

Quaderni di Diritto Mercato Tecnologia



Direttore Scientifico
Alberto Maria Gambino

COMITATO SCIENTIFICO

Guido Alpa
Vincenzo Di Cataldo
Giusella Finocchiaro
Giorgio Florida
Gianpiero Gamaleri
Alberto M. Gambino
Gustavo Ghidini
Andrea Guaccero
Mario Libertini
Francesco Macario
Roberto Mastroianni
Giorgio Meo

Cesare Mirabelli
Enrico Moscati
Alberto Musso
Luca Nivarra
Gustavo Olivieri
Cristoforo Osti
Roberto Pardolesi
Giuliana Scognamiglio
Giuseppe Sena
Salvatore Sica
Vincenzo Zeno-Zencovich
Andrea Zoppini

Rivista Scientifica

ISSN (Online edition): 2239-7442

QUADERNI DI

diritto mercato tecnologia



Ministero
dei beni e delle
attività culturali
e del turismo



CREDA

Centro di Ricerca
di Eccellenza per
il Diritto d'Autore

Numero 3
Anno IV
Luglio/Settembre 2014

CON CONTRIBUTI DI:

Emanuele Bilotti, Enrico Del Prato, Francesca Romana Lenzi, Enrico Moscati,
Andrea Nuzzi, Stefania Stefanelli, Mario Palma

Note in tema di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione. (commento a Consiglio di Stato, sez. III, 20 marzo 2014 n. 1365)

di

Mario Palma

Abstract

La sentenza in commento affronta il tema della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione a seguito dell'impugnazione della dichiarazione di inefficacia dell'atto di nomina di un promotore all'interno di un procedimento di realizzazione di opere pubbliche mediante project financing.

Il tema della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione è stato oggetto di una lunga e profonda evoluzione. Parte della giurisprudenza amministrativa ha infatti elaborato la tesi della responsabilità da contatto amministrativo; secondo tale orientamento, la responsabilità civile in capo all'amministrazione, ivi compresa la responsabilità precontrattuale, ha natura contrattuale nelle ipotesi di violazione degli obblighi procedurali. Tuttavia, la giurisprudenza amministrativa maggioritaria ha accolto la tesi della natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale, sostenuta anche dalla Cassazione. La sentenza in commento non sembra riconoscere in capo al ricorrente una posizione qualificata ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale della p.a. in ragione della legittimità dell'attività provvedimento posta in essere dall'amministrazione. Tale pronuncia sembra contrastare con la più recente giurisprudenza amministrativa secondo cui la valutazione della responsabilità precontrattuale della p.a. prescinde dalla valutazione della legittimità dell'atto.

The decision under review addresses the issue of pre-contractual liability of public administration arising from the challenge of the declaration of ineffectiveness of a promoter appointment deed within a proceeding concerning the performance of public works through project financing.

The theme of pre-contractual liability of public administration has been subject to a long and deep evolution. Indeed, part of the administrative case law has developed the theory of liability due to "contacts with public administration" ("responsabilità da contatto amministrativo"); according to such approach, the civil liability of a public administration, including the pre-contractual liability, is a contractual liability in cases of violation of procedural obligations. However, the majority administrative case law has supported the thesis of non-contractual nature of the pre-contractual liability, as also supported by the Supreme Court. The decision at issue does not seem to recognize to the applicant a qualified position for the configurability of the pre-contractual liability of the

administration due to the legality of the activities of the public administration within the proceeding. This decision appears to be in contrast with the recent administrative case law according to which the evaluation of pre-contractual liability of the public administration is independent from the assessment of the legality of the acts.

Sommario: 1. La sentenza n. 1365 del 20 marzo 2014 della III sezione del Consiglio di Stato. - 2. La responsabilità precontrattuale della p.a.: natura giuridica e ambito applicativo. - 3 La legittimità dell'attività amministrativa e la posizione del terzo idonea a generare affidamento.

1. La sentenza n. 1365 del 20 marzo 2014 della III sezione del Consiglio di Stato.

La sentenza n. 1365 del 20 marzo 2014 della III sezione del Consiglio di Stato affronta nuovamente la problematica della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione.

Il quadro normativo in cui la decisione del Consiglio di Stato si pone è quello delle procedure di realizzazione di opere pubbliche mediante *project financing* ai sensi della disciplina di cui alla legge n. 109/94 [1].

Nel caso in commento le società appellanti avevano originariamente presentato in data 29/6/01, alla ASL SA/1 una proposta di costruzione di un nuovo complesso ospedaliero da realizzarsi nel comune di Cava dé Tirreni, proposta che veniva inviata anche alla Regione Campania per sondare la disponibilità a cofinanziarne il progetto e che la ASL inseriva ai fini della sua realizzazione nel programma triennale dei lavori 2001-2003; successivamente, con delibera n. 1447 del 31/10/2001, la ASL stabiliva di nominare una commissione interna con il compito di esaminare gli aspetti finanziari dell'opera; infine, con delibera n. 1726 del 13/12/01 dichiarava la proposta delle ricorrenti di pubblico di interesse e le nominava "promotore" del progetto.

Tuttavia, la ASL, con nota n. 845 del 29/1/02, comunicava che l'Assessorato regionale alla Sanità riteneva che la proposta non potesse essere presa in considerazione in assenza del piano sanitario regionale; conseguenzialmente, la ASL, con delibera n. 1854 del 31/12/01, revocava la precedente delibera n. 1726. Con ulteriore delibera n. 542/02 la precedente deliberazione del 31.12.01 veniva modificata, precisando che tale provvedimento non aveva ad oggetto la revoca della nomina di promotore, bensì la declaratoria di inefficacia della nomina in conseguenza alla mancata autorizzazione regionale.

Avverso tali atti le società che avevano presentato il progetto ricorrevano al TAR Campania chiedendone l'annullamento ed il risarcimento dei danni.

Il TAR Campania Salerno, con la sentenza n. 91 del 2004, rigettava le domande proposte, ritenendo che correttamente l'amministrazione non potesse prescindere, per la realizzazione delle opere proposte dalle società private, dalla pianificazione regionale ai sensi della legge n. 132/68.

Il TAR precisava che l'amministrazione non era incorsa in responsabilità nel momento in cui aveva avviato un procedimento del *project financing* senza prima acquisire l'autorizzazione regionale e ciò in quanto, a parere del giudice di primo grado, l'illegittimità del comportamento dell'amministrazione è indispensabile per ottenere il risarcimento e poichè i provvedimenti impugnati erano legittimi, la pretesa risarcitoria risultava essere infondata.

Avverso la decisione del TAR Campania, le società ricorrenti presentavano appello dinanzi al Consiglio di Stato.

Le parti appellanti affermavano che dal tenore dei provvedimenti adottati dalla ASL si evinceva che il comportamento della Azienda Sanitaria aveva generato un forte affidamento in ordine alla positiva conclusione della procedura di *financing* [2] e che la nomina del promotore non era mai stata condizionata al rilascio della autorizzazione regionale.

Il comportamento dell'amministrazione secondo gli appellanti concretizzava, di conseguenza, una violazione del principio che impone alle parti di comportarsi secondo correttezza e buona fede ai sensi dell'art. 1337, violazione da cui sarebbe derivata una responsabilità di tipo precontrattuale in capo alla p.a..

La III sezione del Consiglio di Stato, con la decisione n. 1365 del 20 marzo 2014, ha rigettato l'appello proposto, poiché il giudice amministrativo ha rilevato come l'amministrazione sanitaria non avesse, ai sensi di legge, il potere di nominare il soggetto promotore senza la previa autorizzazione regionale ai sensi della legge n. 132/68, che rende vincolante la previa pianificazione a livello regionale della rete ospedaliera.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che le delibere dell'ASL Sa1 n. 1477 del 31 ottobre 2001 e n. 1726 del 13 dicembre 2001, che subordinavano, rispettivamente, l'efficacia della nomina del promotore alla condizione sospensiva del rilascio dell'autorizzazione regionale ed alla valutazione positiva degli aspetti tecnici e finanziari, non lasciassero dubbi ai soggetti privati presentatori circa la necessità di successive valutazioni ai fini del consolidarsi della loro posizione di promotori.

Il giudice di appello ha inoltre rilevato che il progetto proposto non ha mai ottenuto la dichiarazione di pubblica utilità, ritenendo, di conseguenza, che non si fosse concretizzato nessun affidamento sulla possibile realizzazione del progetto.

Gli appellanti avevano, con ulteriore motivo di appello, sostenuto che, anche ove il provvedimento di revoca (*rectius* di dichiarazione di inefficacia) della nomina a promotore fosse stato legittimo, la domanda risarcitoria avrebbe dovuto comunque essere accolta, in quanto la ASL sarebbe incorsa in responsabilità per violazione dei principi di correttezza e buona fede nelle attività precontrattuali, nel momento in cui aveva avviato un procedimento di *project financing*, senza

prima acquisire l'autorizzazione regionale. Sul punto, il Consiglio di Stato ha ritenuto infondate le eccezioni degli appellanti in ragione del potere riconosciuto all'amministrazione, ai sensi dell'art. 21-*quinquies* della legge n. 241 del 1990, di revocare, per sopravvenuti motivi di pubblico interesse oppure nel caso di mutamento della situazione di fatto o di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, un precedente provvedimento amministrativo quando ciò avvenga prima del consolidarsi delle posizioni delle parti.

In tal senso, il Consiglio di Stato ha rilevato che nel caso in commento, a seguito della statuizione di inefficacia della nomina del promotore disposta dalle deliberazioni dell'amministrazione sanitaria oggetto di impugnazione in primo grado, non sussiste alcuna lesione di una situazione giuridicamente protetta a seguito della mancata scelta, in quanto solo in ragione del consolidarsi della nomina si determina una immediata posizione di vantaggio per il soggetto prescelto e si concretizzano obblighi in capo all'amministrazione.

Dalla lettura della sentenza in commento emergono alcuni profili problematici, in particolare in relazione alla rilevanza dell'illegittimità dell'attività amministrativa come elemento pregiudiziale per l'accertamento della responsabilità precontrattuale e all'individuazione dei comportamenti che determinano il sorgere della responsabilità precontrattuale.

2.La responsabilità precontrattuale della p.a.: natura giuridica e evoluzione.

La responsabilità precontrattuale è disciplinata dall'art 1337 c.c.; tale disposizione, tuttavia, si limita a affermare che le parti debbano comportarsi secondo buona fede.

La dottrina ha nel tempo elaborato l'interpretazione dell'articolo 1337 al fine di determinare quale fosse l'ambito di operatività della norma [3].

Sulla base dell'obbligo di agire secondo lealtà e correttezza sono stati identificati una serie di comportamenti, sia positivi che negativi, da tenere ai sensi dell'art. 1337 c.c.

In una prima fase, l'interpretazione della norma citata era maggiormente restrittiva limitando l'ambito di applicazione della disposizione di cui all'art. 1337 alle sole ipotesi in cui la violazione degli obblighi di buona fede avesse quale risultato la stipula di un contratto invalido.

Successivamente, la giurisprudenza ha ampliato la portata della disposizione includendo la fattispecie della responsabilità per recesso ingiustificato dalle trattative; in particolare, la responsabilità sorge ove il comportamento di una delle parti abbia ingenerato nella controparte un ragionevole affidamento alla conclusione del contratto [4].

L'agire secondo buona fede impone inoltre ai sensi dell'art. 1338 c.c. [5] l'obbligo per la parti di fornire tutte le informazioni relative a possibili cause di invalidità del contratto [6].

Infine, va rilevato come ai sensi degli art. 1440 c.c., [7] che disciplina la fattispecie del c.d. dolo incidente, può sussistere una ipotesi di responsabilità precontrattuale anche a fronte di un contratto validamente stipulato [8].

Dunque, più in generale, secondo la giurisprudenza, l'art. 1337 c.c. non si riferisce alla sola ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative, ma ha valore di clausola generale, [9] il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso [10].

Circa la natura della responsabilità precontrattuale sussistono in dottrina e giurisprudenza due tesi: una prima tesi qualifica la responsabilità precontrattuale come responsabilità aquiliana; una seconda ritiene che la responsabilità precontrattuale abbia natura contrattuale [11].

È di tutta evidenza come la natura della responsabilità precontrattuale abbia una seria ricaduta in ambito applicativo.

La tesi della responsabilità contrattuale trova la sua giustificazione dal combinato disposto degli articoli 1337 e 1338 c.c. [12]; la fonte della responsabilità è rappresentata dalla violazione degli obblighi nascenti tra le parti in conseguenza del "contatto sociale qualificato", derivante dall'avvio delle trattative.

L'avvio delle trattative, dunque, è fatto idoneo a far sorgere l'obbligazione di comportarsi secondo buona fede [13].

Un diverso filone interpretativo afferma inoltre l'autonomia della responsabilità precontrattuale quale *tertium genus* [14]; tale argomentazione trova la sua giustificazione nella considerazione che le norme di cui agli art. 1337 e 1338 c.c. sarebbero state introdotte per la tutela di fattispecie specifiche che non possono essere ricondotte alle ipotesi della responsabilità contrattuale o extracontrattuale [15].

Infine, qualora si propenda per la natura aquiliana [16] ex art. 2043 della responsabilità precontrattuale, deve conseguenzialmente sottolinearsi come non essendovi ancora un contratto la responsabilità precontrattuale derivante dal mancato rispetto del precetto della buona fede non possa essere riconducibile alla violazione di obblighi giuridici, bensì, ovviamente alla violazione del principio generale del *neminem laedere* [17].

Circa la natura della responsabilità precontrattuale della p.a. la giurisprudenza amministrativa ha a sua volta offerto il proprio rilevante contributo.

Va, infatti, rilevato come parte della giurisprudenza amministrativa abbia elaborato la tesi della responsabilità da contatto amministrativo [18]; tale tesi, che richiama la teoria del contatto sociale qualificato, ha configurato la responsabilità civile in capo all'amministrazione, ivi comprese le fattispecie di responsabilità precontrattuale, come avente natura contrattuale nelle ipotesi di violazione degli obblighi procedurali [19].

Tuttavia, la giurisprudenza amministrativa maggioritaria ha accolto la tesi della natura extracontrattuale [20] della responsabilità precontrattuale, sostenuta dalla Corte di Cassazione sin dalla sentenza n. 500/99 [21].

In relazione allo specifico caso della responsabilità precontrattuale [22] della pubblica amministrazione, va inoltre determinato quale sia l'ambito di operatività della norma nell'attività amministrativa [23].

Indirizzi giurisprudenziali più risalenti [24] non consentivano di configurare ipotesi di responsabilità precontrattuale in capo alla pubblica amministrazione [25] in quanto si riteneva precluso indagare in merito alla configurabilità di tale fattispecie in ragione dell'insindacabilità della discrezionalità amministrativa.

Successivamente, la giurisprudenza ha ammesso che la responsabilità precontrattuale si potesse configurare, ma solo nell'ipotesi in cui l'amministrazione adottasse, quale modalità di selezione del contraente, la trattativa privata.

Secondo la tesi esposta, dinanzi all'esercizio del potere discrezionale della p.a. funzionale alla scelta del contraente mediante un procedimento amministrativo, il soggetto partecipante alla procedura è titolare di una mera posizione di interesse legittimo, che esclude in radice il dispiegarsi di una relazione negoziale nel cui ambito possa configurarsi la violazione del dovere dell'agire secondo buona fede [26].

L'estensione da parte della giurisprudenza dell'operatività dell'istituto della responsabilità precontrattuale alle fattispecie dei procedimenti ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, pur se ammessa in tempi più recenti, venne comunque limitata alla condizione che tale scelta fosse effettivamente avvenuta con l'aggiudicazione definitiva da parte della p.a. [27].

Tale orientamento, ponendosi nel solco della precedente impostazione, ammette infatti l'applicabilità della responsabilità precontrattuale ai procedimenti ad evidenza pubblica in quanto con l'aggiudicazione definitiva si instaurerebbe quel rapporto personalizzato tra privato e p.a. ritenuto necessario per configurare le trattative [28] e la conseguente responsabilità precontrattuale.

Va rilevato come tale tesi trovi la propria giustificazione nella concezione "binaria" del procedimento di scelta del contraente, regolato per una parte dalle norme procedurali amministrative e per la fase successiva dalle disposizioni che regolano le trattative tra soggetti posti in posizione paritaria [29].

La recente giurisprudenza amministrativa sembra però superare tale impostazione; in tal senso la sentenza n. 4236 del 2012 della VI sezione del Consiglio di Stato, che, superando ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale la rigida concezione binaria del procedimento di scelta del contraente [30], afferma che «tale modello 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» [31].

3. La legittimità dell'attività amministrativa e la posizione del terzo idonea a generare affidamento.

Nella sentenza n. 1365/14 in commento si analizzano due distinti profili legati alla responsabilità precontrattuale dell’amministrazione.

Un primo profilo si diparte dalla valutazione della legittimità degli atti impugnati; tale profilo è esaminato per valutare se dall’*iter* procedimentale seguito possano emergere profili di responsabilità precontrattuale come asserito dagli appellanti.

Il Consiglio di Stato analizza, in particolare, il problema concernente le conseguenze della violazione dell’obbligo dell’amministrazione sanitaria di attenersi alle decisioni della Regione Campania in materia di rete ospedaliera, obbligo sancito dalle disposizione della legge n. 132/68.

Secondo la ricostruzione operata dal Consiglio di Stato, l’amministrazione sanitaria ha correttamente subordinato la scelta definitiva del soggetto promotore all’ autorizzazione regionale.

Un secondo profilo concerne la sussistenza della responsabilità precontrattuale prescindendo dalla valutazione dell’illegittimità degli atti impugnati, quale manifestazione dunque della mera violazione degli obblighi comportamentali di buona fede.

In merito a entrambi i profili la decisione del Consiglio di Stato segue il medesimo approccio interpretativo, che non riconosce ai privati appellanti una posizione idonea all’insorgere dell’affidamento, con la conseguente responsabilità.

Nella sentenza in commento si afferma, infatti, che «la ASL non aveva alcuna autonoma possibilità di approvare e realizzare il progetto che rientrava nella pianificazione regionale, atteso anche, sotto altro profilo, che l’istituto del *project financing* non può ritenersi svincolato, a mente della legge n. 109/1994, art. 37-ter, dalla normativa di settore, essendo imposto alla amministrazione di verificare l’assenza di elementi ostativi alla realizzazione dell’opera».

L’inefficacia della deliberazione con cui la società proponente era nominata promotore deriva dal rispetto degli obblighi di legge da parte dell’amministrazione sanitaria; da qui discende la legittimità del provvedimento assunto in autotutela di revoca (di dichiarazione di inefficacia della nomina).

Il Consiglio di Stato sul punto sostiene che «Dunque, nel caso di specie la scelta del promotore può considerarsi come mai intervenuta, essendo essa stata comunque subordinata, nella deliberazione n. 1477 del 31 ottobre 2001 (non impugnata), alla “formale propedeutica autorizzazione alla realizzazione dell’opera” e, nella successiva deliberazione n. 1726 del 13 dicembre 2001 (che, anch’essa non impugnata, non dà comunque conto dello stato del procedimento autorizzatorio regionale avviato con la precedente deliberazione n. 1477), “alla

positiva valutazione e/o definizione degli aspetti tecnici e finanziari della proposta intervenuta».

Il Supremo giudice amministrativo ha ritenuto che nessuna responsabilità potesse derivare in capo all'amministrazione per l'effetto della revoca, in quanto correttamente la p.a. si è attenuta alle disposizioni di legge regolanti la materia.

Invero, la valutazione circa la legittimità degli atti posti in essere dall'amministrazione sanitaria è solo uno degli elementi presi in considerazione dal supremo giudice amministrativo; va rilevato, infatti, che il Consiglio di Stato sottolinea come il possibile sacrificio degli interessi privati derivante dal rispetto degli obblighi di legge sia stato costantemente portato all'attenzione dei proponenti il progetto.

Il Consiglio di Stato sottolinea come il comportamento tenuto dall'amministrazione non possa avere ingenerato nel privato un affidamento proprio in ragione delle particolarità del procedimento di formazione della decisione della p.a. in materia di scelta del promotore in ambito di *project financing*, peraltro rese note ai privati nelle deliberazioni impugnate [32].

Tale punto rimane fermo anche con riferimento al secondo motivo di ricorso esaminato nella sentenza in commento, che concerne il problema della configurazione della responsabilità precontrattuale della p.a. in ragione del contegno tenuto dall'amministrazione, a prescindere dall'illegittimità degli atti impugnati.

Sul punto la sentenza in commento appare significativa: «Essendo peraltro solo l'atto di scelta del promotore idoneo a determinare una immediata posizione di vantaggio per il soggetto prescelto, nessuna lesione di una situazione giuridicamente protetta può ravvisarsi nella mancata scelta facente seguito alla statuizione di inefficacia delle anzidette deliberazioni per effetto della mancata inclusione dell'opera nel piano sanitario regionale; sì che alcun legittimo affidamento può dirsi insorto in capo all'odierna appellante e nessuna lesione, come tale risarcibile, di siffatto affidamento può ravvisarsi».

Al soggetto nominato sotto condizione sospensiva non viene riconosciuta, in ragione della normativa regolante la materia, una posizione che possa ingenerare legittimo affidamento in mancanza dei requisiti fondamentali consistenti nelle valutazioni tecniche e finanziarie e dell'autorizzazione regionale.

Prima ancora della valutazione del comportamento tenuto dalla p.a., il Consiglio di Stato sembra negare, in ragione della valutazione della posizione del soggetto proponente in rapporto alle settoriali disposizioni di legge, la sussistenza di una posizione qualificata che possa integrare la fattispecie della responsabilità precontrattuale.

Non sembra in questo caso sussistere un contatto individualizzato tra p.a. e soggetto privato proponente il progetto, idoneo a configurare la sussistenza di trattative.

Da tale ricostruzione interpretativa emergono due aspetti problematici: in primo luogo, l'orientamento esposto nella sentenza in commento sembra contrastare con gli asserti di quella giurisprudenza che ammette la responsabilità precontrattuale anche nei confronti di quei soggetti che non abbiano ottenuto l'aggiudicazione definitiva in una procedura ad evidenza pubblica, in ragione della natura di fattispecie progressiva del procedimento di formazione della scelta del contraente [33].

La posizione del promotore sottoposto a condizione sospensiva e dei soggetti partecipanti a procedura di evidenza pubblica a cui l'appalto non è stato aggiudicato sembra essere la medesima.

In entrambi i casi, infatti, il procedimento amministrativo risulta essere avviato e l'amministrazione, pur non impegnandosi a concludere il contratto con il soggetto privato, ha comunque intrattenuto con questi una serie di rapporti valutabili secondo il criterio della buona fede, anche se non si è giunti ad una fase che può tecnicamente definirsi come di trattativa, mancando il rapporto personalizzato tra privato e p.a..

Di ciò sembra essere consapevole anche il Consiglio di Stato, che non si limita ad affermare che i privati appellanti non sono titolari di una posizione che può ingenerare affidamento, ma sottolinea il corretto contegno tenuto dalla p.a. soprattutto in relazione al rispetto degli obblighi di comunicazione alle parti private delle informazioni ostative al completamento della procedura di nomina a promotore.

Sul punto, il Consiglio di Stato ha affermato che «è opinione comune che ai fini della responsabilità precontrattuale ex art. 1337 cod. civ. la "buona fede" va intesa in senso oggettivo non soggettivo e psicologico» [34].

Il contegno tenuto dall'amministrazione è elemento di valutazione fondamentale ai fini dell'accertamento della responsabilità precontrattuale.

Il Consiglio di Stato prende in esame i comportamenti posti in essere dall'amministrazione, pur se incidentalmente rispetto alla valutazione della posizione qualificata del soggetto privato, riconoscendo il ruolo che la valutazione del contegno tenuto dalla p.a. assume per il rispetto del canone della buona fede. Nel caso di specie, il rispetto del criterio della buona fede viene collegato dal Consiglio di Stato alla completezza delle informazioni che l'amministrazione ha fornito al soggetto promotore privato, senza nascondere la possibilità di una eventuale dichiarazione di inefficacia degli atti di nomina.

Tale posizione è, invero, coerente con quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa in precedenti pronunce che identificavano il rispetto del canone di buona fede con la completa e tempestiva comunicazione al privato delle informazioni necessarie a salvaguardare la sua posizione [35].

La trasmissione di tutte le informazioni al privato impedirebbe il consolidamento in capo a questi dell'incolpevole e legittimo affidamento sulla conclusione del procedimento.

Va rilevato che la giurisprudenza in relazione all'accertamento della responsabilità precontrattuale abbia preso in considerazione anche il contegno del terzo; la diligenza del privato e la conoscibilità delle circostanze ostative è anch'esso elemento valutabile ai fini dell'accertamento della responsabilità precontrattuale [36].

L'art. 1337 c.c. mira, infatti, a tutelare il contraente di buona fede che non conosce le cause che impediscono il soddisfacimento dei suoi interessi né può conoscerle con l'ordinaria diligenza [37].

Infine, non può non rilevarsi che secondo la giurisprudenza amministrativa la valutazione della responsabilità precontrattuale della p.a. prescinde dalla valutazione della legittimità dell'atto.

Ciò che rileva ai fini della sussistenza della responsabilità precontrattuale della p.a. non è la legittimità dell'atto, bensì la correttezza del comportamento tenuto dall'amministrazione in relazione al canone della buona fede ex art. 1337 c.c. [38].

Sul punto è stato condivisibilmente affermato che: «nel corso degli anni più recenti è andato formandosi un ordinamento giurisprudenziale secondo cui, ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale della p.a., non si deve tener conto della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica cristallizzato nel provvedimento amministrativo, bensì della correttezza del comportamento complessivamente tenuto dall'Amministrazione durante il corso delle trattative e della formazione del contratto, alla luce dell'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede ai sensi dell'art. 1337 c.c.» [39].

La valutazione della legittimità degli atti impugnati, alla luce della massima citata, non può avere l'effetto di denegare la legittimazione dei privati coinvolti nel procedimento volto a richiedere il risarcimento dei danni per violazione del canone della buona fede precontrattuale, sulla scorta dell'affidamento ingenerato da comportamenti univoci della p.a. ai fini del perfezionamento del contratto; l'eventuale esclusione di profili di responsabilità è certamente ammissibile, ma solo a seguito della valutazione del contegno tenuto dalla p.a. alla luce del criterio di buona fede ai sensi dell'art. 1337 c.c.

Note:

[*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] In materia di *project financing* v. l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 28 gennaio 2012 n. 1; in merito, il Consiglio di Stato afferma che: «nella procedura del project financing piuttosto che individuarsi due serie sub - procedurali collegate ed autonome (l'una di selezione del progetto di pubblico interesse; l'altra di gara ad evidenza pubblica sulla base proprio del progetto dichiarato di

pubblica utilità), deve piuttosto configurarsi una fattispecie a formazione progressiva, in cui lo scopo finale (cioè l'aggiudicazione della concessione al soggetto che propone di realizzare l'opera col sistema economicamente più vantaggioso) si realizza attraverso le descritte (e progressive) fasi che non sono solo funzionalmente collegate (tra di loro proprio in funzione dello scopo), ma sono biunivocamente interdipendenti, così che la prima non è logicamente e giuridicamente concepibile senza la seconda e viceversa, con la ulteriore e definitiva conseguenza che esse non sono giuridicamente autonome, non potendo essere separate tra di loro a pena della stessa esistenza della procedura».

[2] In materia di *project financing* v. almeno, G. Armao, *Project financing: aspetti normativi e finanziari*, Gruppo editoriale D'Agostino, 2001; M. Baldi - G. De Marzo, *Il project financing nei lavori pubblici*, Ipsoa, 2001; F. Amatucci, *Il Project Finance nelle aziende pubbliche*, Egea, 2002; M. Baldi *La disciplina delle concessioni e del project financing dopo la legge 166/2002*, in *Urbanistica e appalti*, 2003, fasc. 5, pag. 503 e ss; G. Greco, *Le recenti innovazioni sul project financing*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2003, fasc. 4, pag. 143 e ss.; G. Ferrari - F. Fracchia, *Project financing e opere pubbliche*, Egea, 2004; B. Raganelli, *Finanza di progetto e opere pubbliche: quali incentivi ?*, Giappichelli, 2006; M. Ricchi, *La finanza di progetto nel codice dei contratti dopo il terzo correttivo*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, fasc.12, pag. 1375-1391; M. Allena, *Scelta del promotore e sindacato sulla discrezionalità nel project financing*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, fasc. 7, pag. 836-847; G. Manfredi, *La finanza di progetto dopo il d.lgs. n. 152/2008*, in *Diritto amministrativo*, 2009, fasc. 2, pag. 429-447; A. M. Balestreri, *La sequenza di regimi della finanza di progetto: questioni vecchie e nuove sul diritto di prelazione*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, fasc. 5, pag. 525-532; G. Fidone, *Procedure per l'affidamento di concessioni di lavori pubblici con prelazione per il promotore: casi e problematicità nella disciplina della finanza di progetto successiva al terzo correttivo*, in *Appalti e contratti*, 2010, fasc. 5, pag. 27-40.

[3] V. in merito alla responsabilità precontrattuale, F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, 1963.

[4] V. C. M. Bianca, *Il contratto*, in *Diritto civile*, III, Giuffrè, 2000 pag. 168: «il contraente conserva il potere di revocare la propria proposta e la propria accettazione fino a quando il contratto non è concluso e l'esercizio di tale potere non costituisce come tale violazione di un obbligo di comportamento. La responsabilità del soggetto deriva piuttosto dall'aver dolosamente o colposamente indotto l'altra parte a confidare ragionevolmente nella conclusione del contratto».

[5] Sull'applicazione dell'art. 1338 c.c. v. Consiglio di Stato, sez. VI, 15 giugno 2009 n. 3827; Cass. Civ., n. 7481/2007. In particolare si è posta la questione se la sussistenza di norme di legge che inficiano la validità del provvedimento amministrativo possa determinare la colpevolezza dell'affidamento del privato

sulla base del principio *ignorantia legis non excusat*. In merito a tale orientamento v. M.S. Giannini, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, vol. III, Giuffrè, 1963, pag. 263 e ss. in senso contrario si esprime G. Monateri, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile (diretto da R. Sacco)*, Utet, 1998, pag. 642.

[6] V. sull'art. 1338 I. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, 2011, pag. 122.

[7] Sull'applicazione dell'art. 1440 c.c., v. G. De Nova, *La modificazione delle condizioni economiche del contratto tramite risarcimento del danno ex art. 2043 c.c.*, in *Responsabilità civile*, 2014, fasc.1, pag. 10 e ss.

[8] V. in merito a tale tesi v. le osservazioni critiche di G. D'Amico, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido?(L'isola che non c'è)* in *Giustizia Civile*, 2014, fasc. 1, pag. 197 e ss.; V. anche C. Miriello, *La responsabilità precontrattuale in ipotesi di contratto valido ed efficace, ma pregiudizievole*, in *La responsabilità civile*, 2006, fasc. 7, pag. 648 - 652, nonché Cass. Civ. Sez. un., n. 26724/2007; Cass. Civ., Sez. un., n. 26725/2007; in senso contrario v. Cass. Civ., n. 2479/2007.

[9] Sulla portata di clausola generale dell'art. 1337 inteso anche come dovere di informare la controparte delle ragioni ostative alla stipula del contratto v. E. Scoditti, *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione*, in *Foro italiano*, 2009, pag. 440; I. Tardia, *Buona fede ed obblighi di informazione tra responsabilità precontrattuale e responsabilità contrattuale*, in *Rassegna di diritto civile*, 2004, fasc. 3, pag. 724.

[10] V. Cass. Civ. n. 477/2013; Cass. Civ. n. 6526/2012; Cass. Civ., n. 24795/2008.

[11] In generale circa la natura della responsabilità precontrattuale, v. G.Patti - S. Patti, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard* in *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 1993, pag. 34 e ss.; V. Cuffaro *Responsabilità precontrattuale* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Giuffrè, 1988, pag. 1265 e ss.

[12] A favore della natura contrattuale V. L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1956, fasc. 2, pag. 362; R. Scognamiglio, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Novissimo digesto italiano*, XV, Utet, 1968, pag. 675; E. Casetta- F. Fracchia, *Responsabilità da contatto: profili problematici*, in *Foro italiano*, 2002, fasc. 3, pag. 18 - 20;

[13] V. in merito Cass. Civ., n. 10813/2011 «il concetto di responsabilità contrattuale è stato usato dalle Sezioni Unite palesemente nel senso non già di responsabilità che suppone un contratto, ma nel senso - comune alla dottrina in contrapposizione all'obbligazione da illecito extracontrattuale - di responsabilità che nasce dall'inadempimento di un rapporto obbligatorio preesistente, considerato dall'ordinamento interno, per come esso deve atteggiarsi secondo la

giurisprudenza della Corte di Giustizia, come fonte dell'obbligo risarcitorio, secondo la prospettiva scritta nell'art. 1173 c.c.». V. anche Cass Civ., Sez. un., n. 9174/2009.

[14] Si veda M.S. Giannini, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, cit., pag. 263 e ss.; R. Sacco, *Culpa in contrahendo e culpa aquiliana; culpa in eligendo ed apparenza*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1951, fasc. 2, pag. 87 e ss.; in senso critico rispetto a tale orientamento v. F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 116; C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, 2006, pag. 465.

[15] V. in merito, R. Sacco, *Culpa in contrahendo e culpa aquiliana; culpa in eligendo ed apparenza*, , cit. pag. 82.

[16] V., L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 360 e ss.

[17] Così, Cass. Civ., Sez. un., n. 9645/2001.

[18] V. V. Antonelli, *Dal contatto sociale al rapporto amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2005, fasc. 3, pag. 601 e ss.

[19] V. in merito Consiglio di Stato, sez. V, 27 marzo 2013 n. 1833, : in tale sentenza, esaminando la tesi della responsabilità da contatto sociale, si afferma che tale figura è il frutto della violazione di quegli obblighi procedurali che incombono sull'amministrazione a tutela del privato; in tale ipotesi la presenza di una relazione tra soggetti individuati non consentirebbe di ricostruire il paradigma della responsabilità dell'amministrazione alla stregua del modello aquiliano. V. anche, sul punto, Consiglio di Stato, Sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239; sez. VI, 15 aprile 2003 n. 1945, nonché Cass. Civ., n. 157/03

[20] In ragione della qualificazione della responsabilità precontrattuale nel novero dell'art. 2043 c.c. sorge il problema della valutazione dell'elemento psicologico per l'accertamento della responsabilità. Sul punto, la sentenza della Cassazione n. 500/99 ha affermato la necessità di accertare la colpa dell'amministrazione valutando l'attività posta in essere alla luce dei principi di imparzialità, correttezza e buona amministrazione. Tale orientamento è stato oggetto di critiche in dottrina, v. in merito A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione dinanzi al giudice amministrativo*, Cedam, 2001, p.251.

[21] In merito va rilevato come la giurisprudenza amministrativa in diverse pronunce abbia accolto il criterio fissato dalla sentenza del 30 settembre 2010 della III sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materia di procedure di affidamento che prescinde dalla valutazione di tale elemento nell'accertamento della responsabilità ex art. 2043.

A favore di tale orientamento v. Consiglio di Stato, sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686; Consiglio di Stato, sez. V, 16 gennaio 2013 n. 240 in senso contrario: Consiglio di Stato, sez. VI, 25 luglio 2012 n. 4236. Sul punto v. anche C. Castronovo, *La «civilizzazione» della pubblica amministrazione*, in *Europa e diritto privato*, 2013, fasc. 3, pag. 637; G. A. Primerano, *Spigolature in tema di*

risarcimento del danno da aggiudicazione illegittima, in *Foro amministrativo CdS*, 2013, fasc. 7-8, pag. 2112; S. Osella *L'elemento soggettivo nella responsabilità precontrattuale dell'amministrazione aggiudicatrice*, in *Foro Amministrativo CdS.*, 2013, fasc. 6, pag. 1673

[22] Va rilevato come parte della giurisprudenza in relazione alla responsabilità precontrattuale in materia di procedure di affidamento escluda la valutazione dell'elemento psicologico in ragione di una presunzione della sua esistenza v. in merito Consiglio di Stato, sez. IV, 31 gennaio 2012 n. 483; conformemente si esprime in materia di responsabilità precontrattuale anche Cass. Civ., n. 27648/2011: «in tema di responsabilità precontrattuale, la parte che agisca in giudizio per il risarcimento del danno subito ha l'onere di allegare, ed occorrendo provare, oltre al danno, l'avenuta lesione della sua buona fede, ma non anche l'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito, versandosi come nel caso di responsabilità da contatto sociale, in una delle ipotesi di cui all'art. 1173 c.c.».

[23] Sulla responsabilità precontrattuale della p.a. in generale v. almeno D. L. Bianco, *Pubblica Amministrazione e responsabilità per "culpa in contrahendo"*, in *Foro italiano*, 1951, pag. 347 - 350; L. Bigliuzzi Geri, *"Culpa in contrahendo", pubblica Amministrazione e terzi*, in *Foro italiano*, 1962, fasc. 1, pag. 1165 - 1170; G. B. Tufarelli, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Consiglio di Stato*, 1975, fasc. 2, pag. 958 - 969; R. Caranta, *Attività contrattuale della pubblica amministrazione, buona fede e tutela dell'affidamento*, in *Urbanistica e appalti*, 2003, fasc. 5, pag. 569 - 575; A. Batà, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e identificazione del contraente*, in *Il corriere giuridico*, 1994, fasc. 2, pag. 208 - 210; E. Liuzzo, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1995; F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Esi, 1995; L. Lorello, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, 1998; G. M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, 2000; ID. *La responsabilità delle pubbliche amministrazioni nella fase che precede la stipulazione del contratto pubblico* in *Scritti in Onore di Giuseppe Palma*, Giappichelli, 2012, vol. III, pag. 2639-2715; F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico dagli anni "Trenta" all'"Alternanza"*, Giuffrè, 2001; A. Mandarano, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione appaltante fra tradizione e spinte innovatrici*, in *Urbanistica e appalti*, 2003, fasc.4, pag. 435 - 439; F. Gaffuri, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Giuffrè, 2006; L. Giani, *Funzione amministrativa e obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Editoriale Scientifica, 2006; F. Tuccari, *La responsabilità precontrattuale della p.a. al cospetto del giudice amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, fasc. 5, pag. 596 e ss.; R. Garofoli *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Trattato sui contratti pubblici*, A. M Sandulli - R. De Nictolis - R. Garofoli, (a cura di), vol. VI, Giuffrè, 2008, pag. 4077 e ss.; A.

Liberati, *Responsabilità precontrattuale nei contratti pubblici*, Utet, 2009; M.T. P. Caputi Jambrenghi, *Il principio del legittimo affidamento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, M. Renna – F. Saitta (a cura di), Giuffrè, 2012, pag. 159 e ss.

[24] Cass. civ., n. 792/1962

[25] V. M. Nigro, *L'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, in *Foro italiano*, 1961, fasc. 1, pag. 462 e ss.; F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, pag. 845 e ss.

[26] Cassazione Civ., Sez. un., n. 9892/1993. Cass. Sez. un., n. 4673/1997; v. in merito anche D. Carusi, *Problemi della responsabilità precontrattuale alla luce della giurisprudenza della culpa in contrahendo della pubblica amministrazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, fasc. 1, pag. 95 e ss.

[27] V. in merito Consiglio di Stato, Sez. III, 26 settembre 2013, n. 4809; sez. VI, 3 febbraio 2011 n. 780; sez. V, 8 settembre 2010 n. 6489; sez. V, 28 maggio 2010 n. 3393; sez. IV, 11 novembre 2008 n. 5633.

[28] Cassazione Civ., n. 12313/2005.

[29] V. in merito G. Chinè, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nell'era della risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Foro amministrativo T.a.r.*, fasc. 1, 2003, pag. 797 e ss; A. Ilacqua, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione – evoluzioni giurisprudenziali*, in *www.giustamm.it*, 2009, fasc. 4.

[30] V. T. Lotito, *Alcune osservazioni in tema di responsabilità precontrattuale della P.A.*, in *Urbanistica e appalti*, 2001, fasc. 4, pag. 353 – 361;

[31] In tal senso v. anche Consiglio di Stato, sez. VI, 18 luglio 2013 n. 3831; Sez. VI, n. 5638 del 7 novembre 2012; sez. VI, 2 settembre 2011, n. 4921; sez. V 17 dicembre 2008 n. 6264; sez. V, 1 marzo 2005 n. 816; in senso contrario a tale orientamento v. Consiglio di Stato, sez. V, 28 maggio 2010, n. 3393; Consiglio di Stato, 8 settembre 2010, n. 6489.

[32] In merito va rilevato come sia ormai superato in dottrina l'orientamento che riteneva scusabile l'errore di diritto da parte dei privati in ragione del principio di presunzione di legittimità degli atti amministrativi. V. in merito. M. S. Giannini, *Atto amministrativo*, in *Enciclopedia del Diritto*, IV, Giuffrè, 1959, pag. 188; D. Satullo, *Responsabilità precontrattuale della p.a. e annullamento d'ufficio: il problema del legittimo affidamento*, in *Foro amministrativo TAR*, 2011, fasc. 12, pag. 3694 e ss.

[33] Sul punto v. Consiglio di Stato, sez. V, 17/03/2014 n. 1323; in tale sentenza si afferma che tra gli obblighi tipici di buona fede nella fase precontrattuale, vi è il fondamentale profilo della "salvaguardia", che impone alla parte non solo di comportarsi lealmente, ma anche di adoperarsi con adeguata diligenza per "salvaguardare", l'utilità dell'altra nei limiti di un apprezzabile sacrificio.

[34] Consiglio di Stato, sez. III, 31 gennaio 2014 n. 467.

[35] Consiglio di Stato, sez. V, 14 settembre 2012 n. 4894; sez. V, 16 gennaio 2014 n. 142.

[36] Consiglio di Stato, sez. VI, 1 marzo 2005 n. 816.

[37] V. in merito Consiglio di Stato, sez. IV, 7 febbraio 2012 n. 662.

[38] In merito Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 5 settembre 2005 n. 6; sez. V, 30 novembre 2007 n. 6137; sez. V, 8 ottobre 2008, n. 4947; sez. V, 7 settembre 2009 n. 5245. per un commento all'Adunanza Plenaria n. 6 del 2005 si rinvia a I. Franco - E. Raganella, *La responsabilità precontrattuale della p.a. "nei lavori in corso" per l'assestamento dei criteri di riparto della giurisdizione*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, fasc. 1, pag. 72 - 87.

[39] Così Consiglio di Stato, sez. VI, 12 luglio 2011, n. 4196; in senso conforme Consiglio di Stato, sez. V, 7 settembre 2009 n. 5245; sez. IV, 20 febbraio 2014 n. 790.

**QUADERNI DI
DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA**

**Numero 3 - 2014
Anno IV
[www. dimt. it](http://www.dimt.it)**

ISSN (Online edition): 2239-7442