

La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione - anche - nella fase antecedente l'aggiudicazione definitiva

NOTA A CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA, SENTENZA 4 MAGGIO 2018 N. 5

*Angelica Izzi**

Over the last decades the possibility to find a pre-contractual liability referred to a public administration has seen a deep jurisprudential evolution, of which the sentence given by the Plenary Assembly of the Council of State of 4 May 2018, no. 5, represents one of the most recent and significant results achieved.

The sentence has established some important principles of Law, resolving two issues submitted by the remitting Section. The first question concerns the possibility of recognizing a pre-contractual liability of the administration, because of the infringement of the general standards of good faith and fairness during the negotiations, already in the public phase of the procedure. Secondly, the remitting Section has called the Plenary Assembly to rule on whether, admitted the pre-contractual liability in the public procedure phase, this should refer only to the public authority's behavior before the publication of the call for tender, or if, on the contrary, it is necessary to have regard to the behavior of the administration throughout the entire procedure, even after the publication of the call for tender.

The judgment of 4 May 2018, no. 5, states that the public administration must respect the general duties of good faith and fairness during the public phase of the procedure. Consequently, it is possible for the administration to incur in a pre-contractual liability also during that phase. Secondly, in order to recognize a pre-contractual responsibility, it is necessary to have regard to the behavior of the administration throughout the entire procedure, even after the publication of the call for tender.

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. I fatti di causa - 3. L'evoluzione giurisprudenziale in materia di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione. Cenni - 4. La tesi della Sezione remittente - 5. L'indirizzo dell'Adunanza Plenaria - 6. Conclusioni.

1. Premessa.

La configurabilità di una responsabilità precontrattuale in capo alla pubblica amministrazione ha subito, nel corso degli ultimi decenni, una profonda evoluzione giurisprudenziale, di cui la sentenza resa dall'Adunanza Plenaria il 4 maggio 2018, n. 5, rappresenta uno dei più recenti e significativi approdi.

La pronuncia in commento ha infatti sancito alcuni rilevanti principi di diritto, risolvendo le due questioni sottoposte dalla Sezione remittente. La prima problematica attiene alla possibilità di riconoscere una responsabilità precontrattuale dell'amministrazione aggiudicatrice, a seguito della violazione

(*) Dottoressa in Giurisprudenza, ammessa alla pratica forense presso l'Avvocatura Generale dello Stato (con l'avv. Ettore Figliolia).

dei generali canoni di buona fede e correttezza durante le trattative, già nella fase pubblicistica della procedura di evidenza pubblica, dunque prima dell'aggiudicazione. Qualora si fosse ritenuta configurabile la responsabilità precontrattuale nella fase antecedente all'aggiudicazione, la seconda questione è se questa debba essere riferita alla sola condotta della p.a. prima della pubblicazione del bando, oppure se debba aversi riguardo al complesso dei comportamenti tenuti dall'amministrazione nell'ambito della procedura di gara, anche se successivi alla pubblicazione del bando.

2. I fatti di causa.

Al fine di comprendere più agevolmente i principi di diritto sanciti dall'Adunanza Plenaria, è utile riportare brevemente i fatti che hanno dato luogo alla decisione.

La Stazione Unica appaltante della Regione Calabria aveva indetto una gara per l'affidamento dei servizi di ristorazione delle Aziende ospedaliere e sanitarie della Regione.

Tuttavia, la gara era stata dichiarata deserta in quanto, dopo una prima selezione, le uniche due imprese concorrenti rimaste ne venivano escluse per le medesime ragioni, concernenti l'interpretazione degli atti di gara con riferimento alla durata dell'appalto.

In particolare, le imprese concorrenti avevano presentato le rispettive offerte tenendo conto di una durata dell'appalto pari a tre anni, secondo quanto stabilito dal bando. La p.a. riteneva, invece, che la durata del contratto fosse di quattro anni, essendo prevista la possibilità di proroga di un anno sia dal disciplinare di gara che dal capitolato speciale di appalto.

Avverso l'atto di esclusione, una delle concorrenti proponeva ricorso innanzi al Tar Calabria, il quale lo accoglieva e annullava il provvedimento (1). Tale decisione era poi confermata in sede di appello dal Consiglio di Stato (2).

Infatti, il Consiglio di Stato, Sezione III, ha accertato la contraddittorietà delle disposizioni aventi ad oggetto la durata del contratto di appalto, rispettivamente contenute nel bando di gara, che prevedeva una durata di 36 mesi, nel disciplinare di gara, che prevedeva l'eventualità di ulteriori 12 mesi opzionali di rinnovo, e nel capitolato speciale di appalto, che faceva salva la facoltà della p.a., ravvisandone l'opportunità, di chiedere all'aggiudicatario la prosecuzione del servizio per un periodo non determinato ma comunque non superiore ad un anno, secondo i tempi necessari per l'indizione e l'aggiudicazione di una nuova gara.

In particolare, la Terza Sezione ha chiarito che grava sull'amministrazione l'obbligo di *clare loqui* nella formulazione della *lex specialis* di gara, la cui

(1) Tar Calabria, 18 novembre 2015, n. 1730.

(2) Cons. St., Sez. III, 10 giugno 2016, n. 2496.

violazione non può mai comportare effetti pregiudizievoli per le imprese partecipanti che abbiano fatto incolpevole affidamento su tale *lex specialis*. Ad avviso del Consiglio di Stato, ha una rilevanza decisiva il fatto che tanto il capitolato generale di appalto quanto il disciplinare di gara costituiscano mere specificazioni rispetto al bando, le cui disposizioni sono quindi prevalenti. Poiché nel bando era prevista una durata triennale, sulla base di questa le imprese avrebbero dovuto formulare le offerte.

A seguito di tali decisioni e proprio alla luce della accertata contraddittorietà degli atti di gara, la Stazione appaltante ha annullato d'ufficio il provvedimento d'indizione della gara e quello di approvazione dei relativi atti, sulla base della motivazione che l'interesse pubblico all'autotutela è *in re ipsa* laddove i provvedimenti siano viziati da errori materiali e presentino elementi contraddittori, tali da violare i principi costituzionali di legalità e di buon andamento dell'amministrazione *ex art. 97 Cost.*

Contro il provvedimento di autotutela, hanno proposto ricorso entrambe le imprese escluse dalla gara, chiedendone in via principale l'annullamento e, in via subordinata, il risarcimento dei danni a titolo di responsabilità precontrattuale della Stazione Unica appaltante. Il Tar Calabria ha rigettato la domanda di annullamento, ma ha accolto - seppure parzialmente - quella risarcitoria (3).

Tale pronuncia è stata appellata separatamente dalle medesime imprese davanti alla Sezione III del Consiglio di Stato che, con sentenza non definitiva (4), ha riunito i giudizi, ha rigettato l'appello con riguardo alla domanda di annullamento del provvedimento di autotutela e ha sospeso il giudizio in ordine ai rimanenti motivi di appello concernenti il risarcimento; con separata pronuncia ha rimesso all'Adunanza plenaria le due questioni di diritto oggetto della sentenza in commento (5).

3. L'evoluzione giurisprudenziale in materia di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione. Cenni.

Fino agli anni Sessanta, la giurisprudenza tendeva ed escludere la possibilità di imputare alla pubblica amministrazione una responsabilità precontrattuale, per due ordini di ragioni: innanzitutto, vi era una presunzione di correttezza comportamentale a favore della p.a., quale applicazione del principio afferente alla presunzione di legittimità degli atti amministrativi; in secondo luogo, non si riteneva possibile affidare al giudice ordinario un controllo che incidesse sulle scelte discrezionali operate dall'amministrazione.

Una prima e fondamentale svolta si deve alla pronuncia delle Sezioni

(3) Tar Calabria, 23 marzo 2017, n. 515.

(4) Cons. St., Sez. III, 24 novembre 2017, n. 5491.

(5) Cons. St., Sez. III, 24 novembre 2017, n. 5492.

Unite della Cassazione (6) in cui si affermava che è ben possibile per l'amministrazione incorrere in responsabilità precontrattuale, trovando quest'ultima fondamento giuridico nel "godimento [da parte della p.a.] della capacità di diritto privato" e nella "non contrarietà ai principi di diritto pubblico dell'osservanza, da parte dell'amministrazione contraente, delle norme di correttezza e lealtà". In siffatte ipotesi, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, in quanto chiamato a verificare il corretto comportamento dell'amministrazione non in quanto tale, ma in quanto contraente.

Il limite di questo indirizzo, come evidenziato in dottrina (7), consisteva nel ritenere sussistente la *culpa in contrahendo* della p.a. solo quando questa agisse *iure privatorum*, ovvero nei soli casi in cui il contratto venisse stipulato a seguito di trattativa privata, escludendola laddove invece fosse intervenuto un procedimento di evidenza pubblica.

A seguito delle critiche sollevate dalla dottrina, la giurisprudenza ha via via ampliato l'iniziale interpretazione eccessivamente restrittiva, riconoscendo la responsabilità precontrattuale anche in caso di intervenuta procedura di gara pubblica, "sia in presenza del preventivo annullamento per illegittimità di atti della sequenza procedimentale, sia nell'assodato presupposto della loro validità ed efficacia" (8).

In altri termini, la giurisprudenza non solo ha esteso il novero dei casi in cui sorge un diritto al risarcimento a favore del privato, ma ha completamente scisso tale valutazione da quella inerente alla legittimità degli atti, secondo la tradizionale bipartizione civilistica tra illegittimità degli atti, da un lato, e illiceità dei comportamenti, dall'altro.

In particolare, l'ordinanza di rimessione individua le ipotesi più significative in cui, a seguito di tale evoluzione giurisprudenziale, è stata rilevata una responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione. Dette ipotesi ricorrono nel caso di revoca dell'indizione di gara e dell'aggiudicazione per esigenze di ampia revisione del progetto, disposta a distanza di diversi anni dall'espletamento della gara, nel caso di revoca dell'aggiudicazione o rifiuto di stipulare il relativo contratto per mancanza di fondi o per impossibilità di realizzare l'opera per mutate condizioni di intervento, nel caso di annullamento d'ufficio degli atti di gara per un vizio rilevato dall'Amministrazione dopo l'aggiudicazione o che comunque avrebbe potuto essere rilevato già all'inizio della procedura (9).

Dato comune a tutti i più recenti approdi giurisprudenziali consiste nella

(6) Cass. civ., SS.UU., 12 luglio 1961, n. 1675.

(7) G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, p. 304.

(8) Cons. St., Sez. V, 7 settembre 2009, n. 5245.

(9) Cons. St., Sez. V, 7 settembre 2009, n. 5245; Sez. IV, 20 febbraio 2014, n. 790 e 15 settembre 2014, n. 4674. A tale orientamento ha aderito anche Cass. civ., Sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260.

delimitazione della fase in cui la p.a. possa effettivamente incorrere in *culpa in contrahendo*: solo a seguito di un provvedimento definitivo di aggiudicazione sussistono i requisiti affinché possa radicarsi, in capo al privato, un legittimo affidamento meritevole di tutela (10). Proprio partendo da tale assunto, la giurisprudenza aveva per esempio negato rilevanza, in punto di responsabilità precontrattuale, alla posizione vantata dal privato aggiudicatario - non definitivo, bensì - provvisorio (11).

Per vero, accanto a tale indirizzo si sono registrate alcune pronunce tendenti ad estendere la tutela dei privati anche alle fasi antecedenti all'aggiudicazione (12), tuttavia, dopo queste aperture l'indirizzo largamente maggioritario è tornato ad essere quello contrario alla predetta estensione. A quest'ultimo e prevalente orientamento ha infatti aderito la Sezione III, dandone conto nell'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria.

4. La tesi della Sezione remittente.

Ai fini della responsabilità precontrattuale della p.a., l'orientamento che nega rilevanza al momento precedente rispetto all'individuazione definitiva del contraente, ovvero sia all'aggiudicazione, si basa sull'assunto per cui tale tipo di responsabilità è strettamente legata alla violazione delle regole di condotta che presiedono alle - sole - fasi della formazione del contratto e delle trattative, non riscontrabili durante la procedura pubblicistica di gara.

In particolare, la giurisprudenza ha sostenuto che nelle fasi anteriori alla scelta del contraente non è ravvisabile alcuna ipotesi di *culpa in contrahendo* in quanto “*gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare solo un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione*” (13). Ne deriva che la violazione del canone generale di buona fede può rilevare solo dopo che “*la fase pubblicistica abbia attribuito all'interessato effetti concretamente vantaggiosi e solo dopo che tali effetti siano venuti meno, nonostante l'affidamento ormai conseguito dalla medesima parte interessata*” (14).

(10) Cons. St., Sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457; Sez. V, 28 maggio 2010, n. 3393 e 8 settembre 2010, n. 6489.

(11) Cons. St., Sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1442. In particolare, il Collegio ha ritenuto che “*nelle procedure ad evidenza pubblica l'aggiudicazione provvisoria costituisce un 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. La definitiva individuazione del concorrente cui affidare l'appalto risulta cristallizzata soltanto con l'aggiudicazione definitiva: l'aggiudicatario provvisorio, dunque, vanta soltanto un'aspettativa (la cui lesione non può costituire presupposto della responsabilità precontrattuale) alla conclusione positiva del procedimento*”.

(12) Cons. St., Sez. VI, 25 luglio 2012, n. 4236 e 7 novembre 2012, n. 5638; Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831.

(13) Cons. St., Sez. V, 21 agosto 2014, n. 4271.

(14) Cons. St., Sez. III, 29 luglio 2015, n. 3748.

L'indirizzo è supportato da diverse argomentazioni.

Innanzitutto, occorre fare riferimento al dato letterale dell'art. 1337 c.c., che espressamente impone alle parti l'obbligo di comportarsi secondo buona fede durante lo svolgimento delle trattative e la formazione del contratto.

Secondo la tesi in esame, il bando di gara non può essere interpretato come elemento delle trattative e tantomeno di formazione del contratto. Più precisamente, esso sarebbe assimilabile - sotto il profilo del diritto civile - ad una offerta al pubblico, *ex art. 1336 c.c.*, o - *rectius* - ad una proposta di contratto *in incertam personam*, veicolata dal bando di gara.

Per quanto è vero che la fattispecie di cui all'art. 1336 c.c. possa essere sussunta nell'ambito della formazione del contratto, per la Sezione remittente sarebbe proprio questa interpretazione a negare in radice, già sul piano civilistico e senza considerare le peculiarità derivanti dalla procedura pubblicistica, la possibilità di qualificare la fase di espletamento della gara quale trattativa.

In primo luogo, la fattispecie di offerta al pubblico si distingue notevolmente rispetto a quella della proposta effettuata nei confronti di una persona determinata.

In quest'ultimo caso l'art. 1328 c.c. stabilisce, infatti, che qualora il proponente revochi la proposta e l'accettante, ignaro, abbia già dato inizio in buona fede all'esecuzione, il proponente è tenuto a tenerlo indenne dalle spese e dalle perdite subite per effetto dell'esecuzione. Diversamente, la revoca della proposta *in incertam personam*, *ex art. 1336 c.c.*, "*se è fatta nella stessa forma dell'offerta o in forma equipollente, è efficace anche in confronto di chi non ne ha avuto notizia*". Quindi, purché siano rispettati i requisiti di forma, la revoca dell'offerta al pubblico non è recettizia e non determina l'insorgere del diritto ad alcun indennizzo a favore di chi abbia comunque iniziato ad eseguire la prestazione.

La diversa disciplina si giustifica proprio per il fatto che, come specificato dall'ordinanza di rimessione, "*la collettività o la platea indeterminata di aspiranti contraenti non riveste una posizione equiparabile a quella dell'oblato*" (15).

Inoltre, l'art. 1328 c.c. parla espressamente di indennizzo e ciò significa che - in ogni caso - la revoca della proposta rileva come atto lecito dannoso e non come fonte di responsabilità, che invece darebbe luogo a risarcimento.

In altri termini, secondo la Sezione remittente, l'unico caso in cui sarebbe possibile configurare una responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione anche nei confronti dei soggetti non aggiudicatari definitivi sarebbe quello della Stazione appaltante che, già prima della pubblicazione del bando e quindi della proposta *in incertam personam*, era a conoscenza - o avrebbe dovuto esserlo, secondo i parametri di normale diligenza - di motivi ostativi

(15) Cons. St., Sez. III, 24 novembre 2017, n. 5492, par. 10.5.

alla prosecuzione della procedura, ad esempio per originaria mancanza di fondi o per impossibilità assoluta della prestazione. Solo in questa ipotesi, infatti, il comportamento scorretto della p.a. rilevarebbe nei confronti di tutti i soggetti che avessero inutilmente preso parte alla gara.

Diversamente, tutti i vizi di legittimità, il ritardo o i provvedimenti di autotutela per motivi sopravvenuti, eventualmente intervenuti sugli atti di gara, potrebbero far sorgere un diritto al risarcimento solo a favore dell'aggiudicatario, sempre se imputabili ad un comportamento contrario a buona fede. Infatti, tali condotte, poiché successive al bando e alla proposta, potrebbero essere correttamente ricondotte alla fase di formazione del contratto vera e propria, andando ad incidere sostanzialmente sulla sola posizione vantata dal soggetto individuato all'esito della selezione.

In secondo luogo, l'ordinanza di rimessione considera le peculiarità che comporta l'ambito pubblicistico nel quale la proposta è formulata. Il particolare procedimento attraverso il quale si addivene alla conclusione del contratto non conterrebbe alcun altro elemento assimilabile a quelli propri delle trattative e della formazione del contratto, ulteriore rispetto alla pubblicazione della proposta *in incertam personam* - inidonea a dar rilevanza all'affidamento dei partecipanti alla gara - e alla fase che intercorre tra l'aggiudicazione e la stipula vera e propria. Ipotesi quest'ultima, per la quale invece la responsabilità precontrattuale della p.a., configurandosi nei confronti dell'aggiudicatario, è pacificamente ammessa.

Non è invece sussumibile nelle trattative e nella formazione del contratto la fase della gara vera e propria, in quanto finalizzata a individuare il soggetto futuro contraente, senza il quale non è possibile - sul piano logico, prima che giuridico - parlare di formazione del contratto.

La Sezione remittente, per vero, richiama alcune pronunce giurisprudenziali (16) che hanno fatto riferimento alla teoria del "contatto sociale", al fine di inquadrare il tipo di relazione che si instaura tra amministrazione appaltante e aspiranti appaltatori. In effetti, quest'ultima teoria potrebbe in astratto ammettere la configurabilità di una responsabilità precontrattuale in capo alla p.a. Tuttavia, la stessa Sezione ritiene che tale contatto non sarebbe soggetto alle regole generali di correttezza e buona fede nelle trattative, ma solo alla *lex specialis* che disciplina la procedura di gara.

Inoltre, le richiamate decisioni a favore della tesi del contatto sociale comunque limitano il risarcimento - e di conseguenza la relativa responsabilità - a favore del solo aggiudicatario, quindi alla sola fase successiva all'individuazione del contraente, sebbene la violazione della buona fede sia intervenuta in un momento antecedente.

(16) Vd., Cass. civ., Sez. I, 25 luglio 2018, n. 19775; 27 gennaio 2017, n. 25644 e 12 luglio 2016, n. 14188.

Infine, all'obiezione - pure mossa dalla Cassazione (17) - secondo la quale una siffatta interpretazione della responsabilità precontrattuale della p.a., ristretta alla sola fase successiva all'aggiudicazione, potrebbe comportare il rischio di condotte amministrative scorrette sempre più frequenti, poiché impuniti, l'ordinanza replica con una duplice argomentazione. Da un lato, si sostiene che qualora le scorrettezze siano riconducibili a ipotesi di eccesso o sviamento di potere, tali vizi possono certo essere conosciuti dal giudice amministrativo, che eventualmente può condannare la p.a. al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi; dall'altro, l'eccessiva estensione del novero dei casi in cui è possibile incorrere in responsabilità precontrattuale potrebbe comportare l'opposto e altrettanto insidioso pericolo di costringere le Stazioni appaltanti a rimanere vincolate a rapporti contrattuali inopportuni e svantaggiosi, pur di non dover risarcire tutti i partecipanti alla gara.

5. L'indirizzo dell'Adunanza Plenaria.

Al pari dell'ordinanza di rimessione, anche la sentenza in commento - nell'accogliere l'orientamento opposto - muove da un'interpretazione dell'art. 1337 c.c.

Tuttavia, l'Adunanza Plenaria effettua un'interpretazione non letterale ma costituzionalmente orientata della disciplina stabilita dal Codice civile, alla luce delle evoluzioni storico-sociali intervenute e confermate tanto sul piano pretorio quanto su quello legislativo.

La sentenza sottolinea come l'interpretazione restrittiva accolta dalla Sezione remittente, per la quale i doveri di correttezza e buona fede sorgono solo a seguito di trattative avanzate e durante la formazione del contratto, ovvero solo in quelle situazioni in cui si ingeneri nella controparte contrattuale un affidamento sulla conclusione del contratto, è interpretazione certamente fedele al dato letterale, ma secondo quelle che erano le intenzioni del Legislatore del 1942, oggi largamente superate.

In altri termini, l'Adunanza Plenaria sottolinea la necessità di considerare come il Codice civile risenta del momento storico in cui è stato redatto ed è entrato in vigore, soprattutto avendo riguardo al fatto che all'epoca le norme corporative costituivano, ai sensi dell'art. 1 delle Preleggi, vere e proprie fonti del diritto. Ecco allora che la scelta di delimitare la configurabilità della responsabilità precontrattuale alle sole due ipotesi espressamente menzionate - e interpretate in senso restrittivo - affonda le sue radici nei valori propri dell'ordinamento corporativo (18) e nell'interpretazione della causa contrattuale quale funzione economico-sociale del negozio.

(17) Cass. civ., Sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260.

(18) La sentenza richiama in particolare il par. 612 della Relazione al Codice civile, secondo il quale: "È dominata dall'obbligo di correttezza e da quello di buona fede (in senso oggettivo) la materia

Dal momento che l'ordinamento giuridico, in base ai valori del corporativismo, riconosceva giuridicità e tutela al negozio proprio perché destinato a soddisfare gli interessi non solo delle parti ma anche e soprattutto della Nazione, la responsabilità precontrattuale aveva la funzione di sanzionare la parte che, interrompendo ingiustificatamente le trattative o comunque il procedimento di formazione contrattuale, impediva la conclusione del negozio quale strumento di utilità sociale (19). Ciò che era tutelato non era quindi l'affidamento della controparte in sé e per sé ma l'interesse della collettività tutta alla conclusione del negozio, pregiudicato dalla condotta di una parte che, indirettamente, aveva l'effetto di incidere negativamente sull'economia e la produttività nazionali.

A seguito dell'abrogazione delle norme corporative, del superamento da parte della dottrina della concezione del contratto quale strumento di utilità sociale e, soprattutto, dell'entrata in vigore della Costituzione, una tale impostazione non è più condivisibile.

Alla luce di tale evoluzione, infatti, è necessario procedere ad una rilettura di tutte quelle norme che, contenendo clausole generali, ben si prestano ad essere riempite di contenuto seguendo il mutamento dei tempi e della sensibilità sociale (20).

Proprio la Carta costituzionale, ponendo al centro dell'ordinamento giuridico l'individuo, scardina l'impostazione secondo la quale il contratto, per poter essere meritevole di tutela, debba avere una funzione economico-sociale, accogliendosi la teoria della funzione economico-individuale.

In altri termini, il contratto si configura quale strumento che le parti adottano al fine di perseguire uno scopo pratico, utile a livello individuale, cui l'ordinamento riconosce giuridicità nel momento in cui tale causa concreta sia lecita e meritevole, alla luce dei valori sanciti dalla Costituzione (21).

delle trattative contrattuali e quella concernente i contratti c.d. per adesione. L'obbligo predetto è richiamato in via generale nell'art. 1337 come base del comportamento delle parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto. Questo obbligo esige dai soggetti di un rapporto contrattuale, nella sfera del rapporto stesso, un comportamento ispirato dal senso della probità, sia nella rappresentazione leale e non cavillosa dei diritti e degli obblighi che ne derivano, se nel modo di farli valere o di osservarli, con riguardo in ogni caso allo scopo che il contratto vuole soddisfare, all'armonia degli interessi delle parti e di quelli superiori della Nazione, i quali richiedono una pacifica collaborazione produttiva". È significativo il richiamo agli "interessi superiori della Nazione", che richiedono una collaborazione delle parti contrattuali affinché il contratto stesso sia massimamente produttivo e vantaggioso per la Nazione stessa.

(19) Sul punto vd., C.M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, vol. III, Milano, 2015, pp. 450-451. Secondo l'Autore, «*La definizione della causa come funzione economico-sociale ha espresso anche l'idea della causa come criterio di controllo della meritevolezza degli atti di autonomia privata [...]. Questa idea, che trova testuale riscontro nel codice vigente, è stata intesa da una parte della dottrina in termini di utilità sociale: il contratto deve realizzare un interesse che sia utile alla stregua dell'ap-prezzamento sociale*».

(20) Del resto, una simile operazione ermeneutica ha riguardato ulteriori disposizioni, quali l'art. 1322 c.c. e l'art. 12 delle Preleggi.

Per quanto riguarda specificamente l'obbligo di buona fede e correttezza, questo non può più essere interpretato quale strumento volto a garantire la conclusione del contratto nell'interesse della Nazione, ma si pone come presidio del generale dovere di solidarietà sociale sancito dall'art. 2 della Costituzione (22) e a tutela della libertà di autodeterminazione dei soggetti contraenti. Infatti, come affermato dalla Suprema Corte e dallo stesso Consiglio di Stato, il comportamento scorretto della controparte contrattuale *“incide sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza”* (23).

In virtù del nuovo significato e del nuovo ruolo attribuito alla clausola generale di buona fede e alla corrispettiva tutela dell'affidamento altrui, la giurisprudenza ha gradualmente configurato la responsabilità precontrattuale in ipotesi sempre più numerose.

L'Adunanza Plenaria evidenzia innanzitutto l'evoluzione interpretativa che ha ampliato le fattispecie riconducibili alla contrarietà alla buona fede, superando il limite della sola ipotesi del recesso ingiustificato dalle trattative.

In proposito, vengono richiamate le pronunce che hanno riconosciuto, a talune condizioni, una responsabilità precontrattuale anche in capo ad un soggetto terzo rispetto ai contraenti, ricoprendo lo stesso una particolare posizione da *status* professionale o avendo un interesse qualificato alla conclusione del contratto (24).

Sempre con riguardo alle conquiste giurisprudenziali in termini di un'applicazione estensiva dell'art. 1337, è particolarmente significativo l'innovativo indirizzo inaugurato dalle Sezioni Unite della Cassazione (25) che ha ricono-

(21) Vd., Cass. civ., Sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490: *“La causa quale elemento essenziale del contratto non deve essere intesa come mera ed astratta funzione economico sociale del negozio bensì come sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare, e cioè come funzione individuale del singolo, specifico contratto, a prescindere dal singolo stereotipo contrattuale astratto, fermo restando che detta sintesi deve riguardare la dinamica contrattuale e non la mera volontà delle parti”*.

(22) *Ex multis*, Cass. civ., Sez. III, 15 febbraio 2007, n. 3462: *“L'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, applicabile in ambito contrattuale ed extracontrattuale, che impone di mantenere, nei rapporti della vita di relazione, un comportamento leale”*. La sentenza richiama espressamente Cass. civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188.

(23) Vd., *ex multis*, Cons. St., Sez. VI, 6 febbraio 2013, n. 633; Cons. St., Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6; Cass. civ., SS.UU., 12 maggio 2008, n. 11656; Cass. civ., Sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636 e 3 luglio 2014, n. 15250.

(24) Si fa riferimento a Cass. civ., SS.UU., 8 aprile 2011, n. 8034, laddove si è riconosciuta una responsabilità concernente un prospetto informativo non veritiero in capo agli intermediari finanziari, terzi rispetto alla trattativa intercorrente tra società e investitore, finalizzata alla conclusione di un contratto per l'acquisto di azioni, che tuttavia avevano sottoscritto il documento, accreditandolo presso gli investitori. Inoltre, viene riportato l'indirizzo che configura la responsabilità dei soggetti predisponenti le c.d. lettere di *patronage* deboli, che si inseriscono nelle trattative altrui per agevolare la conclusione (Cass. civ., Sez. I, 27 settembre 1995, n. 10235).

sciuto la possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale anche in caso di conclusione di un contratto valido, che senza la condotta scorretta della controparte, nella fase antecedente la stipula, sarebbe stato concluso a condizioni migliori.

L'accoglimento di tale indirizzo assume estremo rilievo in quanto espressione di un'operazione ermeneutica volta a superare lo stretto dato letterale degli artt. 1337 e 1338 c.c.

Infatti, secondo la tesi tradizionale e restrittiva - superata dalle Sezioni Unite - la mancata comunicazione all'altra parte di informazioni rilevarebbe in termini di comportamento contrario a buona fede in soli due casi: un primo rileva *ex art. 1337 c.c.*, quando la parte abbia taciuto circostanze che, se comunicate, avrebbero giustificato il recesso dalle trattative (come le perplessità nutrite circa la reale intenzione di concludere il contratto); il secondo, riconducibile all'*art. 1338 c.c.*, espressamente riconosce la responsabilità precontrattuale qualora la parte abbia taciuto di cause di invalidità del contratto di cui era a conoscenza, o che avrebbe dovuto conoscere secondo la normale diligenza.

Diversamente, la Suprema Corte amplia il novero degli obblighi informativi che le parti sono tenute a rispettare nella fase di formazione del contratto, ricomprendendovi anche quelli relativi ai c.d. vizi incompleti del contratto, ovverosia quei vizi che, seppure non in grado di determinare l'annullabilità o la nullità dello stesso, avrebbero portato alla conclusione di un contratto diverso, più favorevole (26).

È proprio in questi casi che attualmente si ammette la possibilità per il contrente in buona fede, vincolato al contratto meno conveniente, di ottenere il risarcimento del danno.

Per quanto attiene specificamente alla pubblica amministrazione, la sentenza richiama l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato in base al quale si configura pacificamente una *culpa in contrahendo* anche in capo alla p.a., superando l'impostazione tradizionale restrittiva.

In particolare, l'Adunanza Plenaria sottolinea come, proprio perché il canone di buona fede è posto a presidio della libertà della parte ad autodeterminarsi, la sua violazione prescinde da un'eventuale illegittimità del provvedimento. Ciò che rileva nell'ambito della responsabilità precontrattuale non è l'interesse legittimo sotteso al provvedimento, ma il diritto soggettivo della parte a compiere le proprie scelte confidando nel comportamento corretto e leale altrui.

Si vengono così a configurare due distinti regimi, l'uno riguardante la

(25) Cass. civ., SS. UU., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725.

(26) L'ipotesi si differenzia da quella *ex art. 1440 c.c.* sul dolo incidente, che non riguarda il comportamento omissivo della parte, che tace sulle circostanze che avrebbero comportato una stipulazione più conveniente per la controparte, bensì il comportamento attivo di raggiri, che sostanzialmente coincidono con la condotta penalmente rilevante della truffa, *ex art. 640 c.p.*

violazione delle norme di diritto pubblico, cui consegue l'illegittimità del provvedimento e il risarcimento per lesione dell'interesse legittimo, l'altro concernente la violazione delle norme di diritto comune - ossia dell'obbligo di buona fede - cui si ricollega l'illiceità del comportamento della p.a. e il risarcimento per lesione del diritto soggettivo.

Inoltre, la sentenza sottolinea come la necessità per la p.a. di rispettare tali norme di diritto comune non verrebbe meno neppure quando la p.a. eserciti poteri nell'ambito di un'attività autoritativa: un conto sarebbero infatti le norme di diritto pubblico che disciplinano precipuamente tale attività e che appunto comportano, se violate, l'illegittimità del provvedimento, altro sarebbero le norme di diritto comune relative al suo corretto comportamento, che si applicano alla p.a. a prescindere dall'attività svolta, sia essa autoritativa o meno.

Coerentemente con questa impostazione, vengono richiamate le pronunce con cui è stato disposto il risarcimento del danno a titolo di *culpa in contrahendo* a seguito di un legittimo annullamento d'ufficio avente ad oggetto un provvedimento favorevole (27).

Alla luce di una responsabilità così configurata, ovverosia come sanzione per un comportamento scorretto della pubblica amministrazione a prescindere dall'attività svolta in concreto e dal momento procedimentale in cui interviene la violazione del canone di buona fede, secondo l'opinione dell'Adunanza Plenaria *"risulterebbe eccessivamente restrittiva e, per molti versi contraddittoria, la tesi secondo cui, nell'ambito dei procedimenti di evidenza pubblica, i doveri di correttezza (e la conseguente responsabilità precontrattuale dell'amministrazione in caso di loro violazione) nascono solo dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione"* (28).

Aderendo alla tesi contraria proposta dalla Sezione remittente, si assisterebbe ad un'eccessiva e irragionevole svalutazione del legittimo affidamento ingenerato nei privati, che abbiano inutilmente e incolpevolmente fatto affidamento sulla procedura di gara.

A sostegno di questa considerazione, la sentenza richiama le pronunce della Cassazione e dello stesso Consiglio di Stato espressione dell'indirizzo - minoritario - che ammette la configurabilità della *culpa in contrahendo* amministrativa anche nei confronti dei soggetti solo partecipanti alla gara e, quindi, ben prima del provvedimento definitivo di aggiudicazione. In tali sentenze si

(27) Si richiamano le cc.dd. "ordinanze gemelle", Cass. civ., SS.UU., 23 maggio 2011, nn. 6594, 6595, 6596, con cui si è affermata la giurisdizione del giudice ordinario nella controversia in cui *"il beneficiario di una concessione edilizia, annullata d'ufficio o su ricorso di altro soggetto in quanto illegittima, chieda il risarcimento dei danni subiti per avere confidato nella apparente legittimità della stessa, che aveva ingenerato l'incolpevole convincimento di poter legittimamente edificare"*. Si tratta di un'ipotesi particolare di comportamento scorretto della p.a., configurato quale "responsabilità da provvedimento favorevole".

(28) Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, par. 44.

legge che *“la disciplina in materia di culpa in contrahendo non necessita, infatti, di un rapporto personalizzato tra p.a. e privato, che troverebbe la sua unica fonte nel provvedimento di aggiudicazione, ma è posta a tutela del legittimo affidamento nella correttezza della controparte, che sorge sin dall’inizio del procedimento. Diversamente argomentando, l’interprete sarebbe invece costretto a scindere un comportamento che si presenta unitario e che conseguentemente non può che essere valutato nella sua complessità”* (29).

Inoltre, la necessità di valorizzare e tutelare il legittimo affidamento ingenerato nei privati da parte della p.a. è confermato dalle precise scelte legislative degli ultimi anni, che hanno inciso profondamente non solo su singoli istituti del diritto amministrativo, ma più in generale sul concreto atteggiarsi del rapporto tra amministrazione e cittadini.

Si fa riferimento anzitutto all’art. 1, comma 1, della legge sul procedimento amministrativo, come modificato dalla legge n. 15/2005 (30), che impone all’attività amministrativa di informarsi ai principi del diritto comunitario, tra i quali notoriamente spicca quello della tutela dell’affidamento (31).

In secondo luogo, rileva la nuova disciplina *ex art. 21-nonies* della legge n. 241/1990 (32) sul potere di annullamento d’ufficio, l’esercizio del quale,

(29) Cass. civ., Sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260. In tal senso, anche, Cons. St., Sez. VI, 7 novembre 2012, n. 5638: *“La fase di formazione dei contratti pubblici è caratterizzata dalla contestuale presenza di un procedimento amministrativo e di un procedimento negoziale. Il procedimento amministrativo è disciplinato da regole di diritto pubblico finalizzate ad assicurare il perseguimento, anche quando la p.a. agisce mediante moduli convenzionali, dell’interesse pubblico. Il procedimento negoziale è disciplinato da regole di diritto privato, finalizzate alla formazione della volontà contrattuale, che contempera normalmente un invito ad offrire della p.a. cui segue la proposta della controparte e l’accettazione finale della stessa p.a. La presenza di un modello formativo della predetta volontà contrattuale predefinito nei suoi profili procedurali mediante la scansione degli atti sopra indicati, che vede normalmente la presenza di più soggetti potenzialmente interessati al contratto, non rappresenta un ostacolo all’applicazione delle regole della responsabilità precontrattuale. Si è, infatti, in presenza di una formazione necessariamente progressiva del contratto, non derogabile dalle parti, che si sviluppa secondo lo schema dell’offerta al pubblico. Non è, dunque, possibile scindere il momento di sviluppo del procedimento negoziale limitando l’applicazione delle regole di responsabilità precontrattuale alla fase in cui il “contatto sociale” viene individualizzato con l’atto di aggiudicazione. Del resto, anche nel diritto civile il modello formativo dell’offerta al pubblico presuppone normalmente il “contatto” con una pluralità di “partecipanti” al procedimento negoziale. Diversamente argomentando l’interprete sarebbe costretto a scindere un comportamento che si presenta unitario e che conseguentemente non può che essere valutato nella sua complessità”*.

(30) Art. 1, comma 1, legge n. 241/1990: *“L’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di pubblicità e trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano i singoli procedimenti, nonché dai principi dell’ordinamento comunitario”*.

(31) *Ex multis*, CGCE, 3 maggio 1978, causa C-112/77, *Töpfer c. Commissione*.

(32) Art. 21-nonies della legge n. 241/1990: *“1. Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell’articolo 21-octies, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-octies, comma 2, può essere annullato d’ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell’adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi del-*

qualora riguardi provvedimenti favorevoli per i privati, non solo è soggetto al termine di 18 mesi, ma soprattutto deve considerare gli interessi dei soggetti beneficiari degli atti e il loro legittimo affidamento su di essi. In altri termini, per quanto il provvedimento sia illegittimo e sussista un interesse pubblico alla sua rimozione, attualmente tale interesse non necessariamente è destinato a prevalere su quello dei privati, ben potendo al contrario risultare cedevole. Si assiste quindi a una trasformazione radicale non solo dell'autotutela decisoria, ma del rapporto sottostante tra autorità e cittadino (33).

Infine, ulteriore manifestazione di questa tendenza è la previsione di cui all'art. 2-*bis*, comma 1, della legge n. 241/1990. In base a questa norma le pubbliche amministrazioni devono risarcire il danno ingiusto cagionato “*dall'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento*”. Secondo l'orientamento largamente prevalente, la disposizione ha introdotto la risarcibilità anche del c.d. danno da mero ritardo (34), ovvero del danno subito dal privato a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso al provvedimento. L'art. 2-*bis*, dunque, prescinde dalla lesione dell'interesse legittimo connesso al provvedimento tardivamente adottato, considerando solo la situazione di incertezza in cui il privato si trova a causa del ritardo. Situazione che, proprio come nel caso della *culpa in contrahendo*, è suscettibile di incidere negativamente sul diritto ad autodeterminarsi liberamente. Quest'ultimo viene quindi espressamente tutelato dalla norma che, in caso di dolo o colpa della p.a., ammette il risarcimento del danno.

In conclusione, alla luce del nuovo assetto che caratterizza i rapporti tra cittadino e amministrazione e della primaria importanza che riveste oggi il principio della tutela dell'affidamento nel nostro ordinamento, l'Adunanza Plenaria risolve il primo quesito sottoposto dalla Sezione remittente nel senso della configurabilità della responsabilità precontrattuale anche prima dell'aggiudicazione, con conseguente possibilità di risarcire i danni subiti da coloro

l'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo.

2. È fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole.

2-bis. I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445”.

(33) Sul punto vd., L. CARBONE, *La riforma dell'autotutela come nuovo paradigma dei rapporti tra cittadino e amministrazione pubblica*, intervento nell'ambito del Convegno “*La legge generale sul procedimento amministrativo: attualità e prospettive nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione*”, 20 marzo 2017, Palazzo Spada.

(34) Vd., da ultimo, Cons. St., Sez. IV, 11 gennaio 2019, n. 271.

che abbiano anche solo partecipato alla procedura di gara, senza risultare al suo esito come aggiudicatari.

Per quanto attiene alla seconda questione, ovverosia se, dopo la pubblicazione del bando, ai fini del riconoscimento di tale responsabilità, occorra avere riguardo solo al comportamento tenuto dall'amministrazione prima della stessa pubblicazione del bando, la sentenza ritiene che una tale limitazione della responsabilità non trovi alcun fondamento normativo e contrasti con il carattere atipico che qualifica l'illecito civile. In particolare, l'illecito civile si incentra sull'elemento dell'ingiustizia del danno (nel caso di responsabilità extracontrattuale) o dell'inadempimento dell'obbligazione (nel caso di responsabilità contrattuale), a prescindere dalle concrete modalità che hanno determinato la lesione.

Di conseguenza, deve concludersi che la valutazione circa la correttezza della condotta tenuta dalla p.a. debba estendersi anche ai momenti successivi alla pubblicazione del bando.

Risolte le due questioni sottoposte dalla Sezione remittente, l'Adunanza Plenaria si occupa infine dei rilievi applicativi dei principi di diritto sanciti.

In punto di riparto e di consistenza dell'onere probatorio, la sentenza chiarisce che, ai fini della condanna al risarcimento, il giudice deve valutare che sussistano tutti i presupposti costitutivi della fattispecie. In particolare, non è sufficiente che il privato dimostri il suo incolpevole affidamento, ma deve essere fornita la prova che la condotta della p.a. sia oggettivamente contraria a buona fede e che tale condotta sia soggettivamente ascrivibile all'amministrazione a titolo di dolo o quantomeno di colpa. Inoltre, il cittadino deve provare sia il danno-evento che il danno-conseguenza e i relativi nessi di causalità.

Si evidenzia dunque come le fattispecie che possono dar luogo alla responsabilità precontrattuale della p.a. non possano essere predeterminate *a priori*, dovendo al contrario essere oggetto di uno scrutinio puntuale da parte del giudice, che tenga conto di tutte le circostanze del caso concreto secondo la logica del *case by case*.

6. Conclusioni.

I principi espressi dall'Adunanza Plenaria assumono una significativa portata innovativa, rappresentando una tappa ulteriore nel lungo percorso che sta conducendo l'amministrazione pubblica a tenere in considerazione sempre maggiore gli interessi dei cittadini - seppure nel costante perseguimento degli interessi pubblici - al fine di costruire un rapporto che va evolvendosi nel senso della paritarietà.

L'orientamento assunto con la sentenza 4 maggio 2018, n. 5, si inserisce, infatti, nell'ambito del più generale processo di trasformazione che ha investito l'Amministrazione negli ultimi decenni e che va nella direzione di qualificare la stessa sempre meno come Autorità e sempre più come strumento posto al

servizio dei cittadini, attento dunque agli interessi e ai bisogni degli stessi (35).

Ulteriore profilo meritevole di attenzione riguarda altre due fattispecie evidenziate nella medesima sentenza dall'Adunanza Plenaria, seppure attraverso *obiter dicta*, accanto alla responsabilità precontrattuale di cui primariamente si occupa. In tali fattispecie, al fine di tutelare il legittimo interesse del privato, viene dato rilievo al comportamento scorretto tenuto dalla pubblica amministrazione: si tratta della cosiddetta responsabilità da provvedimento favorevole e della responsabilità per mero ritardo.

La responsabilità da provvedimento favorevole si configura laddove l'amministrazione rimuova in via di autotutela un illegittimo provvedimento ampliativo - favorevole, appunto - precedentemente concesso al privato. Si tratta di una fattispecie che si differenzia da quella della responsabilità precontrattuale vera e propria, in quanto il comportamento contrario a buona fede non interviene nel momento delle trattative o della formazione del contratto, ma nell'ambito dell'attività amministrativa vera e propria.

Come la responsabilità precontrattuale prima dell'aggiudicazione, anche tale forma di responsabilità ha tardato ad affermarsi, in quanto era convinimento diffuso che l'affidamento ingenerato nel privato sulla validità del provvedimento concessorio non fosse mai meritevole di tutela: essendo le disposizioni violate dal provvedimento illegittimo norme di carattere imperativo, si riteneva sussistente una presunzione assoluta di conoscenza in capo al privato. In altri termini, poiché il privato avrebbe dovuto conoscere l'illegittimità dell'atto, violativo di norme imperative, non si sarebbe mai potuto riconoscere un affidamento meritevole di tutela sulla stabilità e validità dello stesso.

Tale impostazione è stata superata dalle Sezioni Unite della Cassazione (36), che hanno evidenziato come il privato in questi casi non si affidi alla determinazione adottata da un soggetto qualunque, ma da un apparato qualificato, quale è l'amministrazione. Dunque, la giurisprudenza riconosce tutela risarcitoria a chi, pur non mettendo in discussione la legittimità del provvedimento di rimozione, vede comunque leso il proprio diritto soggettivo a che la pubblica amministrazione si comporti in modo conforme a buona fede oggettiva.

Il danno da mero ritardo è ipotesi espressamente richiamata dall'Adunanza Plenaria (37) quale esempio dell'evoluzione normativa compiuta nel senso di garantire una maggiore tutela dell'affidamento. Anche in questo caso,

(35) Sul punto, D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2000, p. 19. Secondo l'Autore, all'idea di una p.a. come autorità posta al di sopra dei cittadini si va sostituendo quella di una amministrazione che è «*in primo luogo funzione di servizio al cittadino*», alla quale sono inscindibilmente connessi caratteri di conoscibilità e responsabilità.

(36) Cass. civ., SS.UU., 23 maggio 2011, nn. 6594, 6595 e 6596.

(37) Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, par. 42.

la pretesa del cittadino non riguarda l'illegittimità degli atti adottati, seppure con ritardo, dall'amministrazione, ma appunto l'incertezza che tale ritardo ha generato nella posizione giuridica soggettiva.

In conclusione, si tratta di tre differenti ipotesi (responsabilità precontrattuale, responsabilità da provvedimento favorevole e responsabilità per danno da mero ritardo) in cui è riconosciuta tutela risarcitoria nei confronti di un diritto soggettivo, che viene sì leso da un comportamento della p.a. posto in essere nell'esercizio di attività autoritative, ma che non comporta alcuna illegittimità degli atti.

Ne deriva che le tre figure ora esaminate configurano un tipo di responsabilità civile dell'amministrazione che si differenzia tanto da quella più risalente, ovvero dalla responsabilità da lesione di diritti soggettivi per comportamenti materiali della p.a. o laddove la p.a. agisca *iure privatorum*, quanto da quella ordinaria, derivante dalla lesione di interessi legittimi, a causa dell'adozione di provvedimenti illegittimi.

Anche dal punto di vista sistematico emerge dunque la portata innovativa della sentenza in commento, trattando congiuntamente queste fattispecie di recente affermazione in cui la p.a., pur agendo nell'esercizio di poteri autoritativi, è obbligata a rispettare principi generali del diritto privato che, se violati, danno luogo a responsabilità e risarcimento del danno.

D'altra parte, però, non mancano alcune osservazioni che possono muoversi alla pronuncia.

In primo luogo, l'Adunanza Plenaria espressamente omette di occuparsi della qualificazione della natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità precontrattuale, affermando che *“la questione, non direttamente rilevante in questo giudizio (non essendo investita dai quesiti sollevati dall'ordinanza di rimessione), è oggetto di un dibattito giurisprudenziale e dottrinale dai risultati così controversi, da rendere inopportuno, in questa sede, ogni ulteriore approfondimento”*.

Tuttavia, anche se la questione non viene trattata in modo esplicito, di fatto parrebbe che l'Adunanza Plenaria propenda a favore della natura extracontrattuale, tenuto conto che l'onere probatorio posto a carico del privato sembra far concludere nel senso della riconduzione della responsabilità precontrattuale alla disciplina di cui all'art. 2043 c.c.

Infatti, secondo il criterio del riparto dell'onere della prova vigente nell'ambito della responsabilità aquiliana, il danneggiato è tenuto a provare tutti gli elementi costitutivi dell'illecito: il danno-evento, quale lesione della posizione giuridica soggettiva tutelata, il danno-conseguenza, ovvero il danno risarcibile, l'elemento soggettivo del dolo o della colpa che sorregge la condotta del danneggiante, nonché il nesso di causalità materiale, che lega la condotta del danneggiante al danno-evento, e il nesso di causalità giuridica, che lega invece il danno-evento al danno-conseguenza.

Tutti questi elementi sono espressamente richiamati dalla sentenza in commento, che ulteriormente specifica: “*occorre, dunque, che [il privato] dimostri che il comportamento scorretto dell’amministrazione ha rappresentato, secondo la logica civilistica del “più probabile che non”, la condicio sine qua non della scelta negoziale rivelatasi dannosa e, quindi, del pregiudizio economico di cui chiede il risarcimento. In altri termini, il privato deve fornire la prova che quelle scelte negoziali non sarebbero state compiute ove l’amministrazione si fosse comportata diversamente*” (38).

Tale impostazione suscita perplessità sotto due aspetti.

Innanzitutto, la riconduzione della responsabilità precontrattuale nell’ambito del principio del *neminem laedere* si scontra con quella visione, di più ampio respiro, che tende a valorizzare le posizioni giuridiche dei privati nei confronti della p.a. e a cui l’intera pronuncia sembra ispirarsi.

Infatti, la responsabilità extracontrattuale è tradizionalmente qualificata come responsabilità c.d. del passante, in cui incorre il soggetto che non è legato da alcun rapporto giuridico con il danneggiato prima del verificarsi del fatto illecito. In base a questa ricostruzione, dunque, nonostante a seguito del comportamento scorretto della p.a. sia riconosciuto il credito risarcitorio in capo al privato, quest’ultimo continua ad essere trattato come il *quisque de populo*, un soggetto che non ha alcun legame con la p.a.

Tale conclusione è difficilmente condivisibile, dal momento che al privato è riconosciuto il diritto al risarcimento proprio perché ha partecipato - inutilmente - alla procedura di gara indetta dall’amministrazione, con la quale dunque ha inevitabilmente instaurato un rapporto, seppur non “cristallizzato” dal provvedimento di aggiudicazione.

In secondo luogo, aderendo alla tesi della responsabilità aquiliana, l’Adunanza Plenaria sembra discostarsi dagli ultimi approdi giurisprudenziali che, invece, facendo ricorso alla figura del “contatto sociale qualificato”, tendono a ricondurre la responsabilità precontrattuale nell’ambito di quella contrattuale (39).

Tale indirizzo è stato accolto dalla giurisprudenza più recente, oltre che per il regime prescrizione più favorevole cui soggiace la responsabilità contrattuale, soprattutto per evitare che il danneggiato sia sottoposto allo stringente onere probatorio richiesto per l’illecito extracontrattuale. Diversamente, l’Adu-

(38) Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, par. 51.

(39) Vd., Cass. civ., 12 luglio 2016, n. 14188, nella quale si afferma che: “*La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione non ha natura extracontrattuale, ma deve correttamente inquadrarsi nella responsabilità di tipo contrattuale da “contatto sociale qualificato”, inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ai sensi dell’art. 1173 c.c., con conseguente applicazione del termini di prescrizione decennale di cui all’art. 2946 c.c.*”. Sul punto vd., anche, Cass. civ., 20 dicembre 2011, con nota di C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale, in Europa e diritto privato*, 2012, pp. 1233-1246.

nanza Plenaria pone a carico del danneggiato un onere della prova ancora più gravoso rispetto a quello previsto *ex art.* 2043 c.c.

Infatti, la sentenza non solo precisa che il danneggiato debba provare tutti gli elementi costitutivi dell'illecito civile, ma aggiunge anche che, in considerazione del fatto che *“il confine che segna la nascita della responsabilità precontrattuale rappresenta un delicato punto di equilibrio tra opposti valori meritevoli di tutela”* e che, nel caso specifico della p.a., *“è in gioco [...] anche l'interesse pubblico alla cui tutela è preordinato l'esercizio dei poteri di autotutela provvedimento sugli atti di gara”* (40), l'incolpevole affidamento del privato - già elemento costitutivo della fattispecie e quindi già oggetto di prova - debba essere valutato tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto.

Orbene, nel citare a titolo esemplificativo alcuni elementi che possono essere presi in considerazione dal giudice per valutare la sussistenza o meno di tale affidamento, la sentenza sembrerebbe porre a carico del cittadino ulteriori elementi oggetto di prova, quali il fatto che il privato abbia presentato l'offerta e la sua conoscenza o conoscibilità - secondo l'ordinaria diligenza - dei vizi che hanno comportato l'esercizio dell'autotutela.

Ancora, vengono menzionate ipotesi che ben potrebbero costituire, nel caso concreto, dei limiti alla possibilità di riconoscere una responsabilità precontrattuale della p.a., concernenti il tipo di evidenza pubblica, con particolare riferimento al grado di discrezionalità caratterizzante lo stesso, lo stato di avanzamento del procedimento nel momento in cui vengano ritirati gli atti di gara e la c.d. affidabilità soggettiva del partecipante, precisando che *“ad esempio, non sarà irrilevante verificare se avesse o meno i requisiti per partecipare alla gara di cui lamenta la mancata conclusione”* (41).

Il secondo profilo problematico è certamente quello di maggior rilievo.

L'Adunanza Plenaria recepisce infatti l'orientamento, ampiamente consolidato nella giurisprudenza ordinaria (42), che assume la netta separazione tra il piano della validità degli atti e quello della liceità dei comportamenti.

Tale indirizzo, da un lato, ha certamente permesso di riconoscere una *culpa in contrahendo* anche a prescindere dall'illegittimità del provvedimento, dall'altro, non può però sottacersi un convincente orientamento dottrinale, per il quale il medesimo indirizzo determinerebbe una scissione eccessivamente netta tra gli effetti che seguono alla violazione di norme di diritto pubblico e di quelli derivanti dalla violazione di norme di diritto privato (43).

(40) Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, par. 52.

(41) Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, par. 54.

(42) Cass., SS. UU., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725.

(43) M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2019, p. 391. In particolare, l'Autore evidenzia che *«la violazione di principi fondamentali come la correttezza, la buona fede, il legittimo affidamento, finirebbe per avere sull'attività amministrativa un impatto minore a quel che si riconosce all'infrazione di una norma specifica dettata da una legge di settore riconducibile alle regole pubblicistiche»*.

In particolare, la violazione di norme di diritto privato determina sempre e solo una tutela risarcitoria, ferme restando la validità e l'efficacia del provvedimento, anche qualora ad essere violati siano canoni generali, che informano l'intero ordinamento giuridico, come è nel caso dei principi di buona fede e correttezza. Diversamente, all'inosservanza di norme di diritto pubblico, seppur di rilievo minore, come nel caso di norme di dettaglio del tutto settoriali, fa seguito, ex artt. 21-*septies* e 21-*octies* della legge n. 241/1990, la nullità o l'annullabilità degli atti.

Secondo la summenzionata dottrina, invece, proprio alla luce del processo di trasformazione dell'Amministrazione e - di conseguenza - del rapporto che intercorre tra questa e i cittadini, nel solco del quale la stessa sentenza dell'Adunanza Plenaria sembrerebbe inserirsi, sarebbe auspicabile che la tutela del legittimo affidamento nell'ambito precontrattuale, che ora ha riconoscimento al solo fine risarcitorio, potesse in futuro configurarsi quale vero e proprio principio cui si informa tutta l'attività amministrativa. In questo modo, ove violato, tale principio potrebbe determinare non solo il risarcimento del danno, ma anche l'illegittimità del provvedimento amministrativo adottato (44).

In altri termini, anche considerando che la stessa sentenza afferma che *“il dovere di correttezza è un dovere reciproco, che grava, quindi, anche sul privato”* (45), caratterizzando il rapporto e la fattispecie nel loro complesso, la lesione del diritto potrebbe essere ricondotta, per esempio, ad una delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, oppure essere considerata quale ipotesi di violazione di legge, superando la rigida bipartizione, tra illiceità del comportamento da un lato e invalidità del provvedimento dall'altro, che invece la pronuncia ancora parrebbe condividere.

In definitiva, a fronte di una profonda apertura a livello di principi, l'Adunanza Plenaria sembra porre limitazioni considerevoli in punto di applicazione degli stessi nel caso concreto, che rischiano di diminuire significativamente l'effettività della loro portata innovativa.

(44) M. D'ALBERTI, *op. cit.*, p. 55. L'Autore sostiene che *«la violazione di norme e principi di origine privatistica, come la correttezza, può dar luogo anche ad invalidità del provvedimento amministrativo, o comunque della misura autoritativa. Ampi insegnamenti in tal senso sono da tempo venuti anche dai sistemi di common law, nei quali la violazione della fairness, sostanziale o procedurale, può comportare annullamento giudiziale della decisione amministrativa»*.

(45) Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, par. 53.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 4 maggio 2018 n. 5 - Pres. A. Pajno, Est. R. Giovagnoli - Regione Calabria (avv. G. Naimo) c. La Cascina Global Service s.r.l., Cardamone Group s.r.l. (avv. M. Perrone) e nei confronti di Azienda sanitaria provinciale (A.S.P.) di Cosenza (avv. A. Gangi) (Reg. Ric. A.P. n. 16/2017); La Cascina Global Service s.r.l. e Cardamone Group s.r.l. (avv. M. Perrone) c. Regione Calabria (avv. G. Naimo) e nei confronti S.I.A.R.C. s.p.a. (avv. F. Izzo), A.S.P. di Cosenza (avv. A. Gangi) (Reg. Ric. A.P. n. 17/2017).

FATTO

1. La Stazione Unica appaltante della Regione Calabria ha indetto una gara, suddivisa in sette lotti, per l'affidamento del servizio di ristorazione delle Aziende sanitarie e ospedaliere della Regione.

Il raggruppamento temporaneo di imprese "La Cascina Global Service s.r.l. - Cardamone Group s.r.l." ha partecipato alla gara in relazione al lotto n. 4, riguardante l'Azienda sanitaria di Cosenza, avente un valore stimato di € 18.927.347,40, per la durata di 36 mesi.

2. Il R.T.I. menzionato, cui è stato attribuito il punteggio più alto a seguito dell'esame dell'offerta tecnica, è stato escluso dalla gara per aver presentato un'offerta in aumento rispetto all'importo annuale dell'appalto.

Il R.T.I. La Cascina - Cardamone Group (di seguito anche solo R.T.I. La Cascina) aveva presentato, infatti, un'offerta economica pari ad euro 4.885.136,10 annui, corrispondente ad una percentuale di ribasso del 22,23% rispetto al valore stimato annuo dell'appalto, pari ad euro 6.309.115,80, tenuto conto della durata dell'appalto desumibile dal bando di gara (3 anni) e dell'importo complessivo previsto dal bando (riferito all'intera durata del contratto) pari ad euro 18.927.347,40.

Ad avviso della stazione appaltante, invece, la durata dell'appalto era pari a 48 mesi, tenuto conto che nel disciplinare di gara era prevista la possibilità di proroga per 12 mesi: pertanto, la stazione appaltante ha ritenuto che l'offerta presentata dal raggruppamento La Cascina - pari ad € 4.885.136,10 annui - sarebbe stata superiore a quella posta a base di gara (pari ad € 4.731.836,85) e dunque sarebbe stata inammissibile.

È stato escluso, per ragione analoga, anche l'unico altro concorrente rimasto in gara R.T.I. Innova S.p.a. - Ladisa S.p.a. (l'altro concorrente S.I.A.R.C. S.r.l., infatti, era stato già escluso in precedenza).

La gara è stata pertanto dichiarata deserta.

3. Con sentenza n. 1730 del 18 novembre 2015 il Tribunale amministrativo regionale della Calabria ha accolto il ricorso del R.T.I. La Cascina contro il provvedimento di esclusione. In sede di appello, il Consiglio di Stato, con sentenza n. 2497 del 10 giugno 2016, ha confermato l'accoglimento del ricorso, annullando definitivamente l'atto di esclusione.

4. La sentenza del Consiglio di Stato n. 2497 del 2016, in particolare, ha affermato quanto segue.

4.1. Dalla disamina degli atti costituenti la *lex specialis* di gara (bando, disciplinare, capitolato speciale di appalto), con riferimento specifico alla durata dell'appalto si evince in modo palese la contraddittorietà delle prescrizioni, atteso che:

a) il bando prevede l'importo di euro 18.927.347,40 e la durata di 36 mesi, il che comporta che il valore annuale dell'appalto è pari ad euro 6.309.115,80 ($18.927.347,40 : 3$);

b) il disciplinare di gara, dopo aver riportato il valore complessivo dell'appalto (pag. 5), a pagina 7 prevede che «la durata è di 36 mesi a decorrere dalla data di inizio del servizio, oltre 12 mesi opzionali di eventuale rinnovo, ai sensi dell'art. 29 del D.Lgs. 163/2006 e s.m.i.».

c) il capitolato speciale di appalto (art. 3, pag. 2) dispone, con riferimento alla durata contrattuale, che «*Il contratto avrà la durata di 3 (tre) anni, decorrenti, dalla sua sottoscrizione. L'Azienda si riserva la facoltà, qualora ne ravvisi l'opportunità, di chiedere all'aggiudicatario la prosecuzione del servizio per i tempi necessari per l'indizione ed all'aggiudicazione di una nuova procedura di gara, e comunque non oltre un anno dalla data di scadenza del contratto*».

d) i tre atti, quindi, contengono chiaramente precisazioni diverse tra loro: il bando non fa alcun cenno alla possibilità di proroga, il disciplinare la prevede in via eventuale e la fissa in un anno, il capitolato speciale la prevede come mera facoltà per la stazione appaltante per un periodo non tassativamente determinato, che può arrivare fino ad un anno.

4.2. In presenza di clausole del suddetto tenore, che contrastano l'una con le altre, non può condividersi la tesi della stazione appaltante secondo cui negli atti di gara non vi sarebbe stata né incertezza, né ambiguità in merito alla durata dell'appalto.

4.3. Sussiste in capo all'amministrazione che indice la gara l'obbligo di chiarezza (espressione del più generale principio di buona fede), la cui violazione comporta - in applicazione del principio di autoresponsabilità - che le conseguenze derivanti dalla presenza di clausole contraddittorie nella *lex specialis* di gara non possono ricadere sul concorrente che, in modo incolpevole, abbia fatto affidamento su di esse.

4.4. Il bando, il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto costituiscono, insieme, la *lex specialis* della gara ed hanno carattere vincolante non solo nei confronti dei concorrenti, ma anche dell'Amministrazione appaltante.

4.5. Gli atti della gara in questione - pur non essendo stati redatti in modo chiaro - vanno complessivamente interpretati nel loro senso letterale, attribuendo rilievo decisivo al fatto che il bando ha fissato il termine di «durata del contratto» in 36 mesi, pur prevedendo la «possibilità» della proroga per un anno.

4.6. Le partecipanti alla gara non avevano alcun onere di effettuare calcoli aritmetici per accertare se da altre previsioni del bando si sarebbe dovuta desumere una durata invece quadriennale del contratto: poiché grava sulla stazione appaltante il *clare loqui*, risulta del tutto ragionevole l'interpretazione del bando sulla durata triennale del contratto, rispetto alla quale l'Amministrazione avrebbe dovuto effettuare tutte le proprie valutazioni.

4.7. La richiamata previsione del bando, del resto, in ogni caso va considerata prevalente rispetto alle non univoche previsioni da esso richiamate, poiché - per la costante giurisprudenza - le disposizioni del capitolato speciale di appalto e quelle del disciplinare possono solo integrare, ma non modificare, quelle poste dal bando (cfr., tra le tante, Cons. Stato Sez. V 9 ottobre 2015 n. 4684; Cons. Stato Sez. IV, 3 maggio 2016, n. 1716; Cons. Stato Sez. V, 13 maggio 2014, n. 2248; Cons. Stato Sez. V, 24 gennaio 2013, n. 439).

4.8. Quanto alla non convenienza dell'offerta, in quanto superiore al prezzo pubblicato sull'Osservatorio, va rilevato che la non sostenibilità dell'impegno economico non poteva giustificare l'esclusione dalla gara della concorrente, potendo invece consentire l'adozione di altro genere di rimedi, quale, ad esempio, la revoca della gara (ovvero il suo annullamento, nel caso di rilevazione di un errore materiale in cui sia incorsa l'autorità nella predisposizione degli atti precedenti di indizione della gara).

5. La Stazione Unica appaltante, con provvedimento del 29 agosto 2016, anziché concludere la gara, ha disposto l'annullamento d'ufficio dei decreti n. 15575 del 15 novembre 2013 e n. 10959 del 13.10.2015, rispettivamente di indizione della gara e del decreto di approvazione degli atti di gara, entrambi nella parte relativa al Lotto n. 4, concernente il servizio di ristorazione dell'Azienda sanitaria provinciale di Cosenza.

Il provvedimento di autotutela ha richiamato, riportandone anche i passaggi motivazionali essenziali, le sentenze del T.a.r. Calabria (n. 1730/2015) e del Consiglio di Stato (n. 2497/2016), che avevano annullato il provvedimento di esclusione dalla gara, e ha dato atto della contraddittorietà (accertata dal giudicato) tra gli atti costituenti l'insieme della *lex specialis*. In particolare, l'annullamento d'ufficio è stato motivato sulla base delle seguenti considerazioni:

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

6. La Cascina Global Service s.r.l. e Cardamone Group s.r.l. hanno impugnato tale provvedimento, deducendone l'illegittimità e chiedendo l'annullamento, oltre che la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni.

7. Il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, in primo grado, ha respinto la domanda demolitoria ed ha, invece, accolto (sia pure in parte) la domanda, formulata in via subordinata dalle ricorrenti, tesa ad ottenere il risarcimento dei danni a titolo di responsabilità precontrattuale per violazione degli obblighi di buona fede incombenti sulle parti nel corso delle trattative.

8. Avverso la sentenza hanno interposto separati appelli sia la Regione Calabria che la Cascina Global Service S.r.l. - Cardamone Group S.r.l.

9. Con sentenza non definitiva 24 novembre 2017, n. 5491, la Sezione Terza del Consiglio di Stato ha:

a) riunito, ex art. 96, comma 1, Cod. proc. amm., i due appelli, avendo gli stessi ad oggetto la medesima sentenza.

b) rigettato i motivi dell'appello di Cascina Global Service S.r.l. e Cardamone Group S.r.l. concernenti il capo della sentenza con la quale il Tribunale amministrativo regionale aveva respinto la domanda di annullamento dei provvedimenti impugnati a mezzo del ricorso introduttivo;

c) sospeso il giudizio in ordine ai rimanenti motivi concernenti l'*an* e il *quantum* del disposto risarcimento;

d) dato avviso che con separata ordinanza sarebbe stata richiesto l'intervento dell'Adunanza Plenaria, dirimente ai fini della decisione dell'intero gravame proposto dalla Regione Calabria, nonché di parte del gravame proposto Cascina Global Service S.r.l. e Cardamone Group S.r.l.

10. Con l'ordinanza collegiale 24 novembre 2017, n. 515, la Terza Sezione ha rimesso all'Adunanza plenaria i seguenti quesiti:

“1. Se la responsabilità precontrattuale sia o meno configurabile anteriormente alla scelta del contraente, vale a dire della sua individuazione, allorché gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione;

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

11. La Sezione rimettente ha rilevato che sulla questione sussiste un contrasto giurisprudenziale che richiede un intervento nomofilattico dell'Adunanza Plenaria.

12. Ha ricordato che alcune pronunce del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. VI, 25 luglio 2012, n. 4236; Cons. Stato, sez. VI, 7 novembre 2012, n. 5638; Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831), hanno sostenuto la tesi (fatta propria anche dalla Corte di Cassazione: Cass. civ., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260) secondo cui la responsabilità precontrattuale è configurabile anche nella fase che precede la scelta del contraente, e, quindi, prima e a prescindere dall'aggiudicazione.

13. La Sezione ha, tuttavia, dato atto dell'esistenza di un orientamento giurisprudenziale successivo (Cons. Stato, sez. V, 21 agosto 2014 n. 4272; Cons. Stato, sez. III, 29 luglio 2015, n. 3748; Cons. Stato Sez. V, 21 aprile 2016, n. 1599; Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2017, n. 5146), secondo cui la responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione è connessa alla violazione delle regole di condotta tipiche della formazione del contratto e, quindi, non può che riguardare fatti svoltisi in tale fase; perciò la responsabilità precontrattuale non sarebbe configurabile anteriormente alla scelta del contraente, vale a dire della sua individuazione, allorché gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare solo un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della Pubblica amministrazione.

14. L'ordinanza di rimessione ha mostrato di aderire a tale secondo orientamento, di carattere più restrittivo.

15. A sostegno di tale conclusione, il giudice rimettente ha richiamato, in sintesi, i seguenti argomenti.

15.1. Innanzitutto, l'ordinanza di rimessione muove dalla qualificazione civilistica del bando di gara alla stregua di un'offerta al pubblico, rivolta ad una generalità indeterminata di destinatari (art. 1336 cod. civ.). Nel caso peculiare della gara, l'offerta di contratto è subordinata al superamento di una procedura di evidenza pubblica, all'esito della quale, non tutti, ma solo un soggetto potrà addivenire alla stipula del contratto, in guisa che sarebbe più appropriato qualificare la gara, nel suo esordio procedimentale, quale proposta di contratto *in incertam personam*.

15.2. Il giudice rimettente nega, inoltre, la possibilità di ravvisare una "trattativa" durante la fase pubblicistica dell'evidenza pubblica, essendo quest'ultima semplicemente una competizione intercorrente fra gli operatori economici sulla base di criteri preventivamente dettati dall'Amministrazione, finalizzata alla scelta del miglior offerente, unico soggetto ammesso a stipulare.

15.3. Pur riconoscendo l'instaurazione di un "contatto sociale" tra l'aspirante appaltatore e l'amministrazione procedente, la Sezione rimettente ritiene che esso sarebbe unicamente governato da regole di procedura pubblicistiche, imposte dalla legge e dalla *lex specialis* di gara, non da trattative.

Durante tale fase pubblicistica, invero, l'unico atto che è dato rinvenire e sussumere nel concetto di "trattative" o di "formazione del contratto", è l'iniziale proposta di contratto *in incertam personam*, veicolata attraverso il bando.

Per essa varrebbe, tuttavia, una disciplina affatto peculiare che, già sul piano civilistico, non darebbe rilievo alcuno alla buona fede dei destinatari, in assenza di concorrenti profili di illiceità nel comportamento del proponente. La proposta di contratto *in incertam personam* potrebbe, infatti, essere revocata (art. 1336, secondo comma, cod. civ.) senza soggiacere - proprio in ragione della indeterminatezza dei destinatari, e a differenza di quanto previsto per la proposta di contratto nei confronti di soggetti determinati (1328 cod. civ.) - alla regola per la quale "se l'accettante ne ha intrapreso l'esecuzione (n.d.r.: del contratto) prima di avere notizia della revoca, il proponente è tenuto ad indennizzarlo delle spese e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto".

La proposta di contratto *in incertam personam* sarebbe, in altri termini, sempre revocabile, purché la revoca sia stata fatta nella “*stessa forma o in forma equipollente*” (1336, secondo comma, cod. civ.) senza che ciò possa dare luogo ad indennizzi.

La giustificazione di ciò sarebbe da rivenirsi, prosegue l’ordinanza di rimessione, nella circostanza che nell’offerta al pubblico, a differenza della proposta individualizzata di contratto, la collettività o la platea indeterminata di aspiranti contraenti non riveste una posizione equiparabile a quella dell’oblato. Dunque, se non c’è malafede o colpa del proponente nel disporre la revoca, la sola buona fede dell’aspirante contraente non può giustificare alcuna forma di ristoro economico.

15.4. Secondo il Collegio rimettente, quindi, in questo ambito assumerebbe un rilievo assorbente la fase pubblicistica della competizione, elemento peculiare che mal si coniugherebbe con i riferimenti di cui all’art. 1337 cod. civ. (“trattative” e “formazione del contratto”).

La fase pubblicistica della competizione, caratterizzante l’attività contrattuale dell’amministrazione, rimarrebbe estranea alla formazione del contratto, poiché essa sarebbe strumentale all’individuazione del soggetto che ne costituirà parte, in assenza del quale neanche sarebbe ipotizzabile discorrere di “formazione di un contratto” (o di “trattative”).

15.5. Né varrebbe obiettare che, attraverso la partecipazione alla procedura, gli aspiranti diventerebbero determinati e conoscibili. L’obiezione non sposterebbe i termini della questione, poiché in questo caso la previa conoscenza degli aspiranti da parte del proponente sarebbe soltanto finalizzata alla valutazione dei requisiti e della conformità e bontà di quanto prospettato in sede di domanda di partecipazione rispetto ai *desiderata* dell’Amministrazione, nel quadro di una competizione in cui gli aspiranti non sarebbero “oblato”, bensì gareggierebbero per diventarlo.

15.6. In assenza dell’aggiudicazione, la buona fede del proponente potrebbe al più essere vagliata e giudicata con esclusivo riguardo al momento della formulazione della proposta. Solo ove si dimostri che al momento del bando, l’Amministrazione era già consapevole di non poter portare avanti la proposta di contratto *ad incertam personam* (ad esempio, per insussistenza dei fondi, per impossibilità della prestazione, etc.), il comportamento, in quanto afferente ad un elemento prenegoziale qual è la proposta, e quindi in ultima analisi alle trattative, potrebbe sussumersi nel disposto dell’art. 1337 cod. civ. ed estendersi a tutti i soggetti (inutilmente) partecipanti alla procedura.

In questa logica, dalla responsabilità precontrattuale per violazione della buona fede nelle “trattative” nei confronti di tutti i partecipanti dovrebbero, però, escludersi tutti i casi di autoannullamento della procedura per vizi di legittimità, di revoca per sopravvenuti motivi o di ritardo nell’adozione di tali atti, oltre che, più in generale, tutti i casi errore nella conduzione della procedura, rilevanti esclusivamente nei confronti dell’aggiudicatario, in quanto - questi sì - ricadenti nel procedimento di “formazione” del contratto.

16. In vista dell’udienza di discussione dinanzi all’Adunanza plenaria, le parti hanno depositato memorie difensive a sostegno delle rispettive posizioni.

17. Alla pubblica udienza del 14 marzo 2018 la causa è stata trattenuta la decisione.

DIRITTO

18. L’Adunanza plenaria ritiene che le questioni rimesse dalla Sezione Terza debbano essere risolte nel senso che: *a)* il dovere di correttezza e di buona fede oggettiva (e la conseguente responsabilità precontrattuale derivante dalla loro violazione) sia configurabile in capo all’Amministrazione anche prima e a prescindere dall’adozione del provvedimento di aggiudi-

cazione definitiva; b) tale responsabilità sia configurabile senza che possa riconoscersi rilevanza alla circostanza che la scorrettezza maturi anteriormente alla pubblicazione del bando oppure intervenga nel corso della procedura di gara.

19. La contraria tesi, verso cui propende l'ordinanza di rimessione (e la giurisprudenza in essa richiamata), muove dalla premessa teorica che il dovere di correttezza e di buona fede trovi il suo presupposto in una "trattativa" già in stato avanzato, tale da far sorgere un ragionevole affidamento nella conclusione del contratto (la c.d. "trattativa affidante"). In questa prospettiva, invero, si giustifica la conclusione secondo cui, nelle procedure ad evidenza pubblica, è soltanto l'aggiudicazione (definitiva) il momento a partire dal quale il partecipante alla gara può fare un ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto e, dunque, può dolersi del "recesso" ingiustificato dalle trattative che la stazione appaltante abbia posto in essere attraverso l'esercizio dei poteri di autotutela pubblicistici sugli atti di gara.

20. Tale premessa teorica sembra, in effetti, trovare un supporto nella formulazione testuale dell'art. 1337 cod. civ., che pone il dovere di correttezza in capo alle "parti" della "trattativa" e del "procedimento di formazione del contratto", a maggior ragione se tale norma viene letta alla luce dell'intenzione del legislatore storico, quale emergente dalla Relazione al Codice civile (paragrafo n. 612). Nell'intenzione originaria dei compilatori del codice civile del 1942, l'art. 1337 cod. civ. rappresentava un'espressione tipica della c.d. solidarietà corporativa, vale a dire di quel tipo di solidarietà che, come esplicitato nel citato paragrafo delle relazione illustrativa, unisce tutti i fattori di produzione verso la realizzazione della massima produzione nazionale.

L'originario legame che il legislatore storico aveva inteso instaurare tra il dovere di correttezza e i valori della c.d. solidarietà corporativa trovava una ancora più manifesta enfasi nell'art. 1175 c.c. che, nel prevedere il dovere di comportarsi secondo correttezza in capo ad entrambe le parti del rapporto obbligatorio, nella sua originaria formulazione (poi modificata dall'art. 3, secondo comma, del decreto legislativo luogotenenziale 14 settembre 1944, n. 287), richiamava testualmente *"le regole della correttezza in relazione ai principi della solidarietà corporativa"*.

21. Come è stato osservato in dottrina, rispetto al dovere di correttezza precontrattuale di cui all'art. 1337 cod. civ., la reazione negativa del legislatore nei confronti della attività prenegoziale di una delle parti trovava, dunque, la sua principale ragion d'essere nel fatto che quest'ultima, interrompendo la trattativa, impediva la nascita di quei valori meritevoli di tutela che il contratto (sfumato o invalidamente concluso) avrebbe perseguito.

Va richiamata, in questa prospettiva, anche l'originaria (e ormai anch'essa abbandonata) concezione della causa del contratto come funzione socio-economica, che postulava l'idea che l'autonomia negoziale dovesse necessariamente perseguire una funzione (non solo individualmente, ma) anche socialmente utile. Idea ulteriormente ribadita dall'art. 1322, secondo comma, cod. civ., che, nel riconoscere all'autonomia negoziale la possibilità di concludere contratti anche diversi dai tipi normativi, subordina(va), tuttavia, tale riconoscimento alla condizione, ulteriore rispetto alla mera liceità, che il contratto fosse comunque diretto a perseguire *"interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico"*.

L'originario significato di tale previsione è ben esplicitato, ancora un volta, dalla Relazione al Re in cui si legge (par. n. 603): *"l'ordine giuridico, infatti, non può apprestare protezione al mero capriccio individuale, ma a funzioni utili, che abbiano una rilevanza sociale e, come tali, meritino di essere tutelate dal diritto"*.

22. Nel contesto così descritto, i valori della dignità umana e della libertà, sia pur presenti, restavano, di fatto, assorbiti dal *prius* dell'interesse economico nazionale e dell'utilità sociale.

Queste considerazioni consentono di individuare la *ratio* “storica” degli articoli 1337 e 1338 cod. civ. L’ordinamento (codicistico), non essendosi attuato uno scambio economico meritevole di protezione, interveniva per ripristinare la situazione patrimoniale lesa. È manifesto, in tale impostazione, l’afflato economicistico e produttivistico: si apprestano strumenti risarcitori di fronte all’inutilizzazione (mancata conclusione del contratto) od allo sperpero (contratto invalido) di valori patrimoniali.

In questa ricostruzione storica, non è irrilevante sottolineare che la “positivizzazione” che gli articoli 1337 e 1338 cod. civ hanno dato alla c.d. responsabilità precontrattuale aveva rappresentato una novità rispetto al codice previgente, nel vigore del quale, la giurisprudenza e la dottrina prevalenti, influenzate dal “dogma volontaristico”, avevano per molto tempo ritenuto che il recesso dalle trattative fosse un diritto che non potesse essere sindacato e tanto meno dare vita all’obbligo di risarcire i danni all’altro contraente.

La specifica attenzione che il codice civile del 1942 volle, invece, dedicare al dovere di correttezza precontrattuale, e alla conseguente responsabilità derivante dalla sua trasgressione, si spiegava, quindi, proprio alla luce dello stretto rapporto esistente tra i doveri di correttezza precontrattuale e i valori della c.d. solidarietà corporativa.

23. È tuttavia noto come il superamento dell’ordinamento corporativo (e con esso del regime e della cornice ideologica nell’ambito del quale è maturato il codice civile del 1942), e il successivo avvento della Costituzione repubblicana abbiano determinato l’avvio di un processo (cui hanno contribuito tanto la dottrina quanto la giurisprudenza civilistica) di rilettura e rivisitazione, in un’ottica costituzionalmente orientata, di numerose disposizioni codicistiche, specie di quelle che, come l’art. 1337 cod. civ., utilizzano “clausole generali” (la buona fede appunto), destinate, per loro stessa natura, ad adeguarsi ai mutamenti che interessano l’ordinamento giuridico e la società civile.

Nel mutato quadro costituzionale, è affermazione largamente condivisa quella secondo cui il dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede rappresenta una manifestazione del più generale dovere di solidarietà sociale che trova il suo principale fondamento nell’articolo 2 della Costituzione (cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188).

24. Il generale dovere di solidarietà che grava reciprocamente su tutti i membri della collettività, si intensifica e si rafforza, trasformandosi in dovere di correttezza e di protezione, quando tra i consociati si instaurano “momenti relazionali” socialmente o giuridicamente qualificati, tali da generare, unilateralmente o, talvolta, anche reciprocamente, ragionevoli affidamenti sull’altrui condotta corretta e protettiva.

La teoria del “contatto sociale qualificato” - in disparte, in questa sede, la questione ampiamente dibattuta, se ed a quale condizioni il contatto possa assurgere a fonte “atipica” di obbligazione - ha avuto il merito di avere messo bene in luce il legame esistente tra l’ambito e il contenuto dei doveri di protezione e correttezza, da un lato, e il grado di intensità del momento relazionale e del conseguente affidamento da questo ingenerato, dall’altro.

Un ricorrente elemento che contribuisce a qualificare il contatto sociale come fonte di doveri puntuali di correttezza a tutela dell’altrui affidamento è certamente rappresentato dal particolare *status* - professionale e, talvolta, pubblicistico - rivestito dai protagonisti della vicenda “relazionale”.

Da chi esercita, ad esempio, un’attività professionale “protetta” (ancor di più se essa costituisce anche un servizio pubblico o un servizio di pubblica necessità) e, a maggior ragione, da chi esercita una funzione amministrativa, costituzionalmente sottoposta ai principi di imparzialità e di buon andamento (art. 97 Cost.), il cittadino si aspetta uno sforzo maggiore, in termini di

correttezza, lealtà, protezione e tutela dell'affidamento, rispetto a quello che si attenderebbe dal *quisque de populo*.

25. Nella moderna lettura costituzionalmente orientata, il dovere di correttezza ha così conquistato una funzione (ed un conseguente ambito applicativo) certamente più ampia rispetto a quella concepita dal codice civile del 1942.

La "funzione" del dovere di correttezza non è più tanto (o solo) quella di favorire la conclusione di un contratto (valido) e socialmente utile. Nel disegno costituzionale, che pone al centro l'individuo (art. 2 Cost.), l'attenzione si sposta dal perseguimento dell'utilità sociale alla tutela della persona e delle sue libertà.

In particolare, come la giurisprudenza civile ha in più occasioni avuto modo di evidenziare, il dovere di correttezza (nella sue proteiformi manifestazioni concrete) è, nella maggior parte dei casi, strumentale alla tutela della libertà di autodeterminazione negoziale, cioè di quel diritto (espressione a sua volta del principio costituzionale che tutela la libertà di iniziativa economica) di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali, senza subire interferenza illecite derivante da condotte di terzi connotate da slealtà e scorrettezza.

26. Il nuovo legame che così si instaura tra dovere di correttezza e libertà di autodeterminazione negoziale (che va a sostituire l'impostazione precedente che legava alla correttezza la tutela dell'interesse nazionale) impedisce allora di restringerne lo spazio applicativo alle sole situazioni in cui sia stato avviato un vero e proprio procedimento di formazione del contratto o, comunque, esista una trattativa che abbia raggiunto già una fase molto avanzata, tanto da far sorgere il ragionevole affidamento circa la conclusione del contratto.

Al contrario, la valenza costituzionale del dovere di correttezza impone di ritenerlo operante in un più vasto ambito di casi, in cui, pur eventualmente mancando una trattativa in senso tecnico-giuridico, venga, comunque, in rilievo una situazione "relazionale" qualificata, capace di generare ragionevoli affidamenti e fondate aspettative.

Si potrà discutere se, ed eventualmente in quali casi, a seconda dell'intensità e della pregnanza del momento relazionale e della forza dell'affidamento da esso ingenerato, la correttezza continui a rilevare come mera modalità comportamentale la cui violazione dà vita ad un illecito riconducibile al generale dovere del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 cod. civ., o diventi l'oggetto di una vera e propria obbligazione nascente dal "contatto sociale" qualificato. La questione, non direttamente rilevante in questo giudizio (non essendo investita dai quesiti sollevati dall'ordinanza di rimessione), è oggetto di un dibattito giurisprudenziale e dottrinale dai risultati così controversi, da rendere inopportuno, in questa sede, ogni ulteriore approfondimento.

27. Quello che, invece, preme sottolineare è che, a giudizio di questa Adunanza Plenaria, l'attuale portata del dovere di correttezza è oggi tale da prescindere dall'esistenza di una formale "trattativa" e, a maggior ragione, dall'ulteriore requisito che tale trattativa abbia raggiunto un livello così avanzato da generare una fondata aspettativa in ordine alla conclusione del contratto. Ciò che il dovere di correttezza mira a tutelare non è, infatti, la conclusione del contratto, ma la libertà di autodeterminazione negoziale: tant'è che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, il relativo danno risarcibile non è mai commisurato alle utilità che sarebbero derivate dal contratto sfumato, ma al c.d. interesse negativo (l'interesse appunto a non subire indebite interferenze nell'esercizio della libertà negoziale) o, eventualmente, in casi particolari, al c.d. interesse positivo virtuale (la differenza tra l'utilità economica ricavabile dal contratto effettivamente concluso e il diverso più e più vantaggioso contratto che sarebbe stato concluso in assenza dell'altrui scorrettezza).

28. A favore di questa nuova accezione del dovere di correttezza, prevalentemente legato alla

tutela della libertà negoziale (o, comunque, di profili della sfera personale o patrimoniale dell'individuo), si possono richiamare numerosi formanti giurisprudenziali.

29. In primo luogo, la tesi che il dovere di correttezza non sia diretto solo a favorire l'utile conclusione della trattativa (con un contratto valido) trova conferma nell'orientamento accolto dalle Sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza 19 dicembre 2017, n. 26725, che ha ritenuto configurabile la c.d. responsabilità precontrattuale da contratto valido ma svantaggioso. È il caso in cui il comportamento sleale non ha reso la trattativa inutile (perché il contratto è stato validamente concluso), ma il contraente che ha subito la scorrettezza (ad es. una reticenza informativa antidoverosa), lamenta che a causa di tale slealtà ha concluso un contratto (valido ma) economicamente pregiudizievole.

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

30. Ancora, la giurisprudenza civile ha individuato ipotesi in cui la c.d. responsabilità precontrattuale sussiste anche in capo al terzo, ravvisando, a certe condizioni - normalmente rappresentate dallo *status* professionale qualificato del terzo (intermediari finanziari, banche, professionisti, società di revisione) o, comunque, dal fatto che il terzo abbia un interesse qualificato alla positiva conclusione della trattativa - l'esistenza di un dovere di correttezza anche in capo a colui che non è "parte" rispetto ad una trattativa che si svolge *inter alios*.

30.1. Si fa riferimento, ad esempio, alla responsabilità da prospetto non veritiero, riconosciuta non solo (come accadeva in origine) in capo ai soggetti (società e amministratori in primo luogo) da cui promana il documento informativo rivelatosi falso o inattendibile, ma anche in capo agli intermediari finanziari (terzi rispetto alla trattativa e al futuro contratto di acquisto delle azioni) che sottoscrivano il prospetto accreditandolo presso gli investitori (cfr. Cass. Sez. Un. 8 aprile 2011, n. 8034).

30.2. Similmente, la responsabilità precontrattuale del terzo estraneo alla trattativa è stata ravvisata con riferimento alle c.d. lettere di *patronage* deboli, aventi contenuto meramente informativo (ad es. circa l'esistenza della posizione di influenza e circa le condizioni patrimoniali, economiche e finanziarie del patrocinato). Il patrocinante viene, infatti, ad inserirsi nello svolgimento di trattative avviate tra altri soggetti proprio al fine di agevolarne la positiva conclusione, creando così ragionevoli aspettative sul buon esito dell'operazione; la sua posizione è quindi ben diversa da quella di un terzo che "accidentalmente" venga ad interferire in una vicenda precontrattuale a lui estranea, e tale diversità è sufficiente a giustificare l'applicazione di quelle regole di diligenza, di correttezza e di buona fede, dettate proprio al fine di evitare che gli interessi di quanti partecipano alle trattative possano essere pregiudicati

da comportamenti altrui scorretti (art. 1337 cod. civ.) o anche negligenti (art. 1338 cod. civ.) (in questi termini, ad esempio, Cass. civ., sez. I, 27 settembre 1995, n. 10235).

30.3. In questa prospettiva, merita di essere segnalata anche la giurisprudenza che ha riconosciuto la responsabilità civile della società di revisione per erronea certificazione dello stato patrimoniale di una società (compiuta su incarico di quest'ultima) nei confronti di acquirenti di quote societarie, che non avrebbero stipulato il contratto, ove avessero conosciuto il reale ed inferiore valore della società (cfr. Cass. civ., sez. III, 18 luglio 2012, n. 10403).

31. Non va, inoltre, dimenticato che da sempre la giurisprudenza individua doveri di correttezza precontrattuale che trascendono il recesso dalle trattative (o la mancata comunicazione di cause di invalidità di cui all'art. 1338 cod. civ.). Si pensi ad esempio alle ipotesi di responsabilità precontrattuale per violazione dei doveri di riservatezza (per aver rivelato informazioni riservate acquisite durante la trattativa, a prescindere dal suo livello di avanzamento) o di custodia (nei casi in cui, ad esempio, ad una parte della trattativa è data la possibilità di visionare e di usare il bene oggetto dell'eventuale contratto). Nell'uno e nell'altro caso, la scorrettezza precontrattuale non incide sulla conclusione del contratto, ma sulla tutela dei diritti patrimoniali e personali dell'altra "parte" della trattativa.

32. Questo progressivo ampliamento del dovere di correttezza (anche a prescindere dall'esistenza di una trattativa precontrattuale in senso stretto) ha trovato riscontro anche rispetto all'attività autoritativa della pubblica amministrazione sottoposta al regime del procedimento amministrativo, quando a dolersi della scorrettezza è proprio il privato che partecipa al procedimento.

La giurisprudenza, sia civile che amministrativa, ha, infatti, in più occasioni affermato che anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), ma anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza (cfr., fra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 6 febbraio 2013, n. 633; Cons. Stato, sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; Cons. Stato, ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6; Cass. civ., sez. un. 12 maggio 2008, n. 11656; Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636; Cass. civ., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15250).

Da qui l'ordinaria possibilità che una responsabilità da comportamento scorretto sussista nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo che conclude il procedimento.

33. Come è stato efficacemente rilevato in dottrina, in questi casi il provvedimento amministrativo è un frammento legittimo di un mosaico connotato da una condotta complessivamente superficiale, violativa dei più elementari obblighi di trasparenza, di attenzione, di diligenza, al cospetto dei quali si stagliano i corrispondenti diritti soggettivi di stampo privatistico. Si tratta, in altri termini, di una responsabilità da comportamento illecito, che spesso non si traduce in provvedimenti illegittimi, ma, per molti versi, presuppone la legittimità dei provvedimenti che scandiscono la parabola procedurale.

34. Nell'ambito del procedimento amministrativo (e del procedimento di evidenza pubblica in particolare) regole pubblicistiche e regole privatistiche non operano, dunque, in sequenza temporale (prime le une e poi le altre o anche le altre). Operano, al contrario, in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso di rispettiva violazione.

Le regole di diritto pubblico hanno ad oggetto il provvedimento (l'esercizio diretto ed immediato del potere) e la loro violazione determina, di regola, l'invalidità del provvedimento adottato. Al contrario, la regole di diritto privato hanno ad oggetto il comportamento (collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del potere) complessivamente tenuto dalla stazione appaltante nel corso della gara. La loro violazione non dà vita ad invalidità provvedimento, ma a responsabilità. Non diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la P.A. le regole di correttezza e buona fede non sono regole di validità (del provvedimento), ma regole di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto).

35. In tale direzione si inserisce il recente orientamento giurisprudenziale con il quale le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno ammesso, ad esempio, la configurabilità (anche al di fuori dall'ambito dei procedimenti amministrativi finalizzati alla conclusione di un contratto) di una responsabilità dell'amministrazione da provvedimento favorevole poi annullato in via giurisdizionale o per autotutela (cfr. Cass. civ., sez. un., ordinanze "gemelle" 23 maggio 2011, nn. 6594, 6595, 6596; Cass. civ., sez. un., 22 gennaio 2015, n. 1162 e Cass. civ., sez. un., 4 settembre 2015, n. 17586).

In tali pronunce si afferma chiaramente che nei casi in cui, successivamente alla rimozione del provvedimento favorevole, il privato beneficiario prospetti di aver subito un danno ingiusto per avere confidato nella legittimità del provvedimento ed aver regolato la sua azione in base ad esso, la relativa responsabilità dell'amministrazione si connota come responsabilità da comportamento da violazione del diritto soggettivo all'integrità patrimoniale (*recte*: alla libertà di autodeterminazione negoziale). Il privato, infatti, lamenta che l'agire scorretto dell'amministrazione ha ingenerato un affidamento incolpevole sulla legittimità del provvedimento attributivo del beneficio e, quindi, sulla legittimità della conseguente attività negoziale (onerosa per il patrimonio del privato) posta in essere in base al provvedimento. Attività che, invece, una volta venuto meno il provvedimento, si rivela, perché anch'essa travolta dalla sua illegittimità, come attività inutile e, quindi, fonte - in quanto onerosa - di perdite o mancati guadagni. In questi casi, hanno precisato le Sezioni Unite, il provvedimento viene in considerazione come elemento di una più complessa fattispecie (di natura comportamentale) che è fonte di responsabilità solo se e nella misura in cui risulti oggettivamente idonea ad ingenerare un affidamento incolpevole, sì da indurlo a compiere attività e a sostenere costi incidenti sul suo patrimonio nel positivo convincimento della legittimità del provvedimento.

36. In questa prospettiva devono essere lette anche le sentenze con le quali la Corte di Cassazione, superando il precedente più restrittivo orientamento (espresso ad esempio da Cass. civ., sez. II, 10 gennaio 2013, n. 477; Cass. civ., sez. III, 10 giugno 2015, n. 12313; Cass. civ., sez. un. 26 maggio 1997, n. 4673), ha espressamente affermato che il dovere di correttezza e buona fede (e l'eventuale responsabilità precontrattuale in caso di sua violazione) sussiste, prima e a prescindere dell'aggiudicazione, nell'ambito in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica strumentale alla scelta del contraente, che si pone quale strumento di formazione progressiva del consenso contrattuale nell'ambito di un sistema di *"trattative (c.d. multiple o parallele) che determinano la costituzione di un rapporto giuridico sin dal momento della presentazione delle offerte, secondo un'impostazione che risulta rafforzata dalla irrevocabilità delle stesse"* (cfr. Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636; Cass. civ., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260; in termini, nella giurisprudenza amministrativa, cfr., fra le altre, Cons. Stato, sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831).

La giurisprudenza in esame ha condivisibilmente precisato che *"la disciplina in materia di*

culpa in contrahendo non necessita, infatti, di un rapporto personalizzato tra p.a. e privato, che troverebbe la sua unica fonte nel provvedimento di aggiudicazione, ma è posta a tutela del legittimo affidamento nella correttezza della controparte, che sorge sin dall'inizio del procedimento. Diversamente argomentando, l'interprete sarebbe invece costretto a scindere un comportamento che si presenta unitario e che conseguentemente non può che essere valutato nella sua complessità" (così testualmente Cass. civ., sez. un. n. 15260/2014, cit.).

37. Merita, in tale contesto, di essere richiamata anche la recente sentenza di questo Consiglio di Stato (sez. VI, 6 marzo 2018, n. 1457) che ha espressamente evocato un modello di pubblica amministrazione, come si è andato evolvendo nel diritto vivente, permeato dai principi di correttezza e buona amministrazione, desumibili dall'art. 97 della Costituzione. Un modello in cui, *"alla tradizionale ed imprescindibile funzione di garanzia di legalità nel perseguimento dell'interesse pubblico, la funzione amministrativa viene a rivestire anche un ruolo di preminente importanza per la creazione di un contesto idoneo a consentire l'intrapresa di iniziative private, anche al fine di accrescere la competitività del Paese nell'attuale contesto internazionale, secondo la logica del confronto e del dialogo tra P.A. e cittadino"*. In altri termini, precisa la citata sentenza, *"l'evoluzione del modello costituzionale impone di tener conto che l'attività amministrativa produce sempre un "impatto" sulla sfera dei cittadini e delle imprese (ne è confermata l'emersione del principio di accountability)"*.

38. Anche il legislatore, del resto, ha mostrato un'aperta adesione alla tesi secondo cui i doveri di correttezza e di lealtà gravano sulla pubblica amministrazione anche quando essa esercita poteri autoritativi sottoposti al regime del procedimento amministrativo.

39. Innanzitutto, l'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (nella versione risultante inseguito alla riforma introdotta dall'art. 1 della legge 11 febbraio 2015, n. 15) assoggetta l'attività amministrativa ai principi dell'ordinamento comunitario, tra i quali assume un rilievo primario la tutela dell'affidamento legittimo. È noto, infatti, come il principio della tutela dell'affidamento, sebbene non espressamente contemplato dai Trattati, sia stato più volte affermato dalla Corte di giustizia (a partire dalla sentenza *Topfer* del 3 maggio 1978, C-12/77), che lo ha elevato al rango di principio dell'ordinamento comunitario.

40. Sono, inoltre, emblematiche di tale tendenza tutte le riforme ispirate alla semplificazione e alla trasparenza dell'attività amministrativa, non ultima la l. n. 124 del 2015, intervenuta, tra le altre cose, sui presupposti del potere di autotutela, che deve sempre considerare l'affidamento del privato rispetto a un precedente provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica e sul quale basa una precisa strategia imprenditoriale (cfr. art. 21-*nonies*, comma 1, l. n. 241 del 1990, come modificato dall'art. 25, comma 1, lettera b-*quater*, l. n. 164 del 2014, e poi dall'art. 6, comma 1, l. n. 124 del 2015; nonché l'art. 21-*quinquies*, come modificato dall'art. 25, comma 1, lettera b-*ter*, l. n. 164 del 2014).

41. Un esplicito richiamo, sebbene settoriale, al *"principio della collaborazione e della buona fede"* si trova poi nell'art. 10 dello Statuto del contribuente approvato con la legge n. 212 del 2000.

42. In maniera ancora più significativa rispetto alla questione oggetto del presente giudizio, l'art. 2-bis, comma 1, della legge n. 241/1990 (introdotto dall'art. 28, comma 10, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazione dalla legge 9 agosto 2013, n. 98), ha espressamente previsto che *"le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento"*.

Secondo l'interpretazione più accreditata, con tale norma il legislatore - superando per *tabulas*

il diverso orientamento in passato espresso dalla sentenza dell'Adunanza plenaria 15 settembre 2005, n. 7 - ha introdotto la risarcibilità (anche) del c.d. danno da mero ritardo, che si configura a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento (ad esempio, il diniego di autorizzazione o di altro provvedimento ampliativo adottato legittimamente, ma violando i termini di conclusione del procedimento).

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

Anche in questo caso viene, quindi, in rilievo un danno da comportamento, non da provvedimento: la violazione del termine di conclusione sul procedimento di per sé non determina, infatti, l'invalidità del provvedimento adottato in ritardo (tranne i casi eccezionali e tipici di termini "perentori"), ma rappresenta un comportamento scorretto dell'amministrazione, comportamento che genera incertezza e, dunque, interferisce illecitamente sulla libertà negoziale del privato, eventualmente arrecandogli ingiusti danni patrimoniali.

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

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

Alla luce della concezione c.d. rimediale del risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo (abbracciata dalla Corte costituzionale nella storica sentenza n. 204 del 2004 e ripresa dall'art. 7 del Codice del processo amministrativo), la previsione per il danno da ritardo della giurisdizione esclusiva implica necessariamente la (e si giustifica alla luce della) qualificazione in termini di diritto soggettivo della situazione giuridica lesa dal ritardo dell'amministrazione. La tesi trova ulteriore conferma nell'articolo 2 della legge n. 241 del 1990, che sottrae il tempo del procedimento alla disponibilità dell'amministrazione e, di conseguenza, riconosce che la pretesa al rispetto del termine assume la consistenza di un diritto soggettivo (un modo di essere della libertà di autodeterminazione negoziale) a fronte della quale l'amministrazione non dispone di un potere ma è gravata da un obbligo.

44. Da tale quadro giurisprudenziale e normativo emerge, quindi, che i doveri di correttezza, lealtà e buona fede hanno un ampio campo applicativo, anche rispetto all'attività procedimentalizzata dell'amministrazione, operando pure nei procedimenti non finalizzati alla conclusione di un contratto con un privato.

In tale contesto, pertanto, risulterebbe eccessivamente restrittiva e, per molti versi contraddittoria, la tesi secondo cui, nell'ambito dei procedimenti di evidenza pubblica, i doveri di

correttezza (e la conseguente responsabilità precontrattuale dell'amministrazione in caso di loro violazione) nascono solo dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione.

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

45. Non sono decisivi, in senso contrario, nemmeno gli argomenti strettamente civilistici che l'ordinanza di rimessione desume dalla considerazione secondo cui il bando di gara andrebbe qualificato alla stregua di un'offerta al pubblico, alla quale non sarebbe applicabile l'art. 1328, primo comma, cod. civ., che prevede, solo in capo a colui che revoca la proposta individualizzata, l'obbligo di indennizzare l'accettante in buona fede *"delle spese e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto"*.

46. Va, in primo luogo, evidenziato che l'obbligo di indennizzo previsto dall'art. 1328, primo comma, cod. civ., a carico del revocante la proposta contrattuale non costituisce un'ipotesi di responsabilità precontrattuale, ma una forma di responsabilità da atto lecito dannoso: l'obbligo indennitario prescinde, infatti, dalla violazione delle regole di correttezza e sussiste solo per l'affidamento suscitato dalla proposta revocata. Il *quantum* dell'indennizzo, infatti, non copre interamente il danno subito, ma è circoscritto solo alle spese e alle perdite riconducibili all'inizio di esecuzione.

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

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

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

48. Per ragioni analoghe a quelle fino ad ora esposte, merita di essere risolto in termini negativi anche il secondo quesito che l'ordinanza di rimessione ha posto all'attenzione di questa Aduanza plenaria, ovvero se la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nella fase anteriore all'aggiudicazione debba riguardare esclusivamente il comportamento anteriore al bando, e, quindi, debba essere circoscritta alle ipotesi in cui l'amministrazione ha fatto sì che il bando venisse pubblicato nonostante fosse conosciuto o conoscibile che non vi erano i presupposti indefettibili.

49. La limitazione, prospettata (in via subordinata) dall'ordinanza di rimessione, della responsa-

bilità dell'amministrazione ai soli comportamenti anteriori al bando è volta ad introdurre, aprioristicamente e in astratto, limitazioni di responsabilità che non trovano fondamento normativo e che contrastano con l'atipicità (delle modalità di condotta) che caratterizza l'illecito civile.

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

Deve, pertanto, ritenersi che la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione possa configurarsi anche prima dell'aggiudicazione e possa derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai più volte richiamati doveri di correttezza e buona fede.

50. Le pur meritorie preoccupazioni (legate al timore di una estensione eccessiva e ingiustificata della responsabilità della p.a.), che hanno indotto la Sezione rimettente a sostenere la tesi restrittiva, non possono, quindi, essere affrontate introducendo aprioristiche e ingiustificate limitazioni di responsabilità, ma vanno superate attraverso una rigorosa verifica, da svolgersi necessariamente in concreto, circa l'effettiva sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie generatrice del diritto al risarcimento del danno.

51. A tal fine, è opportuno precisare che affinché nasca la responsabilità dell'amministrazione non è sufficiente che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva (ovvero che egli abbia maturato un affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose).

Oltre alla puntuale verifica dell'esistenza dell'affidamento incolpevole, occorrono gli ulteriori seguenti presupposti:

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

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

c) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità rispetto alla condotta scorretta che si imputa all'amministrazione. Occorre, dunque, che dimostri che il comportamento scorretto dell'amministrazione ha rappresentato, secondo la logica civilistica del "più probabile che non", la *condicio sine qua non* della scelta negoziale rivelatasi dannosa e, quindi, del pregiudizio economico di cui chiede il risarcimento. In altri termini, il privato deve fornire la prova che quelle scelte negoziali non sarebbero state compiute ove l'amministrazione si fosse comportata correttamente.

52. La necessità di definire e accertare con rigore tali elementi costitutivi trova riscontro nella

considerazione che il confine che segna la nascita della responsabilità precontrattuale rappresenta un delicato punto di equilibrio tra opposti valori meritevoli di tutela. Si tratta, per certi versi, del momento di incontro tra due diverse manifestazioni della stessa libertà negoziale: da un lato, quella di chi subisce il recesso dalle trattative (o, comunque, la lesione dell'affidamento sulla serietà delle stesse), dall'altro, la libertà contrattuale di chi, prima dell'insorgenza del vincolo contrattuale, decide di interrompere il procedimento di formazione del contratto.

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

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

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

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

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

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

Solo a titolo esemplificativo, si può, tuttavia, evidenziare la necessità di valutare con particolare attenzione in sede applicativa i seguenti profili, che rappresentano significativi sintomi in grado di condizionare il giudizio sull'esistenza dei sopra richiamati presupposti della responsabilità: *a)* il tipo di procedimento di evidenza pubblica che viene in rilievo (anche tenendo conto dei diversi margini di discrezionalità di cui la stazione appaltante dispone a seconda del criterio di aggiudicazione previsto dal bando); *b)* lo stato di avanza-

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

55. Alla luce delle considerazioni che precedono, l'Adunanza plenaria enuncia i seguenti principi di diritto:

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

2. Nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dell'aggiudicazione, nell'ambito in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento.

3. La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione può derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai doveri di correttezza e buona fede.

4. Affinché nasca la responsabilità dell'amministrazione non è sufficiente che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva (ovvero che egli abbia maturato un affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose), ma occorrono gli ulteriori seguenti presupposti: a) che l'affidamento incolpevole risulti lesa da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà; b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo; c) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità fra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all'amministrazione.

56. Il Collegio, enunciati i principi di diritto di cui ai punti che precedono, restituisce, anche per la statuizione sulle spese della presente fase, il giudizio alla Sezione remittente, ai sensi dell'articolo 99, comma 4, Cod. proc. amm.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti, come in epigrafe proposti, enuncia i principi di diritto di cui al paragrafo 55, punti 1, 2, 3, e 4, della motivazione e rimette per il resto il giudizio alla Sezione rimettente ai sensi dell'art. 99, comma 4, Cod. proc. amm.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 marzo 2018.