

## TRATTATIVA PRIVATA E RESPONSABILITA' PRE-CONTRATTUALE DELLA P.A.

di Francesco Longo

**Sommario:** 1. Il riconoscimento della responsabilità pre-contrattuale in capo alla P.A.; 2. I poteri di accertamento del Giudice; 3. L'interruzione della trattativa; 4. I presupposti risarcitori; 5. Conclusioni: il doveroso recesso dalla trattativa.

### 1. Il riconoscimento della responsabilità pre-contrattuale in capo alla P.A.

**1.1.** Con il presente intervento si vengono a svolgere, in ragione al tema dell'odierno Convegno sui contratti pubblici, alcune riflessioni sulla applicabilità dei principi in tema di responsabilità pre-contrattuale riconoscibile in capo alla Pubblica Amministrazione.

Ipotesi che è configurabile in tutti i casi in cui l'ente pubblico svolge delle trattative con i terzi nell'ambito delle quali ponga in essere delle azioni o delle omissioni che contrastino con i principi di correttezza e buona fede. Principi ai quali l'ente pubblico è tenuto all'osservanza, appunto, nel momento in cui entra in contatto con soggetti terzi, instaurando con essi delle trattative idonee a costituire un rapporto giuridico<sup>1</sup>.

Sicché, la presente indagine è destinata ad interessare quell'attività della P.A. che si rivela sottoposta a quei principi. Risulta, quindi, conseguentemente esclusa dalla responsabilità pre-contrattuale la fase antecedente alla scelta del contraente, vale a dire quella in cui i soggetti terzi ed estranei all'Amministrazione, pur avendo interesse alla contrattazione con la P.A., non assumono ancora la posizione di futuri contraenti<sup>2</sup>.

Il che porta ad escludere in capo all'Amministrazione i doveri del rispetto di diligenza e correttezza, come buona fede e lealtà pre-contrattuale, per tutta la fase della procedura ad evidenza pubblica<sup>3</sup>.

In questa sede, la riflessione riguarda le ipotesi di responsabilità pre-contrattuale dell'Amministrazione allorché la stessa ricorra, pertanto, allo strumento della trattativa privata per la scelta del futuro contraente. Situazione eccezionale dal momento che per i contratti di opere, forniture o servizi, il ricorso alla trattativa privata, sia essa diretta, ovvero esperita attraverso una previa gara informale, o indagine di mercato, rappresenta uno strumento eccezionale che si pone in termini derogatori alla normale procedura concorsuale di scelta del contraente.

Certo, è sempre stato riconosciuto dal nostro ordinamento giuridico fin dall'originaria disciplina sulla contabilità di Stato, rappresentata dalla Legge n. 1923 del 1924, come eccezionale. Eccezionalità che, alla luce dell'attuale normativa di estrazione comunitaria, impone – com'è pure noto – l'obbligo di una congrua e dettagliata motivazione da parte dell'Amministrazione procedente<sup>4</sup>.

Certo è che le problematiche inerenti alla responsabilità pre-contrattuale si pongono in presenza della sola trattativa privata, tradizionalmente intesa, come contrattazione diretta, senza gara, tra una P.A. ed un privato o, comunque, un soggetto terzo. Situazione, per tale motivo eccezionale, perché derogatoria alla normale disciplina sulla concorrenza e che non deve essere, pertanto, confusa con la procedura negoziata, inizialmente prevista dall'art. 9, commi 2 e 3, del D. L.vo n. 24.07.1992, n. 358 ed ora dall'art. 56 del Codice degli appalti, essendo quest'ultima una procedura pur sempre concorsuale preceduta, in ogni caso, da un bando di gara<sup>5</sup>.

Ci si viene, quindi, a riferire – in questa sede – alla problematica della responsabilità pre-contrattuale, in due ipotesi: la prima, di procedura negoziata, senza previa pubblicazione di un bando di gara; ipotesi contemplata nell'ambito dall'art. 57 del Codice degli appalti, di cui al D. L.vo n. 163/2006. Ed a tal proposito, l'eccezionalità della sua previsione, consente il ricorso alla trattativa solo in presenza degli specifici presupposti contemplati dalla norma, i quali vanno previamente esplicitati per legittimare quella procedura, onde evitare la postuma dichiarazione, da parte dell'Amministrazione, delle proprie esigenze, idonea ad altrimenti giustificare qualsiasi tipo di scelta effettuata, appunto, senza gara<sup>6</sup>.

La seconda ipotesi di contrattazione diretta - e, quindi, di problematiche inerenti alla responsabilità pre-contrattuale - si verifica allorché l'Amministrazione nel procedimento di scelta del contraente sia pervenuta all'aggiudicazione dopo la fase concorsuale.

<sup>1</sup> Corte di Cassazione, civile, Sez. I, 3.07.2014, n. 15260 in Diritto e Giustizia 2015, 11.02.2015.

<sup>2</sup> Dal momento che i partecipanti alla procedura concorsuale si presentano titolari di una situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo alla regolarità di quella procedura.

<sup>3</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, 15.07.2013, n. 3831 in Foro Amministrativo – CdS (II) 2013, 7-8, 2072.

<sup>4</sup> Ex Multis, Consiglio di Stato, Sez. V, 31.12.2007, n. 6797; Sez. V, 7.11.2007, n. 5766; Corte dei Conti, Sez. Contr., 3.04.2007, n. 3.

<sup>5</sup> Così Consiglio di Stato, Sez. V, 7.11.2007, n. 5766.

<sup>6</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, 7.11.2007, n. 5766.

In quanto, anche in tale ultima ipotesi l'Amministrazione si viene a trovare con un unico interlocutore; e, conseguentemente, in una situazione corrispondente a quella in grado di verificarsi allorché l'ente pubblico assuma iniziative volte alla conclusione di una trattativa privata diretta, senza preventiva procedura concorsuale. Ed in termini corrispondenti si pongono, pertanto, le problematiche inerenti alla "culpa in contraendo" connessa alla violazione dell'osservanza dei principi di correttezza e buona fede contemplati dall'art. 1337 Cod. civ., alla cui osservanza è tenuta anche la P.A., principi collegati al rispetto dei doveri primari, a loro volta garantiti dall'art. 2043 Cod. civ.<sup>7</sup>

Sicché, se è ben vero che pur nell'ambito di una siffatta vicenda, non concorsuale, di scelta del contraente, l'Amministrazione è tenuta, comunque, a rispettare i principi di trasparenza ed imparzialità, principi costituzionalmente garantiti e pure riconosciuti in sede comunitaria, ai quali la Pubblica Amministrazione si deve attenere nello svolgimento della propria attività e nei rapporti con i soggetti terzi, con salvezza dei criteri di ragionevolezza e di perseguimento dell'interesse pubblico, è anche vero che nello svolgimento di un siffatto approccio diretto per la scelta del futuro contraente, l'Amministrazione si deve, altresì, attenere, in relazione al tipo di attività e di rapportazione che con il soggetto terzo viene a porre in essere, agli stessi principi di lealtà e buona fede, ai quali si deve conformare l'attività di qualsiasi soggetto giuridico, pubblico o privato che sia, nell'esercizio dell'attività pre-contrattuale.

Al tempo stesso, l'ipotesi di trattativa privata, affrancata da ogni schema concorsuale, anche di tipo informale, esclude la configurabilità del reato di turbata libertà degli incanti di cui all'art. 353 Codice penale.

Sull'argomento, la posizione della giurisprudenza è, infatti, costante nell'affermare che nei casi in cui manchi una reale e libera competizione tra più soggetti, alla stregua dell'ipotesi di trattativa privata diretta e, quindi, anche di fase successiva all'avvenuta aggiudicazione, difetta quella competizione, ovvero quella consultazione delle gare informali, nel corso della quale la P.A. faccia dipendere la conclusione del contratto.

Nel caso di contrattazione diretta, mancando per definizione una comparazione tra le posizioni di più soggetti terzi, si esclude, conseguentemente, alla radice, l'ipotesi delittuosa della turbata libertà degli incanti di cui all'art. 353 c.p.<sup>8</sup>

**1.2.** Ciò premesso, vale la pena ricordare che l'affermazione della configurabilità della responsabilità precontrattuale, di cui all'art. 1337 Cod. civ., a carico della P.A., originariamente negata, è oramai una costante nella giurisprudenza<sup>9</sup>.

A tal proposito, i presupposti per sostenere la responsabilità di cui all'art. 1337 Cod. civ. sono stati, a loro volta, individuati in ragione all'analisi della funzione della fase pre-contrattuale, quale momento non sostituibile e strumentale perché le parti del futuro contratto ne valutino l'opportunità e la convenienza.

Sicché, l'ipotesi di rottura delle trattative configura la compromissione del principio di buona fede oggettiva, allorché la trattativa sia giunta – come si dirà – ad una fase così avanzata che si presenta idonea a far sorgere, in capo alla parte che vuol far valere la responsabilità dell'interruzione, un affidamento ragionevole alla conclusione del contratto<sup>10</sup>. Al tempo stesso,

<sup>7</sup> Corte di Cassazione, civile, Sez. II, 10.01.2013, n. 477 in Giustizia civile, 2013, 11-12, 2510; Corte di Cassazione, civile, 26.04.2012 n. 6526, in *Dir. giust.* 2012, 456, con nota di Nocera, *Responsabilità precontrattuale anche per la sola violazione dell'obbligo di lealtà reciproca*; Corte di Cassazione, civile, Sez. II, 8.10.2008 n. 24795, in Giustizia civile, 2010, I, 151; Corte di Cassazione, civile, 29.09.2005 n. 19024; in Giustizia civile 2006, I, 1526; in *Corr. giur.*, 2006, 669; in *Danno resp.*, 2006, 25; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 897; Corte di Cassazione, civile, Sez. II, 5.08.2004 n. 13040. In dottrina, Tardia, *Buona fede ed obblighi di informazione tra responsabilità precontrattuale e responsabilità contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 724; Musy, *Informazioni e responsabilità precontrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 611; Scoditti, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 2006, I, 1107; Id., *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione*, ivi, 2009, I, 440.

<sup>8</sup> Corte di Cassazione, penale, Sez. VI, 13.03.2014, n. 32237, secondo cui va esclusa la trattativa privata, allorché l'Amministrazione ponga in essere un procedimento concorsuale, ovvero una gara informale, dal momento che la consapevolezza, per l'offerente, di non essere il solo, innesca quella contesa che è essenziale in ogni gara. Così pure Corte di Cassazione, penale, Sez. VI, 31.10.1995, n. 4741. Siffatto orientamento è stato, in seguito, più volte ripreso e confermato dalla Corte di Cassazione in diverse fattispecie concrete, ritenendo la configurabilità del reato in ogni situazione nella quale la P.A. proceda all'individuazione del contraente mediante una gara, quale che sia il "nomen iuris" conferito alla procedura, ed anche in assenza di formalità, così Corte di Cassazione, Sez. VI, 22.09.2004 n. 44829, dep. 18.11.2004, Rv. 230522; 28.01.2008, n. 13124, dep. 27.03.2008, Rv. 239314; 24.05.2011, n. 29581, dep. 22.07.2011, Rv. 250732.

<sup>9</sup> A partire dalle sentenze delle SS.UU. 15.11.1960, n. 3042, *Giust. Civ.* 1961, I, 1031 e 12.07.1961, n. 1675, *Foro pad.* 1961, I, 1397; *Foro it.* 1962, I, 1165, con nota adesiva di Bigliuzzi; Corte di Cassazione, civile, SS.UU., 12.05.2008, n. 11656, *Giust. civ. mass.* 2008, 5 700 – Consiglio di Stato 2008, 5 1390 (s. m.) - *Riv. Notariato* 2009, 6 1475, nota di Graziano; Corte di Cassazione, civile, sez. I, 15.04.2008, n. 9906, *Riv. Giur. edilizia* 2008, 4-5 1054.

<sup>10</sup> Circostanza che si verifica nell'ipotesi in cui una delle parti abbia appalesato la volontà di sottoscrivere l'accordo, così Corte di Cassazione, civile, Sez. II, 29.05.1998, n. 5297; 19.11.1994, n. 9802.

l'interruzione deve presentarsi caratterizzata dalla contemporanea assenza di fatti capaci di escludere il ragionevole affidamento alla conclusione del contratto<sup>11</sup>.

Non si può escludere una responsabilità precontrattuale se, nelle trattative e nelle relazioni con i terzi, l'Amministrazione venga a compiere azioni od omissioni che contrastino con i principi della lealtà, della correttezza e della buona fede.

Principi ai quali la P.A. è tenuta all'osservanza. Ed è ravvisabile una sua responsabilità precontrattuale se, appunto, nelle trattative venga a compiere azioni, o sia incorsa in omissioni, contrastanti con i suddetti principi. Il che vale, ovviamente, anche per il privato il quale non addivenisse alla stipulazione dell'accordo compromettendo ingiustificatamente l'affidamento che l'Amministrazione avesse, a sua volta, fatto alla conclusione del contratto; ovvero, nell'ipotesi in cui lo stesso privato, o l'Amministrazione, ne violasse il contenuto una volta stipulato il contratto con l'intendimento di non provvedere al suo adempimento.<sup>12</sup>

**1.3.** Certo, l'accertamento dell'inosservanza di tali principi, quando viene riferito alla condotta della P.A., è auspicabile venga compiuto con estrema cautela, avuto riguardo alla natura ed all'oggetto della trattativa e, quindi, del successivo contratto che si sarebbe dovuto concludere<sup>13</sup>; principi che se originariamente trovano applicazione con riferimento alle attività di diritto privato, per la surriferita identità di natura dell'attività posta in essere, si rivelano di conseguenza estensibili all'attività che precede e accompagna una "trattativa privata" contemplata dall'art. 57 del Codice degli appalti, ovvero fa seguito alla fase concorsuale del procedimento di scelta del futuro contraente ad aggiudicazione avvenuta.

## **2. I poteri di accertamento del Giudice.**

**2.1.** In epoca non più recente, veniva attribuito ai poteri del giudice ordinario la possibilità di affermare la responsabilità della P.A. per *culpa in contrahendo*, quando con il suo comportamento non improntato a coerenza, a diligente correttezza e al senso di solidarietà sociale, che integrano il contenuto della buona fede, avesse ingenerato nell'altro (potenziale) contraente privato un ragionevole affidamento, poi andato deluso<sup>14</sup>.

La valutazione della condotta della P.A. da parte del giudice ordinario, tuttavia, non involge alcuna questione di diritto amministrativo e, ovviamente, di merito amministrativo, posto che non si tratta di stabilire se l'Amministrazione, in relazione ai suoi fini istituzionali, si sia o no comportata da corretto amministratore ed abbia convenientemente apprezzato il pubblico interesse, ma di accertare se, contrattando con il privato, abbia o no violato la normativa dettata agli artt. 1337 e 1358 Cod. Civ., facendo, peraltro, presente l'esigenza di perseguire, comunque, l'interesse pubblico.

Diversamente, nell'ipotesi in cui si censurassero le decisioni amministrative presupposte alla manifestazione della volontà dell'agente, la giurisdizione è quella del Giudice amministrativo.<sup>15</sup>

Il che, certo, non si traduce nella valutazione del merito amministrativo, se non sotto i limitati profili in cui lo stesso merito è sindacabile.<sup>16</sup> E, quindi, se si considera che la valutazione del Giudice potrà avere ad oggetto la sola legittimità dell'azione dell'Amministrazione, l'oggetto del giudizio del Giudice amministrativo potrà, a questo punto, assumere il profilo, in relazione alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche dello stipulando accordo; vale a dire nella verifica delle valutazioni operate dall'Amministrazione nel recedere dalla trattativa, affinché le stesse non fossero manifestamente illogiche, arbitrarie ovvero macroscopicamente viziate da travisamento di fatto.

<sup>11</sup> Corte di Cassazione, 29.07.2011, n. 16735; Corte di Cassazione 29.03.2007, n. 7768; Corte di Cassazione 1.03.2007, n. 4856; Corte di Cassazione 18.06.2004, n. 11438.

<sup>12</sup> Consiglio di Stato, sez. V, 07.09.2009, *Juris Data*; Pavoni nota a: Consiglio di Stato, 06.06.2008, n. 2680 sez. IV Revoca dell'aggiudicazione prima della stipulazione del contratto di appalto: quale responsabilità per l'Amministrazione Resp. civ. e prev. 2008, 11, 2330; Corte di Cassazione, civile, SS.UU., 12.05.2008, n. 11656, Soc. H. c. Reg. Calabria, Resp. civ. e prev. 2008, 10, 2139

<sup>13</sup> Cass. 23.01.1967, n. 200, Giust. Civ. 1967, I, 1690, con nota adesiva di Di Salvo, *Annotazioni sulla responsabilità precontrattuale della P.A.*, 30.01.1968 n. 297, ivi 1968, I, 839; *Riv. Giur. Edilizia* 1968, I, 999; 10.10.1969, n. 3256, *Foro amm.* 1970, I, 1, 134; 8.02.1972, n. 330; Consiglio di Stato, sez. V, 07.09.2009, n. 5245 Asl Foggia c. Soc. E. & F. *Resp. civ. e prev.* 2009, 11, 2358.

<sup>14</sup> Corte di Cassazione 28.09.1968, n. 3008, *Foro it.* 1969, I, 966; *Foro pad.* 1969, I, 274; *Rass. Avv. St. Roma* 1970, I, 983; 31.10.1974, n. 2972, *Riv. Giur. Edilizia* 1975, I, 198; *Rass. Avv. St. Roma* 1975, I, 509; *Giust. Civ.* 1975, I, 16; Consiglio di Stato, sez. V, 7.09.2009, n.5245, *Resp. civ. e prev.* 2009, 11, 2358; TAR Lazio Roma, sez. II, 7.07.2009, n. 6527, *Foro amm.* TAR Milano 2009, 7-8, 2130.

<sup>15</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 22.01.2010, n. 214, *Red. amm.* CDS 2010, 01- *Juris Data*; Consiglio di Stato, sez. IV, 12.11.2009, n. 7057, *Foro amm.* CDS, 2009, 11, 2536 (S M); Corte di Cassazione, civile, SS.UU., 01.07.2009, n. 15388, *Giust. civ.* Mass. 2009, 7-8, 1015; Corte di Cassazione, civile, SS.UU., 16.07.2008, n. 19494, *Juris Data*.

<sup>16</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 24.12.2008, n. 6566, *Foro amm.* CDS 2008, 12, 3352 (S M); TAR Campania Napoli, sez. V, 12.01.2010, n. 76, *Red. amm.* TAR 2010, 01 - *Juris Data*, TAR Lazio Roma, sez. I, 20.02.2008, n. 1542 *Foro amm.* TAR Milano 2008, 2, 502 (S M).

Giudizio che se andasse oltre, determinerebbe la sostituzione del giudizio del Giudice alle scelte operate dall'Amministrazione e che, all'incontro, devono rimanere in capo ad essa<sup>17</sup>.

### **3. L'interruzione della trattativa.**

**3.1.** Il problema della responsabilità pre-contrattuale si presenta essenzialmente connesso all'ingiustificata rottura delle trattative, finalizzate alla conclusione della trattativa privata o, comunque, del futuro contratto ad aggiudicazione avvenuta, dopo l'esperimento della fase concorsuale del procedimento.

Ciò presuppone che le trattative si presentino arrivate ad un punto tale da far sorgere l'affidamento che l'accordo sarebbe stato ragionevolmente concluso. Sicché, una loro immotivata - seppur implicita<sup>18</sup> - interruzione potrà apparire contraria ai doveri di lealtà, correttezza e trasparenza, doveri ai quali debbono essere pur sempre improntati i rapporti tra soggetti già nella fase dell'attività di preliminare negoziazione, attività che precede anche la conclusione del contratto espressione, in tal caso, della trattativa privata.<sup>19</sup>

Di tal che, in ipotesi di rottura anticipata delle trattative, questa, per essere lecita e non dar luogo a responsabilità, si deve esprimere attraverso una ragionevole motivazione, sulla scorta della quale si spiega il perché dell'esercizio del potere unilaterale di "recesso", in luogo di quello diretto alla conclusione dell'accordo e, quindi, della conclusione della trattativa privata.

La conseguente azione di condanna al risarcimento del danno per responsabilità pre-contrattuale si presenta, pertanto, in tal caso, vittoriosamente configurabile in ipotesi **a.** di immotivata mancata conclusione della trattativa privata; **b.** di ingiustificata rottura della medesima trattativa, ovvero del contratto a procedimento di scelta concluso e ad aggiudicazione pronunciata.

La prospettata ipotesi risarcitoria non è, comunque, automatica. Ciò, in quanto la correlativa responsabilità in capo al soggetto, con il quale era in atto la trattativa, va, comunque, collegata alla presenza di una negligenza e, quindi, alla sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa ascrivibile alla condotta - latamente intesa -, nel caso considerato, dell'Amministrazione<sup>20</sup> (ma, ovviamente, di ogni soggetto parte della trattativa pre-contrattuale).

### **4. I presupposti risarcitori.**

**4.1.** Orbene, la lesione della situazione giuridico soggettiva, sia essa di interesse legittimo che di diritto soggettivo, può essere fonte di responsabilità aquiliana e, quindi, dar luogo a risarcimento del danno ingiusto, a condizione che risulti danneggiato, per effetto dell'attività illegittima della P.A., l'interesse al bene della vita al quale il primo si correla e che detto interesse risulti meritevole di tutela alla stregua del diritto positivo<sup>21</sup>.

Alla stregua dei suddetti principi civilistici, può, pertanto, essere detto che:

**a.** il principio in esame costituisce espressione del generale principio di buona fede cui è informata la disciplina codicistica del contratto e delle obbligazioni.

L'art. 1337 parla di "trattative" e di "formazione del contratto". In considerazione di ciò, si sono distinti due concetti, coincidenti a due distinte scansioni temporali in grado di succedersi l'una all'altra nella fase dell'approccio preliminare alla conclusione del contratto. Si è, cioè, affermato che le trattative, pur comprendendo anche la fase di formazione dell'accordo, coincidente con la fase che si svolge nel periodo intercorrente fra la formulazione della proposta contrattuale e la conoscenza dell'accettazione da parte del proponente, potrebbero considerarsi aperte già sulla base di un generico "contratto sociale", instaurato in vista della possibile conclusione di un contratto e, dunque, già con un invito a formulare un'offerta.<sup>22</sup>

17 Consiglio di Stato, Sez. V, 19.11.2009, n. 7259, s.p.a. c. G. s.p.a. ed altro, *Foro amm.* CDS 2009, 11 2604.

<sup>18</sup> Sulla motivazione implicita si cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 28.06.2011, n. 3875; TAR Puglia, Sez. I, 26.09.2012, n. 1686.

<sup>19</sup> Sempre in tema generale di responsabilità contrattuale Corte di Cassazione 21.10.1974, n. 2972, cit.; 28.06.1976, n. 2463, cit.; Corte di Cassazione, civile, SS.UU., 9.05.1983, n. 3152, *Rass. Avv. St. Roma* 1983, I, 863, con nota informativa di Palmieri, *Nota minima in tema di responsabilità precontrattuale della P.A.*; Corte di Cassazione, civile, Sez. II, 09.03.2009, n. 5664, Soc. Ibi c. Inpdap *Guida al diritto* 2010, - 47 (S. M.).

<sup>20</sup> Corte di Cassazione, SS. UU., n. 9645 del 2001, *Giust. civ. Mass.* 2001, 1404; TAR Lombardia, 9.03.2000, n. 1869, *Urbanistica e appalti Milano* 2000, 991, con nota di Protto; ivi 1249, con nota di Busatta; TAR Puglia, 4.04.2000, n. 1401, ivi 679; *Foro it.* 2000, III, 479, con nota di Fracchia; TAR Lombardia, 31.07.2000, n. 5130, *Urbanistica e appalti Milano* 2000, 1249, con nota cit.; TAR Lombardia 23.12.1999, n. 5049, ivi 553, con nota di Robaldo; TAR Sicilia 20.09.2000, n. 1699, *Foro it.* 2000, II, 537; TAR Abruzzo, 6.07.2001, n. 609; TAR Puglia, 17.05.2001, n. 1761, *Foro it.* 2002, III, 2 con note critiche di Molaschi (che esprime perplessità di fronte a Cass., SS.UU., n. 500 del 1999) e di Casetta e Fracchia; TAR Lazio Roma, sez III, 9.03.2009 n 2372.

<sup>21</sup> Art. 2043 c.c. in relazione alla pronuncia della Corte di Cassazione, civile, SS.UU., 22.07.1999, n. 500, Com. Fiesole, *Ragiufarm* 2001, 63 80 (s.m.). Si veda Volpe F., *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa* cit., pag. 378 e ss.; VAIANO, *Quando arrivò non piacque: il danno da "lesione di interessi pretensivi" e la rete di contenimento giurisprudenziale*, *Dir. amm.*, 2004, 231 s.

<sup>22</sup> Si cfr. Patti, *Resp. precontrattuale e contratti standard*, Comm. Schlesinger, 2006, pag. 76 e ss.

Sicché, se si tiene conto di quanto affermato in giurisprudenza<sup>23</sup>, la responsabilità precontrattuale può concepirsi, tanto in relazione al processo formativo del contratto, quanto in rapporto alle semplici trattative, riguardate come qualcosa di diverso da esso, ossia come quella fase anteriore in cui le parti si limitano a manifestare la loro tendenza verso la stipulazione del contratto, senza ancora porre in essere alcuno di quegli atti di proposta e di accettazione che integrano il vero e proprio processo formativo dell'accordo, quale fase conclusiva della trattativa privata.

**b.** Tali situazioni possono, quindi, essere presupposte per l'esperimento dell'azione di condanna al risarcimento del danno subito *contra ius subiectivum*, incidente in capo alla situazione soggettiva (di diritto) ad avere un comportamento secondo buona fede, gravante su un bene della vita del soggetto entrato in ... *contrattazione* con l'Amministrazione (e, ovviamente, viceversa).

Va, nondimeno, precisato che l'obbligo di comportarsi secondo buona fede se si sostanzia nel dovere di cooperazione ed informazione, questo non si spinge, tuttavia, al punto che possa desumersi dall'art. 1337 Cod. civ. l'obbligo, per il contraente impegnato in una trattativa, di rendere note alla controparte le proprie condizioni economiche, ancorché critiche<sup>24</sup>, qualora la criticità non si spinga, ovviamente, fino alla compromissione della capacità patrimoniale strumentale all'adempimento del contratto che si intende concludere.

Per l'Amministrazione, quel dovere - alla stregua dell'altra parte partecipante alla trattativa - coincide con quello di fornire quelle informazioni inerenti ai limiti della propria azione, coincidenti con i limiti fissati da norme - questo sì per la sola Amministrazione - imperative, inerenti alla necessità di perseguire, ovviamente, l'interesse pubblico generale, ma altresì, lo specifico interesse inerente al singolo potere da esercitarsi, dando contezza della effettiva disponibilità finanziaria strumentale al perseguimento dell'obiettivo in funzione del quale viene esercitato il potere di trattativa privata, espressione un tanto della trasparenza dell'azione amministrativa.

## **5. Conclusioni: il doveroso recesso dalla trattativa.**

**5.1.** Ebbene, al di là della responsabilità da ingiustificato ritardo nella conclusione della trattativa, la responsabilità precontrattuale, ex art. 1337 c.c., è destinata, pertanto, a sussistere, alla stregua di ogni altra attività pre-negoziale - come si è detto -, nell'interruzione delle trattative "contrattuali" senza una ragionevole giustificazione, sì da esprimere e determinare l'arbitrario sacrificio dell'affidamento che il partecipante alla trattativa avesse ragionevolmente fatto nella conclusione dell'accordo medesimo, affidamento qualificabile come effettiva aspettativa logica e fondata espressione di buona fede, correlata al modo, alla durata ed allo stato delle trattative<sup>25</sup>.

Il che certo si traduce nel principio secondo cui nella fase antecedente alla conclusione dell'accordo, se è ben vero che le parti hanno piena facoltà di verificare la propria convenienza alla stipulazione, rimanendo libere di recedere dalle trattative indipendentemente dall'esistenza di un giustificato motivo, nondimeno rimane il limite del rispetto del principio della correttezza contrattuale che si traduce nell'assenza di quelle "riserve mentali" esprimenti l'assenza della genuinità dell'approccio al rapporto pre-contrattuale.

Il dovere di informazione nei confronti del soggetto partecipante alla trattativa, circa il reale intendimento, o possibilità di conclusione dell'accordo medesimo, senza omettere circostanze significative rispetto all'economia dell'intero rapporto, costituisce, quindi, le premesse per l'esercizio della responsabilità precontrattuale e del successivo esercizio dell'azione di condanna al risarcimento del danno.

Va, tuttavia, precisato che la trattativa interrotta da parte della PA deve sottendere, per poter essere affermata come giuridicamente corretta e, quindi, legittima - in ragione alle finalità sottese alla stessa Amministrazione che da questa vengono caratterizzate<sup>26</sup> -, ragioni inerenti al pubblico interesse specifico perseguito con la decisione di addivenire alla trattativa; deve, quindi, trattarsi di

---

23 Corte di Cassazione, civile, Sez. III, 14.02.2000 n. 1632, *Giust. civ. Mass.* 2000, 329; e Corte di Cassazione, civile, Sez. III, 7.02.2006, n. 2521, *Giust. civ. Mass.* 2006, 2.

24 Corte di Cassazione, civile, Sez. III, 29.11.1985, n. 5920, Soc. LDP c. Soc. Schiffini, *Giust. civ. Mass.* 1985, fasc. 11; Corte di Cassazione, civile, Sez. I, 11.11.1994, n. 8295, Soc. it. cauzioni c. Com. Fratta Maggiore e altro, *Giust. civ. Mass.* 1994, 1214 (s.m.); in dottrina, Cavallo Perin R. - Rocca G.M., *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.* 2010, 02, 0325, par. n. 1.

25 Consiglio di Stato, Sez. V, 07.09.2009, n. 5245, Asl Foggia c. Soc. E. & F., *Resp. civ. e prev.* 2009, 11 2358 ; Tribunale Monza, 16.02.2006, Fondaz. Porro, *Redazione Giuffrè* 2006.

26 L'attività della PA non è mai libera, non sempre sottoposta al principio di legalità ed al rispetto del fine, in funzione del quale il potere viene attribuito.

situazioni assistite da norme imperative<sup>27</sup> le quali verrebbero altrimenti violate se si pervenisse al contratto, ovvero al contratto con quel certo contenuto.

Sicché, l'Amministrazione è tenuta – leggesi, obbligata – a recedere dalla trattativa allorché si venga a profilare una tale situazione di contrasto con l'interesse pubblico in generale, e con quello specifico nel concreto perseguito. Diversamente, l'accordo concluso nell'ambito dell'attivata trattativa privata si presenterebbe nullo, sulla base dello stesso art. 1418 Cod. civ.<sup>28</sup>, proprio per contrasto con norme imperative.

Fermo restando l'eventuale ipotesi di responsabilità penale, diversa dalla turbativa d'asta, per eventuali delitti contro la P.A., in base oggi alla L. n. 6.11.2012, n. 180, contenente “disposizioni per la prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità della Pubblica Amministrazione”<sup>29</sup>, per la condotta posta in essere.

**5.2.** Sotto il distinto profilo del destinatario dell'attività dell'Amministrazione che abbia confidato sulla scorta di una buona fede oggettiva, andata poi delusa, nella conclusione dell'accordo, vi sono le premesse per l'esperimento di un'azione di risarcimento per responsabilità precontrattuale. Ma ciò potrà avvenire nei confronti dell'Amministrazione, ovvero della persona fisica dell'agente che ha condotto la trattativa poi interrotta, al fine di evitare un accordo contrario a norme imperative e, quindi, nullo.

Anche se, in tal caso e conclusivamente, si possono profilare due situazioni: la prima, allorché la nullità dell'accordo si pone in diretta dipendenza con il superamento da parte dell'agente dei poteri riconducibili alla sua posizione funzionale.

Sicché, le conseguenze del negozio eventualmente concluso, sono destinate a ripercuotersi in capo all'organo, persona fisica, che ha agito alla stregua del *falsus procurator*, di cui all'art. 1398 del Cod. civ. Certo, in siffatta evenienza viene riconosciuta la possibilità di ratifica da parte dell'Amministrazione che faccia proprie, sia pure implicitamente, le conseguenze dell'attività condotta da chi non ne era formalmente legittimato, riconoscendo di quella, in qualche modo, l'utilità, ai sensi degli artt. 1399 e 2028 del Cod. civ.<sup>30</sup>

La seconda ipotesi, la si ha allorché l'accordo non venga doverosamente concluso perché contrastante con norme imperative.

In questo caso, il soggetto passivo della responsabilità e della relativa azione - ex art. 1337 Cod. civ. in collegamento con l'art. 2043 Cod. civ. - si pone in stretta dipendenza con l'atteggiamento dell'elemento soggettivo psicologico eventualmente rintracciabile in capo all'agente medesimo. In quanto, se nella condotta di questi è individuabile un'ipotesi di dolo o colpa grave, è destinata ad affermarsi la sua responsabilità per aver posto in essere una trattativa, gravemente violando, da un lato, il surriferito dovere di buona fede di cui all'art. 1337 cit. e, dall'altro, in ipotesi di dipendenza dolosa, gli stessi principi di imparzialità e buon andamento alla cui tutela e salvaguardia sono posti i principi costituzionali di cui all'art. 97. Essi sono oggi recepiti e sviluppati dagli artt. 1 e 6bis della L. n. 241/1990 e s.m.i., oltretutto trovare riscontro nelle cause di incompatibilità e di astensione del giudice codificate dall'art. 51 c.p.c., così come interpretate dalla giurisprudenza<sup>31</sup>.

Si è così esteso il principio dell'astensione a tutti i casi in cui si possa manifestare un “sospetto” consistente di violazione dei principi di imparzialità e trasparenza, in grado di ipotizzare un potenziale “conflitto di interessi” dell'organo amministrativo fornito di potere decisionale, determinando in capo ad esso quella Assenza di serenità e di obiettività di decisione.

Concetto che, riferito all'ipotesi di trattativa privata diretta, è destinato a tradursi nel dovere dell'agente di astenersi dall'assumere la decisione e, quindi, di concludere un contratto in situazione di conflitto di interessi, anche puramente potenziale, dovendo l'Amministrazione non solo essere imparziale, ma anche, evidentemente, nello svolgimento della sua attività apparire tale.

Francesco Longo

Avvocato in Pordenone

Professore a contratto di Diritto Amministrativo e Ambientale all'Università di Udine

<sup>27</sup> In quanto il perseguimento del fine pubblico non è certo un aspetto negoziabile.

<sup>28</sup> Si veda Romano A., *L'ordinamento giuridico di Santi Romano, il diritto dei privati ed il diritto dell'amministrazione*, in Dir. Amm. 2011, 2, 241 e ss., il quale richiama l'opinione dei *privatisti* secondo cui alle nullità del contratto derivanti da carenze strutturali sono “... quelle che lo colpiscono quando violi disposizioni a carattere comunque imperativo, ma dovute a scelte di natura prettamente politica del legislatore: secondo la previsione del medesimo art. 1418 Cod. civ., ma stavolta al primo comma; ...”. Dette nullità verrebbero appunto qualificate come politiche o funzionali.

<sup>29</sup> Corte di Cassazione, penale, Sez. VI, 26.09.2006, n. 38698.

<sup>30</sup> Si cfr. Corte di Cassazione, Sez. III, 10.01.2003, n. 195.

<sup>31</sup> Per ipotesi di astensione di membri di organi collegiali, in quanto portatori di interessi personali, si cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 28.05.2012, n. 3133; TAR Sardegna, I, 5.06.2013, n. 459; TAR Friuli Venezia Giulia, 30.11.2001, n. 716.