

G. M. RACCA, *Contratti pubblici e comportamenti contraddittori delle pubbliche amministrazioni: la responsabilità precontrattuale*, in *La Rivista Neldiritto*, 2009.

*Le decisioni in esame consentono di analizzare le principali questioni ancora aperte relativamente alla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni. Comportamenti contraddittori e non trasparenti, dunque scorretti, delle parti pubbliche determinano l'affermazione di tale responsabilità tuttavia l'esito risarcitorio risulta opposto.*

*I profili più dibattuti riguardano il momento in cui le trattative precontrattuali assumono rilevanza giuridica, le posizioni giuridiche soggettive coinvolte, unitamente ai limiti della giurisdizione esclusiva. Questioni aperte sussistono anche in relazione alla definizione degli elementi costitutivi della responsabilità precontrattuale in particolare per quanto concerne l'elemento della colpa, ove l'ammissione di presunzioni semplici ovvero il riconoscimento dell'inversione dell'onere della prova fanno propendere per una responsabilità da inadempimento.*

*Ancora più rilevanti risultano le questioni relative alla quantificazione del danno in particolare in relazione ai casi più gravi in cui si prova il "diritto all'aggiudicazione", rispetto ai quali si andava consolidando la regola del "decimo" con varie attenuazioni, ma che ora viene radicalmente contestata con la richiesta di danneggiato della prova di altre occasioni perdute e la conseguente esclusione di ogni risarcimento.*

## LE SENTENZE

**Consiglio di Stato, sez. VI - sentenza 17 dicembre 2008 n. 6264 r ONLINE**

*Pres. Varrone, Est. Contessa.*

**1. Contratti della P.A. - Generalità - Fase della formazione del contratto - Illegittima interruzione delle trattative e delle procedure di gara - In violazione del dovere di lealtà e correttezza - Responsabilità precontrattuale della P.A. - Sussiste.**

**2. Giustizia amministrativa - Risarcimento dei danni - Per responsabilità precontrattuale della P.A. - Liquidazione richiesta in maniera forfettaria, facendo riferimento al criterio del 10% quale utile presuntivo d'impresa - Inammissibilità - Dimostrazione delle spese inutilmente sostenute nel corso delle trattative in vista del contratto non concluso, dei danni derivanti dalla perdita di ulteriori, possibili occasioni di stipulazione di contratti - Necessità.**

*1. Si configura un caso di responsabilità di carattere precontrattuale in capo all'Amministrazione, la cui cognizione va ascritta alla giurisdizione risarcitoria del giudice amministrativo, in ipotesi in cui il mancato rispetto dei generali canoni di buona fede e correttezza in contrahendo si sia risolto in un'attività nel suo complesso illegittima, la quale abbia comunque determinato l'impossibilità del sorgere del vincolo contrattuale.*

*2. Il danno risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale da parte della Pubblica Amministrazione a seguito della mancata stipula dal contratto, deve intendersi limitato al rimborso dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative svolte in vista della conclusione del contratto (danno emergente), nonché al ristoro della perdita, se adeguatamente provata, di ulteriori occasioni di stipulazione con altri di contratti altrettanto o maggiormente vantaggiosi, impedito proprio dalle trattative indebitamente interrotte (lucro cessante), con esclusione del mancato guadagno che sarebbe stato realizzato con la stipulazione e l'esecuzione del contratto*

**Tar Lazio, Roma, sezione I ter, - sentenza 12 dicembre 2008 n. 11343 r ONLINE**

*Pres. Giulia, Est. Russo.*

**1. Giustizia amministrativa - Risarcimento dei danni - Per responsabilità precontrattuale della P.A. - Ammissibilità - Poteri del giudice di merito - Individuazione.**

**2. Giustizia amministrativa - Risarcimento dei danni - Per responsabilità precontrattuale della P.A. - Presupposti per il riconoscimento - Individuazione.**

**3. Giustizia amministrativa - Risarcimento dei danni - Per responsabilità precontrattuale della P.A. - Ammontare del risarcimento dovuto - Criteri - Individuazione.**

**4. Giustizia amministrativa - Risarcimento dei danni - Per responsabilità precontrattuale della P.A. - Danno da perdita di altre occasioni favorevoli da parte - Determinazione in via equitativa, in misura pari al 10% del corrispettivo contenuto nell'offerta - Possibilità - Sussiste.**

*1. E' configurabile una responsabilità precontrattuale della P.A. ex art. 1337 c.c. in tutti i casi in cui l'Amministrazione, nel corso delle trattative con il privato, non abbia rispettato i principi della buona fede e della correttezza, spettando al giudice di merito*

accertare se il comportamento dell'Amministrazione abbia ingenerato nei privati un ragionevole affidamento in ordine alla conclusione del contratto.

2. La responsabilità precontrattuale della P.A. presuppone che: a) tra le parti siano intercorse trattative per la conclusione di un contratto giunte ad uno stadio tale da giustificare oggettivamente l'affidamento nella conclusione del contratto; b) che una delle parti le abbia interrotte così eludendo le ragionevoli aspettative dell'altra, la quale, avendo confidato nella conclusione finale del contratto, sia stata indotta a sostenere spese o a rinunciare ad occasioni più favorevoli; c) che il comportamento della parte inadempiente sia stato determinato, se non da malafede, almeno da colpa, e non sia quindi assistito da un giusto motivo.

3. Il pregiudizio risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale è limitato al rimborso dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative svolte in vista della conclusione del contratto (danno emergente), ed al ristoro della perdita, se adeguatamente provata, di ulteriori occasioni di stipulazione con altri di contratti altrettanto o maggiormente vantaggiosi, impedito proprio dalle trattative indebitamente interrotte (lucro cessante), con esclusione del mancato guadagno che sarebbe stato realizzato con la stipulazione e l'esecuzione del contratto (2); a tal fine, per il danno emergente è da ritenere sufficiente che siano documentate le spese sostenute; per il lucro cessante, invece, il privato deve dimostrare anche il mancato accrescimento della sua sfera patrimoniale nella misura che avrebbe raggiunto se il provvedimento amministrativo riconosciuto illegittimo non fosse stato adottato o eseguito.

4. Nel caso di 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 può essere determinato in via equitativa, riconoscendo al concorrente l'utile economico che sarebbe derivato dalla gestione del servizio nella misura del 10%. Tale danno, che non può essere provato nel suo preciso ammontare, va determinato in via equitativa nel 10% del corrispettivo contenuto nell'offerta con riferimento al criterio offerto dagli articoli 345 della legge 20 marzo 1865 n. 2248 allegato F sui lavori pubblici, che fissa nella decima parte del valore le opere non eseguite il corrispettivo a carico dell'amministrazione per il recesso anticipato dal contratto, e 37-settesimes della legge 11 febbraio 1994 n. 109, introdotto dall'articolo 11 della legge 18 novembre 1998 n. 415, che fissa nella stessa misura "l'indennizzo a titolo di risarcimento per mancato guadagno" nel caso di risoluzione del rapporto di concessione di opera pubblica per inadempimento del concedente.

## CONTRATTI PUBBLICI E COMPORTAMENTI CONTRADDITTORI DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI: LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE di Gabriella M. RACCA

**SOMMARIO.** 1.- I comportamenti scorretti. 2.- L'individuazione di trattative precontrattuali e le posizioni giuridiche soggettive. 3.- Gli elementi costitutivi e la natura giuridica della responsabilità precontrattuale. 4.- I limiti della giurisdizione amministrativa sulla responsabilità precontrattuale. 5.- La quantificazione del danno risarcibile.

### **1.- I comportamenti scorretti.**

Nei due casi in esame emergono comportamenti scorretti di pubbliche amministrazioni che avevano manifestato la volontà di stipulare determinati contratti, ma che successivamente modificano tale scelta evidenziando un comportamento contraddittorio.

Il Consiglio di Stato esamina il caso in cui la contraddittorietà consiste nell'aver bandito e provvisoriamente aggiudicato un contratto relativo a servizi idrici, richiedendo in seguito all'aggiudicatario di accettare il passaggio diretto di tutto il personale precedentemente in servizio, in attuazione di un protocollo di intesa siglato con le organizzazioni sindacali, ma successivo al bando e non richiamato nei documenti di gara. Un simile obbligo avrebbe determinato un evidente squilibrio economico relativamente all'offerta presentata dall'aggiudicatario. Di qui la scelta della parte pubblica di "revocare l'aggiudicazione" e dell'aggiudicatario di richiedere il risarcimento per equivalente.

Il caso analizzato dal Tar Lazio riguarda invece una procedura di convenzionamento con operatori privati per la fornitura di servizi di ristorazione agli studenti universitari. Qui si sovrappone la posizione del precedente operatore convenzionato con la nuova graduatoria di operatori selezionati dalla parte pubblica. La commissione giudicatrice propone di convenzionare anche altri operatori selezionati, proposta non accolta per mancanza di fondi, con la conseguente scelta di interrompere il rapporto con il precedente gestore.

Due casi di comportamento contraddittorio, in entrambi i giudici riconoscono la scorrettezza, la mancanza di trasparenza e coerenza, tuttavia nel primo negano ogni risarcimento del danno, mentre nel secondo, seppur con sentenza non ancora definitiva, lo ammettono.

Si tratta di due casi che consentono di evidenziare le questioni più significative ancora aperte nella ormai vasta giurisprudenza sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni e che riguardano l'individuazione del momento dal quale si riconosce la sussistenza di trattative precontrattuali, le posizioni giuridiche coinvolte, i confini della giurisdizione esclusiva, gli elementi costitutivi di tale responsabilità, la sua natura giuridica e da ultimo la quantificazione del danno da scorrettezza.

## **2.- L'individuazione di trattative precontrattuali e le posizioni giuridiche soggettive.**

In passato si riconosceva la sussistenza di trattative giuridicamente rilevanti solo in seguito alla stipulazione del contratto, fino all'emanazione dell'atto di controllo o approvazione del contratto stesso. In seguito si è ammessa l'esistenza di una trattativa dal momento dell'aggiudicazione definitiva fino alla stipulazione del contratto. Ora alla luce della previsione generalizzata di una aggiudicazione provvisoria<sup>1</sup>, si riconoscono parti individuate fin da quel momento, come evidenziato nel primo caso in esame, sempre sul presupposto, ormai superato, che le trattative possano sussistere solamente fra due parti.

L'evoluzione descritta evidenzia una linea di tendenza estensiva che non potrà escludere la sussistenza di trattative con tutti i partecipanti alle selezioni per l'affidamento di contratti pubblici e non solo con l'aggiudicatario, poiché con tutti i concorrenti alle gare pubbliche - che si vincolano con proposta irrevocabile<sup>2</sup> - non può escludersi che sussista quell'"accentuato contatto sociale" cui l'ordinamento ricollega gli obblighi di correttezza precontrattuale ex art. 1337 cod. civ., seppur in assenza di specifici obblighi di prestazione<sup>3</sup>.

La tendenza ancora diffusa ad individuare nella fase iniziale della selezione solo degli interessi legittimi è ricollegata all'affermazione che solo con l'aggiudicazione si raggiungerebbe quell'avanzamento delle trattative che farebbe sorgere l'affidamento nella conclusione del contratto, quasi che in precedenza sia ammissibile un comportamento scorretto. Si è già chiarito tuttavia che nei rapporti fra privati tale riferimento ha rilevanza per determinare la quantificazione del danno, mentre la tutela precontrattuale è riconosciuta fin dall'avvio delle trattative e l'affidamento tutelato è quello alla correttezza delle trattative stesse, dato che fra privati non sussiste normalmente alcun vincolo alla stipulazione.

Invece di riconoscere la sussistenza di un diritto alla correttezza precontrattuale ancora si preferisce tutelare l'interesse legittimo dei partecipanti alla selezione riconoscendo comunque un risarcimento del danno ove si individui la violazione delle norme sulla selezione dei contraenti<sup>4</sup>. Tale ricostruzione è agevolata dal fatto che spesso il contenzioso sorge non sulla violazione che si suppone commessa dalla parte pubblica bensì in relazione ad atti di autoannullamento o revoca di atti di gara da parte della stessa parte pubblica e l'annullamento, ad esempio di un bando di gara - sulla cui base dei privati abbiano già presentato una proposta irrevocabile -, si considera atto di autotutela che determina interessi legittimi, tuttavia costituisce anche recesso dalle trattative che deve avvenire correttamente.

Ciò risulta ancora più evidente quando ad essere annullato non è un atto iniziale della gara bensì l'aggiudicazione che - seppure non costituisce ancora accettazione dell'offerta<sup>5</sup> - individua la controparte del futuro contratto in un momento in cui tutti gli elementi del futuro accordo sono definiti ed immodificabili nel rispetto del principio di concorrenza.

La revoca o forse più propriamente l'annullamento d'ufficio<sup>6</sup> degli atti di gara è stata ricostruita come provvedimento di autotutela, in passato per fondare la giurisdizione sui connessi interessi legittimi, ed anche oggi viene preferita per i casi in cui tali atti incidano sugli effetti del contratto e si discuta di quel labile confine tra "procedure di affidamento" dei contratti, oggetto di giurisdizione esclusiva ed effetti sull'esecuzione del contratto oggetto di giurisdizione ordinaria.

Inoltre la ricostruzione tradizionale talora è risultata utile per distinguere il giudizio di legittimità sull'atto di revoca o di annullamento, rispetto a quello sulla responsabilità per comportamento scorretto.

<sup>1</sup> Art. 11 e 12 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*.

<sup>2</sup> Art. 11, c. VI, d. lgs. 163 del 2006, cit.

<sup>3</sup> G. M. RACCA, voce *Correttezza* (dir. amm.), in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, vol. II, 1529 e s.

<sup>4</sup> Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2009, n. 122. 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.

<sup>5</sup> Art. 11, c. VII, d. lgs. 163 del 2006, cit., ove si precisa che l'aggiudicazione provvisoria e definitiva non equivalgono ad accettazione dell'offerta, superando le previsioni che risalivano all'art. 16, c. IV r. d. 18 novembre 1923, n. 2440, *Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato* ove si affermava che i "processi verbali di aggiudicazione definitiva, in seguito ad incanti pubblici o a private licitazioni, equivalgono per ogni legale effetto al contratto".

<sup>6</sup> TAR Lombardia Milano, sez. III, 29 dicembre 2008, n. 6171.

L'atto di annullamento o revoca viene inteso come atto di autonomia privata della parte pubblica che sceglie di non procedere nella selezione avviata (normalmente per ragioni economiche)<sup>7</sup> e che il giudice amministrativo non annulla (evitando di costringere ad esempio alla stipulazione di un contratto per il quale non si rinvengano le risorse finanziarie), tuttavia si riserva di valutare il comportamento complessivamente tenuto dalla parte pubblica, potendolo considerare scorretto in quanto contraddittorio.

Nei rapporti fra privati non vi sarebbe tale esigenza poichè nessun giudice può ingerire nelle scelte di autonomia privata al punto di imporre la stipula di un contratto. Nei rapporti con la pubblica amministrazione ciò potrebbe avvenire con l'annullamento giurisdizionale di un annullamento o di una revoca, che conseguentemente imporrebbe la prosecuzione delle trattative formalizzate nella procedura di gara e la stipulazione del contratto<sup>8</sup>.

Quindi anche se gli atti di autotutela potrebbero essere qualificati come recesso corretto o scorretto dalle trattative si continua a distinguere i due profili di giudizio sulla legittimità dell'atto e di correttezza del comportamento, anche se di frequente hanno il medesimo esito di illegittimità e scorrettezza<sup>9</sup>, ovvero di legittimità e correttezza<sup>10</sup>.

Questa configurazione consente dunque di evidenziare come la distinzione fra i due giudizi assicuri una minore ingerenza nelle scelte pubbliche, dal momento che mentre fra privati la scorrettezza del recesso determina solo un risarcimento del danno, nei rapporti con le pubbliche amministrazioni l'annullamento della revoca potrebbe determinare l'obbligo di proseguire la gara e stipulare il contratto. Si ammette la "legittimità della revoca" e la scorrettezza del comportamento complessivamente tenuto dalla parte pubblica, riconoscendo implicitamente che ad essere risarcito non è l'interesse legittimo bensì il diritto al comportamento corretto e che non si pone un problema di pregiudizialità.

### 3.- Gli elementi costitutivi e la natura giuridica della responsabilità precontrattuale.

Come è noto la responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni trova una recente affermazione nella giurisprudenza amministrativa ed una precedente scarsa applicazione nella giurisprudenza civile<sup>11</sup>. Le responsabilità dello Stato e degli enti pubblici per i danni causati dai propri agenti, in particolare in relazione ai comportamenti connessi all'attività contrattuale, avevano infatti trovato altre qualificazioni e differenti tutele<sup>12</sup>. Il progressivo e sempre più ampio riconoscimento della responsabilità delle pubbliche amministrazioni come principio di civiltà giuridica 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 responsabilità<sup>13</sup>.

Tradizionalmente, il giudice della responsabilità e del risarcimento del danno era il giudice ordinario<sup>14</sup> e proprio la nuova giurisprudenza del giudice amministrativo sulla responsabilità precontrattuale costituisce una delle più significative novità dell'ultimo decennio<sup>15</sup>. Per questa ragione appare di grande interesse individuare le linee evolutive nella definizione degli elementi costitutivi di questa responsabilità per delineare le possibili applicazioni future a garanzia della effettività della tutela di tutti gli interessi coinvolti. Il giudice amministrativo, divenuto il nuovo giudice della responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni, ha infatti iniziato ad elaborare una nuova giurisprudenza volta a definire gli elementi costitutivi e la natura giuridica della stessa.

<sup>7</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6 e Cons. Stato, sez. V, 8 ottobre 2008, n. 4947, affermano la responsabilità precontrattuale per comportamento scorretto considerando legittima la "revoca". Così 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; TAR Lazio Roma, sez. III, 13 luglio 2007, n. 6369, TAR Lazio Roma, sez. III, 10 gennaio 2007 n. 76.

<sup>8</sup> S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, 165 e s.; S. S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008, 129 s. e 197 e s.

<sup>9</sup> Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1667.

<sup>10</sup> Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2008, n. 5633; Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 2007, n. 6137. Si veda la posizione di: A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005, 171 e s.

<sup>11</sup> G.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, 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, 2003, 4 e s.

<sup>12</sup> G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, 104 e s. 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*, cit., 5125 e s.; R. CAVALLO PERIN, *Commento all'art. 1*, in R. CAVALLO PERIN, A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006, 4 e s.; F. SATTI, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.* vol. XXXIX, Milano, 1988, 1369 e s.; D. SORACE, (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, Padova, 1998.

<sup>13</sup> Come ampiamente evidenziato in: G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 404 e s.

<sup>14</sup> Cass. Civ., sez. un., 27 febbraio 2008, n. 5084; Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457 e 29 febbraio 2008, n. 873, Cons. Stato, sez. V 6 dicembre 2006 n. 7194.

<sup>15</sup> Evidenzia i rischi di comprometterne le specificità della giustizia amministrativa: A. ROMANO, *Giurisprudenza ordinaria e giurisprudenza amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (Epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 602 e s.

Come è noto la tutela dei partecipanti alle gare pubbliche è fondata sulla disciplina europea e nazionale, in particolare è ormai acquisito che tale tutela concerne tutta la fase che si avvia con la pubblicazione della volontà di stipulare un contratto fino alla stipulazione dello stesso, poiché le direttive ricorsi hanno precisato che ogni violazione delle norme sulla selezione del contraente può determinare un risarcimento, senza che si debba richiedere la prova del diritto all'aggiudicazione<sup>16</sup>.

Con la presentazione di una offerta che costituisce proposta irrevocabile, secondo la qualificazione del legislatore<sup>17</sup>, non pare più possibile dubitare che si instaurino delle trattative parallele tra la parte pubblica e i partecipanti alla selezione.

Il rapporto giuridico tra parte pubblica e parti private determina il sorgere di obblighi di protezione reciproci (ben più articolati di quelli normalmente sussistenti fra privati)<sup>18</sup>, consistenti essenzialmente nella trasparenza, correttezza e coerenza, che prescindono da ogni obbligo di prestazione, in relazione alla mancanza ancora di un vincolo propriamente contrattuale relativamente all'oggetto del contratto.

La responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni sembra trovare fondamento nei principi costituzionali di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione. Se l'imparzialità e la buona amministrazione, intesa come buon andamento, sono principi enunciati nell'art. 97 Cost., il richiamo al principio di correttezza<sup>19</sup> 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"<sup>20</sup>. 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.

La giurisprudenza tradizionalmente qualifica la responsabilità precontrattuale come responsabilità di tipo extracontrattuale con la necessità di individuarne tutti gli elementi costitutivi<sup>21</sup>. Quando peraltro si affronta la definizione dell'elemento della colpa si evidenziano le difficoltà nell'imporre al privato danneggiato l'onere della prova della "colpa dell'apparato"<sup>22</sup> e si ammettono presunzioni ovvero l'inversione di tale onere.

Superando dunque le enunciazioni formali, normalmente la regola che risulta applicata sembra consistere nella individuazione di un comportamento che viola gli indicati principi e che determina la responsabilità precontrattuale, ove non si raggiunga la prova contraria, della non imputabilità alla parte pubblica di tale violazione<sup>23</sup>, secondo il modello della responsabilità da inadempimento<sup>24</sup>.

L'individuazione di un principio di correttezza come richiamato nelle pronunce della Corte di cassazione e dei giudici amministrativi sulla responsabilità delle pubbliche amministrazioni<sup>25</sup> 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 coinvolti e deve conformarsi al principio di correttezza<sup>26</sup>. L'evoluzione del rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione in relazione alla formulazione di regole di condotta, riconducibili, nello schema contrattuale, a obblighi

<sup>16</sup> Dir. 2007/66/CE 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, da recepire entro il 20 dicembre 2009.

<sup>17</sup> Art. 11, c. VII, d.lgs. n. 163 del 2006, cit.

<sup>18</sup> F. G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. Cost.*, 1999, 4061.

<sup>19</sup> Si rinvia a G. M. RACCA, voce *Correttezza* (dir. amm.), cit., 1539, e s.

<sup>20</sup> A. DI MAJO, voce *Obbligazione, teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, vol. 1990, 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.

<sup>21</sup> Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5100.

<sup>22</sup> Così: Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, che fa riferimento anche alle «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».

<sup>23</sup> Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5100; Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2007, n. 114; 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.*

<sup>24</sup> 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 occorre valutare la sussistenza dell'elemento psicologico ai sensi dell'art. 2043 c. c. in relazione al funzionamento complessivo dell'apparato.

<sup>25</sup> Cass., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157; C.G.A Regione Siciliana, ordinanza 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.

<sup>26</sup> 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. 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.

procedimentali, comporta che queste possano configurarsi “come vere e proprie prestazioni da adempiere secondo il principio di correttezza e buona fede (artt. 1174 e 1175 cod. civ.)”<sup>27</sup>.

La giurisprudenza ha già chiarito<sup>28</sup> 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”<sup>29</sup>.

Il riconoscimento di un principio di correttezza che deve informare l’attività degli “apparati” delle pubbliche amministrazioni<sup>30</sup>, 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 dunque riconducibile alla responsabilità da inadempimento di un’obbligazione di correttezza<sup>31</sup>. Come ricordato, la giurisprudenza ammette la prova della “non colpa” dell’amministrazione intesa come comportamento scusabile determinato da particolari circostanze<sup>32</sup> che sembrano escludere l’imputabilità dell’inadempimento dell’obbligo di correttezza<sup>33</sup>. L’illegittimità dell’atto amministrativo viene considerata come “presunzione relativa di colpa a carico dell’Amministrazione, cui spetta quindi l’onere di provare di essere incorsa in errore incolpevole”<sup>34</sup>.

Una indicazione in tal senso viene inoltre 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 pubblici<sup>35</sup>. La richiesta di tale prova potrebbe infatti risultare estremamente difficile e pregiudicare l’efficacia dei ricorsi volti ad ottenere il risarcimento del danno da parte dei soggetti lesi.

La qualificazione giuridica del comportamento risulta dunque la scorrettezza intesa come contraddittorietà, quando la parte pubblica dopo aver pubblicato un bando di gara ed aver manifestato la volontà di stipulare un certo contratto, decide diversamente contraddicendo le sue precedenti scelte manifestate in atti formalizzati. La scelta di recedere dalle trattative risulta scorretta quando, come nel caso in esame, la contraddittorietà del

<sup>27</sup> Si ricorda che tali valori 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, c. II, rende applicabili agli accordi partecipativi i principi codicistici in materia di obbligazioni e contratti): Cass., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157.

<sup>28</sup> Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, ove la responsabilità della p.a. risulta 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*, in *Dir. Amm.*, 2002, 23 e s., che considera 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.

<sup>29</sup> Cass., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157, 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, 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*, 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”.

<sup>30</sup> Cons. Stato, sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 204. 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, tanto più quando si tratta di valutare la colpa di organizzazioni collettive complesse ovvero dell’apparato amministrativo ove l’elemento soggettivo è riferito alla complessiva struttura dell’ente: Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239.

<sup>31</sup> L’illegittimità dell’atto conclusivo del procedimento potrebbe far sorgere una responsabilità assimilabile a quella di tipo contrattuale (artt. 1218 e s. c.c.) e non una responsabilità aquiliana “pura”: Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239.

<sup>32</sup> Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5100, Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, 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; 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»; C. Giust. CE, 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*, § 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, *AFCO Management Consultants e a. c. Commissione Ce*, § 93. 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, cit. 21.

<sup>33</sup> 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., 1269.

<sup>34</sup> Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5100; Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2007, n. 114.

<sup>35</sup> Corte Giust. CE 14 ottobre 2004 n. 275/2003 condanna la Repubblica Portoghese per non corretto e completo recepimento della direttiva 89/665/CE, 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 assicuri l’effettività della tutela alle posizioni soggettive dei privati che difficilmente potrebbero fornire la prova della colpevolezza della condotta dell’amministrazione.

comportamento “sorprenda” la controparte che non aveva strumenti per comprendere che le scelte pubbliche manifestate avrebbero potuto ancora essere modificate. Così risulta scorretto il comportamento della parte pubblica che ritarda la comunicazione al privato delle sue mutate decisioni, come accennato, magari per sopravvenuta mancanza dei mezzi finanziari<sup>36</sup>. 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<sup>37</sup>, tuttavia non può non rilevarsi che le scelte discrezionali dovrebbero esaurirsi con la pubblicazione del bando di gara. 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”, ma anche tali riserve non legittimano ogni scorrettezza<sup>38</sup>.

#### 4.- I limiti della giurisdizione amministrativa sulla responsabilità precontrattuale.

Il riconoscimento della giurisdizione esclusiva in materia di procedure di affidamento di contratti pubblici sembrava assicurare la semplificazione e concentrazione dei giudizi<sup>39</sup>, tuttavia la delimitazione normativa di tale giurisdizione alle sole “procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all’applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale”<sup>40</sup> sembra essere interpretata restrittivamente ad escludere gli effetti sul contratto delle pronunce di annullamento dell’aggiudicazione<sup>41</sup>, dal momento che la giurisdizione sull’esecuzione dei contratti pubblici resta al giudice civile.

I profili di novità relativamente a questioni che si susseguivano da oltre un secolo<sup>42</sup>, 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<sup>43</sup>, che a sua volta può ancora essere soggetto ad approvazione ed a successivi controlli<sup>44</sup>. Inoltre anche la nuova direttiva comunitaria in materia di ricorsi 66/07/CE<sup>45</sup>, richiede un termine dilatorio fra l’aggiudicazione e la stipulazione del contratto per favorire la proposizione di ricorsi che consentano di correggere celermente la procedura ed addivenire alla stipulazione del contratto con il migliore offerente.

<sup>36</sup> Cons. Stato, sez. V, 8 ottobre 2008, n. 4947, afferma la 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; in tal senso già: Cons. Stato, Ad. Plen. 5 settembre 2005, n. 6; TAR Lazio Roma, sez. III, 13 luglio 2007, n. 6369, TAR Lazio Roma, sez. III, 10 gennaio 2007 n. 76.

<sup>37</sup> 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: Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2008, n. 5633.

<sup>38</sup> 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”: 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, che esclude la responsabilità precontrattuale ove a seguito dell’annullamento giurisdizionale del verbale di gara e dell’intero procedimento di aggiudicazione, l’impresa originariamente aggiudicataria, partecipi alla nuova gara senza aggiudicarsela.

<sup>39</sup> 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”.

<sup>40</sup> Art. 244 d. lgs. n. 163 del 2006.

<sup>41</sup> Cass., sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27169.

<sup>42</sup> R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione del concordato Romano D’Amelio*, Relazione al Convegno su *Il Consiglio di Stato durante la presidenza di Santi Romano*, presso il Consiglio di Stato, 6 febbraio 2003, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 14, nonché in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>43</sup> La complessa fase di “formazione della volontà della parte pubblica” determina che le conseguenze dell’annullamento dell’aggiudicazione sul contratto siano state qualificate secondo differenti prospettazioni: nella *caducazione automatica* del contratto in conseguenza dell’annullamento dell’aggiudicazione, 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’aggiudicazione: C.E. GALLO, *Contratto ed annullamento dell’aggiudicazione: la scelta dell’adunanza plenaria*, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2008, nota ad Ad. Plen. 30 luglio 2008, n. 9; 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. S. VINI, *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.

<sup>44</sup> Art. 11 e 12 d.lg. n. 163/2006, cit. G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 403 e s.

<sup>45</sup> Dir. 2007/66/CE, 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.

Di recente il giudice civile ha affermato che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo risulta limitata alle controversie inerenti le procedure di affidamento dei contratti pubblici, con esclusione di ogni domanda che concerna la fase dell'esecuzione dei relativi contratti, con la conseguenza che alla richiesta di annullamento dell'aggiudicazione potrebbe seguire solo il risarcimento del danno per equivalente, ma non anche la reintegrazione in forma specifica che, incidendo necessariamente sul contratto e quindi sulla fase negoziale e sui diritti soggettivi, esula dai poteri giurisdizionali amministrativi<sup>46</sup>. Una simile limitazione rischia peraltro di non garantire una piena ed effettiva tutela in violazione innanzitutto dalla disciplina europea<sup>47</sup>. I giudici amministrativi precisano peraltro che l'annullamento dell'aggiudicazione costituisce un vincolo sulla successiva attività dell'amministrazione e comporta un effetto caducatorio del contratto stipulato, che può essere rilevato in sede di esecuzione della sentenza<sup>48</sup>.

I confini della giurisdizione vengono nuovamente in discussione anche nelle ipotesi che non vengono considerate "procedure di affidamento" di contratti pubblici come ad esempio le trattative per l'acquisto di cosa futura<sup>49</sup>, in relazione, questa volta, alla presenza di soli diritti precontrattuali ed all'assenza di esercizio di poteri autoritativi ed interessi legittimi (presenti nelle procedure di affidamento di contratti pubblici), secondo una concezione tradizionale dell'attività amministrativa<sup>50</sup>.

### 5.- La quantificazione del danno risarcibile.

L'effettività della tutela assicurata dalla responsabilità precontrattuale si misura dalla adeguatezza della quantificazione del danno che viene risarcito ai soggetti che abbiano subito una violazione, che non sia stato possibile "correggere" con un risarcimento in forma specifica<sup>51</sup>. Le questioni relative alla quantificazione del danno precontrattuale sono ancora numerose, tuttavia si possono delineare ormai alcuni orientamenti diffusi, seppur non ancora consolidati.

Innanzitutto il risarcimento del danno da scorrettezza precontrattuale riguarda l'interesse negativo, 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 danni<sup>52</sup>.

Non è risarcibile un ipotetico "affidamento nella conclusione del contratto"<sup>53</sup> o un affidamento nella emanazione di un provvedimento favorevole, bensì la "tradita fiducia" circa il rispetto delle regole che specificano il comportamento dovuto dalle parti e in particolare dalla pubblica amministrazione<sup>54</sup>.

L'idea diffusa che l'interesse negativo debba necessariamente consistere in un ammontare inferiore a quello positivo non pare accoglibile<sup>55</sup> e l'affermazione, frequente in giurisprudenza, che il danno precontrattuale è

<sup>46</sup> 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 la giurisdizione del giudice civile in ordine all'accertamento delle conseguenze provocate dalla sopravvenuta mancanza delle condizioni di legalità del vincolo contrattuale, essendo il criterio di riparto della giurisdizione basato unicamente sulla separazione imposta dall'art. 103, c. 1, Cost. tra il piano procedimentale del diritto pubblico e quello negoziale, retto interamente dal diritto privato.

<sup>47</sup> Nonché le esigenze di concentrazione della tutela del cittadino rilevate da: C. Cost. 27 aprile 2007, n. 14.

<sup>48</sup> 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*. 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 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.

<sup>49</sup> Cass., sez. un., 12 maggio 2008, n. 11656. In passato si riconoscevano posizioni di interesse legittimo anche in caso di trattativa privata 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, e Dir. 92/13/CEE): 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 si ripensa, ma il giudice la "perdona"*. 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*.

<sup>50</sup> Riproposta ancora da: Corte Cost. 6 luglio 2004, n. 204.

<sup>51</sup> 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*, Milano, 2008, 264 e s.

<sup>52</sup> Cfr.: Cons. Stato, sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3999; TAR Campania Napoli, sez. I, 8 febbraio 2006, n. 1794; TAR Puglia, sez. I, 10 giugno 2003, n. 2360; TAR Liguria, sez. II, 6 luglio 2001, n. 825.

<sup>53</sup> È sempre possibile un'interruzione corretta della procedura selettiva: l'art. 41, dir. 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.

<sup>54</sup> V. ad es. Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1667.

<sup>55</sup> Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2003 n. 1457. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja Branca*, art. 1337 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». F. BENATTI, voce *Responsabilità precontrattuale, (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVII, 9, osserva che l'interesse negativo può essere considerato come espressione meramente descrittiva che individua il danno conseguente a violazioni di obblighi



risarcibile “nei limiti dell’interesse negativo”<sup>56</sup> pare piuttosto sottolineare le difficoltà relative alla prova del danno ed il frequente rinvio alla determinazione equitativa<sup>57</sup>.

In assenza di parametri per la determinazione del danno soccorre infatti la valutazione equitativa (artt. 1226, 2056 c.c.), che agevola una non rigorosa ripartizione dell’onere della prova, consentendo al giudice di ricavare dalle prove elementi ulteriori per definire il danno risarcibile<sup>58</sup>. Come è noto, l’obbligo di risarcire il danno conseguente alle violazioni avvenute in occasione delle procedure di scelta del contraente è stato imposto dalle direttive europee in materia di ricorsi<sup>59</sup> che richiedono un risarcimento adeguato ed effettivo il quale, per equivalente, compensi integralmente il danno arrecato<sup>60</sup>, ove non sia stata possibile la correzione della procedura<sup>61</sup>. In particolare, il giudice amministrativo è chiamato a stabilire i “criteri”<sup>62</sup> per la definizione della somma di denaro da offrire a chi abbia subito un danno da scorrettezza precontrattuale<sup>63</sup>.

L’oggetto e il valore del contratto sembrano costituire dati sui quali fondare la valutazione equitativa del danno, perché individuano l’impegno che i concorrenti hanno assunto con la partecipazione alla selezione. Tuttavia per operare una classificazione della casistica concernente la quantificazione del danno, pare necessario distinguere i casi in cui la scorrettezza dell’amministrazione abbia impedito al concorrente di risultare aggiudicatario e contraente, da quelli in cui si dimostri unicamente l’esistenza di un pregiudizio e si possano risarcire solamente le spese sostenute ovvero la perdita di una potenziale occasione di vantaggio<sup>64</sup>.

Il caso più interessante risulta essere il primo, poiché si tratta di un’ipotesi propria dei rapporti con le pubbliche amministrazioni dal momento che esse esauriscono le scelte discrezionali nella definizione dei documenti di gara, e sono chiamate a selezionare i contraenti oggettivamente nell’applicazione dei principi di imparzialità, correttezza e concorrenza. La formalizzazione della procedura selettiva determina la possibilità di individuare l’offerta oggettivamente migliore e dunque in tali casi la violazione pregiudica la possibilità di ottenere l’aggiudicazione e conseguentemente di eseguire il contratto.

Per simili ipotesi il parametro più utilizzato risulta essere quello del dieci per cento della base d’asta come ribassata dall’offerente ed ulteriormente ridotta di un quinto con applicazione analogica, proposta dalla dottrina<sup>65</sup>, della norma che, da tempo, consente il recesso dal contratto in corso di esecuzione<sup>66</sup>, assicurando quello che è considerato l’utile medio dell’appaltatore<sup>67</sup>. A tale somma vengono aggiunte le spese sopportate per la partecipazione alla procedura selettiva<sup>68</sup>.

La presentazione di un’offerta vincola il concorrente fino al termine della selezione e comunque fino ad un massimo di 180 giorni<sup>69</sup>, con la conseguenza di una limitazione della disponibilità dei mezzi dell’impresa, la quale,

---

precontrattuali, ma non ha alcun valore in ordine all’entità di tale danno, né ai criteri per la sua quantificazione; 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.

<sup>56</sup> Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2006, 7194.

<sup>57</sup> Da ult. si veda Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2009 n. 122, Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007 n. 1513 e Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n.1514; Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194; TAR Lazio Roma, sez. III, 10 gennaio 2007, n. 76. Cons. Stato, sez. IV, ord. 19 ottobre 2005, n. 5839; esclude 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.

<sup>58</sup> Si veda sul punto: Cons. Stato, sez. V, 23 settembre 2002, n. 4852, sull’impossibilità di ricorrere a tale sistema di quantificazione del danno in assenza di un principio di prova.

<sup>59</sup> Dir. 89/665/CEE; 92/13/CEE, recepite in un primo tempo dall’art. 13, l. 19 febbraio 1992, n. 142, abrogato dal c.V dell’art. 35, del d. lg. 80/98.

<sup>60</sup> 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 obG.*

<sup>61</sup> 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.*; Cons. Stato, sez. IV, 9 novembre 2005 n. 6236 in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2005, 3253; e si ricordi 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.

<sup>62</sup> Art. 7, l. 21 luglio 2000, n. 205, *Disposizioni in materia di giustizia amministrativa*, che mod. l’art. 35 del d. lgs. 31 marzo 1998, n. 35.

<sup>63</sup> 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.; nonché da ult. R. GAROFOLI, G. FERRARI *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2008, 1107 e s.

<sup>64</sup> Da ult. si vedano Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2009 n. 122, 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, come perdita di chance per la mancata indicazione di una gara ad ogni concorrente; Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194.

<sup>65</sup> Così già: G.M. RACCA, *La quantificazione del danno subito dai partecipanti alle gare per l’affidamento di appalti pubblici*, in *Dir. amm.*, 1998, 155. Anche la giurisprudenza comunitaria, in assenza di indicazioni normative espresse, giunge a quantificare il lucro cessante dell’imprenditore nel decimo del valore residuo dell’appalto in esecuzione: C.G.C.E, 1 giugno 1995, causa 42/94, *Heidemij Advies BV c. Parlamento Europeo*, in *Raccolta*, 1995, I, 1417, pto 22; ARROWSMITH, *Remedies for enforcing public procurement rules*, Acrystwyth, 1993, 73, 107.

<sup>66</sup> Art. 134, c. 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*. Art. 132, c. IV e V, d.lgs. n. 163/2006.

<sup>67</sup> Riconoscono il diritto al risarcimento del danno nella misura del “decimo” dell’ammontare della base d’asta come ribassata dall’offerta: Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5583, Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 2007 n. 2606, Cons. Stato, sez. V, 25 giugno 2007 n. 3645, Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 2007 n. 2605, Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2006 n. 7200, Cons. Stato, sez. V, 10 maggio 2005 n. 2338.

<sup>68</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6.

<sup>69</sup> Art. 11, comma VI, d.lgs. n. 163 del 2006, cit.

sebbene possa liberamente partecipare ad altre gare, deve valutarne l'opportunità in relazione al vincolo già assunto<sup>70</sup>. 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 notifihi la volontà di "sciogliersi da ogni vincolo"<sup>71</sup>. Una simile limitazione sembra peraltro potersi applicare esclusivamente ai casi di comportamento corretto della parte pubblica che decide di non stipulare il contratto.

Il concorrente che avrebbe meritato l'aggiudicazione sembra poter invocare anche la protezione 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 dell'offerta, sia perché qualifica l'impresa come inaffidabile<sup>72</sup>, sia perché il corretto adempimento di appalti pubblici costituisce requisito di qualificazione per futuri contratti pubblici.

Tuttavia la correttezza è imposta anche ai privati, con la conseguenza che la parte pubblica che accerti l'anomalia dell'offerta e la scorrettezza dell'operatore privato potrebbe richiedere il risarcimento del danno conseguente alle spese sostenute per la prosecuzione delle trattative, imposta dalla necessità della valutazione dell'anomalia e per i conseguenti ritardi<sup>73</sup>.

La giurisprudenza non risulta unanime e talora quantifica l'utile dell'appaltatore nel cinque per cento, o in altre percentuali simili, ovvero riduce l'ammontare del risarcimento in relazione a quanto ricavabile con l'impiego dei mezzi dell'impresa in altre attività<sup>74</sup>.

Di recente poi si assiste ad una sempre più diffusa contestazione della regola cosiddetta del "decimo" e si richiede la prova della "perdita di altre occasioni"<sup>75</sup> secondo il tradizionale orientamento civilistico<sup>76</sup>, non considerando che, ove tale prova non sia raggiunta, si giunge a negare, come nel primo caso in esame, ogni risarcimento del danno contravvenendo agli obblighi comunitari<sup>77</sup>.

Per le altre ipotesi in cui la violazione avviene in una fase precedente o comunque concerne i requisiti di qualificazione del privato, ovvero, per la tipologia di procedura selettiva non risulta possibile individuare quale sarebbe stata l'offerta migliore<sup>78</sup>, la giurisprudenza ha proposto varie soluzioni: talora si quantifica la *chance* partendo dal dieci per cento, ribassato e lo si divide per il numero dei partecipanti<sup>79</sup>, altre volte, anche in caso di mancata indicazione della gara, si è fatto riferimento all'uno o due per cento<sup>80</sup>.

Le modalità di quantificazione del danno risultano molto differenziate ed oscillano tra risarcimenti forse troppo generosi in relazione alla consistenza della scorrettezza e del danno effettivamente subito, come sembra potersi rilevare nel caso in esame giudicato dal Tar Lazio, ove il ritardo nella definizione della trattativa è stato ridotto, fino a casi come quello del Consiglio di Stato ove invece si accerta la scorrettezza del comportamento dell'amministrazione e si richiede l'impossibile prova della perdita di altre occasioni, negando ogni risarcimento.

---

<sup>70</sup> 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.

<sup>71</sup> Art. 11, comma IX, d.lgs. n. 163 del 2006, cit.

<sup>72</sup> 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 *cd.* V. anche L. GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, 67 e s.

<sup>73</sup> Cons. Stato, sez. VI, 17 febbraio 2003, n. 843.

<sup>74</sup> Talora infatti si rileva che il danno derivante dal mancato affidamento di un appalto è quantificabile nella misura dell'utile non conseguito (10 %), solo se e in quanto l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi, mentre quando tale dimostrazione non sia stata offerta è da ritenere che l'impresa possa avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri, analoghi servizi, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità, con conseguente riduzione in via equitativa del danno risarcibile, tendenzialmente nella misura del 5 %, così: Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2009, n. 122, Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1114, Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2007, n. 593, Cons. Stato, sez. IV 31 ottobre 2006, n. 6456, Cons. Stato, sez. IV, 22 maggio 2006, n. 2983, Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2006, n. 236, Cons. Stato, sez. V, 9 settembre 2005, n. 4642, Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2005, n. 2168, Cons. Stato, sez. VI, 10 novembre 2004, n. 7256, Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2004, n. 6322, Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2004, n. 6302, Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2004, n. 7346, Cons. Stato, sez. IV, 27 dicembre 2004, n. 8244 ; Cons. Stato, sez. IV, 26 ottobre 2003, n. 6666.

<sup>75</sup> Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2008 n. 5574; Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2006, 7194.

<sup>76</sup> Cass., 26 ottobre 1994, n. 8778, "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".

<sup>77</sup> Così: Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2003 n. 1457, ove in mancanza di prova dell'entità dell'asserito pregiudizio derivante dalla perdita di altre occasioni si considera inammissibile la domanda.

<sup>78</sup> TAR Lombardia, Milano, sez. I, 8 maggio 2008 n. 1380, esclude la prova del diritto all'aggiudicazione annulla l'aggiudicazione per la previsione di un sistema di aggiudicazione non automatico.

<sup>79</sup> Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2006, n. 3851; Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2005, n. 4423.

<sup>80</sup> Cons. Stato, sez. IV, 6 ottobre 2004, n. 6491; Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2006, n. 3851; Cons. Stato, 16 gennaio 2006 n. 86, che riconosce lo 0,4 della base d'asta. Cons. Stato, 11 ottobre 2006 n. 6059, riconosce il 2,5.

Si avverte dunque la necessità di procedere alla definizione di criteri uniformi per escludere una troppo ampia divaricazione di soluzioni rispetto a casi che risultano simili ed evitare che alla scorrettezza della parte pubblica si aggiunga una disparità del giudice amministrativo.