

# Un passo in avanti verso il diritto paritario. Note sulla responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nella giurisprudenza dell'Adunanza plenaria

di Valentina M. Sessa

**Sommario:** 1. Premessa. - 2. La vicenda. - 3. La tesi restrittiva in merito alla responsabilità precontrattuale. - 4. I principi affermati dall'Adunanza plenaria. L'amministrazione quale soggetto particolarmente "qualificato": il dovere di correttezza finalizzato alla tutela della libertà di autodeterminazione negoziale. - 5. La sussistenza della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione prima dell'aggiudicazione. - 6. La responsabilità *da comportamento scorretto* dell'amministrazione. Il dovere di correttezza nell'attività procedimentalizzata. - 7. I presupposti per la sussistenza della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione. - 8. Il dovere di lealtà e di correttezza da principio settoriale a principio generale dell'attività amministrativa.

## 1. Premessa.

Da diversi decenni la dottrina si interroga sul fatto che l'asimmetria riscontrabile tra amministrazione e privato non sempre sia giustificata da un valido fondamento giuridico, bensì spesso esprima una pervicace considerazione del diritto amministrativo come diritto "del potere", intendendolo in contrapposizione al diritto privato, connotato invece come diritto "paritario".

Il terreno della responsabilità è particolarmente interessato da questo atteggiamento. È noto, infatti, che in un primo momento la possibilità che una condotta pubblica fosse sottoposta ai principi della *culpa in contrahendo* era stata esclusa in forza della presunzione di correttezza dell'*agere* pubblico, della non ipotizzabilità di un affidamento del privato che fosse meritevole di tutela in ordine alla stipula del contratto, dell'inaammissibilità di un sindacato del giudice ordinario sulle scelte discrezionali della pubblica amministrazione.

In sostanza, la configurabilità in capo al soggetto pubblico di una responsabilità precontrattuale veniva negata in base al postulato secondo cui, durante la fase di formazione del contratto, la posizione del privato nei confronti dei pubblici poteri poteva configurarsi esclusivamente quale interesse legittimo, mentre la pubblica amministrazione, nel suo agire *iure privatorum*, poteva esercitare comunque un potere discrezionale finalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico, in quanto tale largamente insindacabile, almeno fino all'approvazione del contratto.

In seguito la Costituzione repubblicana, come ha avuto modo di evidenziare anche la dottrina, ha decisamente abbandonato la concezione di un'amministrazione autoritaria, così che i vecchi istituti che derivavano da quella concezione risultano oggi privi di fondamento costituzionale. Nella Costituzione si rinvencono piuttosto principi di ordine opposto, che disegnano l'amministrazione come "*funzione servente gli interessi della collettività*", cui si deve provvedere nel rispetto dei principi di imparzialità, legalità, buon andamento, mentre l'esercizio di poteri autoritari deve essere esercitato in casi tassativamente previsti dalla legge. Si può dunque affermare che nel sistema costituzionale, corroborato sul punto dal diritto europeo, emerge piuttosto una concezione paritaria dell'amministrazione, vale a dire "*una amministrazione nella quale l'esercizio dei poteri autoritativi [...] è l'eccezione e non la regola, limitata ai casi espressamente previsti, a loro volta limitati alla stretta necessità*"<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> V. CERULLI IRELLI, *Diritto pubblico e privato nella pubblica amministrazione (profili generali e costituzionali)*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2016, 7, 267.

Questa più corretta impostazione implica che, laddove il risultato pratico dell'azione amministrativa possa essere raggiunto senza l'esercizio dell'autorità, lo strumento paritario debba essere preferito, anche a fronte dell'esigenza del buon andamento, che necessita più della partecipazione e del consenso che dell'autorità<sup>2</sup>.

Nel settore degli appalti pubblici, la tesi interpretativa più restrittiva, secondo cui anche dopo l'individuazione del contraente la pubblica amministrazione sarebbe rimasta titolare di un vero e proprio potere discrezionale in ordine alla valutazione circa la convenienza e la rispondenza all'interesse pubblico del contratto che si accinge a stipulare, così che il privato non potrebbe vantare alcun diritto soggettivo risarcibile nei confronti dell'amministrazione, ma soltanto un interesse legittimo al corretto esercizio del suo potere discrezionale, è stata via via superata a partire dagli anni Sessanta alla luce dell'osservazione che il rispetto dei canoni di correttezza e buona fede nelle trattative sono cosa ben diversa rispetto alla legittimità e alla convenienza dell'azione amministrativa<sup>3</sup>.

Come auspicato da parte della dottrina, la giurisprudenza ha così progressivamente esteso il paradigma della responsabilità precontrattuale di origine civilistica a tutte quelle fattispecie che vedono la pubblica amministrazione in veste di contraente fino a che, più recentemente, si è interrogata sulla possibilità di configurarla anche nelle ipotesi in cui la pubblica amministrazione agisca come soggetto pubblico, e dunque in una posizione di potere, limitatamente alla fase finale della procedura di scelta del contraente, e cioè in quella fase che vede il soggetto privato, sul piano dinamico, lasciare la posizione di mero partecipante alla gara per assumere quella di parte contrattuale<sup>4</sup>.

Anche tale orientamento, tuttavia, è stato in seguito oggetto di severe critiche da parte del Consiglio di Stato, il quale ha spesso affermato che il procedimento ad evidenza pubblica sarebbe dotato di una doppia natura: i due momenti fattuali, quello pubblicistico e quello privatistico, dovrebbero essere letti in un rapporto di successione logica, in cui ogni elemento non gode di vita propria ma rappresenta la logica conseguenza del suo predecessore, in quanto tali tutti insieme tendenti alla stipulazione del contratto, così che ogni singolo provvedimento è dotato della forza necessaria a generare un legittimo affidamento nel terzo contraente, tale per cui nello svolgimento di quella attività volta alla ricerca e alla scelta del contraente l'amministrazione è tenuta non solo a rispettare le regole dettate dall'interesse pubblico, ma anche i canoni di correttezza di cui all'art. 1337 cod. civ.<sup>5</sup>.

Questa crescente critica all'approccio restrittivo nei confronti di tale principio si è espresso in sempre più frequenti richiami, sia sul piano normativo, sia su quello dottrinale e giurisprudenziale, alla necessità di applicare principi e norme privatistiche laddove non si giustifichi una posizione di supremazia dell'amministrazione rispetto al privato.

Si tratta di un percorso che non è risultato immune da rallentamenti e resistenze, motivi per cui si deve salutare con favore la progressiva presa di coscienza della necessità di avvicinare pubblico e privato, laddove superiori esigenze di interesse pubblico non motivino una deroga a tale equiparazione.

---

<sup>2</sup> F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in AA. VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975. Secondo V. CERULLI IRELLI, *Diritto pubblico e privato*, cit., questa impostazione risulta accentuata in virtù dell'ingresso nel testo costituzionale del principio di sussidiarietà (art. 118), "segnatamente laddove impone di fare spazio ai cittadini nell'esercizio diretto di attività di interesse generale".

<sup>3</sup> Per un inquadramento del tema in dottrina si vedano G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000; A.G. DIANA, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione*, Padova, 2000; E. LIUZZO, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1995; F. TRIMARCHI BANFI, *L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2015, 1 ss..

<sup>4</sup> Secondo questa linea interpretativa è solo dal momento dell'aggiudicazione, quindi, che la pubblica amministrazione sarebbe tenuta all'osservanza di quei canoni comportamentali che sorreggono la responsabilità di cui all'articolo 1337 cod. civ.. Si veda in proposito Corte Cass. civ., Sez. Un., 12 maggio 2008, n. 11656.

<sup>5</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 5 maggio 2016, n. 1797; Cons. Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5611; Cons. Stato, Sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 142 e, da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 2 maggio 2017, n. 1979.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato qui annotata si segnala per aver compiuto un significativo passo avanti verso l'affermazione del diritto paritario.

La pronuncia del 14 marzo 2018, n. 5, infatti, ha sancito l'ampliamento dell'ambito di applicazione della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, riconoscendo la sussistenza del dovere di correttezza e di buona fede oggettiva in capo all'amministrazione anche prima e a prescindere dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva della procedura di evidenza pubblica, ritenendo irrilevante la circostanza che la scorrettezza maturi anteriormente alla pubblicazione del bando oppure intervenga nel corso della procedura di gara.

È stata così chiarita l'applicabilità dei principi civilistici di correttezza e buona fede a una fase, quella pubblicistica, frequentemente gestita *iure imperii* e sottratta a una ricostruzione in termini di parità negoziale (tra soggetti pariorinati) e alla conseguente applicabilità della disciplina privatistica; al contempo l'Adunanza plenaria ha inteso indicare i criteri per valutare la correttezza del comportamento dell'amministrazione al fine di assicurare una più piena tutela del privato nei suoi rapporti con quest'ultima.

La pronuncia si è però spinta oltre: essa ha il merito, infatti, di aver richiamato il dovere di lealtà e correttezza in termini generalizzati, consentendone l'estensione anche all'attività autoritativa procedimentalizzata dell'amministrazione, così riconoscendo al privato la titolarità di un "diritto alla correttezza" anche laddove questi si trovi in una mera posizione di interesse legittimo rispetto al bene della vita.

## 2. La vicenda.

La controversia nasce dall'indizione da parte della Stazione Unica appaltante della Regione Calabria di una gara per l'affidamento del servizio di ristorazione delle Aziende sanitarie e ospedaliere della Regione, in occasione della quale un raggruppamento temporaneo di imprese (C.G.S. s.r.l. – C.G. s.r.l.), pur avendo ottenuto il punteggio più alto con riguardo all'offerta tecnica, era stato poi escluso per aver presentato un'offerta in aumento rispetto all'importo annuale dell'appalto. La controversia si era dipanata attorno al fatto che, mentre il raggruppamento temporaneo di imprese aveva formulato l'offerta economica considerando la percentuale di ribasso rispetto al valore stimato annuo dell'appalto in ragione della sua durata desumibile dal bando di gara (3 anni) e dell'importo complessivo previsto dal bando (riferito all'intera durata del contratto), al contrario la stazione appaltante aveva computato nella durata dell'appalto anche l'eventuale periodo di proroga di 12 mesi contemplata dal disciplinare di gara, arrivando quindi a considerarla pari a 48 mesi e a ritenere l'offerta presentata dal raggruppamento come superiore a quella posta a base di gara e, dunque, inammissibile.

Sotto questo profilo, sia la sentenza di primo grado della I Sezione del Tar Campania – Catanzaro del 18 novembre 2015, n. 1730, sia quella di appello del 10 giugno 2016, n. 2497, avevano accolto il ricorso del raggruppamento temporaneo contro il provvedimento di esclusione alla luce della considerazione che gli atti costituenti la *lex specialis* di gara (bando, disciplinare, capitolato speciale di appalto) contenevano prescrizioni palesemente contraddittorie in merito alla durata dell'appalto<sup>6</sup>, così determinando la violazione da parte della stazione appaltante dell'obbligo di chiarezza, espressione del più generale principio di

---

<sup>6</sup> Mentre il bando, infatti, prevedeva la durata di 36 mesi e computava in relazione ad essa il valore annuale dell'appalto, senza fare alcun cenno alla possibilità di proroga, il disciplinare la prevedeva in via eventuale, fissandola in un anno e, da ultimo, il capitolato speciale la prevedeva come mera facoltà per la stazione appaltante per un periodo non tassativamente determinato, che avrebbe potuto arrivare fino ad un anno.

buona fede, a discapito del concorrente che avesse incolpevolmente fatto affidamento su di esse<sup>7</sup>.

Senonché la Stazione Unica appaltante, con provvedimento del 29 agosto 2016, anziché concludere la gara, ha preferito agire in autotutela disponendo l'annullamento d'ufficio dei decreti di indizione della gara e di approvazione degli atti di gara in relazione alla contraddittorietà, accertata dal giudicato, tra gli atti costituenti l'insieme della *lex specialis*<sup>8</sup>.

Il raggruppamento temporaneo di imprese ha però impugnato tale provvedimento, deducendone l'illegittimità e chiedendo l'annullamento, oltre che la condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni: il Tar per la Calabria, in primo grado, ha respinto la domanda demolitoria, accogliendo in parte la domanda subordinata volta ad ottenere il risarcimento dei danni a titolo di responsabilità precontrattuale per violazione degli obblighi di buona fede incombenti sulle parti nel corso delle trattative.

Ne sono seguite due distinte impugnative, poi riunite, una della Regione Calabria e l'altra del raggruppamento temporaneo di imprese, sulle quali la Sezione III del Consiglio di Stato si è pronunciata con sentenza non definitiva 24 novembre 2017, n. 5491 e ha interpellato l'Adunanza plenaria con ordinanza collegiale 24 novembre 2017, n. 515, allo scopo di chiarire se la responsabilità precontrattuale sia o meno configurabile anteriormente alla scelta del contraente e, in tal caso, se essa debba riguardare esclusivamente il comportamento dell'amministrazione anteriore al bando ovvero debba estendersi a qualsiasi comportamento successivo alla sua emanazione e attinente alla procedura di evidenza pubblica, che ne ponga nel nulla gli effetti o ne ritardi l'eliminazione o la conclusione.

### **3. La tesi restrittiva in merito alla responsabilità precontrattuale.**

La Sezione rimettente del Tar aderiva all'orientamento giurisprudenziale più tradizionale e restrittivo, ribadito però anche da alcune pronunce recenti, secondo cui la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione è connessa alla violazione delle regole di condotta tipiche della formazione del contratto e, quindi, non può che riguardare fatti svoltisi in tale fase; da ciò conseguirebbe che la responsabilità precontrattuale non sarebbe configurabile anteriormente alla scelta del contraente, vale a dire alla sua individuazione, allorché gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare solo un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione.

Tale esclusione si fonda sul noto, anche se discutibile, "*postulato che durante la fase di formazione del contratto la posizione del privato viene a configurarsi esclusivamente quale interesse legittimo nei confronti dei pubblici poteri; la P.A. nel suo agire iure privatorum esercita comunque un potere discrezionale e, per tale ragione, era ritenuta capace di un*

---

<sup>7</sup> Con riguardo al caso di specie, poiché gli atti costituenti la *lex specialis* della gara hanno carattere vincolante non solo nei confronti dei concorrenti, ma anche dell'amministrazione appaltante, il Tar aveva ritenuto che essi dovessero essere complessivamente interpretati nel loro senso letterale, attribuendo rilievo decisivo al fatto che il bando avesse fissato il termine di "durata del contratto" in 36 mesi, pur prevedendo la "possibilità" della proroga per un anno. I partecipanti alla gara, secondo la pronuncia, non avevano dunque alcun onere di effettuare calcoli aritmetici per accertare se da altre previsioni del bando si sarebbe dovuta desumere una durata invece quadriennale del contratto: poiché grava sulla stazione appaltante il *clare loqui*, sarebbe risultata del tutto ragionevole l'interpretazione del bando sulla durata triennale del contratto, rispetto alla quale l'amministrazione avrebbe dovuto effettuare tutte le proprie valutazioni. Sotto tale previsione la pronuncia si allineava alla giurisprudenza che ha costantemente ribadito come le disposizioni del capitolato speciale di appalto e quelle del disciplinare possono solo integrare, ma non modificare, quelle poste dal bando (cfr., tra le tante, Cons. Stato Sez. V, 9 ottobre 2015, n. 4684; Cons. Stato, Sez. IV, 3 maggio 2016, n. 1716; Cons. Stato, Sez. V, 13 maggio 2014, n. 2248; Cons. Stato, Sez. V, 24 gennaio 2013, n. 439).

<sup>8</sup> Si legge in un passaggio della pronuncia che a) il "*principio costituzionale del buon andamento [...] impegna la pubblica amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire*"; b) è "*in re ipsa l'interesse pubblico all'annullamento di un'aggiudicazione inficiata da errori materiali, ciò potendo impedire fra l'altro sia l'esborso di denaro pubblico in violazione di norme anche procedurali e di evidenza pubblica, sia la violazione dei principi di legalità e buon andamento, cui deve essere improntata l'attività dell'Amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost.*".

*comportamento insindacabile, cioè di determinarsi liberamente, senza vincoli, fino all'approvazione del contratto, inteso come segmento conclusivo del procedimento contrattuale*"<sup>9</sup>.

Nel corso della controversia cui si riferisce la sentenza annotata, inoltre, tale posizione restrittiva era motivata in primo luogo con riguardo alla qualificazione civilistica del bando di gara alla stregua di un'offerta al pubblico, rivolta ad una generalità indeterminata di destinatari (art. 1336 cod. civ.). Poiché nel caso peculiare della gara l'offerta di contratto è subordinata all'espletamento di una procedura di evidenza pubblica, all'esito della quale solo un soggetto addiviene alla stipula del contratto, l'orientamento in esame aveva ritenuto più appropriato qualificare la gara, nel suo esordio procedimentale, quale proposta di contratto *in incertam personam*.

Durante la fase pubblicistica dell'evidenza pubblica, essendo quest'ultima semplicemente una competizione intercorrente fra operatori economici sulla base di criteri preventivamente dettati dall'amministrazione, finalizzata alla scelta del miglior offerente - unico soggetto ammesso a stipulare - e governata da regole di procedura pubblicistiche, imposte dalla legge e dalla *lex specialis* di gara, pur verificandosi un "contatto sociale" tra l'aspirante appaltatore e l'amministrazione procedente, non sarebbe stato dunque possibile ravvisare alcuna "trattativa".

Ne discende che in questa fase, in assenza di concorrenti profili di illiceità nel comportamento del proponente, la buona fede dei destinatari non avrebbe acquisito rilievo alcuno. La proposta di contratto *in incertam personam*, infatti, avrebbe potuto essere revocata (art. 1336, secondo comma, cod. civ.) senza soggiacere - proprio in ragione della indeterminatezza dei destinatari, e a differenza di quanto previsto per la proposta di contratto nei confronti di soggetti determinati di cui all'art. 1328 cod. civ.) - alla regola per la quale "*se l'accettante ne ha intrapreso l'esecuzione (n.d.r. del contratto) prima di avere notizia della revoca, il proponente è tenuto ad indennizzarlo delle spese e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto*".

La proposta di contratto *in incertam personam*, in altri termini, sarebbe sempre revocabile senza dare luogo ad indennizzi, purché la revoca sia fatta nella "*stessa forma o in forma equipollente*" (1336, secondo comma, cod. civ.), in quanto la collettività o la platea indeterminata di aspiranti contraenti non riveste una posizione equiparabile a quella dell'oblato. In assenza di malafede o colpa del proponente nel disporre la revoca, dunque, la sola buona fede dell'aspirante contraente non potrebbe giustificare alcuna forma di ristoro economico.

In conclusione, quindi, la fase pubblicistica della competizione assumerebbe un rilievo assorbente: in quanto strumentale all'individuazione del soggetto che sarà parte del contratto

---

<sup>9</sup> Così M.L. CHIARELLA, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra buona fede, efficienza e tutela dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, 2016; ID. *Contrattazione asimmetrica. Segmenti normativi e costruzione unitaria*, Milano, 2016, che raccoglie le sollecitazioni formulate da V. ROPPO, in *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corriere giuridico*, n. 2/2009, 271 ss. (anche in ID., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, in E. NAVARRETTA, *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, Milano, 2008, 290 ss.). La linea interpretativa tradizionale ritiene che, prima dell'aggiudicazione, gli aspiranti contraenti privati vantino soltanto un interesse legittimo al corretto esercizio del potere di scelta da parte della pubblica amministrazione, il che esclude in radice la possibilità di configurare, in questa fase, un rapporto giuridico riconducibile alla trattativa alla cui instaurazione l'art. 1337 cod. civ. subordina la possibilità di configurare la responsabilità precontrattuale: così A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 1 ss.; F.G. SCOCA, *Risarcibilità ed interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 31 ss..

In tale direzione sembra orientata anche larga parte della giurisprudenza, a partire da alcune pronunce risalenti, come ad esempio Corte Cass., 12 luglio 1951, n. 1912, ove si legge: "*una culpa in contraendo da parte della p.a. non è concepibile, perché questa, nel determinarsi a contrattare con i privati, usa di un libero potere discrezionale e può sempre annullare ogni trattativa, pur quando il privato abbia prestato il suo consenso e si sia già obbligato verso di essa*". Posizioni non troppo distanti si riscontrano anche in tempi recenti: *ex multis*, si vedano Cons. Stato, Sez. V, 21 agosto 2014, n. 4272; Cons. Stato, Sez. III, 29 luglio 2015, n. 3748; Cons. Stato, Sez. V, 21 aprile 2016, n. 1599; Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2017, n. 5146.

(e in assenza del quale non sarebbe neppure ipotizzabile la “formazione di un contratto” o lo svolgimento di “trattative”), essa mal si coniugherebbe con i riferimenti di cui all’art. 1337 cod. civ. alle “trattative” e alla “formazione del contratto”.

Ad avviso di tale linea interpretativa non costituirebbe obiezione neppure l’osservazione che, attraverso la partecipazione alla procedura, gli aspiranti sarebbero diventati determinati e conoscibili, in quanto la previa conoscenza degli aspiranti da parte del proponente sarebbe stata soltanto finalizzata alla valutazione dei requisiti e della conformità e bontà di quanto prospettato in sede di domanda di partecipazione rispetto ai *desiderata* dell’amministrazione, nel quadro di una competizione in cui gli aspiranti non sarebbero stati ancora “oblati”, bensì avrebbero gareggiato per diventarlo.

Secondo questa teorizzazione, dunque, in assenza dell’aggiudicazione la buona fede del proponente potrebbe al più essere considerata con esclusivo riguardo al momento della formulazione della proposta da parte dell’amministrazione. Solo ove si dimostrasse che al momento del bando quest’ultima fosse già consapevole di non poter portare avanti la proposta di contratto *ad incertam personam* (ad esempio, per insussistenza dei fondi, per impossibilità della prestazione, etc.), il comportamento, in quanto afferente ad un elemento prenegoziale qual è la proposta, e quindi in ultima analisi alle trattative, potrebbe sussumersi nel disposto dell’art. 1337 cod. civ. ed estendersi a tutti i soggetti (inutilmente) partecipanti alla procedura. Al contrario, secondo questa logica, tutti i casi di autoannullamento della procedura per vizi di legittimità, di revoca per sopravvenuti motivi o di ritardo nell’adozione di tali atti, di errore nella conduzione della procedura, rilevanti esclusivamente nei confronti dell’aggiudicatario in quanto ricadenti nel procedimento di “formazione” del contratto, sarebbero sottratti alla responsabilità precontrattuale per violazione della buona fede nelle “trattative”.

#### **4. I principi affermati dall’Adunanza plenaria. L’amministrazione quale soggetto particolarmente “qualificato”: il dovere di correttezza finalizzato alla tutela della libertà di autodeterminazione negoziale.**

La sentenza dell’Adunanza plenaria qui annotata prende le distanze dall’orientamento sopra esposto, preferendogli quello, decisamente meno restrittivo, espresso nel passato recente da alcune pronunce del Consiglio di Stato<sup>10</sup> e condiviso anche dalla Corte di Cassazione<sup>11</sup>, secondo cui la responsabilità precontrattuale è configurabile anche nella fase che precede la scelta del contraente e, quindi, prima e a prescindere dall’aggiudicazione.

Più specificamente, l’Adunanza plenaria ha enunciato a riguardo quattro importanti principi di diritto.

In primo luogo, quello secondo cui *“anche nello svolgimento dell’attività autoritativa, l’amministrazione è tenuta a rispettare oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l’invalidità del provvedimento e l’eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell’interesse legittimo), anche le norme generali dell’ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull’interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell’altrui scorrettezza”*.

Per giungere a tale conclusione, l’argomentazione dell’Adunanza plenaria ha dovuto innanzitutto superare l’apparente obiezione rappresentata dal dato positivo.

---

<sup>10</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 25 luglio 2012, n. 4236; Cons. Stato, Sez. VI, 7 novembre 2012, n. 5638; Cons. Stato, Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831.

<sup>11</sup> Corte Cass. civ., Sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260.

Essa ha dunque preso le mosse dall'affermazione secondo cui il dovere di correttezza e di buona fede troverebbe il suo presupposto in una "trattativa" già in stato avanzato, tale da far sorgere un ragionevole affidamento nella conclusione del contratto (la c.d. "trattativa affidante")<sup>12</sup>.

Tale premessa teorica, come giustamente osserva l'Adunanza plenaria, sembra in effetti trovare fondamento nella formulazione testuale dell'art. 1337 cod. civ., che pone il dovere di correttezza in capo alle "parti" della "trattativa" e del "procedimento di formazione del contratto".

Tuttavia, la disposizione codicistica deve essere considerata in chiave storica: essa risale a un periodo improntato all'ordinamento corporativo<sup>13</sup> e deve essere oggi riletta alla luce della sopravvenuta Costituzione repubblicana, dalla quale ha preso avvio un processo - cui hanno contribuito tanto la dottrina quanto la giurisprudenza civilistica - di rilettura e rivisitazione, in un'ottica costituzionalmente orientata, di numerose disposizioni, specie di quelle che, come l'art. 1337 cod. civ., utilizzano "clausole generali" (in questo caso la buona fede), destinate, per loro stessa natura, ad adeguarsi ai mutamenti che interessano l'ordinamento giuridico e la società civile.

Nel mutato quadro costituzionale, l'Adunanza plenaria si fa portavoce dell'affermazione, ormai largamente condivisa, secondo cui il dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede rappresenta una manifestazione del più generale dovere di solidarietà sociale che trova il suo principale fondamento nell'art. 2 della Costituzione<sup>14</sup> e che - è bene ricordare - *"grava reciprocamente su tutti i membri della collettività, ma si intensifica e si rafforza, trasformandosi in dovere di correttezza e di protezione, quando tra i consociati si instaurano "momenti relazionali" socialmente o giuridicamente qualificati, tali da generare, unilateralmente o, talvolta, anche reciprocamente, ragionevoli affidamenti sull'altrui condotta corretta e protettiva"*.

Nella moderna lettura costituzionalmente orientata, si può dunque affermare che il dovere di correttezza abbia acquisito un ambito applicativo decisamente più ampio rispetto a quello inizialmente previsto dal codice civile del 1942.

---

<sup>12</sup> Secondo tale prospettiva, nelle procedure ad evidenza pubblica il partecipante alla gara potrebbe fare un ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto soltanto a partire dall'aggiudicazione definitiva e, dunque, potrebbe dolersi del "recesso" ingiustificato dalle trattative che la stazione appaltante abbia posto in essere attraverso l'esercizio dei poteri di autotutela pubblicistici sugli atti di gara.

<sup>13</sup> In tal senso basti considerare quanto esposto nella Relazione al Codice civile, paragrafo n. 612, da cui si evince come il legislatore del 1942, nel formulare l'art. 1337 cod. civ., avesse inteso, da una parte, superare il "dogma volontaristico" in base al quale si era a lungo ritenuto che il recesso dalle trattative fosse un diritto che non potesse essere sindacato e tanto meno dare vita all'obbligo di risarcire i danni all'altro contraente e, dall'altra, instaurare un nesso tra il dovere di correttezza e i valori della c.d. solidarietà corporativa, analogamente a quanto esplicitato anche in altre norme, quali ad esempio l'art. 1175 c.c. (*"le regole della correttezza in relazione ai principi della solidarietà corporativa"*). Infatti, la reazione negativa del legislatore nei confronti della attività prenegoziale di una delle parti trovava la sua principale ragion d'essere nel fatto che, non essendosi attuato uno scambio economico meritevole di protezione, si riteneva necessario che l'ordinamento intervenisse per ripristinare la situazione patrimoniale lesa. È manifesto, in tale impostazione, l'afflato economicistico e produttivistico: si apprestano strumenti risarcitori di fronte all'inutilizzazione (mancata conclusione del contratto) od allo sperpero (contratto invalido) di valori patrimoniali.

In questa ricostruzione storica, non è irrilevante sottolineare come la "positivizzazione" della c.d. responsabilità precontrattuale operata mediante gli artt. 1337 e 1338 cod. civ. volesse sottolineare l'importanza del dovere di correttezza precontrattuale, e la conseguente responsabilità derivante dalla sua trasgressione, proprio alla luce dei valori della c.d. solidarietà corporativa.

Tale posizione veniva ulteriormente corroborata dall'originaria (e ormai anch'essa abbandonata) concezione della causa del contratto come funzione socio-economica, secondo cui l'autonomia negoziale doveva necessariamente perseguire una funzione non solo individualmente, ma anche socialmente utile. Idea ulteriormente ribadita dall'art. 1322, secondo comma, cod. civ. che, nel riconoscere all'autonomia negoziale la possibilità di concludere contratti anche diversi dai tipi normativi, subordina(va), tuttavia, tale riconoscimento alla condizione, ulteriore rispetto alla mera liceità, che il contratto fosse comunque diretto a perseguire *"interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico"*. L'originario significato di tale previsione è ben esplicitato, ancora un volta, dalla Relazione in cui si legge (par. n. 603): *"l'ordine giuridico, infatti, non può apprestare protezione al mero capriccio individuale, ma a funzioni utili, che abbiano una rilevanza sociale e, come tali, meritino di essere tutelate dal diritto"*. In tale contesto, i valori della dignità umana e della libertà, sia pur presenti, restavano, di fatto, assorbiti dal *prius* dell'interesse economico nazionale e dell'utilità sociale.

<sup>14</sup> A titolo esemplificativo si veda, *ex multis*, Corte Cass. civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188.

L'Adunanza plenaria, tuttavia, non si limita a richiamare genericamente la teoria del "contatto sociale qualificato" – il quale peraltro, precisando in quali casi il contatto possa assurgere a fonte "atipica" di obbligazione, ha avuto l'indubbio merito di illuminare il legame esistente tra l'ambito e il contenuto dei doveri di protezione e correttezza, da un lato, e il grado di intensità del momento relazionale e del conseguente affidamento da questo ingenerato, dall'altro<sup>15</sup> - ma si è spinta a specificare che, nel caso del rapporto tra cittadino e amministrazione, il contatto sociale deve considerarsi particolarmente "qualificato".

Tra gli elementi che contribuiscono a qualificare il contatto sociale come fonte di doveri puntuali di correttezza a tutela dell'altrui affidamento, infatti, vi è il particolare *status* rivestito dai protagonisti della vicenda "relazionale": l'Adunanza plenaria, dunque, conclude che laddove si sia in presenza di un'attività professionale "protetta", di un servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità o, a maggior ragione, dell'esercizio della funzione amministrativa, costituzionalmente sottoposta ai principi di imparzialità e di buon andamento (art. 97 Cost.), *"il cittadino si aspetta uno sforzo maggiore, in termini di correttezza, lealtà, protezione e tutela dell'affidamento, rispetto a quello che si attenderebbe dal quisque de populo"*<sup>16</sup>.

L'amministrazione ha dunque un particolare obbligo di correttezza, la cui "funzione" non è più tanto quella di favorire la conclusione di un contratto valido e socialmente utile, bensì quella di perseguire la tutela della persona e delle sue libertà secondo l'impostazione di cui all'art. 2 della Costituzione.

A riguardo, merita un richiamo anche la recente sentenza del Consiglio di Stato che ha espressamente evocato un modello di pubblica amministrazione, come si è andato evolvendo nel diritto vivente, permeato dai principi di correttezza e buona amministrazione, desumibili dall'art. 97 della Costituzione. Un modello 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,

---

<sup>15</sup> La Corte di Cassazione, dopo aver sostenuto per lungo tempo la natura aquiliana della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione (*ex multis*, si ricordino Corte Cass. n. 9157/1995; Corte Cass., n. 15172/2003; Corte Cass., n. 15040/2004; Corte Cass., n. 16735/2011; Corte Cass., n. 15260/2014), ha poi rilevato *"il disagio di misurare il contatto dei pubblici poteri con il cittadino secondo i canoni del principio di autorità, della presunzione di legittimità dell'atto amministrativo"*, da cui *"in definitiva emerge l'inadeguatezza del paradigma della responsabilità aquiliana"* (Corte Cass. civ., Sez. I, n. 157 del 2003). Più recentemente la Corte è sembrata propendere per una ricostruzione in termini di "responsabilità contrattuale da contatto sociale qualificato" (qualificato in quanto caratterizzato da uno "scopo" che, per il suo tramite, le parti intendono perseguire). Si vedano, ad esempio, Corte Cass. 21 novembre 2011, n. 24438, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Contratti pubblici*, n. 454 e in *Giur. it.*, 2012, 2662 ss., con nota di M. RENNA - A. SPEZZATI, *Sulla natura della responsabilità della P.A. per la violazione degli obblighi procedurali e di correttezza* e in *Urb. app.*, 2012, con commento di D. PORTA, *La natura e il giudice della responsabilità per lesione dell'affidamento*; Corte Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, *ivi*, 2011, voce *Contratto in generale*, n. 439 e in *Europa e dir. privato*, n. 4/2012, 1227 ss., con nota di C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale* e, da ultimo, Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, con cui inquadra la tematica nella figura del "quasi-contratto" (inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni e normativamente collocato nell'art. 1173 c.c.) *"ai confini tra contratto e torto"*, in quanto radicata in un "contatto sociale" tra le parti che, in quanto dà adito ad un reciproco affidamento dei contraenti, è "qualificato" dall'obbligo di "buona fede" e dai correlati "obblighi di informazione e di protezione" (...) positivamente sanciti dagli artt. 1175 e 1375». Viene così delineato *"un rapporto obbligatorio connotato, non da obblighi di prestazione, come accade nelle obbligazioni che trovano la loro causa in un contratto, bensì da obblighi di protezione, egualmente riconducibili, sebbene manchi un atto negoziale, ad una responsabilità diversa da quella aquiliana e prossima a quella contrattuale, poiché ancorabili a quei fatti ed atti idonei a produrli, costituente la terza fonte delle obbligazioni menzionata dall'art. 1173 c.c."*.

<sup>16</sup> Il tema era già stato affrontato dalla Corte Cass., 12 maggio 2015, n. 9636, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 1/2015, 938 ss., con commento di C. SCOGNAMIGLIO, *Status professionale della pubblica amministrazione ed obbligo di informazione precontrattuale*. Si vedano, nel tempo, anche Corte Cass., n. 23393/2008, Corte Cass., n. 3383/1981, Corte Cass., n. 3008/1968 e Corte Cass., Sez. Un., 17 novembre 1978, n. 5328.

“l’evoluzione del modello costituzionale impone di tener conto che l’attività amministrativa produce sempre un “impatto” sulla sfera dei cittadini e delle imprese”<sup>17</sup>.

Come corollario – non certo secondario – di tale affermazione, l’Adunanza plenaria ha avuto modo di chiarire che tale dovere di correttezza non è strumentale alla tutela di un interesse legittimo, bensì di un diritto soggettivo.

Sul punto si può richiamare anche la giurisprudenza civile, che in più occasioni ha evidenziato come il dovere di correttezza non sia funzionale a tutelare la conclusione del contratto bensì, nella maggior parte dei casi, sia “*strumentale alla tutela della libertà di autodeterminazione negoziale, cioè di quel diritto (espressione a sua volta del principio costituzionale che tutela la libertà di iniziativa economica) di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali, senza subire interferenze illecite derivante da condotte di terzi connotate da slealtà e scorrettezza*”.

A favore di questa chiave di lettura l’Adunanza plenaria richiama diversi argomenti.

Una prima conferma viene ravvisata nel fatto che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, il relativo danno risarcibile non è mai commisurato alle utilità che sarebbero derivate dal contratto sfumato, ma al c.d. interesse negativo (a non subire indebite interferenze nell’esercizio della libertà negoziale) o, eventualmente, in casi particolari, al c.d. interesse positivo virtuale (la differenza tra l’utilità economica ricavabile dal contratto effettivamente concluso e il diverso e più vantaggioso contratto che sarebbe stato concluso in assenza dell’altrui scorrettezza)<sup>18</sup>.

Un secondo elemento viene individuato nell’orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza 19 dicembre 2017, n. 26725, secondo cui è configurabile la c.d. responsabilità precontrattuale da contratto valido ma svantaggioso nel caso in cui il comportamento sleale non abbia reso la trattativa inutile (perché il contratto è stato validamente concluso), ma il contraente che abbia subito la scorrettezza lamenti di aver concluso un contratto valido ma economicamente pregiudizievole a causa di tale slealtà<sup>19</sup>.

Nella medesima direzione depone il riconoscimento giurisprudenziale di ipotesi in cui l’obbligo di correttezza e la conseguente responsabilità precontrattuale sussiste anche in capo al terzo che non sia “parte” rispetto ad una trattativa che si svolge *inter alios*, in forza del suo *status* professionale particolarmente qualificato o, comunque, del suo interesse qualificato alla

---

<sup>17</sup> Secondo il Cons. Stato, Sez. VI, 6 marzo 2018, n. 1457, infatti, l’evoluzione del modello costituzionale in questa direzione sarebbe confermato dall’emersione del principio di *accountability*. L’impatto dell’amministrazione, da un lato, dovrebbe essere considerato e quantificato, affiancando agli strumenti giuridici quelli economici di misurazione, che permeano sempre di più l’attività amministrativa; d’altro lato – e soprattutto, ai fini della tutela – non può essere trascurato, né assorbito, né infine ridotto forfettariamente in considerazione di una cura dell’interesse pubblico asseritamente prevalente.

<sup>18</sup> Questa ricostruzione trova il suo parallelo, per quanto riguarda le fattispecie di responsabilità precontrattuale da ingiustificato recesso dalla trattativa, nella commisurazione del danno non al c.d. interesse positivo (ovvero alle utilità economiche che il privato avrebbe tratto dall’esecuzione del contratto), ma al c.d. interesse negativo, da intendersi, appunto, come interesse a non essere coinvolto in trattative inutili, a non investire inutilmente tempo e risorse economiche partecipando a trattative (o, nel presente caso, a gare d’appalto) destinate poi a rivelarsi del tutto inutili a causa del recesso scorretto della controparte. Si veda sul punto R. GAROFOLI - G.M. RACCA - M. DE PALMA, *Responsabilità della p.a. e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003; G. AFFERNI, *La responsabilità precontrattuale della P.A. tra interesse positivo ed interesse negativo*, in *Danno e Responsabilità*, n. 4/2006, 353.

<sup>19</sup> La citata sentenza delle Sezioni Unite, in particolare, ha espressamente affermato che l’art. 1337 cod. civ. non si riferisce alla sola ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative, ma ha valore di clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso ed implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l’ordinaria diligenza ai fini della stipulazione del contratto. Ne consegue che la violazione dell’obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non solo in caso di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di un contratto invalido o inefficace, ma anche nel caso in cui il contratto concluso sia valido e, tuttavia, risulti pregiudizievole per la parte vittima dell’altrui comportamento scorretto; in siffatta ipotesi il risarcimento del danno deve essere commisurato al minor vantaggio ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell’obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l’esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto.

positiva conclusione della trattativa, come nel caso, ad esempio, di intermediari finanziari, banche, professionisti, società di revisione<sup>20</sup>.

Infine, la decisione richiama il fatto che la giurisprudenza è solita individuare doveri di correttezza precontrattuale che trascendono il recesso dalle trattative (o la mancata comunicazione di cause di invalidità di cui all'art. 1338 cod. civ.) e la cui violazione determina una scorrettezza precontrattuale che non incide sulla conclusione del contratto, ma sulla tutela dei diritti patrimoniali e personali della controparte della trattativa<sup>21</sup>.

## **5. La sussistenza della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione prima dell'aggiudicazione.**

Fondare la *ratio* dell'obbligo di correttezza nella libertà di autodeterminazione negoziale significa, però, svincolarlo dal mero fine di tutela dell'interesse "nazionale" e, dunque, far cadere i limiti applicativi che da esso discenderebbero, primo fra tutti quello di far valere l'obbligo solo nelle situazioni in cui sia stato avviato un vero e proprio procedimento di formazione del contratto o, comunque, esista una trattativa che abbia raggiunto già una fase molto avanzata, tanto da far sorgere il ragionevole affidamento circa la conclusione del contratto.

Ne consegue, dunque, che l'Adunanza plenaria si sia spinta ad affermare esplicitamente che la valenza costituzionale del dovere di correttezza impone di ritenerlo operante in un più vasto ambito di casi in cui, pur eventualmente mancando una "trattativa" in senso tecnico-giuridico - e, a maggior ragione, prescindendo dall'ulteriore requisito che tale trattativa abbia raggiunto un livello così avanzato da generare una fondata aspettativa in ordine alla conclusione del contratto - venga comunque in rilievo una situazione "relazionale" qualificata, capace di generare ragionevoli affidamenti e fondate aspettative.

Di qui il secondo fondamentale principio affermato dalla pronuncia in commento in merito al fatto che nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede oggettiva si debbano considerare "*sussistenti anche prima e a prescindere dall'aggiudicazione*", in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento.

A tale affermazione segue quella di un terzo principio, collegato a quello precedente, secondo cui è irrilevante che la scorrettezza maturi anteriormente alla pubblicazione del bando oppure intervenga nel corso della procedura di gara: infatti, "*la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione può derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai doveri di correttezza e buona fede*".

---

<sup>20</sup> Cfr. Corte Cass., Sez. Un., 8 aprile 2011, n. 8034, con riguardo alla responsabilità da prospetto non veritiero in capo agli intermediari finanziari che lo accreditino presso gli investitori. Analoga responsabilità precontrattuale del terzo estraneo alla trattativa è stata ravvisata, ad es. dalla Corte Cass. civ., Sez. I, 27 settembre 1995, n. 10235, con riferimento al patrocinante che si inserisca attraverso le c.d. lettere di *patronage* deboli, aventi contenuto meramente informativo (ad es. circa l'esistenza della posizione di influenza e circa le condizioni patrimoniali, economiche e finanziarie del patrocinato), nello svolgimento di trattative avviate tra altri soggetti al fine di agevolare la positiva conclusione, creando così ragionevoli aspettative sul buon esito dell'operazione. E ancora, la giurisprudenza ha riconosciuto la responsabilità civile della società di revisione per erronea certificazione dello stato patrimoniale di una società (compiuta su incarico di quest'ultima) nei confronti di acquirenti di quote societarie, che non avrebbero stipulato il contratto, ove avessero conosciuto il reale ed inferiore valore della società (cfr. Corte Cass. civ., Sez. III, 18 luglio 2012, n. 10403). In dottrina, ad esempio, A. DI MAJO, *La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1993, 296; P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 326 ss.; P. LAGHEZZA, *Responsabilità precontrattuale e obbligo di informazione*, nota a Corte Cass., 26 aprile 2012, n. 6526, in *Danno e resp.*, n. 12/2012, 1210 ss.; C. PAULICELLI, *Il dolo omissivo quale causa di annullamento del contratto*, nota a Corte Cass., 2 febbraio 2012, n. 1480, in *I Contratti*, n. 8, 9/2012, 679 ss..

<sup>21</sup> Si pensi ad esempio alle ipotesi di responsabilità precontrattuale per violazione dei doveri di riservatezza o di custodia, nei casi in cui ad una parte della trattativa è data la possibilità di visionare e di usare il bene oggetto dell'eventuale contratto.

I giudici di Palazzo Spada hanno dunque escluso che la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nella fase anteriore all'aggiudicazione debba essere circoscritta alle ipotesi in cui l'amministrazione abbia pubblicato il bando nonostante fosse conosciuto o conoscibile che non sussistevano i suoi presupposti indefettibili.

Infatti, la limitazione della responsabilità dell'amministrazione ai soli comportamenti anteriori al bando finirebbe con l'introdurre, aprioristicamente e in astratto, limitazioni di responsabilità che non trovano fondamento normativo e che contrastano con l'atipicità delle modalità di condotta che caratterizza l'illecito civile.

Quest'ultimo, ricorda l'Adunanza plenaria, si incentra sull'ingiusta lesione della situazione giuridica soggettiva (o, in caso di responsabilità contrattuale, sull'inadempimento dell'obbligazione), senza che assumano rilievo le specifiche modalità comportamentali che hanno determinato tale lesione (o l'inadempimento dell'obbligazione). È, dunque, "*mutuando una qualificazione penalistica, un illecito a forma libera e causalmente orientato*".

Si giunge così all'importante conclusione che non sia possibile introdurre aprioristiche e ingiustificate limitazioni di responsabilità neppure allo scopo di evitare un'estensione eccessiva e ingiustificata della responsabilità dell'amministrazione: piuttosto, si rende necessaria una rigorosa verifica nei singoli casi in merito all'effettiva sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie generatrice del diritto al risarcimento del danno.

## **6. La responsabilità da comportamento scorretto dell'amministrazione. Il dovere di correttezza nell'attività procedimentalizzata.**

L'Adunanza plenaria trova conferma dell'obbligo per l'amministrazione di rispettare il dovere di correttezza a prescindere dal fatto che siano in corso delle "trattative" precontrattuali anche nel fatto che tale principio sia richiamato a proposito dello svolgimento dell'attività autoritativa sottoposta al regime del procedimento amministrativo, laddove la scorrettezza si esprime non in un provvedimento, bensì in un comportamento che ingenera affidamento nel cittadino per poi disattenderlo.

In effetti, il legislatore ha posto tutti i presupposti necessari affinché si riconosca una valenza più generale al principio di correttezza. In primo luogo, l'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, come modificato dalla riforma introdotta dall'art. 1 della legge 11 febbraio 2015, n. 15, assoggetta l'attività amministrativa ai principi dell'ordinamento comunitario, tra i quali - sebbene non espressamente contemplato dai Trattati - deve indubbiamente annoverarsi la tutela dell'affidamento legittimo, più volte richiamato dalla Corte di giustizia quale principio dell'ordinamento comunitario<sup>22</sup>.

Sono, inoltre, indicative di tale tendenza tutte le riforme ispirate alla semplificazione e alla trasparenza dell'attività amministrativa, non ultima la legge n. 124 del 2015, intervenuta, tra le altre cose, sui presupposti del potere di autotutela, che deve sempre considerare l'affidamento del privato rispetto a un precedente provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica sul quale può essere stata sviluppata una precisa strategia imprenditoriale<sup>23</sup>.

Sotto tale profilo risulta emblematico il caso della violazione del termine del procedimento. L'art. 2-bis, comma 1, della legge n. 241 del 1990<sup>24</sup> ha infatti espressamente previsto che "*le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento*".

---

<sup>22</sup> *Ex multis*, si ricordi già in tempi non recenti la sentenza *Topfer* del 3 maggio 1978, C-12/77.

<sup>23</sup> Cfr., in particolare, art. 21-*nonies*, comma 1, legge n. 241 del 1990, come modificato dall'art. 25, comma 1, lettera b-*quater*, legge n. 164 del 2014, e poi dall'art. 6, comma 1, legge n. 124 del 2015; nonché l'art. 21-*quinquies*, come modificato dall'art. 25, comma 1, lettera b-*ter*, legge n. 164 del 2014.

<sup>24</sup> La norma è stata introdotta dall'art. 28, comma 10, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98.

Attraverso tale norma il legislatore ha superato per *tabulas* il diverso orientamento espresso in passato dalla sentenza dell'Adunanza plenaria 15 settembre 2005, n. 7, e ha introdotto la risarcibilità del c.d. danno da mero ritardo, che si configura a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento.

In occasione della sentenza in commento, l'Adunanza plenaria ha ribadito che in questa fattispecie il danno deriva dalla lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale: il ritardo nell'adozione del provvedimento, infatti, genera una situazione di incertezza in capo al privato e può, dunque, indurlo a scelte negoziali (a loro volta fonte di perdite patrimoniali o mancati guadagni) che non avrebbe compiuto se avesse tempestivamente ricevuto, con l'adozione del provvedimento nel termine previsto, la risposta dell'amministrazione.

Con la pronuncia dell'Adunanza plenaria viene ribadito che il dato più rilevante della responsabilità per violazione del dovere di lealtà e correttezza è costituito dal fatto che essa sia causata *da un comportamento*, e non da un provvedimento: la violazione del termine di conclusione del procedimento di per sé non determina, infatti, l'invalidità del provvedimento adottato in ritardo (tranne i casi eccezionali e tipici di termini "perentori"), ma rappresenta un comportamento scorretto dell'amministrazione, comportamento che genera incertezza e, dunque, interferisce illecitamente sulla libertà negoziale del privato, eventualmente arrecandogli ingiusti danni patrimoniali<sup>25</sup>.

La possibilità che una responsabilità da comportamento scorretto sussista nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo conclusivo del procedimento è dunque da considerare ormai ordinaria, mentre ha assunto valore dirimente la presenza di una condotta complessivamente superficiale, violativa degli obblighi di trasparenza, di attenzione, di diligenza, al cospetto dei quali si stagliano i corrispondenti diritti soggettivi di stampo privatistico.

La tesi secondo cui l'art. 2-bis, comma 1, rappresenti un'ipotesi tipica di danno da comportamento scorretto (il ritardo) lesivo di un diritto soggettivo (la libertà negoziale) trova, del resto, conferma nella previsione dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 1, Cod. proc. amm., che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di "*risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento*".

Anche la giurisprudenza sia civile che amministrativa ha in più occasioni affermato che nello svolgimento dell'attività autoritativa l'amministrazione è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico - la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo - ma anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza e la cui violazione può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto in grado di incidere non sull'interesse legittimo, bensì sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza<sup>26</sup>.

L'Adunanza plenaria qui annotata specifica ora come queste fattispecie configurino "*una responsabilità da comportamento illecito, che spesso non si traduce in provvedimenti illegittimi, ma, per molti versi, presuppone la legittimità dei provvedimenti che scandiscono la parabola procedurale*".

---

<sup>25</sup> L'Adunanza plenaria specifica che non si tratta, a differenza dell'indennizzo forfettario introdotto in via sperimentale dal comma 1-bis dello stesso articolo 2-bis (inserito dall'art. 28, comma 9, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98), di un ristoro automatico (collegato alla mera violazione del termine): è, infatti, onere del privato fornire la prova, oltre che del ritardo e dell'elemento soggettivo, del rapporto di causalità esistente tra la violazione del termine del procedimento e il compimento di scelte negoziali pregiudizievoli che non avrebbe altrimenti posto in essere.

<sup>26</sup> *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 6 febbraio 2013, n. 633; Cons. Stato, sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6; Corte Cass. civ., Sez. Un., 12 maggio 2008, n. 11656; Corte Cass. civ., Sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636; Corte Cass. civ., Sez. I, 3 luglio 2014, n. 15250.

Con specifico riguardo alla previsione della giurisdizione esclusiva in materia di danno da ritardo, una lettura alla luce della concezione c.d. rimediabile del risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo (abbracciata dalla Corte costituzionale nella storica sentenza n. 204 del 2004 e ripresa dall'art. 7 del Cod. proc. amm.), porta l'Adunanza Plenaria a qualificare la posizione lesa dal ritardo dell'amministrazione in termini di diritto soggettivo.

La tesi trova ulteriore conferma nell'art. 2 della legge n. 241 del 1990, il quale – come ricorda l'Adunanza plenaria - *“sottrae il tempo del procedimento alla disponibilità dell'amministrazione e, di conseguenza, riconosce che la pretesa al rispetto del termine assume la consistenza di un diritto soggettivo (un modo di essere della libertà di autodeterminazione negoziale) a fronte della quale l'amministrazione non dispone di un potere ma è gravata da un obbligo”*.

Si può quindi concludere che, a dispetto di quanto sotteso a molte ricostruzioni, nell'ambito del procedimento amministrativo, e del procedimento di evidenza pubblica in particolare, regole pubblicistiche e regole privatistiche non operano, dunque, in sequenza temporale (prime le une e poi le altre o anche le altre) bensì, al contrario, in contemporanea e sinergicamente, sia pure con diverso oggetto e con differenti conseguenze in caso di rispettiva violazione.

Mentre le regole di diritto pubblico hanno ad oggetto il provvedimento, in quanto sono funzionali all'esercizio diretto ed immediato del potere, così che la loro violazione determina, di regola, l'invalidità del provvedimento adottato, le regole di diritto privato hanno ad oggetto il comportamento (collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del potere) complessivamente tenuto dalla stazione appaltante nel corso della gara.

Ne consegue che la loro violazione non dà vita ad invalidità provvedimento, ma a responsabilità. Non diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per l'amministrazione le regole di correttezza e buona fede non sono dunque regole di validità del provvedimento, bensì regole di responsabilità con riguardo al comportamento complessivamente tenuto.

In tale direzione l'Adunanza plenaria si richiama al recente orientamento giurisprudenziale con il quale, anche al di fuori dall'ambito dei procedimenti amministrativi finalizzati alla conclusione di un contratto, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno ammesso, ad esempio, la configurabilità di una responsabilità dell'amministrazione da provvedimento favorevole poi annullato in via giurisdizionale o per autotutela<sup>27</sup>.

In questi casi, hanno precisato le Sezioni Unite, il provvedimento viene in considerazione come elemento di una più complessa fattispecie (di natura comportamentale) che è fonte di responsabilità solo se e nella misura in cui risulti oggettivamente idonea ad ingenerare un affidamento incolpevole, sì da indurlo a compiere attività e a sostenere costi incidenti sul suo patrimonio nel positivo convincimento della legittimità del provvedimento.

In questa prospettiva devono essere lette anche le sentenze con le quali la Corte di Cassazione, superando il precedente orientamento più restrittivo<sup>28</sup>, ha espressamente affermato che il dovere di correttezza e buona fede (e l'eventuale responsabilità precontrattuale in caso di sua violazione) sussiste, prima e a prescindere dell'aggiudicazione,

---

<sup>27</sup> Si vedano Corte Cass. civ., Sez. Un., ordinanze “gemelle” 23 maggio 2011, nn. 6594, 6595, 6596; Corte Cass. civ., Sez. Un., 22 gennaio 2015, n. 1162 e Corte Cass. civ., Sez. Un., 4 settembre 2015, n. 17586. In tali pronunce si afferma chiaramente che nei casi in cui, successivamente alla rimozione del provvedimento favorevole, il privato beneficiario prospetti di aver subito un danno ingiusto per avere confidato nella legittimità del provvedimento ed aver regolato la sua azione in base ad esso, la relativa responsabilità dell'amministrazione si connota come responsabilità da comportamento da violazione del diritto soggettivo all'integrità patrimoniale (*recte*: alla libertà di autodeterminazione negoziale). Il privato, infatti, lamenta che l'agire scorretto dell'amministrazione ha ingenerato un affidamento incolpevole sulla legittimità del provvedimento attributivo del beneficio e, quindi, sulla legittimità della conseguente attività negoziale (onerosa per il patrimonio del privato) posta in essere in base al provvedimento. Attività che, invece, una volta venuto meno il provvedimento, viene anch'essa travolta dall'illegittimità, come attività inutile e, quindi, fonte – in quanto onerosa – di perdite o mancati guadagni.

<sup>28</sup> *Ex multis*, Corte Cass. civ., Sez. II, 10 gennaio 2013, n. 477; Corte Cass. civ., Sez. III, 10 giugno 2015, n. 12313; Corte Cass. civ., Sez. Un., 26 maggio 1997, n. 4673.

in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, che si pone quale strumento di formazione progressiva del consenso contrattuale nell'ambito di un sistema di *“trattative (c.d. multiple o parallele) che determinano la costituzione di un rapporto giuridico sin dal momento della presentazione delle offerte, secondo un'impostazione che risulta rafforzata dalla irrevocabilità delle stesse”*<sup>29</sup>.

La giurisprudenza in esame ha condivisibilmente precisato che *“la disciplina in materia di culpa in contrahendo non necessita, infatti, di un rapporto personalizzato tra p.a. e privato, che troverebbe la sua unica fonte nel provvedimento di aggiudicazione, ma è posta a tutela del legittimo affidamento nella correttezza della controparte, che sorge sin dall'inizio del procedimento. Diversamente argomentando, l'interprete sarebbe invece costretto a scindere un comportamento che si presenta unitario e che conseguentemente non può che essere valutato nella sua complessità”*<sup>30</sup>.

Da tale quadro normativo e giurisprudenziale emerge, quindi, che ai doveri di correttezza, lealtà e buona fede occorre riconoscere un ampio campo applicativo, comprensivo dell'attività autoritativa procedimentalizzata dell'amministrazione che, pure, non è finalizzata alla conclusione di un contratto con un privato.

In tale contesto, pertanto, risulterebbe eccessivamente restrittiva e, per molti versi contraddittoria, la tesi secondo cui, nell'ambito dei procedimenti di evidenza pubblica, i doveri di correttezza (e la conseguente responsabilità precontrattuale dell'amministrazione in caso di loro violazione) nascerebbero solo dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione.

Aderendo a tale impostazione, infatti, si finirebbero per creare a favore del soggetto pubblico *“zone franche”* di responsabilità, introducendo in via pretoria un regime *“speciale”* e *“privilegiato”*, che si porrebbe in significativo contrasto con i principi generali dell'ordinamento civile e con la chiara tendenza al progressivo ampliamento dei doveri di correttezza emergente dal percorso giurisprudenziale e normativo di cui si è dato atto.

Per sostenere tale conclusione l'Adunanza plenaria affronta anche l'argomento strettamente civilistico riportato nell'ordinanza di rimessione, secondo cui il bando di gara andrebbe qualificato alla stregua di un'offerta al pubblico, alla quale non sarebbe applicabile l'art. 1328, primo comma, cod. civ., che prevede, solo in capo a colui che revoca la proposta individualizzata, l'obbligo di indennizzare l'accettante in buona fede *“delle spese e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto”*.

L'Adunanza plenaria dà atto che la questione dell'applicabilità dell'art. 1328, primo comma, cod. civ. all'offerta al pubblico è stata raramente affrontata in giurisprudenza ed è ancora aperta nel dibattito civilistico, mentre la dottrina prevalente, muovendo dall'assimilazione, desumibile dall'art. 1336 cod. civ., tra proposta individualizzata e offerta al pubblico, sostiene l'applicabilità della stessa regola, seppure con la precisazione che, in sede applicativa, dovrà essere valorizzata la peculiarità della situazione di affidamento in relazione alla tipologia di offerta e di contratto, con la conseguenza che in caso di offerta al pubblico la verifica della buona fede non potrà esaurirsi nella considerazione dell'ignoranza della revoca, ma estendersi alla valutazione della ragionevolezza e prudenza nella scelta di avvio dell'esecuzione.

In via di replica a quanto sostenuto nell'ordinanza di rimessione, tuttavia, la pronuncia in commento evidenzia come l'obbligo di indennizzo previsto dall'art. 1328, primo comma, cod. civ., a carico del revocante la proposta contrattuale non costituisca un'ipotesi di responsabilità precontrattuale, ma una forma di responsabilità da atto lecito dannoso: l'obbligo indennitario prescinde, infatti, dalla violazione delle regole di correttezza e sussiste solo per l'affidamento suscitato dalla proposta revocata. Il *quantum* dell'indennizzo, infatti, non copre interamente il

---

<sup>29</sup> Si vedano Corte Cass. civ., Sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636; Corte Cass. civ., Sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260; in termini, nella giurisprudenza amministrativa, cfr., fra le altre, Cons. Stato, Sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; Cons. Stato, Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831.

<sup>30</sup> Corte Cass. civ., Sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260.

danno subito, ma è circoscritto solo alle spese e alle perdite riconducibili all'inizio di esecuzione.

La responsabilità precontrattuale presuppone, invece, la violazione del dovere di correttezza ed è configurabile sia nella fase che precede la proposta, sia dopo la proposta (ancorché non vi sia stato inizio di esecuzione). In tal caso il risarcimento (a differenza dell'indennizzo di cui all'art. 1328, primo comma, cod. civ.) copre interamente il danno subito, normalmente correlato al c.d. interesse negativo.

L'inapplicabilità dell'art. 1328, primo comma, cod. civ. non è, pertanto, argomento di per sé sufficiente per escludere la configurabilità della responsabilità precontrattuale in caso di offerta al pubblico, in quanto la citata disposizione non disciplina un caso di responsabilità precontrattuale in senso proprio.

## **7. I presupposti per la sussistenza della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione.**

A seguito delle precedenti argomentazioni, l'Adunanza plenaria afferma che non si possa comunque trarre come conseguenza che l'obbligo di correttezza si concretizzi necessariamente in una vera e propria obbligazione nascente dal "contatto sociale" qualificato: al contrario, dovrà essere valutato di volta in volta, a seconda dell'intensità e della pregnanza del momento relazionale e della forza dell'affidamento da esso ingenerato, se la correttezza continui a rilevare come mera modalità comportamentale la cui violazione dia vita ad un illecito riconducibile al generale dovere del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 cod. civ. senza assumere valenze ulteriori.

A seguito dell'affermazione relativa alla necessità di verificare in concreto la sussistenza dei presupposti affinché sorga la responsabilità dell'amministrazione, l'Adunanza plenaria ha espresso un quarto principio, chiarendo come non sia sufficiente che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva, da ravvisarsi nel fatto che egli abbia maturato un affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose.

Oltre alla puntuale verifica dell'esistenza dell'affidamento incolpevole, infatti, essa ha affermato che devono ricorrere gli ulteriori seguenti presupposti:

a) che l'affidamento incolpevole risulti lesa da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà;

b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo. Significativo, sotto tale profilo, lo spunto offerto, ai fini di una ricostruzione sistematica della responsabilità da comportamento scorretto, dal già richiamato art. 2-bis della legge n. 241 del 1990 che, nel tipizzare uno specifico caso di scorrettezza procedimentale (il ritardo), ha espressamente previsto come un comportamento oggettivamente scorretto quale l'inosservanza del termine sia fonte di responsabilità solo se ne risulti il carattere doloso e colposo. È evidente, in tale previsione normativa, il richiamo all'art. 2043 cod. civ. e al relativo regime probatorio;

c) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità rispetto alla condotta scorretta che si imputa all'amministrazione. In sostanza occorre dimostrare come il comportamento scorretto dell'amministrazione abbia rappresentato, secondo la logica civilistica del "più probabile che non", la *condicio sine qua non* della scelta negoziale rivelatasi dannosa e, quindi, del pregiudizio economico di cui chiede il risarcimento. In altri

termini, il privato deve fornire la prova che quelle scelte negoziali non sarebbero state compiute ove l'amministrazione si fosse comportata correttamente.

La necessità di definire e accertare con rigore tali elementi costitutivi trova riscontro nella considerazione che il confine che segna la nascita della responsabilità precontrattuale rappresenta un delicato punto di equilibrio tra opposti valori meritevoli di tutela.

Come sottolinea l'Adunanza plenaria, si tratta, per certi versi, *“del momento di incontro tra due diverse manifestazioni della stessa libertà negoziale: da un lato, quella di chi subisce il recesso dalle trattative (o, comunque, la lesione dell'affidamento sulla serietà delle stesse), dall'altro, la libertà contrattuale di chi, prima dell'insorgenza del vincolo contrattuale, decide di interrompere il procedimento di formazione del contratto”*.

Nel caso di contratti stipulati all'esito delle procedure di evidenza pubblica, oltre alla libertà contrattuale della stazione appaltante, inoltre, viene in rilievo anche l'interesse pubblico alla cui tutela è preordinato l'esercizio dei poteri di autotutela provvedimentale sugli atti di gara.

Il punto di partenza, pertanto, non può che essere quello per cui chi entra in una trattativa precontrattuale (specie se condotta nelle forme del procedimento di evidenza pubblica, soggetto anche ai poteri di autotutela pubblicistici preordinati alla cura dell'interesse pubblico), si assume un ineliminabile margine di rischio in ordine alla conclusione del contratto. In altri termini, ciascuna parte che intraprende una trattativa (o partecipa ad un procedimento di gara) sa di esporsi ad un margine di rischio, che, in linea di principio, deriva dall'esercizio della libertà contrattuale di entrambe le parti, e quindi anche dal legittimo esercizio alla libertà contrattuale dell'amministrazione.

La principale conseguenza derivante dalla responsabilità precontrattuale è quella di modificare questa naturale allocazione dei rischi economici: l'insorgenza della responsabilità precontrattuale determina il trasferimento dei costi sostenuti per partecipare alla trattativa (o alla gara) da un soggetto ad un altro, cui è imputabile la scorrettezza.

Nella ricerca di questo delicato punto di equilibrio tra la libertà contrattuale della stazione appaltante e la discrezionalità nell'esercizio delle sue prerogative pubblicistiche da una parte, rispetto del limite della correttezza e della buona fede, dall'altro, risiede la *ratio* del tentativo dell'Adunanza plenaria di rimarcare puntualmente i sopra ricordati elementi costitutivi della fattispecie generatrice di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione.

Nella stessa prospettiva, va sottolineato che lo stesso affidamento incolpevole del privato, oltre ad essere soltanto uno degli elementi della complessa fattispecie che perfeziona l'illecito, deve, peraltro, essere valutato tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto e sempre considerando che nell'ambito del procedimento amministrativo (a maggior ragione in quello di evidenza pubblica cui partecipano operatori economici qualificati), il dovere di correttezza è un dovere reciproco, che grava, quindi, anche sul privato, a sua volta gravato da oneri di diligenza e di leale collaborazione verso l'amministrazione.

Correttamente l'Adunanza plenaria ricorda che nel momento in cui si procede all'applicazione di tali principi e si verifica, quindi, nel caso concreto, se effettivamente ricorrono gli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità, gli aspetti da considerare sono molteplici e non predeterminabili in astratto, perché dipendono dalla innumerevoli variabili che possono, di volta in volta, connotare la specifica situazione.

Al fine di semplificare l'operazione ermeneutica, l'Adunanza plenaria ha segnalato la necessità di valutare con particolare attenzione in sede applicativa alcuni profili, *“che rappresentano significativi sintomi in grado di condizionare il giudizio sull'esistenza dei sopra richiamati presupposti della responsabilità”*. Essi sono indicati in:

- a) il tipo di procedimento di evidenza pubblica che viene in rilievo (anche tenendo conto dei diversi margini di discrezionalità di cui la stazione appaltante dispone a seconda del criterio di aggiudicazione previsto dal bando);
- b) lo stato di avanzamento del procedimento rispetto al momento in cui interviene il ritiro degli atti di gara;

- c) il fatto che il privato abbia partecipato al procedimento e abbia, dunque, quanto meno presentato l'offerta (in assenza della quale le perdite eventualmente subite saranno difficilmente riconducibili, già sotto il profilo causale, a comportamenti scorretti tenuti nell'ambito di un procedimento al quale egli è rimasto estraneo);
- d) la conoscenza o, comunque, la conoscibilità, secondo l'onere di ordinaria diligenza richiamato anche dall'art. 1227, comma 2, cod. civ., da parte del privato dei vizi (di legittimità o di merito) che hanno determinato l'esercizio del potere di autotutela (anche tenendo conto del tradizionale principio civilistico, secondo cui non può considerarsi incolpevole l'affidamento che deriva dalla mancata conoscenza della norma imperativa violata);
- e) la c.d. affidabilità soggettiva del privato partecipante al procedimento (ad esempio, non sarà irrilevante verificare se avesse o meno i requisiti per partecipare alla gara di cui lamenta la mancata conclusione o, a maggior ragione, l'esistenza a suo carico di informative antimafia che avrebbero comunque precluso l'aggiudicazione o l'esecuzione del contratto).

## **8. Il dovere di lealtà e di correttezza da principio settoriale a principio generale dell'attività amministrativa.**

La pronuncia in esame raccoglie e sancisce, con l'autorevolezza propria dell'Adunanza plenaria, la presa di posizione di parte della giurisprudenza amministrativa, non infrequente negli ultimi anni, secondo cui la responsabilità precontrattuale prescinde dall'eventuale illegittimità dei provvedimenti amministrativi emessi in relazione alla trattativa contrattuale o all'esercizio di autotutela che formalizza la volontà dell'amministrazione di annullare o revocare gli atti di gara.

Essa chiarisce che la responsabilità precontrattuale non discende dalla violazione delle norme di diritto pubblico che disciplinano l'agire autoritativo della pubblica amministrazione e dalla cui violazione deriva l'illegittimità dell'atto ma, al contrario, origina dalla violazione delle regole comuni, e in particolare del principio generale di buona fede in senso oggettivo di cui all'art. 1337 cod. civ., che trattano del "comportamento" precontrattuale, ponendo in capo alla pubblica amministrazione doveri di correttezza e di buona fede analoghi a quelli che gravano su un comune soggetto nel corso delle trattative precontrattuali.

Nei casi di responsabilità precontrattuale propriamente detti, dunque, ciò che il privato può lamentare non è la mancata aggiudicazione, ma la lesione della sua corretta autodeterminazione negoziale.

La sottolineatura della tutela della libertà di autodeterminazione negoziale come fine del dovere di correttezza non si limita a determinarne l'applicabilità a prescindere dall'esistenza di una trattativa precontrattuale in senso stretto, ma consente altresì di mettere a fuoco l'effettiva natura della fattispecie di responsabilità in esame quale responsabilità *da comportamento* e non da provvedimento.

È questo il primo profilo significativo della pronuncia annotata: invero, nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente l'amministrazione è tenuta non soltanto a rispettare le norme dettate nell'interesse pubblico (la cui violazione implica l'annullamento del provvedimento ed una eventuale responsabilità da attività provvedimento illegittima), ma anche le norme generali sulla correttezza di cui all'art. 1337 cod. civ. prescritte dal diritto comune e aventi riguardo al comportamento delle parti, la cui violazione fa sorgere appunto la responsabilità precontrattuale. Si tratta di un orientamento che era già stato proposto dall'Adunanza plenaria 5 settembre 2005, n. 6, e che trova ora definitiva conferma.

Accanto a tale profilo se ne delinea un secondo, non meno interessante, che concerne il fatto che tale presa di posizione è destinata ad avere portata più ampia rispetto all'ambito per il quale è stata espressa.

La possibilità, da considerare ormai ordinaria, che si configuri responsabilità precontrattuale nonostante si sia in presenza di provvedimenti amministrativi legittimi indica, infatti, come la giurisprudenza più autorevole consideri superata una dinamica relazionale tra pubblico e privato che rilevi unicamente ove si svolga sul piano provvedimentale.

Configurare in tali termini la responsabilità precontrattuale implica, a sua volta, l'estensione dell'obbligo dell'amministrazione di rispettare alcuni fondamentali principi non solo nell'ambito del procedimento formalizzato, ma in tutte le relazioni che essa intrattiene con il cittadino e le sue formazioni sociali, economiche e non.

Significa, dunque, attrarre l'amministrazione su un piano di parità con il privato che richiede l'applicazione dei principi civilistici di lealtà, buona fede, correttezza, prima e fuori dalle trattative contrattuali in senso stretto.

Significa, ancora, riconoscere che con riguardo a questi principi il privato non si trova in una mera posizione di interesse legittimo pretensivo, bensì in quella più forte e garantita di un diritto soggettivo, in questo caso del diritto di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, di esercitare la libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza.

Del resto, l'art. 6 della legge 21 luglio 2000, n. 205, ha dato vita ad una nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo attribuendo a quest'ultima "tutte" le controversie tra privato e pubblica amministrazione riguardanti la fase anteriore alla stipula dei contratti di lavori, forniture e servizi, e quindi la fase di evidenza pubblica rivolta alla scelta del contraente privato, senza distinguere se tali controversie concernano interessi legittimi o diritti soggettivi: come aveva correttamente osservato già l'Adunanza plenaria del 5 settembre 2005, n. 6, si è così ampliato il campo di azione del giudice amministrativo concernente, in precedenza, solo le questioni concernenti interessi legittimi in sede di giurisdizione generale di legittimità, tanto che il giudice amministrativo oggi non è più chiamato a conoscere delle sole controversie rivolte a garantire la tutela degli interessi legittimi (di regola pretensivi) del privato attraverso l'annullamento di atti (o di silenzi rifiuti) e la successiva attività di conformazione dell'amministrazione (e se quest'ultima attività non risulti possibile il ristoro per equivalente degli interessi pretensivi).

Al giudice amministrativo viene conferita, infatti, dalla normativa – dopo la caducazione degli atti della fase pubblicistica che hanno costituito in capo all'interessato effetti vantaggiosi (dall'ammissione alla procedura all'aggiudicazione del contratto) - la cognizione, secondo il diritto comune, degli affidamenti suscitati nel privato da tali effetti vantaggiosi ormai venuti meno.

Viene così compiuta sul piano interpretativo l'intuizione cui era pervenuta alcuni decenni or sono un'autorevole dottrina secondo cui, ai fini della responsabilità precontrattuale, a venire in considerazione non è la valutazione circa la correttezza dell'agire dei pubblici poteri sotto il profilo del perseguimento o meno dell'interesse pubblico, quanto piuttosto il comportamento della pubblica amministrazione quale corretto contraente<sup>31</sup>.

A ben guardare è proprio in base a tale considerazione che, a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, si è cominciato a configurare la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, affermando in particolare che l'art. 1337 cod. civ. sancisce una direttiva generale alla quale anche i poteri pubblici devono sottostare allorché intraprendano trattative<sup>32</sup>.

È proprio dalla rilevanza attribuita all'accertamento del rispetto del dovere di comportarsi secondo buona fede quale limite alla stessa attività discrezionale della pubblica amministrazione, più che da quella riservata al sindacato in merito alla corrispondenza o meno del comportamento della pubblica amministrazione all'interesse pubblico, che prende

---

<sup>31</sup> M. NIGRO, *L'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Foro it.*, 1961, I, 462 ss..

<sup>32</sup> Così Corte Cass., 8 maggio 1963, n. 1142. In tal senso la ricostruzione di C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, n. 6, 2012, 1949 ss..

avvio il superamento del dogma dell'immunità dell'amministrazione in sede di responsabilità precontrattuale, sulla base dei principi costituzionali che regolano l'attività amministrativa, in particolare l'art. 28, l'art. 97 e l'art. 113 Cost.<sup>33</sup>.

Tale principio, tuttavia, per le modalità con cui viene recepito e fatto proprio dall'Adunanza plenaria nella sentenza annotata, è suscettibile di essere esteso anche al di fuori dell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica.

Infatti, la stessa *ratio* che porta ad affermare la doverosità di un comportamento corretto della pubblica amministrazione prima e a prescindere dal fatto che siano in corso vere e proprie trattative contrattuali, congiuntamente al riconoscimento dell'obbligo di correttezza e buona fede nello svolgimento di attività autoritative procedimentalizzate, deve indurre a far ritenere applicabile tale principio non solo a tutti i rapporti contrattuali ma anche ai procedimenti volti al rilascio di provvedimenti ampliativi della posizione giuridica soggettiva del privato.

Il principio di lealtà e correttezza non deve dunque confinato a uno specifico settore, quello delle procedure ad evidenza pubblica, né ai soli rapporti contrattuali e precontrattuali, ma costituisce principio di carattere generale da rispettare nello svolgimento di tutte le attività amministrative.

Del resto, tale affermazione risulta essere il corretto corollario del fatto che il contatto del cittadino con l'amministrazione deve ritenersi specifico e differenziato, e in quanto tale deve essere assistito da adeguate garanzie finalizzate a che l'amministrazione assolva all'obbligazione di protezione nei suoi confronti.

Infatti, come avevano in qualche misura anticipato poco tempo or sono i giudici di Palazzo Spada, *“in ordine all'elemento soggettivo della colpa, deve, in primo luogo, rilevarsi come, secondo la tesi prevalente nella più recente giurisprudenza (da ultimo Cass. civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188), la responsabilità precontrattuale integra una ipotesi di responsabilità c.d. contrattuale da inadempimento di un'obbligazione di protezione (di lealtà e correttezza) che nasce, ex lege, in conseguenza del contatto sociale che si instaura tra le parti nel corso della trattativa precontrattuale”*<sup>34</sup>.

L'Adunanza plenaria odiernamente annotata compie un ulteriore passo avanti, estendendo tale obbligazione di protezione anche oltre le trattative in senso proprio, indicando la necessità di applicare il dovere di correttezza anche all'attività autoritativa sottoposta al regime del procedimento amministrativo.

Dall'inizio del procedimento l'interessato deve dunque essere considerato non più semplice destinatario passivo dell'azione amministrativa, bensì – quale che sia l'oggetto del procedimento - il beneficiario di obblighi che erano stati individuati già dalla nota sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 22 luglio 1999, n. 500, 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”*.

L'interesse (diritto) al rispetto di queste regole di svolgimento dell'azione amministrativa può essere adeguatamente compreso e garantito, dunque, solo se si comprende il suo carattere del

---

<sup>33</sup> In merito C. FELIZIANI, *Responsabilità della pubblica amministrazione senza colpa? Riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di Giustizia*, in *Foro amm. CDS*, n. 10/2011, 3015 ss..

<sup>34</sup> Così Cons. Stato, Sez. V, 2 maggio 2017, n. 1979, il quale aveva premesso che *“i generali doveri di correttezza e di buona fede, (i quali,) come riconosciuto da una giurisprudenza ormai pacifica, trovano applicazione, nonostante la loro derivazione privatistica (cfr. art. 1337 c.c.), anche nell'ambito del procedimento amministrativo, a maggior ragione se si tratta di un procedimento di evidenza pubblica finalizzato alla stipula di un contratto. La responsabilità in esame è una responsabilità da comportamento (amministrativo) scorretto, non da provvedimento illegittimo: essa nasce dalla violazione di norme (come si è detto di derivazione privatistica) che hanno ad oggetto il comportamento della pubblica amministrazione, non l'invalidità del procedimento. La responsabilità precontrattuale, pertanto, sussiste anche a prescindere dall'invalidità provvedimento, perché il danno che il privato lamenta non discende dal provvedimento, ma dal comportamento tenuto dall'Amministrazione (cfr. sul punto Cons. Stato, Sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633) ...la responsabilità precontrattuale non richiede, quindi, come presupposto l'illegittimità provvedimento”*. Cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 5 maggio 2016, n. 1797; Cons. Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5611; Cons. Stato, Sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 142; Cons. Stato, Sez. V, 21 aprile 2016, n. 1599; Cons. Stato, Sez. III, 15 aprile 2016, n. 1532.

tutto autonomo rispetto all'interesse al bene della vita oggetto del procedimento: l'inquadramento degli obblighi procedurali in oggetto nello schema contrattuale, come vere e proprie prestazioni da adempiere secondo il principio di correttezza e buona fede (artt. 1174 e 1175 cod. civ.), ne può così garantire la tutela effettiva, a prescindere dal trattamento riservato alla posizione giuridica soggettiva del privato rispetto al bene della vita.

In tal modo, senza disattendere le ricostruzioni in tema di interesse legittimo, è possibile pur tuttavia una maggior parità tra amministrazione e privato con riguardo ai comportamenti da tenere reciprocamente nel corso del procedimento.