

OPERE PUBBLICHE
OBBLIGAZIONI E CONTRATTI
AMMINISTRAZIONE PUBBLICA

RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE - EVOLUZIONI SULLA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

Gabriella M. Racca e Silvia Ponzio^(*)

Cass. civ. Sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636

c.c. art. 1227

c.c. art. 1337

c.c. art. 1338

L. 20-03-1865, n. 2248, art. 337

FONTE

Giur. It., 2015, 8-9, 1963

La pronuncia riprende talune questioni ancora aperte sulla responsabilità precontrattuale delle amministrazioni pubbliche affermando l'instaurazione di trattative parallele con i partecipanti alla gara pubblica che non devono risultare contraddittorie, in violazione dei principi di correttezza e buona fede. Il comportamento complessivamente tenuto dalla parte pubblica può determinare responsabilità precontrattuale ove si ponga in violazione di obblighi informativi che fra parti professionalmente qualificate vanno osservati.

Sommario: [I fatti e l'individuazione del comportamento scorretto](#) - [La formazione progressiva della volontà contrattuale della pubblica amministrazione](#) - [Il diritto alla correttezza precontrattuale nelle trattative dalla presentazione delle offerte](#) - [L'elemento soggettivo nella responsabilità precontrattuale](#) - [La professionalità dell'amministrazione nella selezione del contraente: gli obblighi di informazione](#) - [La quantificazione del danno](#)

I fatti e l'individuazione del comportamento scorretto

La sentenza in commento riguarda una gara di appalto pubblico aggiudicata mediante licitazione privata avente ad oggetto l'esecuzione di lavori di costruzione di strade, piazzali di deposito e opere ausiliarie nel porto laguna di Venezia e di costruzione di viadotti sul naviglio Brenta. La stazione appaltante (Ministero dei lavori pubblici) a seguito dell'aggiudicazione del contratto ad un'ATI, aveva proceduto alla consegna dei lavori "sotto le

riserve di legge” per ragioni di urgenza (in data 6 maggio 1987) disponendo l’esecuzione di rilevamenti topografici nonché di sondaggi e prove volti a controllare la natura dei terreni. Il contratto veniva stipulato (in data 19 giugno 1987) e approvato con decreto ministeriale (il 22 luglio 1987). La Corte dei Conti negava la registrazione, per ragioni di carattere ambientale⁽¹⁾ e il Ministero dei Beni Culturali e Ambientali esprimeva parere sfavorevole al progetto⁽²⁾, circostanza di cui l’amministrazione non informava l’aggiudicataria. La stazione appaltante sospendeva i lavori a distanza di 17 mesi dalla loro consegna (10 ottobre 1988) rilevando il carattere vincolante del parere sfavorevole espresso dal Ministero dei Beni Culturali e Ambientali, con scelta che è parsa evidenziare un comportamento contraddittorio nella stipulazione e approvazione del contratto e nella successiva sospensione dei lavori che, anche in ragione del tempo trascorso, è sembrata qualificarsi come recesso scorretto dalle trattative, giunte, nel caso di specie, ad uno stadio particolarmente avanzato.

L’impresa risultata aggiudicataria agiva in giudizio rilevando la mancata ripresa dei lavori, richiedendo la risoluzione del contratto (per inadempimento) evidenziando una colpa nell’inerzia dell’amministrazione pubblica per la mancata erogazione dell’anticipazione e l’aggravamento dei costi sostenuti. Si richiedeva altresì la condanna dell’amministrazione pubblica al risarcimento dei danni che venivano individuati nel mancato utile (pari al 10% dell’importo contrattuale)⁽³⁾, negli interessi maturati sull’anticipazione di cui si lamentava la mancata disponibilità (per il periodo 6 maggio 1987 – 10 ottobre 1988), nonché nelle spese sostenute. In subordine, ove non instaurato un rapporto contrattuale, si chiedeva il riconoscimento di una responsabilità extracontrattuale, precontrattuale ovvero dell’obbligo di restituzione di quanto dovuto a titolo di indebito arricchimento.

In primo grado⁽⁴⁾, veniva accolta la sola domanda del pagamento delle somme versate dall’ATI aggiudicataria per il mantenimento della polizza fideiussoria sul presupposto che “in pendenza dell’approvazione della competente autorità di controllo (...) il contratto stipulato dalla p.a. con il privato, pur essendosi perfezionato con l’incontro dei consensi e pur essendo vincolante per il privato” non sarebbe suscettibile di esecuzione, attesa la qualificazione degli atti di approvazione e controllo come condizioni di efficacia dello stesso, necessari a formare la volontà contrattuale dell’amministrazione. L’inefficacia del contratto escluderebbe la responsabilità dell’amministrazione pubblica, ravvisabile solo in presenza di contratti approvati dall’autorità competente secondo le norme di contabilità generale (contratti “esecutori”)⁽⁵⁾. In primo grado non si ritiene raggiunta la prova delle spese sostenute. Si esclude inoltre la sussistenza di una responsabilità precontrattuale ravvisabile solo in presenza di un comportamento doloso o colposo della parte pubblica, tenuta al rispetto del principio di buona fede in pendenza dell’approvazione da parte della competente autorità di controllo, che non poteva riscontrarsi nel caso in esame in ragione della consegna dei lavori in via d’urgenza che era tale da escludere “ogni intento di vanificare l’intesa raggiunta”, con un giudizio che non considerava il comportamento complessivo dell’amministrazione prima della stipula del contratto per verificarne l’effettiva eseguibilità.

In sede di appello⁽⁶⁾ veniva confermata la pronuncia di primo grado escludendo non solo la responsabilità da inadempimento, non risultando il contratto esecutivo e perciò vincolante per l'amministrazione, ma anche quella precontrattuale che veniva ricondotta al *genus* della responsabilità extracontrattuale con conseguente onere a carico del danneggiato di provare l'esistenza e l'ammontare del danno subito⁽⁷⁾.

La sentenza che si commenta, confermando la decisione di secondo grado rigetta la domanda di risoluzione del contratto inefficace, mentre cassa con rinvio tale decisione nella parte in cui esclude la responsabilità precontrattuale a prescindere da una valutazione complessiva del comportamento tenuto dall'amministrazione committente con riferimento ai principi di correttezza e buona fede (artt. 1337 e 1338 c.c.), rilevando, al contrario che tale responsabilità non è esclusa dalla legittimità degli atti della procedura di licitazione privata⁽⁸⁾. In particolare integra gli estremi del comportamento scorretto l'inadempimento degli obblighi informativi cui la parte pubblica è tenuta per evitare alla controparte contrattuale pregiudizi connessi agli sviluppi del procedimento di controllo sul contratto. Nel caso di specie la mancata tempestiva comunicazione del diniego di registrazione da parte della Corte dei Conti e la sospensione dei lavori, intervenuta dopo diciassette mesi dalla consegna in via d'urgenza, sono elementi capaci di qualificare come scorretto il comportamento tenuto dalla pubblica amministrazione la cui responsabilità precontrattuale sembra possa riscontrarsi nella stessa consegna anticipata dei lavori, accettando il rischio di un successivo mancato avveramento della condizione di efficacia del contratto, consolidando l'affidamento del privato nell'eseguibilità del contratto.

La formazione progressiva della volontà contrattuale della pubblica amministrazione

La complessa vicenda esaminata consente di ritrovare nella più recente evoluzione giurisprudenziale l'accoglimento di posizioni da tempo affermate in dottrina⁽⁹⁾ sulla correttezza fra pubbliche amministrazioni e operatori economici nelle trattative che precedono la stipulazione di contratti pubblici. La pronuncia in epigrafe esclude il diritto dell'aggiudicatario ad ottenere la risoluzione del contratto per inadempimento qualificando la registrazione o il visto dell'autorità di controllo non come elemento che incide sulla validità del contratto, ma come *condicio juris* dell'efficacia dello stesso. Tale principio è stato da tempo enunciato dalla giurisprudenza civile che ritiene inammissibili le domande di risoluzione per inadempimento ove manchi una "condizione legale di efficacia del contratto"⁽¹⁰⁾, che non sono invece precluse ove la registrazione o l'approvazione intervengano tardivamente integrando così la richiamata condizione di efficacia⁽¹¹⁾.

La capacità di affidare contratti pubblici è stata tradizionalmente ricondotta alla "capacità di diritto privato della pubblica amministrazione" che tuttavia trova il proprio limite nell'esigenza di perseguire i fini istituzionali per i quali la persona giuridica pubblica è stata istituita⁽¹²⁾. Di qui l'assoggettamento della capacità di contrattare del soggetto pubblico non solo alle norme cui sono soggetti i privati, ma ad "altre speciali norme e formalità stabilite da

leggi e regolamenti" o capitolati d'oneri che regolano la scelta del privato contraente, la formazione e manifestazione della volontà da parte degli organi deliberanti, la stipula del contratto, la sua approvazione e i procedimenti di controllo da parte di appositi organi. In tale contesto l'approvazione del Ministro⁽¹³⁾ si è tradizionalmente configurata come "condicio juris" sospensiva dell'efficacia del contratto già stipulato con conseguente inesigibilità dell'obbligazione assunta dall'amministrazione⁽¹⁴⁾, mentre il controllo da parte della Corte dei Conti costituisce una condizione di efficacia del decreto di approvazione, che, nonostante il carattere privato del negozio intervenuto fra le parti, è tale da impedire l'esecuzione del contratto⁽¹⁵⁾. Ne è derivato che in pendenza dell'approvazione⁽¹⁶⁾ così come nelle ipotesi di mancata approvazione o di registrazione della stessa si esclude (come nel caso di specie) la possibilità di configurare una responsabilità della amministrazione pubblica fatta valere dal privato mediante l'azione di risoluzione per inadempimento, che ne presuppone l'eseguibilità⁽¹⁷⁾. Nei rapporti tra privati il contratto sottoposto a condizione è pienamente vincolante per entrambe le parti, sicché il comportamento di una parte volto ad impedire l'avveramento della condizione integra una colpa contrattuale, che può essere posta a fondamento dell'azione di risoluzione per inadempimento⁽¹⁸⁾. Diversamente un contratto pubblico in attesa di approvazione non determina l'insorgere di obblighi di esecuzione dello stesso, sicché solamente la presenza di un comportamento, doloso o colposo, volto ad impedire o frustrare l'attività di controllo⁽¹⁹⁾ e, in definitiva, l'avveramento di una condizione imposta dalla legge in violazione degli obblighi di buona fede e correttezza, può giustificare un'azione di responsabilità precontrattuale⁽²⁰⁾. La definizione di un *iter* così complesso di perfezionamento della volontà contrattuale della pubblica amministrazione in un momento successivo all'individuazione della controparte contrattuale, deriva dall'impostazione tradizionale contabilistica che ha favorito un'interpretazione della disciplina di selezione del contraente come posta nell'esclusivo interesse delle amministrazioni pubbliche e come limite all'autonomia, assimilandola alle regole dell'incapacità. In definitiva per tutelare la stessa amministrazione pubblica come "parte debole" nell'ambito del rapporto contrattuale con gli operatori economici e per assicurarne la "moralità"⁽²¹⁾. Anche nelle attuali previsioni del codice dei contratti pubblici si conferma la necessità di un procedimento complesso che determina la progressiva formazione del consenso contrattuale della parte pubblica con l'instaurazione di trattative con l'amministrazione pubblica che richiedono precisi adempimenti procedurali⁽²²⁾ che riprendono in parte regole contenute nella legislazione di contabilità di Stato e nella disciplina di derivazione europea come interpretata dalla giurisprudenza nazionale. Tale procedimento dovrebbe fondarsi su un'accurata programmazione dell'attività contrattuale, un'analisi di mercato, la definizione della determinazione a contrattare, giungere all'aggiudicazione (provvisoria e definitiva) sino alla stipulazione del contratto ed alla coerente e tempestiva esecuzione⁽²³⁾. L'aggiudicazione provvisoria⁽²⁴⁾ viene qualificata come mero atto endoprocedimentale⁽²⁵⁾ idoneo a produrre effetti costitutivi a favore del destinatario ma prodromico alla definizione del procedimento di gara. Tale atto è soggetto ad approvazione, esplicita o realizzata mediante il meccanismo del silenzio

assenso, da parte dell'organo competente⁽²⁶⁾. A tali adempimenti segue l'aggiudicazione definitiva per la quale non è previsto un termine specifico⁽²⁷⁾ in quanto l'offerta (proposta irrevocabile) è vincolante per l'operatore economico per il tempo definito nei documenti di gara (e comunque per un periodo di 180 giorni) e che decorrono dal termine di presentazione. Il provvedimento di aggiudicazione definitiva, pur non soggetto ad approvazione, comporta un'ulteriore valutazione dell'interesse pubblico⁽²⁸⁾ e diventa efficace dopo la verifica dei requisiti prescritti⁽²⁹⁾, cui segue la stipulazione del contratto decorsi trentacinque giorni dall'ultima comunicazione dell'aggiudicazione definitiva⁽³⁰⁾ e comunque non oltre sessanta giorni dall'efficacia dell'aggiudicazione medesima⁽³¹⁾. Tale termine dilatorio è stato introdotto al fine di consentire l'eventuale presentazione di ricorsi, avverso il provvedimento di aggiudicazione, prima della conclusione del contratto, per favorire la correzione delle violazioni e il conseguente risarcimento in forma specifica. Pare tuttavia di interesse rilevare che il recepimento nazionale del suddetto termine dilatorio (*standstill*) sia andato ben oltre l'indicata previsione europea di minimo dieci giorni previsti per la suddetta attività di verifica e correttiva⁽³²⁾.

Il diritto alla correttezza precontrattuale nelle trattative dalla presentazione delle offerte

La decisione ritorna su talune questioni ancora aperte sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni. In adesione a quanto da tempo sostenuto in dottrina si afferma che in fase di selezione dei contraenti la pubblica amministrazione instaura trattative multiple o parallele con i partecipanti alla gara pubblica⁽³³⁾. La responsabilità precontrattuale può dunque configurarsi anche prima e a prescindere dall'aggiudicazione, superando l'orientamento restrittivo in base al quale trattative giuridicamente rilevanti possano essere instaurate dall'amministrazione unicamente con l'aggiudicatario, futuro contraente, poiché solo verso questo soggetto il comportamento "anche meramente colposo della pubblica amministrazione" potrebbe ingenerare un ragionevole affidamento in ordine alla conclusione del contratto. Infatti, in precedenza si individuavano trattative giuridicamente rilevanti solo tra la stipulazione del contratto e l'adozione dell'atto di controllo o di approvazione. Più di recente la previsione dell'aggiudicazione provvisoria⁽³⁴⁾ aveva indotto ad anticipare tale configurazione individuando trattative giuridicamente rilevanti sin da tale aggiudicazione, pur con una prospettazione che ancora individuava il fondamento nell'assunto in base al quale le trattative possano sussistere solo tra due parti, ammettendo forme di responsabilità precontrattuale solo a seguito della scelta di un'unica controparte contrattuale⁽³⁵⁾. Tale impostazione si innestava sulla configurazione della mera sussistenza di interessi legittimi in capo ai privati nella fase anteriore all'aggiudicazione⁽³⁶⁾. In particolare si escludeva in capo ai partecipanti della gara pubblica (interessati) la qualità di possibili futuri contraenti di cui all'art. 1337 c.c., riconoscendo in capo agli stessi la titolarità di un mero interesse legittimo al corretto esercizio del potere di scelta da parte dell'amministrazione, che per ciò stesso non consentiva di configurare una relazione specifica tra soggetti consistente nello svolgimento delle trattative, che nella disciplina codicistica

assurge a presupposto dell'obbligo di comportamento secondo buona fede, valido anche per le amministrazioni pubbliche⁽³⁷⁾. In tale prospettiva nella sequenza procedimentale solo l'aggiudicazione determina un significativo avanzamento delle trattative, che apre al sindacato sul recesso dell'amministrazione dalle stesse sotto il profilo della violazione del dovere del "*neminem laedere*" che si specifica nell'inadempimento dei doveri di buona fede, correttezza, lealtà e diligenza, anche in relazione all'affidamento ingenerato nel privato nella conclusione del contratto⁽³⁸⁾, con pretesa irrilevanza delle scorrettezze in corso di selezione del contraente.

Prospettazione superata peraltro anche dalla giurisprudenza⁽³⁹⁾ nei casi di evidente contrapposizione tra un comportamento scorretto e degli atti amministrativi legittimi, che aveva permesso di affermare come la responsabilità precontrattuale consideri un comportamento complessivamente tenuto dalla pubblica amministrazione che supera il mero giudizio di legittimità dell'atto amministrativo⁽⁴⁰⁾. La responsabilità precontrattuale non è infatti volta a tutelare l'affidamento nella conclusione del contratto ma nella correttezza e non contraddittorietà delle trattative⁽⁴¹⁾. Invero analogamente a quanto accade nei rapporti tra privati, in capo ai quali normalmente non sussiste un impegno vincolante alla stipulazione, il grado di affidamento nella conclusione del contratto raggiunto durante la fase precontrattuale assume rilevanza solo ai fini della quantificazione del danno cagionato⁽⁴²⁾. Nelle procedure di selezione del contraente pubblico le trattative che si instaurano tra i partecipanti e l'amministrazione aggiudicatrice raggiungono subito uno stadio particolarmente avanzato attesa l'irrevocabilità dell'offerta presentata che integra l'obbligazione di eseguire la prestazione come definita nel bando di gara e nei capitolati di appalto. Inoltre tali trattative sono tutte volte alla stipulazione del medesimo contratto, ove l'accettazione dell'offerta migliore determina normalmente il recesso corretto dalle altre trattative escludendo che il rapporto giuridico precontrattuale possa strutturalmente determinare la certezza in ordine alla conclusione del contratto con più di un soggetto⁽⁴³⁾. L'instaurazione di trattative multiple o parallele determina perciò la costituzione di rapporti giuridici specifici e differenziati da cui discendono obblighi di correttezza e buona fede verso i partecipanti, pur non tali da determinare l'insorgere di obblighi di prestazione⁽⁴⁴⁾. La stessa evoluzione normativa richiamata che qualifica come parte individuata l'aggiudicataria provvisoria non pare escludere che proprio con le altre parti si discuta circa la corretta individuazione dell'aggiudicataria (e conseguentemente della correttezza del recesso dalle altre trattative parallelamente instaurate). Nella sentenza in esame si afferma con chiarezza che le trattative sono comprensive di tutti i rapporti giuridici che precedono l'individuazione del contraente della pubblica amministrazione⁽⁴⁵⁾, sicché si giunge ad ammettere la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione anche prima e a prescindere dall'aggiudicazione⁽⁴⁶⁾ sul presupposto che "tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica si pongono quale strumento di formazione progressiva del consenso contrattuale"⁽⁴⁷⁾. Si richiama il necessario rispetto nei confronti della pluralità degli offerenti dei "principi generali di comportamento" definiti dagli *articoli 1337 e 1338 cod. civ.* come principi "posti a tutela degli interessi delle parti". Si ricorda come la giurisprudenza spesso non abbia

riconosciuto la sussistenza di diritti alla correttezza precontrattuale, preferendo assicurare la tutela "all'interesse legittimo (pretensivo) allo svolgimento di una corretta gara di cui sono titolari i partecipanti non vincitori", a prescindere dalla prova di un diritto all'aggiudicazione⁽⁴⁸⁾ e ricollegando la pretesa risarcitoria alla c.d. perdita di "chances", cioè al venir meno, per effetto della condotta illecita (scorretta) dell'amministrazione aggiudicatrice⁽⁴⁹⁾ dell'occasione di ottenere l'utilità patrimoniale conseguibile con la gara. Un più chiaro riconoscimento di trattative precontrattuali si pone in conformità con la disciplina europea che da tempo prevede il risarcimento delle violazioni commesse in occasione della selezione dei contraenti pubblici a prescindere dalla prova di un diritto all'aggiudicazione⁽⁵⁰⁾ e fin dalla presentazione delle offerte (configurate come proposte irrevocabili)⁽⁵¹⁾. La decisione in esame definisce la responsabilità precontrattuale, in ciò cassando la sentenza d'appello, come responsabilità fondata sul comportamento complessivo tenuto dalla parte pubblica in violazione dei principi di correttezza e buona fede, in un giudizio (di risarcimento) ove solo un comportamento corretto (nel senso di non-contraddittorio⁽⁵²⁾) può escluderne la responsabilità precontrattuale⁽⁵³⁾. Tale giudizio sul comportamento si distingue dal tradizionale giudizio di annullamento volto a sindacare la legittimità di un atto amministrativo, ove si riscontri violazione di legge, incompetenza (relativa) o eccesso di potere⁽⁵⁴⁾. La distinzione tra tali giudizi e la loro reciproca autonomia sul piano giuridico determina un possibile esito differente⁽⁵⁵⁾ sicché la legittimità di un provvedimento non è da sola sufficiente a escludere la scorrettezza o l'illiceità e la pronuncia risarcitoria ove sia provato il danno, qualificandosi l'atto amministrativo come uno dei fatti oggetto di valutazione nel giudizio sul comportamento complessivo⁽⁵⁶⁾.

L'elemento soggettivo nella responsabilità precontrattuale

Gli obblighi di correttezza reciproca che si impongono alle amministrazioni e ai privati sembrano declinarsi per la pubblica amministrazione anche nella diligenza e professionalità nell'adempimento delle relative funzioni, anche per evitare danni ai privati che con essa instaurano relazioni giuridiche. La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione aveva trovato scarsa applicazione nella giurisprudenza civile e i danni cagionati dalla parte pubblica nell'attività contrattuale avevano trovato qualificazioni giuridiche differenti e forme di tutela effettiva al di fuori della disciplina sulla responsabilità e del correlato giudizio di risarcimento, tradizionalmente affidato al giudice ordinario. Ci si riferisce, in particolare, alla tutela in forma specifica assicurata dal giudice amministrativo con l'annullamento degli atti di gara illegittimi. Tra le più significative novità degli ultimi quindici anni v'è senz'altro da menzionare l'attribuzione della giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo sulle procedure di scelta del contraente e conseguentemente sulle ipotesi di responsabilità correlate a tale fase⁽⁵⁷⁾. La giurisprudenza amministrativa sul risarcimento del danno si è affiancata a quella civile nei confronti della pubblica amministrazione e ha determinato l'evoluzione della definizione degli elementi costitutivi della responsabilità precontrattuale e della relativa natura giuridica anche in relazione alla giurisprudenza europea. La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione si riconduce

ai principi costituzionali di buon andamento, imparzialità e correttezza⁽⁵⁸⁾. I primi sono sanciti dall'*art. 97 Cost.*, il richiamo al principio di correttezza consente di elevare quest'ultimo a principio istituzionale del comportamento delle amministrazioni pubbliche⁽⁵⁹⁾, che perciò sembra potersi estendere a tutti i rapporti che la pubblica amministrazione instaura con cittadini e organizzazioni complesse. Si tratta di un principio che trova disciplina nel codice civile, nella parte relativa al diritto delle obbligazioni, imponendo alle parti di un contratto di comportarsi secondo le regole della correttezza (*art. 1175 c.c.*) e che si specifica nello svolgimento delle trattative e nella conclusione del contratto nel comportamento secondo buona fede (*art. 1337 c.c.*). Gli elementi costitutivi della responsabilità precontrattuale sono stati ricondotti da molti alla tradizionale qualificazione di responsabilità extracontrattuale⁽⁶⁰⁾. Tuttavia le difficoltà che derivano dall'imporre al privato l'onere di provare la colpa (del funzionario, dell'organizzazione, dell'apparato) hanno condotto la giurisprudenza nazionale, anche nel rispetto dei principi enunciati dalla giurisprudenza europea, ad ammettere presunzioni o l'inversione di tale onere⁽⁶¹⁾. Ai fini dell'individuazione della responsabilità precontrattuale assume rilevanza il comportamento in violazione dei richiamati principi, salva la prova della non imputabilità della violazione in capo all'amministrazione secondo lo schema che pare proprio della responsabilità da inadempimento. La Corte di Giustizia ha ritenuto che le difficoltà connesse alla prova dell'elemento soggettivo possono determinare violazioni dei principi d'effettività e di rapidità dei rimedi⁽⁶²⁾ riconoscendo, nelle ipotesi di violazione della disciplina sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, la possibilità del ricorrente di limitarsi ad addurre l'illegittimità del provvedimento quale presunzione (semplice) della colpa, spettando poi all'amministrazione dare prova contraria⁽⁶³⁾, dimostrando un comportamento secondo correttezza e buona fede, con l'adozione di ogni cautela per evitare il danno. Nella giurisprudenza (nazionale) l'inadempimento può consistere nell'inosservanza di principi, di norme, delle regole di gara, ovvero, in ogni comportamento che ingeneri un legittimo affidamento dell'aspirante contraente disatteso da una successiva decisione contraddittoria dell'amministrazione aggiudicatrice. In tale contesto la prova dell'insussistenza della colpa e dunque di un comportamento scusabile determinato da circostanze specifiche è tale da escludere l'inadempimento dell'obbligo di correttezza⁽⁶⁴⁾. Nel caso di specie, nel rimettere la questione al giudice di merito, la Cassazione afferma che una scorrettezza dell'amministrazione (*culpa in contrahendo*) consistente nell'inadempimento dell'obbligo di informazione del privato sulle cause di inefficacia del contratto (*art. 1338 c.c.*)⁽⁶⁵⁾, potrebbe essere esclusa in presenza di fatti e circostanze specifiche volte a dimostrare in concreto un irragionevole affidamento del privato nell'efficacia ed eseguibilità del contratto stesso⁽⁶⁶⁾. Con riferimento all'elemento della colpa la Corte di Giustizia⁽⁶⁷⁾ ha rilevato di recente la maggiore complessità del rimedio risarcitorio rispetto a quello d'annullamento affermando che l'assoggettamento del diritto al risarcimento al carattere colposo della condotta può risultare in contrasto con il diritto dei cittadini europei ad un rimedio rapido ed efficace, quand'anche l'onere della prova sull'elemento soggettivo sia imposto all'amministrazione, da cui è derivata una possibile qualificazione della responsabilità dell'amministrazione come responsabilità oggettiva. Tale prospettiva renderebbe la presunzione di

colpa non sovvertibile a garanzia dell'effettività del rimedio risarcitorio. Occorre tuttavia contestualizzare rispetto agli ordinamenti di riferimento le pronunce europee richiamate, in relazione a specifici contesti normativi e giurisprudenziali particolarmente restrittivi nel riconoscere una tutela effettiva. Altre decisioni del giudice europeo evidenziano l'esigenza di un ristoro economico per i danni patiti in conseguenza della violazione delle norme sull'affidamento dei contratti pubblici, con rimedi che ne consentano l'effettiva disponibilità⁽⁶⁸⁾, a condizioni non deteriori rispetto ad analoghi rimedi per la violazione del diritto nazionale. L'assenza di previsioni nelle c.d. "direttive ricorsi"⁽⁶⁹⁾ volte a individuare gli elementi dell'azione risarcitoria o a definire le modalità con cui la responsabilità possa derivare in capo all'amministrazione, ha condotto a prospettare un'applicazione in via analogica della giurisprudenza sulla responsabilità "del legislatore" alle amministrazioni aggiudicatrici che abbiano violato le norme sugli appalti pubblici, riconoscendosi un diritto al risarcimento ove la norma violata sia preordinata a conferire diritti in capo ai privati⁽⁷⁰⁾; la violazione sia sufficientemente qualificata e sussista nesso causale tra violazione e danno. Di qui l'affermazione di un "obbligo di risarcire i danni cagionati ai singoli" senza subordinare quest'ultimo "ad una condizione, ricavata dalla nozione di condotta imputabile per dolo o colpa, che vada oltre la violazione manifesta e grave del diritto comunitario"⁽⁷¹⁾, che è esclusa in settori caratterizzati da obiettiva incertezza⁽⁷²⁾. In ambito nazionale si evidenzia un orientamento del giudice amministrativo volto a "marginalizzare" il requisito della colpa per affermare un criterio di responsabilità oggettiva⁽⁷³⁾ cui si contrappongono decisioni che, in linea con la tradizionale impostazione, affermano l'imprescindibilità della dimostrazione della sussistenza dell'elemento psicologico, pur con richiamo all'errore scusabile che sposta l'onere della prova sulle amministrazioni aggiudicatrici e consente di qualificare, come nel caso in esame, la responsabilità precontrattuale come responsabilità da inadempimento degli obblighi che presidiano le procedure di selezione del contraente⁽⁷⁴⁾. In tale prospettiva si è evidenziata la necessità di indagare se e in che limiti sia possibile definire gli elementi costitutivi dell'illecito della pubblica amministrazione, non in termini di responsabilità oggettiva, ma richiamando la disciplina del c.d. rischio di impresa, già noto agli interpreti quale criterio di imputazione alternativo alla colpa⁽⁷⁵⁾. Come avviene nel caso di specie, parrebbe opportuno, valorizzare la circostanza che qualifica le norme azione come rivolte a prevenire o limitare effetti dannosi non tollerati dall'ordinamento, ma la cui violazione deve tuttavia essere ricondotta alla disfunzione organizzativa che di regola si pone a monte della stessa. Carenze organizzative o inefficienze interne sono prive di rilevanza scusante per l'amministrazione pubblica che con il proprio comportamento non può indurre in errore la controparte, in considerazione di un obbligo di diligenza superiore a quello medio che richiede di agire in maniera professionale al fine di garantire la correttezza nei rapporti giuridici con i terzi⁽⁷⁶⁾.

La professionalità dell'amministrazione nella selezione del contraente: gli obblighi di informazione

Il richiamo nella sentenza in commento alle norme che disciplinano il procedimento di selezione del contraente (trattative precontrattuali) che

l'amministrazione è istituzionalmente tenuta a conoscere e ad applicare in modo professionale sembra riportare gli obblighi di correttezza alla capacità delle amministrazioni di sostenere l'esercizio delle funzioni affidate che trova fondamento nel principio costituzionale di adeguatezza⁽⁷⁷⁾. L'efficienza e la professionalità della contrattazione pubblica richiedono organizzazioni adeguate per evitare scorrettezze che determinano obblighi risarcitori e che risultano riconducibili all'incapacità di adempiere correttamente alla funzione appalti⁽⁷⁸⁾. Le richiamate regole di correttezza reciproca nelle trattative determinano obblighi informativi tra le parti che per la pubblica amministrazione sembrano qualificarsi come obblighi di protezione nell'ambito di relazioni fra organizzazioni complesse che richiedono professionalità adeguate per evitare il verificarsi di danni⁽⁷⁹⁾. L'esclusione nel caso di specie della responsabilità della pubblica amministrazione in base all'affermata legittimità degli atti della licitazione privata pare richiedere un più ampio giudizio sul comportamento complessivo dell'amministrazione durante le trattative. La scorrettezza del recesso sembra deducibile non solo dalla violazione di un obbligo informativo, ma più in generale dal comportamento contraddittorio dell'amministrazione che, dopo aver disposto l'avvio dei lavori in via d'urgenza, venuta a conoscenza della mancata registrazione dell'approvazione del contratto da parte della Corte dei Conti, è rimasta silente, peraltro disponendo solo dopo diciassette mesi dalla consegna, la sospensione dei lavori, con una condotta che pare aver contribuito al consolidamento dell'affidamento della controparte contrattuale nell'eseguibilità del contratto. La Cassazione sembra aderire all'orientamento in base al quale è configurabile la responsabilità precontrattuale della P.A. nelle ipotesi in cui l'invalidità del contratto o la sua inefficacia derivino dalla violazione di norme generali, da presumersi note alla generalità dei consociati, ove la pubblica amministrazione dopo la stipula di un contratto abbia omesso di comunicare le informazioni relative al procedimento di controllo⁽⁸⁰⁾. Simili comportamenti violano l'*art. 1338 c.c.*, che è norma volta a tutelare il contraente di buona fede "ingannato o fuorviato dall'ignoranza della causa di invalidità del contratto che gli è stata sottaciuta e che non era nei suoi poteri conoscere", la cui applicabilità si estende, come da tempo affermato anche dalla dottrina⁽⁸¹⁾, a tutte le ipotesi di invalidità del contratto tra cui la nullità, la nullità parziale e di annullabilità, oltre che ai casi di inefficacia, poiché anche in tale ultimo caso si riscontra la comune esigenza di tutela delle aspettative delle parti al perseguimento di quelle utilità cui esse mirano mediante la stipulazione del contratto medesimo⁽⁸²⁾. Nell'individuazione di tale responsabilità rilevano il comportamento contraddittorio dell'amministrazione che sia tale da ingenerare nell'impresa l'incolpevole affidamento di considerare valido ed efficace il contratto di appalto e la mancata tutela della controparte eludendo l'adempimento del dovere di informazione, che determinano il dovere di astenersi dalla stipulazione del negozio invalido ovvero, nel caso di specie, di disporre tempestivamente la sospensione dei lavori. Simili principi si trovano affermati anche con riguardo ai casi di revoca e di annullamento d'ufficio degli atti di gara, ancorché con riferimento alla diversa ipotesi della responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.*⁽⁸³⁾. La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione si qualifica, anche in tale caso, come responsabilità da inadempimento dell'obbligo di correttezza declinato

nell'obbligo di informazione della controparte, sicché si esclude l'inadempimento imputabile alla pubblica amministrazione in presenza di una violazione di norme di carattere generale di una norma imperativa o proibitiva di legge, o di altre norme aventi efficacia di diritto obiettivo, tali – cioè – da dover essere note per presunzione assoluta alla generalità dei cittadini⁽⁸⁴⁾, di cui può presumersi la conoscenza e la cui ignoranza avrebbe potuto essere superata attraverso l'uso della normale diligenza, non essendo in tal caso configurabile un affidamento incolpevole del privato⁽⁸⁵⁾. La responsabilità ex art. 1338 c.c., che costituisce una specificazione della responsabilità precontrattuale connessa alla violazione degli obblighi di correttezza e buona fede, presuppone non solo la colpa di una parte nell'ignorare la causa di invalidità del contratto, ma anche la mancanza di colpa dell'altra parte nel confidare nella sua validità⁽⁸⁶⁾. La tutela precontrattuale del contraente di buona fede ingannato o fuorviato dalla ignoranza della causa di invalidità del contratto che gli è stata sottaciuta nel sistema delineato dagli *artt. 1337 e 1338 c.c.* è esclusa ove tale parte contrattuale con l'ordinaria diligenza abbia conosciuto o potuto conoscere la reale situazione e, quindi, la causa di invalidità del contratto⁽⁸⁷⁾. Nel caso di specie anche a voler qualificare la causa di inefficacia del contratto come *auto-evidente* e la relativa norma (di relazione) conosciuta o facilmente conoscibile da qualunque cittadino normalmente avveduto (ancor più trattandosi di operatore economico qualificato) così aderendo alla tesi di coloro che nel rapporto contrattuale con la pubblica amministrazione qualificano quest'ultima come parte debole, non pare tuttavia potersi escludere la responsabilità precontrattuale della parte pubblica in ragione del richiamato comportamento contraddittorio.

La quantificazione del danno

Il giudice del rinvio chiamato a pronunciarsi sulla scorrettezza dell'amministrazione dovrà definire anche la correlata questione relativa alla quantificazione del danno subito dall'ATI aggiudicataria. A prescindere dalla qualificazione giuridica della responsabilità precontrattuale, l'accertamento dei relativi elementi costitutivi richiede anche la prova del danno. In giurisprudenza talora si è assistito ad improprie limitazioni del risarcimento del danno precontrattuale al solo danno emergente⁽⁸⁸⁾. Il diritto al risarcimento del danno precontrattuale previsto "nei limiti dell'interesse negativo", ricomprende, come noto, le due componenti di cui, al pari dell'interesse positivo, è formato: danno emergente e lucro cessante⁽⁸⁹⁾. È del pari evidente che nei rapporti fra privati non sia normalmente possibile provare di aver diritto alla stipula del contratto, mentre diversa prospettiva può affermarsi nei contratti pubblici. La limitazione ricordata pare forse riconducibile alla difficoltà di provare l'ammontare del danno non solo sotto il profilo del danno emergente, ma soprattutto per quanto concerne il lucro cessante, sicché spesso si è proceduto alla quantificazione della somma dovuta mediante l'utilizzo del criterio equitativo⁽⁹⁰⁾. Nella giurisprudenza del giudice amministrativo la prova della scorrettezza e del diritto alla stipulazione del contratto pubblico all'esito di una procedura selettiva si sono talora affermati in relazione alla sequenza vincolata di atti che, rimossa l'illegittimità, potevano determinare il diritto all'aggiudicazione

ed alla conseguente stipulazione del contratto. Il richiamo ai parametri di quantificazione del danno erano stati ritrovati per analogia con l'ipotesi del risarcimento dovuto negli appalti di lavori pubblici da parte dell'amministrazione committente in caso di recesso dal contratto stipulato (*jus poenitendi*)⁽⁹¹⁾. In tal modo il limite massimo conseguibile a titolo risarcitorio veniva definito nel decimo del valore del contratto, "il decimo dell'importare delle opere non eseguite"⁽⁹²⁾, e dunque dell'importo a base d'asta come ribassato dall'offerta dell'impresa ricorrente, introducendo un'ipotesi in cui l'interesse negativo avrebbe potuto quantitativamente giungere a coincidere con l'interesse positivo dell'impresa all'esecuzione del contratto. Il risarcimento è infatti limitato al c.d. interesse negativo⁽⁹³⁾ relativo al 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⁽⁹⁴⁾. Non si risarcisce l'"affidamento nella conclusione del contratto"⁽⁹⁵⁾ – poiché ciò apparirebbe in contrasto con la facoltà, ove possibile, dell'amministrazione di recedere correttamente – ma il danno che è derivato dall'inutilità della trattativa. Come precisato, la quantificazione del danno come interesse negativo non deve necessariamente consistere in un ammontare inferiore al valore relativo all'interesse positivo⁽⁹⁶⁾, sicché il richiamo alla risarcibilità "nei limiti dell'interesse negativo"⁽⁹⁷⁾ pare giustificabile unicamente dalle difficoltà di provare tale danno e giustificare il rinvio alla determinazione equitativa⁽⁹⁸⁾, che esclude una rigorosa ripartizione dell'onere della prova, consentendo al giudice di ricavare elementi ulteriori per definire il danno risarcibile⁽⁹⁹⁾ (sempre nelle sue due componenti di danno emergente e lucro cessante)⁽¹⁰⁰⁾. Si distingue peraltro tra il comportamento scorretto dell'amministrazione che abbia impedito all'operatore economico di conseguire l'aggiudicazione, da quello in cui sia stata dimostrata unicamente l'esistenza di un pregiudizio⁽¹⁰¹⁾. Nel primo caso il parametro comunemente utilizzato risulta essere quello del dieci per cento della base d'asta (come ribassata dall'offerente ed ulteriormente ridotta di un quinto⁽¹⁰²⁾), con una riduzione equitativa ove non sia dimostrato che l'impegno assunto nelle trattative con l'amministrazione abbia determinato l'impossibilità di impieghi differenti di mezzi e risorse da parte del privato⁽¹⁰³⁾ e con eventuale riconoscimento delle spese sostenute per la partecipazione alla procedura selettiva⁽¹⁰⁴⁾.

Nel caso in cui la violazione avvenga in una fase precedente, la giurisprudenza ha prospettato varie soluzioni, talora valutando la *chance* partendo dal dieci per cento, con riduzione basata sul numero dei partecipanti⁽¹⁰⁵⁾, altre volte con liquidazione equitativa pari all'uno o due per cento⁽¹⁰⁶⁾. In tale contesto una definizione di criteri uniformi potrebbe favorire una equa e uniforme quantificazione del danno, apparsa talora alla luce della comparazione europea particolarmente elevata⁽¹⁰⁷⁾. L'applicazione del criterio del dieci per cento tendeva ad incentivare la presentazione di ricorsi per ottenere la correzione delle violazioni commesse dalle amministrazioni in sede di gare pubbliche. Tuttavia nel tempo è parso rendere per l'operatore economico più favorevole il risarcimento dei danni rispetto all'esecuzione del contratto ed è risultato foriero di distorsioni del

sistema per la perdita di interesse alla prova puntuale del danno subito che normalmente conduceva al riconoscimento di una somma inferiore rispetto a quella forfetaria⁽¹⁰⁸⁾. Come noto tale distorsione aveva determinato addirittura delle richieste di risarcimento del danno senza la contestuale richiesta di adempimento del contratto, con deviazione superata nel nuovo codice del processo amministrativo⁽¹⁰⁹⁾.

Anche la più recente Direttiva ricorsi in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici⁽¹¹⁰⁾ ribadisce il carattere sussidiario della tutela risarcitoria rispetto a quella caducatoria⁽¹¹¹⁾. L'effettività del rimedio risarcitorio, ove non sia stato possibile accordare la tutela in forma specifica pare assicurata dall'adeguatezza della quantificazione del danno subito per effetto della scorrettezza⁽¹¹²⁾, mentre l'effettività della tutela dei concorrenti alle gare pubbliche sembra riconducibile alla rapidità e all'efficacia dei rimedi posti a tutela della parità di trattamento tra operatori e di un corretto confronto concorrenziale⁽¹¹³⁾. La previsione di un periodo di tempo obbligatorio che deve intercorrere tra la comunicazione del provvedimento di aggiudicazione e la conclusione del contratto (*standstill*) è volta ad assicurare anzitutto una tutela in forma specifica⁽¹¹⁴⁾, con l'esecuzione del contratto evitando all'amministrazione pubblica il costo del risarcimento (al ricorrente vittorioso) in aggiunta al costo dell'esecuzione della prestazione contrattuale. Di qui il carattere residuale del risarcimento per equivalente, che interviene solo ove non risulti possibile la tutela in forma specifica. Nel caso in esame la scorrettezza dell'amministrazione si colloca in uno stadio particolarmente avanzato delle trattative, con l'individuazione dell'aggiudicatario e la stipulazione di un contratto poi rivelatosi inefficace, con conseguente necessaria valutazione dell'interesse negativo della parte privata, secondo quanto verrà provato in sede di giudizio di merito.

(*) Il presente commento è frutto di riflessioni comuni, tuttavia i paragrafi 1, 2 e 6 sono di S. Ponzio; i paragrafi 3, 4 e 5 sono di G. M. Racca.

(1) *R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, art. 19.*

(2) *Ibidem.*

(3) La richiesta risarcitoria comprendeva 67.518,16 Euro a titolo di interessi sull'anticipazione, 575.098,21 Euro per l'ammortamento macchinari, 36.447,91 per i costi relativi alla fideiussione, 61.644,29 per attività espropriative, rilievi ed esami.

(4) Trib. Roma n. 21159 del 2003.

(5) *L. 20 marzo 1865, n. 2248*, all. F, art. 337.

(6) App. Roma, I, 29 settembre 2008, n. 3787.

(7) Cfr. in tal senso: *Cass., Sez. III, 10 ottobre 2003, n. 15172.*

(8) Cons. di Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6, in *Foro Amm. CdS.*,

2005, 9, 2515.

(9) Sia consentito il rinvio a: Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, *passim*. Più di recente: Nicolussi, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Colloquio sull'interesse legittimo. Atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig (Milano, 19 aprile 2013)*, Napoli, 2014, 67 e segg.

(10) Trib. Roma, Sez. VI, 9 gennaio 2015, n. 437, in *Red. G.*, 2015, relativa a un contratto di sublocazione mai registrato all'Agenzia delle entrate. Trib. Verona, Sez. IV, 11 luglio 2012, in *Giur. di Merito*, 2013, 4, 816. [Cass., Sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828](#), in *Foro it.*, 2013, 4, I, 1238. Sul tema della rilevabilità *ex officio* della nullità, se si domanda la risoluzione: [Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242](#), in *Giust. Civ. Mass.*, 2014. Cfr. Tarantino, *Obbligo di buona fede e correttezza anche per la PA nella fase delle trattative e della formazione del contratto*, in *Dir. e Giust.*, 2015, 34.

(11) Trib. Roma, Sez. VI, 23 maggio 2014, n. 11604, in *Red. G.*, 2014.

(12) Così: Miele, *Principi di Diritto Amministrativo*, Padova, 1953, 45; Cianflone, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1950, 167; Cammeo, *Corso di Diritto Amministrativo*, Padova, 1914, II, 886 e III, 1266 e Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 270 e segg.

(13) R.D. 18 novembre 1923, n. 2240, art. 19.

(14) Cons. di Stato, Sez. V, 19 maggio 2009, n. 3064.

(15) Cass., Sez. I, 12 giugno 2006, n. 13582; Conformi: [Cass., Sez. I, 11 settembre 2008, n. 23393](#), in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 9, 1343; [Cass., Sez. III, 21 novembre 2001, n. 14724](#) [Cass., Sez. III, 24 aprile 2001, n. 6032](#), in *Giust. Civ. Mass.*, 2001, 876; [Cass., Sez. I, 4 marzo 1987, n. 2255](#), in *Giust. Civ. Mass.*, 1987.

(16) [Cass., 23 maggio 1981, n. 3383](#), in *Foro It.*, 1982, I, 2012. Cfr. Sorace, voce "Approvazione", in *Digesto Pubbl.*, Torino, 1987, 333-335.

(17) [Cass., Sez. I, 4 marzo 1987, n. 2255](#) in *Giust. Civ. Mass.*, 1987, III.

(18) *Art. 1359 c.c.*

(19) [Cass., Sez. I, 4 marzo 1987, n. 2255](#), in *Giust. Civ. Mass.*, 1987. Cfr. Bianca, *Diritto Civile*, 2000, III, 179.

(20) [Cass., Sez. I, 4 marzo 1987, n. 2255](#), in *Giust. Civ. Mass.*, 1987; Cass., Sez. un., 17 novembre 1978, n. 5328; [Cass., Sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438](#), in *Foro Amm. CdS*, 2012, 257. *Contra*: [Cass., Sez. I, 13 maggio 2009, n. 11135](#), ove si ritiene che il diniego dell'approvazione ministeriale del contratto stipulato con la P.A., "non consente di ravvisare una responsabilità precontrattuale della P.A., qualora la mancata approvazione derivi dalla violazione di norme di carattere generale, di cui può presumersi

la conoscenza e la cui ignoranza avrebbe potuto essere superata attraverso l'uso della normale diligenza, non essendo in tal caso configurabile un affidamento incolpevole del privato".

(21) Rostagno, *Contabilità di Stato. Corso Teorico-Pratico sull'attuale sistema contabile del Regno d'Italia*, 1887, come ricordato in Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 180.

(22) *D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 11.*

(23) Sulla violazione del principio di concorrenza nell'esecuzione del contratto in caso di modifiche sostanziali: Cavallo Perin - Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2010, 325-354.

(24) *D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 11, 5° comma.*

(25) Cons. di Stato, Sez. VI, 27 aprile 2011, n. 2482.

(26) *D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 12, 1° comma.*

(27) T.A.R. Umbria, Perugia, Sez. I, 6 aprile 2011, n. 172.

(28) Cons. di Stato, Sez. VI, 27 aprile 2011, n. 2482.

(29) *D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 11, 11° comma*, cfr. anche art. 48.

(30) *D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 11, 10° comma*. Cfr. anche il 10°bis comma in cui sono previste le ipotesi di deroga. Cfr. Dir. 2007/66/UE.

(31) *D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 11, 9° comma*. Cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 17 giugno 2015, n. 3042; Cons. di Stato, Sez. III, 28 maggio 2015, n. 2671.

(32) In Francia è previsto un termine dilatorio di 16 giorni, ridotto a 11 in caso di comunicazione dell'avviso di aggiudicazione mediante l'utilizzo di strumenti elettronici (*Code des marchés publics*, art. 80). Cfr. Lichère - Gabayet, *Enforcement of the EU Public Procurement Rules in France*, in S. Treumer - F. Lichère (a cura di) *Enforcement of the EU public procurement rules*, Copenhagen, 2011, 307-308. Nel Regno Unito è previsto un termine dilatorio di 15 giorni, ridotto a 10 giorni in caso comunicazione dell'avviso di aggiudicazione mediante l'utilizzo di strumenti elettronici (*The Public Contracts Regulations 2015*, art. 87). Con riferimento alle deroghe previste dalla disciplina europea per l'applicazione del termine dilatorio cfr. Racca, *Derogations from standstill period, ineffectiveness and remedies in the new tendering procedures: efficiency gains vs. risks of increasing litigation*, in S. Treumer - F. Lichère (a cura di) *Enforcement of the EU public procurement rules*, Copenhagen, 2011, 95 e segg.

(33) Così già: Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 201.

(34) [D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, artt. 11 e 12,](#)

(35) Cons. di Stato, Sez. V, 28 maggio 2010, n. 3383, in *Foro Amm. CdS*, 2010, 5, 1059; Cons. di Stato, Sez. V, 8 settembre 2010, n. 6489, in *Foro Amm. CdS*, 2010, 9, 1850; Cons. di Stato, Sez. IV, 11 novembre 2008, n. 5633 in *Foro Amm. CdS*, 2008, 11, 2990; Cons. di Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6, cit., 2515; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 26 novembre 2012, n. 4810 in [www.giustizia-amministrativa.it](#); T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 9 febbraio 2012, n. 305, in *Foro Amm. TAR*, 2012, 2, 583; T.A.R. Liguria, II, 7 aprile 2011, n. 569, in *Foro Amm. TAR*, 2011, 4, 1209; T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 5 febbraio 2015, n. 230, in *Red. G.*, 2015. [Cass., Sez. II, 10 gennaio 2013, n. 477](#), in *Foro Amm. CdS*, 2013, 63, [Cass., Sez. III, 10 giugno 2005, n. 12313](#), in *Dir. e Giust.*, 2005, 30, 17; [Cass., Sez. I, 18 giugno 2005, n. 13164](#), in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 9 e *Foro Amm. CdS*, 2006, 3, 751 In senso sostanzialmente conforme: [Cass., 3 luglio 1997, n. 5995](#); [Cass., 26 maggio 1997, n. 4673](#), in *Giur. It.*, 1998, 569, con nota di Verzaro, *Brevi note in tema di responsabilità precontrattuale della P.A.*

(36) Per tutti: F.G. Scoca, *Risarcibilità ed interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, 31 e segg.

(37) A. Romano, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. Amm.*, 1998, 1 ss.; [Cass., Sez. I, 18 giugno 2005, n. 13164](#), in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 9 e *Foro Amm. CdS*, 2006, 3, 751. In senso sostanzialmente conforme: [Cass., 3 luglio 1997, n. 5995](#); [Cass., 26 maggio 1997, n. 4673](#), questa *Rivista*, 1998, 569, con nota di Verzaro, cit.

(38) [Cass., Sez. II, 10 gennaio 2013, n. 477](#). in *Foro Amm. CdS*, 2013, 1, 63; nello stesso senso: [Cass., Sez. III, 10 giugno 2005, n. 12313](#), in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 6.

(39) Cons. di Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6, cit.; Racca, *Vendita di cosa futura e recesso corretto della parte pubblica dalle trattative*, in *Urb. e Appalti*, 2005, 8, 1 e segg. Cfr. anche: [Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725](#) T.A.R. Venezia, Sez. I, 14 aprile 2015, n. 413.

(40) A. Romano, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, cit., 1 ss.; Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 174-176. Racca, *L'evoluzione della responsabilità della pubblica amministrazione*, in Garofoli - Racca - De Palma, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003, 60 e segg.

(41) Nicolussi, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, cit., 99-102; Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 373; Benatti, voce "Responsabilità precontrattuale (diritto civile)", in *Enc. Giur. Treccani*, XVII, 9; Musy, voce "Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)", in *Digesto Civ.*, XVII, 408-409; Bianca, *Diritto Civile*, cit., 178-180; Iacovelli, *Responsabilità precontrattuale*

della pubblica amministrazione e danni risarcibili: la parabola giurisprudenziale dai danni riflessi ai danni ipotetici, in *Giur. It.*, 2013, 1675.

(42) T.A.R. Calabria, Catanzaro, 9 giugno 2009, n. 627, in www.giustizia-amministrativa.it. Nello stesso senso: T.A.R. Torino, Sez. I, 18 febbraio 2015, n. 325, in *Red. G. amministrativo*, 2015.

(43) Così già: Racca, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 198.

(44) Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 221; Id., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Studi in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, 147 e segg. Racca, voce "Correttezza (dir. amm.)", in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 1529 e segg.

(45) Cons. di Stato, Sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1143; Cons. di Stato, Sez. III, 20 marzo 2014, n. 1365, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. di Stato, Sez. V, 14 settembre 2012, n. 4894, in *Foro Amm. CdS*, 2013,6, 1673 con nota di S. Osella, *La colpa delle amministrazioni e l'innovazione nel settore degli appalti pubblici*. Cons. di Stato, Sez. VI, 25 luglio 2012, n. 4236, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. di Stato, Sez. VI, 15 marzo 2012, n. 1440, in *Foro Amm. CdS*, 2012, 3, 688; Cons. di Stato, Sez. VI, 5 settembre 2011, n. 5002, in *Publica*, 2011. T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. I, 14 aprile 2015, n. 413, in *Redazione Foro Amm.*, 2015, 4, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, 18 febbraio 2015, n. 325, in *Red. G. amministrativo* 2015; T.A.R. Calabria, Catanzaro, 9 giugno 2009, n. 627, in www.giustizia-amministrativa.it; [Cass., Sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260](#), in *Giust. Civ. Mass.*, 2014; [Cass., Sez. I, 25 ottobre 2007, n. 22370](#), in *Foro Amm. CdS*, 2008, 2, I, 343.

(46) Sia consentito rinviare a: Racca, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 198 e segg.; Id., *La responsabilità contrattuale e precontrattuale della pubblica amministrazione*, in P. Rescigno - E. Gabrielli, (dir.), *Trattato dei Contratti*, Tomo I, *I contratti con la pubblica amministrazione*, a cura di C. Franchini, Torino, 2007, 637. *Contra*: Cons. di Stato, Sez. III, 29 luglio 2015, n. 3748; Cons. di Stato, Sez. V, 8 settembre 2010, n. 6489.

(47) Si veda il punto 2.1 della sentenza in commento.

(48) [Cass., Sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260](#), in *Giust. Civ. Mass.*, 2014.

(49) [Cass., Sez. I, 25 ottobre 2007, n. 22370](#), in *Foro Amm. CdS*, 2008, 2, I, 343; [Cass., Sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260](#), in *Giust. Civ. Mass.*, 2014.

(50) È questa la prospettiva delle c.d. Direttive Ricorsi: [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*. Si veda: S.S. Scoca, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Torino, 2008. Si veda sul punto: A. Romano, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi*

legittimi?, in *Foro It.*, 1999, I, 3222, nota a [Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500](#); A. Romano, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, cit., 10-14.

(51) [D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 11, 7° comma](#). Racca, *Contratti pubblici e comportamenti contraddittori delle pubbliche amministrazioni: la responsabilità precontrattuale*, nota a Cons. di Stato, Sez. VI, 17 dicembre 2008, n. 6264 e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I ter, 12 dicembre 2008, n. 11343, in *La Rivista Nel Diritto*, n. 2/2009, 281. Id., *La responsabilità delle pubbliche amministrazioni nella fase che precede la stipulazione del contratto pubblico*, cit.

(52) Cons. di Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6, cit. In questi termini *amplius* Racca, *Il risarcimento del danno e l'interesse legittimo*, cit., 99 e segg.

(53) Cons. di Stato, Sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457, in [giustizia-amministrativa.it](#); Racca, *Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Urb. e Appalti*, 2002, 199, commento a Cons. di Stato, Sez. V, 12 settembre 2001, n. 4776; Cons. di Stato, Sez. V, 20 febbraio 2007, n. 919, in *Appalti e Contratti*, 2007, 88.

(54) A. Romano, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in L. Mazzaroli - G. Pericu - A. Romano - F.A. Roversi Monaco - F.G. Scoca, *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005, I, 208 e segg.; Villata, *L'atto amministrativo*, *ibid.*, 823. Cavallo Perin, *Giurisdizione Ordinaria e Pubblica Amministrazione: l. 20 marzo 1865, n. 2248*, all. E, *Abolizione del contenzioso amministrativo*, art. 2 sez. II, *Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in A. Romano - R. Villata (dir.), *Commentario Breve alle Leggi sulla Giustizia Amministrativa*, III ed., Padova, 2009, 16-32; A. Romano, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1994, 635.

(55) Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005; Orsi Battaglini - Marzuoli, *La cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubb.*, 1999, 487; Travi, *Rileggendo Orsi Battaglini, Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa" (Sonntagsgedanken)*, in *Dir. pubb.*, 2006, 91 e segg. Cfr. anche: Greco, *Dal dilemma Diritto Soggettivo-Interesse legittimo alla differenziazione Interesse strumentale-Interesse finale*, in *Dir. Amm.*, 2014, 493 e segg. In giurisprudenza, da ultimo: Cons. di Stato, Sez. VI, 25 luglio 2012, n. 4236, in [www.giustizia-amministrativa.it](#); Cons. di Stato, Sez. III, 11 luglio 2012, n. 4116 in *Foro Amm. CdS*, 7-8 2012, 1834; Cons. di Stato, Sez. VI, 15 marzo 2012, n. 1440 in *Foro Amm. CdS*, 2012, 3, 688; Cons. di Stato, Sez. VI, 5 settembre 2011, n. 5002, in [www.giustizia-amministrativa.it](#). Si veda anche: Cons. di Stato, Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *Foro Amm. CdS*, 3, 2011, 826; Cass, Sez. un., 12 maggio 2008, n. 12656. Cfr.: Casalini, *L'interpretazione delle clausole di esclusione dalla gara pubblica e la colpa dell'amministrazione aggiudicatrice*, nt. a Cons. di Stato, Sez. V, 10 gennaio

2005, n. 32, in *Serv. Pubbl. e App.*, 2005, 409; la stessa decisione è pubblicata in questa *Rivista*, 7/2005, 825 e segg., con commento di Mandarano, *La colpa della p.a. nel danno da provvedimento*. F.G. Scoca, *Risarcibilità ed interesse legittimo*, cit., 31 e segg.

(56) Romano Tassone, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, relazione al Convegno del 13 novembre 2003 presso il Consiglio di Stato in occasione della presentazione del volume R. Garofoli - G.M. Racca - M. De Palma, *La responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, cit., poi in *Dir. Amm.*, 2004, 2, 209. In tema: Bartolini, *Il risarcimento da attività amministrativa tra inadempimento, responsabilità precontrattuale e danno da contratto*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2003, 9, 942 e segg.

(57) [D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 133.](#)

(58) Busnelli, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, in *Dir. Amm.*, 2012, 551.

(59) Racca, voce "Correttezza (dir. amm.)", cit., 1533-1534; Racca, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 304-313; Ponzio, *State Liability in Public Procurement. The case of Italy*, in D. Fairgrieve - F. Lichère (a cura di), *Public Procurement Law. Damages as an Effective Remedy*, Oxford, 2011, 96-97.

(60) [Cass., Sez. III, 29 luglio 2011, n. 16735](#), in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 1228.

[Cass., Sez. III, 7 febbraio 2006, n. 2525](#); [Cass., Sez. I, 18 giugno 2005, n. 13164](#), in *Foro Amm. CdS*, 2006, 751; [Cass., Sez. III, 5 agosto 2004, n. 15040](#), in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, 7-8; Cons. di Stato, Sez. VI, 15 marzo 2012, n. 1440; T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. I, 15 marzo 2006, n. 602.

(61) Corte giust. CE, 14 ottobre 2004, C-275/03, Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica Portoghese, p.ti 32 e 33. Nella giurisprudenza nazionale: Cons. di Stato, Sez. V, 31 luglio 2012, n. 4337, in *Foro Amm. CdS*, 2012, 7-8, 1980; Cons. di Stato, Sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482 in *Guida Dir.*, 2012, 11, 75; Cons. di Stato, Sez. V, 23 gennaio 2012, n. 265 in *Foro Amm. CdS*, 2012, 1, 119; Cons. di Stato, Sez. V, 2 novembre 2011, n. 5837 in *Dir. e Giust.*, 2011; Cons. di Stato, Sez. V, 20 marzo 2007, n. 1346 in *Riv. Giur. Edilizia*, 2007, 2, I, 780; Cons. di Stato, Sez. V, 2 settembre 2005, n. 4461, in *Giur. It.*, 2006, 2, 420; Cons. di Stato, Sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 204 in *Giur. It.*, 2003, 794; Cons. di Stato, Sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Dir. e Formaz.*, 2001, 873.

(62) [Dir. 2007/66/CE](#), cit., considerando n. 4.

(63) Corte giust. CE, 14 ottobre 2004, C- 275/03, Commissione CE c. repubblica del Portogallo.

(64) In tal senso *ex multis*: Cons. di Stato, Sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1114; Id. 9 novembre 2006, n. 6607. Si v. Masera, *Risarcimento e colpa nel contenzioso degli appalti pubblici*, in *Foro Amm. CdS*, 2013, 3, nota a Cons.

di Stato, Sez. V, 12 giugno 2012, n. 3444; Cortese, *L'accertamento della colpa della p.a. nella fattispecie di danno da provvedimento illegittimo: il giudice amministrativo in equilibrio tra diritto interno e diritto europeo*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2012, 5, 1613; Cimini, *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 2008; Fracchia, *L'elemento soggettivo nella responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. pub.*, 2008, 445.

(65) Bigliuzzi-Geri, *"Culpa in contrahendo"*, pubblica amministrazione e terzi, in *Foro It.*, 1962, 1166-1170; Bertonazzi, *La tutela dell'affidamento nelle procedure selettive*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 39.

(66) Su tali aspetti si veda infra § 5. Cfr.: Alessi, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, 1955, 144-147.

(67) Corte giust. UE, 30 settembre 2010, C-314/09, Stadt Graz c. Strabag AG; cfr. Kotsonis, *The Basis on which the Remedy of Damages must be made available under the remedies Directive: Stadt Graz v Strabag AG (C-314/09)*, in *Public Procurement Law Review*, 2011, NA59-NA63; Feliziani, *Responsabilità dell'amministrazione senza colpa? Riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di Giustizia*, in *Foro Amm. CdS*, 2011, 10, 3015.

(68) Corte giust. UE, 9 dicembre 2010, C-568/08, Combinatie Spijker Infrabouw - De Jonge Konstruktie c. Provincie Drenthe, in particolare p.ti 86 e 87.

(69) [Dir. 2007/66/CE](#), che modifica le [dir. 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; Consiglio Europeo, 21 dicembre 1989, [dir. 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.

(70) Corte giust. UE, 9 dicembre 2010, C-568/08, Combinatie Spijker Infrabouw - De Jonge Konstruktie c. Provincie Drenthe, cit.; D. McGowan, *Remedies Revolution Avoided: A Note on Combinatie Spijker Infrabouw v Provincie Drenthe (C-568/08)*, in *Public Procurement Law Review*, 2011, NA64-NA69; Treumer, *Basis and Conditions for a Damages Claim for Breach of the EU Public Procurement Rules*, in Fairgrieve - Lichère (a cura di), *Public procurement law. Damages as an Effective Remedy*, Portland (USA), 2011, 160.

(71) Corte giust. CE, 5 marzo 1996, nei procedimenti riuniti C-46/93 e C-48/93, Corte giust. CE, 14 ottobre 2004, C-275/03, Commissione CE c. Repubblica del Portogallo.

(72) La decisione in commento esclude la responsabilità dell'amministrazione ove la violazione di legge intervenga in una materia dalla disciplina incerta. In conformità all'individuata giurisprudenza europea, si esclude la sussistenza dell'obbligazione risarcitoria ove la violazione commessa non appaia sufficientemente qualificata, rimettendo all'ordinamento nazionale la scelta sulla possibilità di consentire all'amministrazione resistente di

sovertire la presunzione di colpa che grava sulla stessa. Cons. di Stato, Sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482, in *Guida Dir.*, 2012, 11, 75. Corte giust. UE, 24 marzo 2009, C-445/06, *Danske Slagterier*; Corte giust. CE, 8 ottobre 1996, C-178/94 ed altre riunite, *Dillenkofer c. Repubblica Federale di Germania*; Corte giust. CE, 5 marzo 1996, C-46/93, *Brasserie dupecheur c. Repubblica Federale di Germania* e C-48/93, *The Queen/Secretary of State for Transport c. Factortame*, p.ti 31 e 51; Corte giust. CE, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich e Bonifaci c. Repubblica Italiana*. Osella, *L'elemento soggettivo nella responsabilità precontrattuale dell'amministrazione aggiudicatrice*, in *Foro Amm. CdS*, 2013, 1673; i contrasti giurisprudenziali hanno condotto alcuni autori a ritenere necessario un intervento della Grande Sezione, intervento che effettivamente potrebbe apparire opportuno per consentire l'uniformità del rimedio nei diversi Stati membri. Cfr.: Treumer, *Basis and Conditions for a Damages Claim for Breach of the EU Public Procurement Rules*, in Fairgrieve – Lichére (a cura di), *Public procurement law. Damages as an Effective Remedy*, cit., 160

(73) Si v. da ult.: Ponzio, *Il comportamento contraddittorio nella revoca dell'aggiudicazione di un appalto pubblico: la responsabilità precontrattuale e il danno risarcibile*, in *Urb. e Appalti*, 2013, 1085; Cons. di Stato, Sez. V, 24 febbraio 2011, n. 1193 e Cons. di Stato, Sez. V, 12 ottobre 2011, n. 5527; Cons. di Stato, Sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686 in *Dir. e Giust.*, 2012; Cons. di Stato, Sez. V, 24 febbraio 2011, n. 1193, in *Foro Amm. CdS*, 2011, 470; Cons. di Stato, Sez. V, 12 settembre 2012, n. 4844 in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. di Stato, Sez. V, 3 maggio 2012, in *Foro Amm. CdS*, 2012, 5, 1230.

(74) Cons. di Stato, Sez. V, 23 gennaio 2012, n. 265, in *Foro Amm. CdS*, 2012, 119, ove si richiama la possibilità di qualificare l'illegittimità dell'atto come presunzione semplice della colpa dell'amministrazione; Cons. di Stato, Sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686 in *Dir. e Giust.*, 2012; Cons. di Stato, Sez. VI, 15 ottobre 2012, n. 5279, in *Foro Amm. CdS*, 2012, 2667; Cons. di Stato, Sez. V, 31 luglio 2012, n. 4337, in *Foro Amm. CdS*, 2012, 1980; Cons. di Stato, Sez. V, 22 febbraio 2010, n. 1038, in *Red. Amm. C.d.S.*, 2012, 02. In tema: Comporti, *La responsabilità oggettiva per esercizio illegittimo della funzione amministrativa alla ricerca di un modello*, nota a Cons. di Stato, Sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686, in *Giur. It.*, 2013, 5.

(75) Cavallo Perin, *Relazione tenutasi il 15 marzo 2014 presso la SPISA al Corso monografico Responsabilità e Pubblica Amministrazione*, Bologna, in corso di pubbl.

(76) Così già in: Racca, voce "Correttezza (dir. amm.)", cit., 1532 e segg.

(77) Principio di cui all'[art. 118 Cost.](#) Cavallo Perin, *Atti del convegno Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, Cons. di Stato, Roma, 14 maggio 2014, accessibili in <http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/ATT00053.pdf>.

(78) Racca, *La professionalità nei contratti pubblici della sanità: centrali di committenza e accordi quadro*, in *Foro Amm. CdS*, 2010, 1727-1746; Id.,

Atti del convegno *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, cit.

(79) F.G. Scoca, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. Cost*, 1999, 4061. Cfr. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit. 193 e segg.

(80) Cass., Sez. un., 17 novembre 1978, n. 5328, in *Giust. Civ.*, 1979, I, 32. Conformi: Cass., Sez. III, 12 febbraio 1982, n. 855, in *Giust. Civ. Mass.*, 1982. Cons. di Stato, Sez. IV, 15 novembre 2004, n. 7449, in *Foro Amm. CdS*, 2004, 3173 e *Riv. Giur. Edilizia*, 2005, 3, I, 839; [Cass., Sez. III, 8 luglio 2010, n. 16149](#), in *Giust. Civ. Mass.* 2010, 7-8, 1027, *Giust. Civ.* 2011, 4, 976 e *Foro Pad.*, 2011, 1, I, 15.

(81) Bianca, *Diritto Civile*, cit., 179.

(82) [Cass., Sez. III, 8 luglio 2010, n. 16149](#), in *Giust. Civ. Mass.* 2010, 7-8, 1027, *Giust. Civ.*, 2011, 4, 976 e *Foro Pad.*, 2011, 1, I, 15; si veda [Cass., Sez. I, 26 maggio 2006, n. 12629](#).

(83) Cons. di Stato, Sez. VI, 15 marzo 2012, n. 1440; Cons. di Stato, Sez. III, 18 gennaio 2013, n. 279, in www.giustizia-amministrativa.it.

(84) [Cass., Sez. III, 2 marzo 2006, n. 4635](#), in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 3 e *Foro Amm. CdS*, 2006, 6, 1723.

(85) [Cass. 13 maggio 2009, n. 11135](#), in *Giust. Civ.*, 2009, I, 2112; Conformi: [Cass., Sez. III, 8 luglio 2010, n. 16149](#), in *Resp. Civ. e Prev.*, 2011, 5, 1065; [Cass., Sez. I, 27 marzo 2007, n. 7481](#), in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 3 e *Foro Amm. CdS*, 2007, 5, 1398. Cass., Sez. III, 2 marzo 2006, n. 4635, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 3 e *Foro Amm. CdS*, 2006, 6, 1723. [Cass., 21 agosto 2004, n. 16508](#), in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, 7-8; [Cass., 6 aprile 2001, n. 5114](#), in *Foro It.*, 2001, I, 2185; [Cass., 7 marzo 2001, n. 3272](#), in *Giust. Civ.*, 2001, I, 2109; [Cass., 26 giugno 1998, n. 6337](#), in *Giur. It.*, 1999, 92; [Cass., Sez. I, 20 agosto 1992, n. 9682](#), in *Giur. It.*, 1993, I, 1, 2160; Cass., Sez. II, 14 marzo 1985, n. 1987, in *Giust. Civ. Mass.*, 1985; Cass., Sez. un., 11 febbraio 1982, n. 835, in *Foro It.*, 1983, I, 1081; Cass., Sez. II, 9 ottobre 1979, n. 5240, in *Giust. Civ. Mass.*, 1979.

(86) [Cass., 21 agosto 2004, n. 16508](#), in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, 7-8.

(87) [Cass., 7 marzo 2001, n. 3272](#), in *Giust. Civ.*, 2001, I, 2109.

(88) Cons. di Stato, Sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 156; Cons. di Stato, Sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 662; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 24 novembre 2014, n. 834.

(89) Sul punto si rinvia a Racca, *Gli elementi della responsabilità della pubblica amministrazione e la sua natura giuridica*, in R. Garofoli – G. M. Racca – M. De Palma, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, cit., in part. 204 e segg.

(90) M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno*, in G. Greco (a cura di), *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Quaderni, in *Riv. It. Dir. Pub. Comunitario*, Milano, 2012, 31 e segg. Sul punto anche: Giovagnoli, *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*, Milano, 2010; F.G. Scoca, *Risarcibilità e interesse legittimo*, cit., 13; Travi, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2001.

(91) In base all'art. 345 della [L. 20 marzo 1865, n. 2248](#) (all. F). Così già: Racca, *La quantificazione del danno subito dai partecipanti alle procedure selettive per l'affidamento di appalti pubblici*, in *Atti del 43° Convegno di studi amministrativi, "Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi"*, Varenna, Villa Monastero 18 - 20 settembre 1997, Milano, 1998, e in *Dir. Amm.*, 1998, 155.

(92) [L. 20 marzo 1865, n. 2248](#), all. F, art. 345, abrogate dal [D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 256](#). Cfr. anche: [Cass., Sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438](#), cit.; Ponzio, *State Liability in Public Procurement. The case of Italy*, cit., 106-107.

(93) Cons. di Stato, Sez. IV, 20 febbraio 2014, n. 790; Cons. di Stato, Sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633.

(94) Cfr.: Cons. di Stato, Sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3999; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 8 febbraio 2006, n. 1794; T.A.R. Puglia, Sez. I, 10 giugno 2003, n. 2360; T.A.R. Liguria, Sez. II, 6 luglio 2001, n. 825.

(95) È sempre possibile un'interruzione corretta della procedura selettiva: l'art. 41, [dir. 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE](#), recepita dall'art. 79, [D.Lgs. n. 163/2006](#) che 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.

(96) Cons. di 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 "suggerione della formula non deve far ritenere che qui il danno debba determinarsi in modo difforme dai principi". 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 precontrattuali, ma non ha alcun valore in ordine all'entità di tale danno, né ai criteri per la sua quantificazione; Di Majo, voce "Responsabilità contrattuale", in *Dig. Disc. Priv.*, vol. XVII, Torino 1998, 64, n. 167; Caruso, *Note in tema di danni precontrattuali*, nota a [Cass., Sez. I, 11 maggio 1990, n. 4051](#), in *Foro It.*, 1991, I, 184.

(97) Cons. di Stato, Sez. V, 6 dicembre 2006, 7194.

(98) [Artt. 1226, 2056 c.c.](#); da ult. si veda Cons. di Stato, Sez. V, 14 gennaio 2009, n. 122, Cons. di Stato, Sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1513 e Cons. di Stato, Sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514; Cons. di Stato, Sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 10 gennaio 2007, n. 76; Cons.

di Stato, Sez. IV, ord. 19 ottobre 2005, n. 5839.

(99) Si veda sul punto: Cons. di 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.

(100) *Cass., 11 settembre 1989, n. 3922*, in *Mass.*, 1989; *Cass., Sez. lav., 18 giugno 2004, n. 11438*, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, 6; *Cass., Sez. III, 29 marzo 2007, n. 7768*, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 3.

(101) Cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 14 gennaio 2009, n. 122, Cons. di Stato, Sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1513 e Cons. di 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 ricorrente; Cons. di Stato, Sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194.

(102) Anche la giurisprudenza comunitaria, in assenza di indicazioni normative espresse, giungeva a quantificare il lucro cessante dell'imprenditore nel decimo del valore residuo dell'appalto in esecuzione: Corte giust. CE, 1 giugno 1995, in C-42/94, *Heidemij Advies BV c. Parlamento Europeo*, in *Raccolta*, 1995, I, 1417, p.to 22; Arrowsmith, *Remedies for enforcing public procurement rules*, Aerystwyth, 1993, 73, 107.

(103) Si veda in tal senso: Cons. di Stato, Sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. di Stato, Sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 20, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2010, 3, I, 954; Cons. di Stato, Sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 86, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. di Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6, cit.; Cons. di Stato, Sez. IV, 27 dicembre 2004, n. 8244, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., Sez. V, 27 settembre 2004, n. 6302, *ivi*; Id., 24 ottobre 2002 n. 5860, *ivi*. Iacovelli, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e danni risarcibili: la parabola giurisprudenziale dai danni riflessi ai danni ipotetici*, cit.

(104) Cons. di Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6, cit.

(105) Cons. di Stato, Sez. IV, 22 giugno 2006, n. 3851; Cons. di Stato, Sez. V, 30 agosto 2005, n. 4423.

(106) Cons. di Stato, Sez. IV, 6 ottobre 2004, n. 6491; Cons. di Stato, Sez. IV, 22 giugno 2006, n. 3851; Cons. di Stato, 16 gennaio 2006, n. 86, che riconosce lo 0,4 della base d'asta. Cons. di Stato, 11 ottobre 2006, n. 6059, riconosce il 2,5. Cfr. Ponzio, *State Liability in Public Procurement. The case of Italy*, cit., 109-110. Trimarchi Banfi, *L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 1 e segg.

(107) Gordon - Racca, *Integrity Challenges in the EU and U.S. Procurement systems*, in G.M. Racca - C.R. Yukins (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruylant, Bruxelles, 2014, 142-145.

(108) Cons. di Stato, 9 dicembre 2013, n. 5884; Cons. di Stato, Sez. VI, 26 marzo 2013, n. 1669.

(109) D.Lgs. 5 luglio 2010, n. 104, art. 124; Cons. di Stato, Sez. V, 18 febbraio 2013, n. 966; Cons. di Stato, 16 gennaio 2013, n. 240.

(110) *Dir. 2007/66/CE*, 11 dicembre 2007, che modifica le *dir. 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. Si v. Satta, *Vento nuovo per gli appalti*, in *Aperta Contrada*, 27 aprile 2012.

(111) Cfr. Ferrari, *La tutela risarcitoria per equivalente nel contenzioso in materia di contratti pubblici e la pregiudiziale amministrativa*, in *Giur. Merito*, 2011, 5, 1378.

(112) Trib. Ue, Sez. VII, 20 ottobre 2011, T 57/9 ove la domanda risarcitoria era fondata sul richiamo delle stesse violazioni richiamate ai fini dell'annullamento.

(113) Cfr. Treumer, *Enforcement of the EU public procurement rules: the state of law and current issues*, in S. Treumer - F. Lichère (a cura di), *Enforcement of the EU public procurement rules*, cit., 37 e segg.; Ramajoli, *Il processo in materia d'appalti pubblici da rito speciale a giudizio speciale*, in G. Greco (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa degli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010, 121 e segg.

(114) Sandulli, *Il risarcimento del danno*, in G. Greco (a cura di), *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici*, cit.
