



VIDEOCOMMENTO

4 aprile
ore 17:30

RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE

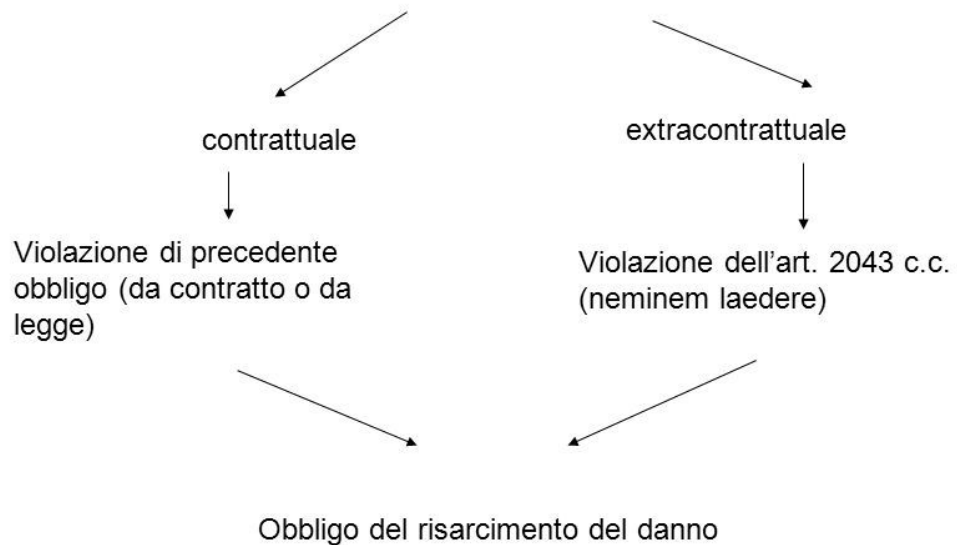
Consiglio di Stato, Ad. Pl. 29/11/2021 n. 21



<https://www.facebook.com/simonechiarelli.pagina/>

<https://www.youtube.com/user/simonechiarelli>

Responsabilità civile della pubblica amministrazione



RESPONSABILITA' CONTRATTUALE: è configurabile quando vengono un rilievo obbligazioni derivanti dalla stipulazione di contratti pubblici.

RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE: presuppone che non ci sia un rapporto giuridico pregresso violato. Sul piano strutturale, il modello generale di responsabilità' di cui all'art. 2043 cc presenta, in relazione alla fattispecie, i seguenti elementi costitutivi:

1. elemento oggettivo, articolato al suo interno, in condotta o azione, rapporto di causalità materiale o strutturale, e danno ingiusto, inteso come lesione di una situazione giuridica rilevante (danno evento);
2. antigiusuridicità (contraddizione tra il fatto e l'ordinamento giuridico) assenza di cause di giustificazione.
3. elemento soggettivo, comprensivo dell'imputabilità, del dolo e della colpa.

In relazione alle conseguenze, la fattispecie illecita. Come individuata, deve essere connessa ai pregiudizi diretti ed immediati, subiti dalla parte danneggiata, di carattere patrimoniale o non patrimoniale (*cd. danno conseguenza*).

DANNO INGIUSTO

RESPONSABILITA' PRECONTRATTUALE

- 1337 e 1338 C.C.
- 2 fasi in cui rileva a) svolgimento delle trattative b) formazione del contratto
- Clausola di buona fede: è generale, significati diversificati nell'interpretazione giurisprudenziale, ma rifarsi a valori e comportamenti ritenuti di buona fede secondo l'ESPERIENZA SOCIALE
- Nella prassi giurisprudenziale 2 requisiti per applicare 1337: 1) affidamento legittimo 2) ingiusto motivo di recesso
- Responsabilità : extracontrattuale, contrattuale o tertium genus?
- Interesse negativo risarcibile: spese sostenute, perdite per mancata conclusione ma mai lucro cessante.

RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE —> c.d. **CULPA IN CONTRAHENDO**



Indica la responsabilità per lesione dell'altrui libertà negoziale realizzata durante le trattative che precedono la stipulazione di un contratto mediante un comportamento doloso o colposo ovvero mediante l'inosservanza del precetto di buona fede



Non tutela l'interesse all'adempimento, ma l'interesse del soggetto a non essere coinvolto in trattative inutili, a non stipulare contratti invalidi o inefficaci e a non subire coazioni o inganni in ordine ad atti negoziali.



ES: si consideri un contratto che la parte abbia stipulato in seguito al dolo dell'altra parte —> l'autore del dolo risponderà a titolo di responsabilità precontrattuale, non per l'inadempimento del contratto, ma per aver indotto con inganno la vittima a stipulare un contratto che non avrebbe stipulato



Il danno lamentato dalla vittima dalla vittima non consisterà nella lesione del c.d. interesse positivo (interesse all'esecuzione del contratto)



Ma nella lesione dell'interesse negativo —> cioè l'interesse a non stipulare un contratto invalido o a contenuto alterato

LA RESPONSABILITA' CONTRATTUALE DAL PUNTO DI VISTA CIVILISTICO

ART. 1337 *“Trattative e responsabilità precontrattuale”*: *“Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede”*.

ART. 1338 CC: *“Conoscenza delle cause di invalidità”* *“La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte, è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per aver confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto”*.

COSA SONO LE TRATTATIVE?

Le trattative riguardano la fase antecedente la conclusione di qualsiasi negozio giuridico, hanno natura preparatoria e strumentale in quanto sono finalizzate alla stipulazione dell'accordo. tramite esse le parti verificano la possibilità di trovare un'intesa. Se il contratto non viene concluso, perdono rilievo perchè non sono vincolanti. nel nostro ordinamento non esiste un obbligo di contrarre.

Tuttavia **sorge responsabilità precontrattuale quando IL SOGGETTO ABBIA INDOTTO L'ALTRA PARTE A FARE AFFIDAMENTO SULLA CONCLUSIONE DEL CONTRATTO.**

NATURA DELLA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE

La responsabilità per culpa in contrahendo viene qualificata dalla prevalente giurisprudenza come **responsabilità aquiliana** che si ricollega alla violazione della regola di condotta preposta al corretto svolgimento della formazione del contratto. (cass. Sez. Unite 9645/2001). Violazione del generale principio del *neminem ledere ex art. 2043 cc.*

Una parte minoritaria della giurisprudenza qualifica tale responsabilità come **CONTRATTUALE**. Si parla in questo caso di responsabilità da contatto sociale qualificato, inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni (art. 1173 c.c.) dal quale derivano reciproci obblighi di buona fede, protezione e informazione, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 cc. (**Cass. 14188/2016**).

Secondo un altro indirizzo giurisprudenziale la culpa in contrahendo costituirebbe un **tertium genus** di responsabilità, nè contrattuale nè extracontrattuale.

Le principali differenze di disciplina tra responsabilità aquiliana e contrattuale

Prescrizione 5 anni (art. 2947 c.c.)	Prescrizione 10 anni (art. 2946 c.c.)
Presuppone la capacità di intendere e volere (art. 2046 c.c.)	Non presuppone la capacità di intendere e volere
Risarcibili sia i danni prevedibili che imprevedibili (non si applica l'art. 1225 c.c.)	Risarcibile solo il danno prevedibile (art. 1225 c.c.)
Onere della prova (art. 2043 c.c.) Il danneggiato deve provare: · il fatto illecito · il danno · il nesso causale · dolo e colpa del danneggiante (salvi i casi di responsabilità oggettiva aggravata)	Onere della prova (art. 1218 c.c.) Il creditore danneggiato deve provare: · il credito · il danno · il nesso causale Il debitore deve dimostrare di aver adempiuto correttamente o che l'inadempimento sia dipeso da causa a lui non imputabile

PRESUPPOSTI

Ipotesi di responsabilità precontrattuale

Violazione degli obblighi di buona fede

- Reticenze
- False informazioni

Rottura ingiustificata delle trattative

- Affidamento di controparte
- Recesso ingiustificato

Stipulazione di contratto invalido o inefficace

- Reticenze, false informazioni
- La parte confida, senza sua colpa, nella validità o efficacia del contratto
- Contratto con falso rappresentante in cui la parte confida, senza colpa, nella validità del contratto

Stipulazione di un contratto non conveniente

- Informazioni reticenti o false che inducono la vittima a concludere un contratto pregiudizievole o a condizioni svantaggiose
- Occorre accertare che la vittima, se avesse avuto le informazioni omesse o veritiere, non avrebbe concluso il contratto

LA CLAUSOLA DI BUONA FEDE

La buona fede è un canone di condotta che, nel codice civile, può essere inteso in senso oggettivo o soggettivo:

- la **buona fede soggettiva** è l'ignoranza incolpevole di ledere una situazione giuridica altrui (es in materia di possesso 1147 cc);
- la **buona fede oggettiva** coincide con la correttezza (art. 1175 cc).

Anche se il soggetto agente versa in uno stato di buona fede soggettiva, non si può escludere che vi sia violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva (se ha agito con negligenza o superficialità).

La buona fede **oggettiva** ricorre nella disciplina del contratto e delle obbligazioni (art. 1175 cc) e le parti devono rispettarla nella fase di formazione del contratto (1337 cc), durante la pendenza della condizione (art. 1385 cc), nell'interpretazione (art. 1366 cc.) e nell'esecuzione (1376 cc).

La buona fede **oggettiva** si articola negli obblighi di lealtà e salvaguardia: nel rapporto contrattuale ciascuna parte ha l'obbligo di salvaguardare l'utilità della controparte nei limiti in cui ciò non determini un apprezzabile sacrificio.

LA CLAUSOLA DI BUONA FEDE

Gli obblighi precontrattuali discendenti dal rispetto della buona fede sono:

- obbligo di informazione (della controparte sulle circostanze rilevanti dell'affare);
- obbligo di verità (obbligo di informare secondo verità);
- obbligo di chiarezza (obbligo di esprimersi in modo chiaro per poter essere compresi);
- obbligo di segreto (i contraenti non devono comunicare le notizie riservate di cui hanno ricevuto notizia durante le trattative).

IL RECESSO INGIUSTIFICATO DALLE TRATTATIVE

Una delle ipotesi più ricorrenti di responsabilità precontrattuale consiste nella rottura ingiustificata delle trattative. Essa pur non costituendo un illecito (perché le trattative non sono vincolanti) costituisce causa di responsabilità precontrattuale quando il soggetto ha indotto l'altra parte a fare affidamento sulla conclusione del contratto.

La valutazione va fatta caso per caso analizzando le circostanze della singola fattispecie.

quindi: LA ROTTURA DELLE TRATTATIVE E' CAUSA DI ILLECITO PRECONTRATTUALE:

- quando la condotta del soggetto agente ha generato un ragionevole affidamento nella controparte;
- quando il recesso dalle trattative è ingiustificato.

LA STIPULAZIONE DI CONTRATTO INVALIDO O INEFFICACE

Un'altra ipotesi di illecito precontrattuale è dovuta alla dolosa o colposa conclusione di un contratto invalido o inefficace, ossia un **contratto INUTILE**.

Mentre nel recesso ingiustificato dalle trattative il contratto non viene concluso, in questo caso il contratto è stipulato ma si tratta di un contratto inutile (art. 1338 cc.) : prevede il risarcimento per la parte che abbia confidato senza sua colpa nella validità del contratto.

Il contratto invalido è nullo o annullabile.

Il contratto inefficace è quello che non produce effetti pur essendo valido.

Nel caso di responsabilità precontrattuale il soggetto agente risponde per i danni patiti dalla controparte per aver confidato, senza sua colpa, nell'efficacia del contratto.

LA STIPULAZIONE DI CONTRATTO INCONVENIENTE

L'ultima ipotesi di illecito precontrattuale riguarda il caso di un contratto concluso tra le parti valido ed efficace ma **PREGIUDIZIEVOLE**.

Infatti, la regola di cui all'art 1337 cc 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. (Cass. 5762/2016).

Pertanto, è ravvisabile un illecito contrattuale anche quando il contratto concluso è valido ma risulta pregiudizievole per la parte vittima dell'altrui comportamento scorretto.

LA RESPONSABILITA' PRECONTRATTUALE DELLA PA INTRODUZIONE

Anche la PA può commettere un illecito precontrattuale.

Casi:

1. se la PA, durante le trattative con terzi, ha compiuto azioni o omissioni in violazione dei principi di correttezza e buona fede (*Cass. S.U. 10413/2017*).

La responsabilità precontrattuale della PA diverge da quella da provvedimento illegittimo, infatti:

-la responsabilità precontrattuale non postula l'illegittimità del provvedimento, ma riguarda l'abuso della libertà negoziale della PA in violazione dell'obbligo di buona fede.

la responsabilità per provvedimento illegittimo richiede l'illegittimità del provvedimento.

2. Quando l'ente ha preteso l'anticipata esecuzione del contratto in attesa dell'approvazione, poi negata (*Cass. 9636/2015*).
3. la PA, nella redazione del bando di gara ha commesso un errore ingiustificabile che ha comportato l'annullamento dell'intero procedimento di gara, compresa l'avvenuta aggiudicazione (*C.d.S. 86/2006*): in tal caso la PA risponde per la perdita di chances subita e per le spese sostenute.
4. nel caso di revoca dell'aggiudicazione, anche se legittima, l'aggiudicatario ha diritto al risarcimento dei danni precontrattuali dovuti alla lesione dell'affidamento generato "nell'impresa vittoriosa in seno alla procedura ad evidenza pubblica poi rimossa " purchè il comportamento dell'ente risulti in violazione del dovere di correttezza ex art. 1337 cc (*C.d.S. 3380/2008*).

La Sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato 5 settembre 2005, n. 6, ha chiarito che in base all'art. 6, L.n.205 del 2000 sussiste la giurisdizione esclusiva del g.a. per tutte le controversie tra privato e p.a. riguardanti la fase anteriore alla stipula dei contratti di lavoro, forniture e servizi (la fase di evidenza pubblica rivolta alla scelta del contraente privato): e ciò sia che tali controversie concernino interessi legittimi, sia che riguardino diritti soggettivi. Sussiste quindi la giurisdizione esclusiva del g.a. per le controversie che riguardano la responsabilità precontrattuale della p.a. per il mancato rispetto da parte di quest'ultima delle norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune.

In materia di giurisdizione, già la Plenaria, con le due sentenze gemelle **n. 19 e 20 del 2021**, aveva affrontato il tema della giurisdizione, in particolare, se sussista giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere una domanda del privato diretta ad ottenere la condanna della pubblica amministrazione al risarcimento dei danni subiti a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale di un provvedimento amministrativo - emanato dalla medesima amministrazione- favorevole all'interessato e se ed in che misura il privato possa in astratto vantare un legittimo e qualificato affidamento sul provvedimento amministrativo poi annullato.

Il riparto di giurisdizione: le due tesi opposte e la soluzione dell'Adunanza Plenaria.

In materia di giurisdizione l'Adunanza Plenaria ha accolto un orientamento del tutto opposto a quello espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Queste ultime, infatti, sostengono la tesi della giurisdizione del Giudice Ordinario, in tutte le materie, anche ove vi sia giurisdizione amministrativa esclusiva, affermando che viene in rilievo un diritto soggettivo, la libertà di autodeterminazione negoziale. E, secondo la Cassazione, questo diritto soggettivo del privato viene leso da un comportamento meramente materiale della PA, svincolato dall'esercizio del potere: non sarebbe il provvedimento ad avere causato il danno, avendo infatti un contenuto favorevole, ma il comportamento scorretto della PA, che contrariamente ai doveri di correttezza e buona fede di cui all'art. 1337 cc. avrebbe suscitato un affidamento nel privato, su un provvedimento favorevole, poi annullato (in autotutela o in sede giurisdizionale).

All'opposto, invece, si pone il ragionamento dell'Adunanza Plenaria che con le pronunce n. 19 e 20 del 2021 afferma sussistere un comportamento amministrativo della PA, non meramente materiale, bensì strettamente collegato all'esercizio del potere. La Plenaria delinea due livelli - tra loro distinti ed autonomi - su cui si estende l'attività autoritativa della Pa:

- **quello della validità provvedimentoale**
- **quello della correttezza e buona fede (criterio oggi acquisito con l'art. 1 comma 2 bis L. 241/1990).**

Dunque, se la PA viola le regole di correttezza e buona fede nell'esercizio dei poteri autoritativi, pone in essere un comportamento amministrativo indirettamente collegato all'esercizio del potere. Per queste ragioni, con le sentenze nn. 19 e 20 del 2021, l'Adunanza Plenaria afferma che le controversie in materia devono essere sempre devolute al Giudice Amministrativo.

La giurisdizione esclusiva del g.a. per le controversie che riguardano la responsabilità precontrattuale della p.a. per il mancato rispetto da parte di quest'ultima delle norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune.

LE PRECEDENTI ADUNANZE PLENARIE N. 19 E 20 DEL 2021

Le precedenti Adunanze Plenarie n. 19 e 20 del 2021 avevano affrontato anche un altro argomento in materia di responsabilità precontrattuale della PA, ovvero *se ed in che misura il privato può vantare un legittimo e qualificato affidamento sul provvedimento amministrativo poi annullato*. L'Adunanza Plenaria afferma che l'affidamento del privato come tale, non è considerabile né un diritto soggettivo, né un interesse legittimo, ma semmai, un principio regolatore dei rapporti giuridici, ben diverso da un'autonoma situazione giuridica soggettiva. La PA, dunque, è tenuta a tutelare l'affidamento del privato, quando esercita il potere.

In sostanza, secondo la Plenaria, il potere autoritativo della Pa incontra un limite, consistente nella tutela dei diritti soggettivi ed interessi legittimi del privato. E poi, se l'affidamento del privato verte sulla stabilità di un provvedimento a lui favorevole, e quindi alla conseguente conservazione del bene della vita ottenuto tramite quel provvedimento, l'affidamento risulta collegato ad un interesse legittimo.

Questo interesse legittimo, in particolare, per la Plenaria, è oggetto di una trasformazione in itinere: da pretensivo, nel momento in cui il privato lo chiede e attende il provvedimento a lui favorevole, ad oppositivo, nel momento in cui ottiene il provvedimento, rispetto a comportamenti o provvedimenti che lo aggrediscono. Allora, conclude la Plenaria, il danno da lesione all'affidamento incolpevole del privato deriverebbe dalla lesione di un interesse legittimo oppositivo: la misura del risarcimento, però, non può stimarsi in relazione al bene della vita ottenuto col provvedimento poi annullato, poichè proprio l'annullamento denota l'illegittimità del provvedimento e quindi la non spettanza del bene della vita. Dunque, viene riconosciuta al privato, la risarcibilità dell'affidamento incolpevole riposta sulla validità e legittimità del provvedimento, poi successivamente annullato.

L'ADUNANZA PLENARIA 21 DEL 2021

IL PRINCIPIO AFFERMATO NELLA SENTENZA:

Nel settore delle procedure di affidamento dei contratti pubblici la responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione , derivante dalla violazione imputabile a sua colpa dei canoni generali di correttezza e buona fede, postula che il contraente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipulazione del contratto, da valutarsi in relazione al grado di svolgimento della procedura e che questo affidamento non sia a sua volta, inficiato da colpa.

Quindi viene affermato il principio del riconoscimento dell' affidamento nella legittimità dei provvedimenti della P.A. e nella correttezza del suo operato. L'affidamento nella legittimità dei provvedimenti dell'amministrazione e più in generale, sulla correttezza del suo operato, è riconosciuto come situazione giuridica soggettiva tutelabile attraverso il rimedio del risarcimento del danno.

NELL'APPLICAZIONE DELLE NORME SULL'EVIDENZA PUBBLICA, LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E' SOGGETTA ANCHE ALLE NORME DI CORRETTEZZA DI CUI ALL'ART. 1337 CODICE CIVILE.

L'ADUNANZA PLENARIA 21 DEL 2021: l'Ordinanza di rimessione n. 2753 del 6 aprile 2021

L'ordinanza rimette all'Adunanza Plenaria le seguenti questioni:

- 1) se l'interessato- a prescindere dalla sussistenza in concreto della colpa della PA, del danno e del nesso causale, - possa vantare un legittimo e qualificato affidamento su un provvedimento amministrativo favorevole poi annullato in sede giurisdizionale, idoneo a fondare un'azione risarcitoria verso la PA;
- 2) in caso positivo, in presenza di quali condizioni ed entro quali limiti può riconoscersi al privato il diritto al risarcimento per lesione dell'affidamento incolpevole, con particolare riferimento all'ipotesi di aggiudicazione definitiva di appalto di lavori, servizi o forniture, successivamente revocata a seguito di una pronuncia giudiziale.

Il caso di specie riguarda una domanda di risarcimento danni formulato dal concorrente risultato aggiudicatario, la cui aggiudicazione è stata revocata dalla stazione appaltante in quanto era stata considerata illegittima dal Consiglio di Stato.

nell'Ordinanza di rimessione il Collegio rammenta che sul tema della risarcibilità della cd aggiudicazione illegittima sussiste contrasto giurisprudenziale della cui composizione investa l'Adunanza Plenaria.

L'AD. PLENARIA 21/2021: l'Ordinanza rimessione n. 2753 del 6/4/2021 (2)

Un primo orientamento ritiene che nessun risarcimento sia dovuto quando la sentenza di annullamento dell'aggiudicazione ne ha accertato l'illegittimità in quanto tale illegittimità comporta l'assenza di un danno ingiusto (C.d.S. n. 5346/2014- Cds 183/2014).

Un secondo orientamento è favorevole alla risarcibilità della lesione dell'affidamento del privato verso un provvedimento illegittimo, poi annullato in sede di autotutela o in sede giurisdizionale, seppur in presenza di stringenti limiti in tema di prova della colpa dell'amministrazione, del danno subito dall'istante e del nesso di causalità tra annullamento e il danno, come forma di responsabilità contrattuale (Cds n. 5980/2017, Tar Campania Napoli n. 4017 del 2012 dove si riconduce la sentenza impugnata alla tematica della responsabilità precontrattuale).

Il Cds nell'Ordinanza de quo dichiara di aderire al 1° orientamento.

In 1° luogo il Collegio ritiene che, seppur l'affidamento sia istituito giuridico che assume rilievo anche nei rapporti tra la PA e il privato, (Plenaria 5/2018) , *“lo stesso non può assurgere a diritto soggettivo trattandosi di una situazione giuridica dai tratti peculiari propria, idonea a fondare una particolare responsabilità che si colloca tra il contratto ed il torto civile”*.

in secondo luogo, per aversi affidamento giuridicamente tutelabile in capo al privato, occorre la condotta della PA connotata dalla malafede o da colpa tale da far sorgere nell'interessato in buona fede, un'aspettativa al conseguimento di un bene della vita.

nel caso in esame, (provvedimento revocato in esecuzione di una pronuncia giudiziale) l'eventuale affidamento del privato sarebbe pregiudicato non da una condotta della PA (che non ha modificato unilateralmente l'assetto degli interessi precedentemente delineato, ma da un provvedimento emanante dal potere giurisdizionale.

principi generali sulla responsabilità precontrattuale

La responsabilità precontrattuale in ambito civile si configura tutte le volte in cui i contraenti non rispettino gli obblighi gravanti su di essi durante le trattative e la formazione del contratto.

L'art. **1337 cc.** sancisce l'obbligo delle parti, nell'ambito delle predette trattative, di improntare la propria condotta al canone di buona fede e correttezza.

Già con la sentenza del Consiglio di Stato n. **7237 del 22.11.2020**, si era affrontato il tema della responsabilità precontrattuale e della risarcibilità dei danni patiti dai privati nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica.

Il Consiglio di Stato, nella citata sentenza, afferma che i canoni comportamentali di cui all'art. 1337 trovano applicazione anche nel caso in cui una delle parti contraenti sia una Pubblica Amministrazione, nell'ambito di trattative negoziali poste in essere sia nell'ambito di procedure ad evidenza pubblica che in assenza di gara. Il principio generale affermato è che la Pubblica Amministrazione deve informare il proprio operato alla correttezza e buona fede in modo da evitare di ingenerare nel contraente privato affidamenti ingiustificati ed informarlo tempestivamente dell'eventuale esistenza di cause ostative alla concreta possibilità positiva di conclusione del procedimento (*cfr. Consiglio di Stato Ad Plen n. 6 del 05 settembre 2005*).

3. l'Adunanza Plenaria PRELIMINARMENTE precisa che le regole di **legittimità amministrativa** e quelle di **correttezza** operano su piani distinti, uno relativo alla validità degli atti amministrativi e l'altro concernente invece, la responsabilità dell'amministrazione ed i connessi obblighi di protezione in favore della controparte.

Oltre che distinti, i profili in questione sono autonomi e non in rapporto di pregiudizialità, nella misura in cui **l'accertamento della validità degli atti impugnati non implica che l'amministrazione sia esente da responsabilità per danni subiti dal privato destinatario degli stessi.**

Di conseguenza: (cfr Ad Plenaria n. 6/2005 e n. 5/2018) l'accertamento circa la validità di un atto amministrativo non significa necessariamente che la PA sia esente da responsabilità per i danni derivanti dalla non correttezza del suddetto atto (sebbene legittimo), dal momento che, nell'applicare le norme sull'evidenza pubblica, la P.A. è anche soggetta alle norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha sottolineato che l'affidamento si configura come un principio generale dell'azione amministrativa e deve essere tutelato sia in caso di esercizio del potere pubblico che nella fase successiva all'emanazione del provvedimento conclusivo del procedimento amministrativo.

In linea con tale principio, **la legge 120/2020** (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale.), ha aggiunto all'art. 1 della Legge n. 241/1990, il comma 2bis secondo cui : “ ***I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede***”.

l'art. 1, comma 2 bis legge 241/1990, ha positivizzato il principio di correttezza e buona fede anche nel rapporto di diritto pubblico tra PA e privati. Il procedimento amministrativo, quale luogo di contemperamento di interessi pubblici e privati, non deve pervenire ad una unilaterale statuizione potenzialmente lesiva dell'interesse legittimo del privato ma deve rappresentare un tavolo di confronto con il suo destinatario. Ratio legis volta al rafforzamento della dialettica endoprocedimentale con l'introduzione dei diritti partecipativi riconosciuti al soggetto inciso dal provvedimento, nell'ottica di deflazione del contenzioso.

la BUONA FEDE DEVE ISPIRARE LA CONTRATTAZIONE PRIVATA E QUELLA PUBBLICA.

Secondo la Plenaria 21/2021 (che si era pronunciata su tale tema anche con le Sentenze n. 19 e 20 del 2021), tale disposizione ha positivizzato una regola di carattere generale dell'agire pubblicistico dell'amministrazione, che trae fondamento nei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento (art. 97 comma 2, Cost.) e che porta a compimento la concezione secondo cui il procedimento amministrativo - forma tipica di esercizio della funzione amministrativa - è il luogo di composizione del conflitto tra l'interesse pubblico primario e gli altri interessi (pubblici e privati) coinvolti nell'esercizio del primo.

Da ciò deriva che, **a fronte del dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede possano sorgere delle aspettative che per il privato istante si indirizzano all'utilità derivante dall'atto finale del procedimento, la cui frustrazione può essere fonte di responsabilità.**

5. Applicata all'evidenza pubblica, la responsabilità precontrattuale sottopone l'amministrazione alla duplice soggezione:

- **ALLA LEGITTIMITA' AMMINISTRATIVA;**
- **AGLI OBBLIGHI DI COMPORTAMENTO SECONDO CORRETTEZZA E BUONA FEDE.**

MOMENTO IN CUI SORGE LA RESPONSABILITA'

MA QUANDO SORGE TALE RESPONSABILITA'?

il Collegio evidenzia che, se nei rapporti di diritto civile, affinché un affidamento sia legittimo occorre che sia fondato su un livello di definizione delle trattative tale per cui la conclusione del contratto, di cui sono già stati fissati gli elementi essenziali, può essere considerato come uno sbocco prevedibile, e rispetto al quale il recesso dalle trattative, in linea di principio libero, risulti invece ingiustificato, sul piano oggettivo ed integrante una condotta contraria al dovere di buona fede ex art. 1337 cc.,

ANALOGAMENTE:

nelle procedure ad evidenza pubblica (soprattutto in materia di aggiudicazione di appalti di lavori, servizi e forniture), **L'AFFIDAMENTO E' LEGITTIMO QUANDO SIA STATA PRONUNCIATA L'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA** cui non abbia fatto poi seguito la stipula del contratto, ed ancorchè ciò sia avvenuto nel legittimo esercizio dei poteri della stazione appaltante.

L'aggiudicazione dunque è considerato il punto di emersione dell'affidamento ragionevole, tutelabile con il rimedio della responsabilità precontrattuale.

L'Adunanza precisa che la tutela civilistica della responsabilità precontrattuale, pur nel quadro del principio generale dell'autonomia negoziale delle parti, ivi compresa l'amministrazione, opera nel senso di assicurare la serietà delle trattative finalizzate alla conclusione del contratto per cui essa costituisce il punto di equilibrio tra “ *la libertà contrattuale della stazione appaltante e la discrezionalità nell'esercizio delle sue prerogative pubblicistiche da una parte, rispetto del limite della correttezza e della buona fede, dall'altro*”.

dunque: nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica, è con l'aggiudicazione definitiva che sorge in capo al partecipante alla gara, un ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto, tale da legittimarlo a dolersi, facendo valere la responsabilità precontrattuale della pa, del "recesso" ingiustificato dalle trattative che la stessa abbia posto in essere attraverso l'esercizio dei poteri di autotutela pubblicistici sugli atti di gara. Specificiamo: ogni singolo provvedimento adottato durante la gara può essere astrattamente idoneo (in base a specifiche circostanze ricorrenti nel caso concreto) ad ingenerare nel concorrente il legittimo affidamento sulla positiva conclusione del procedimento, MA SOLO LA DEFINITIVA INDIVIDUAZIONE DEL CONTRAENTE NE COSTITUISCE L'INCONTESTABILE PUNTO DI APPRODO.

Ciò ha indotto, a contrario, a non riconoscere la stessa portata potenzialmente "affidante" all'aggiudicazione provvisoria in quanto "atto endoprocedimentale ad effetti ancora instabili e del tutto interinali" che si inserisce nell'ambito della scelta del contraente come momento necessario ma non decisivo. **(CdS n. 3449 del 07 luglio 2014).**

D'altro canto, secondo un recente orientamento giurisprudenziale delle Sezioni Unite della cassazione, la responsabilità dell'Amministrazione sarebbe

D'altro canto, secondo un recente orientamento giurisprudenziale delle Sezioni Unite della cassazione, la responsabilità dell'Amministrazione sarebbe astrattamente configurabile, anche al di fuori dall'ambito dei procedimenti amministrativi finalizzati alla conclusione di un contratto, in conseguenza dell'avvenuto annullamento, in via giurisdizionale o di autotutela, di un provvedimento favorevole al privato (Cass. Civile S.U. ordinanze gemelle nn. 6594, 6595 e 6596, id. 4 settembre 2015, n. 17586). Nei casi in cui, cioè, successivamente alla rimozione del provvedimento favorevole, il privato beneficiario prospetti di aver subito un danno ingiusto per aver confidato nella legittimità dello stesso ed aver regolato la sua azione in base ad esso, la relativa responsabilità dell'amministrazione si connota come responsabilità da comportamento in violazione del diritto soggettivo all'integrità patrimoniale (di autodeterminazione negoziale).

In questi casi come precisato dalle Sez. Unite Cassazione (n. 26725 del 19 dicembre 2017), il provvedimento viene in considerazione come elemento di una più complessa fattispecie di natura comportamentale che è fonte di responsabilità solo se e nella misura in cui risulti oggettivamente idonea a ingenerare un affidamento incolpevole, sì da indurre il privato a compiere attività e a sostenere costi incidenti sul suo patrimonio nel positivo convincimento della legittimità dell'atto.

Affidamento tutelato sub specie di responsabilità precontrattuale finanche laddove si sia addivenuto a un contratto valido, ma svantaggioso (cfr Cass. Sez Unite 19 dicembre 2017 n. 26725) nel quale si è ritenuto che il comportamento sleale non ha reso la trattativa inutile, ma il contraente ha comunque subito la scorrettezza, economicamente pregiudizievole, come ad

In questi casi come precisato dalle Sez. Unite Cassazione (n. 26725 del 19 dicembre 2017), il provvedimento viene in considerazione come elemento di una più complessa fattispecie di natura comportamentale che è fonte di responsabilità solo se e nella misura in cui risulti oggettivamente idonea a ingenerare un affidamento incolpevole, sì da indurre il privato a compiere attività e a sostenere costi incidenti sul suo patrimonio nel positivo convincimento della legittimità dell'atto.

Affidamento tutelato sub specie di responsabilità precontrattuale finanche laddove si sia addivenuto a un contratto valido, ma svantaggioso (cfr Cass. Sez Unite 19 dicembre 2017 n. 26725) nel quale si è ritenuto che il comportamento sleale non ha reso la trattativa inutile, ma il contraente ha comunque subito la scorrettezza, economicamente pregiudizievole, come ad esempio, una reticenza informativa antidoverosa.

Secondo il Consiglio di Stato la responsabilità precontrattuale per la revoca della gara può sempre ritenersi configurabile quando il fine pubblico venga attuato attraverso un comportamento obiettivamente lesivo dei doveri di lealtà, sicchè anche dalla revoca legittima degli atti di gara può scaturire l'obbligo di risarcire il danno, nel caso di affidamento suscitato da un comportamento contrario ai doveri e canoni comportamentali legalmente sanciti.

l'ordinamento, infatti, apprezza con favore il ripristino della legalità attraverso il riconoscimento dell'esercizio dei poteri di autotutela dell'Amministrazione, ma riconosce comunque che dopo una "legittima" revoca dell'aggiudicazione, possa residuare spazio per il risarcimento dei danni precontrattuali conseguenti alla lesione dell'affidamento ingenerato nell'impresa vittoriosa in seno alla procedura di evidenza pubblica poi rimossa.

(in tal senso la più recente giurisprudenza amministrativa: Cons. Stato, Ad Plen. , 5 settembre 2005, n. 6; Id. Sez. V, 30 novembre 2007 n. 6137; Id, sez. V, 08 ottobre 2008, n. 4947; Id. sez. V, 07 settembre 2009 n. 5245; TAR PUGLIA, Bari, sez. I, 14 settembre 2010 n. 3459).

Per tale ragione, ad avviso del Collegio, il rimedio di cui all'art. 1337 c.c. può validamente esperirsi anche per gli atti ed i comportamenti che integrino violazione del dovere di buona fede e correttezza delle trattative nella fase che precede la fase dell'aggiudicazione come peraltro, già riconosciuto dalla giurisprudenza.

(Cfr. tra le altre C.d.S. sez. VI, 5002/2011; C.d.S. Sez. VI 4921/2011; C.d.S. sez V 6264/2008; Tar Lazio Roma n. 7651/2010; tar Potenza n. 387/2011).

Un atto amministrativo viziato può essere eliminato attraverso:
una **sentenza** dell'autorità giurisdizionale amministrativa (TAR o Consiglio di Stato);
una **decisione amministrativa** provocata da un ricorso dell'interessato;
un **atto amministrativo spontaneo della P.A. diretto a ritirare l'atto viziato (atto di ritiro)**.

ANNULLAMENTO - Provvedimento di secondo grado con il quale viene ritirato con efficacia retroattiva (ex tunc) un atto amministrativo illegittimo per la presenza di vizi di legittimità.
Il nuovo art. 21nonies della legge 241/90 (mod. legge n. 15/2005), dispone che *il provvedimento amministrativo illegittimo può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di pubblico interesse, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari*.

REVOCA - Provvedimento di secondo grado con cui la P.A. ritira, con efficacia non retroattiva (ex nunc) un atto viziato nel merito in base ad una nuova valutazione degli interessi.
Art. 21quinquies I. 241/90: il provvedimento può essere revocato dall'organo emanante nel caso di sopravvenuti motivi di pubblico interesse, di mutamento della situazione di fatto, o a seguito di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

7 ELEMENTO PSICOLOGICO PER LA RESPONSABILITÀ' PRECONTRATTUALE

affinché possa configurarsi una responsabilità precontrattuale in capo all'amministrazione occorre verificare che la violazione del dovere di correttezza e della buona fede sia imputabile almeno a **COLPA** dell'Amministrazione, secondo le regole generali indicate in tema di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c.

Ed inoltre, il profilo risarcitorio può assumere profili differenti a seconda che l'aggiudicazione venga annullata d'ufficio o giudizialmente.

l'Adunanza Plenaria in commento, sotto questo punto di vista, afferma che LA VIOLAZIONE DEL DOVERE DI BUONA FEDE DA PARTE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE NON PUÒ ESSERE INFICIATA DA UN PROFILO DI COLPA ANCHE DEL CONTRAENTE.

Ed infatti, l'art. **1338 cc.** assoggetta a responsabilità precontrattuale, la parte che “ *conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte*”.

E dunque, **il risarcimento viene escluso se la conoscenza di una causa invalidante il contratto è comune ad entrambe le parti che conducono le trattative**, dal momento che nessuna legittima aspettativa di positiva conclusione delle trattative può mai dirsi sorta.

LA PROVA DELLA COLPA

Nel caso della responsabilità precontrattuale, la colpa va individuata “*in re ipsa*” quale violazione di legge consistente nella regola che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede e correttezza nelle trattative. (cfr TAR CAMPANIA, Napoli, n. 4017/2012).

Al riguardo, si è chiarito che “in tema di responsabilità precontrattuale, la parte che agisca in giudizio per il risarcimento del danno subito, ha l’onere di allegare, ed occorrendo, di provare, oltre al danno, l’avvenuta lesione della sua buona fede, ma non anche l’elemento soggettivo dell’autore dell’illecito, versandosi, come nel caso di responsabilità da contatto sociale, in una delle ipotesi di cui all’art. 1173 c.c. (*“FONTI DELLE OBBLIGAZIONI. Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo [2043] a produrle in conformità dell’ordinamento giuridico”*).

(cfr. Cass. Civ. sez. I, n. 27648 del 20.12.2011).

ANNULLAMENTO IN SEDE GIURISDIZIONALE

8. L'elemento della colpevolezza dell'affidamento, si modula diversamente nel caso in cui l'annullamento dell'aggiudicazione non sia disposto d'ufficio dall'amministrazione ma in sede giurisdizionale.

Infatti, nel caso di **annullamento in sede giurisdizionale**, il beneficiario assume la qualità di controinteressato nel relativo giudizio e dunque è posto nelle condizioni di conoscere la possibile illegittimità dell'atto a sè favorevole, peraltro, entro un arco temporale ben determinato (entro 60 giorni ai sensi dell'art. 29 del codice processo amministrativo) e di difenderlo.

Ciò porta ad escludere un affidamento incolpevole dal momento che l'eventuale annullamento dell'atto in accoglimento del ricorso, costituisce un'evenienza prevedibile, per cui in tal caso si può ipotizzare un affidamento tutelabile (e quindi un risarcimento) solo PRIMA della notifica dell'atto introduttivo del giudizio.

Di conseguenza, non ogni illegittimità della procedura di gara è sufficiente per fondare un addebito di responsabilità precontrattuale nei confronti dell'Amministrazione, in quanto la partecipazione alla procedura non fonda, per ciò solo, una legittima aspettativa di aggiudicazione e stipula del contratto, per cui va escluso ogni automatismo al riguardo.

Da ultimo, va considerato che in presenza di un ricorso per l'annullamento degli atti di gara, neppure l'esecuzione anticipata dei lavori ordinata dall'amministrazione può di per sé, essere sintomatica di un affidamento tutelabile sul piano precontrattuale, dal momento che per tale ipotesi l'ordinamento giuridico prevede una tutela di tipo indennitario, ovvero un rimborso spese sostenuto dall'esecutore ex art. 32, comma 8, d.lgs 50/2016) e dunque, una responsabilità da fatto lecito.

10 Partendo dal presupposto che esiste anche per la Pubblica Amministrazione l'obbligo di comportarsi secondo buona fede (ex art. 1337 c.c.) , ne discende un profilo di responsabilità precontrattuale, per cui l'obbligo di ristoro concerne il **SOLO INTERESSE NEGATIVO** ovvero le spese sostenute per le trattative intercorse nonchè l'eventuale perdita di altre occasioni contrattuali. (cfr TAR CAMPANIA, Napoli, 04017/2021).

Non è risarcibile il mancato utile relativo alla specifica gara d'appalto revocata. (*C.d.S. sez. IV, 07.07.2008 n. 3380*).

Ciò in quanto il metodo di determinazione del danno rappresentato dalla liquidazione forfetaria di una somma pari al 10% dell'ammontare dell'offerta (cd. mancato utile), è astrattamente ipotizzabile soltanto per la definizione delle misure risarcitorie da lesione dell'interesse positivo. Nella specie, l'unica voce di danno risarcibile, è rappresentata dall'interesse negativo consistente nelle occasioni di lavoro perse a causa dell'impegno profuso nello svolgimento di trattative rivelatesi poi inutili. E, sul punto, la giurisprudenza è costante nel ritenere che tale voce di danno deve essere dimostrata.

LA PROVA DEL DANNO

La prova del danno da responsabilità precontrattuale spetta alla parte lesa, in linea con l'inquadramento di tale responsabilità nell'ambito della responsabilità aquiliana (C.d.S. sez. V, n. 5574/2008).

Ai fini della prova del danno, l'istante deve allegare e provare i fatti posti a fondamento della sua domanda, dovendosi escludere la liquidazione equitativa di cui all'art. 1226 c.c. (“ **Valutazione equitativa del danno**”. *Se il danno [1218, 1223] non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa [2056]*) che presuppone l'impossibilità di provare l'ammontare del pregiudizio subito.

La giurisprudenza ha peraltro, sottolineato, nella materia de qua, l'importanza dell'assolvimento dell'onere allegatorio: “atteso che il diritto entra nel processo attraverso le prove ma queste ultime devono avere ad oggetto fatti circostanziati. Ove anche possa ammettersi il ricorso alle presunzioni semplici ex art. 2729 cc. per fornire la prova del danno subito e della sua entità, è comunque ineludibile l'obbligo, a monte, di allegare circostanze di fatto precise “. (C.d.S. sez. V, n. 2967/2008).

Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione per mancata conclusione del procedimento di project financing (la più importante forma di partenariato pubblico-privato), il Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 5870/2021, ha ritenuto responsabile l'amministrazione che, pur non adottando provvedimenti illegittimi, tenga un comportamento non ispirato al canone di correttezza e di buona fede e, perciò, lesivo delle legittime aspettative ingenerate nel contraente privato ovvero della ragionevole convinzione circa il buon esito delle trattative. Nel caso di mancata conclusione del project financing la PA è chiamata a rispondere di responsabilità precontrattuale, al pari di qualsiasi soggetto privato, qualora il suo comportamento non sia guidato dai comuni canoni di correttezza e buona fede, e ciò anche nel caso in cui la mancata conclusione della procedura conduca a provvedimenti del tutto legittimi.

I Giudici chiariscono anche che, se da un lato la PA resta sempre libera di attivare o meno, revocare o meno la procedura di project financing, esercitando il potere conseguente, tale libertà trova un limite, in termini di responsabilità, quando la PA decide di attivare ed aggiudicare tale procedura. Infatti, quando il contraente viene scelto (aggiudicazione), sorge in capo a quest'ultimo un'aspettativa giuridicamente tutelata alla stipula del contratto, la cui mancata soddisfazione comporta in capo alla PA la responsabilità per violazione dei principi di lealtà e correttezza ai sensi del 1337 cc e giustifica l'eventuale richiesta di risarcimento da parte del privato.

“**Mi trovi anche su ...**”

<https://community.omniavis.it/>

<https://www.youtube.com/user/omniavis>



Alessandra Molinari

“**Mi trovi anche su**”

<https://www.youtube.com/user/simonechiarelli>

<https://www.facebook.com/simonechiarelli.pagina>

<https://libro.omniavis.com/>

<https://community.omniavis.it/>



Simone Chiarelli