

La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione

di Calogero Modica

24 novembre 2018

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'evoluzione storica della responsabilità precontrattuale in ambito amministrativo – 3. La sentenza n° 5/2018 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato

1. Introduzione

Una delle innovazioni più significative apportate dal Codice Civile del 1942¹ è contenuta negli articoli 1337 e 1338². In tali disposizioni, l'attenzione dell'ordinamento si focalizza sulla gestazione contrattuale, anche nota come fase delle trattative. Durante questa fase, le parti hanno l'obbligo di rispettare alcune regole di comportamento³.

In relazione a queste ultime, la buona fede oggettiva⁴ si atteggia a parametro di valutazione. La correttezza contrattuale, che caratterizza il comportamento delle parti,

¹ La supremazia della teoria volontaristica, caratterizzante il codice del 1865, aveva condotto la dottrina e la giurisprudenza dell'epoca a ritenere che il recesso durante le trattative non potesse essere oggetto di giudizio. Naturalmente, dichiarare ciò significava negare la configurazione di qualsiasi tipo di risarcimento.

² Una disciplina parallela è contenuta nel BGB ai paragrafi 122 e 307. E' del resto nota l'influenza esercitata dal legislatore tedesco sull'ordinamento giuridico italiano.

³ "Le parti [...] devono comportarsi secondo buona fede". La distinzione tra regole di validità e regole di comportamento rileva sul piano della patologia contrattuale. Nel primo caso, una loro violazione determinerà l'inefficacia del contratto, mentre, nel secondo caso l'effetto consisterà in una sanzione pecuniaria di carattere risarcitorio.

Adolfo di Majo nella sua opera, *Le tutele contrattuali*, elabora una bipartizione analoga. Egli parla di regole di validità e regole di responsabilità, che si trovano in un rapporto di reciproca esclusione, in base al quale dove sussiste l'una, non vi è spazio per l'altra.

Le prime nascono per tutelare l'ordine pubblico e il buon costume e per garantire gli interessi considerati meritevoli. Le seconde, invece, sono finalizzate a rimuovere i pregiudizi che una parte può subire a seguito di comportamenti scorretti. I confini tra le due fattispecie si fondano su criteri mobili che possono essere modificati nel corso del tempo.

⁴ La buona fede in senso oggettivo è un principio di ordine pubblico costituzionale previsto dall'articolo 2 della Costituzione. Nell'ambito delle trattative contrattuali essa è riconducibile all'articolo 1175 c.c. Articolo che è una norma aperta, di raccordo, come sostiene Francesco Gazzoni al paragrafo, *Il dovere di correttezza*, Capitolo XXXII in *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2017, p. 562, la cui ampia portata attraversa trasversalmente l'ordinamento giuridico.

A tale orientamento si contrappone parte della dottrina, la quale ritiene che il principio di buona fede e quello di correttezza operino in ambiti diversi. Il primo atterrebbe alla materia contrattuale, mentre il secondo opererebbe nel solo campo delle obbligazioni. Ad una differenziazione sul piano oggettivo corrisponderebbe una distinzione sul piano soggettivo secondo cui il creditore dovrebbe agire correttamente, mentre il debitore dovrebbe eseguire la propria prestazione nel rispetto della buona fede

impone alle stesse di evitare non solo quei comportamenti che implicano l'intenzione di infliggere alle altre danni ingiusti, ma anche quei contegni caratterizzati da superficialità e incompetenza⁵. Acquisita la rilevanza della buona fede esecutiva nella fase di negoziazione del contratto, è opportuno comprendere come essa operi concretamente nelle relazioni tra i potenziali contraenti. Si deve, così, analizzare il legame esistente tra il dovere generale di correttezza e gli obblighi particolari di protezione⁶. E' ormai condiviso l'orientamento in base al quale esista un processo di concretizzazione del primo nei secondi. Perciò, in caso di trattative i contraenti dovranno comportarsi correttamente in modo da adempiere agli obblighi di informazione, che si rafforzeranno nel caso in cui sussistano tra le parti delle asimmetrie informative⁷.

Delineato il profilo fisiologico degli obblighi informativi, è opportuno analizzarne l'aspetto patologico. Può essere definita come patologicamente reticente la parte che, avendo a disposizione delle conoscenze specifiche, non le condivide con l'altra.

Nonostante la difficoltà di tracciare dei confini tra gli obblighi di comunicazione e le facoltà di riservatezza, la convinzione di chi limita la reticenza al solo campo della validità e dell'efficacia del contratto è ormai da ritenersi superata.

L'esigenza di preservare la duttilità del principio di buona fede, così da determinare caso per caso la liceità o l'illiceità della reticenza, si radica sul convincimento che non ogni comportamento reticente possa essere qualificato come inadempimento.

Infine, il dovere di protezione, finora trattato, impone che l'informazione sia trasparente⁸ e vera⁹.

Il legame tra le trattative e la violazione dell'obbligo di buona fede, anche se necessario affinché si abbia responsabilità precontrattuale, non è sufficiente ai fini della sua comprensione.

La responsabilità precontrattuale esiste ogni qualvolta, durante la formazione del contratto, si violi il dovere di correttezza: ciò significa che, essa si avrà tanto nel caso in cui l'accordo sia il risultato di trattative, quanto nell'ipotesi in cui l'intesa sia stata raggiunta senza di esse¹⁰.

contrattuale. Tale teorica dottrina, infine, individuerrebbe un'ultima distinzione tra obblighi positivi, propri della buona fede contrattuale, e obblighi negativi, propri della correttezza.

In realtà, maggiormente condivisa è la teoria secondo cui la buona fede e la correttezza siano due facce diverse della stessa medaglia. In altri termini, esse rientrerebbero nel concetto in quel più ampio concetto di solidarietà costituzionale che deve colorare tutte le relazioni. In tal modo possono essere individuati limiti superati i quali si configurerebbe l'abuso del diritto.

⁵ Roppo. V. Capitolo IX, *Trattative e responsabilità precontrattuale* in *Il Contratto*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, pagina 168.

⁶ Tra essi si ricordano gli obblighi di: informazione nella fase delle trattative; avviso in caso di assegno; custodia del bene; segreto; salvataggio; cooperazione; conservazione relativamente all'adozione di misure di sicurezza.

⁷ Un tipico esempio è dato dai contratti di consumo caratterizzati dal fisiologico sbilanciamento del patrimonio informativo esistente tra professionista e consumatore.

⁸ Gli articoli 116 t.u.b. e 94 t.u.f contemplano dei doveri di trasparenza a carico, rispettivamente, delle banche e degli operatori finanziari.

⁹ Dal mancato rispetto di tale obbligo deriva la responsabilità per false informazioni, che nel caso degli operatori finanziari viene definita "responsabilità da prospetto".

¹⁰ Due esempi di contratti conclusi senza la fase propedeutica e preliminare delle trattative sono: l'opzione, ex art. 1331 c.c., e il contratto con condizioni predisposte da una sola parte, ex art. 1341 e 1342 c.c.

Posto che l'analisi di qualsiasi istituto giuridico non può prescindere dalla sua qualificazione, ci si è chiesti se la responsabilità precontrattuale costituisca un'ipotesi di responsabilità contrattuale, extracontrattuale o se addirittura presenti gli estremi di un *tertium genus*.

Scartata quest'ultima teoria, non ci si può che soffermare sul binomio di cui agli articoli 1218 e 2043 c.c. Tanto la responsabilità contrattuale, quanto la responsabilità extracontrattuale si caratterizzano per una struttura analoga, non rinvenibile nella disciplina predisposta per la *culpa in contrahendo*. Se, infatti, gli articoli sopracitati considerano sia il danno che le sue conseguenze, l'articolo 1337 c.c. si concentra esclusivamente sulle seconde, cercando di prevenirle.

In dottrina e in giurisprudenza, l'orientamento più diffuso qualifica la responsabilità precontrattuale come un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale. La convinzione che muove tali studiosi è che la libertà negoziale trovi un limite nel principio del *neminem laedere*¹¹. Un altro orientamento giurisprudenziale¹² e dottrinale, questa volta di rilievo minoritario, ha applicato la teoria del contatto sociale¹³ all'ambito delle trattative. Secondo tali studiosi, nella fase antecedente la stipula, le parti, entrando in contatto, si obbligherebbero le une nei confronti delle altre.

Pertanto, a prescindere dall'adesione ad uno dei due contrapposti orientamenti, qualificare la responsabilità precontrattuale in un modo o nell'altro non sarà privo effetti¹⁴.

La mancata conclusione di un contratto, la stipula di un contratto invalido o di un contratto valido ma non conveniente rappresentano le tre figure tipiche del danno precontrattuale.

Il caso più comune è il primo. L'abbandono delle trattative genera delle conseguenze giuridiche a condizione che si sia formato, in capo all'altra parte, un legittimo affidamento¹⁵ e che quest'ultimo sia stato leso da una rottura ingiustificata della fase precontrattuale.

L'affidamento si considera sussistente o quando la trattativa è in stato ormai avanzato, o quando le assicurazioni date si considerano consolidate. Il recesso in sé e per sé non è sanzionato, ma lo è l'interruzione della negoziazione determinata dalla sussistenza di una circostanza idonea a modificare la valutazione di una delle parti circa

¹¹ La natura aquiliana della responsabilità precontrattuale è stata riconosciuta anche sul piano internazionale. L'articolo 12 del Regolamento Roma II qualifica come extracontrattuale la responsabilità nascente dalla scorrettezza dei comportamenti privati tenuti durante la formazione del contratto.

¹² Di cui la sentenza della Corte di Cassazione n° 14188/2016 è espressione.

¹³ Teoria elaborata dalla dottrina tedesca, secondo cui tra le parti che entrano in relazione, pur non sussistendo un contratto, esisterebbe la responsabilità contrattuale. Questa teoria ha avuto successo nell'ambito delle prestazioni professionali. L'obbligazione derivante dal contatto sociale non corrisponderebbe così all'obbligazione prevista per il singolo contratto d'opera professionale, ma riguarderebbe i doveri di diligenza che è necessario rispettare durante lo svolgimento della singola attività.

¹⁴ La collocazione della responsabilità precontrattuale nell'alveo dell'extracontrattualità farà sì che essa si estingua dopo il decorso di cinque anni, facendo inoltre gravare sul creditore l'onere di provare l'esistenza del danno ingiusto, il dolo o la colpa dell'altra parte e il nesso causale intercorrente tra l'elemento oggettivo e quello soggettivo. Al contrario, il posizionamento della responsabilità precontrattuale all'interno della seconda fattispecie produrrà due effetti: da una parte l'estensione del tempo necessario per la prescrizione e dall'altra l'alleggerimento dell'onere probatorio del debitore.

¹⁵ La tutela dell'affidamento di derivazione europea è data ormai per acquisita nell'ordinamento giuridico italiano.

la convenienza del contratto. Tale circostanza deve essere imputabile al recedente e deve configurarsi durante la fase delle trattative, oppure addirittura prima dell'inizio delle stesse.

La seconda ipotesi, cioè la conclusione di un contratto invalido o inefficace, è stata la sola ad essere tipizzata in modo puntuale dal legislatore nell'articolo 1338 c.c., che viene a sua volta considerato come una specificazione dell'articolo 1337 c.c. Naturalmente, il rapporto di *genus ad speciem* esistente tra gli articoli appena citati fa sì che il dovere d'informazione ricavabile dalla prima norma abbia una portata ben più ampia di quanto previsto dalla seconda. In quest'ultima rientrano, oltre ai casi riconducibili all'omessa informazione sulla validità del contratto, anche gli illeciti consistenti nell'aver direttamente realizzato l'invalidità¹⁶. L'art. 1338 c.c. nasce così non solo per realizzare uno specifico obbligo di informazione, ma anche per attuare il dovere di non invalidare il consenso dell'altro contraente attraverso violenza o minaccia. Può inoltre accadere che l'invalidità del contratto¹⁷ sia scoperta dall'altra parte durante la negoziazione dell'accordo, ed è proprio tale scoperta a legittimare tanto la sua non conclusione, quanto l'esercizio dell'azione di responsabilità per risarcimento dei danni precontrattuali¹⁸.

La conclusione di un contratto non conveniente è la terza ed ultima fattispecie di responsabilità precontrattuale¹⁹. Trattasi di un'ipotesi residuale che si configura non solo nel caso in cui il contratto sia viziato da dolo incidente, ma anche laddove esso sia affetto da errore non rilevante. In entrambi i casi l'ordinamento non consente l'annullamento del contratto.

L'analisi delle singole circostanze della responsabilità precontrattuale deve essere accompagnata dall'esame dei rimedi derivanti dalla violazione delle norme di comportamento, il cui effetto tipico è individuabile nell'obbligo di risarcimento del danno. Il problema principale è comprendere l'estensione di tale obbligo, capire in altre parole cosa sia dovuto a titolo riparatorio.

La tesi prevalente prevede che la somma risarcitoria debba corrispondere all'interesse negativo, cioè quell'interesse a non dare inizio alle trattative che trova il proprio limite nel suo corrispondente positivo, consistente nel dare esecuzione al contratto concluso. E' stata ormai superata la concezione secondo cui la differenza tra le due diverse tipologie di interesse risiede nella non computazione del lucro cessante a titolo risarcitorio. Oggi, infatti, si ritiene che l'interesse negativo sia suddivisibile in danno emergente (consistente in una somma pari ai costi sostenuti per la negoziazione²⁰)

¹⁶ Tizio, durante le trattative, inganna o minaccia Caio rendendo annullabile il contratto.

¹⁷ Si considera acquisita la concezione in base alla quale nel concetto d'invalidità rientri anche quello d'inefficacia. Ciò impone alla parte di rendere possibile la realizzazione delle condizioni di efficacia del contratto.

¹⁸ Vincenzo Roppo ne *Il contratto*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, equipara tale fattispecie al caso in cui la parte venga costretta dall'altra all'esercizio del giustificato recesso.

¹⁹ Corte di Cassazione, sentenza n° 24795/2008.

²⁰ Ad esempio: spese per i viaggi sostenuti; costi affrontati per le analisi di mercato; somme dovute per gli studi di fattibilità.

e lucro cessante (ossia la perdita dei profitti che si sarebbero realizzati se non ci fossero state le perdite)²¹²².

La conclusione della trattazione impone la citazione della pronuncia giurisprudenziale n° 5762/2016. Con tale decisione la Corte di Cassazione, smentendo quanto affermato in secondo grado, ha ribadito che la responsabilità precontrattuale può sussistere anche nel caso in cui il contratto sia stato concluso. La Cassazione, in uno dei passaggi più importanti, non solo ha previsto che la mera conclusione del contratto non possa essere elemento escludente della responsabilità precontrattuale, ma ha anche stabilito che si debba valutare, in base ad un giudizio prognostico, la portata delle informazioni rilevanti omesse, la cui conoscenza avrebbe indotto la parte a concludere il contratto in modo differente.

2. L'evoluzione storica della responsabilità precontrattuale in ambito amministrativo

La Corte Costituzionale, con la sentenza n° 204/2004, ha ritenuto che il sistema delle responsabilità debba essere inteso come un insieme di tutela previste dall'ordinamento per le singole posizioni soggettive.

La particolare struttura ontologica della pubblica amministrazione, insieme allo specifico obiettivo di cura degli interessi pubblici che l'ordinamento le ha affidato, hanno influenzato la natura e la costruzione del sistema delle responsabilità in ambito pubblico.

Tra le diverse classificazioni che sono state elaborate nel corso del tempo vi è quella della tripartizione della responsabilità, suddivisa in responsabilità civile, del dipendente e da reato²³. La responsabilità precontrattuale, in base all'inquadramento

²¹ Parte della dottrina, tra cui Vincenzo Roppo, ha sostenuto che la quantificazione del danno vari in base alla diversa fattispecie di pregiudizio considerato. Perciò, nel caso di mancata conclusione del contratto, vanno risarcite, oltre alle spese sostenute, anche i mancati guadagni derivanti dalla perdita di occasioni alternative, il cui onere probatorio graverà sull'attore. Qualora, invece, sia stato concluso un contratto invalido accanto ai costi affrontati devono essere ripagate le spese riguardanti l'esecuzione del contratto. Infine, la conclusione di un contratto valido, ma non conveniente, attribuirà il diritto al risarcimento dell'intero scarto della convenienza.

²² La Corte di Cassazione con la sentenza n° 4718/2016 ha statuito che la somma dovuta a titolo di risarcimento debba essere pari non al profitto che sarebbe derivato dalla conclusione del contratto le cui trattative non siano andate a buon fine, ma al ricavo che la parte avrebbe potuto ottenere se avesse concluso l'affare che è stata costretta ad abbandonare. L'esempio che segue chiarifica quanto stabilito dalla Suprema Corte. A acquista un bene per una somma pari a 100 con il fine di rivenderlo ad un altro soggetto. A presi i contatti con B arriva ad un punto tale per cui ritiene probabile la positiva conclusione del contratto per la vendita del bene dietro la corresponsione di una somma pari a 120. Proprio a causa dell'affidamento ingenerato in A da parte di B, il primo rifiuta una nuova proposta fatta da C per il pagamento di una somma equivalente a 110. B, senza una giusta causa, interrompe le trattative con A. Quest'ultimo, quindi, secondo quanto statuito dalla Cassazione, avrà diritto ad una somma pari a 10 e non a 20.

²³ La prima categoria si distingue a sua volta in atto lecito e atto illecito. Sempre relativamente alla responsabilità civile, si individuano ulteriori articolazioni: la responsabilità da provvedimento illegittimo, da comportamento materiale e da inerzia. La seconda categoria, responsabilità da dipendente, riguarda l'assetto interno dell'amministrazione e si esplica in dirigenziale e disciplinare. Infine, la terza, responsabilità da reato, coinvolge le società a partecipazione pubblica.

appena richiamato, rappresenta una *subspecies* della responsabilità da atto illecito che, a sua volta, è una specificazione del più ampio *genus* della responsabilità civile.

Se si assume il punto di vista del Professor Bianca, che definì la responsabilità precontrattuale come peculiare forma di responsabilità derivante dalla lesione della libertà negoziale, ecco che sorge un problema di compatibilità tra tale figura, legata al negozio giuridico inteso come massima espressione della volontà privata, e l'amministrazione, quale soggetto pubblico per eccellenza.

Il dibattito nato in dottrina e sviluppatosi in giurisprudenza, intorno agli anni '50 e '60 del secolo scorso, ruotò attorno alla configurabilità o meno, in capo alla pubblica amministrazione, dell'obbligo di rispondere per i danni derivanti dalla violazione delle regole di correttezza durante la fase delle trattative. Le teorie che si affermarono furono due.

Gli esponenti della prima negarono la responsabilità precontrattuale adducendo un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, partendo dall'articolo 4, allegato E, della legge 2248/1865, gli stessi affermarono che il giudice ordinario non avesse giurisdizione in caso di recesso esercitato dalla pubblica amministrazione, e che la stessa, in applicazione della normativa in materia di contabilità dello stato, potesse liberamente recedere dal contratto senza incorrere in responsabilità.

In secondo luogo, ritennero che il controllo esercitato dal privato sui tempi e sulle forme dell'azione della pubblica amministrazione fosse un ulteriore elemento a riprova della negazione della responsabilità precontrattuale in capo al soggetto pubblico.

I fautori della seconda, invece, affermarono che la discrezionalità della pubblica amministrazione non potesse eliminare la tutela del contraente privato, titolare di un diritto risarcitorio limitato al solo interesse negativo.

Gli stessi sostenitori del riconoscimento della *culpa in contrahendo* in capo all'amministrazione pubblica si attestarono su posizioni diverse.

Alcuni ritennero che l'applicazione di questo tipo di responsabilità dovesse essere limitata alla sola fase della stipulazione del contratto, escludendo così l'operatività del principio di buona fede esecutiva dalla fase pubblicistica²⁴.

Altri, invece, dichiararono che la responsabilità precontrattuale avesse dei chiari limiti tanto soggettivi, applicandosi solamente alle amministrazioni in regime di contabilità pubblica, quanto oggettivi, in base ai quali l'attinenza di tali regole fosse limitata ai soli contratti ad evidenza pubblica²⁵.

A prescindere dalla posizione assunta, fu chiaro che l'orientamento maggioritario, in giurisprudenza e in dottrina, propendesse per il riconoscimento della responsabilità precontrattuale in capo alla pubblica amministrazione.

E' opportuno ricordare che se amministrazione, in quanto pubblica autorità, fu considerata responsabile, durante le procedure ad evidenza pubblica, limitatamente ai casi individuati dalla giurisprudenza²⁶, gli enti pubblici economici, operando come

²⁴ Benatti. F. *Brevi note sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione* in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 1963, Vol.13(2), p.409.

²⁵ Giannini. M.S. *La responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione Pubblica in Arbitrati e appalti*, 1963, p. 297

²⁶ I casi delineati dalla giurisprudenza furono: l'illegittimità del provvedimento che dà luogo ad illiceità del comportamento; l'illegittimità delle clausole introdotte per provocare la non approvazione del contratto; la revoca non giustificata dalla sopravvenienza di fatti estranei all'*agere pubblico*.

soggetti di diritto comune, furono equiparati, nell'ottica dell'articolo 1337 c.c., ai contraenti privati.

I più grandi ostacoli all'applicazione di questo tipo di responsabilità civile sono stati ricondotti da una parte alla complessità intrinseca nel procedimento di formazione della volontà, e dall'altra alla posizione di soggezione del privato, titolare non di un diritto soggettivo, bensì di un interesse legittimo al corretto esercizio, da parte della pubblica amministrazione, del potere discrezionale.

Se per l'agente privato la determinazione del proprio volere è un'attività naturale non solo per ciò che concerne l'*an*, ma anche per quanto riguarda il *quomodo*, al contrario, per la pubblica amministrazione, essa presenta un elevato grado di complessità chiarificata da alcuni studiosi, i quali hanno vestito di forma privatistica i singoli passaggi pubblicistici. Quest'operazione interpretativa ha visto la trasformazione dell'invito alla gara in invito ad offrire, dell'offerta del contraente privato in proposta contrattuale e dell'aggiudicazione in accettazione.

Il passaggio rivoluzionario compiuto dalla giurisprudenza è consistito nel liberare la responsabilità precontrattuale dalla ristrettezza applicativa nella quale era stata relegata (appalto concorso e trattativa privata), per estenderla al più ampio ambito della generica contrattualistica pubblica (pubblico incanto e licitazione privata).

La sua portata applicativa, inoltre, è stata ampliata non solo grazie all'operato della giurisprudenza (esempio su tutti il riconoscimento della risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi, realizzato grazie alla sentenza n° 500/1999), ma anche in virtù del dinamismo del legislatore (come dimostrato dagli interventi giuspositivistici effettuati tra il 1998 e il 2000, grazie ai quali è stata affidata al giudice amministrativo la giurisdizione sulle controversie relative all'affidamento dei lavori).

Un ulteriore passo verso l'affermazione della *culpa in contrahendo* in ambito pubblico è stato realizzato attraverso la separazione, all'interno dell'attività pubblica, della legittimità dalla correttezza²⁷; è stato in altri termini sostenuto che la regolarità dei passaggi procedurali, come l'aggiudicazione, non ostacolerebbe la valutazione del giudice in merito alla conformità dell'operato pubblico al principio di buona fede.

Quanto appena riportato è stato ribadito dal Consiglio di Stato con la sentenza n° 4236/2012. Grazie ad essa i giudici di Palazzo Spada hanno dichiarato che la fase di svolgimento delle trattative pubbliche si contraddistingue per la sussistenza di un procedimento amministrativo e di un procedimento negoziale, le cui discipline attengono rispettivamente all'ambito pubblico e privato del diritto²⁸.

²⁷ Consiglio di Stato, sezione IV, 6 marzo, n° 11412/2015 ha previsto che "ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione per mancata conclusione di una procedura di gara ad evidenza pubblica non si deve tener conto della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica cristallizzato nel provvedimento amministrativo, ma della correttezza del comportamento da essa complessivamente tenuto durante il corso delle trattative e della formazione del contratto, alla luce dell'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede ai sensi dell'articolo 1337 c.c."

²⁸ Massima della sentenza n°4236/2012 del Consiglio di Stato: "La fase di formazione dei contratti pubblici, come è noto, è caratterizzata dalla contestuale presenza di un procedimento amministrativo e di un procedimento negoziale. Il procedimento amministrativo è disciplinato da regole di diritto pubblico finalizzate ad assicurare il perseguimento, anche quando la p.a. agisce mediante moduli convenzionali, dell'interesse pubblico. Il procedimento negoziale è disciplinato da regole di diritto privato, finalizzate alla formazione della volontà contrattuale, che contemplan normalmente un invito ad offrire della p.a. cui segue la proposta della controparte e l'accettazione finale della stessa p.a. La presenza di un modello formativo della predetta volontà contrattuale predeterminato nei suoi profili procedurali mediante la

L'approdo giuridico appena raggiunto ha determinato l'attribuzione, in capo al contraente privato, tanto dell'interesse legittimo alla validità della procedura, quanto del diritto soggettivo alla correttezza delle trattative. Sul piano processuale, la duplicità delle posizioni soggettive si è riflessa in un binomio giudiziale consistente, rispettivamente, nell'azione di impugnazione e in quella di risarcimento dei danni.

Nonostante i progressi giurisprudenziali effettuati, prima della pronuncia dell'Adunanza Plenaria n° 5 del 2018, l'aggiudicazione del contratto segnava la linea di confine tra la non applicazione della responsabilità precontrattuale e la sua attuazione.

Non si può, inoltre, trascurare la centralità della distinzione tra *culpa in contrahendo* derivante dalla violazione delle regole pubblicistiche da un lato, e quella dipendente dalla violazione dell'articolo 1337 c.c. dall'altro²⁹. Ebbene, proprio la diversa natura della disciplina violata influenza la determinazione del danno: qualora l'aggiudicazione sia illegittima, la somma corrisposta a titolo di risarcimento sarà limitata al solo interesse negativo. Viceversa, nel caso in cui l'aggiudicazione, sebbene legittima, sia stata revocata per mancanza di fondi, si avrà diritto a ricevere una somma pari all'interesse positivo. L'orientamento sopra richiamato deve essere letto avendo riguardo alla circostanza per cui l'aggiudicazione altro non è che la chance della conclusione del contratto e pertanto, a seguito della procedura, l'aggiudicatario non diventerà contraente in modo automatico.

La mancanza di correttivi nel calcolo delle somme dovute, in base al meccanismo appena esposto, avrebbe prodotto l'ingiusto risultato di attribuire al potenziale aggiudicatario una cifra pari all'utile perduto, in definitiva più di quanto predisposto per il potenziale contraente. Ecco che l'intervento giurisprudenziale, grazie al ricorso all'equità contrattuale, ha fissato l'importo dovuto a titolo risarcitorio in una cifra che, come accade in ambito civilistico, tenga conto tanto delle spese sostenute quanto delle occasioni perdute.

In aggiunta, l'Adunanza Plenaria, con la sentenza n° 2/2017, ha statuito che la mancata aggiudicazione, determinata da un provvedimento illegittimo giustifichi, ai fini risarcitori, il diritto a ricevere non solo quanto dovuto per i costi affrontati, ma anche quanto preteso per il mancato guadagno. Proprio la determinazione del lucro cessante, nella sua composizione stabilita dall'adunanza, costituirebbe la novità più importante. In esso, infatti, oltre al mancato profitto comprenderebbe anche il danno cosiddetto curricolare, ossia il pregiudizio subito dall'impresa per la mancata partecipazione alla procedura, essendo indubbio il rafforzamento della sua immagine proveniente dall'assegnazione del contratto.

In conclusione, l'obbligo risarcitorio finora trattato, va distinto dall'indennizzo, previsto ai sensi dell'articolo 21 *quinquies* della legge 241/1990. La differenza tra le due fattispecie risiederebbe nella diversa natura della circostanza presupposta. Se, nel primo caso, infatti, si ha illegittimità del provvedimento, nel secondo, invece, vi è la sua regolarità.

scansione degli atti sopra indicati, che vede normalmente la presenza di più soggetti potenzialmente interessati al contratto, non rappresenta un ostacolo all'applicazione delle regole della responsabilità precontrattuale.”

²⁹ Francesco Caringella, nel paragrafo *La responsabilità precontrattuale* contenuto nel *Compendio di diritto amministrativo*, Dike giuridica editrice, 2017-2018, p. 601- 603, riprende la medesima distinzione rinominando le due tipologie di responsabilità precontrattuale in pura e spuria.

3. La sentenza n. 5/2018 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato

La sentenza n. 5/2018 rappresenta una delle pronunce giurisprudenziali più importanti nell'ambito della contrattazione pubblica.

Gli effetti della sentenza in esame hanno, infatti, contribuito a rafforzare il processo di trasformazione dell'amministrazione pubblica da soggetto autoritativo a modello di *advocacy* (schema di gestione delle politiche pubbliche, nel quale l'autorità è coadiuvato dai soggetti privati³⁰³¹).

L'intervento dell'Adunanza è stato provocato dall'ordinanza di rinvio n° 515/2017, della Terza Sezione del Consiglio di Stato. I quesiti sollevati sono stati due.

La prima richiesta è relativa alla configurabilità della responsabilità precontrattuale prima della scelta del contraente, prima cioè dell'aggiudicazione³². Nell'eventualità di una risposta affermativa a tale primo quesito, la Terza Sezione ha chiesto, subordinatamente, se l'amministrazione debba essere responsabile esclusivamente per il proprio comportamento anteriore al bando o se, invece, debba rispondere per qualsiasi comportamento successivo alla sua emanazione e attinente alla procedura di evidenza pubblica³³.

La ragione principale di questa richiesta di intervento dell'Adunanza è rinvenibile nel contrasto esistente all'interno della stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato. Se alcune sezioni hanno sostenuto che la *culpa in contrahendo* esiste già prima del momento della scelta del contraente³⁴, altre, al contrario, hanno difeso l'orientamento tradizionale, in base al quale prima dell'aggiudicazione del contratto il privato è titolare di un semplice interesse legittimo al corretto esercizio dell'attività amministrativa³⁵.

³⁰ I pilastri di tale modulo organizzativo sono tre e riguardano la comunicazione, il coinvolgimento delle parti terze e la partecipazione dei cittadini nella determinazione e realizzazione del progetto.

³¹ Il Consiglio di Stato, sez. VI, con la sentenza n. 1457/2018, ha espressamente ribadito l'emersione di nuovo modello di pubblica amministrazione, paradigma in cui, "alla tradizionale ed imprescindibile funzione di garanzia di legalità nel perseguimento dell'interesse pubblico, la funzione amministrativa viene a rivestire anche un ruolo di preminente importanza per la creazione di un contesto idoneo a consentire l'intrapresa di iniziative private, anche al fine di accrescere la competitività del Paese nell'attuale contesto internazionale, secondo la logica del confronto e del dialogo tra P.A. e cittadino". In altri termini, precisa la citata sentenza, "l'evoluzione del modello costituzionale impone di tener conto che l'attività amministrativa produce sempre un "impatto" sulla sfera dei cittadini e delle imprese (ne è confermata l'emersione del principio di accountability)."

³² "Se la responsabilità precontrattuale sia o meno configurabile anteriormente alla scelta del contraente, vale a dire della sua individuazione, allorché gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione." (Vedi pagina 9 della sentenza n° 5/2018)

³³ "Se, nel caso di risposta affermativa, la responsabilità precontrattuale debba riguardare esclusivamente il comportamento dell'amministrazione anteriore al bando, che ha fatto sì che quest'ultimo venisse comunque pubblicato nonostante fosse conosciuto, o dovesse essere conosciuto, che non ve ne erano i presupposti indefettibili, ovvero debba estendersi a qualsiasi comportamento successivo all'emanazione del bando e attinente alla procedura di evidenza pubblica, che ne ponga nel nulla gli effetti o ne ritardi l'eliminazione o la conclusione." (Vedi pagina 9 della sentenza n° 5/2018)

³⁴ Consiglio di Stato: sez. VI, 25 luglio 2012, n. 4236; sez. VI, 7 novembre 2012, n. 5638; sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831

³⁵ Consiglio di Stato: sez. V, 21 agosto 2014 n. 4272; sez. III, 29 luglio 2015, n. 3748; Sez. V, 21 aprile 2016, n. 1599; sez. V, 8 novembre 2017, n. 5146.

In questo contrasto, i giudici della sezione rimettente hanno ripreso la posizione classica, adducendo tre diverse argomenti.

In primo luogo, la qualificazione del bando come offerta al pubblico *ex art.* 1336 c.c., fa sì che solo uno dei concorrenti, l'aggiudicatario, sia legittimato a chiedere il risarcimento del danno per il mancato rispetto della buona fede esecutiva nella fase delle trattative.

In secondo luogo, viene negata alla procedura di evidenza pubblica la natura privatistica propria delle trattative.

Conclusivamente, non solo viene ribadita la natura pubblicistica della procedura, ma viene anche sostenuta l'importanza del bando, *lex specialis*, che pur contenendo l'unico atto privato, ossia l'iniziale proposta di contratto, non legittimerebbe il richiamo alla responsabilità precontrattuale.

L'Adunanza ha risolto le questioni ad essa indirizzate sostenendo, da un lato, che la buona fede esecutiva debba avvolgere tutta la procedura e non essere limitata alla sola fase della conclusione del contratto³⁶ e, dall'altro, che "tale responsabilità sia configurabile senza che possa riconoscersi rilevanza alla circostanza che la scorrettezza maturi anteriormente alla pubblicazione del bando oppure intervenga nel corso della procedura di gara."³⁷

Il giudice estensore, nella redazione della decisione, evidenzia l'importanza del legame intercorrente tra correttezza precontrattuale e solidarietà.

La lettura costituzionalmente orientata dell'articolo 1337 c.c. propende per l'esaltazione del principio di solidarietà sociale, principio che coinvolge tutti i consociati e che non giustifica l'esclusione della pubblica amministrazione dal suo ambito di applicazione, contrariamente a quanto sostenuto dalla Terza Sezione.

Inoltre, a giudizio dell'Adunanza, l'ampia ed intensa portata del principio di buona fede prescinde dall'esistenza formale delle trattative e dal fatto che le stesse debbano aver raggiunto un livello tale da aver generato un legittimo affidamento nella controparte.

Quanto appena esposto, applicato alle procedure ad evidenza pubblica, chiarisce che, ai fini della responsabilità precontrattuale, è indifferente la sussistenza formale delle trattative o il loro stato di avanzamento.

In conclusione, lo studio della responsabilità precontrattuale vede nei principi enunciati dall'Adunanza Plenaria, con la sentenza n° 5/2018, una nuova pietra miliare dalla quale ripartire.

Negli anni a seguire si dovrà perciò ricordare che la pubblica amministrazione, nello svolgimento dell'attività autoritativa, sarà costretta a rispettare sia le norme di diritto pubblico, sia le norme di diritto privato, la cui violazione sarà fonte di risarcimento.

Non si potrà inoltre dimenticare che la correttezza e la buona fede, bussole dell'attività contrattuale, orienteranno l'attività amministrativa durante tutte le fasi, a prescindere dall'avvenuta aggiudicazione o meno del contratto, rilevando anche per i comportamenti anteriori al bando.

Infine, sul piano processuale, affinché il privato veda riconosciuta la propria pretesa risarcitoria, graverà sullo stesso l'onere di fornire la prova: della sua buona fede soggettiva; della lesione del proprio affidamento da parte della pubblica

³⁶ E' stato così negato il ruolo di spartiacque attribuito nel corso del tempo all'aggiudicazione.

³⁷ Passaggio presente a pagina 14 della sentenza dell'Adunanza Plenaria, n° 5 del 2018.

amministrazione; dell'oggettiva violazione delle regole di correttezza imputabili al soggetto pubblico a titolo di dolo o colpa; della sussistenza del danno (evento e conseguenza) e del nesso di causalità tra il pregiudizio e la condotta scorretta.

In quest'ultimo punto, quasi a voler chiudere il cerchio iniziato nel primo paragrafo³⁸, il Consiglio di Stato, riaffermando la natura aquiliana della responsabilità precontrattuale, non solo ha intrapreso una strada diversa rispetto a quella recentemente percorsa dalla Corte di Cassazione³⁹, ma ha anche inciso sul concetto stesso di responsabilità precontrattuale.

³⁸ Vedi pagina 3.

³⁹ Sentenza n° 14188/2016.

Bibliografia

- Banfi. Trimarchi. F. *L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione* in *Diritto processuale amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 2015, p. 1- 16.
- Banfi. Trimarchi. F. *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa-Questioni attuali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009.
- Benatti. F. *Brevi note sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione* in "Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1963, Vol.13(2), p. 409.
- Caringella. F. *La responsabilità precontrattuale* in *Compendio di diritto amministrativo*, Dike giuridica editrice, 2017-2018, p. 599 – 603.
- Di Majo. A. *Le tutele Contrattuali*, Giappichelli Ediotre, Torino, 2009.
- De Maio. G. *Sulla responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1965, Vol.15(3), p. 769.
- Del Core. S. *I comportamenti della pubblica amministrazione: la responsabilità precontrattuale* in *I comportamenti della pubblica amministrazione: atti del Convegno di Catania, 17 e 18 novembre 2006 /a cura di Agatino Cariola, Giuseppe D'Allura, Fabio Florio*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007, p. 71-94.
- Diana. A. G. *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 2000.
- Gazzoni. F. Paragrafo 2, *Il diritto soggettivo*, Capitolo V, *Le situazioni giuridiche soggettive* in *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2017, p. 57 e 58.
- Gazzoni. F. Paragrafo 2, *Il dovere di correttezza*, Capitolo XXXII, *Struttura e caratteri dell'obbligazione* in *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2017, p. 561-563.
- Gazzoni. F. Paragrafo 7, *La buona fede esecutiva*, Capitolo XLIII, *Le fonti del regolamento contrattuale* in *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2017, p. 801- 805.
- Gazzoni. F. Paragrafo 1, *Le trattative. La responsabilità precontrattuale*, Capitolo XLVI *Le fonti del regolamento contrattuale* in *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2017, p. 881-884.
- Giannini. M.S. *La responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione Pubblica in Arbitrati e appalti*, 1963, p. 297
- Guarino. S. *Intorno alla responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1965, Vol.15(3), p. 770.
- Racca. G. M. Capitolo X, *La responsabilità contrattuale e precontrattuale della Pubblica amministrazione* in *I contratti con la pubblica amministrazione*, Utet, Torino, 2007, p. 637- 696.

- Racca. G. M. *La Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza* in *Memorie del dipartimento di scienze giuridiche. Serie 5. / Università di Torino*, Jovene, Napoli, 2000, p. 474.
- Mattia. S. Capitolo III, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione* in *Responsabilità della pubblica amministrazione*, di Cassano. G., Cedam, Padova, 2007, Vol. 1, p. 93-136.
- Pellegrino. M. in *Diritto amministrativo* di Di Benedetto, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna (RN) 2007.
- Roppo. V. Capitolo IX, *Trattative e responsabilità precontrattuale* in *Il Contratto* Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 167-180.
- Torrente. A. Schlesinger. P. Capitolo XXVI, *La responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, in *Manuale di diritto Privato*, Giuffrè Editore, Milano, 2017, p. 551- 553.