

GIURISDIZIONE ESCLUSIVA E AFFERMAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE DELLA P.A.

Racca Gabriella M.

[Cons. Stato Sez. V, 12 settembre 2001, n. 4776](#)

FONTE

Urbanistica e appalti, 2002, 2, 199

Sommario: [La responsabilità precontrattuale nella fase successiva alla scelta del contraente - L'estensione della giurisdizione amministrativa di legittimità - La giurisdizione esclusiva e la tutela diretta ed immediata contro il comportamento scorretto della p.a. - Un principio istituzionale di correttezza della p.a.?](#)

La responsabilità precontrattuale nelle trattative parallele

Il Consiglio di Stato, con la pronuncia in esame, riconosce la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione per la scorrettezza del comportamento nelle trattative volte all'affidamento del servizio di smaltimento di rifiuti ingombranti, urbani e assimilati, residui di pulizia delle strade e corone funebri.

L'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva in materia di procedure di affidamento di appalti pubblici consente l'elaborazione di una nuova giurisprudenza sulla responsabilità precontrattuale che sembra superare i consolidati orientamenti restrittivi del giudice ordinario ed assicurare una particolare sensibilità verso un'interpretazione adeguatrice [dell'art. 1337 c.c.](#), ove i principi di buona fede oggettiva e correttezza paiono integrati da quelli che specificamente concernono la p.a. del buon andamento e dell'imparzialità ⁽¹⁾.

Già alcuni T.A.R., ed ora il Consiglio di Stato, propongono infatti un'interpretazione [dell'art. 1337 c.c.](#) che supera la riduttiva definizione di «trattative» e di «legittimo affidamento» ⁽²⁾.

In primo luogo si accoglie una nozione di «trattativa» che ricomprende anche quella multipla o parallela che coinvolge contemporaneamente più soggetti, abbandonando il restrittivo orientamento della Cassazione che considerava instaurata la trattativa solo con l'individuazione di un'unica parte a seguito della stipulazione del contratto o dell'aggiudicazione, riconoscendo la responsabilità precontrattuale solo nella fase successiva alla stipulazione, in attesa dell'approvazione del contratto.

Si supera inoltre l'idea che una responsabilità precontrattuale possa sussistere solo ove si provi quantomeno un ipotetico «affidamento nella conclusione del contratto» ⁽³⁾, che può sorgere solamente nella fase terminale delle trattative ed è incompatibile con trattative condotte con una pluralità di aspiranti alla stipulazione del contratto (trattative parallele).

La circostanza che la trattativa avvenga fra più soggetti non esclude, secondo la sentenza in esame, che ciascuno di essi possa nutrire un legittimo «affidamento nella correttezza della controparte» ⁽⁴⁾.

Il caso in esame è significativo perché non è in discussione il diritto della parte pubblica di recedere dalla trattativa, bensì le modalità del recesso stesso, poiché la scorrettezza è rinvenuta proprio nella contraddittorietà del comportamento di chi mantiene aperta una trattativa quando è ormai consapevole che non potrà avere esito positivo, perché si è già stipulato il contratto con altro soggetto.

La comunicata intenzione di svolgere «approfondimenti normativi» circa la compatibilità tra il servizio di smaltimento rifiuti da affidare e l'impianto della società ricorrente si pone in contraddizione con la scelta di stipulare il contratto con altra impresa, senza darne tempestiva comunicazione.

La mancanza delle autorizzazioni necessarie per il compimento del servizio in questione avrebbe giustificato un recesso corretto dalla trattativa, al limite anche un'incertezza chiaramente manifestata e non celermente risolvibile avrebbe consentito la scelta di altro contraente, ma ciò che appare rilevante è che, nel caso in esame, viene sanzionata come fonte di responsabilità precontrattuale l'ambiguità di un comportamento contraddittorio, non trasparente e dunque non corretto.

La conduzione di trattative parallele nell'affidamento di appalti pubblici è la regola, sia nella trattativa privata e nelle gare informali, sia in quelle formalizzate; la scorrettezza nel caso in esame non risiede nell'aver scelto di stipulare il contratto con altro soggetto, ma nel non averlo comunicato tempestivamente, lasciando l'altra parte ancora nella speranza di poterlo ottenere. A ciò si aggiunga che, a differenza dei privati, l'amministrazione pubblica ha l'obbligo di motivare tutti i suoi atti compresa la scelta del contraente, anche *per relationem* alla comparazione delle offerte ricevute.

La responsabilità precontrattuale nella fase successiva alla scelta del contraente

La decisione in esame segna la distanza dalla giurisprudenza ordinaria perché i casi che comunemente si ritiene abbiano per primi sanzionato la responsabilità precontrattuale della p.a. riguardavano l'inerzia dell'amministrazione circa il compimento di atti dovuti, che si collocavano in un momento successivo alla stipulazione del contratto ⁽⁵⁾. Si era ritenuto non conforme «all'obbligo di probità di cui all'art. 1337» ⁽⁶⁾ c.c. il comportamento di inerzia della parte pubblica che, non avendo sottoposto tempestivamente il contratto al prescritto controllo, aveva determinato il successivo rifiuto di approvazione per sopravvenuta incongruità del prezzo.

Il giudice ordinario infatti, superata un'iniziale posizione di chiusura ⁽⁷⁾, aveva ammesso l'applicazione *dell'art. 1337 c.c.* ai contratti della p.a., con l'implicito riconoscimento del diritto soggettivo alla correttezza precontrattuale ⁽⁸⁾, ma limitato alla sola fase terminale delle trattative e circoscritto ai soli casi di trattativa privata con un unico soggetto.

La responsabilità precontrattuale era esclusa invece nelle fasi precedenti ove erano ancora presenti una pluralità di concorrenti, fase delle cosiddette «trattative parallele» ed anche di vere e proprie gare pubbliche, poiché si accoglieva una nozione restrittiva di «parti», cioè i soli «soggetti individuati come futuri possibili contraenti» ⁽⁹⁾.

Se nei rapporti tra privati questa interpretazione ha limitato l'applicazione della norma alla fase immediatamente precedente la stipulazione, nei rapporti con la p.a. aveva finito per rinviare l'obbligo di correttezza addirittura alla fase successiva alla stipulazione del contratto, poiché lo stesso non era efficace, o non vincolava l'amministrazione ⁽¹⁰⁾ sino al completamento del procedimento di approvazione o controllo pubblico sullo stesso, poiché come è noto, l'obbligazione della parte pubblica risultava sottoposta alla condizione sospensiva dell'esito positivo del controllo stesso ⁽¹¹⁾.

Un così limitato riconoscimento della responsabilità precontrattuale ha forse determinato i privati a trasferire la questione avanti alla giurisdizione amministrativa che, grazie al potere di annullamento, si era affermata come tutela effettiva per gli aspiranti contraenti privati, con la conseguenza

paradossale che la sua negazione immetteva il privato alla giurisdizione ordinaria la quale, per le interpretazioni ivi imperanti, non consentiva eguale tutela ⁽¹²⁾.

In un caso di trattative precontrattuali interrotte scorrettamente il Consiglio di Stato ⁽¹³⁾ aveva annullato per eccesso di potere gli atti con cui l'amministrazione aveva manifestato la volontà di non proseguire nella trattativa ⁽¹⁴⁾, affermando la violazione dei principi di buona fede e affidamento nel rapporto precontrattuale.

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione avevano successivamente annullato senza rinvio la decisione del Consiglio di Stato per difetto di giurisdizione, ritenendo la condotta dell'amministrazione di rilievo civile e idonea a fondare un'azione di responsabilità precontrattuale per ingiustificata interruzione delle trattative ⁽¹⁵⁾, azione della cui proposizione non si ha notizia, ma che lascia scarsi dubbi riguardo all'esito.

Non a caso era sempre la parte pubblica a sostenere la titolarità in capo all'imprenditore di un «diritto soggettivo al rispetto delle norme di correttezza e di buona fede che devono presiedere la fase precedente alla conclusione del contratto» ⁽¹⁶⁾, ai sensi *dell'art. 1337 c.c.*, e a negare l'esistenza di interessi legittimi.

Il riconoscimento di un diritto soggettivo alla correttezza precontrattuale appariva più favorevole alla p.a. poiché escludeva il rischio della sospensione e dell'annullamento dell'atto di recesso dalla trattativa, mentre poco si temeva da un'azione per responsabilità precontrattuale avanti al giudice civile, visti i consolidati orientamenti restrittivi sulla scorrettezza nelle trattative in fasi antecedenti alla stipulazione del contratto.

L'estensione della giurisdizione amministrativa di legittimità

L'insoddisfacente tutela assicurata dal giudice ordinario unitamente all'esigenza derivata dalle norme europee di maggiore rigore nell'applicazione delle deroghe alle gare pubbliche ha portato ad un sindacato, prima escluso, del giudice amministrativo come tutela dei partecipanti alla trattativa privata ⁽¹⁷⁾.

L'interesse legittimo degli imprenditori a partecipare ad una gara pubblica apre al sindacato del giudice amministrativo ambiti in precedenza preclusi e gli affida ancora una funzione di supplenza rispetto alla carenza di tutela che si sarebbe riscontrata avanti al giudice civile, giovando al tempo stesso di quella consolidata esperienza maturata dal giudice amministrativo a garanzia della legalità delle procedure di selezione del contraente.

Individuato il giudice e gli strumenti giuridici già elaborati per sindacare l'osservanza delle norme che disciplinano la stipulazione dei contratti della p.a., ora di origine europea, si è giunti a soddisfare contemporaneamente due differenti esigenze. Le Sezioni Unite della Cassazione, come giudice della giurisdizione, hanno superato il precedente contrasto con il Consiglio di Stato riconoscendo al giudice amministrativo la giurisdizione sulla fase che precede la stipulazione del contratto concluso anche a trattativa privata ⁽¹⁸⁾, inoltre si è assicurata l'osservanza delle previsioni di origine europea limitando la «discrezionalità» dell'amministrazione pubblica nella scelta del contraente.

L'ampliamento di tutela dei concorrenti ha agevolato una ricostruzione unitaria degli atti precontrattuali, indipendentemente dal metodo di scelta del contraente ⁽¹⁹⁾.

Sotto altro profilo la disciplina europea ha inoltre aperto al riconoscimento della legittimazione al ricorso ai titolari di precedenti rapporti contrattuali ⁽²⁰⁾, anche ove gli stessi siano soggetti estranei alla trattativa ⁽²¹⁾, ma purtuttavia interessati alla partecipazione ad una gara in quanto operatori del medesimo settore ⁽²²⁾.

L'estensione della legittimazione al ricorso non sempre viene collegata direttamente all'applicazione delle norme di origine europea, alle quali si riconosce talvolta unicamente l'effetto di integrare «in senso estensivo i principi e i criteri per l'individuazione dell'utilità strumentale» ⁽²³⁾, senza considerare che tale disciplina introduce una nuova prospettiva che trascende le questioni circa i limiti della legittimazione al ricorso amministrativo, perché si tratta di norme a tutela della concorrenza che direttamente risolvono la disciplina sull'«evidenza pubblica» in norme tra pubblica amministrazione e imprenditori.

Ancora persiste l'effetto propulsivo dell'idea di tutela del giudice amministrativo di legittimità nell'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione delle norme sugli appalti a soggetti privati (concessionari, imprenditori sovvenzionati, enti pubblici economici, per questo profilo assimilabili a privati, società commerciali a partecipazione pubblica) e, quando sorge il problema della tutela dei concorrenti a tali gare, la soluzione viene nuovamente trovata nel riconoscimento di una giurisdizione del giudice amministrativo, perché ancora il giudice civile della responsabilità precontrattuale, tra privati come verso la pubblica amministrazione, nega tutela ai concorrenti non isolati dalle trattative (c.d. trattative parallele).

Anche ai partecipanti alle gare indette da concessionari privati viene infatti riconosciuto un interesse legittimo, che loro consente di «denunciare» le violazioni delle procedure selettive europee al giudice amministrativo di legittimità.

Le norme di origine europea vengono interpretate alla stregua di norme di azione ed i concessionari privati chiamati ad applicarle sono considerati come «organi indiretti della pubblica amministrazione» che emanano atti amministrativi e nei cui confronti la tutela amministrativa garantisce la sospensione e l'annullamento, ove «difficilmente un imprenditore del settore potrebbe dimostrare in sede di giurisdizione ordinaria di avere subito un danno da violazione di una c.d. *chance*» ⁽²⁴⁾.

Questo, più che l'affermazione della nozione di organismo di diritto pubblico ⁽²⁵⁾, ha determinato l'espansione della giurisdizione amministrativa di legittimità.

Infatti nelle gare indette da società per azioni ed enti pubblici economici è sembrato più difficile ⁽²⁶⁾ considerare il bando di gara, la lettera d'invito, il verbale di aggiudicazione, l'approvazione come atti «idonei a degradare le posizioni soggettive dei terzi - che sono coinvolti in essi - ad interessi legittimi, tutelabili dinanzi al giudice amministrativo» ⁽²⁷⁾. L'attribuzione di poteri pubblici, la posizione di supremazia nei confronti dei concorrenti, l'emanazione di atti amministrativi ad opera di enti pubblici economici e società di capitali non è stata oggetto di dimostrazione né con riferimento agli atti di concessione, né in forza di disposizioni di legge in materia di appalti pubblici ⁽²⁸⁾.

Non volendo travolgere le tradizionali categorie di «pubblica amministrazione», «atto amministrativo» e «interesse legittimo» si giunge a sostenere che le norme europee abbiano esteso il campo di tutela, sempre allo scopo di riconoscere la tutela del giudice amministrativo che, seppur attraverso la posizione di interesse legittimo, restava l'unico a poter assicurare la protezione che meglio appariva conforme alle norme europee ⁽²⁹⁾.

I giudici ordinari non paiono aver colto la differente prospettiva che le norme europee sono andate imponendo con la *ratio* istituzionale che le pervade: l'essere poste a tutela della concorrenza e non nell'interesse della parte pubblica come lo erano sempre state le norme nazionali ⁽³⁰⁾.

In tale prospettiva il riconoscimento di un interesse legittimo, che inizialmente si è affermato come via di maggior tutela giurisdizionale del contraente alla pubblica gara o contratto, ha, successivamente all'entrata in vigore delle norme di derivazione comunitaria, ostacolato quella naturale evoluzione interpretativa che avrebbe disvelato l'esistenza del diritto soggettivo alla correttezza precontrattuale.

Quando poi la tutela di annullamento del giudice amministrativo è risultata insufficiente perché la disciplina europea ha richiesto il riconoscimento anche del risarcimento del danno, la soluzione che si è prospettata è stata quella di pensare ad un primo caso di risarcibilità dell'interesse legittimo ⁽³¹⁾.

L'affermazione della giurisdizione esclusiva ad opera del *D.Lgs. n. 80 del 1998* ⁽³²⁾, costituisce la conclusione ed al tempo stesso la svolta rispetto all'indicata evoluzione, ove consente di porvi termine ⁽³³⁾ ed aprire al riconoscimento dell'esistenza di posizioni di diritto soggettivo direttamente tutelate dalle norme europee e nazionali di recepimento, nell'ambito delle procedure concorsuali attuate da «soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale» ⁽³⁴⁾.

La giurisdizione esclusiva e la tutela diretta ed immediata contro il comportamento scorretto della p.a.

Con l'attribuzione della giurisdizione esclusiva il ruolo di supplenza del giudice amministrativo può dirsi finalmente cessato e possono individuarsi posizioni direttamente tutelate non sottratte al sindacato amministrativo, unicamente perché è divenuto giudice anche dei diritti soggettivi.

Il rispetto delle norme sulla selezione del contraente oggi non si dubita che comporti l'osservanza delle norme dell'ordinamento generale sull'obbligo di correttezza e buona fede nelle trattative, poiché il comportamento della parte pubblica può risultare corretto solo ove rispetti tali prescrizioni poste *dall'art. 1337 c.c.*

La normale atipicità del principio di correttezza viene specificata, seppur non esaurita, dalle regole per la scelta del contraente che si pongono come disciplina delle trattative da osservarsi ove non si voglia incorrere in scorrettezza.

Anche nelle procedure selettive non direttamente disciplinate da norme di origine europea viene limitata la discrezionalità nella scelta del contraente ⁽³⁵⁾ imponendo un'interpretazione della disciplina di contabilità di Stato che non può non tener conto dell'obbligo di correttezza nelle trattative anche per gli appalti privi di rilievo comunitario. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha ribadito l'indicata prospettiva chiarendo che, anche quando il ricorso alla gara pubblica risulta facoltativo, deve comunque essere favorito il raffronto concorrenziale che «garantisce al contribuente che la spesa pubblica risulta effettivamente minimizzata, incentivando peraltro l'efficienza produttiva e organizzativa delle imprese» ⁽³⁶⁾.

Le norme europee, ma anche quelle nazionali ⁽³⁷⁾ risultano dunque poste nell'interesse di un mercato concorrenziale, con la conseguenza che l'interesse della p.a. risulta subordinato rispetto al prevalente interesse all'apertura alla concorrenza del mercato degli appalti pubblici e comporta l'attribuzione alle

imprese di posizioni soggettive direttamente tutelate, che hanno per oggetto il corretto adempimento delle procedure di selezione da parte dei soggetti comunque tenuti ad applicarle ⁽³⁸⁾, senza la necessità, come affermato nel caso in esame, di provare il diritto al contratto ⁽³⁹⁾.

La giurisdizione esclusiva consente di affermare una tutela diretta dei concorrenti anzitutto assicurando la «correzione» della procedura in corso di gara, o comunque prima dell'avvio dell'esecuzione del contratto ⁽⁴⁰⁾, con la reintegrazione in forma specifica ed in via subordinata il risarcimento del danno ⁽⁴¹⁾ in ragione del principio di correttezza posto già nel nostro ordinamento *dall'art. 1337 c.c.* con interpretazione adeguatrice alle direttive ricorsi.

Nella valutazione della violazione dei principi relazionali di correttezza e buona fede la violazione delle norme sulla formazione dei contratti diviene indice della scorrettezza della parte pubblica.

Il giudizio sulla responsabilità si distingue da quello sull'illegittimità in quanto ha un oggetto differente ⁽⁴²⁾ che solo per certi versi può sovrapporsi, poiché ad esempio può comportare l'esame della violazione delle medesime norme, ma nel giudizio di legittimità, per accertare la sussistenza dei vizi di legittimità che possono determinare l'annullamento dell'atto ⁽⁴³⁾, nel giudizio di responsabilità, invece perché tali norme costituiscono un parametro del comportamento dovuto.

Nell'accertamento della scorrettezza precontrattuale gli atti di cui sia stata accertata l'illegittimità possono rilevare come fatti dai quali può desumersi la contraddittorietà del comportamento, che può peraltro rilevarsi *aliunde*, anche grazie alla previsione di più numerosi mezzi di prova ⁽⁴⁴⁾.

Nel caso in esame di trattativa privata la scorrettezza si desume dal comportamento contraddittorio che si manifesta attraverso determinazioni dirigenziali di cui non si discute la legittimità ⁽⁴⁵⁾, ma che rilevano come fatti dai quali si desume la violazione degli obblighi di buona fede e correttezza nell'operare dell'amministrazione che si contraddice ⁽⁴⁶⁾.

Un principio istituzionale di correttezza della p.a.?

È tuttora oggetto di discussione la natura giuridica della responsabilità precontrattuale, se sia contrattuale (*art. 1218 c.c.*) ⁽⁴⁷⁾, o extracontrattuale (*art. 2043 c.c.*) ⁽⁴⁸⁾, in altri termini se durante le trattative si instauri un rapporto giuridico che determini il sorgere di obblighi reciproci ovvero si resti nell'ambito del *neminem laedere*.

La ricostruzione delle norme di origine europea a tutela della concorrenza nei pubblici appalti come norme relazionali appare coerente con una qualificazione della responsabilità in esame come extracontrattuale ⁽⁴⁹⁾.

Alcune sentenze del Consiglio di Stato paiono propendere invece per una natura contrattuale. Nei rapporti con la p.a. la ricostruzione in chiave di responsabilità da inadempimento presenta vantaggi per l'inversione dell'onere della prova in capo all'«ente aggiudicatore» ove il fatto sia a lui non imputabile (*art. 1218 c.c.*) ⁽⁵⁰⁾, sia sull'individuazione del nesso di causalità, sia sull'elemento soggettivo e per la normale rilevanza delle norme di autonomia (contratti per i privati, regolamenti per la pubblica amministrazione) nella definizione dell'inadempimento.

La scelta della natura giuridica contrattuale, o meglio da inadempimento, della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nella conduzione delle trattative rende irrilevante la definizione della natura delle norme (di azione o di relazione) che definiscono il comportamento

dovuto (*art. 1218 c.c.*) nelle varie sue forme di selezione del contraente, poiché la scorrettezza (*ex art. 1337 c.c.*) può risultare integrata dalla definizione *per relationem* alla stessa disciplina sugli appalti.

In tale quadro non pare casuale la scelta operata dalle sentenze che affermano la responsabilità precontrattuale della p.a. come responsabilità da inadempimento del comportamento dovuto ⁽⁵¹⁾, poiché supera i problemi di prova del nesso causale e della colpa dell'amministrazione ⁽⁵²⁾ e al tempo stesso prescinde dalla natura delle norme che disciplinano l'attività della p.a.

Configurata la responsabilità in esame come responsabilità contrattuale, elevata la sua definizione a principio istituzionale della p.a. (*art. 97 Cost.*), per la capacità estensiva propria di tutti i principi, si apre la possibilità di configurare una generale correttezza della p.a., che può trascendere la fase di scelta del contraente, come obbligo generale, anzi forse come vero e proprio diritto soggettivo alla correttezza della p.a.

⁽¹⁾ Si rinvia, per quanto qui solo accennato, a G. M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, passim.

⁽²⁾ Oltre alla sentenza che si commenta e in primo grado: T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 31 luglio 2000 n. 5130, in questa Rivista, 2000, 11, 1249, con commento di F. Busatta, *Responsabilità precontrattuale della p.a. dopo la sentenza n. 500/99* e in www.giust.it, con nota di G. Ciaravino; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 31 maggio 2000, n. 3830; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 6 luglio 2001, n. 609, entrambe in www.giust.it; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 9 marzo 2000, n. 1869, in questa Rivista, 2001, 4, 353 con commento di T. Lotito, *Alcune osservazioni in tema di responsabilità precontrattuale della P. A.*

⁽³⁾ Il riferimento al «legittimo affidamento nella conclusione del contratto», criticato, per tutti, da: R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, Torino, 1996, Tomo II, 232 ss., sorge in analogia con la differente ipotesi di cui *all'art. 1338 c.c.* ove deve sussistere il legittimo affidamento nella validità del contratto stipulato, e fondava uno degli argomenti che limitava la possibilità di configurare la responsabilità precontrattuale della p.a. in relazione alla facoltà di recedere dalle trattative per ragioni di interesse pubblico.

⁽⁴⁾ Così si esprime la sentenza di primo grado: T.A.R. Lombardia, Milano, n. 5130/2000, cit.

⁽⁵⁾ Si ricorda App. Torino, 7 dicembre 1950 e Trib. Torino, 7 dicembre 1950, in *Foro It.*, 1951, I, 347, con nota di D. L. Bianco, *Pubblica Amministrazione e responsabilità per «culpa in contrahendo»*, ove si afferma che il ritardo nella trasmissione del contratto all'organo di controllo integra la scorrettezza ed è fonte di risarcimento del danno.

⁽⁶⁾ Cass., Sez. Un., 21 agosto 1972, n. 2691, in *Giur. It.*, 1973, I, I, 888, che evoca «un particolare dovere di solerzia nell'espletamento di tutti gli incumbenti necessari per il perfezionamento del contratto».

⁽⁷⁾ Un'iniziale non chiara distinzione tra scelta discrezionale e comportamento corretto faceva ritenere che il sindacato sulla correttezza precontrattuale interferisse con l'esercizio dei poteri discrezionali della p.a. nella conduzione delle trattative: cfr. per tutti: A. Vela, *Riflessi giurisprudenziali in tema di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, nota a Cass., sez. III, 8 maggio 1963, n. 1142, in *Riv. Giur. Edil.*, 1963, I, 866. E. Liuzzo, *La responsabilità precontrattuale della pubblica*

amministrazione, Milano, 1995; F. Manganaro, Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche, Napoli, 1995, 179 ss.

⁽⁸⁾ Distingue l'autonomia negoziale e il dovere di correttezza della pubblica amministrazione rispetto alla discrezionalità amministrativa: M. S. Giannini, La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica, in Arbitrati e appalti, 1962, 303, poi in Scritti in onore di A. C. Jemolo, Milano, 1963, III, 263.

⁽⁹⁾ *Cass., Sez. Un., 6 ottobre 1993, n. 9892*, in Giur. It., 1995, I, 1, 96, con nota di D. Carusi, Problemi della responsabilità precontrattuale alla luce della giurisprudenza sulla «culpa in contrahendo» della pubblica amministrazione; *Cass., Sez. Un., 26 maggio 1997, n. 4673*, cit.; *Cass., sez. I, 29 luglio 1987, n. 6545*, in Foro It., 1988, I, 460, in Nuova Giur. Civ., 1988, I, 164, con nota di F. Anelli e in Riv. Trim. Appalti, 1991, 232, con nota di M. Petrone, sullo stesso caso cfr. Trib. Roma, sez. I, 25 gennaio 1980, in Temi romana, 1980, 90.

⁽¹⁰⁾ *Cass., sez. I, 23 maggio 1981, n. 3383*, in Giust. Civ., 1981, I, 1921, afferma la responsabilità precontrattuale per il comportamento scorretto dell'amministrazione che non ha sottoposto il contratto al parere degli organi consultivi ed aveva preteso l'esecuzione anticipata rispetto all'approvazione del contratto. L'applicabilità del 1337 c.c. viene estesa ad una fase in cui il contratto è già perfetto, ma in quanto inefficace non è ancora fonte di diritti e doveri reciproci di esecuzione e vincola esclusivamente il privato a non recedere: *Cass., sez. I, 11 maggio 1990, n. 4051*, in Foro It., 1991, I, 184, con nota di D. Caruso, Note in tema di danni precontrattuali.

⁽¹¹⁾ *Cass., sez. III, 9 agosto 1977, n. 3647*, in Foro Pad., 1977, I, 282, in cui si ammette la responsabilità precontrattuale per la mancata trasmissione del contratto stipulato al prefetto per il visto, che ha causato il successivo rifiuto di approvazione.

⁽¹²⁾ A. Travi, Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90, in Foro It., 1997, V, 177, ove si sottolinea che «la configurazione di un interesse legittimo anche rispetto all'attività contrattuale dell'amministrazione (almeno fino alla costituzione del rapporto contrattuale) ha assicurato l'esigenza di tutela del terzo in un settore in cui (come dimostra ancora oggi il dibattito sulla legittimazione a ricorrere in caso di trattativa privata) l'alternativa non è tanto fra le due diverse posizioni soggettive qualificate, ma è fra l'ammettere una posizione qualificata e il non ammettere alcuna tutela». G. Abbamonte, Sulla risarcibilità del danno per lesione di interessi legittimi, in Danno e Resp., 1998, 7 ss.

⁽¹³⁾ Cons. Stato, sez. VI, 12 maggio 1990, in Foro Amm., 1990, 1221, che riforma la sentenza di primo grado: T.A.R. Lazio, sez. I, 18 novembre 1988, n. 1613, in Riv. Trim. Appalti, 1989, 749, ove si esclude l'interesse del precedente appaltatore ad impugnare gli atti con cui l'amministrazione interrompe la trattativa per il rinnovo del contratto, salva la possibilità di responsabilità precontrattuale da far valere avanti al giudice civile.

⁽¹⁴⁾ Non emergeva l'interesse la cui salvaguardia avrebbe giustificato la compromissione di quello privato dell'impresa (carenza di motivazione).

⁽¹⁵⁾ Caso richiamato anche nella sentenza di primo grado: *Cass., Sez. Un., 18 ottobre 1993, n. 10296*, in Riv. Corte Conti, 1993, II, 201, in tal senso si era espresso anche il giudice amministrativo di primo grado: T.A.R. Lazio n. 1613/88, cit.

⁽¹⁶⁾ Si considera che nella trattativa privata esiste una fase precontrattuale caratterizzata dall'emanazione di atti prodromici alla conclusione del contratto come attività volta al conseguimento

del risultato contrattuale in posizione paritetica. L'assenza di norme e di formule che ne regolano lo svolgimento impedisce dunque di «ravvisare schemi procedimentali apprezzabili e, di conseguenza, interessi legittimi al loro corretto svolgimento»: *Cass., Sez. Un., 5 dicembre 1995, n. 12523*, in *Corr. Giur.*, 1996, 294, con nota di F. Caringella, Responsabilità precontrattuale della p.a. a cavallo tra schemi privatistici e moduli procedimentali, ove, individuata la controparte contrattuale, l'Amministrazione si determina, poi, a non concludere più il contratto con essa, e recede dalle trattative; *Cass., Sez. Un., 29 luglio 1995, n. 8298*, in *Giur. It.* 1996, I, 781; *Cass., Sez. Un., 4 agosto 1995, n. 8541*, in *Arch. Giur. oo. pp.*, 1995, 738; *Cass., Sez. Un.*, n. 7842/94, cit.

⁽¹⁷⁾ *Cass., Sez. Un.*, 15 gennaio 1983, n. 328, cit., ove si supera il precedente orientamento che affermava l'improponibilità della domanda, per difetto assoluto di giurisdizione quando l'amministrazione abbia, illegittimamente, fatto ricorso alla trattativa privata per la scelta dell'appaltatore; si riconosce che la controversia appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo, affermandosi, nella specie, che alcuni provvedimenti amministrativi apparivano illegittimi per violazione di legge ed eccesso di potere, in relazione alla *L. 8 agosto 1977, n. 584*, Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità economica europea, primo recepimento delle direttive comunitarie in materia di appalti di lavori (71/305/CEE), *Cons. Stato, sez. V*, 19 luglio 1989, n. 423, in *Foro Amm.*, 1989, 2051. Similmente: *Cass., Sez. Un.*, 25 novembre 1983, n. 7073, cit., e *Cass., Sez. Un.*, 22 novembre 1983, n. 6983, cit. Si considerava l'asta pubblica come «regola fondamentale in un paese libero» contro gli odiosi favoritismi del passato con l'obiettivo di garantire la «moralità» dello Stato: F. Rostagno, *Contabilità di Stato, Corso teorico-pratico sull'attuale sistema contabile del Regno d'Italia*, Napoli, 1887, 53.

⁽¹⁸⁾ Le Sezioni Unite della Cassazione hanno infatti superato il precedente orientamento che configurava la scelta di ricorrere alla trattativa privata come merito amministrativo insindacabile. Tale posizione assicurava «l'assoluta libertà» sia nella scelta di adottare la trattativa privata, sia nell'individuazione del contraente, nonostante l'enunciazione della possibile configurazione della responsabilità precontrattuale. *Cass., Sez. Un.*, 15 aprile 1978, n. 1777, in *Giust. Civ.*, 1978, I, 1472, dichiara il difetto assoluto di giurisdizione in quanto «non sono state fatte valere pretese in ordine alla responsabilità precontrattuale della p.a.» da cui emerge che la domanda di annullamento dell'atto di scelta del contraente comporta una maggiore tutela precontrattuale, proprio per la difficoltà della prova della responsabilità precontrattuale. In conformità all'interpretazione secondo la quale «per atto amministrativo deve intendersi soltanto la manifestazione propria di uno specifico potere normativamente attribuito e regolato, secondo il principio della tipicità dei poteri e degli atti», le Sezioni unite ritenevano che l'amministrazione nella trattativa privata emanasse meri «atti di autodeterminazione», insindacabili avanti al giudice amministrativo. La Cassazione negava l'esistenza di atti amministrativi impugnabili anche ove fosse indetta una gara informale, in contrasto con l'orientamento del Consiglio di Stato che invece riteneva di poter sindacare gli atti precontrattuali. Anche il Consiglio di Stato riteneva la scelta della trattativa privata come scelta di merito attuata dall'amministrazione pubblica nel proprio interesse: *Cons. Stato*, 15 dicembre 1978, n. 1227, cit.

⁽¹⁹⁾ Nell'intera fase precontrattuale potevano individuarsi atti che, seppur con caratteri peculiari, erano comunque impugnabili avanti alla giustizia amministrativa anche nelle ipotesi di trattativa privata. Tali atti, per il contenuto negoziale ed il regime amministrativo così confermato ed esteso, sono stati qualificati come «atti amministrativi negoziali» seppur rilevando, quantomeno in sede teorica, la necessità di riconoscere un contestuale diritto alla correttezza precontrattuale: G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato, I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986, 1 ss., fonda le ragioni della ricerca proprio sull'intervenuto mutamento della giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione in relazione alla configurabilità di atti amministrativi nella trattativa privata; Id., *La responsabilità civile dell'Amministrazione e dei suoi agenti*, in *Diritto Amm.*, cit.,

1677 ss., ove afferma che anche nelle procedure di evidenza pubblica non possa essere disconosciuto «il diritto del singolo concorrente a che sia le trattative, sia la formazione del contratto siano compiute dall'amministrazione secondo buona fede».

(20) Così Cons. Stato, sez. V, 19 luglio 1989, n. 423, in Riv. Trim. Appalti, 1990, 497, con nota di C. Caturani, Brevi note in tema di trattativa privata ed interesse a ricorrere. Cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 1994, n. 60, in Giur. It., 1994, III, I, 472; Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 1995, n. 498, in Cons Stato, 1995, 843, riconosce che la «legittimazione e l'interesse di terzi ad impugnare la determinazione dell'Amministrazione di stipulare un contratto a trattativa privata sussiste tutte le volte che essa incida, tra l'altro, su aspettative sorte in conseguenza di rapporti esistenti con l'Amministrazione medesima». Accoglie l'orientamento che amplia la legittimazione al ricorso, indipendentemente da ogni riferimento alle norme comunitarie: Cons. Stato, sez. VI, 19 maggio 1989, n. 661, in Cons Stato., 1989, 1428. R. Ferrara, Art. 26, in Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa, a cura di A. Romano, Padova, 1992, 318 ss.

(21) Corte di giustizia CE, sentenza 10 marzo 1987, in causa 199/85, Commissione Cee c. Repubblica italiana, in Riv. Trim. Appalti, 1989, 99, con nota di G. Mancini, ove la Corte dichiara l'inadempimento degli obblighi derivanti dalla direttiva 26 luglio 1971, n. 305, per la mancata pubblicazione di un bando di gara e l'affidamento dell'appalto mediante trattativa privata. In applicazione delle indicazioni comunitarie cfr. ad es.: T.A.R. Puglia, sez. II, 12 settembre 1995, 706, in Foro Amm., 1996, 1701, ove si afferma che in mancanza di atti di pubblicità di un procedimento di appalto a trattativa privata, il soggetto che non è stato posto in grado di partecipare alla gara, può impugnare direttamente l'atto con il quale l'amministrazione si sia determinata a concludere il contratto con procedura negoziata, piuttosto che con procedura aperta o ristretta.

(22) Il riconoscimento anche in capo a terzi estranei alla trattativa di «un interesse strumentale volto ad ottenere l'annullamento e a far seguire l'indizione della gara pubblica» ricollegato ad un'evoluzione interpretativa (*artt. 41, 97 e 113 Cost.*) e non direttamente alle norme europee: Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 1995, n. 454, in Giorn. Dir. Amm., 1995, 1067, con commento di V. Domenichelli. Appare significativa la pronuncia della Corte cost., 7 novembre 1995, n. 482, in Cons. Stato, 1995, II, 1927, ove in relazione alle limitazioni poste alla trattativa privata dalla legislazione nazionale concernente appalti di lavori che non raggiungono il valore corrispondente alla soglia di applicazione della normativa comunitaria, si afferma che «la norma nazionale che assicura in modo più elevato la concorrenza non determina una lesione del diritto comunitario, che consente, ma non impone, la trattativa privata». Cfr. altresì Cons. Stato, sez. II, parere, 30 maggio 1994, 482, in Arch. Giur. oo. pp., 1994, 760, ove si afferma che dopo l'entrata in vigore della *L. 11 febbraio 1994 n. 109*, i pubblici appalti non possono essere affidati a trattativa privata se non nei casi e con le modalità stabiliti dall'art. 24 legge citata. Da ult. *Cons. Stato, sez. V, 10 aprile 2000, n. 2079*, in questa Rivista 2000, 6, 672.

(23) Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 1995, n. 454, cit.

(24) Cons. Stato, sez. V, 20 dicembre 1996, n. 1577, in questa Rivista, 1997, 432 e in Giur. It., 1997, III, 1, 261, con nota di Cannada Bartoli, Amministrazioni aggiudicatrici e problemi di giurisdizione, il caso riguarda un appalto per la fornitura di materiale informatico a seguito di trattativa privata preceduta da una gara informale.

(25) R. Garofoli, L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici italiani a confronto, nota a Corte giust. Comunità europee, 15 gennaio 1998, n. 44/96, in Foro It., 1998, IV, 133; Id., Sviluppi in tema di giurisdizione amministrativa e regole costituzionali: organo indiretto, nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrice, riparto per blocchi di materie (*D.Lgs. n. 80 del 1998*), in Foro It., 1999, III, 178; G. Greco, Organismo di diritto pubblico,

atto secondo: le attese deluse, in Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario, 1999, 184; F. De Leonardis, Il concetto di organo indiretto: verso nuove ipotesi di applicazione dell'esercizio privato di pubbliche funzioni, in Dir. Amm., 1995, 347.

⁽²⁶⁾ *Cass., Sez. Un., 6 maggio 1995, n. 4989*, in Foro It., 1996, I, 1363, con nota di F. Caringella, Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzia e in Giur. It., 1996, I, 493 ss.

⁽²⁷⁾ *Cass., Sez. Un., 28 novembre 1996, n. 10616*, in cd-rom juris data, afferma la giurisdizione del giudice ordinario sugli atti di gara (licitazione privata) di un consorzio, considerato ente pubblico economico e composto per la stragrande maggioranza da enti pubblici. Nello stesso senso: *Cass., Sez. Un., 5 luglio 1997, n. 6225*, in cd-rom juris data, afferma la giurisdizione del giudice ordinario sugli atti di gara di un'azienda consorziale, perché non esercita poteri di supremazia e «gli atti attinenti alla procedura di scelta dell'aggiudicatario (bando, lettera d'invito, verbale di aggiudicazione ed approvazione dello stesso) non ineriscono all'organizzazione dell'ente e non sono idonei a degradare la posizione soggettiva dei terzi, in essi coinvolti, ad interesse legittimo».

⁽²⁸⁾ G. M. Racca, La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza, cit., 442 ss.

⁽²⁹⁾ Cons. Stato, sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, in Foro It., 1999, III, 178, con nota di R. Garofoli, Sviluppi in tema di giurisdizione amministrativa e regole costituzionali: organo indiretto, nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrice, riparto per blocchi di materie (*D.Lgs. 80/98*), ove l'articolata motivazione giunge a riconoscere la giurisdizione amministrativa nella consapevolezza che, diversamente, la procedura di gara sarebbe rimasta intangibile, per la nota interpretazione restrittiva della responsabilità precontrattuale accolta dal giudice ordinario. Pare d'interesse ricordare l'esito della vicenda su cui è intervenuta la decisione: Cons. Stato, sez. VI, 28 gennaio 2000, n. 400, in questa Rivista, 2000, 3, 295 e in www.giust.it, ove nel merito si respinge il ricorso della società esclusa, poiché si considera immune da vizi (corretto) il recesso dalla trattativa da parte dell'ente aggiudicatore (esclusione «non affetta da vizi estrinseci e da profili di incoerenza»), il quale aveva correttamente valutato la carenza delle richieste attrezzature tecniche in capo al concorrente escluso.

⁽³⁰⁾ A. Romano, Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi, relazione al 43° Convegno di studi amministrativi, Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi, Varenna, Villa Monastero 18 - 20 settembre 1997, in Dir. Amm. 1998, 12.

⁽³¹⁾ *Cass., Sez. Un., 10 novembre 1993, n. 11077*, in Foro It., 1994, I, 3138, con osservazioni di F. Cipriani e in Resp. Civ. e Prev., 1994, con nota di R. Caranta, Illegittima esclusione di un concorrente da gara di appalto e responsabilità della stazione appaltante: le Sezioni Unite riconoscono la giurisdizione del giudice ordinario; Id., La Pubblica Amministrazione nell'età della responsabilità, in Foro It., 1999, 3211; Id., Il ritorno dell'irresponsabilità, in questa Rivista, 2001, 6, 673, ove si paventano «scandalose situazioni di immunità»; M. Protto, È crollato il muro dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi: una svolta epocale?, in questa Rivista, 1999, 1067; R. Landinetti, La colpa nel risarcimento di interessi legittimi, in questa Rivista, 2001, 5, 469. Cfr.: E. Casetta, Le trasformazioni del processo amministrativo, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 1999, 689 ss., ove si ribadisce che la tutela dell'interesse legittimo «si esaurisce nel contesto della giurisdizione amministrativa», mentre altri interessi «meritevoli di tutela» possono essere individuati come protetti anche attraverso il risarcimento del danno.

⁽³²⁾ *D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80*, Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione

amministrativa, emanate in attuazione dell'*articolo 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59*, poi mod. e integrata dalla *L. 21 luglio 2000, n. 205*, Disposizioni in materia di giustizia amministrativa.

⁽³³⁾ In occasione del primo recepimento della direttiva ricorsi 89/665/CEE, cit. (*art. 13, L. n. 142 del 1992*), si era rilevato che tali norme riconoscevano agli interessati una tutela diretta ed immediata riconducibile ad ipotesi di «responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione» e solo la volontà di garantire loro i migliori strumenti processuali di tutela aveva fatto propendere per la scelta del giudice amministrativo data la sua esperienza nel sindacato delle procedure selettive e la rapidità della tutela cautelare; si respingeva tuttavia la proposta di giurisdizione esclusiva perché solamente il giudice ordinario disponeva di adeguati mezzi di prova e garantiva una vasta esperienza nella condanna al risarcimento dei danni: così: M. Acone, *Diritto e processo nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: dalla direttiva Cee 89/665 alla legge «comunitaria» per il 1991*, in *Foro It.*, 1992, V, 321. L'assimilazione delle norme europee alla disciplina nazionale ha così nascosto la creazione di un caso di giurisdizione esclusiva fin dal 1992, rilevato peraltro da: A. Romano, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, cit., 16.

⁽³⁴⁾ *Art. 6, comma 1, L. 21 luglio 2000, n. 205*, Disposizioni in materia di giustizia amministrativa, e *art. 33, comma 2, lett. d), D.Lgs. n. 80 del 1998*, mod. *L. 21 luglio 2000, n. 205*, cit., su cui chiaramente: F. Caringella, *La giurisdizione esclusiva del G.A. in materia di appalti pubblici dopo la legge 205/2000*, in questa Rivista 2001, 1, 68 ss.; C. E. Gallo, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2001, 55 ss.; sui risvolti in tema di arbitrato: A. Zito, *La compromettibilità per arbitri con la pubblica amministrazione dopo la legge n. 205 del 2000: problemi e prospettive*, in *Dir. Amm.*, 2001, 343.

⁽³⁵⁾ G. Corso, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, 257 ss.

⁽³⁶⁾ Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Segnalazione al Parlamento e al Governo su «bandi di gara in materia di appalti pubblici» del 28 settembre 1999*, cit.

⁽³⁷⁾ In materia di lavori pubblici si prevede che la selezione avvenga attraverso «procedure improntate a tempestività, trasparenza e correttezza, nel rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori»: *Art.1, comma 1, L. 109 del 1994*, cit.

⁽³⁸⁾ A. Romano, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi*, nota a *Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500*, in *Foro It.* 1999, I, 3324.

⁽³⁹⁾ A. Orsi Battaglini - C. Marzuoli, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Diritto Pubbl.*, 1999, 487 ss.

⁽⁴⁰⁾ In tal senso si pongono le norme che si propongono di accelerare la definizione dei giudizi in materia di opere pubbliche: *art. 19, L. 23 maggio 1997, n. 135*, Disposizioni urgenti per favorire l'occupazione, sulle questioni suscitate da tale norma: A. Travi, *Dubbi sulla legittimità costituzionale del giudizio abbreviato in materia di opere pubbliche*, in questa Rivista, 1998, 945; A. Travi, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2001, 7.

⁽⁴¹⁾ F. Trimarchi Banfi, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, 71; F. Caringella - R. Garofoli, *Riparto di giurisdizione e prova del danno dopo la sentenza 500/99*, in www.giust.it; G. M. Racca, *La quantificazione del danno subito dai partecipanti alle procedure selettive per l'affidamento di appalti pubblici*, in *Atti del 43° Convegno di studi amministrativi*,

«Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi», Varenna, Villa Monastero 18 - 20 settembre 1997, in *Dir. Amm.*, 1998, 155, per un'applicazione dell'indicato criterio del 10% dell'offerta presentata, quando si dimostra il diritto al contratto: T.A.R. Toscana, sez. II, 6 giugno 2001, n. 716, in www.giust.it Nel caso in esame la quantificazione del danno, (interesse negativo) fa riferimento unicamente nelle spese inutilmente sostenute nelle trattative e per la predisposizione delle misure organizzative necessarie per l'adempimento (danno emergente) e non è ancora stata definita per l'inerzia dell'amministrazione: T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 30 marzo 2001 n. 2923, in www.giust.it.

(42) Sottolineano la diversa funzione dell'annullamento dell'atto illegittimo e del risarcimento del danno, diversità che può essere ricondotta alla distinzione tra i concetti di reintegra e di risarcimento: R. Nicolò - S. Rodotà, *La lesione degli interessi legittimi e i principi della responsabilità civile*, in *Atti del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965, 268; L. Torchia, *La responsabilità*, in *Trattato Dir. Amm.*, a cura di S. Cassese, II, Milano, 2000, 1463, ove si distingue l'illegittimità dell'atto dall'illiceità della condotta; R. Caranta, *La responsabilità extracontrattuale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1993, 458 ss., riconosce al danneggiato la scelta di chiedere il risarcimento del danno senza previo annullamento dell'atto lesivo; A. Romano Tassone, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, in www.giust.it, n. 3/2001; F. Caringella, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di F. Caringella, M. Protto, Milano 2001, 611; S. Cattaneo, *La risarcibilità degli interessi legittimi nelle prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Dir. e Form.*, 2001, nn. 4 e 5.

(43) La violazione delle norme d'azione sulla competenza o sull'organizzazione può ad esempio determinare un'illegittimità che di per sé potrebbe apparire irrilevante nel giudizio di responsabilità, sempreché non determini l'annullamento dell'atto ed il conseguente recesso dalla trattativa.

(44) Il comportamento scorretto viene accertato attraverso differenti mezzi di prova, come previsto dall'*art. 35, comma 3, D.Lgs. n. 80 del 1998*: «Il giudice amministrativo, nelle controversie di cui al comma 1, può disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, nonché della consulenza tecnica d'ufficio, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento. L'assunzione dei mezzi di prova e l'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio sono disciplinati, ove occorra, nel regolamento di cui al *R.D. 17 agosto 1907, n. 642*, tenendo conto della specificità del processo amministrativo in relazione alle esigenze di celerità e concentrazione del giudizio».

(45) Come espressamente chiarito dalla sentenza di primo grado: «in difetto di censure specifiche, il Collegio non risulta investito direttamente dell'esame della legittimità degli atti impugnati, che andrà, tuttavia, incidentalmente esaminata unitamente alla correttezza dell'operato dell'Amministrazione»: T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 31 luglio 2000 n. 5130, cit.

(46) Oltre all'illegittimità dell'aggiudicazione, si rileva la contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione che apre le buste contenenti le offerte prima di stabilire i criteri di valutazione delle offerte stesse e si afferma il diritto al risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale a prescindere dalla prova del diritto al contratto: T.A.R. Puglia, Bari, 17 maggio 2001, n. 1761, in questa Rivista, 2001, 1226, con commento di S. Cattaneo, *Responsabilità per «contatto» e risarcimento per lesione di interessi legittimi*; Cons. Stato, sez. V, n. 1614 del 2000, in www.giustizia-amministrativa.it.

(47) Cfr.: prima del codice del 1942: G. Chironi, *Colpa contrattuale*, Torino, 1897, 101; successivamente: L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1956, II, 360 ss.; G. Stolfi, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Foro It.* 1954, I, 1107 ss.; Salv.

Romano, voce Buona fede, Diritto privato, in Enc. Dir., Milano, 1959, vol. V, 682; Id., Introduzione allo studio del procedimento, Milano, 1961, 53; F. Benatti, La responsabilità precontrattuale, cit. 76 ss.; R. Scognamiglio, Dei contratti in generale, in Comm. Scialoja Branca, art. 1337, Bologna, Roma, 1970, 203, il quale esclude che l'art. 1337 possa considerarsi norma superflua e scarsamente significativa; R. Scognamiglio, voce Responsabilità contrattuale e extracontrattuale, in Noviss. Dig. It., XV, Torino, 1968, 674; Id. Dei contratti in generale, in Comm. Scialoja Branca, art. 1337, Bologna, Roma, 1970, 215; Majorca, voce Colpa, in Enc. Dir. VII, 545. G. Stolfi, Colpa «in contrahendo» e prescrizione, in Giur. It., 1974, I, 2, 429; M. Loi - F. Tessitore, Buona fede e responsabilità precontrattuale, Milano, 1975, 116, individuano nell'affidamento l'elemento primario, idoneo e sufficiente a costituire un vincolo (ex lege), fra soggetti «determinati»; N. Distaso, I contratti in generale, in Giur. Sist. Civ. e Comm. a cura di W. Bigiavi, Torino, 1980, I, 341 ss. In giurisprudenza Trib. Milano, 6 novembre 1987, in Giur. It., 1988, I, 2, 796; F. Benatti, Culpa in contrahendo, in Contratto e impresa, 1987, 287, 303 ss.; A. Di Majo, Delle obbligazioni in generale, in Comm. Scialoja Branca, art. 1173, Bologna, Roma, 1988, 201 ss.; F. Benatti, Sulla natura ed efficacia di alcuni accordi precontrattuali, in Contratto e impresa, 1994, 1101; A. Del Fante, Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà, in Rass. Dir. Civ., 1983, 122 e s.; C. Turco, Interesse negativo e responsabilità precontrattuale, Milano, 1990, 425 ss.

(48) Cfr.: M. Fragali, Art. 1337, Commentario al codice civile diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, Firenze, 1948, 369; C. M. Bianca, Diritto civile, Il contratto, vol. III, Milano, 1984, 163; F. Carresi, Il contratto, Milano, 1987, II, 736; G. Mirabelli, Art. 1337 e 1338, in Commentario del codice civile a cura di magistrati e docenti, Torino, 1980, 112, che sostiene che gli articoli introdotti configurano la «condotta del soggetto che rompa le trattative un comportamento sostanzialmente illecito, ove concorrano particolari circostanze soggettive ed obbiettive», condotta sanzionata espressamente a seguito dell'affinamento della coscienza dei doveri sociali; G. Patti, Art. 1337, in Il codice civile. Commentario diretto da P. Schlesinger, Milano, 1993; R. Sacco, G. De nova, Il contratto, in Trattato di diritto civile, Torino, 1993, Tomo II, 255. Nello stesso senso anche la prevalente giurisprudenza civile. Per la configurazione di un tertium genus di responsabilità: R. Sacco, Culpa in contrahendo e culpa aquiliana; culpa in eligendo e apparenza, in Riv. Dir. Comm., 1961, II, 86; P. Rescigno, voce Obbligazioni (diritto privato), in Enc. Dir., Milano, 1979, vol. XXIX, 142, 160; V. Cuffaro, Responsabilità precontrattuale, in Enc. Dir., vol. XXXIX, Milano, 1988, 1265. Considera invece che la responsabilità precontrattuale possa ricondursi al genus della responsabilità contrattuale o extracontrattuale a seconda dei casi: A. De Cupis, Il danno, Teoria generale della responsabilità civile, Milano, 1966, 95 ss. In generale da ult. sulla questione: A. Musy, voce Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo), cit., 399 ss.; A. Davì, voce Responsabilità non contrattuale nel diritto internazionale privato, in Dig. Disc. Priv., vol. XVII, Torino 1998, 345 ss.; D. Caruso, La culpa in contrahendo - L'esperienza statunitense e quella italiana, Milano, 1993, 165.

(49) A. Romano, Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi, cit. M. Mazzamuto, Il riparto di giurisdizione: dal criterio del petitum con pregiudizialità del giudice amministrativo alla *legge n. 205 del 2000*, in Dir. Pubbl., 2001, 313.

(50) S. Giacchetti, La risarcibilità degli interessi legittimi è «in coltivazione», relazione al convegno svolto presso il Consiglio di Stato il 18 novembre 1999, in www.giust.it, il quale ritiene che non sarebbe «un'eresia cominciare a tener presente che, nella nuova prospettiva di una Pubblica amministrazione privatizzata e fondata sulla concertazione e sul consenso, la «violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione» tende a trasformarsi da violazione di un dovere generico a contenuto negativo (correlato cioè al divieto del *neminem laedere*) in violazione di un obbligo specifico a contenuto positivo assunto nei confronti degli amministratori (= controparti); sicché la violazione di quest'obbligo tende ad uscire dall'arca dell'illecito aquiliano per entrare in quella dell'inadempimento di cui *all'art. 1218 c.c.*, con tutto ciò che ne consegue sul piano della prova

e dell'estensione del danno risarcibile», richiamato in G. M. Racca, La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza, cit, 347 e 36; A. Di Majo, Clausole generali e diritto delle obbligazioni, in Riv. Crit. Dir. Priv. 1984, 570; C. Castronovo, L'avventura delle clausole generali, in Riv. Crit. Dir. Priv. 1986, 29; S. Rodotà, Il tempo delle clausole generali, in Riv. Crit. Dir. Priv. 1988, 709; G. Berti, Il principio contrattuale nell'attività amministrativa, in Scritti in onore di Massimo Severo Giannini, Milano, 1988, II, 61 ss. Sull'applicazione del principio di buona fede e della tutela dell'affidamento nel diritto pubblico v. F. Merusi, Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: il caso della «alternanza», in Riv. Dir. Civ., 2001, 561.

⁽⁵¹⁾ T.A.R. Abruzzo, Pescara, 6 luglio 2001, n. 609, in www.giust.it; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 9 marzo 2000, n. 1869, cit.

⁽⁵²⁾ Cons. Stato, sez. V, n. 4239 del 2001, in questa Rivista, 2001, 11, 1211, con commento di M. Passoni, Responsabilità per «contatto» e risarcimento per lesione di interessi legittimi, ove la configurazione di una responsabilità per «contatto sociale» appare compatibile con la definizione della responsabilità precontrattuale che si fonda sull'inadempimento di obblighi predefiniti in quanto riconducibile al genus della responsabilità contrattuale, con il conseguente regime giuridico ([art. 1218 c.c.](#)), e T.A.R. Puglia, Bari, 17 maggio 2001, n. 1761, cit. F. Caringella, Giudice amministrativo e risarcimento del danno, in Il nuovo processo amministrativo, cit., 690.