, cit.

⁹⁸ Cass., 10 gennaio 2003 n. 157, cit. Sulla natura giuridica della responsabilità della pubblica amministrazione: Cons. Giust. amm. reg. sic., ord., 8 maggio 2002, n. 267, *www.lexitalia.it*, che deferisce la questione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in relazione all'appello avverso la sentenza del T.A.R. Sicilia-Catania, sez. II, 12 agosto 2000 n. 1559; nell'ordinanza si afferma che: «una volta concentrato il giudizio risarcitorio presso il giudice amministrativo, appare evidente che in ogni caso, sia che si chieda l'annullamento di un atto e l'emissione del provvedimento favorevole (tipica reintegrazione in forma specifica) sia che si chieda semplicemente di sanzionare un ritardo nell'emanazione del provvedimento dovuto, che abbia arrecato uno specifico e dimostrabile pregiudizio patrimoniale (tipico risarcimento per equivalente), si chiede pur sempre al giudice di esprimere previamente un giudizio sulla correttezza o meno dell'agire dell'amministrazione alla stregua di regole di condotta preesistenti». Cfr. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 157, ove si afferma che la responsabilità da ritardo sorge a prescindere dalla legittimità o illegittimità del provvedimento tardivo.

⁹⁹ Su cui v. *infra*, § successivo.

¹⁰⁰ Cons. St., sez. V, n. 4239/2001, cit., ove la configurazione di una responsabilità fondata sul rapporto giuridico fra amministrazione e privato appare compatibile con la definizione della responsabilità precontrattuale che si fonda sull'inadempimento di obblighi predefiniti in quanto riconducibile al *genus* della responsabilità contrattuale, con il conseguente regime giuridico (art. 1218 c.c.), e T.A.R. Puglia, Bari, 17 maggio 2001, n. 1761, *www.lexitalia.it*; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 6 luglio 2001, n. 609, *ivi*; FRANCIOSI, *Inapplicabilità del provvedimento amministrativo ed azione risarcitoria*, cit., 23 s., che considera che il risarcimento del danno ove non si annulli il provvedimento amministrativo come «caso di disapplicazione

realtà inadempimento alle regole di svolgimento dell'azione amministrativa, e integra una responsabilità che è molto più vicina alla responsabilità contrattuale nella misura in cui si rivela insoddisfacente, e inadatto a risolvere con coerenza i problemi applicativi dopo Cassazione 500/99/Su, il modello, finora utilizzato, che fa capo all'art. 2043 cod. civ.: con le relative conseguenze di accertamento della colpa»¹⁰¹.

Il riconoscimento di un principio di correttezza che deve informare l'attività degli "apparati" delle pubbliche amministrazioni¹⁰², la cui inosservanza determina responsabilità dell'amministrazione e risarcimento del danno, al di là delle enunciazioni di formale individuazione degli elementi della responsabilità extracontrattuale, sembra riconducibile alla responsabilità da inadempimento di un'obbligazione di correttezza¹⁰³. La giurisprudenza, infatti, ammette la prova della non colpa dell'amministrazione intesa come comportamento scusabile determinato da particolari circostanze¹⁰⁴

indiretta»; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 9 marzo 2000, n. 1869, *www.lexitalia.it*; CARINGELLA, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, in CARINGELLA e PROTTO (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo. Dopo due anni di giurisprudenza*, Milano, 2002, 690.

¹⁰¹ Cass., 10 gennaio 2003 n. 157, cit., che cassa con rinvio la sentenza della Corte d'appello di Firenze del 29 maggio 2001. Cons. St., sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, cit., ove si afferma che spettava all'amministrazione dimostrare la mancanza di colpa nella propria condotta illegittima, lesiva degli interessi del privato. Cfr. altresì: T. CE, sez. V, 17 settembre 1998, *Embassy Limousines & services c. Parlamento europeo*, punto 86 e 87, *www.curia.eu.int*: ove si afferma che «come entità aggiudicatrice nella procedura di aggiudicazione degli appalti, il Parlamento ha l'onere di provare di aver tenuto un atteggiamento coerente e costante verso gli offerenti».

¹⁰² Cons. St., sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 204, *www.lexitalia.it*. Si ricollega la colpa a elementi oggettivi quali l'esigibilità della condotta richiesta all'agente in relazione a parametri normativi concernenti le modalità dell'azione e l'incidenza sulla sfera giuridica e patrimoniale del danneggiato, e non ad apprezzamenti di carattere puramente soggettivo e individualizzato, tanto più quando si tratta di valutare la colpa di organizzazioni collettive complesse ovvero dell'apparato amministrativo ove l'elemento soggettivo è riferito alla complessiva struttura dell'ente: Cons. St., sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, cit.

¹⁰³ Ne conseguirebbe che, in questo caso, l'illegittimità dell'atto conclusivo del procedimento, lesivo delle posizioni del richiedente, potrebbe far sorgere una responsabilità assimilabile a quella di tipo contrattuale (artt. 1218 ss. cc.) e non una responsabilità aquiliana "pura": Cons. St., sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, cit.

¹⁰⁴ Cons. St., sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, cit., ove si afferma che «spettava all'amministrazione dimostrare la mancanza di colpa nella propria condotta illegittima, lesiva degli interessi del privato»; Id., sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169, *Urbanistica e app.*, 2001, 757, con nota di GALLO; C. Giust. CE, 5 marzo 1996, cause riunite da C-46 a C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, *Racc.*, 1996, I-1029, ove si fa riferimento a «il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, l'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali o comunitarie», alla scusabilità o all'inescusabilità di un eventuale errore di diritto, nonché alla «circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere all'omissione, all'adozione o al mantenimento in vigore di prov-

che sembrano escludere l'imputabilità dell'inadempimento dell'obbligo di correttezza¹⁰⁵.

8. Il danno risarcibile per comportamento scorretto o inadempiente.

Il risarcimento del danno da scorrettezza riguarda l'interesse a non essere coinvolti in trattative infruttuose o più in generale in rapporti giuridici che, in violazione degli obblighi di protezione e di correttezza, rechino danni¹⁰⁶. Non è risarcibile un ipotetico «affidamento nella *conclusione* del contratto»¹⁰⁷ o un affidamento nella emanazione del provvedimento favorevole, bensì la «tradita fiducia» circa il rispetto delle regole che specificano

vedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto comunitario»; Id., 23 maggio 1996, causa C-5/94, *The Queen/Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, *Racc.*, 1996, I-2553; Id., 8 ottobre 1996, cause riunite C-178/94, C-179/94, da C-188/94 a C-190/94, *Dillenkofer*, *www.curia.eu.int*, § 25 e 28); Conclusioni dell'Avv. gen. J. Kokott, 29 aprile 2004, causa C-385/02, Commissione Ce c. Italia, *www.curia.eu.int*, § 45 ss.; T. 1° grado CE, 17 marzo 2005, causa T-160/03, *AFCon Management Consultants e a. c. Commissione Ce*, *ivi*, § 93. FRANCIOSI, *Inapplicabilità del provvedimento amministrativo ed azione risarcitoria*, cit., 51, sottolinea la crescente consapevolezza che nell'ambito del processo amministrativo il giudizio risarcitorio non è da fatto illecito.

¹⁰⁵ Considera, nonostante la sentenza della Cass. n. 500/1999, che il rapporto tra amministrazione e privato «assume la veste di vero e proprio rapporto obbligatorio nonostante l'assenza di un dovere di prestazione della p.a., e la responsabilità di quest'ultima nasce dalla violazione di obblighi di buona fede gravanti su ciascuna delle parti»: CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della risarcibilità*, cit., 1269.

¹⁰⁶ Cons. St., sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3999, cit. ritiene non sussistente la responsabilità precontrattuale in capo alla pubblica amministrazione in relazione a una attività, protrattasi per cinque mesi, di negoziazione a trattativa privata poi conclusa con la decisione di non procedere all'aggiudicazione perché tenutasi nel rispetto delle regole di correttezza e buona fede anche tenuto conto della complessità della trattativa, volta all'acquisizione di materiale rotabile elettrico mediante accordo quadro con l'affidatario e successivi contratti applicativi nel rispetto delle condizioni di cui al capitolato speciale tecnico, attesa anche la previsione, contenuta nella lettera d'invito, della possibilità per la pubblica amministrazione di negoziare con tutti i partecipanti che avessero presentato un'offerta valida richiedendo condizioni migliorative, nonché di non procedere all'aggiudicazione.

¹⁰⁷ È sempre possibile un'interruzione corretta della procedura selettiva: l'art. 41, direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi e la relativa disposizione di recepimento di cui all'art. 79 d.lg. n. 163/2006 impongono all'amministrazione aggiudicatrice di comunicare «quanto prima possibile» 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 (ma già art. 8, § 2, direttiva 14 giugno 1993, n. 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori e art. 31, 2° co., d.lg. 19 dicembre 1991, n. 406, «Attuazione della direttiva 89/440/CEE, in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici»).

il comportamento dovuto dalle parti e in particolare dalla pubblica amministrazione¹⁰⁸.

Normalmente l'inadempimento comporta il risarcimento del danno corrispondente all'interesse positivo, inteso come interesse a che la prestazione dovuta fosse eseguita.

Il danno risarcibile nella responsabilità da inadempimento di obbligazioni prive di fonte contrattuale (cosiddette senza obbligo primario di prestazione), similmente alla responsabilità precontrattuale, si ricollega appunto all'inadempimento di tali obblighi e non di una specifica prestazione contrattuale¹⁰⁹.

Il danno risarcibile corrisponde all'"interesse negativo" inteso come interesse a non essere coinvolti in tali rapporti¹¹⁰; il riferimento all'interesse negativo, però, individua il danno conseguente a violazioni di obblighi rilevanti in un rapporto privo di un obbligo primario di prestazione¹¹¹, senza

¹⁰⁸ Sembra di interesse ricordare che CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 1941, 120, affermava che «la serietà dei privati può essere una speranza mentre quella dell'amministrazione deve essere una certezza inerente alla sua natura».

¹⁰⁹ 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 avvenuta: l'art. 3, 2° co., direttiva n. 89/665/CEE, considera come subordinata la possibilità di risarcimento «quando anteriormente all'aggiudicazione non sia stata possibile la correzione delle violazioni»: art. 7, 3° co., l. n. 1034/1971 e art. 35 d.lg. n. 80/1998.

¹¹⁰ Cfr. in tal senso: T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 8 febbraio 2006, n. 1794, cit. che riconosce il danno solo nei limiti dell'interesse negativo (comprensivo delle spese inutilmente sostenute in previsione della conclusione del contratto nonché delle perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni contrattuali) non trovando spazio per contro «la differenza posta di pregiudiziosità dal mancato utile relativo alla specifica gara d'appalto, relativa al successivo intervento di revoca»; T.A.R. Puglia, sez. I, 10 giugno 2003, n. 2360, cit., secondo cui la trattativa privata, anche ove preceduta da una gara esplorativa, non vincola l'amministrazione alla stipulazione del contratto con l'impresa la cui offerta sia stata ritenuta la più vantaggiosa, ma semmai a dar corso a ulteriori trattative precontrattuali; da ciò consegue che nell'ipotesi di annullamento degli atti della procedura selettiva e in presenza di un comportamento scorretto la pubblica amministrazione potrà rispondere solo ai sensi dell'art. 1337 c.c. dell'interesse negativo (pari alle spese sostenute dall'impresa per lo svolgimento della gara e alle eventuali occasioni contrattuali della stessa natura sfumate in seguito alla partecipazione alla gara), purché l'entità del danno venga puntualmente provata dall'interessato; T.A.R. Liguria, sez. II, 6 luglio 2001, n. 825, cit.

¹¹¹ BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni. L'attuazione*, III, Milano, 1948, 2ª 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». Cfr. MUSY, *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, cit., 404; BENATTI, *Responsabilità pre-*

pregiudicare l'entità di tale danno, né i criteri per la sua quantificazione¹¹². L'idea diffusa che l'interesse negativo debba necessariamente essere di ammontare inferiore a quello positivo non pare aver ricevuto dimostrazioni¹¹³ e l'affermazione, frequente in giurisprudenza, che il danno precontrattuale è risarcibile «nei limiti dell'interesse negativo»¹¹⁴ pare piuttosto sottoli-

contrattuale, (diritto civile), in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1991, 9; CARUSO, *La culpa in contrahendo. L'esperienza statunitense e quella italiana*, Milano, 1993, 165. Massera, *I contratti con la pubblica amministrazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, cit., 1398-1399.

¹¹² Cons. St., sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457, www.lexitalia.it. BENATTI, *Responsabilità precontrattuale*, 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; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja Branca, 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».

¹¹³ Cfr. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale* diretti da Galgano, Padova, 1987, 307; DI MAJO, *Responsabilità contrattuale*, in *Digesto*, sez. civ., XVII, Torino, 1998, 64, n. 167; 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*, Milano, 1993, 170 s.; 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». COVIELLO, *Della cosiddetta culpa in contrahendo. Prelazione al corso di diritto civile nella R. Università di Messina*, in *Filangieri*, 1900, 721, rileva che l'interesse negativo normalmente è inferiore a quello positivo, «ma eventualmente può raggiungerlo». POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, 512; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja Branca, cit., 212; GORLA, *La "logica-illogica" del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 262.

¹¹⁴ Cfr.: Cass., 26 ottobre 1994, n. 8778, *Mass. Foro it.*, 1994 concernente la controversia conseguente alla vendita appezzamento di terreno demaniale risultata nulla. Il privato acquirente chiese che fosse dichiarato risolto il contratto di compravendita per inadempimento del comune medesimo, 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 c.c., «nella ipotesi di responsabilità precontrattuale i danni risarcibili sono riconosciuti nei limiti del cd. 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

neare le difficoltà relative alla prova del danno¹¹⁵ e un frequente rinvio alla determinazione equitativa¹¹⁶. In tal senso si è pronunciato il Consiglio di Stato che, accertata la responsabilità precontrattuale della parte pubblica e riconosciuto il risarcimento del danno emergente, ha escluso il risarcimento del lucro cessante per mancanza di prova dell'asserito pregiudizio¹¹⁷.

di ulteriori occasioni, per la mancata conclusione cioè di un altro contratto dello stesso oggetto, altrettanto o più vantaggioso di quello concluso (cfr. Cass. 10.10.1962 n. 2919, Cass. 1053-68, Cass. 11.01.1977 n. 93)». Sulla base di tale motivazione cassa la pronuncia di appello e rinvia la questione ad altro giudice.

¹¹⁵ Cass., 29 marzo 2006, n. 7228, *Mass. Foro it.*, 2006, 1212, che in relazione a una gara esperita da un comune, a seguito di invito, rivolto a tre imprese di costruzioni edili a far pervenire, sotto forma di bozza di convenzione ai sensi dell'art. 35 l. n. 865/1971, e nel rispetto dei parametri di massima indicati dall'amministrazione, offerte per la realizzazione di un intervento immobiliare che sarebbero state esaminate comparativamente sulla base di criteri specificativi di quei parametri, fissati da una commissione e quindi sulla base di auto-limitazione della discrezionalità dell'amministrazione, ritiene che correttamente il giudice di merito abbia individuato la lesione di un interesse legittimo pretensivo e il diritto al consequenziale risarcimento del danno a favore di una delle imprese partecipanti, nel fatto dell'attribuzione della vittoria nella gara ad altra impresa, desumendo detta lesione nel fatto che l'offerta dell'impresa pretermessa fosse stata ritenuta dall'organo tecnico la più vantaggiosa e che la scelta dell'altra impresa fosse stata immotivata e pertanto assunta in violazione del dovere dell'amministrazione di dar conto della propria scelta tra diversi aspiranti contraenti della pubblica amministrazione. Cfr. anche P. Macerata, 7 giugno 1988, *Daenens c. Università degli Studi di Macerata*, *Giust. civ.*, 1988, I, 3007; Cons. St., sez. V, 2 ottobre 2002, n. 5174, *Cons. Stato*, 2002, I, 2102, ove la somma complessivamente determinata come *restitutio in integrum* (per ritardata assunzione in servizio) viene dimezzata in relazione alla mancato impiego delle energie lavorative a favore della pubblica amministrazione.

¹¹⁶ Da ult. v. Cons. St., sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194, cit.; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 10 gennaio 2007, n. 76, cit., ove si ritengono infondate le domande di liquidazione relative a talune voci di danno, poiché non provate e si afferma che la valutazione equitativa del danno è consentita solo in caso di impossibile prova del danno, ovvero di grave difficoltà della stessa non potendosi in alcun modo sopperire, per il tramite della valutazione equitativa, all'inerzia probatoria del danneggiato; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 8 febbraio 2006, n. 1794, cit.; Cass., sez. II, 13 dicembre 1994, n. 10649. V. altresì: Cass., 13 dicembre 1994, n. 10649, *Juris Data CD-Rom*; Id., 11 settembre 1989, n. 3922, *ivi*, 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.

¹¹⁷ Così: Cons. St., sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457, *www.giustizia-amministrativa.it*, ove si afferma che: «Nell'ipotesi di responsabilità precontrattuale il danno risarcibile consiste, secondo la costante giurisprudenza, nella diminuzione patrimoniale che è diretta conseguenza del comportamento del soggetto che ha violato l'obbligo della correttezza, definito comunemente "interesse contrattuale negativo". La società appellante definisce l'oggetto della domanda di risarcimento ai sensi dell'art. 1337 cod. civ. "nelle spese sopportate per l'approntamento della partecipazione alla gara, nonché nella perdita delle occasioni di lavoro alternative", tuttavia, mentre ha esplicitato e specificato le spese sostenute non ha in alcun modo dimostrato l'entità dell'asserito pregiudizio derivante dalla perdita di altre occasioni. Sicché, per questa seconda parte, la domanda è inammissibile».

Di solito, la quantificazione del danno era riservata ai giudici ordinari di merito e il mero controllo di logicità della Corte di Cassazione non sempre consentiva di individuare indirizzi interpretativi uniformi¹¹⁸.

I giudici amministrativi hanno ripreso l'affermazione della risarcibilità del danno «nei limiti dell'interesse negativo», spesso perché la prova del danno risulta complessa: tuttavia, non si è esclusa la possibilità di affermare l'equivalenza quantitativa con l'interesse positivo ove la prova di un simile danno risulti possibile e, in particolare, ove si provi, ad esempio, il diritto all'aggiudicazione di un contratto pubblico.

Quando attribuisce un diritto soggettivo, generalmente l'ordinamento ha già prefigurato l'esito del contrasto fra posizioni soggettive, almeno in una società "semplice" ove sono individuate tutte le possibili combinazioni degli interessi sociali¹¹⁹. Al contrario, in una società "complessa" la previsione delle possibili interazioni non risulta più possibile, con la conseguenza che l'ordinamento giuridico è chiamato a porre le regole per tale confronto, che avviene senza un esito giuridicamente predeterminato. Dalla ricostruzione del diritto come disciplina dello svolgimento del conflitto si desumono le condizioni per una diversa modalità di protezione giuridica diretta degli interessi fondata sulla sola garanzia della possibilità di ottenere un risultato favorevole e non della necessaria soddisfazione dell'interesse¹²⁰.

Tale analisi sembra richiamare la configurazione della tutela della correttezza come definizione delle regole che disciplinano i rapporti fra i di-

¹¹⁸ Cass., 11 settembre 1989, n. 3922, *Mass. Foro it.*, 1989, afferma che il giudizio sulla sussistenza della buona fede nella formazione del contratto costituisce apprezzamento di merito che sfugge al controllo della Cassazione; Id., 30 agosto 1995, n. 9157, *Arch. civ.*, 1996, 189 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.

¹¹⁹ ROMANO TASSONE, *Danno risarcibile e situazioni giuridiche soggettive. Le radici di una problematica*, Relazione al Convegno *Responsabilità da atti e comportamenti della pubblica amministrazione*, Bari 25-26 gennaio 2002, 17. Se si considera che l'interesse legittimo è caratterizzato dalla tutela indiretta e mediata che gli viene riconosciuta e che ha fatto escludere la sua necessaria soddisfazione, la distinzione rispetto al diritto soggettivo consisterebbe proprio nel fatto che all'interesse materiale del cittadino connesso con l'interesse legittimo, non è garantita la soddisfazione. Si attribuisce all'interesse legittimo «un carattere strumentale rispetto a un interesse sostanziale, che può essere soddisfatto soltanto dall'azione giuridica altrui; è situazione soggettiva che si confronta con un potere unilaterale altrui»: SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, cit., 46, considera che l'interesse legittimo rappresenta il massimo di protezione giuridica di interessi che sono soggetti a poteri di terzi; TORCHIA, *La responsabilità*, cit., 1667 s.

¹²⁰ ROMANO TASSONE, *Danno risarcibile e situazioni giuridiche soggettive. Le radici di una problematica*, cit., 17, che esclude in tal senso la tutela di un interesse al provvedimento favorevole.

versi soggetti dell'ordinamento senza predefinire l'esito del confronto, ma solo le modalità del comportamento in buona fede, non contraddittorio, e che determinano l'attribuzione di diritti che hanno come contenuto il rispetto di tali regole e la diretta protezione ove nel rapporto instaurato risultino violate. Ciò che viene tutelato è il diritto alla correttezza che garantisce il corretto svolgimento del conflitto e da cui deriva la possibile tutela dell'interesse materiale¹²¹.

La garanzia del diritto alla correttezza prescinde dal riconoscimento dell'interesse materiale perseguito. L'amministrazione deve assicurare che il suo comportamento si realizzi secondo buona fede, senza contraddittorietà, in tempi ragionevoli, senza che ciò rilevi direttamente sul contenuto favorevole o sfavorevole dei suoi provvedimenti. Le stesse norme che disciplinano le attività delle pubbliche amministrazioni¹²², unitamente agli obblighi di protezione e in generale ai principi di imparzialità correttezza e buona amministrazione, definiscono il comportamento corretto della parte pubblica, con la conseguenza che solo ove la violazione abbia determinato un danno potrà comportare un risarcimento¹²³.

Il riconoscimento di un principio di correttezza¹²⁴ che deve informare il comportamento degli "apparati" delle pubbliche amministrazioni nei loro rapporti con i privati, siano essi cittadini o organizzazioni complesse, la cui inosservanza determina responsabilità e risarcimento del danno, una volta ricondotto alla responsabilità da inadempimento di un'obbligazione di correttezza, consente di legarlo ai valori costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento (art. 97 Cost.) e farlo così assurgere a principio istituzionale del comportamento della pubblica amministrazione.

¹²¹ La conseguenza sembra essere quella di individuare nuove figure soggettive, diverse dai diritti soggettivi, che ricevono una tutela diretta anche senza la garanzia della soddisfazione dell'interesse materiale, si potrebbe dire che «partecipano alla logica della spettanza»: ROMANO TASSONE, *Danno risarcibile e situazioni giuridiche soggettive. Le radici di una problematica*, cit., che sembra richiamare la *culpa in contrahendo*, ove peraltro non vi è contratto.

¹²² L'interesse legittimo ha assicurato l'annullamento dell'atto amministrativo anche per vizi non collegati direttamente con l'interesse del ricorrente, poiché la logica oggettiva garantisce il perseguimento dell'interesse pubblico che si riteneva assicurato solamente dal rispetto di tutte le norme che disciplinano l'attività amministrativa.

¹²³ Secondo Cons. St., sez. VI, 16 febbraio 2005, n. 499, www.giustizia-amministrativa.it, «Se è vero che in materia di risarcimento del danno per la lesione di un interesse legittimo, occorre considerare come l'eliminazione dell'atto impugnato, che costituisce la reintegrazione in forma specifica della situazione soggettiva tutelata, può lasciare un'area coperta ascrivibile alla nozione di danno ingiusto, ai sensi dell'art. 2043 c.c., è altrettanto vero che nella liquidazione del risarcimento del danno va applicato il principio dell'art. 1223 c.c., in base al quale sono risarcibili i danni che siano conseguenza immediata e diretta della condotta illecita».

¹²⁴ RACCA, *Principio di correttezza e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2003, n. 1, 122 e da ultimo RACCA, *Correttezza*, cit., 1532 s.

9. *La quantificazione del danno da scorrettezza o inadempimento.*

L'interesse negativo, al pari di quello positivo, è formato da due componenti: il *danno emergente* o, secondo l'espressione dell'art. 1223 c.c., «la perdita subita», e il *lucro cessante* o «mancato guadagno», poiché spesso si assiste alla impropria equiparazione dell'interesse negativo al solo danno emergente cioè alle sole spese sostenute: è possibile che nella quantificazione del danno si raggiunga la prova del solo danno emergente, ma ciò non autorizza l'equiparazione¹²⁵.

Il danno emergente comprende le spese che si dimostrano inutilmente sopportate, 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 impeditivi¹²⁶, 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 dei «beni» oggetto della trattativa¹²⁷ o del rapporto; così, ad esempio, se la trattativa o il rapporto giuridico ha comportato l'impiego di una somma di denaro, la quantificazione del danno fa riferimento all'utile conseguibile con un diverso investimento di tali somme¹²⁸.

¹²⁵ Cfr. Cons. St., sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194, cit., ove si riconosce il risarcimento del danno limitatamente all'interesse negativo che si compone «delle spese sostenute nel corso delle trattative finalizzate alla conclusione del contratto (danno emergente) e della perdita di ulteriori occasioni di stipulazione con altri di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso (lucro cessante) con esclusione dei danni che si sarebbero verificati e dei vantaggi che sarebbero conseguiti con la stipulazione e l'esecuzione del contratto».

¹²⁶ VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996, 511; BOCCHIOLA, *Perdita di una «chance» e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, 76 s.; LAGOSTENA BASSI e 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».

¹²⁷ 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: T. Livorno 30 aprile 1986, *Dir. marittimo*, 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.

¹²⁸ Che è stato valutato nel cinque per cento dell'ammontare del capitale investito da Cass., 30 agosto 1995, n. 9157, 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 per cento di tali

Il codice civile prevede che il danno da inadempimento sia risarcibile solo in quanto conseguenza immediata e diretta del comportamento lesivo (art. 1223 c.c.); di solito il risarcimento si limita al danno prevedibile e soltanto ove si riscontri un comportamento doloso si estende anche a quello imprevedibile (art. 1225 c.c.)¹²⁹, con i limiti sopra rilevati nella rivalutazione.

La mancata cooperazione del danneggiato, che non ha sollecitato la correzione delle violazioni intervenute nel corso del rapporto o delle trattative, può essere valutata come concorso del fatto colposo della controparte nella determinazione del danno, ovvero come mancanza di diligenza, con possibile conseguente diminuzione o addirittura esclusione del risarcimento (art. 1227 c.c.)¹³⁰. Tuttavia, non si ritiene che possa applicarsi tale disposizione per sanzionare la mancata proposizione di azioni giurisdizionali¹³¹.

In assenza di parametri per la determinazione del danno soccorre la valutazione equitativa (artt. 1226 e 2056 c.c.), che agevola una non rigorosa ripartizione dell'onere della prova, consentendo al giudice di ricavare dalle prove elementi ulteriori per definire il danno risarcibile¹³². L'indicata liqui-

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».

¹²⁹ Cfr. GAROFOLI, *Il risarcimento del danno in forma specifica e per equivalente*, cit., 667 s.; MONATERI e 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.

¹³⁰ 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, *Arch. giur. opere pubbl.*, 1995, 150; Coll. arb., 6 giugno 1984, Soc. impr. Edina c. Iacp Firenze, *ivi*, 1985, 837; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 10 gennaio 2007, n. 76, cit. ritiene legittimo il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione intervenuto in ragione dell'esigenza di operare una completa revisione progettuale, ma scorretto il comportamento tenuto dalla pubblica amministrazione nelle trattative volte alla conclusione del contratto (che avrebbe dovuto adottare il provvedimento già in sede di espletamento della gara), mentre non ravvisa alcun profilo di colpa (scorrettezza) in capo alla ricorrente che «una volta intervenuto il provvedimento di aggiudicazione, ha operato con diligenza e correttezza rispetto alle richieste provenienti dall'amministrazione appaltante, offrendo in ogni momento la propria disponibilità a eventuali modifiche correttive del progetto posto a base di gara».

¹³¹ TRAVI, Relazione al Convegno: *Questioni attuali di responsabilità dell'Amministrazione: giurisdizione, risarcimento del danno, pregiudizialità*, Milano, Università Bocconi, 14 ottobre 2002.

¹³² V. sul punto: Cons. St., sez. IV, ord. 19 ottobre 2005, n. 5839, www.giustizia-amministrativa.it; Cass., 19 novembre 1994, n. 9838, *Foro it. Cd-Rom* e *Id.*, 25 settembre 1984, n. 4820, *Foro it.*, 1985, I, 816 s. escludono la quantificazione equitativa ove siano possibili altri criteri

dazione è ritenuta applicazione del «criterio equitativo, legittimo ex artt. 2056 e 1226 c.c. nell'impossibilità di valutare il danno nel suo preciso ammontare, criterio compatibile con l'art. 1337 c.c.¹³³.

Negli appalti pubblici la peculiarità del danno arrecato deriva dal fatto che esso riguarda la violazione degli obblighi di comportamento corretto nella scelta del contraente. Anche in tale ambito il recepimento nell'ordinamento italiano delle citate «direttive ricorsi» non ha fornito alcuna indicazione in ordine alla quantificazione del danno¹³⁴, rimettendo la questione all'interprete¹³⁵.

o mezzi di prova per determinare l'ammontare del danno, salvo il giudice ravvisi una «notevole difficoltà di una precisa quantificazione»; Cons. St., sez. V, 23 settembre 2002, n. 4852, *www.giustizia-amministrativa.it*, sull'impossibilità di ricorrere a tale sistema di quantificazione del danno in assenza di un principio di prova. 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, *Arch. giur. opere pubbl.*, 1993, 119.

¹³³ Cass., 30 agosto 1995, n. 9157, 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: CARUSO, *La culpa in contrahendo. L'esperienza statunitense e quella italiana*, cit., 170 s.

¹³⁴ Art. 13, l. 19 febbraio 1992, n. 142, abrogato dal 5° co. dell'art. 35 d.lg. n. 80/1998.

¹³⁵ Cons. St., sez. IV, 9 novembre 2005, n. 6236, *Foro amm. Cons. Stato*, 2005, 3253; Id., 7 marzo 2005, n. 875, *Riv. Corte Conti*, 2005, 137; Id., Sez. V, 12 aprile 2005, n. 1646, *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., 4 maggio 2005, n. 2168, *Foro amm. Cons. Stato*, 2005, 1461; Id., 30 agosto 2005, n. 4423 *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., 13 settembre 2005, n. 4697, *Cons. Stato*, 2005, I, 1526; Id., 8 marzo 2005, n. 937, *Foro amm. Cons. Stato*, 2005, 810; Id., Sez. VI, 5 settembre 2005, n. 4512, *Cons. Stato*, 2005, I, 1473; Id., 5 dicembre 2005, n. 6960, *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., 14 marzo 2005, n. 1047, *Urbanistica e app.*, 2005, 1060, con nota di GAROFALO e in *Foro amm. Cons. Stato*, 2005, 1574, nota di ROMEO; Id., sez. IV, 11 maggio 2005, n. 2367, *Cons. Stato*, 2005, I, 1625; Id., 3 ottobre 2005, n. 5204, *Foro amm. Cons. Stato*, 2005, 3594; Id., 20 dicembre 2005, n. 7215, *Foro amm. Cons. Stato*, 2005, 3614; Id., 20 dicembre 2005, n. 7263, *Foro amm. Cons. Stato*, 2005, 2602; Id., sez. V, 12 aprile 2005, n. 1635, *Foro amm. Cons. Stato*, 2005, 2602; Id., sez. V, 5 settembre 2005, n. 4475, Id., 13 settembre 2005, n. 4697 e Id., sez. VI, 2005, n. 499, *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., 30 settembre 2005, n. 5224, *Foro amm. Cons. Stato*, 2005, 269; Id., 27 giugno 2005, n. 3414, *Riv. giur. edilizia*, 2005, I, 1946; Id., sez. V, 5 aprile 2005, n. 1563, *Urbanistica e app.*, 2005, 734; Id., sez. IV, 15 febbraio 2005, n. 478, *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., 18 gennaio 2006, n. 125, *Arch. giur. opere pubbl.*, 2006, 353; Id., sez. V, 18 gennaio 2006, n. 127, *Giur. it.*, 2006, 2192, con nota di GALLIASSO. Per un significativo caso di violazione delle norme comunitarie consistente nell'esclusione automatica di un'impresa che aveva presentato un'offerta ritenuta anormalmente

L'oggetto e il valore del contratto sembrano costituire dati sui quali fondare la quantificazione del danno, perché individuano l'impegno che i concorrenti hanno assunto 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 economicamente più vantaggiosa¹³⁶. 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 sostenute. In tali ipotesi l'interesse negativo può coincidere con quello positivo.

Anche nel caso in cui l'ammontare del risarcimento giungesse a corrispondere – nella quantificazione – all'interesse positivo, non sarebbe risarcito il diritto al contratto o all'atto, ma sempre le conseguenze della scorrettezza del comportamento. Infatti, è l'interesse al corretto svolgimento del rapporto che rende risarcibile il danno consistente nelle perdite subite per l'affidamento nella correttezza del rapporto e nei mancati guadagni per le occasioni contrattuali perdute: «il cosiddetto interesse negativo (*id quod interest contractus initum non fuisset*)»¹³⁷.

In materia di appalti pubblici 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 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 dalle trattative, che, se

bassa: T.A.R. Lombardia, 25 novembre 1989, n. 544, *Foro it.*, 1991, III, 503, confermata da Cons. St., sez. V, 6 aprile 1991, n. 452, *Cons. Stato*, 1991, I, 659. Sul caso è intervenuta per risolvere una questione pregiudiziale C. Giust. CEE, 22 giugno 1989, F.lli Costanzo s.p.a. c. Com. di Milano, causa C-103/88, *Foro it.*, 1991, IV, 129.

¹³⁶ Così il d.p.c.m. 27 febbraio 1997, n. 116.

¹³⁷ Cass., 30 agosto 1995, n. 9157, *Arch. civ.*, 1996, 189.

esercitato correttamente¹³⁸, nega in radice ogni obbligo al risarcimento del danno precontrattuale (cfr. artt. 1373 e 1386 c.c.). Generalmente, nei rapporti tra privati la struttura delle trattative non consente di prevederne l'esito¹³⁹, sicché l'individuazione del danno è data dalla prova della perdita della possibilità di stipulare – con altri – lo stesso o un diverso contratto¹⁴⁰, ove con la pubblica amministrazione la differente disciplina (bando di gara) consente di prendere in considerazione la perdita della possibilità di concludere il contratto posto in gara e di quantificare il danno in relazione alla perdita di “quella occasione” (l'appalto in gara), non di altre occasioni.

In questo caso, però, non si risarcisce il diritto al contratto, ma comunque la scorrettezza intervenuta, mentre la prova che si sarebbe potuto ot-

¹³⁸ RACCA, *Vendita di cosa futura e recesso corretto della parte pubblica dalle trattative*, nota a Cons. St., sez. VI, 1° marzo 2005 n. 816, in *Urbanistica e appalti*, 2005, n. 8, 1; ID., *Sindacato sulla decisione di non procedere all'aggiudicazione di un appalto pubblico (recesso dalle trattative) e responsabilità precontrattuale*, nota a C. giust. CE, sez. VI, 18 giugno 2002 (causa C-92/00), Hospital Ingenieure Krankenhausstechnik Planungs- Gesellschaft mbH (HI) c. Stadt Wien, in *Foro amm.*, 2002; cfr. infatti l'art. 21 *sexies* l. n. 241/1990 come mod. dalla l. n. 15/2005. L'interruzione delle trattative volte alla conclusione del contratto deve essere adeguatamente motivata in modo tale da non pregiudicare l'affidamento che la controparte ripone nel rispetto delle regole di correttezza e buona fede e obbliga, in caso contrario, l'amministrazione al risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale: Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2007, n. 919, cit., che ritiene corretto il comportamento dell'amministrazione che ha condotto alla revoca degli atti di gara, in relazione all'esercizio del relativo potere da parte dell'amministrazione nel rispetto delle previsioni del bando di gara, nonché giustificato il recesso dalle trattative in ragione della non convenienza dell'offerta e con riguardo alle determinazioni regionali relative alle modalità di gestione del servizio posto in gara. V. anche, *ex multis*: Cons. St., sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1141, cit.; Cons. St., sez. VI, 10 gennaio 2006, n. 26, cit.; T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 8 febbraio 2006, n. 1794, cit., Cons. St., Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6, cit.; Cons. St., sez. VI, 1 marzo 2005, n. 816, cit. Cfr. art. 41, direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE, e art. 79 d.lg. n. 163/2006 sull'obbligo di comunicazione della motivazione, nonché gli artt. 42, direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE, e 77 d.lg. n. 163/2006 sulle modalità di comunicazione delle informazioni ai partecipanti aspiranti contraenti a tutela della parità di trattamento e del principio di non discriminazione tra gli stessi. La disciplina, generale e speciale, deve essere rispettata 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 e senza dover configurare poteri autoritativi di autotutela, ove più semplicemente può essere corretto ed escludere ogni possibile richiesta di risarcimento del danno precontrattuale, un recesso dalle trattative adeguatamente motivato e non contraddittorio. Si evita in tal modo di reintrodurre quell'ampio grado di aleatorietà, già noto nei contratti della pubblica amministrazione, sulla cui base si giustificavano costi superiori e non verificabili con un confronto con i prezzi di mercato.

¹³⁹ Cfr.: A. Firenze, 20 febbraio 1996, Soc. Lem Biomedica c. Soc. Bernas Medical, *Toscana lav. e giur.*, 1996, 315.

¹⁴⁰ BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi: dal “muro di sbarramento” alla “rete di contenimento”*, in *Danno e resp.*, 1997, 269; ID., *Perdita di chance e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, IV, 50.

tenere l'appalto sarebbe rilevante solamente ai fini della quantificazione del danno.

Nelle ipotesi 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 discriminatorie¹⁴¹, ovvero si contesta la legittimità del criterio di aggiudicazione in violazione di norme sulla concorrenza, occorrerà valutare il danno precontrattuale.

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»¹⁴². 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 a una procedura di aggiudicazione»¹⁴³, cioè la componente di danno emergente dell'interesse negativo. A tal fine è sufficiente la prova dell'esistenza 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 del-

¹⁴¹ Cfr.: C. Giust. CE, 24 gennaio 1995, causa C-359/93, *Commiss. Ce c. Gov. Paesi Bassi*, cit., *Contratti*, 1995, 444, con nota di SIMONE, *I requisiti di pubblicità e le specifiche tecniche nei bandi di gara degli appalti pubblici di forniture*, 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 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»: art. 23 e all. VI, direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE, e art. 68 e all. VIII d.lg. n. 163/2006.

¹⁴² Art. 2, 1° co., lett. b), direttiva n. 89/665/CEE.

¹⁴³ Art. 2, 7° co., direttiva n. 92/13/CEE; ARROWSMITH, *Remedies for enforcing public procurement rules*, *Aerystwyth*, 1993, 73, nt. 228, ricorda che i costi di preparazione di un'offerta nella proposta della Commissione, poi lasciata cadere, erano quantificati nell'1 per cento del valore del contratto. Cfr. *Accordo sugli appalti pubblici che figura nell'allegato 4 dell'accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio*, art. XX, in *Gazzetta Uff. CE*, 3 settembre 1996, n. C 256/1, ove si prevedono procedure di impugnazione per rimediare le violazioni dell'accordo e salvaguardare le opportunità commerciali e 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».

l'appalto, possibilità che, in seguito a tale violazione, è stata compromessa»¹⁴⁴. Si è chiarito espressamente che in tali casi, per ottenere il rimborso delle spese, la persona lesa non è tenuta a «provare che in assenza della violazione di cui trattasi l'appalto le sarebbe stato aggiudicato»¹⁴⁵.

La valutazione equitativa del danno trova precisazione nella tipologia e nel valore dell'appalto, come del rapporto giuridico fra amministrazione e privato, indici dell'impegno profuso dalla parte privata nella partecipazione al procedimento, come alla trattativa¹⁴⁶.

Si sono individuate le regole da applicare per la quantificazione dei danni cagionati dalle pubbliche amministrazioni in caso di inadempimento e recesso da un contratto ormai concluso e tali regole hanno costituito lo spunto per l'individuazione di parametri utili a definire il danno realmente provocato anche in occasione di trattative o di rapporti giuridici che rechino danni alle parti¹⁴⁷, in seguito alla ricordata previsione dell'ordinamento europeo che impone un risarcimento adeguato ed effettivo il quale,

¹⁴⁴ Art. 2, 7° co., direttiva n. 92/13/CEE. Cfr. ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 1997, 50 s.

¹⁴⁵ Considerando n. 11 della direttiva n. 92/13/CEE. 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. C. Giust. CE, 22 aprile 1997, causa C-180/95, Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice ohG.

¹⁴⁶ 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; 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»; CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Fini pubblici e reazioni di mercato*, Milano, 1996, 24, ove accenna a 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., 25 febbraio 1994, n. 1897, *Mass. giur. lav.*, 1994, 338, con nota di MASINI, *Brevi osservazioni in materia di responsabilità precontrattuale derivante da trattative tese alla stipulazione del contratto di lavoro*, ove il danno viene liquidato equitativamente in relazione alle spese sostenute per la partecipazione a un corso di formazione (lire cinquemilioni), frequentato in vista dell'assunzione poi non avvenuta; Cass., 22 ottobre 1994, n. 8682, *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 524, con nota di BOLLANI, *A proposito di responsabilità precontrattuale, corsi precollocativi e mancate assunzioni*; Cass., 29 aprile 1993, n. 5026, *Giur. it.*, 1994, I, 234, con nota di MUSY, *Sicilcasse ed il danno da perdita di una "chance"*.

¹⁴⁷ RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 386 s., ID., *La quantificazione del danno subito dai partecipanti alle gare per l'affidamento di appalti pubblici*, in *Dir. amm.*, 1998, 155.

per equivalente, compensi integralmente il danno arrecato¹⁴⁸, ove non sia stata possibile la correzione della procedura¹⁴⁹.

In particolare, il giudice amministrativo è chiamato a stabilire i «criteri»¹⁵⁰ per la definizione della somma di denaro da offrire a chi abbia subito un danno per la violazione della disciplina delle procedure selettive, come per la scorrettezza nel rapporto giuridico instaurato con il privato¹⁵¹.

La norma che ha costituito il parametro di riferimento per la quantificazione del danno si è rinvenuta nell'abrogato art. 345, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F., legge sulle opere pubbliche, ove si 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 esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importare delle opere non eseguite». Su questa stessa linea si sono posti il regolamento di attuazione della legge sui lavori pubblici e il vigente Codice dei contratti pubblici ove si è sancito il diritto di recesso dal contratto della stazione appaltante – in qualunque tempo – con l'obbligo di pagare i lavori eseguiti e i materiali utili presenti

¹⁴⁸ Cfr. sulle conseguenze della violazione del principio di parità di trattamento tra uomini e donne: C. Giust. CE, 22 aprile 1997, causa C-180/95, Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice ohG.

¹⁴⁹ C. giust. CE, sez. VI, 27 febbraio 2003, Santex SpA c. Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia, *europa.eu.int*.

¹⁵⁰ Art. 35, 2° co., d.lg. n. 80/1998: «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 a 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». V.: T.A.R. Lombardia, sez. III, Milano, 9 marzo 2000, n. 1869, cit., ove in applicazione dell'art. 35, 2° co., d.lg. 31 marzo 1998, n. 80, cit., in relazione all'annullamento di una gara di appalto per l'affidamento dei servizi di trasporti di malati, assegna all'azienda appaltatrice «il termine di giorni 90 per la proposizione alla ricorrente di un'offerta di risarcimento del danno da raggugiarsi 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.».

¹⁵¹ Si rinvia per l'analisi dettagliata di tali criteri a GAROFOLI, *Il risarcimento del danno in forma specifica e per equivalente*, cit., 667 s.

in cantiere, ma per il mancato guadagno connesso al mancato completamento dell'opera si prevede il pagamento del «decimo dell'importo delle opere non eseguite», 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»¹⁵².

Una tale previsione, seppur rivolta alla fase di esecuzione dell'appalto, sembra indicare il limite massimo del risarcimento conseguibile per lucro cessante anche da parte del concorrente che non abbia avuto la possibilità neppure di iniziare i lavori, ma in fase di selezione sia stato scorrettamente privato dell'aggiudicazione.

Il potere di recesso unilaterale dal contratto di appalto è stato oggetto della disciplina del codice civile del 1865 (art. 1641)¹⁵³ e del 1942 (art. 1671)¹⁵⁴ e, più recentemente, della legge sul procedimento amministrati-

¹⁵² Art. 134, 1° e 2° co., d.lg. n. 163/2006 che ha sostituito e abrogato sia l'art. 345, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F., che l'art. 122, d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554, "Regolamento di attuazione della l. 109/94". Secondo il vig. art. 134 d.lg. n. 163/2006: «Recesso. 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. 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 del preavviso di cui al comma 3. 5. La stazione appaltante può trattenere le opere provvisorie 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 il valore 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 e a sue spese».

¹⁵³ «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».

¹⁵⁴ 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 c.c. e l'art. 345, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, v. Cons. St., sez. IV, 9 gennaio 1996, n. 41, *Giur. it.*, 1996, III, 1, 496, con nota di CANNADA e BARTOLI, *Trattativa privata e disciplina privatistica*; Cass., S.U., 4 dicembre 1990, n. 11591, *Arch. giur. opere pubbl.*, 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 l. n. 2248/1865; l'am-

vo¹⁵⁵, ma in esse non si ritrovano indicazioni né sulla somma da riconoscere all'appaltatore, né sulle ragioni che possono indurre 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 committente è inadempiente¹⁵⁶, dal momento che l'esercizio di tale diritto obbliga, in ogni caso, il recedente a pagare all'appaltatore un «indenizzo» corrispondente, quantitativamente, al risarcimento del danno da inadempimento¹⁵⁷.

La norma sembra fissare «*una tantum*, un criterio di liquidazione uniforme e automatico, giustificato secondo la dottrina sia dal fatto di ovviare a indagini alquanto difficoltose e aleatorie, sia dallo scopo di cautelare la Pubblica amministrazione da eventuali richieste di liquidazioni eccessive»¹⁵⁸. Il danno causato al partecipante alla gara pubblica che, in ragione della sua offerta, avrebbe dovuto divenire aggiudicatario sembra da quantificarsi nel 10 per cento dell'ammontare della base d'asta come ribassata dall'offerta presentata (inteso come utile medio dell'appaltatore)¹⁵⁹. A tale somma si possono aggiungere le spese sopportate per la partecipazione alla procedura selettiva.

In tale prospettiva potrebbe risultare dubbia, anche se viene talora applicata, la limitazione del danno risarcibile attuata calcolando il decimo sui «quattro quinti del prezzo che è servito di base al contratto, depurato del

ministero committente ritiene che l'esecuzione dell'opera sia «divenuta impossibile in conseguenza di una causa non imputabile a nessuna delle parti» ex art. 1672 c.c. Cfr. MANGINI e IACUANIELLO BRUGGI, *Il contratto di appalto*, Torino, 1997, 479 s.

¹⁵⁵ L'art. 21 *sexies*, l. n. 241/1990 come modificato dalla l. n. 15/2005 dispone che «il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto».

¹⁵⁶ Cass., 30 marzo 1985, n. 2236, *Giust. civ.*, 1986, I, 511, con nota di LIPARI, *Inadempimento dell'appaltatore, "ordine di sospensione dei lavori" e recesso del committente*.

¹⁵⁷ Cfr. Cass., 10 febbraio 1987 n. 1411, *Riv. trim. appalti*, 1987, 1355, con nota di CONSERVA, *Inadempimento, recesso o jus variandi?*.

¹⁵⁸ CAPACCIOLI, *Recesso, rescissione e annullamento d'ufficio nell'appalto di opere pubbliche*, nota a Cass., sez. un., 20 aprile 1991, n. 4289, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2996, il quale distingue il recesso unilaterale ex art. 345, cit., la rescissione (*rectius*: risoluzione) ex art. 340, e infine l'annullamento d'ufficio di atti amministrativi come manifestazione del potere di autotutela; Cass., 17 novembre 1984, n. 5841, *Giur. it.* 1985, I, 1251; in altri casi il giudice considera tale recesso come inadempimento: Cass., 22 settembre 1984, n. 4819, *Foro it.*, 1985, I, 132; SCOCA e POLICE, *La risoluzione del contratto di appalto di opere pubbliche*, in *Riv. trim. appalti*, 1997, 46.

¹⁵⁹ T.A.R. Marche, 20 gennaio 2003, n. 9, www.giustizia-amministrativa.it; FRANCIARIO, *Inapplicabilità del provvedimento amministrativo ed azione risarcitoria*, cit., 39.

ribasso d'asta»¹⁶⁰, giustificata dal fatto che l'appaltatore è tenuto ad assoggettarsi a una diminuzione delle opere fino a un quinto dell'importo dell'appalto, benché tale previsione, riproposta anche nel recente Codice dei contratti pubblici, sia conosciuta e accettata dai concorrenti privati¹⁶¹. Anche la giurisprudenza comunitaria, in assenza di indicazioni normative espresse, giunge a quantificare il lucro cessante dell'imprenditore nel decimo del valore residuo dell'appalto in esecuzione¹⁶².

Non pare possibile escludere la prova che si sarebbe conseguito un utile maggiore in relazione alle caratteristiche dell'appalto e soprattutto per l'or-

¹⁶⁰ Art. 134 d.lg. n. 163/2006 (già art. 122, d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554 e art. 41, 2° co., d.p.r. 16 luglio 1962, n. 1063, "Approvazione del capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici"; ma v. anche l'art. 35, r.d. 25 maggio 1895, n. 350, che approva il regolamento per la direzione, la contabilità e la collaudazione dei lavori dello Stato che sono nelle attribuzioni del Ministero dei lavori pubblici: cfr. Coll. arb., 8 giugno 1991, Impr. Calveri c. Com. Galatro, *Arch. giur. opere pubbl.*, 1992, 324; Coll. arb., 6 febbraio 1990, Impr. Grassi c. Com. Sciacca, *ivi*, 1991, 635; Coll. arb., 15 febbraio 1989, Impr. costruz. Miner c. Com. di Messina, *Arch. giur. opere pubbl.*, 1990, 128; Coll. arb., 7 dicembre 1988, Impr. Anzà c. Com. di Gioiosa Marea, *ivi*, 1989, 814).

¹⁶¹ Art. 132, 4° e 5° co., d.lg. n. 163/2006 (e art. 10, d.m. 19 aprile 2000, n. 145, "Regolamento recante il capitolato generale d'appalto dei lavori pubblici") e art. 344, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F. Altro parametro quantifica i danni per il recesso causato da ritardo nella consegna dei lavori in una quota di risarcimento inferiore all'1 per cento del valore del contratto: l'art. 129, 8° co., d.p.r. n. 554/1999, non abrogato dal d.lg. n. 163/2006, prevede che «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», secondo il quale, in caso di ritardo nella consegna lavori, «il rimborso delle spese contrattuali e delle altre spese effettivamente sostenute e documentate» non può essere in misura superiore alle seguenti percentuali calcolate sull'importo netto dell'appalto: 1 per cento per la parte dell'importo fino a 500 milioni di lire, 0,5 per cento per l'eccedenza fino a 3000 milioni di lire e 0,2 per cento per la parte eccedente i 3000 milioni di lire (art. 9, 1° co., d.m. 19 aprile 2000, n. 145, ma cfr. già art. 10, 8° co., d.p.r. 16 luglio 1962, n. 1063, cit., sui cui limiti di applicazione: Cass., 25 luglio 1990, n. 7536, *Giur. it.*, 1991, I, 1, 302; Id., 4 luglio 1986, n. 4392, *Arch. giur. opere pubbl.*, 1986, 1750; Coll. arb., 17 giugno 1993, Impr. Muni c. Com. Motta S. Anastasia, *ivi*, 1995, 67; Coll. arb., 12 febbraio 1988, Soc. auto Mec prefabbricati c. Min. protezione civile, *ivi*, 1988, 1692; Coll. arb., 6 luglio 1989, Soc. Isidori c. Usl 4, Chieti, *ivi*, 1991, 1).

¹⁶² Cfr. tra l'altro C. Giust. CE, 1 giugno 1995, *Heidemij Advies BV c. Parlamento Europeo*, causa C-42/94, *Racc.*, 1995, I, 1417, punto 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 per cento 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: ARROWSMITH, *Remedies for enforcing public procurement rules*, cit., 73, nt. 107.

ganizzazione dell'impresa¹⁶³. Si è rilevato 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'impresa¹⁶⁴, la quale, sebbene possa liberamente partecipare ad altre gare, deve valutarne l'opportunità in relazione al vincolo già assunto¹⁶⁵.

Se l'esecuzione è già iniziata, dunque, la parte pubblica viene chiamata a risarcire il danno subito dal nuovo appaltatore per non aver potuto eseguire integralmente la prestazione, già in parte realizzata dall'originario aggiudicatario. In tal caso la parte pubblica paga il corrispettivo per la parte eseguita al primo appaltatore, per quella stessa parte il dieci per cento del valore, come ribassato nell'offerta, al nuovo appaltatore. Tuttavia, l'impresa che ha eseguito in parte (o anche integralmente) un appalto che avrebbe dovuto essere correttamente aggiudicato a un'altra impresa, lo ha eseguito senza un valido titolo e ha diritto, per la prestazione eseguita, solamente a ottenere quanto conseguito dall'amministrazione a titolo di arricchimento senza causa *ex art. 2041 c.c.* L'annullamento dell'aggiudicazione, infatti, priva l'appaltatore della validità del titolo contrattuale e può pregiudicare il suo diritto al corrispettivo contrattualmente definito. Se si considera che l'arricchimento senza causa normalmente esclude il riconoscimento dell'utile assicurando solamente la copertura delle spese sostenute, si potrebbe ridefinire la somma dovuta nell'ammontare dell'offerta presentata decurtata del dieci per cento, salva diversa prova di minor o maggior utile. All'altro concorrente privato, che avrebbe dovuto eseguire la prestazione, si potrebbe riconoscere a titolo di risarcimento del danno la somma corrispondente all'utile medio conseguibile dall'appaltatore, quantificabile nel

¹⁶³ Cfr. Coll. arb., 6 febbraio 1990, Impresa Ing. A. Grassi c. Com. di Sciacca, *Arch. giur. opere pubbl.*, 1991, 653, ove si cerca di provare che il guadagno netto dell'impresa non sarebbe stato inferiore al 14-15 per cento; C. Giust. CE, 14 gennaio 1993, Italsolar s.p.a. c. Commissione Ce, causa C-257/90, *Racc.*, 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 per cento del prezzo offerto per ciascun lotto quale mancato guadagno; la sua domanda viene peraltro integralmente respinta.

¹⁶⁴ Art. 11, 6° co., d.lg. n. 163/2006. 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, *Arch. giur. opere pubbl.*, 1995, 592; Coll. arb., 26 luglio 1993, Soc. Vargiu c. Com. di Nuoro, *ivi*, 178; Coll. arb., 27 novembre 1989, Soc. impr. edilstradale Calderoni c. Cons. auton. porto Genova, *ivi*, 1991, 265.

¹⁶⁵ Cfr. art. 49-50 d.lg. n. 163/2006, con riferimento ai riflessi che sotto tale profilo può determinare l'applicazione dell'istituto del c.d. avvalimento. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 9 marzo 2000, n. 1869, cit.

dieci per cento del valore della prestazione come ribassato nell'offerta, sempre salva diversa prova.

Tale prospettazione non è volta a una riduzione dell'onere risarcitorio delle pubbliche amministrazioni, ma potrebbe determinare una maggiore attenzione dei concorrenti privati alla verifica della correttezza della selezione, per evitare di eseguire contratti senza un titolo valido. Gli appaltatori non sono singole persone fisiche (parti deboli), ma operatori economici professionali, organizzati con apparati e strutture che consentono loro di compiere tali valutazioni e che, come previsto dalle norme europee, dovrebbero sollecitare la correzione delle procedure che risultino scorrette¹⁶⁶. La parte pubblica che accerti l'anomalia e la scorrettezza dell'operatore privato potrebbe chiedere il risarcimento del danno conseguente alle spese sostenute per la prosecuzione delle trattative, imposta dalla necessità della valutazione dell'anomalia e per i conseguenti ritardi¹⁶⁷.

D'altra parte, il concorrente che si è comportato correttamente e che avrebbe meritato l'aggiudicazione può invocare una protezione anche del diritto alla propria immagine d'impresa, 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 (ad esempio esclusa automaticamente), sia perché la scorrettezza dell'amministrazione contribuisce a qua-

¹⁶⁶ C. Giust. CE, sez. VI, 27 febbraio 2003, Santex SpA c. Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia, cit.; Id., sez. VI, 12 dicembre 2002, Universale-Bau e a., causa C-470/99, *Foro it.*, 2004, IV, 337, punti 76-79, ove si afferma che: «Occorre poi considerare che la fissazione dei termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza risponde, in linea di principio, all'esigenza di effettività derivante dalla direttiva 89/665, in quanto costituisce l'applicazione del fondamentale principio della certezza del diritto (v., per analogia, trattandosi del principio di effettività del diritto comunitario, sentenze 10 luglio 1997, causa C-261/95, Palmisani, *Racc.* pag. I-4025, punto 28, e 16 maggio 2000, causa C-78/98, Preston e a., *Racc.* pag. I-3201, punto 33). Date le considerazioni precedenti va constatato, da un lato, che modalità relative al termine come quelle oggetto della causa principale appaiono ragionevoli alla luce sia degli obiettivi della direttiva 89/665 come quelli descritti al punto 74 della presente sentenza, sia del principio della certezza del diritto. D'altro canto, non sussiste alcun dubbio sul fatto che sanzioni come la decadenza sono idonee a garantire che le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici, dal momento in cui sono note agli interessati, vengano denunciate e rettifiche il più presto possibile, anche conformemente sia agli obiettivi perseguiti dalla direttiva 89/665 sia al principio di certezza del diritto. Occorre quindi risolvere la terza questione nel senso che la direttiva 89/665 non osta a una normativa nazionale la quale prevede che qualsiasi ricorso avverso una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice vada proposto nel termine all'uopo previsto e che qualsiasi irregolarità del procedimento di aggiudicazione invocata a sostegno di tale ricorso va sollevata nel medesimo termine a pena di decadenza talché, scaduto tale termine, non è più possibile impugnare tale decisione o eccepire la suddetta irregolarità, a condizione che il termine in parola sia ragionevole».

¹⁶⁷ Cons. St., sez. VI, 17 febbraio 2003, n. 843, www.giustizia-amministrativa.it.

lificare l'impresa come inaffidabile¹⁶⁸, sia perché l'aver eseguito correttamente determinati contratti costituisce requisito di qualificazione per ulteriori appalti futuri.

10. *L'inadempimento nell'esecuzione dei contratti delle pubbliche amministrazioni.*

A seguito della stipulazione del contratto l'inadempimento di una delle parti costituisce violazione del dovere di prestazione e dà luogo a responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.) con conseguente obbligo di risarcimento del danno¹⁶⁹.

Il danno risarcibile deve, nel caso di responsabilità da inadempimento, essere causalmente collegato all'inadempimento e conseguenza diretta e immediata dello stesso, nonché prevedibile come tale dal debitore; in relazione al riparto dell'onere probatorio opera il principio della presunzione di colpa, salva la prova dell'errore scusabile come non imputabilità dell'inadempimento (art. 1218 c.c.)¹⁷⁰.

¹⁶⁸ V. Coll. arb., 14 settembre 1993, *Impresa Holzmann c. Consorzio di bonifica alto e medio Belice*, *Arch. giur. opere pubbl.*, 1995, 254. Anche la parte pubblica nei rapporti con i privati può subire un discredito e un danno all'immagine che potrebbe essere causato dalla scorrettezza dell'operatore privato; T. Milano, sez. I, 2 marzo 1998, n. 3183, F.lli Costanzo s.p.a. c. Com. di Milano, ined. V. anche GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, 67 s.

¹⁶⁹ In tal senso v. DI GIANDOMENICO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nella lesione di interesse legittimo*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2003, III, 2685; BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, 111 secondo cui il totale inadempimento degli obblighi scaturenti dal contratto comporta l'insorgere di un'obbligazione risarcitoria che si sostituisce alla precedente (oggetto della prestazione contrattuale), mentre nel caso in cui un contraente adempia in ritardo o non esattamente l'obbligazione risarcitoria si aggiunge, ma non si sostituisce a quella originaria.

¹⁷⁰ In applicazione dei menzionati principi, ove il soggetto contrattualmente inadempiente rispetto al contratto sia la pubblica amministrazione questa sarà tenuta al risarcimento del danno cagionato al privato in relazione all'inadempimento o al ritardo, fatta salva la possibilità di provarne la non imputabilità: Cass., 28 ottobre 1989, n. 4517, *Rass. giur. Enel*, 1991, 203; T. Lucca, 18 gennaio 1992, *Foro it.*, 1993, I, 264, con nota di COPPARI, *Riflessioni in tema di responsabilità per fatto dannoso del dipendente*. L'inversione dell'onere della prova in capo alla pubblica amministrazione in presenza di inadempimenti di obbligazioni di fonte legislativa, quale la corresponsione dell'indennità espropriativa, o di fonte provvedimento come nel caso delle concessioni-contratto, oltre che, naturalmente in relazione a obbligazioni scaturenti da un rapporto contrattuale (obbligazioni connesse all'esecuzione di un appalto pubblico) ha condotto al superamento della tradizionale impostazione che configurava la responsabilità contrattuale della pubblica amministrazione solo in relazione alle ipotesi in cui il soggetto pubblico agisse in base a moduli privatistici.

A tal fine la capacità morale, economico-finanziaria e tecnico-professionale del contraente deve essere valutata prima dell'assunzione dell'obbligazione con riferimento ai requisiti di qualificazione richiesti dalla disciplina europea e nazionale, in modo tale che il soggetto inadempiente non possa dedurre la propria incapacità come causa di giustificazione, anche in ragione della correttezza quale principio istituzionale che deve informare tutto il rapporto contrattuale dall'instaurazione delle trattative all'esecuzione del contratto¹⁷¹.

Il contenuto delle prestazioni che le parti sono obbligate a eseguire nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede¹⁷² è specificato nelle clausole del contratto che assumono un rilievo peculiare giacché devono riprodurre il contenuto del bando e dei capitolati d'appalto¹⁷³. Questi ultimi pongono talune condizioni preventive, in relazione a una serie possibile e futura di contratti della stessa tipologia o a un determinato genere d'appalto (capitolati generali) ovvero definiscono l'oggetto di un contratto specifico e il contenuto prestazionale tecnico (in tal caso vengono denominati tecnici) relativo al singolo rapporto negoziale, anche in relazione alla definizione dell'equilibrio negoziale tra ente appaltante e soggetto aggiudicatario (capitolati speciali)¹⁷⁴.

L'accertamento dell'inadempimento o del ritardo nell'adempimento avviene con riferimento all'equilibrio prestazionale definito dai capitolati d'appalto e, segnatamente da quelli speciali, che consentono ai partecipanti alla procedura oltre che di formulare un'offerta corretta e consapevole, di conoscere in una fase che precede la conclusione del contratto, le obbligazioni che saranno assunte in caso di aggiudicazione del contratto, le cui clausole parrebbero poter completare o innovare le clausole dei capitolati d'appalto solo ove le modifiche apportate dovessero incidere sugli elementi

¹⁷¹ RACCA, *Correttezza*, cit., 1533 s.; SANTORO, *La Responsabilità civile, penale ed amministrativa negli appalti pubblici*, Milano, 2002, 41; art. 38 s. d.lg. n. 163/2006 con riferimento ai requisiti di qualificazione morale, economico-finanziaria e tecnico-professionale che i partecipanti alla procedura devono possedere.

¹⁷² Con specifico riferimento alla responsabilità contrattuale, la buona fede diviene parametro per valutare l'esecuzione delle prestazioni contrattuali, ancorché taluni abbiano qualificato la buona fede come un criterio per determinare i contenuti dell'obbligazione e non come regola di responsabilità pur ammettendo, in virtù del richiamo al principio di correttezza, che la buona fede possa costituire esonero, indiretto di responsabilità [MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1072].

¹⁷³ PONZIO, *I capitolati negli appalti pubblici*, Napoli, 2006, 8 s.

¹⁷⁴ La redazione dei capitolati speciali avviene contestualmente alla redazione del singolo contratto, sicché le loro clausole giungono a costituire la costante disciplina del rapporto tra i contraenti nella fase di esecuzione del contratto: CLANFLONE, *Capitolato*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 210.

accidentali del contratto, come il termine o la condizione, in modo tale da non pregiudicare il sinallagma contrattuale¹⁷⁵.

L'amministrazione appaltante nell'esecuzione del contratto è tenuta innanzitutto a compiere quanto è necessario affinché il debitore (aggiudicatario) possa adempiere l'obbligazione, nonché a pagare il prezzo pattuito (artt. 1175 e 1206 c.c.)¹⁷⁶.

Tra gli adempimenti posti a carico della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 1206 c.c. assume rilievo peculiare la «consegna dei lavori» all'appaltatore, che si configura come obbligo il cui inadempimento, ancorché presenti elementi di differenziazione rispetto alla disciplina contenuta nel codice civile, risulta fonte di responsabilità contrattuale. Tale inadempimento non consente all'appaltatore di risolvere il rapporto contrattuale o di avanzare pretese risarcitorie, ma attribuisce esclusivamente la «facoltà» di presentare istanza di recesso dal contratto, al mancato accoglimento della quale consegue l'insorgere di un diritto al compenso per i maggiori oneri dipendenti dal ritardo, che si aggiunge al congruo prolungamento del termine originariamente convenuto per l'esecuzione delle prestazioni contrattuali¹⁷⁷. Conseguentemente, il diritto al risarcimento del danno può venire in considerazione solo ove l'appaltatore abbia preventivamente esercitato la facoltà di recesso, dovendosi altrimenti presumere che egli abbia considerato ancora eseguibile il contratto, senza ulteriori oneri a carico della stazione appaltante¹⁷⁸.

¹⁷⁵ CAVALLO PERIN, *La definizione dei capitolati e la concorrenza anche nella fase esecutiva*, Relazione al convegno *Il nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Torino, 16 giugno 2006, in corso di pubblicazione e disponibile in versione audio in <http://www.personalweb.unito.it/roberto.cavalloperin/diramm/index.html>. V. sul punto: MUSOLINO, *La Responsabilità civile nell'appalto. Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, concorso di colpa, garanzie*, Padova, 2006; CAPPAL, *Autonomia e responsabilità contrattuale dell'appaltatore per vizi dell'opera*, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, 1303.

¹⁷⁶ SANTORO, *La Responsabilità civile, penale ed amministrativa negli appalti pubblici*, cit., 2002, 159.

¹⁷⁷ Cfr. artt. 129, 8° co., e 112, d.p.r. n. 554/1999 e art. 9, 2° co., d.m. 19 aprile 2000, n. 145. Inoltre con riferimento all'appalto integrato si stabilisce il diritto al rimborso in capo all'appaltatore «delle spese del progetto esecutivo, nell'importo quantificato nei documenti di gara e depurato del ribasso offerto; con il pagamento la proprietà del progetto è acquisita in capo alla stazione appaltante». Occorre tener presente che ove il ritardo nella consegna ecceda la metà del termine convenuto per la conclusione dei lavori l'amministrazione è tenuta ad aderire all'eventuale istanza di recesso del privato e a rimborsare al medesimo le spese contrattuali e le altre sostenute, nei limiti indicati dal capitolato: cfr. art. 129, 9° co., d.p.r. n. 554/1999).

¹⁷⁸ In termini: Cons. St., sez. VI, 18 aprile 2005, n. 1769, *Cons. Stato*, 2005, I, 678. Cass., 14 aprile 2004, n. 7069, *Arch. giur. opere pubbl.*, 2004, 260, che inquadra l'obbligo di consegna dei lavori nell'ambito del dovere di collaborazione della pubblica amministrazione, che non

Le procedure che la pubblica amministrazione pone in essere per selezionare la propria controparte contrattuale inducono a limitare fortemente, se non a escludere, la facoltà di procedere alla «rinegoziazione»¹⁷⁹ delle clausole capitolari a seguito della stipulazione e, in particolare, nella fase di esecuzione del contratto, in ragione di evenienze che sopravvengano in tale fase, anche ove siano tali da pregiudicare la definizione dell'assetto economico giuridico delle prestazioni. Il divieto di rinegoziazione sembra connesso all'imperatività e inderogabilità delle norme poste a presidio della scelta del contraente e di quelle che definiscono l'oggetto del contratto¹⁸⁰, ma anche al pregiudizio che deriverebbe al principio di con-

cessa di essere contrattuale solo perché deriva dalla legge «essendo questa una delle fonti di integrazione del contratto ai sensi dell'art. 1374 c.c.»; nello stesso senso: Coll. arb. Roma, 26 febbraio 2002, *Arch. giur. opere pubbl.*, 2002, 168. L'inadempimento dell'obbligo di consegna dei lavori da parte della pubblica amministrazione è disciplinato in modo diverso rispetto al codice civile, per essere gli appalti pubblici regolati da leggi speciali o dai capitolati generali cui è attribuita efficacia normativa. Il principio per cui l'appaltatore, al fine di vedersi risarcito il pregiudizio derivante dalla tardiva consegna dei lavori debba necessariamente proporre prima l'istanza di recesso si era già sviluppato sotto la vigenza del vecchio capitolato. *Ex multis*: Cass., 15 novembre 1997, n. 11329, *Urbanistica e app.*, 1998, 524; Id., 30 marzo 1994, n. 3144, *Giust. civ. mass.*, 1994, 425; Id., 8 maggio 1992, n. 5496, *Riv. giur. edilizia*, 1993, I, 83; Id., marzo 1980, n. 1818, ove si individua la *ratio* della previsione capitolare nella necessità di tutelare l'amministrazione dalla richiesta di rimborso di maggiori oneri, a qualsiasi titolo sia durante che al termine dell'esecuzione del contratto, da parte dell'appaltatore che abbia accettato senza riserve la consegna tardiva e il nuovo termine contrattuale, nonché di consentirle di conoscere immediatamente le conseguenze del ritardo e di assumere le relative determinazioni. Al fine dell'accertamento del diritto al risarcimento del danno in capo all'appaltatore è necessario verificare la sussistenza del nesso causale tra il ritardo e un fatto oggettivo riconducibile, ma non necessariamente imputabile, all'amministrazione o a un comportamento scorretto della medesima, tenuto in violazione del dovere di collaborazione che si configura come uno degli adempimenti derivanti dal contratto: SANTORO, *La Responsabilità civile, penale ed amministrativa negli appalti pubblici*, cit., 163.

¹⁷⁹ LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Foro amm. Trib. amm. reg.*, 2006, 1911 s. In argomento: GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; ID., *Revisione del contratto*, in *Digesto*, sez. civ., XVII, Torino, 1998, 431 s.; MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; ID., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 63 s.; DE MAURO, *Principi di adeguamento nei rapporti giuridici privati*, Milano 2000; D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, in TOMASINI (a cura di), *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2002, 491 s.; SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002, 774 s.; GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinegoziazione del contratto*, *ivi*, 701 s.; GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004.

¹⁸⁰ Cons. St., sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281, *Giornale dir. amm.*, 2003, n. 3, 503, con nota di MARCHETTI, *Atto di aggiudicazione e potere di rinegoziazione della pubblica amministrazione nei contratti ad evidenza pubblica* e in *Giust. civ.*, 2003, 1141, con osservazioni di MARI, *Sulla rinegoziazione delle condizioni del contratto aggiudicato con la pubblica am-*

correnza, inteso come principio istituzionale e fondante dell'ordinamento giuridico¹⁸¹.

In tal senso, la revisione periodica dei prezzi nei contratti a esecuzione periodica o continuativa di servizi o forniture, oltre a essere espressamente prevista in una clausola del contratto, deve avvenire nel rispetto di tali principi ed è soggetta al sindacato del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva¹⁸².

La disciplina delle "varianti in corso d'opera" è intesa a limitare la possibilità di apportare modifiche all'oggetto del contratto in sede esecutiva prevedendone espressamente i casi e le procedure¹⁸³, in ragione del fatto che le varianti, anche ove necessarie, «costituiscono un momento essenzialmente patologico del rapporto contrattuale»¹⁸⁴. Fuori dai casi tassativi¹⁸⁵ in

ministrazione; T.A.R. Lazio, sez. III, 8 gennaio 2002, n. 106, *Foro amm. Trib. amm. reg.*, 2002, 1, 156, con nota di PIAZZALUNGA, *È legittima la trattativa instaurata dall'amministrazione con l'aggiudicatario provvisorio di una gara d'appalto, volta alla rinegoziazione dell'offerta presentata?* V. sul punto anche T.A.R. Toscana, sez. II, 25 maggio, 2004, n. 1600, *Rep. Foro it.*, 2005, «Contratti della p.a.», n. 277, secondo cui «la sostituzione di elementi essenziali e qualificanti dell'offerta prescelta posta in essere successivamente alla formale aggiudicazione (e persino alla stipulazione del contratto) integra un comportamento contrario alla normativa di gara» che comporta l'alterazione della gara mediante l'introduzione *a posteriori* «di connotati di distorsione su fondamentali elementi di valutazione comparativa delle offerte» con conseguente pregiudizio per il principio del giusto procedimento e di quello di parità di trattamento, sottesi a ogni procedura di gara. Si afferma inoltre che «la violazione della normativa di gara, non potendo sfociare nel riconoscimento di un risarcimento corrispondente al valore dell'appalto, integra cionondimeno e più semplicemente una fattispecie di responsabilità per perdita di *chance*, intesa come mera possibilità che la procedura potesse avere esito favorevole».

¹⁸¹ Cfr. D'ALBERTI, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. amm.*, 2004, n. 4, 707 che ritiene che il principio di concorrenza si ponga, nell'ambito dell'ordinamento comunitario «come canone generale del mercato libero in virtù del quale devono essere garantite eguali chances alle imprese che intendano operare, avendone la capacità, in un certo mercato».

¹⁸² L'art. 115 d.lg. n. 163/2006 impone infatti che la revisione avvenga «sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui all'articolo 7, comma 4, lettera c) e comma 5» e coerentemente l'art. 244, 3° co., d.lg. n. 163/2006 attribuisce le relative controversie alla giurisdizione amministrativa esclusiva.

¹⁸³ La disciplina delle varianti, operante solo con riferimento agli appalti pubblici di lavori (art. 25 l. n. 109/1994), è ora riferita anche ai servizi e alle forniture: art. 132 d.lg. n. 163/2006; art. 134, d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554; e artt. 10, 11 e 12, d.m. 19 aprile 2000, n. 145 per i lavori e art. 114, 2° co., d.lg. n. 163/2006, ove si stabilisce che: «Il regolamento determina gli eventuali casi in cui, nei contratti relativi a servizi e forniture, ovvero nei contratti misti che comprendono anche servizi e forniture, sono consentite varianti in corso di esecuzione, nel rispetto dell'art. 132 in quanto compatibile».

¹⁸⁴ Coll. arb. Roma, 26 aprile 1996, *Arch. Giur. opere pubbl.*, 1998, 245.

¹⁸⁵ In base all'art. 132, 1° co., d.lg. n. 163/2006, «Le varianti in corso d'opera possono essere ammesse, sentito il progettista e il direttore dei lavori, esclusivamente qualora ricorra

cui è possibile effettuare una variante in corso d'opera le parti non possono apportare modifiche al progetto posto in gara e l'appaltatore non potrà pretendere la corresponsione di un corrispettivo per i lavori non autorizzati anche ove li abbia portati a compimento¹⁸⁶.

All'amministrazione appaltante è attribuito uno "jus variandi" in aumento o in diminuzione e nel suo esclusivo interesse a condizione che le varianti siano «finalizzate al miglioramento dell'opera e della sua funzionalità», non comportino «modifiche sostanziali», siano motivate da esigenze obiettive connesse a circostanze imprevedibili al momento della stipulazione del contratto e, nel caso di variante in aumento, non eccedano il cinque per cento dell'importo originario del contratto¹⁸⁷. L'esercizio pretestuoso dello *jus variandi* al fine di correggere le carenze progettuali¹⁸⁸, pertanto, integra un'ipotesi di responsabilità contrattuale (inadempimento *ex*

uno dei seguenti motivi: *a*) per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari; *b*) per cause imprevedute e imprevedibili accertate nei modi stabiliti dal regolamento, o per l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di sue parti e sempre che non alterino l'impostazione progettuale; *c*) per la presenza di eventi inerenti alla natura e alla specificità dei beni sui quali si interviene verificatisi in corso d'opera, o di rinvenimenti impreveduti o non prevedibili nella fase progettuale; *d*) nei casi previsti dall'articolo 1664, comma 2, del codice civile; *e*) per il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione; in tal caso il responsabile del procedimento ne dà immediatamente comunicazione all'Osservatorio e al progettista».

¹⁸⁶ All'appaltatore non è consentito effettuare varianti non autorizzate anche ove siano utili e non comportino mutamenti di prezzo principalmente per non alterare i principi di concorrenza e parità di trattamento che caratterizzano la scelta del contraente, ma anche al fine di non compromettere l'interesse del soggetto pubblico «all'inalterabilità dell'*opus* oggetto del contratto»: Cfr. Coll. arb. Roma, 31 luglio 1995, *Arch. giur. opere pubbl.*, 1997, 643. Cfr. art 10, 1° co., d.m. n. 145/2000 precisa che l'obbligo dell'appaltatore di ripristinare la situazione antecedente a seguito dell'effettuazione di una variante autorizzata è subordinato a una valutazione del responsabile del procedimento, ma in ogni caso non legittima l'appaltatore a richiedere «compensi, rimborsi o indennizzi».

¹⁸⁷ Art. 132, 3° co., d.lg. n. 163/2006.

¹⁸⁸ Coll. arb. Roma, 8 gennaio 2003, *Arch. giur. opere pubbl.*, 2003, 131; sul punto v. anche Cons. St., sez. IV, 10 gennaio 2002, *Arch. giur. opere pubbl.*, 2002, 294, ove sottolinea che proprio «una progettazione approssimativa è spesso ragione di ritardi nell'esecuzione delle opere, con notevoli ripercussioni di ordine economico conseguenti alle varianti in corso d'opera». Il rimedio concesso all'amministrazione per correggere le carenze progettuali trova applicazione solo ove gli errori o le omissioni del progetto esecutivo siano di entità tale da pregiudicare del tutto o in parte la realizzazione e l'utilizzazione dell'opera. È contraddittorio e contrario ai principi di «buon andamento ed efficienza», ma anche di imparzialità, concorrenza e parità di trattamento il comportamento tenuto dall'amministrazione nell'aggiudicare una gara «pur nella consapevolezza che il rapporto contrattuale che si accinge a stringere con l'aggiudicataria è idoneo a consentire la compiuta realizzazione dell'opera progettata» (T.A.R. Puglia, sez. I, 11 aprile 2000, n. 1528, *Arch. giur. opere pubbl.*, 2001, 631).

art. 1206 c.c.) ove venga disposta una sospensione dei lavori per cause riconducibili alla negligenza dell'amministrazione¹⁸⁹.

Il Codice dei contratti pubblici (come già l'abrogata legge quadro in materia di lavori pubblici) non prevede alcun limite quantitativo entro il quale circoscrivere le ipotesi di variazione dell'ammontare delle lavorazioni previste originariamente, fatte salve le variazioni dovute a errori o omissioni progettuali che, ove eccedano il quinto dell'importo, comportano l'obbligo dell'aggiudicatario di procedere alla risoluzione del contratto, nonché all'indizione di una nuova gara cui è invitato anche l'aggiudicatario iniziale¹⁹⁰.

Il rapporto con le organizzazioni complesse, nello svolgimento degli appalti pubblici, nelle convenzioni, negli accordi, ma anche più in generale nei procedimenti amministrativi, sembra doversi evolvere sulla base di un riconoscimento reciproco della professionalità e del sorgere di rispettivi obblighi di correttezza da assolvere nella fase di selezione del contraente e di esecuzione del contratto con le conseguenti rispettive responsabilità.

¹⁸⁹ Il capitolato generale d'appalto di lavori enuncia i criteri che consentano la quantificazione del danno derivante dalla sospensione illegittima (art. 25, d.m. 19 aprile 2000, n. 145).

¹⁹⁰ Cfr. art. 132, 4° co., d.lg. n. 163/2006 (già art. 25, 4° co., l. n. 109/1994). Tuttavia l'eliminazione del riferimento al limite quantitativo del quinto da parte della disciplina legislativa pare comunque consentire la reintroduzione del medesimo nel capitolato generale, atteso che la previsione di un limite quantitativo, entro il quale solo l'appaltatore risulta obbligato in relazione alle maggiori prestazioni richieste dall'amministrazione connesse alle varianti oltre a essere principio generale del contratto d'appalto (artt. 1660, 2° co., e 1661, 1° co., c.c.) risponde all'esigenza di non aggravare eccessivamente il rischio di esecuzione dei lavori incombente sull'imprenditore: Cons. St., sez. cons. atti norm., 24 gennaio 2000, n. 7/00. Ritiene che il limite quantitativo del quinto sia «connaturato allo stesso sinallagma dell'appalto e rivolto a circoscrivere l'ambito dell'oscillazione di ampiezza delle relative prestazioni»: CIANFLONE e GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1999, 684, ripreso da SCIUMÈ e TASSAN MAZZOCCO, *Il nuovo capitolato generale d'appalto dei lavori pubblici, commento al d.m. 19 aprile 2000, n. 145*, Milano, 2001, 54 e 55. Il limite del quantitativo previsto dal capitolato generale comporta che l'amministrazione possa ordinare le variazioni ai lavori sino alla soglia del quinto dell'importo contrattuale e che l'appaltatore sia tenuto a eseguirle agli «stessi patti, prezzi e condizioni stabiliti dal contratto originario». L'inserimento del limite del quinto nel capitolato generale appare conforme alle disposizioni civilistiche in materia che ne prevedono l'operatività sia nel caso di varianti necessarie ai fini della realizzazione dell'opera «a regola d'arte», sia nell'ipotesi in cui vengano ordinate dal committente: BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999, 2002 s. Nel caso la variante ecceda il limite del quinto (art. 10, 3° co., d.m. n. 145/2000) il responsabile del procedimento deve informare l'appaltatore, che ha la facoltà di comunicare nei successivi dieci giorni la propria intenzione in ordine alla prosecuzione dei lavori, nonché le relative condizioni, all'amministrazione che assume le sue determinazioni nei successivi quarantacinque giorni.