

**La responsabilità  
precontrattuale della P.A.  
nei procedimenti  
ad evidenza pubblica**

Collana Dossier

a cura di  
Alessandro Massari

**Antonello Floris**

**La responsabilità precontrattuale della P.A.  
nei procedimenti ad evidenza pubblica**

## Sommario

1. [Nozione](#)
2. [Natura giuridica della responsabilità precontrattuale](#)
3. [Le varie ipotesi di responsabilità precontrattuale](#)
4. [La responsabilità precontrattuale della pubblica Amministrazione nei procedimenti ad evidenza pubblica](#)
5. [Il riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi](#)
6. [Analisi del procedimento](#)
7. [Natura giuridica della responsabilità precontrattuale della P.A](#)
8. [La pregiudiziale amministrativa](#)

## **1. Nozione**

La responsabilità precontrattuale tutela l'interesse all'adempimento, l'interesse del soggetto a non essere coinvolto in trattative inutili, a non stipulare contratti invalidi o inefficaci e a non subire inganni in ordine ad atti negoziali. L'interesse protetto in tema di responsabilità precontrattuale è quello della libertà negoziale. Il codice all'art. 1337 sancisce l'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto. L'art. 1338 sancisce la responsabilità della parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte. In tal caso il responsabile è tenuto a risarcire il danno che l'altra parte ha sofferto per avere confidato senza sua colpa nella validità del contratto. La prima norma enuncia il principio fondamentale della responsabilità precontrattuale la seconda ne costituisce una specificazione. Ancor più incisivo è l'intervento di specificazione compiuto dal legislatore nell'ambito della disciplina di derivazione comunitaria di alcune fattispecie contrattuali.

Si considerino al riguardo gli artt. 8 e 9 d.lgs. n. 111/1995, in materia di viaggi, vacanze e circuiti "tutto compreso". L'art. 8 impone all'organizzatore o al venditore del pacchetto uno specifico obbligo di comunicazione che deve in ogni caso comprendere tutte le informazioni e gli elementi di maggiore utilità per il consumatore (condizioni generali relative al rilascio del passaporto e del visto, obblighi sanitari da espletarsi per l'effettuazione del viaggio e del soggiorno, etc.). Infine l'art. 9 che elenca le informazioni che l'eventuale opuscolo informativo deve necessariamente contenere ove messo a disposizione; l'art. 5 d.lgs. n. 50/1992, in materia di negoziazioni fuori dei locali commerciali, che pongono al professionista di informare i consumatori in merito al diritto di recesso di cui essi godono in forza dell'art. 4 della legge medesima; gli artt. 2 e 4 d.lgs. n. 427/1998 in materia di multiproprietà. L'art. 2 prevede l'obbligo per il venditore di consegnare a chiunque ne faccia richiesta un documento informativo del quale il legislatore provvede a prescrivere specificatamente il contenuto. L'art. 4 impone, invece, al venditore un obbligo di "trasparenza" che consiste nell'utilizzare il termine "multiproprietà" tanto nel documento informativo, quanto nella pubblicità commerciale, soltanto quando il diritto oggetto del contratto sia un diritto reale; gli artt. 3 e 4 d.lgs. n. 185/1999, in materia di protezione dei consumatori nei contratti a distanza. L'art. 3 impone al fornitore di rendere noti al consumatore in modo inequivocabile, chiaro e comprensibile, con ogni mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza prescelta per la contrattazione, gli elementi principali del contratto. Il consumatore deve ricevere conferma di esse per iscritto prima o al momento dell'esecuzione del contratto, come prescrive l'art. 4 unitamente alle informazioni relative all'esercizio del diritto di recesso.

Nelle trattative le parti devono comportarsi secondo buona fede, ma anche con diligenza [1]. Ciò significa che la responsabilità precontrattuale può avere fondamento oltre che nella scorrettezza anche nella colpa, secondo la regola della responsabilità extracontrattuale (2043) secondo il precetto generale del rispetto del diritto altrui (nemine-laedere).

## **2. Natura giuridica della responsabilità precontrattuale**

Si discute sulla natura giuridica della responsabilità precontrattuale. La tesi prevalente, perlomeno in giurisprudenza, ravvisa nell'articolo 1337 un'ipotesi particolare di responsabilità extracontrattuale.

Il che non è senza rilievo, giacché dalla natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità discendono conseguenze diverse in materia di prescrizione, imputabilità (si discute, infatti, se l'incapace possa incorrere in culpa in contrahendo e la risposta non potrà che essere negativa se si accoglie la tesi della responsabilità contrattuale, mentre sarà positiva se accogliamo la tesi della responsabilità extracontrattuale), danni risarcibili (ad es. se la inquadrano nell'ambito della responsabilità extracontrattuale potrà essere chiesta la restituzione in integrum), rivalutazione monetaria e mora (perché solo nell'ipotesi in cui si tratti di responsabilità contrattuale occorrerà un atto specifico per mettere in mora il debitore).

La tesi prevalente in giurisprudenza, ravvisa nell'articolo 1337 un'ipotesi particolare di responsabilità extracontrattuale. Tale tesi per altro si fonda anche su precedenti storici infatti la figura della responsabilità precontrattuale non esisteva nel nostro codice del 1865, per cui si applicava l'allora vigente articolo 1151 (che era l'omologo del nostro attuale 2043). D'altronde sia il modello francese che quello italiano del 1865 si ispiravano all'idea della volontà delle parti, e non si poteva immaginare una restrizione della libertà contrattuale tale da imporre un obbligo di concludere il contratto solo perché si era iniziata una trattativa [2].

A sostegno di questa tesi è evidenziato che le parti sono libere di concludere il contratto, conseguentemente non può ipotizzarsi un obbligo a contrarre antecedente alla sua conclusione. Un eventuale obbligo risarcitorio in caso di recesso non può che discendere da un comportamento doloso o colposo, dunque da una fattispecie che rientra nella figura dell'illecito extracontrattuale. Inoltre, si è detto che la violazione della buona fede nella fase delle trattative non costituisce violazione di un'obbligazione precisa, ma solo di un dovere generico di condotta [3]. Il rapporto obbligatorio sancirebbe un dato dovere nei confronti di un soggetto determinato, e per la tutela del suo interesse; l'obbligo di buona fede, invece, graverebbe verso la generalità dei consociati per la tutela degli interesse al corretto e leale svolgimento delle trattative. Sarebbe inoltre preesistente alle trattative [4].

Per altro è fatto notare che anche l'articolo 1337 non esistesse, comunque la parte che danneggia l'altra interrompendo le trattative in buona fede dovrebbe risarcire il danno in via extracontrattuale, e dunque la norma sembrerebbe essere solo una specificazione dell'articolo 2043 [5].

Gli argomenti portati dai sostenitori della responsabilità extracontrattuale sono state confutati da altri autori che in merito all'argomento rispondono che l'obbligazione c'è, ed è quella data dall'obbligo di buona fede previsto dall'articolo 1337 [6]. Per altro le più recenti tendenze dottrinali e giurisprudenziali considerano quelle della buona fede e della correttezza vere e proprie norme precettive, fonti di un obbligo preciso a carico dei contraenti [7].

Inoltre secondo gli Autori, apparirebbe priva di significato l'affermazione secondo cui l'obbligo di buona fede graverebbe sulla generalità dei consociati e sarebbe preesistente alle trattative poiché è lo stesso codice a far nascere tale dovere dopo le trattative esclusivamente con il soggetto con cui si contrae. Ritengono inoltre che non possa esistere un obbligo di buona fede verso la generalità dei consociati, cioè verso soggetti con cui non si ha alcun rapporto. Tra l'altro la norma dell'articolo 1337 risulterebbe superflua se fosse fatta semplicemente appartenere alla responsabilità extracontrattuale, perché lo stesso risultato poteva essere ottenuto con l'applicazione

dell'articolo 1175 e 2043. In tal modo la norma sarebbe attratta nella disciplina dei contratti, si è detto che l'obbligo in questione altro non sarebbe che un'estensione alle trattative del generale obbligo di buona fede che occorre avere nell'esecuzione del contratto (articolo 1375). Questa tesi, inoltre, esce rafforzata anche in considerazione delle più recenti interpretazioni, secondo cui l'articolo 1337 potrebbe applicarsi anche alle ipotesi in cui a causa della mala fede di una delle parti il contratto è concluso, ma a condizioni più svantaggiose.

Altra tesi, sicuramente minoritaria è quella che considera la responsabilità precontrattuale un tertium genus di responsabilità, né contrattuale né extracontrattuale. Tale tesi è generalmente confutata sulla base della considerazione che non può esistere un tertium genus di responsabilità; o c'è un contratto o non c'è; in questo secondo caso la responsabilità non può che essere extracontrattuale, che, per definizione, è quella che nasce in ogni ipotesi in cui manca un contratto [8]. Per altro si argomenta che anche se la tesi fosse corretta, lascerebbe insoluti i problemi relativi alla disciplina applicabile (quella relativa alla responsabilità contrattuale o responsabilità extracontrattuale).

### **3. Le varie ipotesi di responsabilità precontrattuale.**

1) Violazione dei doveri di buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto.

Nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto le parti devono comportarsi secondo buona fede (1337 cc.). Tale regola di condotta impone alla parte di comportarsi lealmente e di attivarsi per salvaguardare l'utilità dell'altra nei limiti di un apprezzabile sacrificio (lealtà-salvaguardia). Non si richiede la prova effettiva che la parte in mala fede sia consapevole del suo contegno e sappia che si sta comportando non correttamente. E' necessario invece che il comportamento sia oggettivamente scorretto.

Obblighi tipici di buona fede nella fase precontrattuale sono, sotto il profilo della lealtà, gli obblighi di:

a) informazione. Tale dovere non riguarda la convenienza del contratto bensì le circostanze obiettive che lo rendono invalido, inefficace, per inutilità della causa [9] o della prestazione, [10] pericoloso, esso può ritenersi a carico del contraente e concerne anzitutto le cause d'invalidità e inefficacia del contratto. Conseguentemente il contraente è responsabile se stipula il contratto senza avvertire l'altra parte delle cause di invalidità o inefficacia (1338 cc.) La violazione del dovere d'informazione nelle trattative si qualifica come reticenza [11].

Il dovere d'informazione comprende poi le cause di inadempimento del contratto (il venditore, ad es., non deve celare i vizi della merce). Anche qui, per altro, la stipulazione del contratto rende irrilevante il silenzio della parte, la quale in tal caso dovrà rispondere non per la reticenza ma per l'inadempimento o inesatto adempimento del contratto. Va posto in rilievo che una volta stipulato il contratto, la reticenza perde tuttavia di regola la sua rilevanza giacché la parte sarà responsabile non perché abbia omesso di comunicare ciò che sapeva ma, senz'altro, per avere stipulato il contratto senza averne diligentemente verificato le condizioni di validità ed efficacia.

b) di chiarezza. - Il contraente deve utilizzare un linguaggio comprensibile nel suo reale significato. Il contraente non si comporta secondo buona fede se approfitta dell'ignoranza dell'altra parte in ordine al significato della clausola accettata [12].

c) Il segreto. - I contraenti, ma anche l'eventuale mediatore, non devono divulgare le informazioni riservate delle quali siano venuti a conoscenza in quanto partecipino delle trattative [13].

d) atti necessari per la validità o efficacia del contratto. Il contraente deve compiere gli atti che da parte sua sono necessari per la validità o per l'efficacia del contratto. Al riguardo rileva l'inerzia, dolosa o colposa, del contraente [14]. Nell'ambito dei doveri di buona fede parte della dottrina ricomprende anche il dovere di custodia dei beni che la parte riceve in esame, che è strumentale rispetto all'obbligazione della restituzione, e il cui inadempimento dà luogo a responsabilità contrattuale.

2) Il recesso ingiustificato dalle trattative.

La giurisprudenza ha dato notevole risalto a tale ipotesi di responsabilità precontrattuale, l'art. 1337 impone il dovere di non coinvolgere un soggetto in trattative inutili: lo svolgimento delle trattative non comporta l'obbligo di contrarre, ma recedere ingiustificatamente dalle trattative che erano state condotte a tal punto da ingenerare nella controparte la ragionevole aspettativa di concludere il contratto è contrario a buona fede. Alcuni Autori hanno criticato tale interpretazione giurisprudenziale ritenendola troppo generica in quanto è impossibile stabilire quando un recesso è giusto o no, essendo tale giudizio rimesso esclusivamente all'apprezzamento di chi tratta [15] partendo dal presupposto che non è possibile sapere con esattezza in quale

momento uno dei contraenti faccia ragionevolmente affidamento sulla conclusione del contratto, anche perché, in realtà, fino a quando uno dei due contraenti non abbia manifestato il suo consenso l'altro può sempre aspettarsi un recesso. Un indirizzo minoritario vorrebbe limitare l'ambito dell'art. 1337 solo ai casi in cui recede dalle trattative il contraente che sapeva fin dall'inizio che non avrebbe mai concluso il contratto. In senso contrario, appare orientata la dottrina e la giurisprudenza prevalente secondo cui un'interpretazione in tal senso incoraggerebbe i comportamenti arbitrari e scorretti, poco rispettosi dell'altro contraente imponendo una ricerca dell'altrui volontà molto difficile da eseguire in concreto. L'indirizzo prevalente appare orientato a considerare tale obbligo di tipo oggettivo, conseguentemente ai fini dell'attribuzione della responsabilità non occorre che la parte danneggiante volesse il danno arrecato o ne fosse a conoscenza, ma è sufficiente che il comportamento sia tale da generare un ragionevole affidamento nella conclusione del contratto. Anche la revoca della proposta deve essere effettuata in modo corretto in applicazione dell'art. 1337 [16].

Il comportamento è considerato doloso quando il soggetto inizia o prosegue le trattative pur avendo l'intenzione di non concludere il contratto, quando il soggetto non si attiene alla normale prudenza nell'indurre l'altra parte a confidare nella conclusione del contratto, portando avanti le trattative senza verificare le proprie possibilità o senza avere una sufficiente determinazione.

L'onere della prova del fatto lesivo, conformemente alla regola della responsabilità extracontrattuale, è del danneggiato, e cioè che l'interruzione delle trattative ha lesa un affidamento ragionevolmente creato dal comportamento della controparte. Quest'ultimo non dovrà dimostrare anche la mancanza di una giusta causa perché il comportamento lesivo è presuntivamente colposo in quanto non conforme al modello di diligente rispetto dell'altrui libertà negoziale secondo un criterio di normalità. Viceversa spetterà al danneggiante la prova delle circostanze che hanno giustificato da parte sua l'interruzione delle trattative.

### 3) Stipulazione di contratto invalido o inefficace.

L'art.1338 del codice civile prevede la responsabilità della parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte. In tale ipotesi il soggetto è lesa nella sua libertà negoziale in quanto il comportamento doloso o colposo dell'altra parte lo ha coinvolto nella stipulazione di un contratto invalido o inefficace.

Quest'ultima ha allora diritto ad essere risarcita del danno subito per avere confidato senza sua colpa nella validità del contratto. Tuttavia, come si è già rilevato, qui la responsabilità si fonda pur sempre sul comportamento doloso o colposo del soggetto. Non basta, cioè, che la parte abbia comunicato all'altra ciò che sapeva in ordine alle cause d'invalidità del contratto, ma occorre che essa abbia accertato alla stregua dell'ordinaria diligenza le cause d'invalidità o inefficacia che rientrano nel suo ambito di controllo. In mancanza, essa sarà responsabile per colpa pur dovendosi escludere la mala fede. La colpa dev'essere valutata nel concreto delle circostanze. Essa può essere esclusa quando l'invalidità deriva da presupposti di fatto che ricadono nell'ambito di controllo dell'altra parte (es.: incommerciabilità del bene perché contenente un ingrediente dannoso alla salute). In giurisprudenza si ritiene in colpa il contraente che ignora cause d'invalidità previste direttamente dalla legge. Questa generalizzazione appare artificiosa perché anche qui si rende necessaria una valutazione in concreto, data la possibilità che la conoscenza della legge richieda una specifica competenza tecnica, propria di una sola delle parti, o che si tratti di diritto straniero.

### 4) Violenza e dolo. Colposa induzione in errore.



La violenza è sempre causa d'invalidità del contratto anche quando sia esercitata da un terzo senza essere nota alla controparte (1434 cc.: n. 315). [17] La lesione della libertà negoziale si riscontra in tutti i casi in cui il contraente è vittima di violenza o dolo. Nel caso in cui la violenza sia esercitata anche per alterare il contenuto del contratto e per impedire la conclusione del contratto la vittima può impugnare il contratto ma può anche limitarsi a chiedere il risarcimento del danno rappresentato dalle deteriori condizioni contrattuali subite.

Analogamente alla violenza anche il dolo è causa d'invalidità del contratto (C.D. dolo vizio) se posto in essere dalla controparte, in questo caso, nell'ipotesi in cui la controparte che ha tratto vantaggio dal dolo posto in essere dal terzo non ne era a conoscenza, il contratto non è annullabile. Il terzo è comunque responsabile per avere leso la libertà negoziale della vittima e, secondo la regola della responsabilità precontrattuale, dovrà risarcire il danno nella misura dell'interesse della vittima a non stipulare il contratto. Al di fuori dell'ipotesi di dolo la lesione della libertà negoziale è altresì riscontrabile quando la controparte o un terzo abbiano colposamente indotto il contraente in errore. Sotto questo profilo l'errore può rilevare anche se non si tratti di errore essenziale influente sulla conclusione del contratto ma solo di errore incidente sul contenuto del contratto (chi cade in errore non deve comunque essere a sua volta in colpa) [18].

#### **4. La responsabilità precontrattuale della pubblica Amministrazione nei procedimenti ad evidenza pubblica**

Il riconoscimento di una responsabilità della P.A. per culpa in contrahendo ha origini recenti. Il divieto di agire slealmente, che nella previsione del legislatore del 1942 era diretto sia ai privati sia alle pubbliche amministrazioni, è stato a lungo negato dalla dottrina e giurisprudenza sul presupposto che non si poteva affermare la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione in quanto la P.A. non poteva, nel corso della sua attività, compiere atti illeciti. Si obiettava ancora che l'apprezzamento, da parte del giudice ordinario, delle ragioni del recesso dalle trattative avrebbe implicato un giudizio sull'esercizio discrezionale dei poteri dell'Amministrazione, al di là dei limiti fissati alla giurisdizione ordinaria [19].

La sentenza n. 1675/61 le SS. UU. della Cassazione ha riconosciuto per la prima volta la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, affermando che compito del giudice di merito non è quello di valutare se il soggetto amministrativo sia stato un corretto amministratore, bensì se sia stato un corretto contraente. Il limite fondamentale di questa prima importante pronuncia fu quello di ritenere sussistente la culpa in contrahendo della P.A. solo in caso di recesso, senza giustificato motivo, da una trattativa privata, cioè solo né caso in cui la pubblica amministrazione si spoglia dei propri poteri pubblicistici ed opera come un qualunque altro soggetto. Dottrina e giurisprudenza negavano la configurabilità di una responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nell'ipotesi in cui la formazione del contratto fosse avvenuta tramite un procedimento amministrativo preordinato alla scelta del contraente privato, in particolare la giurisprudenza continuava a distinguere, se l'illecito era avvenuto prima o dopo l'aggiudicazione.

Conseguentemente non era riconosciuta la responsabilità precontrattuale della p.a. nei contratti ad evidenza pubblica, assoggettati alla normativa di contabilità dello stato ed alla disciplina interna e comunitaria in materia di aggiudicazione dei pubblici appalti di lavori, servizi e forniture. La giurisprudenza prevalente riteneva che questi procedimenti, che prevedono quali metodi di scelta del contraente, i pubblici incanti, l'appalto concorso e la licitazione privata, fossero stati posti in essere dalla legge nell'interesse esclusivo della pubblica amministrazione dunque non a tutela dei privati concorrenti. La qualificazione giuridica di tali norme, come norme di azione, e quella relativa alle posizioni soggettive dei soggetti privati, come interesse legittimo, conduceva ad escludere la configurabilità di una responsabilità precontrattuale della stazione appaltante in relazione ai comportamenti tenuti in sede di gara o comunque nei procedimenti amministrativi preordinati alla conclusione dei contratti ad evidenza pubblica sulla base della regola generale della non risarcibilità degli interessi legittimi.

Il tradizionale indirizzo giurisprudenziale, sino alla rivoluzionaria sentenza della Cassazione 500/1999, ha reso possibile la risarcibilità dell'interesse legittimo attraverso la fictio dell'affievolimento del diritto soggettivo che, nell'ipotesi in cui il provvedimento illegittimo era "degradato ad interesse" e conseguentemente all'annullamento del provvedimento stesso, riacquistava la natura di diritto soggettivo. Ciò ha reso necessario per il contraente adire preliminarmente il Giudice Amministrativo per ottenere l'annullamento dell'atto illegittimo e, solo a seguito dell'annullamento dell'atto, adire il Giudice Ordinario competente per ottenere il risarcimento del danno ingiusto. Ciò in considerazione del fatto che la Costituzione attribuisce al Giudice Ordinario la cognizione dei diritti soggettivi, e conseguentemente si determinerebbe una situazione di incompetenza per difetto di giurisdizione nell'ipotesi in cui egli fosse chiamato a conoscere in merito al risarcimento dei danni derivanti dalla lesione di interesse legittimo.

In tal senso occorre prendere in esame la Sentenza della Corte di Cassazione Sez. Un. n. 1867 del 4.7.1973 nella quale si affermava che "non è sufficiente che il giudice

amministrativo abbia annullato l'atto, ma è necessario altresì che questo abbia inciso su una posizione originaria di diritto soggettivo, cosicché la funzione dell'annullamento è stata quella di restituire ad una posizione soggettiva, degradata ad interesse ed affievolita dall'azione amministrativa, la sua qualificazione originaria di diritto soggettivo. Occorre cioè che l'atto amministrativo annullato risulti non soltanto illegittimo (in quanto abbia violato una norma di azione), ma altresì illecito e, quindi, violatore di un diritto soggettivo" [20]. Le direttive comunitarie cosiddette "ricorsi" (Direttiva Ce 21 dicembre 1989 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 (89/665/CEE) e la Direttiva Ce 25 febbraio 1992 che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (92/13/CEE), hanno favorito il riconoscimento della responsabilità precontrattuale della p.a. poiché hanno imposto la correzione [21], l'annullamento degli atti in violazione delle procedure prescritte ovvero il riconoscimento di un risarcimento del danno.

La disciplina europea di favore per l'apertura alla concorrenza del mercato degli appalti pubblici (con le C.D. direttive ricorsi) ha ammesso la legittimazione al ricorso di operatori privati estranei alla trattativa, ma interessati alla partecipazione ad una gara in quanto operatori del medesimo settore [22].

La copiosa giurisprudenza formatasi innanzi alla Corte Europea di Strasburgo [23], che ha portato a ripetute condanne del Governo Italiano al risarcimento del danno ingiusto su interessi legittimi (parificati in Europa ai diritti soggettivi), era tale da rendere necessario un rapido intervento legislativo. Alcune disposizioni di legge, quali la 15/3/97 n° 59, la leg.101/93, l a leg. n° 141/90 che prevedeva la responsabilità del funzionario sul ritardo di concessioni edilizie e quindi degli interessi presentivi, e sia pur limitatamente alla materia, la possibilità del risarcimento in materia di appalti di lavori e forniture ex art.13 l. 142/90 estesa agli appalti dei servizi ex art. 35 l. 80/98, rappresentavano il segno tangibile della tensione legislativa orientata verso la tutelabilità in via risarcitoria dell'interesse legittimo. Tuttavia le citate norme potevano essere esaminate settorialmente e limitatamente alla materia, anche se costituivano lo spunto o il prodromo dell'inizio di una nuova concezione giuridica.

Quanto si è detto trova conferma nella lettura del dispositivo della sentenza della Cassazione. Sez. Un. 16.12.1994 n. 10800 secondo cui "il principio generale della irrisarcibilità della lesione dell'interesse legittimo non può ritenersi superato a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 13 della Legge 19 febbraio 1992, n. 142, che, in attuazione della direttiva del consiglio CE n. 665-89 del 21.12.1989, ha attribuito il risarcimento del danno ai soggetti lesi da atti compiuti dalla pubblica amministrazione, in violazione del diritto comunitario, in materia di aggiudicazione di appalti, trattandosi di innovazione espressamente limitata al settore della aggiudicazione degli appalti, come confermato dalla successiva legislazione in materia ed in particolare dall'art. 32, terzo comma, della Legge 11 febbraio 1994, n. 109 (legge quadro in materia di appalti pubblici) che estende espressamente il principio innovativo alle lesioni derivanti da atti compiuti in violazione della nuova legge sui lavori pubblici e del relativo regolamento e dall'art. 11 lett. I della Legge 22 febbraio 1994, n. 146 (legge comunitaria per il 1993) che testualmente estende la disposizione anche agli appalti di servizio".

Le ipotesi di responsabilità precontrattuale della P.A finivano così per essere notevolmente circoscritte anche in considerazione del fatto che nei pubblici incanti e nella licitazione privata l'aggiudicazione da un lato conclude la serie procedimentale ma dall'altro tiene già luogo dell'aggiudicazione. In proposito la Corte di Cassazione ha affermato che: "La domanda del partecipante ad una gara d'appalto indetta dalla p.a. a licitazione privata e successivamente annullata dalla stessa amministrazione, diretta a

far valere la responsabilità precontrattuale di quest'ultima ai sensi dell'art. 1337 c.c., è sottratta alla giurisdizione del giudice ordinario per rientrare in quella del giudice amministrativo, atteso che nel corso del procedimento di licitazione gli interessati non hanno la qualità di possibili futuri contraenti cui si riferisce il cit. art. 1337 c.c. ma soltanto quella di partecipanti alla gara, cui è riconnesso unicamente l'interesse legittimo al corretto esercizio del potere di scelta da parte dell'amministrazione stessa, senza che possa configurarsi quella relazione specifica tra soggetti consistente nello svolgimento delle trattative, che nella menzionata disposizione del codice civile costituisce il presupposto dell'obbligo di comportamento secondo buona fede, valido anche per l'autorità amministrativa" (Cass. civ., sez. un., 26 maggio 1997, n. 4673 [24]).

## **5. Il riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi**

Il riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi è conseguente all'emanazione dell'art. 35 del decreto legislativo 80/1998 e dalla svolta aperta dalle Sezioni Unite della Cassazione che con la sentenza 500/1999 ha determinato il capovolgimento giurisprudenziale dell'orientamento appena menzionato [25]. La Corte di Cassazione nella sentenza in esame non muove l'indagine dalla qualificazione della situazione giuridica soggettiva per individuare o no la lesione di un diritto soggettivo, ma afferma che l'art. 2043 c.c. "ha la funzione di consentire il risarcimento del danno ingiusto, intendendosi come tale il danno arrecato non iure, il danno, cioè, inferto in assenza di una causa giustificativa, che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento, a prescindere dalla sua qualificazione formale, ed in particolare, senza che assuma rilievo la qualificazione dello stesso in termini di diritto soggettivo. Conseguentemente tanto la lesione di un interesse legittimo, quanto quella di un diritto soggettivo o di altro interesse giuridicamente rilevante, può essere causa di responsabilità aquiliana e pertanto il contraente, nell'ipotesi in cui risulti danneggiato a causa dell'attività illegittima della Pubblica Amministrazione l'interesse al bene della vita al quale il primo si correla e che detto interesse risulti meritevole di tutela alla stregua del diritto positivo, può dar luogo al risarcimento del danno ingiusto. In merito nella Sentenza della Sezioni unite della Corte di Cassazione 10 gennaio 2003 n. 157 i giudici ritengono fondamentale ed innovativo principio espresso dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza 22 luglio 1999 n. 500, secondo cui ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana, non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione vantata dal soggetto, poiché la tutela risarcitoria è assicurata soltanto in relazione all'ingiustizia del danno, che costituisce fattispecie autonoma, contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante.

Gli artt. 33 - 35 del d.lgs. n. 80/98 e con gli artt. 6 e 7 della legge 205/2000 hanno generalizzato riconoscimento della competenza del giudice amministrativo, attraendola nella giurisdizione esclusiva dei TAR, nelle ipotesi di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nei contratti ad evidenza pubblica. L'art. 6 della legge 205/2000 [26], nell'attrarre la giurisdizione esclusiva tutte le controversie attinenti alle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno, anche in forma specifica (ai sensi del successivo art.7).

Il riconoscimento legislativo del principio della risarcibilità della lesione degli interessi legittimi, che come si è detto era già operante in precedenza nell'ordinamento, è da rinvenire nell'articolo 35 del decreto legislativo 80/1998, nella riedizione operata con l'articolo 7 legge 205/00. Va anche precisato che le innovazioni portate fanno ipotizzare una responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione anche relativamente alla formazione dei cd. contratti ad oggetto pubblico (concessioni - contratto, convenzioni urbanistiche, convenzioni di lottizzazione ecc.), anche se non ricompresi nell'ambito degli accordi procedurali o sostitutivi di cui all'art. 11 della legge 241/90, soggetti alla stessa disciplina.

Pertanto l'interesse legittimo del partecipante alla procedura ad evidenza pubblica è oggi tutelato anche in forma risarcitoria ritenendo in tal modo possibile la valutazione della violazione delle norme procedurali e sostanziali sulla formazione dei contratti in termini di non corretto comportamento della parte pubblica. Va al riguardo posto in rilievo che il giudizio appare essere distinto da quello sull'illegittimità in quanto causa di invalidità del provvedimento conclusivo del procedimento ed autonomo rispetto a quest'ultimo, in quanto, almeno in questo caso, dall'onere di impugnazione entro il termine decadenziale degli atti amministrativi nei quali risulta concretizzato il comportamento contrario a correttezza e buona fede [27].

Si può anche sostenere che le controversie relative alle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, di cui siano parte soggetti comunque tenuti all'osservanza

delle ordinarie norme statali o regionali ovvero comunitarie sull'evidenza pubblica, sono così assegnate allo stesso organo giurisdizionale amministrativo e possono essere cumulate anche in un unico processo. Quelle attinenti, alla fase di esecuzione del contratto restano ancora riservate alla giurisdizione ordinaria e ciò in quanto investono la lesione di diritti soggettivi inerenti al rapporto paritetico contrattuale. A tutt'oggi i giudici amministrativi stanno con sempre maggiore frequenza riconoscendo la tutela risarcitoria precontrattuale ai soggetti lesi dalla violazione delle norme che disciplinano i procedimenti ad evidenza pubblica [28].

## **6. Analisi del procedimento**

Il procedimento amministrativo che precede la conclusione dei contratti della pubblica amministrazione si definisce “ad evidenza pubblica”, poiché l’amministrazione deve esternare e “rendere note le ragioni di pubblico interesse che giustificano ... l’intenzione di contrattare, la scelta della controparte e la formazione del consenso” [29].

La procedura dell’evidenza pubblica non costituisce un autonomo modello contrattuale bensì soltanto un particolare *modus procedendi*, essa si concreta in quattro fasi: delibera a contrarre, con cui la P.A. dichiara l’intento di instaurare il procedimento e rappresenta il progetto; la scelta del contraente (nelle forme di asta pubblica, licitazione privata, appalto-concorso, trattativa privata); l’aggiudicazione e l’approvazione.

In merito alla prima fase, quella relativa alla delibera di contrarre, la normativa vigente in materia impone alla p.a. una preventiva deliberazione a contrarre da parte dell’organo competente (ad es. un dirigente) che autorizza il ricorso alla procedura negoziale e una serie di controlli e di limiti, anche formali, atti a garantire che sia realizzato l’interesse pubblico.

Esistono dei capitolati generali e dei capitolati speciali per i diversi tipi di contratto (v. art. 45 r.d. 827/1924), cui devono ispirarsi i capitolati d’oneri allegati alla determinazione a contrattare o al progetto di contratto. [30] Per alcuni settori particolari, come i lavori pubblici, la determinazione a contrattare deve rientrare all’interno della programmazione triennale che ogni amministrazione deve compiere, aggiornandolo annualmente. Questo significa che la realizzazione di lavori pubblici non previsti nel programma triennale può avvenire solo a determinate condizioni come ad esempio nel caso di una calamità naturale o per altre ipotesi ben definite. Sempre per alcuni settori (v. ancora i lavori pubblici), è previsto un parere obbligatorio da parte del Consiglio superiore dei lavori pubblici su tutti i progetti di opere pubbliche superiori a un certo importo. Nella fase di formazione del contratto, il concorrente ha un interesse legittimo affinché il procedimento sia svolto nel rispetto delle regole e le trattative siano poste secondo correttezza e buona fede, altrimenti la P.A. incorrerà in una responsabilità precontrattuale [31].

La disciplina di scelta del contraente è finalizzata a tutelare lo sviluppo di un mercato concorrenziale che assicuri il migliore utilizzo delle risorse pubbliche a favore dei cittadini. A tal fine si riconosce agli operatori una posizione soggettiva direttamente tutelata, che ha per oggetto il corretto adempimento delle procedure di selezione da parte dei soggetti comunque tenuti ad applicarle. Il giudizio sulla responsabilità della pubblica Amministrazione è finalizzato a verificare il comportamento della stessa, sono quindi oggetto di verifica tutti i fatti giuridicamente rilevanti. Essi comprendono gli atti del procedimento di scelta del contraente, ma che non si esauriscono in essi, e dai quali può desumersi la scorrettezza del comportamento (Consiglio di Stato, sez. IV, 19 marzo 2003 n. 1457).

La fase della scelta del contraente ed in particolare l’illegittimità del bando o dell’invito alla gara ha posto particolari questioni in relazione al momento in cui deve avvenire l’impugnazione. Il bando di gara costituisce, in una prospettiva civilistica, un invito ad offrire, mentre le offerte dei concorrenti sono proposte irrevocabili. Tali atti determinano l’instaurazione di una trattativa C.D. multipla o parallela fra pubblica amministrazione e concorrenti privati. Il comportamento della pubblica amministrazione, in tale fase, deve dunque risultare corretto, legittimo e non contraddittorio, per escludere la responsabilità ed il risarcimento del danno. Un primo orientamento giurisprudenziale sostiene che l’interesse legittimo del concorrente diventa attuale e concreto solo quando al concorrente non è aggiudicato il contratto ad evidenza pubblica. [32].

La tesi tradizionale sostenuta dal Consiglio di Stato, sostiene che il bando di gara e la lettera di invito per l'aggiudicazione di un contratto della pubblica amministrazione è immediatamente impugnabile nell'ipotesi in cui contiene clausole impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione, e non anche con riferimento alle clausole che individuano i criteri che saranno adottati per l'aggiudicazione, conseguentemente la partecipazione alla gara e la presentazione dell'offerta non determinerà acquiescenza e non impedirà, quindi, la proposizione di un eventuale gravame (C. Stato, sez. VI, 06-10-1999, n. 1326). Peraltro, l'impugnazione del bando differita al momento dell'impugnazione del provvedimento di esclusione è ritenuta comunque ammissibile quando la clausola del bando appaia ambigua e tale da prestarsi a differenti interpretazioni da parte dell'amministrazione in sede di ammissione degli aspiranti al concorso (C. Stato, sez. VI, 10-08-1999, n. 1020).

In merito, più recentemente l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sezione V con l'ordinanza 6 maggio 2002, n. 2406 ha distinto le clausole immediatamente lesive dell'interesse degli aspiranti concorrenti alla partecipazione alla procedura, la cui impugnazione da parte del concorrente deve avvenire nel termine di decadenza dalla pubblicazione del bando, dalle altre regole di gara, che possono essere impugunate unitamente all'atto applicativo [33]. Sempre il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), con la decisione numero 1 del 23 gennaio 2003 ha affermato che, anche se non ciò può essere escluso in altri limitati casi, ad esempio quando gli oneri imposti all'interessato ai fini della partecipazione risultino manifestamente incomprensibili o implicanti oneri per la partecipazione del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della gara o della procedura concorsuale, l'onere di immediata impugnazione del bando di gara è, normalmente, riferito alle clausole riguardanti requisiti soggettivi di partecipazione. Al riguardo i giudici amministrativi pur sottolineando che il partecipante alla procedura concorsuale non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, dal momento che egli non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in un'effettiva lesione della situazione soggettiva, che solo da tale esito può derivare", sostengono che la clausola del bando o della lettera di invito, in quanto preclusiva della partecipazione dell'interessato alla procedura concorsuale, appare idonea a generare una lesione immediata, diretta ed attuale, nella situazione soggettiva dell'interessato, ed a suscitare, di conseguenza, un interesse immediato alla impugnazione, dal momento che l'interesse all'impugnazione sorge al momento della lesione (Cons. Stato, Sez. V, 20 giugno 2001 n. 3264). Tale orientamento è stato più volte affermato dal Consiglio di Stato, pertanto l'onere dell'immediata impugnativa degli atti preliminari costituenti la lex specialis della gara è ipotizzabile soltanto quando questa contenga prescrizioni dirette a precludere la stessa partecipazione dell'interessato alla procedura concorsuale (Cons. Stato, Sez. V, 27 giugno 2001 n. 3507; Sez. VI, 18 dicembre 2001 n. 6260). In considerazione di ciò è stato posto in rilievo che le clausole del immediatamente impugnabili dal contraente sono quelle che prescrivono requisiti di ammissione o di partecipazione alle gare per l'aggiudicazione, in virtù del fatto che la loro presunta lesività non si manifesta e non opera per la prima volta con l'aggiudicazione, ma quando tali requisiti sono stati assunti come regole per l'amministrazione (Cons. Stato, Sez. IV, 27 marzo 2002 n. 1747). Altre ipotesi di immediata impugnazione del bando da parte del concorrente si realizzano:

- nel caso di illegittima apertura da parte del seggio di gara della busta contenente l'offerta economica in seduta segreta piuttosto che pubblica [34].

- qualora il bando contenga "clausole asseritamente irragionevoli tali da non consentire la formulazione dell'offerta impedendo quel calcolo di convenienza economica e tecnica che ogni impresa deve essere in grado di effettuare all'atto di valutare se partecipare o no ad una gara [35]. In tale caso la lesività delle norme del bando non si



manifesta per la prima volta con l'aggiudicazione, bensì all'atto stesso della loro assunzione, in quanto vengono a limitare la libertà di apprezzamento della p.a. [36];

- qualora le clausole del bando di gara incidano sul *modus operandi* della commissione aggiudicatrice. In tale caso la lesione della posizione di interesse dell'impresa sarebbe immediata, afferendo la clausola alle condizioni di partecipazione alla gara ed alla libertà di scelta in ordine alle determinazioni negoziali assunte nell'ambito del procedimento di scelta del contraente privato (fattispecie relativa alla previsione del bando relativa all'individuazione delle operazioni da svolgere in seduta private ed in seduta pubblica);

- nelle ipotesi in cui le prescrizioni del bando impongano determinati oneri formali alle imprese partecipanti. È stata così ritenuta immediatamente lesiva e, dunque, autonomamente impugnabile quella clausola del bando di gara che imponeva, a pena di esclusione l'esibizione di un documento o di un attestato (nella specie carichi pendenti);

- qualora l'aggiudicazione si sia realizzata sulla base di modalità di calcolo della soglia della anomalia dell'offerta illegittime [37]. Il corretto calcolo della soglia dell'anomalia dell'offerta va a ricollegarsi al principio di concorrenzialità posto a presidio dell'interesse pubblico alla migliore stipulazione ed all'interesse privatistico alla concorrenza leale in coerenza con quanto disposto dalle norme costituzionali (art.41) e comunitarie (art.81 trattato CEE).

Come si è detto in tutti questi casi è generalmente riconosciuto al concorrente un autonomo interesse a ricorrere tutte le volte che le prescrizioni del bando stabiliscono regole che incidono direttamente o indirettamente sulle condotte delle imprese concorrenti, già rilevanti all'interno dello svolgimento della gara. Tale orientamento giurisprudenziale appare finalizzato a "valorizzare l'esigenza di una pronta e rapida inoppugnabilità di determinate regole speciali della gara, in certo senso accettate dai partecipanti al procedimento" [38]. Ciò in considerazione del fatto che l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici "sarebbe ingiustificatamente elusa se fosse consentito alle imprese di partecipare alla gara rimanendo inerti di fronte a prescrizioni inidonee a garantire il corretto operare delle regole di concorrenza, per poi impugnare il bando al quale hanno prestato adesione in modo univoco e concludente, una volta conosciuto l'esito sfavorevole del procedimento" [39].

Dunque il danno non è cagionato dalla procedura concorsuale o dal suo svolgimento, ma è il bando, che prende in esame una situazione preesistente ad esso e del tutto definita". Pertanto appare decisivo ritenere immediatamente impugnabili quelle clausole che riguardano i requisiti soggettivi degli aspiranti partecipanti al concorso in quanto "esattamente e storicamente identificate, preesistenti alla gara stessa, e non condizionate dal suo svolgimento" e perché "producono nei confronti dei partecipanti effetti diretti, identificando immediatamente i soggetti che, in quanto privi dei requisiti richiesti, da tali clausole sono immediatamente e direttamente incisi".

Conseguentemente, si esclude l'immediata impugnazione del bando nell'ipotesi in cui esso contenga a) clausole riguardanti la composizione ed il funzionamento del seggio di gara; b) clausole che condizionano anche indirettamente, la formulazione dell'offerta economica (tra le quali anche quelle riguardanti il metodo di gara e la valutazione dell'anomalia); c) clausole che definiscono gli oneri formali di partecipazione.

Va infine posto in rilievo che l'esecuzione (integrale o parziale) dell'appalto oggetto di una gara non determina il venire meno dell'interesse a ricorrere in capo al partecipante non aggiudicatario, e ciò non solo per la persistenza di un interesse morale, ma anche in relazione ad un eventuale giudizio risarcitorio volto a ristorare il ricorrente dal pregiudizio patito per effetto dell'illegittimità.

Va precisato, tuttavia, al riguardo che, per offrire una tutela più garantista al privato, la giurisprudenza, soprattutto quella di merito, ha optato per un'interpretazione volta a riconoscere la natura normativa al bando di gara, per consentirne la disapplicazione d'ufficio da parte del TAR, pur quando non fosse intervenuta una loro immediata impugnativa [40]. Ciò in quanto il sindacato disapplicativo del TAR è ammesso sugli atti normativi che fungono da presupposto di atti chiamati a darvi concreta esecuzione. Tuttavia tale orientamento è stato sconfessato dal Cons. Stato, Sez.IV, 27/08/1998, n.568 secondo cui le prescrizioni di un bando di gara pubblica, ancorché illegittime, non sono disapplicabili dal giudice amministrativo, rilevato che si tratta di manifestazioni di volontà provvedimento, non riconducibili ad atto regolamentare o, comunque normativo, e immediatamente impugnabili qualora contengano prescrizioni suscettibili di arrecare una lesione diretta e immediata [41]. Secondo alcuni autori in ogni caso non si tratta, tuttavia, di vera disapplicazione ex art. 5 della n. 2248 del 1865, ma di semplice accertamento dell'illegittimità di un atto, il cui contenuto si riversa in quello che vi dà esecuzione. La possibilità di richiedere, poi, il risarcimento in forma specifica, consente in ogni caso di ottenere, anche in via cautelare, la partecipazione alla gara di cui sia stata sancita l'illegittima esclusione.

La stessa amministrazione, chiamata a dare esecuzione a clausole di esclusione illegittime previste nel bando di gara, al fine di scongiurare impugnative da parte dei concorrenti, può o disapplicarle, posto che il principio di legalità impone di non dare esecuzione ad atti illegittimi (ed è questo quanto avviene di solito per gli atti che danno esecuzione a norme interne in contrasto con quelle comunitarie), ovvero provvedere in via di autotutela a ritirarle. Impugnative strumentali ad una più efficiente e garantistica partecipazione alla gara pubblica, sono ammesse quando gli strumenti di pubblicità utilizzati per renderla conoscibile siano inidonei o quando i tempi previsti per assolvere alle incombenze certificative, tecniche ed economiche richieste a fini partecipativi risultino eccessivamente ristretti. Su tali aspetti si è mostrata particolarmente sensibile la normativa comunitaria, in considerazione della loro grave incidenza negativa sulla libertà e parità di accesso concorrenziale alle gare pubbliche.

La terza fase, quella dell'aggiudicazione, si traduce in un'operazione con cui l'amministrazione, dopo aver verificato i risultati della gara o riscontrato la conformità delle offerte alle condizioni e ai requisiti da essa predeterminati, provvede a formalizzarli in un atto che vale nel contempo a perfezionare il contratto e ad individuare l'altro contraente. Essa, ricondotta generalmente alla categoria dei cd. accertamenti costitutivi può costituire un autonomo atto cui fa seguito la stipulazione di un formale contratto oppure è inglobata in esso come nell'ipotesi della trattativa privata oppure è espressione diretta dell'accordo contrattuale di cui costituisce espressione formale, che non richiede una successiva stipulazione. Ciò avviene, soprattutto, per le aggiudicazioni che conseguono ai modi di scelta del contraente privato di tipo meccanico, che si concludono con un verbale di aggiudicazione. Se la norma lo richiede la forma ad substantiam è solo dalla data della stipulazione che il contratto può ritenersi perfezionato. Lo stesso è a dirsi nel caso in cui occorra verificare dopo l'aggiudicazione la ricorrenza di ulteriori atti o fatti, ovvero si richieda la loro integrazione postuma. Diversamente la stipulazione assume mero valore riproduttivo di un contratto già perfezionato con l'aggiudicazione. Ad ogni buon conto non può comunque negarsi all'aggiudicazione la valenza di vincolo preliminare obbligatorio. L'aggiudicazione con cui si conclude il contratto in quanto atto amministrativo, è soggetta ai normali poteri di ritiro: annullamento (se illegittimo ab origine) o, revoca (se sopravvengono nuove e diverse esigenze di interesse pubblico dell'amministrazione precedente) ed infine l'approvazione del contratto. Una volta intervenuta nella gara pubblica l'aggiudicazione, la vicenda procedimentale non può dirsi ancora chiusa e, anche nell'ipotesi in cui essa tenga luogo del contratto, è soggetta all'approvazione degli organi competenti. Essa può essere considerata una condizione d'efficacia su un contratto oramai perfetto, ed a mezzo di essa viene realizzato un riscontro sia della

legittimità dell'intero iter procedimentale, che del merito, cioè della effettiva convenienza del contratto finale.

La commissione aggiudicatrice, organo di competenza tecnica composto prevalentemente da esperti, conclude il procedimento di gara con la proposta di aggiudicazione. L'affidamento del contratto è normalmente di competenza dell'Amministrazione procedente che dispone l'aggiudicazione definitiva del contratto. In merito il Consiglio di Stato sostiene che l'aggiudicazione definitiva non è atto meramente confermativo o esecutivo, ma atto che, anche quando recepisce in toto i risultati dell'aggiudicazione provvisoria, comporta comunque un'autonoma valutazione con la conseguenza che se è impugnata l'aggiudicazione provvisoria occorre impugnare anche, in un secondo momento, l'aggiudicazione definitiva, pena l'improcedibilità del primo ricorso [42]". L'impresa non aggiudicataria ha non l'onere ma la facoltà di impugnare immediatamente l'aggiudicazione provvisoria, che è autonomamente lesiva, in quanto le inibisce l'ulteriore partecipazione al procedimento [43];

Ne consegue che l'aggiudicazione definitiva necessita sempre di autonoma impugnazione, anche se è già stata impugnata quella provvisoria; se l'aggiudicazione provvisoria è impugnata immediatamente e autonomamente, la parte ha perciò l'onere di impugnare anche, in un secondo momento, l'aggiudicazione definitiva, pena l'improcedibilità del primo ricorso (sez. VI, 16 novembre 2000, n. 6128)."

Qualora vi siano preminenti esigenze pubbliche che lo impongano l'Amministrazione appaltante può revocare od annullare l'aggiudicazione provvisoria, salvaguardando la possibilità per il contraente, in considerazione della fase procedimentale più o meno avanzata in cui le dette esigenze siano rilevate di ricorrere per ottenere il risarcimento del danno derivante da un'eventuale responsabilità precontrattuale della P.A. ex art. 1337 c.c., [44] In ogni caso la revoca degli atti di gara per l'aggiudicazione di un contratto è consentita esclusivamente nell'ipotesi in cui sussistano motivi di pubblico interesse da indicare nel provvedimento, in relazione ai quali l'Amministrazione appaltante ha ritenuto opportuno non proseguire nello svolgimento dell'iter concorsuale rendendone evidente l'opportunità: e ciò anche qualora vi sia già stata l'aggiudicazione, attraverso la non approvazione degli atti di gara e del relativo verbale [45].

Nel caso di annullamento d'ufficio di una gara di appalto prima dell'aggiudicazione definitiva, i giudici amministrativi hanno ritenuto che tale atto non richieda una specifica motivazione dell'interesse pubblico, in quanto essa stessa trova ex se giustificazione nella sola riscontrata e dichiarata esistenza di vizi di legittimità [46], dovendosi l'atto di annullamento adottato dalla P.A. ritenere sufficientemente motivato con il solo riferimento all'esistenza dei vizi riscontrati nell'atto da invalidare [47]. In ogni caso la giustificazione della volontà di non addivenire al perfezionamento del vincolo negoziale – accessivo all'intervenuta aggiudicazione della gara – non può essere legittimamente evocata con riferimento a ragioni di pubblico interesse, ove queste ultime si sostanzino nella rilevata indisponibilità delle risorse finanziarie necessarie al fine di fronteggiare gli oneri rivenienti dall'affidamento del servizio oggetto dell'indizione della gara (ha osservato in particolare il T.A.R. Lazio che nella specie l'assenza di verifica preventiva, da parte P.A. appaltante - anche nel corso della procedura concorsuale - della sussistenza dei presupposti economico/finanziari - disponibilità delle somme - necessari all'esecuzione del vincolo contrattuale derivante dall'intervenuta aggiudicazione, costituiva un atteggiamento colposamente negligente, che violava il principio della tutela dell'affidamento e comportava pertanto una responsabilità precontrattuale).

Relativamente alla quarta fase, quella fase della stipula del contratto, va posto in rilievo che la condotta della p.a. che ricusi la stipula del contratto conseguente alla aggiudicazione va inquadrata nella fattispecie della responsabilità precontrattuale. E'

esclusa in tale ipotesi una responsabilità contrattuale dell'Amministrazione che si realizza solo dopo l'intervenuto perfezionamento del contratto e la successiva ed eventuale manifestazione della volontà della parte pubblica di non dar esecuzione ad esso. Per altri motivi è esclusa la responsabilità extracontrattuale (di cui agli artt. 2043 e segg. c.c.), in quanto, secondo la giurisprudenza prevalente, il comportamento dall'Amministrazione nell'ipotesi in questione è caratterizzato dal "contatto" prenegoziale realizzatosi in occasione dell'espletamento del procedimento ad evidenza pubblica realizzatosi successivamente alla manifestata volontà di dar luogo ad un'attività negoziale e finalizzata all'individuazione del privato contraente. La richiesta di risarcimento del danno in questo caso deve essere accompagnata da una puntuale dimostrazione del danno subito per effetto dell'atto illegittimo adottato dall'Amministrazione, non potendo il giudice integrare la prova carente mediante una consulenza tecnica d'ufficio, pur se richiesta dal ricorrente, in considerazione del fatto che tale strumento istruttorio consente solo di valutare mezzi di prova già acquisiti al materiale oggetto di cognizione [48].

In proposito il Cons.Stato, Sez.IV, 19 marzo 2003 n. 1457 ha precisato che deve ritenersi ammissibile la risarcibilità del danno, a titolo di responsabilità precontrattuale della p.a., nell'ipotesi in cui l'amministrazione procedente, rilevando un errore nel procedimento di gara già esperito, autoannulli in autotutela la gara stessa, ancorché fosse già intervenuta l'aggiudicazione definitiva in capo all'impresa vincitrice della selezione.

In tale ipotesi, dovrà essere respinta la richiesta del concorrente diretta ad ottenere il risarcimento del danno conseguente alla mancata stipula del contratto, dovrà invece essere accolta la domanda diretta al risarcimento del danno derivato dalla scorrettezza dell'amministrazione per aver pubblicato un bando illegittimo ed avere illegittimamente celebrato e concluso la procedura di gara, giungendo a ingenerare nell'impresa partecipante in buona fede il legittimo affidamento sulla legittimità degli atti e la validità dello stipulando contratto [49]. Pertanto un comportamento scorretto della P.A. consente al concorrente, di esperire un'azione di risarcimento dei danni per responsabilità precontrattuale della P.A., e dunque nei limiti degli interessi negativi (spese sostenute e perdita di chances).

Nell'ipotesi in cui la P.A. receda dalle trattative perché ha riconosciuto la non convenienza del contratto, questo apprezzamento rimane insindacabile da parte del giudice ordinario costituendo giusta causa di recesso in considerazione del fatto che l'ente ha l'obbligo di realizzare nel migliore modo l'interesse pubblico di cui è portatore. Ma la responsabilità precontrattuale dell'ente può ugualmente profilarsi quando esso abbia mutato il precedente apprezzamento senza che siano intervenuti nuovi elementi di rilievo. In tal caso risulta che l'ente ha iniziato e portato avanti la trattativa senza verificare diligentemente la propria disponibilità a concludere il contratto.

In merito occorre sottolineare che la più recente giurisprudenza ha ritenuto che nel caso in cui la stipula del contratto sia richiesta da leggi di settore o da capitoli a fini di perfezionamento del contratto o quando essa sia comunque necessaria per la definizione di aspetti non previsti nell'aggiudicazione non è dubbia la loro appartenenza alla materia attratta alla giurisdizione esclusiva. Viceversa nell'ipotesi in cui riproduca formalmente un contratto già perfezionatosi con l'aggiudicazione, la conclusione dovrebbe essere quella opposta [50]. Per le stesse ragioni l'approvazione del contratto e l'adozione di provvedimenti di ritiro degli atti della sequenza procedimentale, ponendosi cronologicamente dopo il perfezionamento del contratto, perché attinenti alla sua efficacia ed eseguibilità, dovrebbero essere sottratti alla giurisdizione esclusiva. Tuttavia, se si ritiene di dover applicare l'art. 6 come all'intero iter procedimentale dei contratti ad evidenza pubblica, le controversie relative a tali atti dovrebbero esservi ricomprese, in quanto pur sempre attinenti alla fase integrativa

dell'efficacia, che ne è considerata parte integrante, anche se solo ai fini costitutivi degli effetti.

Altra ipotesi di responsabilità precontrattuale è quella legata alla illegittima esclusione di un concorrente. In tale caso il concorrente avrà l'onere di dimostrare l'esistenza di una perdita patrimonialmente rilevante connessa alle spese incontrate per prendere parte ad una gara per l'aggiudicazione di un contratto di appalto, alla quale la parte non abbia potuto concretamente essere posta in condizione di aspirare per causa di un fatto imputabile alla P.A. assunto in violazione degli obblighi di affidamento ex art. 1337 c.c..

Analogamente nelle controversie sul ritiro di atti della sequenza procedimentale da parte dell'Amministrazione appaltante, risultano, pertanto, pienamente applicabili al contraente pubblico gli artt. 1337 e 1338 c.c., e la loro applicazione è ora demandata al giudice amministrativo in sede esclusiva, quale organo preposto alla tutela dei diritti e degli interessi, e, indipendentemente dal fatto che la loro lesione scaturisca dall'adozione di atti illegittimi o da comportamenti violativi del dovere di buona fede in contrahendo.

La perdita di chance, costituisce un danno attuale (non irrealizzato), si identifica con la perdita della possibilità di conseguire un risultato [51]. In questo caso il pregiudizio risarcibile è circoscritto nei limiti dello stretto interesse negativo che si contrappone all'interesse all'adempimento, rappresentato sia dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto, sia dalla perdita di ulteriori occasioni per la stipulazione con altri di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso; tale tipo di responsabilità non comporta anche il risarcimento dei danni che si sarebbero evitati e dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione ed esecuzione del contratto [52]. Al fine di ottenere il risarcimento per perdita di chance, è necessario che il danneggiato dimostri anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegare la sussistenza di un valido nesso causale tra il danno e la ragionevole probabilità del suo verificarsi e provi conseguentemente la realizzazione in concreto almeno di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta [53]. Il danno da perdita di chance, pertanto, secondo una recente sentenza del T.A.R. Lazio, è suscettibile di essere liquidato, in linea di principio, assumendo come parametro di valutazione l'utile economico complessivamente realizzabile dal danneggiato, diminuito di un coefficiente di riduzione proporzionato al grado di possibilità di conseguirlo; ovvero, ove tale metodologia risulti di difficile applicazione, con ricorso al criterio equitativo ex art. 1226 c.c. [54].

Si realizza infine un comportamento lesivo della buona fede e dell'affidamento della controparte nell'ipotesi di dolosa o colposa omissione della redazione del contratto formale o nella sua mancata trasmissione all'autorità di controllo per l'approvazione. In esse la violazione di obblighi strumentali, rispettivamente, per la valida conclusione e per l'efficacia ed eseguibilità del contratto, per i quali non può invocarsi la responsabilità contrattuale non essendo essi obbligazioni contrattuali, porta a ritenere "che il comportamento, doloso o colposo, della P.A. inteso a disattendere detti obblighi strumentali concreti un'ipotesi di violazione del principio di buona fede, rientrando nel campo di operatività della responsabilità precontrattuale che, nei contratti della P.A. è, quindi, da considerarsi più ampio di quello tracciato dalla lettera dell'art. 1337 c.c." [55].

## **7. Natura giuridica della responsabilità precontrattuale della P.A**

Appare in conclusione di notevole rilevanza, anche ai fini della normativa applicabile, prendere in esame l'orientamento giurisprudenziale, successivo alla sentenza 500/1999 della Corte di Cassazione, in merito alla natura giuridica della responsabilità precontrattuale della P.A.. Il Consiglio di Stato, sez. V, con decisione del 6 agosto 2001 n. 4239 ha configurato in capo all'amministrazione una responsabilità contrattuale "da contatto sociale qualificato"; che riguarda tutti i soggetti che partecipano di un procedimento amministrativo e che è conseguente alla violazione delle regole procedurali, o quando l'invalidità del provvedimento amministrativo deriva dal contrasto con precedenti atti convenzionali stipulati dall'amministrazione e dal soggetto interessato. I giudici, infatti, nell'applicare l'art. 2043 c.c. alla lesione dell'interesse legittimo, hanno dichiarato che: "la valutazione del danno risarcibile sia effettuata ai sensi dell'art. 2056 c.c., e quindi, deve comprendere sia il danno emergente che il lucro cessante, a norma dell'art. 1223 c.c."

Ciò perchè - a detta dei magistrati di Palazzo Spada - la responsabilità in oggetto presenterebbe "profili sui generis che ne consentirebbero, in taluni casi, l'accostamento alla responsabilità per inadempimento contrattuale".

Va anzi aggiunto che la giurisprudenza amministrativa ha colto alcune peculiarità della responsabilità della p.a. per ingiusta lesione di interessi legittimi, individuando l'esistenza di profili sui generis che ne consentirebbero, in taluni casi, l'accostamento alla responsabilità per inadempimento contrattuale. Si è osservato, infatti, che la responsabilità aquiliana presuppone, di regola, una lesione dall'esterno della posizione giuridica della parte interessata, ossia derivante da condotte di soggetti non legati da una precedente relazione giuridica, mentre la vicenda procedimentale destinata a concludersi con il provvedimento che amplia la sfera giuridica del privato è caratterizzata dallo svolgimento di un complesso rapporto amministrativo, nel quale sono individuabili particolari obblighi di comportamento del soggetto pubblico [56].

Tale costruzione giurisprudenziale consente un parziale distacco dallo schema dell'illecito extracontrattuale della responsabilità dell'amministrazione conseguente alla lesione di interessi legittimi, di cui all'art. 2043 del c.c., caratterizzante l'orientamento della tradizionale giurisprudenza.

La questione è stata successivamente rimessa dal Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana [57] all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ma non è stata risolta (decisione 14 febbraio 2003, n. 2) in quanto ritenuta irrilevante ai fini della soluzione della controversia. Ma, recentemente, c'è stato un rilevante avvicinamento alla tesi della responsabilità da contatto sociale qualificato da parte della Corte di Cassazione (sez. I civile, 10 gennaio 2003, n. 157). I giudici della Cassazione ritengono che la nuova concezione dell'attività amministrativa conseguente alla emanazione della legge 241/90 non può non avere riflessi sull'impostazione del problema della responsabilità della pubblica amministrazione. L'inquadramento degli obblighi procedurali viene inserito nello schema contrattuale, come vera e propria prestazione da adempiere secondo il principio di correttezza e buona fede (articoli 1174 e 1175 cod.civ.) ed è proponibile solo dopo l'entrata in vigore della legge 241/90 anche in considerazione del fatto che, all'articolo 11, comma 2, rende applicabili agli accordi partecipativi i principi codicistici in materia di obbligazioni e contratti.

Si argomenta al riguardo che il contatto del cittadino con l'amministrazione è oggi caratterizzato da uno specifico dovere di comportamento nell'ambito di un rapporto che in virtù delle garanzie che assistono l'interlocutore dell'attività procedimentale, diviene specifico e differenziato. L'interessato, una volta iniziato il procedimento, non è più semplice destinatario passivo dell'azione amministrativa, ma diviene il beneficiario di obblighi che la stessa sentenza 500/99 identifica nelle «regole di imparzialità, di

correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione pubblica deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità».

Tali interessi, di partecipare al procedimento, di vederlo concluso tempestivamente e senza aggravamenti, di poter accedere ai documenti in possesso dell'amministrazione, di veder motivata la decisione, costituirebbero il vero contenuto dell'interesse legittimo che assume un carattere del tutto autonomo rispetto all'interesse al bene della vita: l'interesse legittimo si riferisce a fatti procedurali.

La lesione dell'interesse legittimo, si realizzerebbe nell'ipotesi di inadempimento da parte della P.A. delle regole di svolgimento dell'azione amministrativa, ed verrebbe a dar luogo ad una responsabilità che è molto più vicina alla responsabilità contrattuale. Il modello, finora utilizzato, che fa capo all'articolo 2043 cod.civ., con le relative conseguenze di accertamento della colpa, invece si rivelerebbe insoddisfacente, e inadatto a risolvere con coerenza i problemi applicativi dopo Cassazione 500/99/.

L'individuazione della normativa applicabile non è senza rilievo, giacché dalla natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità discendono conseguenze diverse in materia di prescrizione dell'azione risarcitoria da quinquennale (art. 2947 del c.c.) diviene decennale (art. 2946 del c.c.), danni risarcibili (ad es. se la inquadrano nell'ambito della responsabilità extracontrattuale potrà essere chiesta la restituzione in integrum), rivalutazione monetaria e mora (perché solo nell'ipotesi in cui si tratti di responsabilità contrattuale occorrerà un atto specifico per mettere in mora il debitore) ed infine in ambito probatorio si verifica l'inversione dell'onere della prova, (l'amministrazione dovrà provare che l'inadempimento o il ritardo derivano da causa ad essa non imputabile art. 1218 del c.c.). In tal modo il soggetto danneggiato sarà liberato da tutte le difficoltà probatorie conseguenti alla configurazione dell'elemento soggettivo in capo alla amministrazione.

## **8. La pregiudiziale amministrativa**

In merito al rapporto tra l'azione di annullamento e la domanda di risarcimento del danno (c.d. pregiudiziale amministrativa) sembra doversi ritenere che al fine di poter ottenere il risarcimento del danno nell'ipotesi in cui si è in presenza di un'attività amministrativa ritenuta illegittima debba esservi da parte del ricorrente la tempestiva impugnativa del provvedimento. L'accertamento della illegittimità del provvedimento – operato attraverso il giudizio di annullamento – rappresenta in tal modo uno degli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità dell'Amministrazione in mancanza del quale non può essere affermata.

Ad oggi infatti non sembra apparire più attuale, secondo una parte della dottrina e della più recente giurisprudenza l'orientamento manifestato dalla Cassazione, con la sentenza n.500/1999, secondo la quale l'azione risarcitoria, pur connessa alla contestazione di poteri amministrativi, resterebbe autonoma rispetto alla domanda di annullamento, basandosi su presupposti sostanziali diversi; dal che deriverebbe l'assenza di un onere di immediata tempestiva impugnazione del provvedimento lesivo, qualora l'interessato intenda avvalersi della sola tutela risarcitoria [58]. Occorre però evidenziare che la sentenza 500 era intervenuta quando ancora le controversie in materia di risarcimento del danno appartenevano alla giurisdizione del giudice ordinario, per cui l'orientamento in esame era determinato anche dall'intento di evitare il meccanismo del doppio processo, ora venuto meno proprio per effetto dell'art. 7 della L.205. La norma, nel riprendere l'art.35 ha attribuito senza alcuna eccezione ai giudici Amministrativi, in sede di giurisdizione esclusiva e di legittimità, tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali.

Conseguentemente al fine di verificare se il comportamento dell'amministrazione sia tale da causare il risarcimento del danno, la giurisprudenza prevalente ritiene necessario che occorra procedere alla verifica di tutti requisiti previsti dalla legge - quali la sussistenza della lesione di una situazione soggettiva di interesse tutelata dall'ordinamento (il danno ingiusto), la colpa (o il dolo) dell'amministrazione, l'esistenza di un danno patrimoniale, ed il nesso di causalità tra l'illecito e il danno subito (Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 924). Pertanto l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento rappresenta solo uno dei vari elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità, ai sensi dell'art. 2043 del c.c. (Cons. Stato, sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169). Tale attività cognitiva comporta la verifica della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica che non può essere effettuata nell'ipotesi in cui il provvedimento non sia stato impugnato nei termini decadenziali [59]. E' stato osservato, commentando queste sentenze, che l'azione di annullamento ha la finalità di rimuovere per il passato l'atto illegittimo e di ripristinare anche profuturo le condizioni di legalità e legittimità della funzione pubblica. Non vi è dubbio, inoltre, che l'annullamento dell'atto illegittimo soddisfa anche e primariamente l'interesse pubblico alla legittimità. L'azione risarcitoria avrebbe invece unicamente finalità di ristorazione del danno ingiusto, non occupandosi di volere ripristinare la legalità violata. In questo caso l'incontestabilità del provvedimento fa sì che esso, secondo il principio della presunzione di legittimità degli atti amministrativi, deve essere considerato conforme a legge anche dallo stesso giudice; il quale non può disporre il risarcimento del danno ingiusto qualora il provvedimento non è stato impugnato nei termini di decadenza previsti dalla legge.

Più recentemente il Consiglio di Stato (Sez. VI 27 gennaio 2003 n. 426) ha sostenuto che la circostanza che in una materia vi sia giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non significa che tutte le controversie in argomento vertano su diritti soggettivi [60].



Infatti sostengono i giudici amministrativi una volta stabilito che la giurisdizione è del giudice amministrativo, occorre anche nell'ambito della giurisdizione esclusiva, individuare il tipo di situazione soggettiva lesa (interesse legittimo o diritto soggettivo) al fine di delimitare i poteri del giudice. Così come appunto ha ritenuto il giudice di primo grado, che correttamente ha individuato nella fattispecie al suo esame una situazione di interesse legittimo, con la conseguenza, nel caso in cui sia stato leso un interesse legittimo, della necessità di esperire un'azione di annullamento e della conseguente dichiarazione di inammissibilità dell'azione risarcitoria esclusivamente ed autonomamente intrapresa [61].

In tema di espropriazione per p.u., nell'ipotesi di occupazione acquisitiva, non si pone la questione inerente la c.d. "pregiudiziale di annullamento" relativa ai provvedimenti amministrativi lesivi degli interessi legittimi dei privati danneggiati, nel caso in cui i ricorrenti facciano valere diritti soggettivi perfetti, lamentando in via principale l'illiceità del comportamento dell'Amministrazione resistente che, dopo aver occupato le aree di proprietà privata in virtù del decreto di occupazione temporanea e d'urgenza, trasformi irreversibilmente le aree medesime realizzando materialmente sulle stesse le opere previste (nella specie, si trattava di opere di viabilità all'interno del P.I.P.), senza però espropriarle antecedentemente alla scadenza del termine decennale di validità dello strumento urbanistico (nella specie, Piano per gli Insediamenti Produttivi). Il Tar Puglia ha infatti ritenuto ammissibile la domanda risarcitoria proposta dagli interessati, a prescindere dall'impugnazione degli atti della procedura espropriativa – intrapresa ma non portata a termine dalla P.A. –, quando il presupposto logico-giuridico di tale azione sia non l'asserita illegittimità della medesima procedura, ma l'intervenuta scadenza degli atti a suo tempo adottati dalla Pubblica Amministrazione (dichiarazione di pubblica utilità), senza che sia mai seguita l'espropriazione definitiva [62].

L'orientamento giurisprudenziale più recente che subordina la richiesta di risarcimento del danno alla previa impugnazione dell'atto, non appare del tutto condiviso. Al riguardo alcuni autori sostengono che se il provvedimento amministrativo, o più in generale l'esercizio della funzione pubblica, rileva a fini risarcitori come comportamento produttivo di danni anche l'atto legittimo, come il ritardo e la mancanza dell'atto o l'inerzia ingiustificata nella sua emanazione, possono provocare le medesime conseguenze dannose (si pensi all'ipotesi dell'ingiustificato ritardo nel rilascio della concessione edilizia, idoneo a procurare un danno ingiusto al richiedente). Conseguentemente la illiceità non presuppone sempre l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento; è invece l'accertata illegittimità dell'esercizio della funzione pubblica che si traduce in comportamento illecito [63].

Il che, ad avviso di tali autori, oltre a non essere conforme a principi di effettività, non è nemmeno richiesto dalla normativa e dai principi in ambito di tutela risarcitoria, i quali pretendono solo l'esistenza di un danno di carattere patrimoniale conseguente a ritardo nel provvedere e imputabile a comportamento colposo dell'amministrazione. A prescindere, tra l'altro, dall'illegittimità del provvedimento, anche perché la giurisprudenza ha sempre ritenuto che la violazione dei termini di conclusione del procedimento amministrativo, stabiliti ai sensi dell'art. 2 della l. 7 agosto 1990, n. 241, non comporti l'illegittimità dell'atto adottato oltre i termini stessi; non essendo essi previsti a pena di decadenza dell'esercizio del potere né avendo carattere perentorio.

## Note:

[1] La responsabilità precontrattuale si ravvisa infatti in ipotesi di comportamento colposo del soggetto il quale, ad es., porta avanti le trattative senza verificare le sue concrete possibilità d'impegnarsi o conclude il contratto senza accertare le cause d'invalidità che ricadono sotto il suo controllo

[2] Su cui v. Musy, Digesto delle discipline privatistiche, voce: Responsabilità precontrattuale, pag. 393 e ss.

[3] Trabucchi, Istituzioni di diritto civile, 1999, pag. 657.

[4] Bianca, Il contratto, pag. 162. V. inoltre Gazzoni, Manuale di diritto privato, 1996, pag. 825.

[5] Sacco-De Nova, Il contratto, I, pag. 255.

[6] Scognamiglio, Contratti in generale, pag. 90.

[7] Galgano, Diritto civile e commerciale, IV, pag. 492.

[8] Bianca, Il contratto, pag. 162; Castronovo, La Nuova responsabilità civile, pag. 195.

[9] , ad es., quando stia per verificarsi un evento che lo rende inefficace o ineseguibile

[10] L'inutilità della prestazione può riscontrarsi nell'ipotesi in cui essa, pur essendo conforme alla rappresentazione della contro- parte, è insuscettibile di soddisfare il suo interesse, come ad es., quando sia noleggiato un mezzo per trasportare della merce che il noleggiatore sa non potrà essere caricata.

[11] Il dovere d'informazione non può comprendere la convenienza dell'affare poiché la maggiore o minore convenienza, e cioè il maggiore o minore profitto dell'affare, rientra nel normale giuoco della contrattazione. Il semplice silenzio non può essere considerato come dolo, e cioè come raggiro (è per altro possibile che il silenzio concorra, assieme ad altri elementi, ad integrare la fattispecie del dolo)

[12] Nelle condizioni generali di contratto la difficoltà del linguaggio può comportare l'inefficacia della clausola rispetto all'aderente.

[13] Tale dovere di comportamento si realizza anche al di fuori delle ipotesi in cui la legge impone specificamente l'obbligo del segreto (622, 623 cp.)

[14] Si pensi, ad es., all'alienazione del bene di un minore fatta dal genitore. L'alienazione deve essere preventivamente autorizzata dal giudice tutelare (320, n.3 cc.). Senza tale autorizzazione il contratto è annullabile (322 cc.).

[15] Sul punto SACCO-DE NOVA, Il contratto, II, cit., 234 ss. La fattispecie del recesso ingiustificato non è semplice da spiegare. Il contraente, infatti, non può mai fare affidamento sulla conclusione del contratto fino a quando è in trattative perché, è ovvio, la trattativa implica incertezza, e quindi possibilità di ripensamento fino al momento in cui il contratto è concluso. A meno che una delle parti non prometta senz'altro di concludere il contratto, nel qual caso, però, il contratto deve considerarsi concluso, salva eventualmente la necessità di ulteriori accordi per definire aspetti particolari.

[16] Da notare che anche l'art. 5 dell'allegato I alla Convenzione relativa alla legge uniforme sulla formazione dei contratti di vendita internazionale di cose mobili materiali (ratificata con L. 21-6-1971, n. 816) disciplina la revoca in mala fede, sanzionandola, però, con l'illegittimità della revoca stessa. Resta da coordinare l'art. 1337 con l'art. 1328, 1° comma, il quale obbliga colui che revoca la proposta a indennizzare l'altra parte se l'accettante ha in buona fede iniziato l'esecuzione del contratto prima di avere notizia della revoca; in realtà, l'art. 1337 disciplina l'ipotesi della revoca in mala fede, mentre l'art. 1328, 1° comma, fa riferimento alla diversa ipotesi in cui la revoca sia effettuata legittimamente e in buona fede; quest'ultima norma, pertanto, prevede un'ipotesi di responsabilità da atto lecito, ove la misura dell'indennizzo è inferiore a quella del risarcimento vero e proprio.

[17] Se quest'Ultima è consapevole o partecipe della violenza, la responsabilità precontrattuale graverà solidalmente su di essa e sul terzo. Se la violenza proviene dal terzo e la controparte non ne era a conoscenza, la responsabilità ricadrà esclusivamente in capo al terzo

[18] In questa prospettiva s'inquadrano i casi di errore derivante da false informazioni fornite colposamente alla parte da un istituto bancario circa la solvibilità di un cliente. La banca non è tenuta a dare tali informazioni, ma se decide di darle deve attenersi al precetto della normale diligenza, e risponde pertanto per il danno cagionato da informazioni colposamente errate.

[19] Queste difficoltà sono state tuttavia superate puntualizzando che la responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione non presuppone una pretesa del terzo contraente né alla stipulazione del contratto né alla sua approvazione da parte dell'autorità tutoria. Ciò che può pretendere chi contrae con un ente pubblico è che nelle trattative e nella fase di formazione del contratto l'ente tenga un comportamento improntato ai precetti della buona fede e della normale diligenza ai quali sono tenuti in generale i contraenti

[20] In tal senso è certamente interessante la lettura della Sentenza della Corte di Cassazione Sez. Un. n. 1867 del 4.7.1973 nella quale si affermava che "non è sufficiente che il giudice amministrativo abbia annullato l'atto, ma è necessario altresì che questo abbia inciso su una posizione originaria di diritto soggettivo, cosicché la funzione dell'annullamento sia stata quella di restituire ad una posizione soggettiva, degradata ad interesse ed affievolita dall'azione amministrativa, la sua qualificazione originaria di diritto soggettivo. Occorre cioè che l'atto amministrativo annullato risulti non soltanto illegittimo (in quanto abbia violato una norma di azione), ma altresì illecito e, quindi, violatore di un diritto soggettivo".

[21] Corte di giustizia Ce, sez.VI, 18 giugno 2002, causa C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs- Gesellschaft mbH (HI) c. Stadt Wien\*)

[22] (Corte di giustizia Ce, 10 marzo 1987, in causa 199/85, Commissione Cee c. Repubblica italiana\*; Cons. St., sez. V, 22 marzo 1995, n. 454, Consorzio sistema direzionale orientale e Com. di Roma c. Consorzio gruppo Roma capitale\*)

[23] La sentenza della Corte di Giustizia CEE del 19/11/91 (Caso Francovic) e della Corte Europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo che aveva pronunciato per la prima volta con la sentenza Reingensen, e successivamente e ripetutamente con le decisioni Sporong 23/09/82, Koning e soprattutto col caso dell'Avv. Katte de la Grange del 27/10/94 e della questione Scollo in materia di locazione contro il Governo Italiano la possibilità del risarcimento di posizioni giuridiche economiche rivelanti prescindendo dalla loro qualificazione giuridica, o tutela Processuale.

[24] In Giust. civ. Mass. 1997, 846

[25] La traslazione al giudice amministrativo delle pretese risarcitorie del cittadino, in sede di giurisdizione esclusiva ex artt. 33, 34 e 35 del D. Lgs. n. 80/1998, è stata affermata anche dalla Corte Costituzionale nell'ordinanza n. 292/2000. La Corte, nel respingere la questione di costituzionalità relativa all'art. 11, comma 4°, lett. g), seconda parte, della L. 59/1997 (che secondo l'ordinanza di rimessione del Giudice di Pace di Palermo avrebbe violato l'art. 76 della Costituzione, delegando il governo a ridefinire i confini tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa nella materia dei servizi pubblici, senza predeterminazione dell'oggetto e senza fissazione dei criteri direttivi), ha affermato che il legislatore delegante intendeva rendere piena ed effettiva la tutela del cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione, "concentrando" – nella materia de qua – innanzi al giudice amministrativo non solo la fase del controllo di legittimità dell'azione amministrativa ma anche, ove configurabile, quella della riparazione per equivalente, ossia il risarcimento del danno, evitando per esso la necessità di instaurare un separato e successivo giudizio innanzi al giudice ordinario.

[26] Oggi le esclusioni di carattere soggettivo sono state sostanzialmente superate dall'art. 6 della legge 205/2000, quanto meno relativamente ai contratti attinenti a servizi, lavori e forniture, e, quanto a quelle oggettive, a parte i contratti di economato o di cottimo fiduciario, possono ritenersi sottratti al regime dell'evidenza pubblica i contratti di gioco e scommessa gestiti da soggetti pubblici o privati autorizzati (lotto e lotterie, totocalcio, enalotto, ecc. ), i contratti di alienazione di titoli di Stato, e, più in generale, quelli di utenza pubblica indicati, dall'art. 33 del d.lgs. n. 80/98.

[27] Il fenomeno in questione potrebbe essere ricostruito, sulla scorta di autorevole dottrina, anche in termini concettuali diversi: al privato titolare dell'interesse legittimo al corretto espletamento delle procedure di gara dovrebbe riconoscersi il diritto soggettivo che le trattative si svolgano nel rispetto del principio di correttezza e buona fede. Dalla duplicità delle situazioni giuridiche soggettive discenderebbe la possibilità di esercitare due differenti azioni: l'azione costitutiva di annullamento a tutela dell'interesse legittimo e l'azione risarcitoria, a titolo di responsabilità precontrattuale, a tutela del diritto soggettivo. (GRECO)

[28] Ad esempio il TAR Lombardia, sez. III, 9 marzo 2000 n. 1869 ha riconosciuto questa tutela ad un'impresa che era stata illegittimamente posta in concorrenza con associazioni di volontariato per l'affidamento di un appalto di servizi. Significativa pare anche la pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V, 12 settembre 2001 n. 4776, che ha ravvisato la responsabilità precontrattuale di un Comune che ha tenuto aperte con un soggetto privato trattative che sicuramente non avrebbero potuto avere esito in quanto il contratto era già stato stipulato con altro soggetto.

[29] (Casetta 517).

[30] In riferimento a ciò il citato art. 45 "i capitoli generali d'onere contengono le condizioni che possono applicarsi indistintamente ad un determinato genere di lavoro, appalto o contratto, e le forme da seguirsi per le gare"; i capitoli speciali, invece, "riguardano le condizioni che si riferiscono più particolarmente all'oggetto proprio del contratto".

[31] La determinazione dell'amministrazione di contrattare ovvero la predisposizione da parte dell'amministrazione di un progetto di contratto essa deve indicare il contenuto del contratto, il suo oggetto, la spesa prevista, le modalità di scelta del contraente...

[32] Con alcune pronunce, abbastanza recenti, (cfr. Cons. di Stato Sez. IV n. 952 del 15.2.2002) si è riaffermata la necessità di ottenere, indubitabilmente davanti al giudice esclusivo, il preventivo annullamento dell'atto impugnato quale pregiudiziale al conseguimento del risarcimento del danno. Sono pronunce che palesano i dubbi sorti circa il fatto che la tempestiva impugnazione del provvedimento lesivo dell'interesse meritevole di tutela influisca o meno sulla ammissibilità della richiesta di risarcimento

[33] [33]. In tal senso, più recentemente, si è pronunciato il CONSIGLIO DI STATO Sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35

[34] C.S., V 17.maggio 2000

[35] C.S., V, 23.05.2000, n. 2990.

[36] C.S., IV, 22.03.1999, n. 302. Ancora, C.S., IV, 05.07.1999, n. 1158 ha ritenuto immediatamente lesiva la clausola del bando che prescriveva l'esclusione automatica delle offerte anomale in quanto direttamente incidente sulle posizioni dei concorrenti.

[37] CONS.Stato sez V23 maggio 2000. I giudici hanno considerato irricevibile per tardività di impugnazione spiccata dal concorrente solo all'atto dell'aggiudicazione disposta a favore di altro partecipante

[38] C.S., V, n. 3187/2001.

[39] C.S., V, n. 2990/2000.

[40] Con la pronuncia T.A.R. Lombardia Milano, Sez.III, 02/04/1997, n.354, il bando di gara è qualificato come atto avente natura normativa, sebbene la sua rilevanza ed i suoi effetti sono limitati al solo ordinamento interno della p.a che lo ha emanato. Il Decidente ne fa discendere il principio secondo cui <<Il giudice amministrativo può disapplicare la disposizione del bando di gara contrastante con norme sovraordinate>>. L'edem ratio ricorre nella sentenza T.A.R. Lombardia Milano, Sez.III, 05/06/1997, n.900 e in T.A.R. Lombardia Milano, Sez.III, 05/05/1998, n.922.

[41] In Rass. Avv. Stato, 1998, I, 453, nota di Mazzella e in Urbanistica e appalti, 1999, 530, nota di Crisafulli.

[42] In proposito il Consiglio di Stato, sez.V 14 aprile 1997 n.538, sottolinea come l'attività della commissione giudicatrice acquisisce rilevanza esterna solo se recepita dall'atto di aggiudicazione, conseguentemente essa non può essere destinataria della notifica del ricorso

[43] Così anche: CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V Sentenza 3 aprile 2001 n. 1998

[44] Cfr. T.A.R. Toscana, sez. I, 30 maggio 1991 n. 313.

[45] Cons. Stato, sez. VI, 12 novembre 1987 n. 890, T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 13 maggio 1988 n. 286 e T.A.R. Sardegna, 30 luglio 1993 n. 969.

Ha precisato in proposito il T.A.R. Lazio, con la sentenza in rassegna, che sussiste in capo alla P.A. la potestà di caducare gli atti della procedura di gara, oltre che nel caso di riscontrate illegittimità inficianti lo svolgimento della procedura (ipotesi che, più propriamente, sostanzia la fattispecie dell'annullamento), anche nel caso in cui sopravvengano circostanze che rivelino il mutamento dell'interesse pubblico all'espletamento della gara (facendosi luogo alla revoca dell'indetta selezione): di tale sopraggiunto mutamento l'Amministrazione deve tuttavia dare puntuale ed accurata motivazione nell'ambito del provvedimento di revoca (v. in tal senso Cons. Stato, sez. VI, 5 gennaio 1990 n. 28).

Affinchè la revoca degli atti di gara possa ritenersi legittima, è necessario (e sufficiente) che sussistano fondati motivi di pubblico interesse – da indicare nel provvedimento – che sconsiglino la prosecuzione dell'iter concorsuale rendendone evidente l'inopportunità (T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, n. 286 del 1988 cit.).

Conseguentemente, l'annullamento di un procedimento di gara mediante esercizio del potere di autotutela deve essere sorretto da adeguata motivazione in ordine alla natura delle anomalie riscontrate, alla gravità delle stesse, alla loro incidenza sul procedimento di gara e, soprattutto, circa la sussistenza di specifici vizi di legittimità che lo rendano necessario (T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 14 novembre 1994 n. 407).

In altri termini, il principio secondo il quale nei contratti della Pubblica Amministrazione l'aggiudicazione, in quanto atto conclusivo del procedimento di individuazione del contraente, segna di norma il momento dell'incontro della volontà dell'Amministrazione di concludere il contratto e della volontà del privato manifestata con l'offerta giudicata migliore (da tale momento sorgendo il diritto soggettivo dell'aggiudicatario nei confronti della stessa P.A.), non esclude la possibilità per quest'ultima di procedere, con atto successivo, adeguatamente motivato con richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico, alla revoca d'ufficio ovvero alla non approvazione del relativo verbale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 1996 n. 1263 e sez. VI, 29 marzo 1996 n. 518, 30 aprile 1994 n. 652 e 16 novembre 1987 n. 890; nonché T.A.R. Campania, Napoli, 20 ottobre 1998 n. 3261).

[46] T.A.R. Umbria, 20 novembre 1994 n. 665.

[47] Cons. Stato, sez. V, 30 luglio 1993 n. 803 e T.R.G.A. Trentino Alto Adige, Trento 4 luglio 1994 n. 306.

Ha osservato il T.A.R. Lazio come il modello interpretativo della responsabilità precontrattuale, di cui all'art. 1337 c.c., abbia ricevuto, da parte della dottrina e della giurisprudenza, significativi segnali di apprezzamento anche nell'ambito della sistematizzazione logico-ricostruttiva della fattispecie del rifiuto illegittimo, da parte dell'Amministrazione, di adozione di un provvedimento ampliativo dell'altrui sfera giuridica soggettiva.

In tal senso, è stata ipotizzata l'assimilabilità del procedimento amministrativo (proprio) alla fase formativa del contratto: la relazione tra le parti dimostrandosi preordinata alla adozione dell'atto conclusivo provvedimentale, e rivelandosi, conseguentemente, soggetta ai doveri di correttezza e di buona fede che regolano la fase delle trattative negoziali.

La tesi della responsabilità precontrattuale, poi, potrebbe avere ulteriori sviluppi seguendo le opinioni della dottrina volte ad inquadrare tale responsabilità nell'ambito di quella contrattuale.

Detti indirizzi fanno riferimento ad elaborate e diversificate teorie, come quella che attribuisce al "contatto sociale" fra diversi soggetti dell'ordinamento, qualificato dagli artt. 1337 e 1338 c.c., l'idoneità a costituire autonoma fonte di obbligazione, ai sensi dell'art. 1173 dello stesso codice.

Il "contatto" procedimentale, una volta innestato nell'ambito del rapporto amministrativo (caratterizzato da sviluppi istruttori e da un'ampia dialettica tra le parti sostanziali), impone al soggetto pubblico un preciso onere di diligenza, che lo rende garante del corretto sviluppo del procedimento e della sua legittima conclusione.

La piena libertà dell'Amministrazione di non dare corso all'aggiudicazione con la stipula del contratto – quand'anche si dimostri legittimamente esercitabile – non esenta tuttavia quest'ultima dai profili di responsabilità precontrattuale: che si configura, ai sensi dell'art. 1337 c.c., quando si verifica un'ingiustificata e arbitraria interruzione delle trattative dirette alla conclusione del contratto, ovvero l'ingiustificato rifiuto di stipulare il contratto stesso, in modo tale da ledere l'incolpevole affidamento che controparte abbia riposto nell'osservanza delle regole di correttezza e di buona fede.

In tale ottica, la discrezionalità dell'Amministrazione, insindacabile sotto il profilo amministrativo, incontra un limite insuperabile nei principi di correttezza e buona fede – alla cui puntuale osservanza è tenuta anche la P.A. nell'ambito del rispetto dei doveri primari garantiti dall'art. 2043 c.c. – e nella contestuale tutela dell'affidamento ingenerato nel privato (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 3 giugno 2002 n. 3258).

[48] T.A.R. Campania-Napoli, 21 febbraio 2001 n. 810.

[49] Cons. Stato, Sez. VI, 15 aprile 2003 n. 1945,e, T.A.R. Puglia - Bari, Sez.II, Sentenza 1 agosto 2003 n. 3033.

[50] Corte d'Appello di Milano Sez.IV civ. n.2470 26 settembre 2001

[51] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2002 n. 686.

[52] Cass. civ., sez. III, 14 febbraio 2000 n. 1632.

Ha precisato il T.A.R. Lazio che il danno risarcibile in tema di responsabilità precontrattuale è unicamente quello consistente nelle perdite che sono derivate dall'aver fatto affidamento nella conclusione del contratto e nei mancati guadagni verificatisi in conseguenza delle altre occasioni contrattuali perdute (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, 5 giugno 2001 n. 4214);

Deve invece escludersi che possa farsi luogo al risarcimento del pregiudizio risentito per effetto della preclusa esecuzione del rapporto contrattuale (nella misura media del 10% dell'ammontare dell'offerta presentata); e ciò in quanto il danno suscettibile di ristoro, nell'ambito della riconosciuta responsabilità precontrattuale relativa all'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione, si identifica unicamente in quello riguardante gli oneri inutilmente sostenuti per la partecipazione alla pubblica procedura di selezione; e non già, anche, con riferimento al mancato guadagno che la parte privata avrebbe conseguito per effetto dell'esecuzione del rapporto negoziale.

[53] T.A.R. Toscana, 13 aprile 2000 n. 660

[54] TAR LAZIO, SEZ. I BIS - Sentenza 7 luglio 2003 n. 5991

[55] Cass. Civ. 4 marzo 1987 n. 2255

[56] così anche CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V SENTENZA 8 luglio 2002, n. 3796

[57] ordinanza 8 maggio 2002, n. 267, in Cons. Stato, 2002, I, 1397.

[58] Analogamente, F. CARINGELLA, M. PROTTO, Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000, n. 205, Milano, 2001 ha evidenziato come dal tenore letterale dell'art. 35 del d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80 non sembra in alcun modo emergere la necessità per il ricorrente di ottenere una pronuncia definitiva di annullamento, al fine di conseguire il risarcimento del danno.

[59] In proposito il T.A.R. Friuli - Venezia Giulia, che nella sentenza del 23 aprile 2001 n.179 ha sottolineato come la necessità del previo annullamento derivi proprio dalla espressione dell' art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, che prevede al 3° comma che il T.A.R., nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, così configurando il risarcimento nella giurisdizione di legittimità come un diritto patrimoniale consequenziale alla pronuncia di annullamento; la relativa azione, pertanto, è ammessa purchè segua a detta pronuncia. In sostanza, il riferimento ai diritti patrimoniali consequenziali è stata ritenuta una conferma normativa della dipendenza, nel sistema, della azione risarcitoria da quella di annullamento.

[60] Peraltro, secondo il T.A.R. Lazio, la scomparsa della pregiudiziale amministrativa si porrebbe in contrasto con l'ordinanza n. 8 maggio 1998 n. 165 della Corte Costituzionale, la quale ha tratto il convincimento dell'irrelevanza della questione di legittimità costituzionale, sollevata in relazione alla irrisarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi, dalla circostanza che il diniego di concessione edilizia non era stato oggetto di annullamento da parte del giudice amministrativo, essendo stato incidentalmente inciso solo da provvedimento cautelare.

[61] (T.A.R. Lazio, sez. III, 14 gennaio 2003, n. 96 e T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 25 novembre 2002, n. 852

[62] TAR PUGLIA-LECCE, SEZ. I - sentenza 16 settembre 2003 n. 6085, così anche T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. I, 11 ottobre 2001 n. 1445, in Foro amm. 2001 n. 11-2001.

[63] CARMINE VOLPE: Profili di effettività nella disciplina processuale del risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi Giustizia.It n. 4-2003.