

L'Adunanza plenaria, nel configurare la responsabilità precontrattuale anteriormente alla scelta del contraente, stabilisce anche i presupposti per la risarcibilità del danno da ritardo procedimentale.

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 4 maggio 2018, n. 5 - Pres. Pajno, Est. Giovagnoli

Responsabilità civile – Attività amministrativa autoritativa – Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione – Configurabilità.

Contratti pubblici – Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione – Configurabilità anteriormente alla scelta del contraente.

Contratti pubblici – Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione – Configurabilità per qualsiasi comportamento anche successivo al bando e contrario a buona fede.

Contratti pubblici – Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione – Presupposti – Individuazione.

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. (1)

Nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dell'aggiudicazione, nell'ambito 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. (2)

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. (3)

Affinché nasca la responsabilità dell'amministrazione non è sufficiente che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva (ovvero 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), ma occorrono 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; 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 fra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all'amministrazione. (4)

(1, 2, 3, 4) I. – Con la decisione in rassegna l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha affrontato la problematica relativa alla configurabilità della responsabilità precontrattuale anteriormente alla scelta del contraente e alla possibilità di estenderla ai comportamenti dell'amministrazione successivi alla pubblicazione del bando di gara idonei a porne nel nulla gli effetti o a ritardarne l'eliminazione o la conclusione, rispondendo affermativamente ad entrambi i quesiti posti dalla sezione rimettente, con conseguente piena applicabilità dei precetti di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, all'esito, tuttavia, di una rigorosa verifica in concreto circa l'esistenza dei presupposti applicativi dell'illecito civile e di ulteriori condizioni di contesto che la pronuncia si fa carico di indicare.

II. – L'ordinanza di rimessione.

Con ordinanza 24 novembre 2017 n. 5492 (oggetto della News US del 28 novembre 2017 con ampi riferimenti di giurisprudenza e di dottrina cui si rinvia) la terza sezione del Consiglio di Stato ha deferito all'Adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99 c.p.a. il quesito se la responsabilità precontrattuale sia o meno configurabile anteriormente alla individuazione del contraente, 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 e, in caso di risposta affermativa, l'ulteriore questione se 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, idoneo a porne nel nulla gli effetti o a ritardarne l'eliminazione o la conclusione.

La vicenda processuale scaturisce da un annullamento in autotutela di una gara di appalto per contraddittorietà tra gli atti della *lex specialis* ritenuto legittimo da TAR che riconosceva al contempo la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante liquidando all'impresa ricorrente il danno nei limiti dell'interesse negativo, chiesto in via subordinata rispetto alla domanda demolitoria.

La sentenza veniva gravata in appello sia dall'impresa ricorrente (per la domanda di annullamento respinta) che dalla stazione appaltante (per la domanda risarcitoria accolta), per quanto di rispettivo interesse, e la III sezione del Consiglio di Stato rimetteva all'Adunanza plenaria i quesiti testè richiamati.

In particolare dopo aver ricostruito l'originario indirizzo giurisprudenziale in materia di responsabilità precontrattuale della P.A., con particolare riferimento alla più risalente giurisprudenza della Corte di cassazione, l'ordinanza evidenziava il passaggio delle relative controversie alla giurisdizione amministrativa, imposto dalla legge n. 205 del 2000 e ratificato dalla nota decisione dell'Adunanza plenaria (5 settembre 2005, n. 6, in *Foro it.*, 2009, III, 124; *Foro amm. CDS* 2006, 1, 86 con nota di VACCA).

L'ordinanza poneva quindi in evidenza come la prima giurisprudenza amministrativa, successiva all'entrata in vigore della citata legge n. 205, avesse in sostanza recepito gli orientamenti della Cassazione, riconoscendo la responsabilità precontrattuale in tutti i casi in cui la P.A. – dopo l'aggiudicazione - intervenga con provvedimenti di vario tipo (revoche, annullamenti, dinieghi di stipula o approvazione) che vanificano, dall'esterno, gli esiti della procedura di selezione. In tale contesto, la responsabilità è stata indifferentemente configurata dalla giurisprudenza sia in presenza del preventivo annullamento per illegittimità di atti della sequenza procedimentale, sia nell'assodato presupposto della loro validità ed efficacia, ma sempre e solo nel caso di intervenuta aggiudicazione.

La terza sezione così elencava le diverse fattispecie emerse nella prassi:

- 1) revoca dell'indizione della gara e dell'aggiudicazione per esigenze di una ampia revisione del progetto, disposta vari anni dopo l'espletamento della gara;
- 2) impossibilità di realizzare l'opera prevista per essere mutate le condizioni dell'intervento;
- 3) annullamento d'ufficio degli atti di gara per un vizio rilevato dall'amministrazione solo successivamente all'aggiudicazione definitiva e che avrebbe potuto rilevare già all'inizio della procedura;
- 4) revoca dell'aggiudicazione, o rifiuto a stipulare il contratto dopo l'aggiudicazione, per mancanza dei fondi.

Osservava quindi che nella giurisprudenza successiva erano poi emersi due diversi orientamenti, rispetto ai quali sollecitava l'intervento chiarificatore e nomofilattico dell'Adunanza plenaria.

Un primo orientamento (cfr. ad es. Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia* 2013, 5, I, 925; *Contratti*, 2014, 146, con nota di PASSARELLA; *Rass. avv. Stato*, 2014, fasc. 1, 173, con nota di ROMEO), in sostanza riconosce la sussistenza della responsabilità precontrattuale anche nella fase che precede la scelta del contraente e, quindi, prima e a prescindere dall'aggiudicazione.

Un secondo orientamento (cfr. ad es. Cons. Stato, sez. III, 29 luglio 2015, n. 3748 in *Foro Amministrativo* 2016, 3, 562 con nota di PIGNATTI), invece, ritiene che la responsabilità precontrattuale della P.A. sia connessa alla violazione delle regole di condotta tipiche della formazione del contratto non potendo che riguardare fatti svoltisi in tale fase, con la conseguenza che la stessa non è 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.

Nel rimettere la questione all'Adunanza plenaria, l'ordinanza prendeva posizione a favore del secondo più restrittivo orientamento, evidenziando alcuni argomenti fondati su un approccio ermeneutico ritenuto maggiormente rispondente ai principi civilistici.

III. – La decisione dell'Adunanza plenaria.

Con la pronuncia in rassegna l'Adunanza plenaria decide le questioni sottoposte alla sua attenzione, nei termini che seguono:

- a) premette un'ampia ricostruzione storica dell'istituto della responsabilità precontrattuale nella disciplina del codice civile evidenziando come nell'intenzione originaria dei compilatori del codice civile del 1942, l'art. 1337 cod. civ. rappresentava un'espressione tipica della c.d. solidarietà corporativa, vale a dire di quel tipo di solidarietà che unisce tutti i fattori di produzione verso la realizzazione della massima produzione nazionale, sanzionando conseguentemente le condotte scorrette che impedivano il raggiungimento di tale scopo mentre nel mutato quadro costituzionale, è affermazione largamente condivisa quella 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'articolo 2 della Costituzione (cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188);
- b) osserva che il generale dovere di solidarietà che grava reciprocamente su tutti i membri della collettività, 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, in ragione del particolare *status* – professionale e, talvolta, pubblicistico – rivestito dai protagonisti della vicenda “relazionale”; ciò vale *a fortiori* per chi esercita una funzione amministrativa, costituzionalmente sottoposta ai principi di imparzialità e di buon andamento (art. 97 Cost.), da cui 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*;

- c) nel disegno costituzionale, che pone al centro l’individuo (art. 2 Cost.), l’attenzione si sposta dal perseguimento dell’utilità sociale alla tutela della persona e delle sue libertà sicchè la “funzione” del dovere di correttezza non è più tanto (o solo) quella di favorire la conclusione di un contratto (valido) e socialmente utile quanto quella di 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 interferenza illecite derivante da condotte di terzi connotate da slealtà e scorrettezza;
- d) il nuovo legame che così si instaura tra dovere di correttezza e libertà di autodeterminazione negoziale (che va a sostituire l’impostazione precedente che legava alla correttezza la tutela dell’interesse nazionale) impedisce allora di restringerne lo spazio applicativo alle sole 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. Al contrario, 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, venga, comunque, in rilievo una situazione “relazionale” qualificata, capace di generare ragionevoli affidamenti e fondate aspettative;
- e) la nuova concezione del dovere di correttezza trova conferma nei più recenti orientamenti della giurisprudenza civile che ha ritenuto configurabile la c.d. responsabilità precontrattuale da contratto valido ma svantaggioso (Cass. civ., sez. un., 19 dicembre 2017 - *rectius* 2007 -, n. 26725 in *Contratti*, 2008, 221, n. SANGIOVANNI; *Giur. it.*, 2008, 347, n. COTTINO; *Dir. fallim.*, 2008, II, 1, n. SARTORI; *Giur. comm.*, 2008, II, 344, n. GOBBO; *Resp. civ. e prev.*, 2008, 547, n. GRECO; *La responsabilità civile*, 2008, 525, n. TOSCHI VESPASIANI; *Corti salernitane*, 2007, 840; *Riv. dir. comm.*, 2008, II, 17; *Dir. e giur.*, 2008, 407, n. RUSSO; *Banca, borsa ecc.*, 2009, II, 133, n. BOVE; *Strumentario avvocati*, 2008, fasc. 3, 24, n. MOTTI) e sull’esistenza di un dovere di correttezza anche in capo a colui che non è “parte” rispetto ad una trattativa che si svolge *inter alios* (cfr. Cass. civ., sez. un., 8 aprile 2011, n. 8034 in *Foro it.*, 2011,

I, 2750; *Riv. dir. proc.*, 2012, 474, n. VILLATA; *Banca, borsa ecc.*, 2011, II, 698, n. GARDELLA, sulla responsabilità da prospetto informativo non veritiero; Cass. civ., sez. I, 27 settembre 1995, n. 10235 sulle lettere di *patronage* deboli in *Foro it. Rep.*: 1996, Contratto in genere [1740], n. 216; *Corriere giur.*, 1996, 301, n. STINGONE; *Società*, 1996, 288, n. FIGONE; *Arch. civ.*, 1996, 471; *Giur. it.*, 1996, I, 1, 738, n. CHINÉ; *Nuova giur. civ.*, 1996, I, 278, n. CAVANNA; *Giust. civ.*, 1996, I, 3007, n. CALICETI; Cass. civ., sez. III, 18 luglio 2012 – *rectius* 2002 -, n. 10403, in *Foro it.*, 2003, I, 2147, n. FABRIZIO-SALVATORE; *Giur. it.*, 2003, 672, n. MARAZZI; *Danno e resp.*, 2003, 537, n. ADDANTE; *Giur. comm.*, 2003, II, 441, n. DI MARCELLO; *Giur. comm.*, 2003, II, 598, n. LOMONACO; *Giust. civ.*, 2003, I, 2876 sulla responsabilità civile della società di revisione per erronea certificazione dello stato patrimoniale di una società nei confronti di acquirenti di quote societarie);

- f) venendo all'attività autoritativa della pubblica amministrazione rammenta che la giurisprudenza, sia civile che amministrativa, ha in più occasioni affermato che anche 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, 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 illegittime frutto dell'altrui scorrettezza (cfr., fra le altre, Cons. Stato, sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; sez. VI, 6 febbraio 2013, n. 633; Cons. Stato, Cons. Stato, ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6 cit.; Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636; Cass. civ., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15250; Cass. civ., sez. un. 12 maggio 2008, n. 11656, in *Foro it. Rep.*: 2008, Contratti pubblici [1735], n. 557; *Corriere giur.*, 2008, 1380, n. CLARICH, FIDONE; *Immobili & dir.*, 2009, fasc. 1, 77, n. DE TILLA; *Ammin. it.*, 2008, 1685; *Riv. not.*, 2009, 1475, n. GRAZIANO);
- g) rammenta la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento osservando che le regole di diritto pubblico hanno ad oggetto il provvedimento (l'esercizio diretto ed immediato del potere) e la loro violazione determina, di regola, l'invalidità del provvedimento adottato. Al contrario, 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. La loro violazione non dà vita ad invalidità provvedimento, ma a responsabilità. Non diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la P.A. le regole di correttezza e buona fede non sono regole di validità (del provvedimento), ma regole

di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto). Rammenta al riguardo la fattispecie della responsabilità dell'amministrazione da provvedimento favorevole poi annullato in via giurisdizionale o per autotutela (cfr. Cass. civ., sez. un., ordinanze "gemelle" 23 maggio 2011, nn. 6594, 6595, 6596, in *Foro it.*, 2011, I, 2387, con nota di TRAVI; *Giust. civ.*, 2011, I, 1209, n. LAMORGESE;; *Resp. civ. e prev.*, 2011, 1743, n. SCOGNAMIGLIO; *Giurisdiz. amm.*, 2011, III, 298; *Giust. civ.*, 2011, I, 2316 (m), n. D'ANGELO; *Giur. it.*, 2012, 192, n. COMPORITI; *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2011, 1606; *Giust. civ.*, 2012, I, 2769 (m), n. SALVAGO; *Corriere giur.*, 2011, 934, n. DI MAJO; *Riv. giur. edilizia*, 2011, I, 406, n. CAPONIGRO; *Giur. it.*, 2012, 193, n. COMPORITI; *Urbanistica e appalti*, 2011, 915, n. MASERA; Cass. civ., sez. un., 22 gennaio 2015, n. 1162 in *Riv. giur. edilizia*, 2015, I, 201 e Cass. civ., sez. un., 4 settembre 2015, n. 17586 in *Riv. neldiritto*, 2016, 467; *Riv. giur. edilizia*, 2015, I, 1044, n. SINISI; *Dir. proc. amm.*, 2016, 547, n. GALLO; *Foro it. Rep.*: 2016, Giustizia amministrativa [3340], n. 206);

- h) accede all'orientamento giurisprudenziale secondo cui il dovere di correttezza e buona fede (e l'eventuale responsabilità precontrattuale in caso di sua violazione) sussiste, prima e a prescindere dell'aggiudicazione, nell'ambito in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica strumentale alla 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" (cfr. Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636, in *Giur. it.*, 2015, 1963, n. RACCA, PONZIO; *Nuova giur. civ.*, 2015, I, 983, n. SCOGNAMIGLIO; *Riv. corte conti*, 2015, fasc. 3, 464; *Corriere giur.*, 2016, 56, n. AGNELLO; *Foro it. Rep.*: 2015, Contratti pubblici [1735], n. 323; Cass. civ., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260 in *Foro it.*, 2015, I, 643, con nota di GALLI; *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2014, fasc. 3, 1, n. SANTORO; 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);
- i) ciò in quanto "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" (così testualmente Cass. civ., sez. un. – *rectius* sez. I -n. 15260/2014, cit.);
- j) rileva che anche secondo il legislatore i doveri di correttezza e di lealtà gravano sulla pubblica amministrazione anche quando essa esercita poteri autoritativi sottoposti al

regime del procedimento amministrativo; in tal senso depongono i seguenti indici normativi:

- j1) l'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 assoggetta l'attività amministrativa ai principi dell'ordinamento comunitario, tra i quali assume un rilievo primario la tutela dell'affidamento legittimo (Corte di Giustizia dell'UE, 3 maggio 1978, C-12/77 *Topfer*);
 - j2) gli artt. 21-*nonies*, comma 1, e 21-*quinquies* della l. n. 241 del 1990 nel disciplinare i presupposti del potere di autotutela prescrivono che si deve sempre considerare l'affidamento del privato rispetto a un precedente provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica e sul quale basa una precisa strategia imprenditoriale;
 - j3) l'art. 10 dello Statuto del contribuente approvato con la legge n. 212 del 2000 che contiene un esplicito richiamo, sebbene settoriale, al "principio della collaborazione e della buona fede";
 - j4) l'art. 2-*bis*, comma 1, della legge n. 241/1990 superando *per tabulas* il diverso orientamento in passato espresso dalla sentenza dell'Adunanza plenaria 15 settembre 2005, n. 7 in *Foro it.*, 2006, III, 1, n. SIGISMONDI; *Foro amm.-Cons. Stato*, 2005, 2519; *Urbanistica e appalti*, 2006, 61, n. CLARICH, FONDERICO; *Riv. corte conti*, 2005, fasc. 5, 183; *Giur. it.*, 2006, 1060; *Riv. corte conti*, 2005, fasc. 6, 321; *Riv. amm.*, 2005, 1014; *Danno e resp.*, 2006, 903, n. COVUCCI; *Giust. civ.*, 2006, I, 1319, n. MICARI; *Rass. dir. farmaceutico*, 2006, 287; *Riv. giur. edilizia*, 2005, I, 1524; *Rass. avv. Stato*, 2005, fasc. 4, 193, n. BALDANZA – ha introdotto la risarcibilità (anche) del c.d. danno da mero ritardo che è fattispecie di danno da comportamento, non da provvedimento: la violazione del termine di conclusione sul 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, ledendo il diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale, eventualmente arrecandogli ingiusti danni patrimoniali, fermo restando l'onere del privato di 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.
- k) conclude nel senso che i doveri di correttezza, lealtà e buona fede hanno un ampio campo applicativo, anche rispetto all'attività procedimentalizzata dell'amministrazione, operando pure nei procedimenti non finalizzati alla

conclusione di un contratto con un privato sicchè 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) nascono solo dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione;

- l) per analoghe ragioni esclude che la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nella fase anteriore all'aggiudicazione possa riguardare esclusivamente il comportamento anteriore al bando, e, quindi, debba essere circoscritta alle ipotesi in cui l'amministrazione ha fatto sì che il bando venisse pubblicato nonostante fosse conosciuto o conoscibile che non vi erano i presupposti indefettibili. Tale soluzione implicherebbe delle limitazioni di responsabilità che non trovano fondamento normativo e che contrastano con l'atipicità (delle modalità di condotta) che caratterizza l'illecito civile. Pertanto qualsiasi comportamento anche se successivo al bando che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai più volte richiamati doveri di correttezza e buona fede può essere fonte di responsabilità precontrattuale:
- m) al giudice spetta condurre una rigorosa verifica, da svolgersi necessariamente in concreto, circa l'effettiva sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie generatrice del diritto al risarcimento del danno e segnatamente:
 - m1) la prova dell'esistenza dell'affidamento incolpevole;
 - m2) che l'affidamento incolpevole risulti lesa da una condotta che, valutata nel suo complesso, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà;
 - m3) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo secondo il regime probatorio di cui all'art. 2043 c.c.;
 - m4) 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;
- n) nel giudizio di accertamento degli elementi costitutivi della responsabilità precontrattuale occorre valutare con particolare attenzione in sede applicativa i seguenti profili:
 - n1) 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);

- n2) lo stato di avanzamento del procedimento rispetto al momento in cui interviene il ritiro degli atti di gara;
- n3) 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);
- n4) 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);
- n5) 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).

IV. – Sulla giurisdizione in materia di comportamenti scorretti della p.a. che cagionano danni all'integrità patrimoniale ed alla libertà negoziale del privato, si segnalano le seguenti decisioni:

- o) sulla giurisdizione a conoscere della domanda di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale della P.A., da ultimo, Cass. civ., sez. un., 27 aprile 2017, n. 10413 (in *Foro it*, 2017, I, 3693 cui si rinvia per i richiami di dottrina e giurisprudenza, non menzionata dalla Plenaria), secondo cui *"Quando la p.a. agisca iure privatorum, è devoluta al giudice ordinario la controversia sulla responsabilità precontrattuale, ivi compreso l'accertamento dell'idoneità del comportamento della p.a. ad ingenerare nei terzi, anche per mera colpa, un ragionevole affidamento in ordine alla conclusione di un contratto"*; Cass. civ., sez. un., 4 luglio 2017, n. 16419 (oggetto della [News US in data 14 luglio 2017](#), cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza), secondo cui *"La domanda di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale proposta da una p.a., in qualità di stazione appaltante, nei confronti del soggetto affidatario di lavori o servizi pubblici appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, trattandosi di richiesta afferente non alla fase pubblicitica della gara ma a quella prodromica, nella quale si lamenta la violazione degli obblighi di buona fede e correttezza; in tale ipotesi, infatti, il giudice predetto è chiamato a decidere di una controversia avente ad*

- oggetto un diritto soggettivo la cui lesione sia stata non conseguente, bensì soltanto occasionata da un procedimento amministrativo di affidamento di lavori o servizi”;
- p) sulla giurisdizione esclusiva in materia di responsabilità precontrattuale relativa a gara, Cons. Stato sez. III, 31 agosto 2016 n. 3755 (in *Dir. proc. amm.*, 2017, 677 ss. con nota di E. ROMANI), secondo cui *“sussiste la giurisdizione amministrativa esclusiva nelle controversie di responsabilità precontrattuale disciplinata dall’art. 133, comma 1, lett. e) del c.p.a. laddove l’amministrazione appaltante deduca la responsabilità precontrattuale del privato partecipante alla gara. (Fattispecie relativa ad una gara indetta da un ente ospedaliero per l’individuazione dell’istituto di credito con cui stipulare un contratto di mutuo)”*;
- q) in fattispecie diversa dall’evidenza pubblica Cass. civ., sez. un., 12 maggio 2008, n. 11656 cit., citata in motivazione, ha ritenuto che *“La controversia avente ad oggetto l’azione di responsabilità precontrattuale proposta da un privato nei confronti della p. a., in riferimento all’esito negativo delle trattative intercorse, a partire dall’anno 2001, per la stipulazione di un contratto di compravendita di cosa futura (nella specie, di complesso edilizio da costruire sul terreno del costruttore per adibirlo ad uffici amministrativi), in cui l’attore non postula la demolizione di alcun atto amministrativo, né contesta la procedura di individuazione del contraente, ma allega soltanto l’esistenza di un illecito extracontrattuale da parte della medesima amministrazione, attiene ad una pretesa che ha consistenza di diritto soggettivo ed appartiene, pertanto, alla giurisdizione del giudice ordinario; infatti, una volta esclusa l’applicabilità dell’art. 6 l. n. 205 del 2000, rilevante ratione temporis, riprodotto nell’art. 244 del d.leg. n. 163 del 2006 - vertendosi in controversia riguardante la compravendita di cosa futura e non già la procedura di affidamento di lavori, servizi o forniture - la giurisdizione va affermata in base al criterio di riparto ancorato alla distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi e, dunque, in funzione della natura della situazione soggettiva dedotta in giudizio”*;
- r) in materia di risarcimento dei danni subiti per l'affidamento ingenerato dal provvedimento favorevole successivamente annullato e quindi in conseguenza del comportamento scorretto della p.a. si vedano le ordinanze “gemelle” Cass. civ., sez. un., citate in motivazione:
- r1) 23 maggio 2011, n. 6594 secondo cui *“In tema di riparto della giurisdizione, l’attrazione (ovvero concentrazione) della tutela risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo può verificarsi soltanto qualora il danno patito dal soggetto sia conseguenza immediata e diretta della dedotta illegittimità del provvedimento che egli ha impugnato, non costituendo il risarcimento del danno ingiusto una materia di giurisdizione esclusiva ma solo uno strumento di tutela ulteriore e di completamento rispetto a quello demolitorio; pertanto, qualora si tratti di provvedimento amministrativo rispetto al quale l’interesse tutelabile è quello pretensivo, il soggetto che può chiedere la tutela risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo è colui che, a*

seguito di una fondata richiesta, si è visto ingiustamente negare o ritardare il provvedimento richiesto; qualora si tratti di provvedimento rispetto al quale l'interesse tutelabile si configura come oppositivo, il soggetto che può chiedere la tutela risarcitoria dinanzi al medesimo giudice è soltanto colui che è portatore dell'interesse alla conservazione del bene o della situazione di vantaggio direttamente pregiudicati dal provvedimento contro il quale ha proposto ricorso (nella specie, sulla base di detto principio, le sezioni unite hanno dichiarato la giurisdizione del giudice ordinario nella controversia proposta da colui che, avendo ricevuto una concessione edilizia, poi legittimamente annullata, in via di autotutela, aveva chiesto il risarcimento dei danni subiti per l'affidamento ingenerato dal provvedimento favorevole)";

r2) *idem*, 23 maggio 2011, n. 6595 secondo cui "Nel caso di annullamento giurisdizionale di una concessione edilizia, rilasciata in conformità col certificato di destinazione urbanistica emesso dal comune, non si configura alcuna lesione dell'interesse legittimo del titolare della concessione, ma può configurarsi una lesione dell'affidamento in lui ingenerato dal provvedimento favorevole: la relativa tutela risarcitoria è perciò devoluta al giudice ordinario";

r3) *idem*, 23 maggio 2011, n. 6596 secondo cui "Nel caso di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione di un appalto, non si configura alcuna lesione dell'interesse legittimo dell'impresa beneficiaria dell'aggiudicazione, ma può configurarsi una lesione dell'affidamento in essa ingenerato dal provvedimento favorevole: la relativa tutela risarcitoria è perciò devoluta al giudice ordinario";

r4) Cass. civ., sez. un., 4 settembre 2015, n. 17586, sempre citata in motivazione, ha successivamente ribadito che "Anche nell'assetto normativo scaturito dal codice del processo amministrativo, non è possibile ritenere che l'azione di risarcimento danni per affidamento incolpevole del beneficiario del provvedimento amministrativo emesso illegittimamente e poi rimosso per annullamento in autotutela divenuto definitivo o per annullamento in sede giurisdizionale possa spettare alla giurisdizione del giudice amministrativo in forza della norma dell'art. 7, 4° comma, c.p.a., nel presupposto che si tratti di una controversia relativa al risarcimento del danno per la lesione di un interesse legittimo, dovendosi in tal caso viceversa ritenere che la giurisdizione spetti al giudice ordinario, avendo la pretesa azionata natura di diritto soggettivo";

r5) tale orientamento è stato di recente ribadito da Cass. civ., sez. un., ordinanza 22 giugno 2017, n. 15640 in *Foro it. Rep.*: 2017, Contratti pubblici [1735], n. 119 oggetto della [News US del 4 luglio 2017](#) (ai cui approfondimento di dottrina e giurisprudenza si rinvia) secondo cui "La controversia avente ad oggetto la domanda di risarcimento danni proposta da colui che, avendo ottenuto

l'aggiudicazione in una gara per l'affidamento di un appalto pubblico, successivamente annullata dal giudice amministrativo perché illegittima, deduca la lesione dell'affidamento ingenerato dal provvedimento di aggiudicazione apparentemente legittimo, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, non essendo chiesto in giudizio l'accertamento della illegittimità dell'aggiudicazione e, quindi, non rimproverandosi alla p.a. l'esercizio illegittimo di un potere consumato nei suoi confronti, ma la colpa consistita nell'averlo indotto a sostenere spese nel ragionevole convincimento della prosecuzione del rapporto fino alla scadenza del termine previsto dal contratto stipulato a seguito della gara”;

- s) Cass. civ., sez. un., ordinanza 15 dicembre 2017, n. 30221 in *Foro it.: Rep.* 2017, Giurisdizione civile [3330], n. 135 oggetto della News US del 5 gennaio 2018 (ai cui approfondimenti si rinvia) ha invece ritenuto la giurisdizione amministrativa in caso di condotta ostruzionistica della p.a. affermando che *“La complessiva condotta della p.a., di gestione dell'istruttoria di un procedimento sulla domanda di erogazione di aiuti finanziari latamente discrezionali, quali quelli previsti dall'art. 6 l.prov. Trento n. 6 del 1999, che non fissa presupposti cogenti, implicando pertanto valutazioni di opportunità e convenienza circa la meritevolezza dell'impresa richiedente, onde garantire l'impiego oculato di risorse pubbliche ed evitare che l'agevolazione concretizzi una perdita certa per l'erario, non si risolve in una sequenza di singoli comportamenti dei funzionari investiti del relativo potere ma integra una condotta tipica amministrativa di impostazione di contatti ed interlocuzioni con la richiedente volti, anche con provvedimenti formali, a conseguire le condizioni migliori affinché l'impegno delle risorse pubbliche possa valutarsi vantaggioso o quanto meno non destinato ad una prognosi sicuramente sfavorevole; pertanto, è attribuita alla cognizione del giudice amministrativo la domanda di risarcimento del danno prospettato come derivante da quella condotta, siccome in rapporto di causalità diretta con l'illegittimo esercizio del potere pubblico”;*
- t) la giurisdizione amministrativa in materia di danno da ritardo era stata affermata già da Cons. Stato, Ad. plen., 15 settembre 2005, n. 7 cit. ed ora viene ribadita dalla pronuncia della Plenaria in rassegna che richiama la previsione dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 1, Cod. proc. amm., la quale 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”*. Precisa la Plenaria che il ritardo lede la libertà negoziale del soggetto ed il suo diritto soggettivo al rispetto del termine di conclusione del procedimento fissato direttamente dalla legge in ciò accogliendo la tesi espressa da M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1995;

V. – In materia di responsabilità precontrattuale si segnalano le seguenti problematiche di ordine sostanziale:

u) sulla natura della responsabilità precontrattuale della P.A. e sul conseguente regime giuridico, con particolare riferimento all'onere della prova ed al termine di prescrizione, si rilevano orientamenti divergenti tra le giurisdizioni civile ed amministrativa e nell'ambito di ciascuna di esse:

u1) Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188 (in *Rivista del Notariato* 2017, 4, II, 776 con nota di RINALDO e in *Foro it.*, 2016, I, 2685, con nota di PALMIERI, cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza), ritiene che *"la responsabilità precontrattuale, ai sensi degli art. 1337 e 1338 c.c., va inquadrata nella responsabilità di tipo contrattuale da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni, ai sensi dell'art. 1173 c.c. e dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione ai sensi dell'art. 1174 c.c., bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, ai sensi degli art. 1175 e 1375 c.c., con conseguente applicabilità del termine decennale di prescrizione ex art. 2946 c.c.";* secondo Cass. civ., sez. I, 20 dicembre 2011 n. 27648 *"La trattativa precontrattuale crea un obbligo di comportamento in buona fede, che distingue tale fattispecie da quella di cui all'art. 2043 c.c., nella quale per contro la lesione precede l'instaurazione di un qualsiasi rapporto tra le parti. La responsabilità che ne scaturisce è di natura contrattuale onde il danneggiato dovrà provare, oltre al danno sofferto, solo la condotta antigiuridica, non anche la colpa del danneggiante"*; nel senso che la responsabilità precontrattuale della P.A. sia ricompresa nell'ambito di quella extracontrattuale ex art. 2043 c.c., parrebbe invece orientarsi Cass. civ., sez. un., 27 aprile 2017, n. 10413 cit. (non menzionata dalla Plenaria);

u2) Cons. Stato, sez. IV, 28 dicembre 2016 n. 5497 in *Foro amm.*, 2016, 2939 (m), ritiene invece che *"La fattispecie del danno da ritardo va pienamente ricondotta allo schema generale dell'art. 2043 c.c., con conseguente applicazione rigorosa del principio dell'onere della prova in capo al danneggiato circa la sussistenza di tutti i presupposti oggettivi e soggettivi dell'illecito, con l'avvertenza inoltre che, nell'azione di responsabilità per danni, il principio dispositivo, sancito in generale dall'art. 2697, 1° comma, c.c., opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento"*; in senso conforme Cons. Stato, sez. IV, 12 dicembre 2016, n. 5199 con ampi richiami di giurisprudenza, secondo cui *"La fattispecie del danno da ritardo va inquadrata nel genus della responsabilità c.d. "aquiliana" ex art. 2043 codice civile, con conseguente applicazione del principio dell'onere della prova, in capo al danneggiato, in ordine alla sussistenza di tutti i presupposti oggettivi e soggettivi dell'illecito in questione"*;

in generale sulla responsabilità aquiliana da attività provvedimentale illegittima si veda di recente Cons. Stato, sez. IV, 4 luglio 2017, n. 3254;

u3) la pronuncia della Plenaria in rassegna richiama espressamente l'art. 2043 c.c. nell'analisi degli elementi costitutivi della fattispecie e lo stesso principio di atipicità dell'illecito aquiliano propendendo pertanto per la natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale;

u4) sul punto specifico relativo alla necessità che la controparte sia stata o meno individuata, ai fini della configurabilità della responsabilità della P.A., pare diversamente orientata Cass. civ., sez. un., 27 aprile 2017, n. 10413 cit. (non menzionata dalla Plenaria), secondo cui *"La p.a. che, agendo iure privatorum, intrattiene con una controparte già individuata trattative finalizzate alla stipulazione di un contratto di diritto privato, incorre in responsabilità precontrattuale in tutti i casi in cui il suo comportamento contrasti con i principi della correttezza e della buona fede;*

- v) sui limiti ai danni riconoscibili in sede di responsabilità precontrattuale, Cons. Stato, sez. IV, 15 settembre 2014, 4674 (in *Guida al diritto* 2014, 41, 94 con nota di TOMASSETTI e in *Foro it.*, 2015, III, 106, con nota di GALLI cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza), secondo cui *"il danno risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale in relazione alla mancata stipula di un contratto d'appalto o in relazione all'invalidità dello stesso, comprende le spese sostenute dall'impresa per aver partecipato alla gara (danno emergente), ma anche e soprattutto la perdita, se adeguatamente provata, di ulteriori occasioni di stipulazione di altri contratti altrettanto o maggiormente vantaggiosi, impedita proprio dalle trattative indebitamente interrotte (lucro cessante), con esclusione del mancato guadagno che sarebbe derivato dalla stipulazione ed esecuzione del contratto non concluso";*
- w) sulla configurabilità della responsabilità precontrattuale per sopravvenienze normative si veda Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 2015, n. 3237 (in *Foro it.*, 2015, III, 672, con nota di TRAVI), secondo cui *"la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, per violazione del dovere di lealtà e di correttezza, va esclusa in presenza di una revoca disposta una decina di giorni dopo l'atto revocato e motivata con sopravvenienze legislative e istituzionali che impedivano l'assunzione di impegni finanziari con la durata prevista";*
- x) sulla configurabilità della responsabilità precontrattuale in presenza di contratto valido ma pregiudizievole – su cui la pronuncia della Plenaria in rassegna si sofferma diffusamente – si veda anche Cass. civ., sez. I, 23 marzo 2016, n. 5762 (in *Foro it.*, 2016, I, 1703, con nota di P. PARDOLESI cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza), secondo cui *"la regola posta dall'art. 1337 c.c. 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";

y) sulla differenza fra responsabilità precontrattuale e responsabilità da impossibile esecuzione del giudicato, Cons. Stato, Ad. plen., 12 maggio 2017, n. 2 (in *Foro it.*, 2017, III, 433, con nota di TRAVI; *Guida al diritto* 2017, 24, 95 con nota di PONTE; nonché oggetto della News US in data 16 maggio 2017, cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza), secondo cui *"l'impossibilità (sopravvenuta) di esecuzione in forma specifica dell'obbligazione nascente dal giudicato — che dà vita in capo all'amministrazione ad una responsabilità assoggettabile al regime della responsabilità di natura contrattuale, che l'art. 112, comma 3, c.p.a., sottopone peraltro ad un regime derogatorio rispetto alla disciplina civilistica — non estingue l'obbligazione, ma la converte, "ex lege", in una diversa obbligazione, di natura risarcitoria, avente ad oggetto l'equivalente monetario del bene della vita riconosciuto dal giudicato in sostituzione della esecuzione in forma specifica; l'insorgenza di tale obbligazione può essere esclusa solo dalla insussistenza originaria o dal venir meno del nesso di causalità, oltre che dell'antigiuridicità della condotta";* Cons. Stato, sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 20 (in *Guida al diritto* 2010, 10, 98 con nota di PONTE), secondo cui *"la qualificazione della responsabilità derivante da illegittima aggiudicazione come precontrattuale non impedisce il ristoro del danno da perdita di "chance". Tuttavia nel rispetto del principio generale sancito dall'art. 2697 c.c., la parte che invoca il danno da perdita di "chance" ne deve fornire la prova rigorosa. Le occasioni favorevoli di cui si lamenta la perdita non devono essere astratte, ma avere un minimo di concretezza, che non è integrata dalla produzione di bandi pubblicati per analoghi appalti nel periodo in questione";*

z) sull'ammissibilità della responsabilità precontrattuale in caso di autotutela, cfr., tra le tante, Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194 (in *Guida al diritto* 2007, 3, 85 con nota di PONTE; *Urbanistica e appalti*, 2007, 595, con nota di TUCCARI), secondo cui *"è ammissibile la risarcibilità del danno, a titolo di responsabilità precontrattuale della p.a., nell'ipotesi in cui l'amministrazione procedente, rilevando un errore nel procedimento di gara già esperito, rimuova in autotutela la gara stessa, ancorché fosse già intervenuta l'aggiudicazione in capo all'impresa vincitrice della selezione".*

Peraltro sul punto la pronuncia in rassegna contiene una inciso rilevante laddove, nel richiedere 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, precisa che occorre tener conto *"del tradizionale principio civilistico, secondo cui non può considerarsi incolpevole l'affidamento che deriva dalla mancata conoscenza della*

norma imperativa violata" (tra le tante si veda da ultimo Cass. civ., sez. III, 18 maggio 2016 n. 10156 secondo cui *"In materia di invalidità negoziale, ove essa derivi dalla violazione di una norma imperativa o proibitiva di legge, o di altre norme aventi efficacia di diritto obiettivo, cioè tali da dover essere note, per presunzione assoluta, alla generalità dei cittadini, ovvero tali, comunque, da potere essere conosciute attraverso un comportamento di normale diligenza, non si può configurare colpa contrattuale a carico dell'altro contraente, che abbia omesso di far rilevare alla controparte l'esistenza delle norme stesse"*); ne discende che, in caso di annullamento della gara per violazione di norme di legge, di regola, non potrà ritenersi sussistente un affidamento incolpevole meritevole di tutela secondo quanto prescritto dall'art. 1338 c.c. stante la presunzione di conoscenza della norma di legge violata in capo al privato.

- aa) sull'ammissibilità della responsabilità precontrattuale in caso di revoca dell'aggiudicazione provvisoria, T.a.r. per la Campania, sede di Napoli, sez. I, 14 settembre 2016, n. 4300, in *lamministrativista.it*, 8 novembre 2016, con nota di NUZZO), secondo cui *"il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria ascrivibile alla colpevole condotta della stazione appaltante e, in particolare, alle incontestate criticità e ritardi registrati durante la fase di pubblicazione della "lex specialis" ed al conseguenziale slittamento dei termini di partecipazione, nonché alla lenta celebrazione delle attività di esame delle offerte, determina il sorgere di una responsabilità precontrattuale, riconducibile al modello extracontrattuale o da fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c. "*;
- bb) sulle possibili implicazioni in tema di responsabilità precontrattuale nel *project financing*, derivanti dalla valorizzazione del comportamento amministrativo scorretto operato dalla Plenaria lungo l'intero arco di sviluppo della funzione amministrativa si evidenzia che:
- la costante giurisprudenza amministrativa afferma che, anche una volta dichiarata di pubblico interesse una proposta di realizzazione di lavori pubblici ed individuato quindi il promotore privato, l'amministrazione non è tenuta a dare corso alla procedura di gara per l'affidamento della relativa concessione, posto che tale scelta costituisce una tipica e prevalente manifestazione di discrezionalità amministrativa nella quale sono implicate ampie valutazioni in ordine all'effettiva esistenza di un interesse pubblico alla realizzazione dell'opera, tali da non potere essere rese coercibili nell'ambito del giudizio di legittimità che si svolge in sede giurisdizionale amministrativa (Cons. Stato, sez. III, 20 marzo 2014, n. 1365; Cons. Stato, sez. III, 24 maggio 2013, n. 2838; Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2013, n. 2418);
 - la posizione di vantaggio acquisita per effetto della dichiarazione di pubblico interesse si esplica solo all'interno della gara, una volta che la decisione di affidare la concessione sia stata assunta (Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2016,

n. 2719; *idem*, 3 maggio 2016, n. 1692); questo vantaggio si sostanzia nel fatto che il progetto del promotore è posto a base della successiva gara e che, laddove all'esito di quest'ultima sia selezionato un progetto migliore, lo stesso promotore ha un diritto potestativo di rendersi aggiudicatario adeguando la propria proposta a quella migliore;

- da questo inquadramento viene tratto il corollario, ai fini della responsabilità civile per *culpa in contrahendo*, che anche dopo la dichiarazione di pubblico interesse dell'opera non si è costituito un distinto, speciale ed autonomo rapporto precontrattuale, interessato dalla responsabilità precontrattuale, a che l'amministrazione dia poi comunque corso alla procedura di finanza di progetto e che per contro la valutazione amministrativa della perdurante attualità dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera continua a essere immanente e comporta un'assunzione consapevole di rischio a che quanto proposto non venga poi stimato conforme all'interesse pubblico e dunque davvero da realizzare (cfr. Cons. Stato, sez. III, 20 marzo 2014, n. 1365; successivamente Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2016, n. 2719; Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2016, n. 1692; più di recente nello stesso senso: Cons. Stato, V, 18 gennaio 2017, n. 207; *idem* 21 dicembre 2017, n. 6009; *idem*, 11 gennaio 2018, n. 111 in *Foro Amministrativo* (II) 2018, 1, 13);
- si precisa tuttavia, talvolta, che dopo la dichiarazione di pubblico interesse della proposta del promotore l'amministrazione non disponga di «un'incondizionata facoltà di recesso ad nutum della procedura (il che risulterebbe evidentemente contrario ai generali canoni di ragionevolezza e buona fede che connotano anche questo settore dell'ordinamento)» (così Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 2017, n. 1139 richiamata da Cons. Stato, V, 21 dicembre 2017, n. 6009);
- e si valorizza la condotta del promotore per escludere la responsabilità precontrattuale precisandosi che non solo il soggetto pubblico aggiudicatore ma anche il proponente privato è obbligato a «collaborare in modo pieno al fine di individuare soluzioni giuridicamente e finanziariamente sostenibili»; dacché «non si possono far gravare soltanto sull'amministrazione le conseguenze della negativa conclusione della procedura laddove il proponente, pur se consapevole delle criticità connesse ad alcuni aspetti qualificanti della proposta, abbia nondimeno insistito (e in modo consapevole) su tali aspetti, in tal modo contribuendo in modo determinante al giudizio negativo infine espresso dal CIPE e alla scelta per una diversa opzione realizzativa» (così Cons. Stato, V, 13 marzo 2017, n. 1139 richiamata da Cons. Stato, V, 21 dicembre 2017, n. 6009); in tale affermazione si rileva una anticipazione di quanto affermato dalla Plenaria con la pronuncia in rassegna nel senso «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";

cc) sulla rilevanza, ai fini di responsabilità precontrattuale, della minuta o puntuazione, Cass. civ., sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628 (in *Diritto & Giustizia* 2015, 9 marzo con nota di TARANTINO e in *Foro it.*, 2015, I, 2016, con nota di GIOVANELLA cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza), secondo cui " *in presenza di contrattazione preliminare relativa a compravendita immobiliare che sia scandita in due fasi, con la previsione di stipula di un contratto preliminare successiva alla conclusione di un primo accordo, il giudice di merito deve preliminarmente verificare se tale accordo costituisca già esso stesso contratto preliminare valido e suscettibile di conseguire effetti ex art. 1351 e 2932 c.c., ovvero anche soltanto effetti obbligatori ma con esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento. Riterrà produttivo di effetti l'accordo denominato come preliminare con il quale i contraenti si obblighino alla successiva stipula di un altro contratto preliminare, soltanto qualora emerga la configurabilità dell'interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare. La violazione di tale accordo, in quanto contraria a buona fede, potrà dar luogo a responsabilità per la mancata conclusione del contratto stipulando, da qualificarsi di natura contrattuale per la rottura del rapporto obbligatorio assunto nella fase precontrattuale";*

VI. - Circa il risarcimento del danno da ritardo mero, per lesioni degli interessi procedurali e, in generale, sulla tutela del c.d. interesse strumentale nell'attuale ordinamento del processo amministrativo, caratterizzato dalla peculiare disciplina delle condizioni delle azioni (in particolare interesse ad agire e legittimazione), che mira alla realizzazione del giusto processo ex art. 111 Cost., si vedano:

dd) Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5 (specie §§ 5 ss., e 9.2. ss., in *Foro it.*, 2015, III, 265, con nota di TRAVI; *Riv. dir. proc.*, 2015, 1256, con nota di FANELLI; *Giur. it.*, 2015, 2192 con nota di FOLLIERI; *Dir. proc. ammin.*, 2016, 205, con nota di PERFETTI e TROPEA, cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza); sez. V, 22 gennaio 2015, n. 272, in *Foro it.*, 2015, III, 345 cui si rinvia per ogni riferimento di dottrina e giurisprudenza; tutte nel senso:

dd1) di non consentire la tutela del c.d. interesse strumentale perché in contrasto con le esigenze di evitare l'abuso del processo ed il sindacato su poteri non ancora esercitati dalla stazione appaltante;

- dd2) di considerare il processo quale risorsa scarsa da attingere solo dopo essere stato superato il filtro delle condizioni dell'azione in cui è insito un giudizio di meritevolezza della pretesa;
- dd3) di esigere che il processo sia volto a tutelare interessi concreti ed attuali e non futuri ed incerti, di mero fatto quando non emulativi, per giunta rimessi ad una incoercibile nuova determinazione dell'Amministrazione;
- ee) in dottrina: R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo cit.*, 759 ss, 2056 ss., nega in radice che l'interesse strumentale sia configurabile quale interesse legittimo;
- ff) la opposta tesi della configurabilità, anche in termini di veri e propri diritti, di situazioni soggettive procedimentali, come situazioni giuridiche autonome rispetto al contenuto sostanziale del provvedimento finale, è stata sostenuta da M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1995, F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, A. PUBUSA, *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1996, A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996, E. FOLLIERI, *Lo stato dell'arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Possibili profili ricostruttivi*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/1998, M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione* in, *Dir. amm.* 2005, 3, 557;
- gg) questa tesi è stata respinta dall'indirizzo sino ad ora dominante nella giurisprudenza del Consiglio di Stato che rifiuta la possibilità di risarcire il danno ogni qual volta non sia riconoscibile con certezza la spettanza del bene della vita finale (sull'inquadramento generale v. Cons. Stato, Ad. plen., 12 maggio 2017, n. 2, oggetto della News US in data 16 maggio 2017 e in *Foro it.*, 2017, III, 433, con nota di TRAVI; Ad. plen. n. 5 del 2015 cit.; Ad. plen. n. 9 del 2014 cit., cui si rinvia per ogni approfondimento); per questa via si esclude il danno da mero ritardo procedimentale (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 ottobre 2017, n. 4570; sez. V, 25 marzo 2016, n. 1239, oggetto della News US in data 31 marzo 2016 cui si rinvia per ogni approfondimento); da lesione di un mero interesse di fatto o emulativo (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 13 aprile 2016, n. 1436; sez. V, 10 febbraio 2015, n. 675, in *Riv. neldiritto*, 2015, 1033, con nota di GALATI, cui si rinvia per ogni approfondimento); da annullamento del provvedimento amministrativo per vizi puramente formali (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 18 luglio 2017, n. 3520; sez. IV, 4 luglio 2017, n. 3255); e si mantiene un atteggiamento rigoroso, sotto il profilo causale e statistico, circa i presupposti per il riconoscimento del danno da perdita di *chance* specie per le gare di appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2016, n. 762, in *Foro it.*, 2016, III, 468, con nota di CONDORELLI; sez. V, 30 giugno 2015, n. 3249, *id.*, 2015, III, 440, con nota di TRIMARCHI BANFI; sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674, *id.*, 2015, III, 106, con nota di GALLI; sul versante civile v.

da ultimo Cass. civ., sez. I, 29 novembre 2016, n. 24295, *id.*, 1374, con nota di DI ROSA cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza);

- hh) tale indirizzo dovrà essere rimeditato alla luce del principio di diritto reso dalla pronuncia della Plenaria in rassegna con riferimento al danno da mero ritardo, anche se l'autonoma rilevanza, anche economica, del "bene tempo", se da un lato giustifica l'apertura della Plenaria, dall'altro non rende necessaria, dal punto di vista della coerenza sistematica, una indiscriminata apertura alla tutelabilità di tutte le posizioni giuridiche soggettive procedurali, in via autonoma rispetto al bene della vita finale, come confermato dalla quasi coeva pronuncia della Plenaria n. 4/2018 che, escludendo l'onere di tempestiva impugnazione delle clausole del bando non immediatamente lesive, ha negato l'autonoma tutelabilità di un diritto alla legittimità della procedura di gara sganciato dalla spettanza dell'utilità finale, in linea con l'orientamento tradizionale;
- ii) circa la inidoneità della violazione dei termini del procedimento, salvo i casi eccezionali e tipici di termini perentori previsti dalla legge, a determinare *ex se* la illegittimità del provvedimento si veda Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 10 in *Foro it.*, 2014, III, 213; *Giurisdiz. amm.*, 2013, ant., 640; *Giur. it.*, 2014, 1179 (m), n. GNES; *Urbanistica e appalti*, 2014, 830, n. FOÀ; *Dir. e pratica amm.*, 2014, fasc. 6, 65 (m), n. D'INCECCO BAYARD DE VOLO; *Nuovo notiziario giur.*, 2015, 153; Cons. Stato, sez. IV, 16 novembre 2011, n. 6051 in *Foro it.*, 2012, III, 636. A tal proposito in materia di violazione del termine per la stipula del contratto Cons. Stato sez. V, 31 agosto 2016 n. 3742 ha affermato che *"Il termine di sessanta giorni dal momento in cui diviene definitiva l'aggiudicazione dell'appalto, fissato dall'art. 11 comma 9, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163 per la stipula del contratto, non ha natura perentoria, né alla sua inosservanza può farsi risalire ex se un'ipotesi di responsabilità precontrattuale ex lege della Pubblica amministrazione, se non in costanza di tutti gli elementi necessari per la sua configurabilità; infatti le conseguenze che derivano in via diretta dall'inutile decorso di detto termine, sono, da un lato, la facoltà dell'aggiudicatario, mediante atto notificato alla stazione appaltante, di sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto; dall'altro, il diritto al rimborso delle spese contrattuali documentate, senza alcun indennizzo"* (cfr. di recente nello stesso senso Cons. Stato, sez. III, 26 marzo 2018 n. 1882; T.a.r. per il Lazio – Roma -sez. III, 16 dicembre 2016 n. 12544).