



CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

Nona Commissione - Tirocinio e Formazione Professionale

Incontro di studio:

Conclusioni del contratto preliminare e responsabilità precontrattuale

Roma, 19-21 gennaio 2009

La responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni nella stipulazione dei contratti pubblici.

di Gabriella M. Racca

Sommario: 1. L'affermazione della responsabilità precontrattuale rispetto alle differenti ipotesi di responsabilità delle pubbliche amministrazioni. 2. I contratti pubblici, la tutela dei partecipanti e la responsabilità. 3. Il principio di correttezza delle pubbliche amministrazioni come regola di comportamento. 4. L'affermazione di diritti nella fase precontrattuale. 5. La scorrettezza del comportamento delle pubbliche amministrazioni come contraddittorietà. 6. La natura giuridica della responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni. 7. La quantificazione del danno conseguente alla scorrettezza precontrattuale.

1. L'affermazione della responsabilità precontrattuale rispetto alle differenti ipotesi di responsabilità delle pubbliche amministrazioni.

La responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni trova una recente affermazione nella giurisprudenza amministrativa ed una precedente scarsa applicazione nella giurisprudenza civile¹.

Le responsabilità dello Stato e degli enti pubblici per i danni causati dai propri agenti, in

¹G.M. RACCA *La responsabilità contrattuale e precontrattuale della pubblica amministrazione*, in P. RESCIGNO – E. GABRIELLI (dir.), *Trattato dei contratti*, Tomo Primo, *I contratti con la pubblica amministrazione* a cura di C. FRANCHINI, cap. X, UTET, Torino, 2007, 637; ID. *La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno*, in R. GAROFOLI, G. M. RACCA, M. DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, 4 e s.; G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, Jovene, 2000, p. 1, p. 104 e s.

particolare in relazione ai comportamenti connessi all'attività procedimentale, avevano infatti trovato altre qualificazioni².

Da una iniziale esclusione della responsabilità degli enti pubblici si è giunti infatti ad un progressivo e sempre più ampio riconoscimento della stessa come principio di civiltà giuridica che trova fondamento nell'evoluzione della coscienza sociale³.

Questo percorso ha assunto tratti peculiari nel settore della stipulazione dei contratti pubblici in relazione alle caratteristiche della giustizia amministrativa che, fin da tempi risalenti, aveva individuato forme di tutela effettiva al di fuori della disciplina e dei giudizi di responsabilità⁴.

La disciplina dei contratti pubblici ha richiesto un nuovo intervento normativo in seguito all'approvazione delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici n. 17 e 18 del 2004⁵ 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 nuovi strumenti per la scelta del contraente⁶. Gli obiettivi delle direttive sono infatti volti a chiarire e semplificare la precedente disciplina normativa in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture accorpandola in un unico testo che ha indotto il legislatore nazionale a recepirle nel cosiddetto *Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture* di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163⁷.

² L. TORCHIA, voce *La responsabilità*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, diritto amministrativo generale*, tomo II, seconda ed., Milano, 2003, 1649 e s.; G. D. COMPORI, voce *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di Diritto pubblico*, Milano, 2006, 5125 e s.; E. CASETTA, *Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, 210 e s.; F. SATTA, *Responsabilità della pubblica amministrazione* in *Enc. dir.* vol. XXXIX, Milano, 1988, 1369 e s.; D. SORACE, (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, Padova, 1998.

³ G. M. RACCA, voce *Correttezza (dir. amm.)*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, vol. II, 1529 e s. C. FRANCHINI, *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, in P. RESCIGNO – E. GABRIELLI (dir.), *Trattato dei contratti*, Tomo Primo, *I contratti con la pubblica amministrazione* a cura di C. FRANCHINI, cap. II, UTET, Torino, 2007, 53.

⁴ G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 404 e s.

⁵ Cfr. Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, *relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi* e Direttiva 2004/17/CE del 31 marzo 2004, *che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali*, direttive emanate al fine di rendere il mercato europeo degli appalti pubblici maggiormente efficiente e competitivo.

⁶ 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 scelta 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. G. M. RACCA, *La disciplina vigente del Codice dei contratti pubblici nel contesto comunitario e nazionale: adempimenti e obblighi per le amministrazioni aggiudicatrici* e F. 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>. Sulla disciplina degli acquisti on line: G. DELLA CANANEA, *Le alternative all'evidenza pubblica*, in P. RESCIGNO – E. GABRIELLI (dir.), *Trattato dei contratti*, Tomo Primo, *I contratti con la pubblica amministrazione* a cura di C. FRANCHINI, cap. VII, Torino, 2007, 393 e s.

⁷ D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*. Sul punto: A. PIOGGIA, *La trattativa privata nella legislazione più recente e nel Codice:*

Tuttavia la disciplina non pare aver ancora raggiunto un assetto definitivo, poiché richiede ancora interventi correttivi e integrativi⁸ oltre alla emanazione del regolamento attuativo⁹. Entro la fine del 2009 occorre ancora recepire la nuova direttiva ricorsi 2007/66/CE, che ha inteso imporre un miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici¹⁰.

Inoltre sembra ormai possibile rilevare una evidente carenza nella disciplina comunitaria in relazione alla fase esecutiva dei contratti pubblici, che spesso sembra determinare la vanificazione del principio di concorrenza che presiede la selezione dei contraenti, con la successiva profonda ed evidente modificazione dell'assetto contrattuale scaturito in esito alla gara pubblica, nel momento della applicazione delle clausole contrattuali, ad esempio relativamente all'applicazione delle penali ovvero dei termini dei pagamenti¹¹.

L'evoluzione dei rapporti fra cittadini (individui, ma anche imprese e organizzazioni complesse) e pubblica amministrazione¹² 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 pubblici¹³.

Tradizionalmente, il giudice della responsabilità e del risarcimento del danno era il giudice

ascesa e declino della specificità della procedura negoziata, A. ROMANO TASSONE, *Il Codice dei contratti pubblici e le autonomie* e F. SATTA, *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>.

⁸ Il Codice dei contratti pubblici è stato infatti modificato dal D.Lgs. 26 gennaio 2007, n. 6, *Disposizioni correttive ed integrative del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, recante il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, a norma dell'articolo 25, comma 3, della L. 18 aprile 2005, n. 62 (Legge comunitaria 2004)*, dal D.Lgs. 31 luglio 2007, n. 113, *Ulteriori disposizioni correttive e integrative del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'articolo 25, comma 3, della L. 18 aprile 2005, n. 62 e, da ultimo dal D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152, Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62*. E. PICOZZA, *I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in P. RESCIGNO – E. GABRIELLI (dir.), *Trattato dei contratti*, Tomo Primo, *I contratti con la pubblica amministrazione* a cura di C.FRANCHINI, cap. I, Torino, 2007, spec. p. 21 e s.

⁹ Il Regolamento per l'attuazione e l'esecuzione del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture è stato deliberato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri il 21 dicembre 2007, ma non ancora pubblicato sulla G.U ed entrerà in vigore nel termine di 180 giorni dalla pubblicazione sulla G.U.

¹⁰ Direttiva 2007/66/CE, da recepire entro il 20 dicembre 2009, del Parlamento europeo e del Consiglio, 11 dicembre 2007, *che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici*. Tale direttiva modifica la Direttiva del Consiglio delle Comunità Europee del 21 dicembre 1989 (89/665/CEE) *che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori*, e la Direttiva del Consiglio delle Comunità Europee del 25 febbraio 1992 (92/13/CEE) *che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni*.

¹¹ G. M. RACCA, *Le modalità organizzative e le strutture contrattuali delle aziende sanitarie*, in A. PIOGGIA, M. DUGATO, G. M. RACCA, S. CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario, un primo bilancio*, Franco Angeli, Milano, 2008, 264.

¹² Si veda ad esempio la disciplina del procedimento amministrativo di cui alla 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. Delege 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*.

¹³ G. RECCHIA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e dei suoi dirigenti in diritto comunitario e comparato*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 803 e s., che sottolinea l'espansione degli ambiti di responsabilità delle pubbliche amministrazioni.

ordinario e non può non risultare evidente la trasformazione in atto a seguito dell'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva estesa al risarcimento del danno in materia di procedure di affidamento di contratti pubblici. Tale scelta impone un generale ripensamento del sistema delle responsabilità delle pubbliche amministrazioni e comporta anche il rischio di compromettere la specificità della giurisdizione amministrativa¹⁴, oltre a non esaurire i conflitti tra le due giurisdizioni.

2. I contratti pubblici, la tutela dei partecipanti e la responsabilità.

La peculiarità della giustizia amministrativa ha determinato l'effettività della tutela dei contraenti delle 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 soddisfacente per i ricorrenti i quali potevano ottenere una sorta di risarcimento in forma specifica.

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 soggetti interessati¹⁵.

In particolare 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 amministrativa¹⁶. Si era consolidata l'idea che le posizioni soggettive oggetto delle controversie in

¹⁴ A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (Epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 602 e s.; A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa*, in *Foro it.*, 2001, V, 21 e s.; A. TRAVI, *Giurisdizione esclusiva e legittimità costituzionale*, in *Foro it.*, 2000, I, 2399 e s.; G. RUOPPOLO, *Profili costituzionali sulla giurisdizione e sul processo amministrativo*, in *Giust. civ.*, 2000, II, 551 e s.; F. BILE, *Qualche dubbio sul nuovo riparto di giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 1998, 147 e s.

¹⁵ Si rinvia per la più diffusa analisi a G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 98 e s.

¹⁶ La pronuncia che supera il precedente contrasto è stata: Cass., sez. un., 2 novembre 1951, in *Foro it.*, 1951, I, 1484; Cass., sez. un., 10 giugno 1955, in *Foro it.*, 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: R. CAVALLI 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 *giustizia-amministrativa.it*; G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940, IV, 67 e s.; R. SANDULLI, *Sulla discriminazione delle competenze in tema di annullamento da parte del Governo di atti amministrativi, cui siano collegati diritti soggettivi*, cit., 573 e s., ove si richiama anche la questione degli effetti sul contratto dell'annullamento degli atti precontrattuali, in particolare ove l'atto di annullamento sia riconosciuto legittimo dal giudice amministrativo, sia esclusivamente competente il giudice ordinario a pronunciare la conseguente invalidità del contratto viziato. Cfr. A. M. SANDULLI, *Spunti sul regime dei contratti di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1953, I, 1585.

materia di gare pubbliche non potessero avere la consistenza di diritto soggettivo anche dopo la stipulazione del contratto¹⁷.

In tale prospettiva l'annullamento della deliberazione che disponeva la stipulazione avrebbe travolto il contratto facendo venir meno il consenso del contraente pubblico¹⁸, e il possibile giudizio amministrativo su tale annullamento avrebbe avuto 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 specifica¹⁹.

Di qui la tendenza a riconoscere posizioni di interesse legittimo anche in caso di trattativa privata²⁰ 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 (Dir. 89/665/CEE, cit. e Dir. 92/13/CEE, cit., cui oggi si aggiunge la Dir. 66/07/CE, cit.) volta ad assicurare l'effettività della disciplina europea mediante la previsione di idonei strumenti di

¹⁷ G. M. RACCA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno*, in R. GAROFOLI, G. M. RACCA, M. DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, cit., 33.

¹⁸ Come affermato già in: Cass., sez. un., 5 giugno 1956, in *Giust. civ.*, 1956, 1029, con nota di A. ARIENZO, *Competenza in materia di impugnazioni contro provvedimenti amministrativi, emanati in virtù dell'art. 6 della legge comunale e provinciale o del potere di autotutela, che annullano contratti di enti pubblici*. 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, II comma cod. civ. 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, comma I, n. 3 del codice civile, una causa di incapacità a contrattare dell'amministrazione ove sia caducata la delibera a contrattare (Cass., sez. I, 28 marzo 1996, n. 2842), 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 (Cass., sez. II, 21 febbraio 1995, n. 1885; Cass., sez. I, 13 ottobre 1985, n. 5712). 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" (Cass. civ., sez. II, 8 maggio 1996, n. 4269, in *I Contratti*, 1997, 128 e s., con nota di C. MUCIO, *Contratti di diritto privato della pubblica amministrazione*; Cass., sez. I, 17 novembre 2000, n. 14901; Cass., sez. I, 28 marzo 1996, n. 2842; Cons. Stato, sez. VI, 1 febbraio 2002, n. 570, in *giustizia-amministrativa.it*; TAR Lombardia, Brescia, 9 maggio 2002, n. 823, *ivi*; *contra* Cass. civ., sez. III, 9 gennaio 2002, n. 193, in *Cons. Stato*, 2002, II, 390. Sul punto: C. 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 e s.; F. FRENI, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul negozio*, *ivi*, 2004, 837 e s.; F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, *ivi*, 2004, 657 e s., F. SATTÀ, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto*, *ivi*, 2003, 645 e s. La questione rimane tuttora aperta come si vedrà *infra*.

¹⁹ G. M. RACCA, *Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Urbanistica e appalti*, n. 2/2002, 199 e s.; Cass., sez. un., 20 aprile 1991, in *Giust. civ.*, 1991, 2993.

²⁰ Sul punto: Cons. Stato, sez. VI, 1 marzo 2005, n. 816, in *Urbanistica e appalti*, 2005, 944, con nota di G.M. RACCA, *Vendita di cosa futura e recesso corretto della parte pubblica dalle trattative*, in *Riv. giur. edilizia*, 2005, I, 827, con nota di R. VENIERO, *Sulle condizioni legittimanti la pubblica amministrazione all'acquisto di "cosa futura"* e in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 723, con nota di M. MACCHIA, *L'amministrazione si inganna e ci ripensa, ma il giudice la "perdona"*; TAR Puglia, sez. I, 10 giugno 2003, n. 2360, in *ITAR*, 2003, I, 1355; TAR Lombardia, sez. III, 31 luglio 2000 n. 5130, in *Foro it.*, 2002, III, 4 con nota di V. MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, di E. CASETTA-F. FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici* e in *Urbanistica e appalti*, 2000, 1249, con nota di F. BUSATTA, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione dopo la sentenza n. 500/99*; TAR Liguria, sez. II, 6 luglio 2001, n. 825, in *Arch. giur. oo.pp.*, 2002, 695; Cass., sez. un., 15 gennaio 1983, n. 328, cit.; Cass., sez. un., 22 novembre 1983, n. 6983, cit.; Cass., 25 novembre 1983, n. 7073, cit., su cui: G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato-I contratti ad evidenza pubblica*, Giuffrè, Milano, 1986, 4 e s. In precedenza si veda: Cons. Stato, Ad. plen., 28 gennaio 1961, n. 3, in *Foro amm.*, 1961, I, 561, con nota di E. CANNADA BARTOLI, *In tema di trattativa privata*.

ricorso che consentissero non solo la «correzione» delle procedure²¹ e l'annullamento degli atti lesivi, ma anche il risarcimento del danno²².

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 legittimo²³.

Tale assimilazione ha oscurato 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*

²¹ Sulla reintegrazione in forma specifica da ultimo: S. R. MASERA, *Il risarcimento in forma specifica nel giudizio amministrativo*, Padova, 2006; P. 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», F. SATTA, voce *Giurisdizione esclusiva*, in *Enc. Dir.*, aggiornamento, V, Milano, 2001 581. In tema anche Cons. Stato, sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 208 e s. con note di A. TRAVI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo fra azione di adempimento e azione risarcitoria* e S. R. MASERA, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*. Si veda C. giust. Ce, sez. VI, 27 febbraio 2003, *Santex SpA c. Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia*, in *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).

²² A. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, 13 e s.; E. PICOZZA, voce *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1997, 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; G. MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 829 e s.; M. ACONE, *Diritto e processo nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: dalla direttiva Cee 89/665 alla legge «comunitaria» per il 1991*, in *Foro it.*, 1992, V, 321 e s.

²³ G. M. RACCA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno*, in R. GAROFOLI, G. M. RACCA, M. DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, 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. si veda Cons. Stato, sez. IV, 1 marzo 2006, n. 1003, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 707, con nota di V. DE GIOIA, *La competenza territoriale per le gare di appalto di lavori pubblici indette dall'Anas*; Cass., sez. un., 29 dicembre 1990, n. 12221, in *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: F. SATTA, *Concessioni di opere pubbliche e atti del concessionario*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 321; afferma chiaramente che «l'attività del concessionario di costruzione di opere pubbliche non è attività di natura pubblicistica»: E. CASSETTA, *Pubblico e privato nelle concessioni e nei contratti della pubblica amministrazione (a proposito della concessione e dell'appalto di opere pubbliche)*, in *Dir. econ.*, 1992, 275 e s.; E. CANNADA BARTOLI, *In tema di gara del concessionario di costruzione*, in *Giur. it.*, 1992, III, 1, 255; M. 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. S. VINTI, *L'evidenza pubblica*, in P. RESCIGNO – E. GABRIELLI (dir.), *Trattato dei contratti*, Tomo Primo, *I contratti con la pubblica amministrazione* a cura di C. FRANCHINI, cap. VI, Torino, 2007, 257 e s.

originaria di tutela della «moralità» dell'amministrazione²⁴, 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 cassazione²⁵, sia sulla riforma della giustizia amministrativa e, in particolare, sull'estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo²⁶.

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 legittimo²⁷ 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 pubbliche²⁸.

²⁴ Si veda G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 102 e 103, e in part. nt. 11 nel richiamo a F. 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».

²⁵ Come espressamente riconosciuto nella sent. n. 500 del 1999, cit.; S. 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 (89/665/Cee e 92/13/Cee) come il prologo della riforma.

²⁶ Emblematica la vicenda della ditta Costanzo: TAR Lombardia, 25 novembre 1989, n. 544, in *Foro it.*, 1991, III, 503, confermata da Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 1991, n. 452, in *Cons. Stato*, 1991, I, 659, la sentenza del TAR, confermata in appello, ha annullato il provvedimento del comune di Milano con il quale la società Costanzo era stata esclusa dalla gara d'appalto. Sul caso è intervenuta per risolvere una questione pregiudiziale con sentenza interpretativa: Corte di giustizia CEE, sentenza 22 giugno 1989, in causa 103/88, *F.Ili Costanzo s.p.a. c. Com. di Milano*, in *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., sez. un., 10 novembre 1993, n. 11077, in *Corr. giur.*, 1994, 620, la causa è tornata all'esame dello stesso Tribunale, il quale si è pronunciato in merito alla sussistenza e liquidazione del danno: Tribunale di Milano, sez. I, 2 marzo 1998, n. 3183, *F.Ili Costanzo s.p.a. c. Com. di Milano*, ined.

²⁷ Cons. Stato, sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, in *Foro it.*, 1999, III, 178, con nota di R. GAROFOLI, *Sviluppi in tema di giurisdizione amministrativa e regole costituzionali: organo indiretto, nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrice, riparto per blocchi di materie (d. leg. 80/98)*. Cons. Stato, 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.

²⁸ 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

L'inadeguatezza della tutela, che avrebbe potuto essere offerta dal giudice civile, risultava evidente per l'interpretazione restrittiva e quasi abrogatrice dell'art. 1337 cod. civ.,²⁹ che si era affermata per una scelta di favore per l'autonomia privata, interpretazione che peraltro oggi appare in via di superamento in relazione alle nuove esigenze che si affermano anche nei rapporti fra organizzazioni private³⁰.

Sottolineare la posizione paritaria ed i diritti soggettivi dei concorrenti, alla luce degli orientamenti della giurisprudenza civile, avrebbe prodotto 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 di fatto «insindacabili»³¹.

Le Sezioni unite della Corte di cassazione avevano riconosciuto la giurisdizione amministrativa sulle controversie concernenti gli appalti pubblici indetti in applicazione della disciplina europea anche da soggetti non riconducibili alla nozione di pubbliche amministrazioni per 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»³².

Per assicurare l'effettività di tutela richiesta dalla Comunità europea, peraltro, occorreva 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. Di qui la

della colpa della controparte. Per una più diffusa ricostruzione: G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 10 e s.

²⁹ L'esigenza di lealtà e correttezza precontrattuale è avvertita anche in queste trattative più articolate e complesse, con la conseguenza che, per superare l'interpretazione restrittiva della *culpa in contrahendo*, si addivene nel corso delle trattative stesse alla stipulazione di taluni obblighi di correttezza pre-contrattuale F. BENATTI, *Sulla natura ed efficacia di alcuni accordi precontrattuali*, in *Contratto e impresa*, 1994; C. RADICIONI, *Le lettere di intenti*, in F. GALGANO, *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, vol. I, Torino, 1995, 67 e s.; Cass., sez. III, 24 maggio 1995, n. 5691, in *Corr. giur.* 1996, con nota di E.A. EMILIOZZI, *Il confine tra la c.d. puntuazione e il contratto preliminare*.

³⁰ Si veda in particolare da ult. Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, *San Paolo IMI s.p.a. c. Fin., Com.Valori s.r.l.*, ove si è affermato che la violazione dei doveri di comportamento che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario comporta la responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, per le violazioni in sede di formazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti, ovvero la responsabilità contrattuale, con relativo obbligo risarcitorio ed eventuale risoluzione del predetto contratto, per le violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione, ma non la nullità di quest'ultimo o dei singoli atti negoziali conseguenti, in difetto di previsione normativa in tal senso.

³¹ 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., sez. un., 4 agosto 1998, n. 7639, in *Foro it.*, 1999, I, 1223.

³² Cass., sez. un., 13 febbraio 1999, n. 64, in *Urbanistica e appalti*, 1999, 616, con commento di V. DE GIOIA e B. 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 del d. lgs. 80/98, cit., afferma la giurisdizione amministrativa in attuazione dell'art. 13 l. 142/92, richiamando: Cass., sez. un., 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 del Trattato 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. Corte di giustizia CE, sentenza 17 settembre 1997, causa C 54/96, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH c. Bundesbaugesellschaft Berlin mbH*, in *Foro it.*, 1997, IV, 361.

successiva scelta di ampliare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo³³ e trasformarla così radicalmente con l'attribuzione della possibilità di disporre del risarcimento del danno³⁴.

Con legge di delegazione si è 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 “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”³⁵. 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 lettera e), comma 2, 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»³⁶.

Il rilevato eccesso di delega³⁷ è stato tempestivamente superato dalla approvazione della più generale riforma introdotta con la l. n. 205 del 2000, che ha riscritto, con alcune modificazioni, le disposizioni del decreto legislativo n. 80 del 1998, e introdotto una norma generale in materia di appalti pubblici che sembrava chiudere e superare i conflitti di giurisdizione sopra ricordati, attualmente contenuta nell'art. 244, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006 secondo cui “sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da

³³ Art. 33, comma I e comma II, lett. e), d. lgs. 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.*

³⁴ Art. 35, comma I, d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80, cit.

³⁵ Art. 11, comma IV, lett. g, II parte, 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 R. GAROFOLI, *Le materie*, in F. CARINGELLA, G. DE MARZO, F. DELLA VALLE, R. GAROFOLI, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000, n. 205*, Milano, Giuffrè, 2000, 99 e s.

³⁶ 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: L. BERTONAZZI e G. AVANZINI, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, (artt. 33 -35 d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80)*, commentario a cura di A. TRAVI, in *N.L.C.C.*, 1998, 207 e s.

³⁷ Corte Cost., 17 luglio 2000, n. 292, in *Foro it.*, 2000, I, 2393; V. CARBONE, *Dannosità ed illegittimità dell'atto amministrativo prima della l. n. 205/2000 e della sentenza n. 292/2000*, in *Corr. 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.

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”³⁸.

In tal modo si è potuto finalmente riconoscere l'esistenza di diritti precontrattuali, in precedenza oscurati, dall'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.

3. Il principio di correttezza delle pubbliche amministrazioni come regola di comportamento.

La responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni sembra trovare un punto di riferimento nei principi costituzionali di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione. Se l'imparzialità e la buona amministrazione (come buon andamento) sono principi espressamente presenti nell'art. 97 Cost., il richiamo al principio di correttezza³⁹ - 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 cod. civ., ove si dispone che “il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza”⁴⁰. Tale disposizione è ripresa nell'art. 1337 cod. civ. 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 violazione⁴¹.

³⁸ Già art. 6, comma I, l. n. 205 del 2000, cit., a esclusione dell'inciso «ivi incluse quelle risarcitorie»; ma sul punto vedasi il parere del Cons. Stato, 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. A. POLICE, *La tutela giurisdizionale*, in P. RESCIGNO – E. GABRIELLI (dir.), *Trattato dei contratti*, Tomo Primo, *I contratti con la pubblica amministrazione* a cura di C. FRANCHINI, cap. XII, Torino, 2007, 749 e s.

³⁹ Si rinvia a G. M. RACCA, voce *Correttezza (dir. amm.)*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 1539, e s.

⁴⁰ Art. 1175, *Comportamento secondo correttezza*. Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza. A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale, art. 1175*, cit., 284; A. 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.

⁴¹ Cons. Stato, Sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5100, che, qualifica in termini di scorrettezza il comportamento di un'asl nella formazione della commissione giudicatrice di un appalto per la conduzione e manutenzione di impianti termici (costituita da un ex dirigente amministrativo, da un funzionario amministrativo con incarico di consulente esterno, da un ex impiegato amministrativo dell'ufficio ragioneria, dal dirigente dell'ufficio tecnico dell'Azienda ospedaliera e da un medico interno

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 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 coinvolti⁴² e deve conformarsi al principio di correttezza.

L'evoluzione del rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione in relazione alla formulazione di regole di condotta, riconducibili, nello schema contrattuale, a obblighi procedurali, 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.)"⁴³.

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. 500/99/SU 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»⁴⁴.

dell'Azienda ospedaliera); in particolare si ritiene che tale composizione, formata da personale amministrativo, da un sanitario e da un solo tecnico, di cui, peraltro, non era stata indicata la qualificazione professionale, non poteva risultare idonea ad assolvere con la doverosa competenza tecnica il compito alla stessa affidato. La responsabilità che ne deriva, pur qualificabile come extracontrattuale e, pertanto tale da imporre in capo al danneggiato l'onere di provare la colpa della p.a. non esclude la possibilità di ritenere che l'accertamento in s.g. della illegittimità di un provvedimento amministrativo costituisce una presunzione relativa di colpa a carico dell'Amministrazione; a quest'ultima spetta quindi - in sede di esame della domanda risarcitoria - l'onere di provare di essere incorsa in un errore incolpevole. In senso conforme: Cons. Stato, Sez. VI, 9 marzo 2007, n. 114.

⁴² 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. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, *Comune di Frattamaggiore c. Anna Lupoli*.

⁴³ Si ricorda che tali valori *in nuce* risalgono alla Carta costituzionale, ma solo negli anni '90 sono stati attualizzati in testi normativi (la l. 241 del 1990, fra l'altro, all'articolo 11, comma II, rende applicabili agli accordi partecipativi i principi codicistici in materia di obbligazioni e contratti): Cass., sez. I, 10 gennaio 2003 n. 157.

⁴⁴ Si richiama ancora Cass., sez. I, 10 gennaio 2003 n. 157, cit. precisa espressamente che "Il contatto del cittadino con l'amministrazione è oggi caratterizzato da uno specifico dovere di comportamento nell'ambito di un rapporto che in virtù delle garanzie che assistono l'interlocutore dell'attività procedimentale, diviene specifico e differenziato. Dall'inizio del procedimento l'interessato, non più semplice destinatario passivo dell'azione amministrativa, diviene il beneficiario di obblighi che la stessa sentenza delle Sezioni Unite n. 500/99 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». Sulla natura giuridica della responsabilità della pubblica amministrazione: CGA [ord.], 8 maggio 2002 n. 267, che deferisce la questione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in relazione all'appello avverso la sentenza del TAR 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". Sul danno da ritardo, che può fondare una responsabilità della pubblica amministrazione a prescindere dalla legittimità del provvedimento poi adottato qualificandosi, in tale ipotesi il risarcimento del danno come conseguenza di un comportamento illecito della p.a. e non come diritto patrimoniale consequenziale all'annullamento di un provvedimento amministrativo, cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. VI, 12 gennaio 2009, n. 65, in *www.neldiritto.it*, con nota di F. FIORI, ove si afferma la sussistenza della responsabilità in capo alla p.a. (Ministero dei trasporti) per il ritardo nell'adozione del provvedimento tariffario, intervenuto successivamente al momento di inizio del servizio di controllo di sicurezza sui bagagli da parte del gestore aeroportuale. Cfr. M. 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.

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 legittimo⁴⁵.

La giurisprudenza civile e amministrativa hanno già chiarito⁴⁶ che “il fenomeno, tradizionalmente noto come lesione dell’interesse legittimo, costituisce in 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”⁴⁷.

Il riconoscimento di un principio di correttezza che deve informare l’attività degli “apparati” delle pubbliche amministrazioni⁴⁸, 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 correttezza⁴⁹. La giurisprudenza, infatti, ammette la prova della non colpa dell’amministrazione intesa come comportamento scusabile determinato da particolari circostanze⁵⁰ che sembrano escludere l’imputabilità dell’inadempimento

⁴⁵ Su cui v. *infra* par. 7.

⁴⁶ Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, *Comune di Frattamaggiore c. Lupoli*, in *giustizia-amministrativa.it*, 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 cod.civ.), e TAR Puglia, Bari, 17 maggio 2001, n. 1761; TAR Abruzzo, Pescara, 6 luglio 2001, n. 609; F. FRANCIOSI, *Inapplicabilità del provvedimento amministrativo ed azione risarcitoria*, cit., 23 e s., che considera che il risarcimento del danno ove non si annulli il provvedimento amministrativo come “caso di disapplicazione indiretta”; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 9 marzo 2000, n. 1869; F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, in F. CARINGELLA – M. PROTTO (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo-Dopo due anni di giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 2002, 690.

⁴⁷ Cass., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157, cit., che cassa con rinvio la sentenza della Corte d’appello di Firenze del 29 maggio 2001. Cons. Stato, 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: Trib. CE, sez. V, 17 settembre 1998, *Embassy Limousines & services c. Parlamento europeo*, cit., punto 86 e 87: 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”. Nello stesso senso, da ultimo Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5100; Cons. Stato, Sez. VI, 9 marzo 2007, n. 114.

⁴⁸ Cons. Stato, sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 204. 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; sul punto v. anche Cons. Stato, Sez. V, 6 agosto 2001 n. 4239, in *Riv. amm.*, 2001, p. 701 e s., con nota di E. BUONVINO, *Colpa e “contratto sociale”: verso nuove forme di responsabilità della pubblica amministrazione?*, che rileva che i problemi riconducibili al mancato conseguimento del bene della vita su cui insiste l’interesse pretensivo, per effetto dell’illegittimo esercizio del potere da parte dell’amministrazione, sembrano rendere applicabili principi e regole più vicini alla responsabilità contrattuale che a quella aquiliana.

⁴⁹ 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 (articoli 1218 e seguenti del codice civile) e non una responsabilità aquiliana “pura”: Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239.

⁵⁰ Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5100, ove si afferma che ancorché la responsabilità della P.A. per illegittimità del provvedimento amministrativo sia stata costruita in termini di responsabilità extracontrattuale, cui è connesso l’onere gravante sul danneggiato di provare la colpa dell’Amministrazione, deve tuttavia ritenersi che l’accertamento in s.g. della illegittimità di un provvedimento amministrativo costituisce una presunzione relativa di colpa a carico dell’Amministrazione; a quest’ultima spetta quindi - in sede di esame della domanda risarcitoria - l’onere di provare di essere incorsa in un errore incolpevole. Nel caso di specie con riferimento ad un appalto per la conduzione e manutenzione globale degli impianti termici e di condizionamento centralizzati di una Azienda Sanitaria la colpa della P.A. è

dell'obbligo di correttezza⁵¹.

4. L'affermazione di diritti nella fase precontrattuale.

L'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva relativamente a 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 secolo⁵². 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 pienamente soddisfacente rispetto al dettato delle direttive europee in materia di ricorsi⁵³. Il ruolo di supplenza assunto dal giudice amministrativo aveva fatto per lungo tempo ignorare l'introduzione di un fondamento espresso al diritto alla correttezza precontrattuale nell'art. 1337

riconducibile alla nomina della commissione di gara non composta in misura prevalente da componenti dotati di specifica competenza tecnica; si v. poi Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 2006, n. 6608, in *www.neldiritto.it*, con annotazione di S. PONZIO, *Il giudizio di legittimità sull'atto e di responsabilità sul comportamento complessivo tenuto dall'amministrazione e gli elementi costitutivi della colpa della P.A.*, che esclude la sussistenza in capo al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo di un "particolare sforzo probatorio per dimostrare la colpa della P.A. ai fini dell'ottenimento del risarcimento del danno", giacché, "pur non essendo configurabile, in mancanza di una espressa previsione normativa, una generalizzata presunzione (relativa) di colpa dell'amministrazione per i danni conseguenti ad un atto illegittimo o comunque ad una violazione delle regole", possono operare regole di comune esperienza e la presunzione semplice, di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie. In tale prospettiva il privato danneggiato può invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa ma anche allegare circostanze ulteriori, per dimostrare la non scusabilità dell'errore in cui è incorso la p.a. sulla quale graverà invece l'onere di provare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti o di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata; nello stesso senso: Cons. Stato, 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"; Cons. Stato, sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169, in *Urbanistica e Appalti*, 2001, 757, con nota di P. GALLO, *Occupazione acquisitiva: danno e responsabilità*; C. giust. CE, 5 marzo 1996, cause riunite da C-46 a C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, in *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 provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto comunitario»; ID., 23 maggio 1996, causa C-5/94, *The Queen/Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, in *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*, in *www.curia.eu.int*, § 25 e 28); Conclusioni dell'Avv. gen. J. Kokott, 29 aprile 2004, causa C-385/02, *Commissione Ce c. Italia*, in *www.curia.eu.int*, § 45 ss.; Trib. 1° grado CE, 17 marzo 2005, causa T-160/03, *AFCon Management Consultants e a. c. Commissione Ce*, ivi, § 93. F. 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.

⁵¹ Considera, nonostante la sentenza della cassazione n. 500 del 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": C. CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, nt. a Cass., S.U., 22 luglio 1999, n. 500, in *Europa e dir. Privato*, 1999, 1269.

⁵² R. CAVALLI 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 *giustizia-amministrativa.it* e in *Dir. proc. amm.*, 2004, 14 e s.

⁵³ 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. Sul punto si richiama: Corte Cost. 6 luglio 2004, n. 204, ove si precisa che il potere attribuito al G.A. di condannare la P.A. al risarcimento del danno per scorrettezza del comportamento appare conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta al Consiglio di Stato oltre che al disposto di cui all'art. 24 Cost. che impone di garantire una piena ed effettiva tutela alle situazioni giuridiche soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa, cui consegue la necessità che il giudice medesimo sia munito di adeguati poteri. In tale prospettiva, peraltro, il risarcimento del danno non si qualifica come "nuova materia" bensì come strumento di tutela ulteriore rispetto al rimedio classico demolitorio e/o confermativo. Per i rapporti tra azione di condanna al risarcimento dei danni per comportamento scorretto e tutela demolitoria si v. A. POLICE, *La tutela giurisdizionale*, cit., 772, e s.

cod. civ., principio relazionale rivolto a tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico, tra i quali è ricompresa a pieno titolo la pubblica amministrazione che si appresta a concludere un contratto⁵⁴.

Il giudice amministrativo è divenuto così il nuovo giudice della responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni ed ha iniziato ad elaborare una nuova giurisprudenza volta a definire gli elementi costitutivi e la natura giuridica della stessa⁵⁵.

In tale prospettiva sembra opportuno sottolineare che, in quanto giudice delle responsabilità, il giudice amministrativo non è più chiamato solamente a sindacare la legittimità degli atti amministrativi, ma oggetto del suo sindacato diviene il comportamento complessivamente tenuto dagli enti pubblici⁵⁶. L'oggetto del giudizio amministrativo di legittimità tradizionalmente individuato nell'atto amministrativo risultava già esteso alla valutazione dell'attività ed 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, elementi che, tuttavia, andavano pur sempre

⁵⁴ V. da ultimo sul principio di correttezza: Cons. Stato, sez. V, 17 settembre 2008, n. 4439, che rigetta il ricorso presentato avverso l'annullamento in primo grado dell'affidamento di un incarico di progettazione definitiva ed esecutiva e la direzione lavori di riqualificazione urbana per l'indeterminatezza e genericità dei criteri di valutazione di cui alla lettera di invito relativi all'elemento delle caratteristiche qualitative e metodologiche dell'offerta e afferma che "l'esigenza di prefissazione dei criteri di valutazione è un principio di correttezza dell'azione amministrativa ineludibile per tutti i procedimenti di evidenza pubblica (e pertanto anche per la valutazione mediante confronto a coppie) a garanzia dell'imparziale svolgimento di tali procedimenti, al fine di consentire la verifica dell'operato dell'Amministrazione sia da parte del privato interessato, che da parte del Giudice Amministrativo, al quale deve essere permesso di poter ricostruire l'iter logico seguito dalla stazione appaltante". *Ex multis*: Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 2006, n. 6607, in *giustizia-amministrativa.it*; Id., 23 giugno 2006, n. 3999, *ivi*; Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 86, cit.; Id., 10 gennaio 2006, n. 26, in *giustizia-amministrativa.it*; TAR Campania, Napoli, sez. I, 8 febbraio 2006, n. 1794, *ivi*, ove si precisa che la P.A. che abbia dato 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 precontrattuale *ex art. 1337 cod. civ.*; Cons. Stato, sez. VI, 1° marzo 2005, n. 816, cit.; TAR Piemonte, sez. II, 16 gennaio 2006, n. 66, cit.; TAR Puglia, sez. I, 10 giugno 2003, n. 2360, cit.; TAR Lombardia, sez. III, 31 luglio 2000, n. 5130, cit.; TAR Liguria, sez. II, 6 luglio 2001, n. 825, cit. G. D. COMPORI, voce *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di Diritto pubblico*, cit., 5131 e s.

⁵⁵ G.M. RACCA *La responsabilità contrattuale e precontrattuale della pubblica amministrazione*, cit., 645.

⁵⁶ 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: F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 31 e s. In giurisprudenza, sulla distinzione tra i due giudizi, si veda da ult. Cons. Stato, sez. V, 8 ottobre 2008, n. 4947, ove si afferma che sussiste la responsabilità precontrattuale della P.A. per aver avviato e portato avanti una procedura esplorativa negoziale senza una diligente verifica della propria disponibilità ad affidare l'incarico e stipulare la relativa convenzione con l'impresa migliore offerente, anche qualora la revoca sia legittima; TAR Lazio Roma, sez. III, 10 gennaio 2007, n. 76, in *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. Stato, sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457, in *giustizia-amministrativa.it*; Id., sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32, in *Serv. pubbl. e app.*, 2005, 409, cit.; Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6, in *Cons. Stato*, 2005, I, 1440, con nota di M. RUBULLOTTA, *Responsabilità della pubblica amministrazione: la giurisdizione spetta al giudice amministrativo*.

ricondotti ai vizi di legittimità del provvedimento impugnato ed il cui accertamento non poteva che determinare l'annullamento del provvedimento stesso⁵⁷.

Nel giudizio di responsabilità la prospettiva risulta differente poichè 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. Occorre peraltro valutare l'effettività della tutela assicurata ai cittadini come alle associazioni, alle imprese e alle altre organizzazioni complesse mediante il trasferimento della giurisdizione ed il tendenziale ampliamento della sfera della risarcibilità dei danni.

Il riconoscimento della giurisdizione esclusiva in materia di procedure di affidamento di contratti pubblici sembrava assicurare la semplificazione e concentrazione⁵⁸ dei giudizi, tuttavia la giurisprudenza ha di recente riproposto la questione della sorte del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione, dal momento che la giurisdizione sull'esecuzione dei contratti pubblici resta al giudice civile.

⁵⁷ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005, 171 e s., riconosce la distinzione e in una differente prospettiva rileva la coesistenza di forme di tutela giurisdizionale della medesima situazione giuridica soggettiva alternative, riferendosi rispettivamente all'atto amministrativo e al comportamento, in ragione del *petitum*.

⁵⁸ La mancanza di una simile previsione viene lamentata da Cons. Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2008, n. 9: “nel vigente sistema, infatti, non sussiste una espressa previsione normativa di carattere generale sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine alle controversie riguardanti la fase dell'esecuzione del contratto d'appalto: pertanto, nel caso di una specifica domanda intentata da chi abbia chiesto ed ottenuto dal giudice amministrativo l'annullamento della aggiudicazione, ovvero in presenza di una domanda di una delle parti del contratto pubblico d'appalto stipulato *medio tempore*, sussiste la giurisdizione civile quando si intendano far accertare – con efficacia di giudicato – le conseguenze che la medesima sentenza ha prodotto sul contratto”.

I profili di novità relativamente a questioni che, come si è visto, si susseguono da oltre un secolo, sembrano riconducibili alla generale previsione nel codice dei contratti pubblici di un'aggiudicazione provvisoria, da sottoporre ad approvazione, seguita da una aggiudicazione definitiva - che non costituisce ancora accettazione dell'offerta e dunque non vincola all'esecuzione la parte pubblica -, seguita infine dalla stipulazione del contratto, che a sua volta può ancora essere soggetto ad approvazione e sottoposto a successivi controlli⁵⁹.

La complessa fase di "formazione della volontà della parte pubblica" determina che le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto possano articolarsi secondo differenti prospettazioni. In particolare tali conseguenze sono state individuate nella *caducazione automatica*⁶⁰ del contratto in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione⁶¹, ovvero nella *nullità* del contratto per violazione di norma imperativa, ovvero nell'*annullabilità* del contratto per incapacità a contrarre sopravvenuta di uno dei contraenti, e infine nell'*inefficacia* del contratto per l'assenza di una condizione necessaria costituita dall'aggiudicazione⁶².

Di recente il giudice civile ha precisato che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo risulta limitata alle controversie inerenti le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, con esclusione di ogni domanda che concerna la fase dell'esecuzione dei relativi contratti, con la conseguenza che alla richiesta di annullamento dell'aggiudicazione può seguire solo il risarcimento del danno per equivalente, ma non anche la reintegrazione in forma specifica che, incidendo necessariamente sul contratto⁶³ e quindi sulla fase negoziale e sui diritti

⁵⁹ Art. 11 e 12 d.lgs. n. 163 del 2006, cit. A. CANCRINI, *La disciplina dei contratti e le modalità di adempimento*, in P. RESCIGNO – E. GABRIELLI (dir.), *Trattato dei contratti*, Tomo Primo, *I contratti con la pubblica amministrazione* a cura di C. FRANCHINI, cap. VIII, UTET, Torino, 2007, 419.

⁶⁰ Cass., sez. I, 15 aprile 2008 n. 9906, secondo cui l'annullamento dell'aggiudicazione comporta l'automata caducazione del contratto di appalto con effetto *ex tunc*, senza bisogno di alcuna pronuncia costitutiva.

⁶¹ C.E. GALLO, *Contratto ed annullamento dell'aggiudicazione: la scelta dell'adunanza plenaria*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2008; Cass., Sez. I, 15 aprile 2008, n. 9906, TAR Molise, Sez. I, 24 settembre 2008, n. 719; TAR Lazio, Sez. II, 15 settembre 2008, n. 8328. Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2008, n. 490, in *Giurisd. amm.va*, 2008, I, 135 e TAR Emilia Romagna, Parma, 6 febbraio 2008, n. 90, *ivi*, 208, II, 215. Non prende posizione sul punto Cons. Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 213, in *Foro Amm. - CDS*, 2008, 147, che riconosce comunque il diritto al risarcimento al secondo graduato, vittorioso in giudizio. Sul punto v. anche P. MINERVINI, *La patologia dei contratti con la pubblica amministrazione*, in P. RESCIGNO – E. GABRIELLI (dir.), *Trattato dei contratti*, Tomo Primo, *I contratti con la pubblica amministrazione* a cura di C. FRANCHINI, cap. IX, UTET, Torino, 2007, 616 e s.

⁶² S. S. COCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, Giuffrè, 2008, spec. p. 129 ss. e 197 e s.; S. VINTI, *Quali rimedi per la salvaguardia dell'interesse legittimo al cospetto dei negozi giuridici? Il giudice del riparto e i legislatori (comunitario e domestico) alle prese con gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto di appalto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 789; C. PAPETTI, *Effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto di appalto medio temporale stipulato: profili teorico-applicativi di diritto sostanziale e di diritto processuale*, in *Foro amm. - CDS*, 2007, 3283. Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2008, n. 490, ritiene che l'annullamento dell'aggiudicazione in sede giurisdizionale, ove intervenga dopo la stipula del contratto di appalto, determini l'inefficacia del contratto e precisa che la categoria dell'inefficacia successiva ricorre allorché il negozio, pienamente efficace al momento della sua nascita, diviene inefficace per il sopravvenire di una ragione nuova di inefficacia, intesa come "inidoneità funzionale in cui venga a trovarsi il programma negoziale per l'incidenza *ab externo* di interessi giuridici di rango poizore incompatibili con l'interesse negoziale", sicché in tali casi non viene in rilievo l'atto sotto il profilo genetico (validità o invalidità), bensì la sua efficacia. La c.d. inefficacia successiva del contratto di appalto stipulato nelle more del giudizio, che consegue all'annullamento dell'aggiudicazione, non estende i suoi effetti alle prestazioni medio tempore eseguite cui consegue il diritto dell'originario aggiudicatario, pur a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, al pagamento delle prestazioni eseguite; così anche TAR Emilia Romagna Parma, sez. I, 6 febbraio 2008 n. 90.

⁶³ Cass., Sez. Un., 23 aprile 2008, n. 10443, afferma che la giurisdizione del giudice civile sussiste anche quando si tratti di individuare, con statuizioni idonee a passare in giudicato, le conseguenze prodotte sul contratto dalla sentenza amministrativa di annullamento della aggiudicazione della gara; Cass., Sez. Un., 28 dicembre 2007, n. 27169, afferma che la giurisdizione del giudice civile sussiste in ordine all'accertamento delle conseguenze provocate dalla sopravvenuta

soggettivi, esula dai poteri giurisdizionali amministrativi.

L'annullamento dell'aggiudicazione tuttavia risulta costitutivo di un vincolo sulla successiva attività dell'amministrazione e comporta un effetto caducatorio del contratto stipulato, che può essere rilevato in sede di esecuzione della sentenza⁶⁴.

Si è affermata la sussistenza della giurisdizione amministrativa sulla domanda di risarcimento del danno derivante dalla violazione degli obblighi riconducibili alla fase pubblicistica precontrattuale⁶⁵, poiché l'art. 6 della legge n. 205 del 2000 ha previsto la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per tutte le controversie riguardanti la fase anteriore alla stipula dei contratti di lavori, forniture e servizi, ed in tale prospettiva si riconosce che l'art. 6, cit., non è stato inciso dai principi enunciati dalla sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale, che ha riguardato l'art. 7 della legge n. 205 del 2000⁶⁶.

5. La scorrettezza del comportamento delle pubbliche amministrazioni come contraddittorietà.

Il trasferimento di giurisdizione ai giudici amministrativi in materia di contratti pubblici ha determinato rilevanti innovazioni nell'applicazione dell'art. 1337 cod. civ. alle pubbliche amministrazioni.

mancanza delle condizioni di legalità del vincolo contrattuale, essendo il criterio di riparto della giurisdizione basato unicamente sulla separazione imposta dall'art. 103, comma 1, Cost. tra il piano procedimentale del diritto pubblico e quello negoziale, retto interamente dal diritto privato. Cass., Sez. Un., 28 dicembre 2007, n. 27169, secondo cui "i riflessi sul contratto di appalto, del sistema delle irregolarità-illegittimità che affliggono la procedura amministrativa a monte, devono essere scrutinati in ogni caso dal giudice ordinario: e, quindi, non soltanto nelle fattispecie di radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica (o di vizi che ne affliggono singoli atti), ma anche in quella della sua successiva mancanza legale provocata dall'annullamento del provvedimento di aggiudicazione". TAR Basilicata, sez. I, 30 aprile 2008, n. 136, esclude la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda volta ad ottenere la declaratoria di nullità e/o inefficacia, ovvero in subordine di annullamento ex art. 1441 cod. civ., di un contratto di appalto stipulato da un ente locale per la gestione di un pubblico servizio, proposta a seguito di una sentenza che abbia annullato l'originaria aggiudicazione.

⁶⁴ Cons. Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2008, n. 9, con nota di C.E. GALLO, *Contratto ed annullamento dell'aggiudicazione: la scelta dell'adunanza plenaria*, cit.; Cass., Sez. un., 18 luglio 2008, n. 19805, in *Urb. e appalti*, 2008, 1140, e, in precedenza, 28 dicembre 2007, n. 27169, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2008, 359, ed in *Dir. proc. amm.*, 2008, 514, con nota di M. RAMAJOLI, *La Cassazione riafferma la giurisprudenza ordinaria sul rapporto contrattuale tra amministrazione e aggiudicatario*. TAR Lazio, Sez. II, 22 aprile 2008, n. 3377, in *Giurisd. amm.va*, 2008, II, 624; TAR Basilicata, 30 aprile 2008, n. 136, *ivi*, 2008, II, 660; TAR Lazio, Sez. II ter, 12 marzo 2008, n. 2232, *ivi*, 2008, II, 441.

⁶⁵ Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6. Cons. Stato, sez. IV, 4 ottobre 2007, n. 5179, Cons. Stato, sez. IV, 4 ottobre 2007 n. 5177, Cons. Stato, sez. IV, 4 ottobre 2007, n. 5176, Cons. Stato, sez. IV, 4 ottobre 2007, n. 5174 affermano la responsabilità precontrattuale conseguente a revoca (legittima) disposta data l'emersione di lacune nel progetto dell'opera pubblica da realizzare, così gravi da comportare una completa revisione progettuale, attesa l'impossibilità di dare esecuzione al progetto in gara riconoscendo il solo danno emergente senza riconoscere la perdita di chance lamentata. Il danno risarcibile è costituito dalle spese relative alla polizza per cauzione definitiva (euro 42.025,64).

⁶⁶ Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140, afferma che nella giurisdizione amministrativa, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce una nuova materia ma uno strumento di tutela ulteriore rispetto a quello demolitorio che ne completa i poteri, in armonia con l'art. 24 Cost., concentrando l'intera protezione del cittadino in un unico giudice, idoneo ad offrire la piena tutela oltre agli interessi legittimi, anche ai diritti soggettivi anche costituzionalmente garantiti se coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa; si richiamano in tal senso: Corte Cost. 6 luglio 2004, n. 204, che nel dichiarare la illegittimità costituzionale parziale degli artt. 33 e 34 del D.L.vo n. 80/1998, precisa i limiti che il legislatore incontra nell'attribuire "particolari materie" alla giurisdizione esclusiva del G.A. ed afferma che il potere di condannare la P.A. al risarcimento del danno non costituisce una nuova materia, ma uno strumento di tutela ulteriore rispetto a quello classico demolitorio; si afferma inoltre che il potere attribuito al G.A. di condannare la P.A. al risarcimento del danno per scorrettezza del comportamento appare conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta al Consiglio di Stato; Corte Cost., 11 maggio 2006, n. 191, che dichiara illegittimo l'art. 53, comma 1, del d.l.vo n. 325/2001 - T.U. espropriazione per p.u. - nella parte in cui devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative ai compromenti delle pubbliche amministrazioni.

In particolare i giudici amministrativi - chiamati a pronunciarsi sulle domande di risarcimento del danno - hanno espresso varie soluzioni nell'individuazione degli elementi costitutivi della responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni, che forniscono interessanti indicazioni soprattutto analizzando le soluzioni dei casi concreti per ricavare le regole in concreto applicate nella definizione dei comportamenti scorretti e nella quantificazione del danno subito.

Come accennato, i principi che guidano i giudici amministrativi nella individuazione della responsabilità precontrattuale sono quelli di imparzialità, correttezza e buona amministrazione che devono essere rispettati nel complessivo comportamento tenuto dalle pubbliche amministrazioni, sia nello svolgimento di tutte le attività giuridiche e procedurali volte alla emanazione di provvedimenti, sia nella stipulazione di contratti⁶⁷. In tale prospettiva pare superata la posizione, ancora talora richiamata, che individua delle parti obbligate a tenere un comportamento corretto solo nella fase successiva all'aggiudicazione, nell'attesa della stipulazione del contratto⁶⁸.

Il superamento di tali posizioni restrittive consente di individuare "parti" nel procedimento amministrativo, come nelle gare pubbliche. La stessa Corte di Cassazione riconosce che "si

⁶⁷ Cons. Stato, sez. VI, 11 ottobre 2006, n. 6059, in *Urbanistica e appalti*, n. 3/2007, 357 e s., con nota di S. PONZIO, *Responsabilità della p.a. per comportamento scorretto e quantificazione del danno* ove si afferma che per l'ammissibilità di una domanda risarcitoria non è sufficiente il solo annullamento del provvedimento illegittimo, ma è necessario procedere alla valutazione della sussistenza dell'elemento psicologico quantomeno della colpa ai sensi dell'art. 2043 c.c. per il cui accertamento occorre riferirsi al funzionamento complessivo dell'apparato pubblico per verificare se l'attività della P.A. che ha dato luogo all'illegittimità del provvedimento sia scusabile e, pertanto, coerente con il più generale comportamento di buona fede. In applicazione di tale principio si ritiene sussista la colpa della p.a. per non aver consentito ad un'impresa partecipante ad una gara di appalto di regolarizzare la documentazione presentata frutto di un errore dovuto al comportamento scorretto (contraddittorio) della p.a.; Cons. Stato, sez. IV, 15 novembre 2004, n. 7449, in *Foro amm.-CDS*, 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 provvedimentale 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*"; CGA, sez. giur., 29 agosto 2005, n. 573, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 225 e s. con nota di D. 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., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, cit.

⁶⁸ Cass., sez. un., 12 maggio 2008, n. 11656, *Hermes s.r.l. c. Regione Calabria*, ove si ricorda che la giurisprudenza solo con la sentenza n. 1675/1961 delle SS. UU. della Cassazione riconobbe la configurabilità della responsabilità precontrattuale della p.a., affermando che compito del giudice di merito non è quello di valutare se il soggetto amministrativo sia stato un corretto amministratore, bensì se sia stato un corretto contraente. Il limite fondamentale di questa prima - pur importante - pronuncia fu quello di ritenere sussistente la *culpa in contrahendo* della Pubblica amministrazione in caso di recesso senza giustificato motivo da una trattativa privata (c.d. pura), cioè solo nei casi in cui la Pubblica amministrazione si spoglia dei propri poteri pubblicistici ed opera come un qualunque altro soggetto (con la conseguenza che nelle ipotesi successivamente sempre più ricorrenti - a seguito delle impostazioni di matrice comunitaria - di trattativa privata preceduta da gara informale non potevano applicarsi i principi civilistici della culpa in contrahendo). Per le procedure di gara (aperte o ristrette), invece, la giurisprudenza continuava ad operare un distinguo: in particolare, se l'illecito era avvenuto prima o dopo l'aggiudicazione. La giurisprudenza riteneva, infatti, che la responsabilità poteva essere affermata solo dopo l'aggiudicazione di una gara. Nella medesima pronuncia si precisa che nel negare la qualità di contraente al mero partecipante alla gara, anteriormente all'aggiudicazione (dove l'affermazione della normale non applicabilità, in tale fase, della responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 1337 c.c.) aveva tuttavia "ammesso che, una volta intervenuta l'aggiudicazione, l'aggiudicatario dovesse ormai ritenersi parte a tutti gli effetti (Cass., SS.UU. civ., 26 maggio 1997 n. 4673).

ammette oggi pacificamente la configurabilità di una responsabilità precontrattuale a carico anche della P.A., poichè anche a suo carico grava l'obbligo giuridico sancito dall'art. 1337 c.c. di comportarsi secondo buona fede durante lo svolgimento delle trattative, perchè con l'instaurarsi delle medesime sorge tra le parti un rapporto di affidamento che l'ordinamento ritiene meritevole di tutela⁶⁹.

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 cod. civ.*, 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"⁷⁰.

Non sembra peraltro potersi escludere che fra le parti sorgano degli "obblighi di protezione" per le conseguenze dannose che possono scaturire anche nel rapporto che si instaura nelle trattative precontrattuali⁷¹.

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 espresso⁷² e motivato, il quale, ove negativo, sembra richiamare un recesso (corretto in quanto adeguatamente motivato) dalle trattative e lascia impregiudicato l'esito, favorevole o sfavorevole per il privato interessato, del procedimento amministrativo.

Dalla casistica, ormai consistente, sembra confermata la tesi che individuava il comportamento scorretto nel comportamento contraddittorio, ove la parte pubblica dopo aver

⁶⁹ Cass., sez. un., 12 maggio 2008, n. 11656, cit., ove peraltro si afferma che "la giurisdizione, quindi, ove si dovesse riscontrare che manchi una norma attributiva al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva nella materia in esame, è devoluta alla cognizione del giudice ordinario senza che assuma rilievo la qualificazione della situazione giuridica dedotta in giudizio come diritto soggettivo o interesse legittimo, in forza dei principi affermati da queste S.U. con sentenza 22 luglio 1999, n. 500 (Cass., S.U., 19 novembre 2002, n. 16319; Cass. S.U., 22 giugno 2003; Cass., 16 luglio 2001, n. 9645)".

⁷⁰ F. G. 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).

⁷¹ Così già in G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 304 e s. e in tal senso: Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2003 n. 1457. 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»: C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 138; ID., *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, 654 e s.; ID., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Vol. I, Milano, 1995, 147; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, Milano, 1968, 114, afferma che la buona fede è principio orientato alla protezione della funzione economico-sociale dell'accordo, anche oltre la specifica prestazione dedotta in contratto, (attività di relazione) distinguendola dalla diligenza intesa come modalità intrinseca a una prestazione definita (attività di prestazione). Cass., sez. III, 17 novembre 1997, n. 11393, ove si afferma che «le parti nella fase delle trattative e nella formazione del contratto, debbono comportarsi secondo buona fede nel senso che ciascuna di esse incontra oneri di informazione e di conoscibilità, il cui assolvimento puntuale, corretto consente di realizzare la soddisfazione dell'interesse alla libertà negoziale delle parti, che costituisce l'interesse protetto della disciplina della responsabilità precontrattuale».

⁷² F. G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, cit., nota 67.

pubblicato un bando di gara ed aver manifestato la volontà di stipulare un certo contratto, decide diversamente contraddicendo le sue precedenti scelte manifestate anche in atti formalizzati⁷³.

Si attuano così differenti forme di recesso dalle trattative che possono risultare scorrette proprio ove la contraddittorietà del comportamento “sorprenda” la controparte che non aveva strumenti per comprendere che le scelte pubbliche manifestate avrebbero potuto ancora essere modificate⁷⁴.

Tali casi sono normalmente qualificati dalla giurisprudenza amministrativa come ipotesi di revoca⁷⁵, ritiro, annullamento d'ufficio (illegittimi o legittimi) di atti di gara, dal bando fino all'aggiudicazione provvisoria o definitiva, ovvero addirittura del contratto stipulato⁷⁶.

⁷³ Sul punto: Cons. Stato, sez. V, 8 ottobre 2008, n. 4947, afferma che nel caso di revoca (anche legittima) degli atti di gara può individuarsi la responsabilità precontrattuale della P.A. che abbia suscitato un affidamento nella impresa per effetto dell'adozione degli atti della procedura di evidenza pubblica poi rimossi; TAR Lombardia, Milano, sez. I, 8 maggio 2008, n. 1380, evidenzia la scorrettezza del comportamento della pubblica amministrazione e annulla l'aggiudicazione definitiva nel caso in cui per un appalto del servizio di ristorazione abbia previsto l'obbligo per i concorrenti di fornire giustificazioni preventive a corredo dell'offerta economica, senza poi verificare l'anomalia dell'offerta aggiudicata. Sono inoltre scorrette la mancata determinazione dei criteri motivazionali per l'attribuzione dei punteggi numerici, l'introduzione di sottocriteri in momento successivo all'apertura delle offerte e l'incoerenza dei medesimi rispetto alle previsioni del disciplinare di gara; TAR Lazio, Roma, sez. I *ter*, 12 dicembre 2008, n. 11343, ove si afferma che la condotta tenuta dalla stazione appaltante - la quale, prima proroga un convenzionamento per il servizio mensa e successivamente, pubblica un avviso relativo alla manifestazione di interesse invitando gli operatori del settore a presentare proposte comunicando contestualmente la scadenza della proroga contrattuale, - è connotata da mancanza di trasparenza e da elementi di contraddittorietà, evidenziando un mancato svolgimento delle corrette procedure di revoca.

⁷⁴ Cons. Stato, sez. VI, 17 dicembre 2008, n. 6264, sottolinea che è illegittima la revoca dell'aggiudicazione di una gara di appalto motivata in relazione all'esigenza di salvaguardare i livelli occupazionali in essere, ove tale esigenza non sia stata espressa con un'apposita prescrizione della *lex specialis*, sulla cui base le imprese partecipanti avrebbero potuto correttamente ed in modo consapevole impostare le proprie offerte. Sussiste una violazione da parte della p.a. dei doveri di lealtà e correttezza per aver posto in essere comportamenti che non salvaguardano l'affidamento della controparte.

⁷⁵ Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2009, n. 122, che pur ritenendo legittimo il provvedimento di autotutela adottato in ragione della irrazionalità intrinseca dei provvedimenti annullati, esponenti l'ente ad impegni di spesa del tutto sproporzionati con le esigenze che gli stessi erano destinati a soddisfare, in spregio ai canoni di efficienza e buona amministrazione, tuttavia ravvisa una condotta colposa e, dunque una scorrettezza nel comportamento del comune - da valutare alla stregua della sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni unite della Corte di Cassazione in relazione alla lesione dell'interesse dell'aggiudicatario alla prosecuzione della gara, ancorché la lesione trovi una parziale giustificazione nel carattere abnorme delle rinnovate condizioni di gara rispetto alle effettive condizioni in cui il servizio avrebbe dovuto essere reso; si veda anche TAR Lazio Roma, sez. III, 13 luglio 2007, n. 6369, che ritiene legittimo il provvedimento con il quale la P.A. revoca, in autotutela, una gara espletata per l'affidamento di un servizio, per esigenze e carenze sopravvenute di carattere finanziario e ritiene che l'elemento psicologico colposo sussista quando una parte non si attenga alla normale prudenza nell'indurre l'altra parte a confidare nella conclusione del contratto, avviando e portando avanti le trattative senza verificare, alla stregua di elementi che già ragionevolmente dovevano essere conosciuti o conoscibili al momento iniziale delle trattative stesse, le proprie possibilità d'impegno e senza avere una sufficiente determinazione; TAR Lazio Roma, sez. III, 10 gennaio 2007, n. 76, secondo cui sussiste la responsabilità precontrattuale di una P.A. che, pur avendo legittimamente adottato un provvedimento di revoca dell'aggiudicazione di una gara di appalto, ha assunto un comportamento contrario ai canoni della buona fede e correttezza, revocando l'aggiudicazione non già non appena si è accorta della sussistenza di motivi che imponevano la revoca (nella specie costituiti dall'impossibilità di eseguire i lavori con riguardo al progetto inizialmente appaltato), ma dopo un lungo lasso di tempo (nella specie, dopo circa cinque anni).

⁷⁶ Sul punto d'interesse appare il richiamo a TAR Lombardia Milano, sez. III, 29 dicembre 2008, n. 6171, ove si precisa che “va propriamente qualificato come annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, piuttosto che revoca dell'affidamento dell'appalto, un provvedimento con il quale la P.A. appaltante, sia pure dopo la stipula del contratto di appalto, ha annullato l'aggiudicazione della gara facendo ricorso al suo potere di autotutela per l'asserita anomalia dell'offerta rimasta aggiudicataria; la controversia relativa a tale provvedimento rientra pertanto nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in quanto si tratta di un provvedimento che la P.A. adotta nell'esercizio di poteri di supremazia relativi alla fase della scelta del contraente e non nell'ambito della gestione paritetica del rapporto contrattuale”. V. anche Cass, Sez. un., 29 agosto 2008, n. 21928, che dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo per una controversia avente ad oggetto l'annullamento di una delibera con cui un Comune dichiarava di recedere dal contratto di appalto di lavori pubblici a seguito di una informativa antimafia del Prefetto relativa a tentativi di infiltrazione mafiosa nei confronti dell'aggiudicataria, qualificandosi il recesso dal contratto di appalto non come conseguenza di inadempienze nella fase esecutiva, bensì conseguenza dell'informativa del Prefetto “ai sensi dell'art. 10 del D.P.R. n. 252 del 1998, espressione di un potere di valutazione di natura pubblicistica volto ad evitare la costituzione o il mantenimento di rapporti contrattuali fra i soggetti indicati nell'art. 1 del D.P.R. citato, e imprese nei cui confronti emergono sospetti di collegamenti con la criminalità organizzata”.

Significativo risulta il caso, non infrequente, in cui si è considerato legittimo l'atto di "revoca" degli atti di gara, ad esempio per sopravvenuta mancanza dei mezzi finanziari, ma si è affermata la scorrettezza del comportamento non sollecito della parte pubblica nel comunicarlo ai privati interessati⁷⁷.

Si tratta di un'ipotesi che evidenzia la diversità di giudizi di legittimità e responsabilità e che già aveva superato e risolto la problematica della pregiudizialità dell'annullamento⁷⁸.

In altri casi si rileva una tendenza a delimitare i casi di responsabilità precontrattuale della parte pubblica riconoscendo ad esempio la correttezza del recesso dalla trattativa ove si verifichi un "ripensamento dell'Amministrazione" per "apprezzabili ragioni di maggiore convenienza" rispetto alla scelta di provvedere alle proprie mutate necessità, non tramite la costruzione di nuovi edifici, per la quale era stato bandito un concorso di progettazione, quanto piuttosto attraverso il recupero di edifici esistenti. Il comportamento non si ritiene scorretto anche in relazione al fatto che nel bando di gara "erano presenti riserve circa l'impegno del Ministero a dare necessariamente corso all'affidamento dell'appalto". La determinazione impugnata di non affidare l'incarico di progettazione viene considerata legittima e si esclude il nesso di causalità tra la determinazione stessa ed il danno "ingiusto" asseritamente subito, così come "la sussistenza del dolo o della colpa dell'Amministrazione per le scelte legittimamente e correttamente compiute"⁷⁹.

6. La natura giuridica della responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni.

Come già rilevato, la tradizionale configurazione della responsabilità delle pubbliche amministrazioni anche connessa alla stipulazione di accordi, convenzioni e contratti, come extracontrattuale⁸⁰ - seppur formalmente ancora affermata - sembra risultare recessiva. 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

⁷⁷ Cons. Stato, sez. V, 8 ottobre 2008, n. 4947, accoglie la richiesta di risarcimento del danno per scorrettezza del comportamento dell'Amministrazione per responsabilità precontrattuale, per aver avviato e portato avanti la procedura esplorativa negoziale senza una diligente verifica della propria disponibilità ad affidare l'incarico e stipulare la relativa convenzione con l'impresa migliore; si veda in tal senso già: Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6.

⁷⁸ Su cui di recente è tornata: Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254, che afferma che una volta proposta al giudice amministrativo la domanda risarcitoria autonoma, intesa alla condanna al risarcimento del danno prodotto dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, risulta viziata da violazione di norme sulla giurisdizione e, pertanto, soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento.

⁷⁹ Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2008, n. 5633, *Min. difesa c. Studio Valle progettazioni*, che riforma TAR Lazio n. 1768/2002, che aveva accolto il ricorso; si veda anche: Cass. sez. I, 15 aprile 2008, n. 9906, ove si afferma che qualora a seguito dell'annullamento del verbale di gara e dell'intero procedimento di aggiudicazione disposta dal Tar venga rinnovata la gara alla quale partecipa anche l'impresa originariamente aggiudicataria, senza aggiudicarsela, non è ravvisabile un comportamento scorretto della pubblica amministrazione, la quale non incorrerà in responsabilità precontrattuale.

⁸⁰ Sul punto si veda R. CARANTA, *Attività amministrativa e illecito aquiliano*, cit., 91 e s.

amministrazioni in chiave di prova liberatoria, ha suscitato numerosi ripensamenti⁸¹.

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.

Così ad esempio di recente si è rilevato che “sebbene la responsabilità della pubblica amministrazione per illegittimità del provvedimento amministrativo sia costruita in termini di responsabilità extracontrattuale, cui è connesso l'onere gravante sul danneggiato di provare la colpa dell'Amministrazione, la giurisprudenza ormai consolidata ha attenuato il rigore del detto principio, configurando l'accertata illegittimità del provvedimento come una presunzione relativa di colpa a carico dell'Amministrazione, cui spetta quindi l'onere di provare di essere incorsa in errore incolpevole”⁸². Una indicazione in tal senso viene dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea, la quale ha escluso che si possa richiedere la prova della colpa del funzionario o della pubblica amministrazione che ha emanato l'atto in violazione delle norme europee in materia di appalti pubblici⁸³. La richiesta di tale prova potrebbe infatti risultare estremamente difficile e

⁸¹ Cfr. da ult. Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194, cit.; Cons. Stato, 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, in *lexitalia.it*, 2/2005; Id., sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32, in *Serv. pubbl. e app.*, 2005, 409, cit.; Id., sez. V, 6 luglio 2004, n. 5012, in *Foro it.* 2005, III, 247; Cass., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, 78, con nota di F. FRACCHIA, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimentale dell'amministrazione. La cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione*; in tal senso v. anche TAR Piemonte, sez. II, 16 gennaio 2006, n. 66, cit. D'interesse pare Cass., sez. III, 27 luglio 2005, n. 15686, 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 della domanda 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”. Si veda altresì T.R.G.A. Trentino Alto Adige, Trento, 18 aprile 2005, n. 114, in *Foro amm.* – *Tar*, 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; TAR Toscana, sez. III, 18 febbraio 2005, n. 842, in *Sanità pubbl. e priv.*, 2005, f. 5, 67, con nota di N. PECCHIOLI, *L'irresponsabilità della pubblica amministrazione per eccessiva complessità dei fatti*; Cons. Stato, sez. IV, 10 agosto 2004, n. 5500 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”.

⁸² Cons. Stato, Sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5100, che ritiene sussistente il requisito della colpa della P.A., necessario per accordare il risarcimento dei danni, nel caso in cui l'illegittimità degli atti di una gara di un appalto di servizi derivi dalla nomina di una commissione di gara che non sia stata composta in misura prevalente da componenti dotati di specifica competenza tecnica; Cons. Stato, Sez. VI, 9 marzo 2007, n. 114.

⁸³ Corte Giust. CE 14 ottobre 2004 n. 275/2003 condanna la Repubblica Portoghese per non corretto e completo recepimento della direttiva 89/65/CE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, in relazione alla previsione secondo cui in materia di appalti pubblici per la violazione delle norme nazionali e comunitarie si impone al soggetto leso di dimostrare la sussistenza del dolo o della colpa in capo alla P.A. per ottenere il risarcimento del danno subito. Il giudice comunitario ritiene che l'inversione dell'onere della prova sia volto ad assicurare l'effettività della tutela alle posizioni soggettive dei privati che difficilmente potrebbero fornire la prova della colpevolezza della condotta dell'amministrazione.

pregiudicare l'efficacia dei ricorsi volti ad ottenere il risarcimento del danno da parte dei soggetti lesi.

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 contrattuale⁸⁴. 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 parti⁸⁵. 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 poichè 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 da tenere nel rapporto fondato sulla posizione professionale ed economica che genera l'affidamento nella correttezza della controparte⁸⁶. 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.

⁸⁴ G. 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. Stato, sez. VI, 20 febbraio 2007, n. 919, in *giustizia-amministrativa.it*; v. anche TAR Lazio Roma, sez. III, 10 gennaio 2007, n. 76, cit.; Cons. Stato, 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 si 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 cod. civ., quali la gravità della violazione, il carattere vincolato dell'attività amministrativa, l'univocità della normativa, il proprio apporto collaborativo nel procedimento; Trib. Roma, 30 giugno 2003, in *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 lamenti l'illegittima frustrazione del proprio affidamento alla positiva (e legittima) conclusione del procedimento amministrativo".

⁸⁵ Per tutti: A. DI MAJO, voce *Obbligazione, teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, vol. 1990, 1 e s. e F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993, 17, n. 27. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 2 ed., Milano, 1997, 180 e s.

⁸⁶ C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Vol. I, Milano, 1995, 147 e s.; ID., *La nuova responsabilità civile*, cit., 180 e s.; ID., *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, 647 e s.; ID., *L'interesse legittimo varca la frontiera della risarcibilità*, in *Europa e diritto privato*, 1999, 1262.

Tale generale elaborazione ha tratto origine dalla analisi della *culpa in contrahendo*⁸⁷ - che ha costituito il “modello” della responsabilità senza obbligo di prestazione⁸⁸ - e dal riscontro che l’avvio di trattative determina il sorgere di un rapporto giuridico che comporta l’individuazione di «obblighi di protezione»⁸⁹, i quali costituiscono una specificazione del comportamento corretto imposto dall’art. 1337 cod. civ.⁹⁰.

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)⁹¹ che specificano la clausola generale di buona fede⁹².

Seguendo tale prospettiva 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 erranee 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 cod. civ. come obbligazioni derivanti da ogni “atto o fatto idoneo a produrle in conformità con l’ordinamento giuridico”⁹³ 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 cod. civ.⁹⁴, con la previsione dell’obbligo di comportamento secondo correttezza.

⁸⁷ Si rinvia a G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., I e s., ove già si ripercorreva l’affermazione del principio di correttezza tra privati e tra organizzazioni complesse.

⁸⁸ G. M. RACCA, voce *Correttezza (dir. amm.)*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 1529 e s.; C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, cit., 657.

⁸⁹ 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»): M. BESSONE, *Buona fede in senso oggettivo*, cit. 1164, osserva che la buona fede in senso «oggettivo» costituisce regola di condotta ovvero «criterio di valutazione» di una condotta. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, Milano, 1984, 259.

⁹⁰ Cfr. A. DI MAJO, voce *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*). Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2008, n. 5574, evidenzia che la responsabilità precontrattuale per violazione della regola di condotta stabilita dall’art. 1337 c.c., a tutela del corretto svolgimento dell’*iter* formativo del contratto, costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, con la conseguenza che la prova dell’esistenza e dell’ammontare del danno è a carico del danneggiato (art. 2043 e 2059 c.c.).

⁹¹ C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola del comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.* 1983, I, 205. Gli studi sugli obblighi di protezione hanno portato alla configurazione di vizi del consenso «atipici», intesi come ipotesi in cui un comportamento pre-contrattuale non corretto può dar luogo all’annullamento del contratto e non solo a un eventuale risarcimento del danno per il dolo incidente ex art. 1440 cod. civ. dal momento che sia il dolo, sia il danno potrebbero anche non essere dimostrabili. La legislazione speciale introduce obblighi di informazione, di custodia, di segreto o altri obblighi di protezione impone un obbligo di correttezza *ex lege* alle parti: R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Utet, Torino, 1998, 252.

⁹² Si sono individuate due prospettive sulla fase precontrattuale: da un lato, la contraddittorietà che può richiamare il principio generale di correttezza atipico, riconducibile al *neminem laedere* (art. 2043 cod. civ.); dall’altro, l’individuazione del comportamento predefinito da tenere («obblighi di protezione»), che individua la scorrettezza nell’inadempimento (art. 1218 cod. civ.).

⁹³ Art. 1173 *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.

⁹⁴ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, cit., 655.

Le clausole generali sono caratterizzate da una «indeterminatezza intenzionale»⁹⁵ 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 giurisprudenziale⁹⁶.

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»⁹⁷. La clausola generale di buona fede si colloca «sul crinale che corre tra autonomia e eteronomia, e individua per linee sinuose e talora difficili da cogliere e da percorrere quella che potremmo chiamare eteronomia non autoritaria, indicativa di un intervento anche incisivo sul contratto, intervento che, pur condotto da un potere alieno alle parti, tuttavia non è autoritario perché si limita a filtrare valori sociali entro la forma giuridica»⁹⁸.

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 (di comportamento corretto), non solo nei rapporti tra individui, ma soprattutto con organizzazioni complesse, quali la pubblica amministrazione, che operano secondo modalità predeterminate⁹⁹.

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 inadempimento¹⁰⁰.

Come precisato si tratta di obblighi accessori di protezione della sfera del soggetto privato per le conseguenze dannose che l'instaurato rapporto può provocare¹⁰¹. La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione sembra dunque distinguersi da quella del chiunque, definita anche del «passante»¹⁰² tipicamente extracontrattuale che si caratterizza per il fatto che il rapporto giuridico sorge solamente in occasione del verificarsi di un danno.

⁹⁵ S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1988, 709.

⁹⁶ Così: A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1984, 570; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.* 1986, 29.

⁹⁷ A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. critica dir. priv.* 1984, 539, 569, ritiene che le clausole generali o i principi in esse incorporati siano considerati quasi una «espansione dei principi costituzionali». L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.* 1986, 5 e s., sottolinea «il programma della clausola di buona fede di assoggettare i rapporti obbligatori a regole morali non codificate».

⁹⁸ C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, cit., 29.

⁹⁹ S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., 709.

¹⁰⁰ 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.

¹⁰¹ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, cit., 654 e 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.

¹⁰² C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 131 e s.

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 sociali¹⁰³. 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'interesse¹⁰⁴.

Tale analisi sembra richiamare la configurazione della tutela della correttezza come definizione delle regole che disciplinano i rapporti fra i diversi 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 materiale¹⁰⁵.

Le stesse norme che disciplinano le attività delle pubbliche amministrazioni¹⁰⁶, 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 risarcimento¹⁰⁷, a prescindere dalla sussistenza di un obbligo di prestazione.

¹⁰³ A. 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": F.G. 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; L. TORCHIA, voce *La responsabilità*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, diritto amministrativo generale*, cit., 1667 e s.

¹⁰⁴ A. 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.

¹⁰⁵ 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": A. 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.

¹⁰⁶ 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 garantiva il perseguimento dell'interesse pubblico che si riteneva assicurato solamente dal rispetto di tutte le norme che disciplinano l'attività amministrativa.

¹⁰⁷ Secondo Cons. Stato, sez. VI, 16 febbraio 2005, n. 499, in *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".

Il riconoscimento del principio di correttezza¹⁰⁸ come principio del 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 collegarlo ai valori costituzionali di imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.) e farlo così assurgere a principio istituzionale del comportamento della pubblica amministrazione.

7. La quantificazione del danno conseguente alla scorrettezza precontrattuale.

Il risarcimento del danno da scorrettezza precontrattuale 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 danni¹⁰⁹. Non è risarcibile un ipotetico «affidamento nella *conclusione* del contratto»¹¹⁰ o un affidamento nella emanazione del provvedimento favorevole, bensì la «tradita fiducia» circa il rispetto delle regole che specificano il comportamento dovuto dalle parti e in particolare dalla pubblica amministrazione¹¹¹.

Normalmente l’inadempimento comporta il risarcimento del danno corrispondente all’interesse positivo, inteso come interesse a che la prestazione dovuta venisse eseguita. Il danno risarcibile nella responsabilità da inadempimento di obbligazioni prive di fonte contrattuale

¹⁰⁸ G. M. RACCA, *Principio di correttezza e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Servizi Pubblici e Appalti*, n. 1, 2003 e da ultimo G.M. RACCA, voce *Correttezza (dir. amm.)*, in S.CASSESE (dir.), *Dizionario di Diritto pubblico*, cit., 1532 e s.

¹⁰⁹ Cons. Stato, 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.

¹¹⁰ 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.lgs. 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, § II, direttiva 14 giugno 1993 n. 93/37/CEE, *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori* e art. 31, comma II, d. lgs. 19 dicembre 1991, n. 406, *Attuazione della direttiva 89/440/CEE, in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*). V. sul punto: Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2008, n. 5574, ove si sottolinea che in sede di risarcimento del danno derivante da responsabilità precontrattuale, per violazione della regola di condotta stabilita dall’art. 1337 c.c., (che costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale) non è possibile ottenere un risarcimento equivalente a quello ottenibile se il contratto fosse stato poi adempiuto; in tal caso infatti dalla lesione dell’interesse giuridico al corretto svolgimento delle trattative scaturisce solo il diritto ad esser risarciti per la perdita dei guadagni che sarebbero conseguiti da altre occasioni contrattuali se non si fosse fatto affidamento sulla conclusione del contratto (cosiddetto interesse negativo). Nella fattispecie si riconosce un risarcimento di 295664,60 euro.

¹¹¹ V. ad es. Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1667, secondo cui la mancata esecuzione al giudicato, che riteneva l’illegittimità delle ragioni addotte dall’amministrazione per non giungere all’aggiudicazione definitiva e quindi alla stipula del contratto è causa di responsabilità precontrattuale; tuttavia è ammissibile solo il risarcimento dei danni e non la reintegrazione in forma specifica volta ad ottenere un nuovo affidamento del servizio qualora nelle more della definizione del giudizio, sia trascorso il periodo (nella specie, triennale) previsto quale arco temporale della prestazione del servizio. In caso contrario si porrebbe ad una aggiudicazione definitiva ed alla stipulazione di un contratto del tutto diversi rispetto a quelli oggetto della gara. Sembra di interesse ricordare che M. 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».

(cosiddette senza obbligo primario di prestazione), similmente alla responsabilità precontrattuale, si ricollega appunto all'inadempimento di tali obblighi e non di una specifica prestazione contrattuale¹¹².

Come precisato, il danno precontrattuale risarcibile corrisponde in particolare all'“interesse negativo” inteso come interesse a non essere coinvolti in tali rapporti infruttuosi¹¹³; il riferimento all'interesse negativo, però, individua il danno conseguente a violazioni di obblighi rilevanti in un rapporto privo di un obbligo primario di prestazione¹¹⁴, senza pregiudicare l'entità di tale danno, né i criteri per la sua quantificazione¹¹⁵.

L'idea diffusa che l'interesse negativo debba necessariamente essere di ammontare inferiore a quello positivo non pare aver ricevuto dimostrazioni¹¹⁶ e l'affermazione, frequente in giurisprudenza, che il danno precontrattuale è risarcibile «nei limiti dell'interesse negativo»¹¹⁷

¹¹² 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, comma II, della direttiva 89/665/CEE, cit., considera come subordinata la possibilità di risarcimento «quando anteriormente all'aggiudicazione non sia stata possibile la correzione delle violazioni»: art. 7, comma III, l. n. 1034/1971 e art. 35, d.lgs. n. 80/1998.

¹¹³ In tal senso: TAR 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 differente posta di pregiudizio costituita dal mancato utile relativo alla specifica gara d'appalto, relativa al successivo intervento di revoca”; TAR 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 cod. civ. 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), purchè l'entità del danno venga puntualmente provata dall'interessato; TAR Liguria, sez. II, 6 luglio 2001, n. 825, cit.

¹¹⁴ L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni. L'attuazione*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1948, 2°ed., 469, precisa che il concetto di danno deve essere considerato in senso economico e diventa concetto giuridico dal punto di vista della risarcibilità «il danno patrimoniale può essere considerato in senso economico (beni) o in senso giuridico (diritti); cioè può essere una lacuna nel valore economico del patrimonio, oppure nel complesso di diritti». Cfr. A. MUSY, voce *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, cit., 404; F. BENATTI, voce *Responsabilità precontrattuale, (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVII, 9; D. CARUSO, *La culpa in contrahendo - L'esperienza statunitense e quella italiana*, Giuffrè, Milano, 1993, 165. A. MASSERA, voce *I contratti con la pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 1398-1399.

¹¹⁵ Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457. F. BENATTI, voce *Responsabilità precontrattuale, (diritto civile)*, cit., 9, osserva che l'interesse negativo può essere considerato come espressione meramente descrittiva che individua il danno conseguente a violazioni di obblighi precontrattuali, ma non ha alcun valore in ordine all'entità di tale danno, né ai criteri per la sua quantificazione; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja Branca, art. 1337*, Bologna, Roma, 1970, 212, osserva che nella valutazione dell'interesse negativo la «suggerzione della formula non deve far ritenere che qui il danno debba determinarsi in modo difforme dai principi».

¹¹⁶ Cfr. F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale* diretti da F. GALGANO, Padova, 1987, 307; A. DI MAJO, voce *Responsabilità contrattuale*, in *Dig. disc. priv.*, vol. XVII, Torino 1998, 64, n. 167; D. CARUSO, *Note in tema di danni precontrattuali*, nota a Corte di cassazione, Sez. I, 11 maggio 1990, n. 4051, in *Foro it.*, 1991, I, 184; ID., *La culpa in contrahendo - L'esperienza statunitense e quella italiana*, Milano, 1993, 170 e s.; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 716, che sostiene la «sottoposizione del risarcimento dell'interesse negativo ai criteri di determinazione e misura propri del danno da inadempimento». L. COVIELLO, *Della cosiddetta culpa in contrahendo, Prelazione al corso di diritto civile nella R. Università di Messina*, in *Il Filangieri*, 1900, 721, rileva che l'interesse negativo normalmente è inferiore a quello positivo, «ma eventualmente può raggiungerlo»; V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, 512; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja Branca, art. 1337* 212; G. GORLA, *La «logica-illogica» del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 262.

¹¹⁷ Cfr.: Cass., 26 ottobre 1994, n. 8778, concernente la controversia conseguente alla vendita di un appezzamento di terreno demaniale risultata nulla. Il privato acquirente chiese che fosse dichiarato risolto il contratto di compravendita per inadempimento del Comune 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

pare piuttosto sottolineare le difficoltà relative alla prova del danno¹¹⁸ e un frequente rinvio alla determinazione equitativa¹¹⁹.

In tal senso si è pronunciato il Consiglio di Stato che, accertata la responsabilità precontrattuale della parte pubblica ha riconosciuto il risarcimento del danno emergente, mentre non ha considerato raggiunta la prova del lucro cessante¹²⁰. In precedenza 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 uniformi¹²¹.

stabilimento e, pertanto, per aver dovuto procurarsene un altro, per il quale necessitava un nuovo progetto, maggiori spese per la realizzazione e di cui il prezzo era maggiore». Si ritiene infatti che il danno così determinato corrisponda «alla privazione del bene oggetto del contratto: all'intero danno subito dal contraente proprio per l'inadempimento dell'altra parte, in definitiva, all'interesse positivo all'osservanza del contratto»; mentre, si ritiene che per il combinato disposto degli artt. 1337 e 1338 cod. civ., «nella ipotesi di responsabilità precontrattuale i danni risarcibili sono riconosciuti nei limiti del cd. interesse negativo (*id quod interest contractus initus non fuisse*) e comprendono le spese sostenute in previsione della conclusione del contratto nonché le perdite sofferte per non avere usufruito di ulteriori occasioni, per la mancata conclusione cioè di un altro contratto dello stesso oggetto, altrettanto o più vantaggioso di quello concluso (cfr. Cass. 10.10.1962 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.

¹¹⁸ Cass. sez. III, 29 marzo 2006, n. 7228, in *Mass.*, 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 della l. n. 865 del 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 autolimitazione 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 al 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 Pret. Macerata, 7 giugno 1988, *Daenens c. Università degli Studi di Macerata*, in *Giust. civ.*, 1988, I, 3007; Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2002, n. 5174, in *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.

¹¹⁹ Da ult. si veda Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2009, n. 122, Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1513; Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194, cit; TAR Lazio Roma, sez. III, 10 gennaio 2007, n. 76, che afferma la responsabilità precontrattuale di una P.A. che, pur avendo legittimamente adottato un provvedimento di revoca dell'aggiudicazione di una gara di appalto, abbia tenuto un comportamento contrario ai canoni della buona fede e correttezza, revocando l'aggiudicazione non già non appena si è accorta della sussistenza di motivi che imponevano la revoca (nella specie costituiti dall'impossibilità di eseguire i lavori con riguardo al progetto inizialmente appaltato), ma dopo un lungo lasso di tempo (nella specie, dopo circa cinque anni). Si precisa che la valutazione equitativa del danno è consentita soltanto 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.

¹²⁰ Da ultimo si veda Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2009, n. 23, ove si precisa che nel caso di risarcimento dei danni a seguito dell'annullamento in s.g. dell'aggiudicazione di una gara di appalto, l'utile economico che sarebbe derivato dall'esecuzione dell'appalto alla impresa ricorrente che aveva diritto a tale aggiudicazione è pari al 10% dell'importo a base d'asta., ridotto del ribasso offerto (facendo riferimento all'art. 345 della L. n. 2248/1865, all. F ora riprodotto dall'art. 122 del regolamento emanato con dpr n. 554/99); tale criterio, tuttavia, trova applicazione solo ove l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare le maestranze ed i mezzi, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri lavori o servizi; al contrario in mancanza di tale dimostrazione, è da ritenere che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri analoghi lavori o di servizi o di forniture, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità; in tale ipotesi, quindi, il risarcimento può essere ridotto in via equitativa (nella specie l'ammontare del risarcimento è determinato in misura pari al 5% dell'offerta dell'impresa); vedi anche: Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457, 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'appuntamento 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».

¹²¹ Cass., 11 settembre 1989, n. 3922, in *Mass.*, 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., sez. I, 30 agosto 1995, n. 9157, in *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.

I giudici amministrativi hanno ripreso l'affermazione della risarcibilità del danno "nei limiti dell'interesse negativo"¹²², 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.

Come ricordato l'interesse negativo, al pari di quello positivo, è formato da due componenti: il *danno emergente* o, secondo l'espressione dell'art. 1223 cod. civ., «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'equiparazione¹²³. 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 impeditivi¹²⁴,

¹²² Cons. Stato, sez. IV, 4 ottobre 2007, n. 5179, afferma che nel caso di responsabilità pre-contrattuale della P.A. ex art. 1337 cod. civ., l'ammontare del risarcimento del danno è limitato al c.d. interesse negativo, rappresentato sia dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto (danno emergente), sia dalla perdita, se provata, di ulteriori occasioni di stipulazione con altri di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso (lucro cessante), con esclusione dei danni che si sarebbero evitati e dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione e l'esecuzione del contratto; nello stesso senso: Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2006, 7194.

¹²³ Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1667, sottolinea che il risarcimento del danno dovuto a seguito della revoca dell'aggiudicazione va riconosciuto a titolo di responsabilità precontrattuale nei limiti dell'interesse negativo, con riferimento alle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative e alla perdita di ulteriori occasioni per la stipula con altri di un contratto almeno parimenti vantaggioso. In particolare, nel caso di appalto di servizi, per ciò che concerne la perdita di altre occasioni da parte dell'impresa, l'ammontare del risarcimento può essere determinato in via equitativa, riconoscendo al concorrente l'utile economico che sarebbe derivato dalla gestione del servizio messo in gara nella misura del 10% dell'ammontare dell'offerta, ma, nel caso in cui il bando preveda la facoltà per l'amministrazione di ridurre di un quinto l'importo del contratto, la determinazione dell'entità del risarcimento, va fatta calcolando il 10% dei quattro quinti dell'importo della gara. Riconosce quindi il risarcimento dei danni affidando al commissario ad acta la quantificazione. Cons. Stato, 24 luglio 2007, n. 4136, ritiene erronea la conduzione di una procedura negoziata per mancato invito (fattispecie relativa ad una gara per l'affidamento di servizio) ove seguita l'annullamento dell'affidamento, per carenza requisiti di affidabilità finanziaria di una delle imprese consorziate e la successiva negoziazione diretta con altra concorrente sul presupposto della gara deserta senza che la ditta esclusa fosse invitata. Si riconosce, a titolo di risarcimento la metà del presumibile profitto, pari al 10% del corrispettivo; Cons. Stato, 22 giugno 2007, n. 3477, quantifica il danno in misura pari al 10% dell'offerta economica diviso per il numero di partecipanti in presenza di un'erronea applicazione della *lex specialis* relativa all'incongruenza e insufficienza dei criteri valutativi. In particolare, dal momento che cinque erano i concorrenti in gara, sorge il diritto a vedersi rifondere un importo pari 10% del valore dell'offerta, diviso per cinque; e poiché tale offerta era pari ad € 1.990.000 e il 10% è pari a circa € 199.000, ciò che spetta all'appellante è la quinta parte di tale ultimo importo; Cons. Stato, 28 aprile 2006, n. 2408, riconosce il 10% dell'importo offerto in fattispecie relativa al vizio modalità presentazione offerta e, in particolare all'irregolarità dell'offerta economica non contenuta in apposita busta sigillata e controfirmata, come prescritto dal bando di gara e dal capitolato speciale prestazionale, giacché, in assenza di vizi l'impresa sarebbe risultata aggiudicataria data la presenza di due soli concorrenti. Danno emergente: spese o dei costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione.

¹²⁴ G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, Cedam, 1996, 511; M. BOCCHIOLA, *Perdita di una «chance» e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1976, 76 e s.; A. LAGOSTENA BASSI - L. RUBINI, *La liquidazione del danno*, Milano, 1974, 89, ove si osserva che la distinzione fra danno emergente e lucro cessante ha un valore meramente descrittivo del danno e «non ha nemmeno la rilevanza pratica che ha, invece, in sede di liquidazione, la distinzione fra *danni verificatisi* (attuali) e *danni futuri*, avendo i primi un carattere di certezza e dovendo questi, invece, essere ricostruiti in via indiziaria sulla base della probabilità del loro verificarsi». Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5098, esclude, in sede di determinazione del danno derivante dalla mancata aggiudicazione di una gara di appalto, la possibilità di applicare il criterio presuntivo del 10% ex art. 345, L. n. 2248 del 1865 All. F e ritiene necessaria una prova rigorosa dell'utile effettivo che l'impresa avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto; prova desumibile, *in primis*, dall'esibizione dell'offerta economica presentata al seggio di gara. In tal senso v. anche: Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2005, n. 1563, che precisa che in sede di determinazione del danno a seguito di annullamento dell'aggiudicazione di un appalto pubblico, per la determinazione della somma che l'Amministrazione è tenuta a proporre alla parte vittoriosa si deve fare riferimento non già all'importo stabilito come base d'asta per calcolare la percentuale di utile presunto, ma al prezzo indicato nella offerta dalla concorrente che avrebbe dovuto aggiudicarsi l'appalto.

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 trattativa¹²⁵ 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 somme¹²⁶.

Il codice civile prevede che il danno da inadempimento sia risarcibile solo in quanto conseguenza immediata e diretta del comportamento lesivo (art. 1223 cod. civ.)¹²⁷; 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 cod. civ.)¹²⁸, 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 cod. civ.)¹²⁹. Tuttavia, non si ritiene che possa applicarsi tale disposizione per sanzionare la mancata proposizione di azioni giurisdizionali¹³⁰.

In assenza di parametri per la determinazione del danno soccorre la valutazione equitativa (artt. 1226, 2056 cod. civ.), che agevola una non rigorosa ripartizione dell'onere della prova,

¹²⁵ Un esempio di quantificazione del danno causato dal recesso scorretto da una trattativa di compravendita è dato dall'ammontare ricavabile dalla locazione del bene per il periodo di tempo impiegato inutilmente nella trattativa: Tribunale di Livorno 30 aprile 1986, in *Dir. maritt.*, 1987, 351, ove si afferma che a causa della trattativa per la compravendita della nave non era stato rinnovato il contratto di locazione della stessa, perciò è considerato provato un danno corrispondente all'utile conseguibile dalla locazione.

¹²⁶ Cons. Stato, 21 settembre 2007, n. 5562, riconosce il 3% offerta ribassata, più interessi e rivalutazione per illegittimo affidamento (Offerta € 5.676,00 al mese per tre anni). Valuta nel cinque per cento dell'ammontare del capitale investito Cass., sez. I, 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% di tali somme per due anni, viene giustificata considerando «il periodo di tempo necessario per realizzare le somme spese e poterle investire diversamente, o comunque per rendere produttivo l'investimento effettuato», di qui il riferimento al periodo di due anni dalla data d'interruzione delle trattative (25 febbraio 1985) e la rivalutazione alla data della sentenza, sulla base di un indice di rivalutazione «intermedio riferito agli anni 1985 e 1986, pari a 1, 3412».

¹²⁷ Cass. sez. I, 15 aprile 2008, n. 9906, rileva come la Corte d'appello abbia escluso la sussistenza in concreto della responsabilità extracontrattuale, affermando che l'unico danno risarcibile a tale titolo era quello derivante dalla cd. perdita di *chance*, ritenuto dal Tribunale insussistente, in quanto l'Impresa aveva poi partecipato alla successiva gara indetta dal Comune dopo l'annullamento dell'aggiudicazione, senza aggiudicarsela.

¹²⁸ Cfr. R. GAROFOLI, *Il risarcimento del danno in forma specifica e per equivalente*, in R. GAROFOLI, G. M. RACCA, M. DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, cit., 667 e s.; P.G. MONATERI, A. BELLERO, *Il quantum nel danno alla persona*, Milano, 1984, 3, ove si ricorda anche il diverso significato di «danno» come elemento oggettivo dell'obbligazione risarcitoria.

¹²⁹ La determinazione quantitativa globale del danno è tendenzialmente approssimata a favore del debitore, benché talora trascuri la valutazione delle concause che potrebbero essere svantaggiose per il creditore stesso: Coll. arb., 24 luglio 1993, *Impr. Melpi c. Prov. Benevento*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1995, 150; Coll. arb., 6 giugno 1984, *Soc. impr. Edina c. Iacp Firenze*, *Id.*, 1985, 837; Tar 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».

¹³⁰ A. TRAVI, *Relazione al Convegno: "Questioni attuali di responsabilità dell'Amministrazione: giurisdizione, risarcimento del danno, pregiudizialità"*, Milano, Università Bocconi, 14 ottobre 2002.

consentendo al giudice di ricavare dalle prove elementi ulteriori per definire il danno risarcibile¹³¹. L'indicata liquidazione 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.¹³².

Nei contratti 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 danno¹³³, rimettendo la questione all'interprete¹³⁴.

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

¹³¹ Si veda sul punto: TAR Lazio Roma, sez. III, 10 gennaio 2007, n. 76, che precisa che la valutazione equitativa del danno è consentita soltanto 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; Cons. Stato, sez. IV, ord. 19 ottobre 2005, n. 5839, in *giustizia-amministrativa.it*; Cass., sez. I, 19 novembre 1994, n. 9838, e Id., 25 settembre 1984, n. 4820, in *Foro it.*, 1985, I, 816 s. escludono la quantificazione equitativa ove siano possibili altri criteri o mezzi di prova per determinare l'ammontare del danno, salvo il giudice ravvisi una «notevole difficoltà di una precisa quantificazione»; Cons. Stato, sez. V, 23 settembre 2002, n. 4852, in *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*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1993, 119.

¹³² Cass, sez. I, 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: D. CARUSO, *La culpa in contrahendo - L'esperienza statunitense e quella italiana*, cit., 170 e s.

¹³³ Art. 13, l. 19 febbraio 1992, n. 142., abrogato dal comma V dell'art. 35, del d. lg. 80/98.

¹³⁴ Cons. Stato, Sez. IV, 9 novembre 2005 n. 6236 in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2005, 3253; Id., 7 marzo 2005 n. 875 in *Riv. corte conti*, 2005, 137; Id., Sez. V, 12 aprile 2005 n. 1646, in *giustizia-amministrativa.it*; Id., 4 maggio 2005 n. 2168 in *Foro amm.-CDS*, 2005, 1461; Id., 30 agosto 2005 n. 4423 in *giustizia-amministrativa.it*; Id., 13 settembre 2005 n. 4697 in *Cons. Stato*, 2005, I, 1526; Id., 8 marzo 2005 n. 937 in *Foro amm.-CDS*, 2005, 810; Id., Sez. VI, 5 settembre 2005 n. 4512 in *Cons. Stato*, 2005, I, 1473; Id., 5 dicembre 2005 n. 6960 in *giustizia-amministrativa.it*; Id., 14 marzo 2005, n. 1047 in *Urbanistica e appalti*, 2005, 1060, con nota di L. GAROFALO, *Verso un modello autonomo di responsabilità dell'amministrazione* e in *Foro amm.-CDS*, 2005, 1574, con nota di A. ROMEO, *Alla ricerca dell'utile: dall'interesse legittimo all'interesse al ricorso*; Id., Sez. IV, 11 maggio 2005 n. 2367 in *Cons. Stato*, 2005, I, 1625; Id., 3 ottobre 2005 n. 5204 in *Foro amm.-CDS*, 2005, 3594; Id., 20 dicembre 2005 n. 7215 in *Foro amm.-CDS*, 2005, 3614; Id., 20 dicembre 2005 n. 7263 in *Foro amm.-CDS*, 2005, 2602; Id., Sez. V, 12 aprile 2005 n. 1635 *Foro amm.-CDS*, 2005, 2602; Id., Sez. V, 5 settembre 2005 n. 4475, Id., 13 settembre 2005 n. 4697 e Id., Sez. VI, 2005 n. 499 in *giustizia-amministrativa.it*; Id., 30 settembre 2005 n. 5224 in *Foro amm.-CDS*, 2005, 269; Id., 27 giugno 2005 n. 3414 in *Riv. giur. edilizia*, 2005, I, 1946; Id., Sez. V, 5 aprile 2005, n. 1563 in *Urbanistica e appalti*, 2005, 734; Id., Sez. IV, 15 febbraio 2005, n. 478 in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., 18 gennaio 2006, n. 125 in *Arch. giur. oo. pp.*, 2006, 353; Id., Sez. V, 18 gennaio 2006, n. 127 in *Giur. it.*, 2006, 2192, con nota di M. GALLIASSO, *Offerte anomale: sindacato del giudice amministrativo e risarcimento del danno da illegittima esclusione*. Per un significativo caso di violazione delle norme comunitarie consistente nell'esclusione automatica di un'impresa che aveva presentato un'offerta ritenuta anormalmente bassa: TAR Lombardia, 25 novembre 1989, n. 544, in *Foro it.*, 1991, III, 503, confermata da Cons. Stato, Sezione V, 6 aprile 1991, n. 452, in *Cons. Stato*, 1991, I, 659. Sul caso è intervenuta per risolvere una questione pregiudiziale Corte di giustizia CEE, 22 giugno 1989, causa 103/88, *F.lli Costanzo s.p.a. c. Com. di Milano*, in *Foro it.*, 1991, IV, 129.

concorrente di risultare aggiudicatario, da quelli in cui si dimostri unicamente l'esistenza di un pregiudizio¹³⁵.

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 che può subire il 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 - quantitativamente - 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 la gara e ottenere la stipulazione del contratto. La facoltà

¹³⁵ Da ult. si veda Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2009, n. 122, che individua il presupposto della colpa in capo alla P.A. che, a seguito dell'aggiudicazione di una gara di appalto, abbia disposto la revoca della gara per eccessiva onerosità, ove tale revoca trovi causa diretta nella irrazionalità intrinseca dei provvedimenti ritirati, che esponevano l'ente ad impegni di spesa del tutto sproporzionati con le esigenze che gli stessi erano destinati a soddisfare, in spregio ai canoni di efficienza e buona amministrazione. In tal caso il danno risarcibile va determinato in via equitativa in misura pari al 5% dell'ammontare a base d'asta fissato nell'offerta dell'appaltatore quanto dovuto a titolo di risarcimento ai sensi dell'art. 345 della legge n. 2248/1865, all. F, oltre interessi e rivalutazione, per i comportamenti tenuti dalla stazione appaltante successivamente all'aggiudicazione della gara. Condannando il comune a euro 38624,40 più euro 12820, 00 per le spese sostenute per la partecipazione alla gara; Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007 n. 1513 e Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007 n. 1514 che riconoscono 1/15 dell'utile considerato nel 5% dell'importo lavori. La fattispecie era riferita all'inammissibilità di un affidamento in house e alla necessità di espletare la gara. Il danno da perdita di chance è quantificato come segue: importo dei lavori circa 1.000.000,00 euro; percentuale di utile in caso di svolgimento delle gare, pari a euro 50.000 (5%); spettanza ad ogni ricorrente di un quindicesimo di tale utile, pari a circa 3333,00 euro (un quindicesimo). Tale importo, già attualizzato, deve essere aumentato, in via equitativa, ad euro 4.000,00, in considerazione dell'ulteriore danno, consistente nell'incidenza del perdita della chance anche in relazione ai requisiti di qualificazione e di valutazione, invocabili in successive gare; Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194, cit.; TAR 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; TAR 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; Cass., 11 settembre 1989, n. 3922, *ibid.*, trattative per la vendita di un immobile, non condotte a termine nonostante l'immissione nel possesso dell'immobile dell'aspirante compratore. Il danno viene liquidato equitativamente.

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

¹³⁷ Cass., sez. I, 30 agosto 1995, n. 9157, in *Arch. civ.*, 1996, 189. 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. Iela c. Agenzia promozione sviluppo Mezzogiorno*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1995, 592; Coll. arb., 26 luglio 1993, *Soc. Vargiu c. Com.di Nuoro*, *Ibid.*, 178; Coll. arb., 27 novembre 1989, *Soc. impr. edilstradale Calderoni c. Cons. auton. porto Genova*, *Id.*, 1991, 265.

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 esercitato correttamente¹³⁸, può escludere ogni obbligo al risarcimento del danno precontrattuale (cfr. artt. 1373 e 1386 cod. civ.). 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 occasioni¹⁴¹.

In questo caso, però, non si risarcisce il diritto al contratto, ma comunque la scorrettezza intervenuta, mentre la prova che si sarebbe potuto ottenere il contratto sarebbe rilevante solamente ai fini della quantificazione del danno¹⁴².

Nelle ipotesi in cui non è possibile conoscere l'esito della gara¹⁴³ perché l'esclusione è avvenuta nella fase di preselezione, ovvero la scorrettezza ha pregiudicato la partecipazione alla

¹³⁸ G. M. RACCA, *Vendita di cosa futura e recesso corretto della parte pubblica dalle trattative*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 1° marzo 2005 n. 816, in *Urbanistica e appalti*, n. 8/2005, 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. 21sexies, 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. Stato, 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. Si vedano anche, *ex multis*: Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1141, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 10 gennaio 2006, n. 26, cit.; TAR Campania Napoli, sez. I, 8 febbraio 2006, n. 1794, cit., Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 1 marzo 2005, n. 816, cit.

Cfr. art. 41, direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE, e art. 79, d.lgs. n. 163/2006 sull'obbligo di comunicazione della motivazione, nonché gli art. 42, direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE, e 77, d.lgs. 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.: Corte d'appello di Firenze, 20 febbraio 1996, *Soc. Lem Biomedica c. Soc. Bernas Medical*, in *Toscana giur.*, 1996, 315.

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

¹⁴¹ Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1667, afferma con riferimento ad un appalto di servizi, per ciò che concerne la perdita di altre occasioni da parte dell'impresa, che l'ammontare del risarcimento può essere determinato in via equitativa, riconoscendo al concorrente l'utile economico che sarebbe derivato dalla gestione del servizio messo in gara nella misura del 10% dell'ammontare dell'offerta; tale principio non può invece trovare applicazione ove il bando preveda la facoltà per l'amministrazione di ridurre di un quinto l'importo del contratto: in tal caso la determinazione dell'entità del risarcimento, va fatta calcolando il 10% dei quattro quinti dell'importo della gara (la relativa quantificazione è demandata ad un commissario *ad acta*).

¹⁴² Cons. Stato, 22 marzo 2007, n. 1377, riconosce il 10% dell'importo offerto in relazione all'erronea riammissione in gara per errata interpretazione di legge, con conseguente nuovo affidamento rispetto alla media come ricalcolata. Il danno emergente è individuato nelle spese e dei costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla gara. Cons. Stato, 11 dicembre 2007, n. 6417, riconosce a titolo risarcitorio il 10% della base d'asta al netto del ribasso in una fattispecie relativa all'annullamento del bando e degli atti di gara da parte della Stazione appaltante per riconosciuto errore di interpretazione del protocollo di legalità successivamente all'aggiudicazione provvisoria.

gara a causa della previsione di specifiche tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie¹⁴⁴, ovvero si contesta la legittimità del criterio di aggiudicazione in violazione di norme sulla concorrenza, occorrerà valutare il danno precontrattuale¹⁴⁵.

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»¹⁴⁶. 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»¹⁴⁷, cioè la

¹⁴³ TAR Lombardia, Milano, sez. I, 8 maggio 2008, n. 1380, annulla l'aggiudicazione definitiva ma respinge la domanda di risarcimento dei danni trattandosi di una procedura di gara con sistema di aggiudicazione non automatico, per di più inficiata in radice dall'adozione di criteri di valutazione in parte incongrui in parte indeterminati che ne determinano il travolgimento, non vi sono elementi per affermare che la ricorrente si sarebbe aggiudicata il servizio. Sicché potrebbe in teoria essere risarcito il solo danno da perdita di chance. Tale chance, che parte ricorrente ha allegato in termini assolutamente generici, è tuttavia ripristinata, nell'ipotesi di specie, dalla caducazione della gara e dalla conseguente privazione di efficacia del contratto.

¹⁴⁴ Cfr.: Corte di Giustizia Europea sez. I, 14 giugno 2007, C-6/05, afferma che il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza ostano a che un'autorità aggiudicatrice - che abbia bandito una gara d'appalto per la fornitura di dispositivi medici, precisando che questi ultimi devono essere conformi alla farmacopea europea e muniti della marcatura CE respinga, direttamente e senza avvalersi della procedura di salvaguardia prevista dagli artt. 8 e 18 della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/42/CEE, concernente i dispositivi medici (mod. dal regolamento CE 29 settembre 2003, n. 1882), i materiali proposti quando essi rispettano tale requisito tecnico imposto per ragioni di tutela della salute. Se l'autorità aggiudicatrice ritiene che essi possano danneggiare la salute, deve informarne l'organo nazionale competente affinché venga avviata la detta procedura di salvaguardia. Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 2002, n. 4467, pare qualificare in termini di scorrettezza il comportamento della p.a. che consideri unica offerta valida quella formulata dall'impresa i cui articoli corrispondano esattamente a quelli indicati a titolo di "esempio esplicativo" della tipologia di prestazione richiesta, ove le difformità degli articoli prodotti dal concorrente escluso appaiano irrilevanti rispetto alle caratteristiche del capitolato; Corte giustizia Comunità europee, 24 gennaio 1995, causa 359/93, *Commiss. Ce c. Gov. Paesi Bassi*, cit., 157, ove si afferma il divieto di inserire nel bando di gara prescrizioni tecniche che menzionano prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza o di procedimenti particolari che determinano l'effetto di favorire o eliminare imprese e taluni prodotti, e si 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 allegato VI, direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE, e art. 68 e allegato VIII, d.lgs. n. 163/2006.

¹⁴⁵ Cons. Stato, 12 febbraio 2007, n. 558, interviene in relazione alla mancata esclusione per la violazione del capitolato in relazione alla documentazione necessaria per attestare il vincolo di subordinazione del personale delle imprese concorrenti. Si ritiene illegittima la modifica, da parte della Commissione, delle regole del Capitolato, ammettendo la possibilità del subappalto dopo l'apertura delle offerte tecniche, e quindi, dopo la conoscenza delle ditte che avevano fatto riferimento a tale forma di offerta; si effettua una proposta di quantificazione da operare a cura della p.a.; Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2006, n. 126 esclude la possibilità per le Amministrazioni appaltanti di rinegoziare con il contraente alcune condizioni di esecuzione dei contratti aggiudicati in esito a procedure concorsuali, giacché ciò si porrebbe in palese violazione delle regole di concorrenza e di parità di condizioni tra i partecipanti alle gare. La norma del Capitolato generale secondo cui il responsabile del procedimento può chiedere un ulteriore sconto migliorativo sulle condizioni di affidamento ha un significato limitato e ben preciso, di consentire le modifiche migliorative ove ammesso dall'ordinamento generale (beni e servizi sotto soglia). Nel caso di specie l'Azienda Sanitaria aveva due alternative: o annullare la procedura di gara perché l'aggiudicazione era troppo onerosa per l'Amministrazione, ovvero stipulare con l'aggiudicatario provvisorio. Non avendo prescelto questa seconda via occorreva annullare "in toto" la gara. Pertanto si ritiene corretto il risarcimento del danno per equivalente (il contratto era già stato eseguito) quantificato ex art. 1226 c.c. nel 10% dell'importo (è inteso come limite massimo).

¹⁴⁶ Art. 2 comma I, lett. b, dir. 89/665, cit.

¹⁴⁷ Art. 2 comma VII, della direttiva 92/13/CEE, cit.; S. ARROWSMITH, *Remedies for enforcing public procurement rules*, cit., 73, n. 228, ricorda che i costi di preparazione di un'offerta nella proposta della Commissione, poi lasciata cadere, erano quantificati nell'1% del valore del contratto; ora in *The Law of public and utilities procurement*, Thomson Sweet&Maxwell, 2008. Cfr. *Accordo sugli appalti pubblici che figura nell'allegato 4 dell'accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio*; in *G.U.C.E.* n. C 256/1 del 3 settembre 1996, art. XX, ove si prevedono procedure di impugnazione per rimediare le violazioni dell'accordo e salvaguardare le opportunità commerciali 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».

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 dell'appalto, possibilità che, in seguito a tale violazione, è stata compromessa»¹⁴⁸. 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»¹⁴⁹.

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 trattativa¹⁵⁰.

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 parti¹⁵¹, in seguito alla ricordata previsione dell'ordinamento europeo che impone un risarcimento adeguato ed effettivo il quale, per equivalente, compensi integralmente il danno arrecato¹⁵², ove non sia stata possibile la correzione della procedura¹⁵³.

¹⁴⁸ Art. 2, comma VII, direttiva 92/13/CEE, cit. Cfr. A. ROMANO-TASSONE, *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. Amm.*, 1997, 50 e s.

¹⁴⁹ XI considerando della direttiva 92/13/CEE, cit. Il risarcimento potrebbe essere dovuto anche nel caso in cui l'offerta presentata dal concorrente che subisce la violazione delle norme di gara sia tale da poter prevedere che non sarebbe risultata la migliore, perché superata da altre offerte accoglibili; cfr. Corte giustizia Comunità europee, 22 aprile 1997, causa 180/95, *Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice ohG*. V. ad es. Cons. Stato, 28 aprile 2006, n. 2408, che individua un vizio nella modalità presentazione offerta (in particolare un'irregolarità dell'offerta economica non contenuta in apposita busta sigillata e controfirmata, come prescritto dal bando di gara e dal capitolato speciale prestazionale). Si evidenzia che in assenza di vizi l'impresa sarebbe risultata aggiudicataria data la presenza di due soli concorrenti. Si riconosce il diritto al risarcimento del danno emergente: spese o dei costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione.

¹⁵⁰ A. PIAZZA, *Risarcimento del danno in materia di appalti pubblici (art. 13 legge n. 142/1992) e tutela cautelare avanti al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 1995, 38; G. MORBIDELLI, *Ragionando intorno ad una proposta di modifica dell'art. 2043 c.c.*, in AA. VV. *Diritto privato 1995, I, Il trasferimento di proprietà*, Padova 1995, 380, il quale precisa che «se l'effetto conformativo della sentenza consiste nell'obbligo di rinnovare la procedura concorsuale, e ciò non avviene perché nel frattempo sono venute meno le disponibilità finanziarie, o per altri fattori ostativi, oppure perché l'opera è già stata realizzata, il danno verrà determinato tenendo conto, in via equitativa, delle chances di successo che aveva l'impresa»; M. CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi-Fini pubblici e reazioni di mercato*, Giuffrè, 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., sez. lav., 25 febbraio 1994, n. 1897, in *Mass. Giur. Lav.*, 1994, 338, con nota di L. 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., sez. lav., 22 ottobre 1994, n. 8682, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 524, con nota di A. BOLLANI, *A proposito di responsabilità precontrattuale, corsi precollocativi e mancate assunzioni*; Cass., sez. lav., 29 aprile 1993, n. 5026, in *Giur. it.*, 1994, I, 234, con nota di A. MUSY, *Sicilcasse ed il danno da perdita di una «chance»*.

¹⁵¹ G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 386 e s., *Id.*, *La quantificazione del danno subito dai partecipanti alle gare per l'affidamento di appalti pubblici*, in *Dir. amm.*, 1998, 155.

¹⁵² Cfr. sulle conseguenze della violazione del principio di parità di trattamento tra uomini e donne: Corte giustizia Comunità europee, 22 aprile 1997, causa 180/95, *Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice ohG*.

¹⁵³ V. la recente direttiva ricorsi, Dir. 2007/66/CE, cit.; C. giust. Ce, sez. VI, 27 febbraio 2003, *Santex SpA c. Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia*, in *europa.eu.int*.

In particolare, il giudice amministrativo è chiamato a stabilire i «criteri»¹⁵⁴ 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 privato¹⁵⁵.

La norma che ha costituito il parametro di riferimento per la quantificazione del danno si è rinvenuta nell'abrogato art. 345 della 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'importo 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 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"¹⁵⁶. 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)¹⁵⁷ e del 1942 (art. 1671)¹⁵⁸ e, più recentemente, della legge sul

¹⁵⁴Art. 35, comma II, d. lgs. n. 80 del 1998: «Nei casi previsti dal comma I, 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'aveute 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». Si veda: TAR Lombardia, sez. III, Milano, 9 marzo 2000, n. 1869, cit., ove in applicazione dell'art. 35, comma II del d. lgs. 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.».

¹⁵⁵ Si rinvia per l'analisi dettagliata di tali criteri a R. GAROFOLI, *Il risarcimento del danno in forma specifica e per equivalente*, in R. GAROFOLI, G. M. RACCA, M. DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, 667 e s.

¹⁵⁶ Art. 134, commi I e II, d.lgs. 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 vigente art. 134, d.lgs. 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».

¹⁵⁷ «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».

procedimento amministrativo¹⁵⁹, 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 inadempiente¹⁶⁰, dal momento che l'esercizio di tale diritto obbliga, in ogni caso, il recedente a pagare all'appaltatore un «indennizzo» corrispondente, quantitativamente, al risarcimento del danno da inadempimento¹⁶¹.

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 difficili e aleatorie, sia dallo scopo di cautelare la Pubblica amministrazione da eventuali richieste di liquidazioni eccessive”¹⁶². Il danno causato al partecipante alla gara pubblica che, in ragione della sua offerta, avrebbe dovuto divenire aggiudicatario sembra da quantificarsi nel dieci per cento dell'ammontare della base d'asta come ribassata dall'offerta presentata¹⁶³ (inteso come utile medio dell'appaltatore)¹⁶⁴. Anche la giurisprudenza comunitaria, in assenza di indicazioni normative

¹⁵⁸ Ove si ammette il recesso unilaterale dal contratto di appalto da parte del committente anche se è stata iniziata l'esecuzione dell'opera «purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno»: sulla equiparazione fra l'art. 1671 cod. civ. e l'art. 345, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F. Cons. Stato, sez. IV, 9 gennaio 1996, n. 41, in *Giur. it.*, 1996, III, 1, 496, con nota di E. CANNADA-BARTOLI, *Trattativa privata e disciplina privatistica*; Cass., sez. un., 4 dicembre 1990, n. 11591, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1991, 773, al momento della consegna dei lavori la Cooperativa accerta che parte dei terreni su cui costruire gli immobili è abusivamente occupata da terzi, perciò si richiede prima, la sospensione dei lavori, poi lo scioglimento del contratto in applicazione dell'art. 345 della legge 2248/1865; l'amministrazione committente ritiene che l'esecuzione dell'opera sia «diventa impossibile in conseguenza di una causa non imputabile a nessuna delle parti» ex art. 1672 cod. civ. Cfr. V. MANGINI, M. IACUANIELLO BRUGGI, *Il contratto di appalto*, Torino, 1997, 479 e s.

¹⁵⁹ L'art. 21sexies, l. n. 241/1990 come mod. 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».

¹⁶⁰ Cass., 30 marzo 1985, n. 2236, in *Giust. civ.*, 1986, I, 511, con nota di M. LIPARI, *Inadempimento dell'appaltatore, "ordine di sospensione dei lavori" e recesso del committente*.

¹⁶¹ Cfr. Cass., 10 febbraio 1987 n.1411, in *Riv. trim. appalti*, 1987, 1355, con nota di D. CONSERVA, *Inadempimento, recesso o jus variandi?*.

¹⁶² E. 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, in *Giur. it.* 1985, I, I, 1251; in altri casi il giudice considera tale recesso come inadempimento: Cass., sez. I, 22 settembre 1984, n. 4819, in *Foro it.* 1985, I, 132; F. G. SCOCA - A. POLICE, *La risoluzione del contratto di appalto di opere pubbliche*, in *Riv. trim. appalti*, 1997, 46.

¹⁶³ Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1667, afferma che nel caso di appalto di servizi, per ciò che concerne la perdita di altre occasioni da parte dell'impresa, l'ammontare del risarcimento può essere determinato in via equitativa, riconoscendo al concorrente l'utile economico che sarebbe derivato dalla gestione del servizio messo in gara nella misura del 10% dell'ammontare dell'offerta; tale regola non può trovare applicazione ove il bando preveda la facoltà per l'amministrazione di ridurre di un quinto l'importo del contratto; in tali casi la determinazione dell'entità del risarcimento, va fatta calcolando il 10% dei quattro quinti dell'importo della gara. Riconosce quindi il risarcimento dei danni affidando al commissario *ad acta* la quantificazione; TAR Lazio, Roma, sez. I ter, 12 dicembre 2008, n. 11343, annulla il provvedimento e riconosce il risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale della P.A. derivante dalla illegittima revoca dell'affidamento di un servizio. Il danno da perdita di altre occasioni favorevoli da parte dell'impresa è determinato in via equitativa, riconoscendo al concorrente l'utile economico che sarebbe derivato dalla gestione del servizio nella misura del 10%. Il danno è quantificato in euro 22.637,70 dato dal mancato guadagno e dalle spese documentate. V. Cons. Stato, 22 marzo 2007, n. 1377, che rinosce a titolo risarcitorio il 10% dell'importo offerto in relazione all'erronea riammissione in gara per errata interpretazione di legge, con conseguente nuovo affidamento rispetto alla media come ricalcolata. Danno emergente: spese e dei costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla gara; Cons. Stato, 22 giugno 2007, n. 3477, riconosce, a titolo risarcitorio, 10% dell'offerta economica diviso per il numero di partecipanti, per l'erronea applicazione della *lex specialis* rinvenuta nell'incongruenza e insufficienza dei criteri valutativi; in particolare si ritiene che in presenza di cinque concorrenti in gara, sorga il diritto a vedersi rifondere un importo pari 10% del valore dell'offerta, diviso per cinque; e poiché tale offerta era pari ad € 1.990.000 e il 10% è pari a circa € 199.000, ciò che spetta all'appellante è la quinta parte di tale ultimo importo.

¹⁶⁴ TAR Marche, 20 gennaio 2003, n. 9, in *giustizia-amministrativa.it.*; F. FRANCARIO, *Inapplicabilità del provvedimento amministrativo ed azione risarcitoria*, cit., 39.

espresse, giunge a quantificare il lucro cessante dell'imprenditore nel decimo del valore residuo dell'appalto in esecuzione¹⁶⁵. A tale somma si possono aggiungere le spese sopportate per la partecipazione alla procedura selettiva¹⁶⁶.

La quantificazione del danno risarcibile viene attuata calcolando il decimo sui «quattro quinti del prezzo che è servito di base al contratto, depurato del ribasso d'asta»¹⁶⁷, giustificata dal fatto che l'appaltatore è tenuto ad assoggettarsi a una diminuzione delle opere fino a un quinto dell'importo dell'appalto, poichè tale previsione, riproposta anche nel recente Codice dei contratti pubblici¹⁶⁸, è conosciuta e accettata dai concorrenti privati.

¹⁶⁵ Cfr. Tra l'altro Corte giustizia Comunità europee, 1 giugno 1995, causa 42/94, *Heidemij Advies BV c. Parlamento Europeo*, in *Raccolta*, 1995, I, 1417, pto 22, concernente le conseguenze della «risoluzione unilaterale» del contratto di appalto per la sorveglianza della costruzione di edifici nell'ambito dell'ampliamento del Parlamento a Bruxelles. L'ammontare dovuto all'impresa per l'esercizio del diritto di recesso viene quantificato nel «10% del valore dei lavori che rimangono da eseguire», calcolato sulla base del compenso forfettario annuo previsto nel contratto. Analoghe indicazioni si rinvencono in altri Stati membri della Comunità europea: S. ARROWSMITH, *Remedies for enforcing public procurement rules*, Aerystwyth, 1993, 73, 107.

¹⁶⁶ Cons. Stato, sez. VI, 17 dicembre 2008, n. 6264, respinge il ricorso presentato avverso la sentenza e non riconosce la responsabilità precontrattuale; la domanda infatti non può essere accolta ove il ricorrente abbia chiesto in giudizio il risarcimento stesso attraverso la tecnica del c.d. 'decimo', dovendo invece il ricorrente - nel caso di responsabilità precontrattuale della P.A. - fornire elementi volti ad individuare e quantificare le spese inutilmente sostenute nel corso delle trattative in vista del contratto non concluso, o comunque elementi di prova relativi ad ulteriori, possibili occasioni di stipulazione di contratti (altrettanto o maggiormente vantaggiosi rispetto a quello non concluso), i quali sarebbero stati impediti proprio dalle trattative indebitamente interrotte, in tal modo determinando l'obbligo di ristoro sotto il profilo del lucro cessante. In primo grado: TAR Sardegna, 11 giugno 2003, n. 732, che accoglie la domanda di annullamento delle determinazioni ma respinge al domanda di risarcimento danni, atteso che l'accoglimento del ricorso è idoneo a farle conseguire il risultato avuto di mira con la partecipazione alla gara di appalto. Questo infatti attiene alla prestazione di un servizio per un determinato arco di tempo, che può essere svolto anche in un periodo successivo, previo adeguamento agli indici Istat dell'importo di aggiudicazione; TAR Lombardia, Milano, sez. I, 8 maggio 2008, n. 1380, annulla l'aggiudicazione definitiva ma respinge la domanda risarcitoria trattandosi di una procedura di gara con sistema di aggiudicazione non automatico, viziata dall'adozione di criteri di valutazione in parte incongrui e in parte indeterminati che ne determinano il travolgimento; non vi sono elementi per affermare che la ricorrente si sarebbe aggiudicata il servizio, sicché potrebbe in teoria essere risarcito il solo danno da perdita di *chance*, che, tuttavia, nel caso in esame, parte ricorrente ha allegato in termini assolutamente generici, ma che viene ripristinata dalla caducazione della gara e dalla conseguente privazione di efficacia del contratto. Riconosce, a titolo risarcitorio in relazione all'illegittima esclusione di un concorrente, solo le spese sostenute per la partecipazione alla gara: Cons. Stato, 23 maggio 2003 n. 5899. V anche: Cons. Stato, sez. IV, 4 ottobre 2007 n. 5179, Cons. Stato, sez. IV, 4 ottobre 2007 n. 5177, Cons. Stato, sez. IV, 4 ottobre 2007 n. 5176, Cons. Stato, sez. IV, 4 ottobre 2007 n. 5174, che affermano la responsabilità precontrattuale conseguente a revoca (legittima) disposta data l'emersione di lacune nel progetto dell'opera pubblica da realizzare, così gravi da comportare una completa revisione progettuale, attesa l'impossibilità di dare esecuzione al progetto in gara; si riconosce il risarcimento del solo danno emergente; la perdita di chance lamentata non può allora essere riconosciuta e il danno risarcibile è costituito dalle spese relative alla polizza per cauzione definitiva (euro 42.025,64).

¹⁶⁷ Art. 134, dlgs. n. 163/2006 (già art. 122, d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e art. 41, comma II, del d.p.r. 16 luglio 1962 n. 1063, *approvazione del capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici*; ma si veda 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*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1992, 324; Coll. arb., 6 febbraio 1990, *Impr. Grassi c. Com. Sciacca*, *Id.*, 1991, 635; Coll. arb., 15 febbraio 1989, *Impr. costruz. Mineri c. Com. di Messina*, *cit.*, 128; Coll. arb., 7 dicembre 1988, *Impr. Anzà c. Com. di Gioiosa Marea*, *Id.*, 1989, 814).

¹⁶⁸ Art. 132, commi IV e V, dlgs. 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 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F., *cit.* Altro parametro quantifica i danni per il recesso causato da ritardo nella consegna dei lavori in una quota di risarcimento inferiore all'1% del valore del contratto: l'art. 129, comma VIII, d.P.R. n. 554/1999, non abrogato dal dlgs. 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 la parte dell'importo fino a 500 mln di lire, 0,5% per l'eccedenza fino a 3000 mln di lire e 0,2% per la parte eccedente i 3000 mln di lire (art. 9, comma I, d.m. 19 aprile 2000, n. 145, ma cfr. già art. 10, comma VIII, d.p.r. 16 luglio 1962 n. 1063, *cit.*, sui cui limiti di applicazione: Cass., 25 luglio 1990, n. 7536, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 302; *Id.*, sez. I, 4 luglio 1986, n. 4392, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1986, 1750; Coll. arb., 17 giugno 1993, *Impr. Muni c. Com. Motta S. Anastasia*, *ivi*, 1995, 67; Coll.

Non pare possibile escludere la prova che si sarebbe conseguito un utile maggiore in relazione alle caratteristiche dell'appalto e soprattutto per l'organizzazione dell'impresa¹⁶⁹. La presentazione di un'offerta vincola il concorrente fino al termine della selezione e comunque fino ad un massimo di 180 giorni¹⁷⁰, con la conseguenza di una limitazione della disponibilità dei mezzi dell'impresa, la quale, sebbene possa liberamente partecipare ad altre gare, deve valutarne l'opportunità in relazione al vincolo già assunto¹⁷¹. Si deve notare peraltro che nel codice dei contratti è stata inserita una previsione che esclude ogni indennizzo ulteriore rispetto alle "spese contrattuali documentate" nel caso in cui non si proceda alla stipulazione del contratto nei termini stabiliti e l'aggiudicatario notifichi la volontà di "sciogliersi da ogni vincolo"¹⁷². Una simile limitazione sembra riguardare esclusivamente i casi di comportamento corretto della parte pubblica che decide di non stipulare il contratto.

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 ritardi¹⁷³.

D'altra parte, il concorrente che si è comportato correttamente e che avrebbe meritato l'aggiudicazione sembrerebbe poter 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 qualificare l'impresa come inaffidabile¹⁷⁴, sia perché il corretto adempimento di appalti pubblici costituisce requisito di qualificazione per futuri contratti pubblici.

Differenti questioni si pongono se l'esecuzione del contratto 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

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).

¹⁶⁹ Cfr. Coll. arb., 6 febbraio 1990, *Impresa Ing. A. Grassi c. Com. di Sciacca*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1991, 653, ove si cerca di provare che il guadagno netto dell'impresa non sarebbe stato inferiore al 14-15%; Corte giustizia Comunità europee, 14 gennaio 1993, causa 257/90, *Italsolar s.p.a. c. Commissione Ce*, in *Raccolta*, 1993, I, 9, ove un'impresa italiana, sostenendo di essere stata illegittimamente esclusa da una gara, disciplinata dalla terza convenzione di Lomé, quantifica il danno subito in 478.624.000 lire come spese di partecipazione alla gara d'appalto e richiede il 15% del prezzo offerto per ciascun lotto quale mancato guadagno; la sua domanda viene peraltro integralmente respinta.

¹⁷⁰ Art. 11, comma VI, d.lgs. n. 163 del 2006, cit. Sull'irrevocabilità dell'offerta si v. Cons. Stato, sez. V, 19 aprile 2007, n. 1786, in *Foro amm.* – CDS, 2007, 1862 e s., con nota di M. MATTALIA, *La previsione nel bando di gara dell'irrevocabilità dell'offerta*, secondo cui la previsione espressa contenuta nel bando di gara di un appalto di lavori di un termine minimo di efficacia dell'offerta non consente il ritiro della medesima prima della scadenza del termine, anche se consentito dalla stazione appaltante prima dell'apertura delle buste; invero la previsione di un termine di efficacia dell'offerta assicura la trasparenza delle pubbliche gare, anche al fine di non pregiudicare il calcolo delle medie ovvero la soglia di anomalia.

¹⁷¹ Cfr. art. 49-50, d.lgs. n. 163/2006, con riferimento ai riflessi che sotto tale profilo può determinare l'applicazione dell'istituto del c.d. avvalimento. TAR Lombardia, sez. III, Milano, 9 marzo 2000, n. 1869, cit.

¹⁷² Art. 11, comma IX, d.lgs. n. 163 del 2006, cit.

¹⁷³ Cons. Stato, sez. VI, 17 febbraio 2003, n. 843, in *giustizia-amministrativa.it*

¹⁷⁴ V. Coll. arb., 14 settembre 1993, *Impresa Holzmann c. Consorzio di bonifica alto e medio Belice*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 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; Tribunale di Milano, sez. I, 2 marzo 1998, n. 3183, *F.lli Costanzo s.p.a. c. Com. di Milano*, in *ed. V.* anche L. GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, 67 e s.

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

Tale prospettiva 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 possono essere considerati come singole persone fisiche (parti deboli), ma sono normalmente 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 scorrette¹⁷⁵.

¹⁷⁵ C. giust. Ce, sez. VI, 27 febbraio 2003, *Santex SpA c. Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia*, cit.; C. giust. Ce, sez. VI, 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale-Bau e a.*, pti 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".