



FRANCO SCIARRETTA*

LA CLAUSOLA DI BUONA FEDE NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI**

Abstract [It]: Il linea con i più recenti orientamenti giurisprudenziali e con il paradigma enunciato nella legge generale sul procedimento amministrativo, il nuovo codice dei contratti pubblici sancisce il principio di buona fede e correttezza e tutela dell'affidamento. La nuova disciplina riconosce espressamente l'esistenza, anche prima dell'aggiudicazione, di un affidamento da parte dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione e sul comportamento amministrativo rispettoso del principio di buona fede. Il principio di correttezza e buona fede è operante in tutte le fasi della procedura pubblica, anche prima e indipendentemente dal provvedimento di aggiudicazione e anche nell'esercizio dell'attività autoritativa, nonché nella fase di esecuzione contrattuale. Alla luce del mutato quadro normativo, il contributo intende analizzare la clausola di buona fede per comprenderne il valore e i suoi effetti sul sistema dei contratti pubblici.

Abstract [En]: In line with the most recent jurisprudential approaches and with the paradigm set out in the general law on administrative procedure, the new code of public contracts establishes the principle of good faith and correctness and protection of expectations. The new regulation expressly recognizes the existence, even before the award, of an assignment by the economic operator on the legitimate exercise of power by the public administration and on administrative behavior in compliance with the principle of good faith. The principle correctness and good faith is operative in all phases of the public procedure, even before and regardless of the award provision and also in the exercise of the authoritative activity, as well as in the contractual execution phase. In the light of the changed regulatory framework, the paper intends to analyze the good faith clause to understand its value and its effects on the public contract system.

Parole chiave: Contratti pubblici, Responsabilità precontrattuale, Buona fede, Correttezza, Legittimo affidamento.

Keywords: Public Contracts, Pre-contractual Liability, Good Faith, Fairness, Legitimate Expectations.

SOMMARIO: 1. I principi generali nel codice. – 2. Buona fede, correttezza e tutela dell'affidamento nell'esercizio della funzione amministrativa. – 3. Buona fede e contrattualistica pubblica. – 4. Modelli di responsabilità precontrattuale pubblica. – 5. L'ambito di operatività. – 6. Affidamento legittimo e incolpevole. – 7. Lo speciale statuto della responsabilità precontrattuale del committente pubblico. – 8. *Quantum debeatur*. – 9. Questioni di riparto di giurisdizione. – 10. Ricadute e prospettive di applicazione del principio.

* Professore aggregato di Diritto amministrativo - Università degli Studi di Roma UnitelmaSapienza

** Contributo sottoposto a *peer review*.

1. I principi generali nel codice

Il diritto dei contratti pubblici viene considerato un “*diritto anticipatore*” nell’ordinamento amministrativo e, pertanto, decrittare la nuova disciplina di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici consente di cogliere le tendenze dell’intero sistema di diritto amministrativo al di là della disciplina di settore.

Nell’epoca delle contaminazioni disciplinari¹, la contrattualistica pubblica si iscrive nei processi evolutivi del diritto amministrativo, anticipandone le trasformazioni².

Il codice dei contratti pubblici appena varato³ si apre con la formulazione dei principi generali⁴ che costituiscono le coordinate normative e operative del sistema di nuovo conio.

La loro peculiarità è che sono posti direttamente dal legislatore e non già desumibili (a cura dell’interprete) dalle disposizioni codicistiche, con conseguenti opzioni ermeneutiche dettate *ex lege*⁵.

La (necessaria) natura *elastica* di questi principi si coniuga con l’ampiezza e la frammentazione delle regole che compongono il nuovo assetto normativo, dovendo rappresentare un punto di equilibrio tra scelta legislativa, sottostante all’articolata disciplina positiva, e tecnica giuridica.

Nel dichiarato intento del legislatore questi principi devono fornire una chiave di lettura dell’intero sistema, risolvendo i problemi legati all’interpretazione delle molteplici disposizioni normative e al bilanciamento tra i diversi interessi interferenti nelle singole operazioni negoziali.

La filosofia che permea il nuovo impianto normativo consiste nel concludere proficuamente e celermente l’affidamento delle commesse pubbliche nell’interesse (primario) dell’amministrazione (e, quindi, della collettività) – coincidente con il migliore rapporto fra qualità e prezzo della prestazione commissionata –, nel rispetto delle regole e con metodi competitivi per conseguire il corretto adempimento del contratto.

Queste finalità risaltano già nell’art. 1 del codice dove è affermato il principio del risultato che, unitamente agli altri principi generali declinati negli articoli successivi, rappresentano attuazione nel settore dei contratti pubblici del canone costituzionale di buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità.

¹ La definizione si rinviene in A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA. tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, Pisa University Press, 2011, 7.

² E. STICCHI DAMIANI, *La nozione di appalto pubblico. Riflessioni in tema di privatizzazione dell’azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1999, 11.

³ D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, in *Gazzetta ufficiale*, n. 77 del 31 marzo 2023, supplemento ordinario n. 12.

⁴ L’art. 1 sancisce il principio del risultato, l’art. 2 introduce il principio della fiducia, l’art. 3 detta il principio di accesso al mercato, l’art. 4 contempla un criterio interpretativo e applicativo. Nell’art. 5 si definiscono i principi di buona fede e di tutela dell’affidamento, all’art. 6 si stabiliscono i principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale, all’art. 7 si definisce il principio di auto-organizzazione amministrativa, all’art. 8 si disciplina il principio di autonomia contrattuale, all’art. 9 si prevede il principio di conservazione dell’equilibrio contrattuale e all’art. 10 si trovano i principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione.

⁵ Sulle ricadute della legislazione per principi, G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it, 2023.

L'impostazione concettuale del nuovo codice rimane quella dell'esercizio del potere e della discrezionalità amministrativa, in sostanziale continuità con la nostra tradizione giuridica.

Il primato logico-giuridico della funzione di committenza, tuttavia, determina un ribaltamento della gerarchia degli interessi, nel momento in cui le amministrazioni pubbliche si rivolgono al mercato e stipulano contratti per approvvigionarsi di beni, servizi e opere e non per perseguire finalità ulteriori.

Questo primato sembrava smarrito quando con i codici del 2006⁶ e 2016⁷ sono state recepite le direttive europee sempre più pervasive e dettagliate intervenute in materia, con l'obiettivo di assicurare il funzionamento del mercato e tutelare la concorrenza e le libertà di circolazione⁸.

Per esigenze sistematiche la codificazione è andata al di là del mero recepimento delle direttive europee, con alterazione della naturale gerarchia degli interessi protetti, collocando in secondo piano il buon andamento e il risultato dell'operazione negoziale rispetto alle finalità, ritenute preminenti, della tutela della concorrenza e del mercato perseguite attraverso una meticolosa attenzione alla indizione e gestione delle procedure di gara⁹.

Queste alterazioni si sono acuite allorché sulla disciplina dei contratti pubblici si è innestata quella di prevenzione e contrasto della corruzione, con attribuzione delle funzioni di vigilanza e controllo sulla sua applicazione all'Autorità nazionale anticorruzione, cui sono stati assegnati anche poteri normativi e regolamentari¹⁰.

Nella nuova normativa dei contratti pubblici è la funzione di committenza che individua ora gli obiettivi dell'azione pubblica e della disciplina di regolazione.

Il funzionamento del mercato, la tutela della concorrenza e le libertà di circolazione non rappresentano più finalità e valori in sé, ma strumenti a servizio del risultato¹¹.

In questo mutato contesto si intende qui analizzare la clausola generale di buona fede per coglierne l'essenza e le sue ricadute nel sistema di contrattualistica pubblica.

⁶ Varato con il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*, in *Gazzetta ufficiale*, n. 100 del 2 maggio 2006, supplemento ordinario n. 107.

⁷ Adottato con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, *Codice dei contratti pubblici*, in *Gazzetta ufficiale*, n. 91 del 19 aprile 2016, supplemento ordinario n. 10, con le quali sono state recepite le direttive 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, *sull'aggiudicazione dei contratti di concessione*, 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, *sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE*, 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, *sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE*.

⁸ G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato*, *Relazione al convegno "Il nuovo codice degli appalti"*, *Avvocatura dello Stato*, Roma, 27 gennaio 2023, consultabile su www.astrid-online.it, 2023.

⁹ M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, Giuffrè, 2001.

¹⁰ Cfr. art. 213 d.lgs. 50/2016.

¹¹ G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato*, cit.

2. Buona fede, correttezza e tutela dell'affidamento nell'esercizio della funzione amministrativa

Nonostante al principio di buona fede¹² e correttezza¹³ sia riconosciuto tradizionalmente matrice civilistica e ne sia stata esclusa in origine l'applicabilità ai rapporti di diritto pubblico¹⁴, la sua valenza nel diritto amministrativo è stata teorizzata da tempo¹⁵ e recepita progressivamente dalla giurisprudenza.

Dagli anni Settanta del secolo scorso, poi, la dottrina pubblicistica¹⁶ ha riconosciuto la buona fede quale componente fondamentale dello statuto giuridico dell'agire della pubblica amministrazione¹⁷, rappresentando canone di comportamento sia nei rapporti di diritto comune, sia in quelli di diritto pubblico¹⁸.

La buona fede è configurata quale canone riferibile non già alla decisione¹⁹, bensì al modo in cui l'amministrazione agisce per assumerla²⁰, onerando il soggetto pubblico di doveri di comportamento ulteriori e differenti²¹ rispetto a quelli tipizzati nella legge generale sul procedimento amministrativo^{22 23}.

¹² Il riferimento è alla buona fede *oggettiva* teorizzata in ambito civile, su cui L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, II, Torino, Utet, 1988, 154 ss., nonché S. ROMANO, *Buona fede (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, V, Milano, Giuffrè, 1959, 677 ss.

¹³ Sulla sostanziale equivalenza tra buona fede oggettiva e correttezza, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1969, ristampa 2004, 119 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, tomo I, Milano, Giuffrè, 1974, 9 ss.; M. BESSONE, A. D'ANGELO, *Buona fede*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, V, Roma, Treccani, 1988, 1 ss.; L. ROVELLI, *Correttezza*, in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, IV, Torino, Utet, 1989, 423 ss. Cfr., di recente, Corte di cassazione, 16 marzo 2021, n. 7283, consultabile su www.italgiure.giustizia.it.

¹⁴ La rilevanza della buona fede nel diritto amministrativo è stata esclusa, fra gli altri, da E. GUICCIARDI, *Recensione a K.H. Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre* (Berlin, Junker und Dunnbaupt Verlag, 1935), in *Archivio di diritto pubblico*, 1936, 556 ss.; M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1939, ora in ID., *Scritti*, I, Milano, Giuffrè, 2000, 141 ss. e 371 ss., che ammetteva la rilevanza della buona fede nell'ambito dei rapporti di diritto privato della pubblica amministrazione. G.U. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in *Rivista di diritto civile*, 1961, I, 415 ss.

¹⁵ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, II, 118 ss.; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968.

¹⁶ F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970, opera monografica che rappresenta un punto di riferimento, rivisitata dall'A. con il titolo *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all'"Alternanza"*, Milano, Giuffrè, 2001. Sul concetto di buona fede intesa quale regola comportamentale delle parti del rapporto amministrativo, F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, ESI, 1995, nonché F.G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, III, Padova, Cedam, 2003, 471 ss.

¹⁷ E. CASETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Il diritto dell'economia*, 2001, 317 ss.

¹⁸ M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e diritto privato nuove emersioni di una questione antica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2012, 1019 ss.

¹⁹ F.G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, cit., 479.

²⁰ F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., 173-174.

²¹ G.M. RACCA, *Correttezza (diritto amministrativo)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, Giuffrè, 2006, 1529 ss.

²² L. 7 agosto 1990, n. 241, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Gazzetta ufficiale*, n. 192 del 18 agosto 1990.

²³ G. AVANZINI, *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2007, 273.

Il principio non implica soltanto il rispetto delle norme di azione²⁴, ma richiede pure comportamenti amministrativi *protettivi*²⁵ caratterizzanti la funzionalizzazione dell'*agere publicum*²⁶.

L'esercizio di poteri amministrativi rende, se possibile, ancora più articolato e pregnante il dovere di comportamento leale e improntato a buona fede²⁷ e di protezione e tutela dell'altrui affidamento²⁸, ponendosi quale esplicazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento²⁹.

Lo statuto pubblicistico impone l'adempimento di doveri puntuali di correttezza e collaborazione che sono insiti nello svolgimento dell'attività amministrativa e si fondano su regole proprie della funzione³⁰.

Il richiamo non è alle *regole di risultato* attinenti alla decisione amministrativa, né a quelle procedurali contenute nella disciplina del procedimento amministrativo.

Il riferimento non è neppure alle regole inerenti alla doverosità dell'agere amministrativo immediatamente funzionali alla soddisfazione dell'interesse pubblico o privato.

Vengono in rilievo, invece, regole che impegnano l'amministrazione a un'*attenzione* a ogni vicenda amministrativa e, quindi, alle esigenze e aspettative di ciascun soggetto privato che è parte del rapporto giuridico di diritto pubblico.

Norme di comportamento che mirano alla soddisfazione dell'interlocutore privato non in termini di conseguimento del bene della vita cui lo stesso aspira attraverso la decisione amministrativa, ma in termini di scrupolo e accuratezza nell'adozione della decisione tenendo "*quell'approccio al caso singolo che distingue ogni fattispecie dalle altre e la consegna all'amministrazione come unica*"³¹.

Regole che assumono contenuto non già statico, bensì elastico, indefinito e variabile, a seconda delle peculiarità che connotano ciascuna vicenda amministrativa.

²⁴ Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 29 novembre 2021, n. 21, consultabile su www.ambienteditto.it, in linea con la propria giurisprudenza ribadisce che "*le regole di legittimità amministrativa e quelle di correttezza operano su piani distinti, uno relativo alla validità degli atti amministrativi e l'altro concernente invece la responsabilità dell'amministrazione e i connessi obblighi di protezione in favore della controparte. Oltre che distinti, i profili in questione sono autonomi e non in rapporto di pregiudizialità, nella misura in cui l'accertamento di validità degli atti impugnati non implica che l'amministrazione sia esente da responsabilità per danni nondimeno subiti dal privato destinatario degli stessi*".

²⁵ G.M. RACCA, *Le innovazioni necessarie per la trasformazione digitale, e sostenibile dei contratti pubblici*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G.M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni*, cit., 9 ss., 37, considera "*la buona fede imposta espressamente alla pubblica amministrazione come caratterizzante della funzionalizzazione dei suoi atti a protezione rafforzata di tutti i rapporti giuridici amministrativi volti al perseguimento della buona amministrazione*".

²⁶ A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2018, 121 ss.

²⁷ F.G. COCA, *Per un'amministrazione responsabile: Corte Cass., sez. un., 22 luglio 1999 n. 500*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/1999, 4045 ss.

²⁸ Consiglio di Stato, adunanza plenaria, sentenza 21/2021, cit.

²⁹ A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 122.

³⁰ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., 122.

³¹ Il virgolettato è mutuato da S. DETTORI, *Doveri amministrativi di risultato e doveri amministrativi di comportamento (a proposito di un recente saggio di Massimo Monteduro)*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2021, 449 ss., 465. Sulle regole di comportamento alle quali è tenuta l'amministrazione, l'A. richiama il comportamento cui il funzionario pubblico è doverosamente tenuto in ragione dell'ufficio ricoperto. Il riferimento è alle "*regole del dovere d'ufficio, che integra una doverosità "a prescindere", una doverosità presupposta ed indifferente rispetto a quella che connota l'esercizio della funzione volta a garantire la realizzazione dell'interesse pubblico ovvero il bene della vita nei confronti del privato che lo richiede (...)*".

Buona fede e correttezza trascendono la dimensione propriamente autoritativa del potere, attenendo alla funzione amministrativa intesa quale attività di servizio della collettività.

L'art. 1, comma 2-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241³² ha positivizzato il principio nei rapporti di diritto pubblico con una portata bilaterale, prescrivendone il rispetto anche ai privati nei riguardi dell'amministrazione pubblica³³.

Questa disposizione, ponendo accanto buona fede e collaborazione³⁴, tende a ricondurre entrambe a un unico canone comportamentale in una prospettiva *relazionale* e non solo garantista³⁵.

Un canone che rileva, innanzitutto, nell'ambito della relazione – asimmetrica, ma partecipata – che si instaura attraverso il procedimento amministrativo, forma tipica di esercizio della funzione amministrativa³⁶, che è il luogo del confronto e della composizione (del conflitto) dell'interesse pubblico primario con gli altri interessi, pubblici e privati, coinvolti nel rapporto amministrativo³⁷.

Alla clausola di buona fede accede quella di (tutela dell'altrui) affidamento, delineandosi entrambe come valori fondanti dell'ordine giuridico moderno e quali regole imprescindibili nei rapporti negoziali³⁸ e, più in generale, nei rapporti sociali³⁹.

In questa prospettiva, trova conferma la propensione del sistema di diritto amministrativo verso un arretramento dell'impostazione autoritativa non soltanto nei rapporti paritetici, ma anche in quelli caratterizzati dall'esercizio del potere⁴⁰, atteso che “*nei*

³² L'art. 12, comma 1, Oa, l. 11 settembre 2020, n. 120 di conversione del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 ha introdotto il comma 2-bis dell'art. 1 della l. 241/1990, stabilendo che i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede. Per una ricostruzione in chiave critica, G. TULUMELLO, *La tutela dell'affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione fra ideologia e dogmatica*, consultabile su www.giustamm.it, n. 5/2022.

³³ Consiglio di Stato, seconda sezione, 8 aprile 2021, n. 2869, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it, sottolinea il dovere di buona fede, soprattutto, nell'ambito di moduli e impegni di carattere consensuale.

³⁴ Sull'onere collaborativo nei rapporti tra istituzioni e cittadini, F. BENVENUTI, *Suggerimenti in tema di contratto tra diritto privato e pubblico*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 1/2007, 5 ss.

³⁵ A. CROSETTI, *Principio di buona fede e contrattazione pubblica*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 2/2022, 341 ss., secondo cui la buona fede si sostanzia nei doveri di lealtà e di salvaguardia, intendendosi il primo come dovere di tutelare il reciproco affidamento, non inducendo o speculando su fraintendimenti della controparte, e il secondo quale tutela degli interessi che la controparte ha inteso perseguire attraverso la conclusione del contratto, mirando alla conservazione dell'utilità del contratto non solo per sé ma anche per la controparte in un'ottica di reciproca solidarietà.

³⁶ Cfr., relativamente alla c.d. *riserva di procedimento amministrativo*, Corte costituzionale, 23 giugno 2020, n. 116, consultabile su www.giurcost.org, secondo cui “*il procedimento amministrativo costituisce il luogo elettivo di composizione degli interessi, in quanto è nella sede procedimentale che può e deve avvenire la valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti e meritevoli di tutela, a confronto sia con l'interesse del soggetto privato operatore economico, sia ancora (e non da ultimo) con ulteriori interessi di cui sono titolari singoli cittadini e comunità, e che trovano nei principi costituzionali la loro previsione e tutela*”. Nei medesimi termini, Corte costituzionale, 5 aprile 2018, n. 69, *in*. Ciò implica che “*se la materia, per la stessa conformazione che il legislatore le ha dato, si presenta con caratteristiche tali da enfatizzare il rispetto di regole che trovano la loro naturale applicazione nel procedimento amministrativo, ciò deve essere tenuto in conto nel vagliare sotto il profilo della ragionevolezza la successiva scelta legislativa, pur tipicamente discrezionale, di un intervento normativo diretto*” (sentenza 116/2020, *cit.*).

³⁷ F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1990.

³⁸ C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, I, 205 ss.

³⁹ Sui canoni di correttezza e buona fede oggettiva quali valori etici della morale collettiva, Corte di cassazione, 5 agosto 2020, n. 16706, consultabile su www.italggiure.giustizia.it,

⁴⁰ Una dinamica che appare riconducibile alle riflessioni di F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, 807 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, IV, Milano, Giuffrè, 2006,

*rapporti di diritto amministrativo, inerenti al pubblico potere, è configurabile un affidamento del privato sul legittimo esercizio di tale potere e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede*⁴¹.

I doveri amministrativi di comportamento si pongono sulla direttrice del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale⁴², collocandosi nel percorso di sviluppo del rapporto tra amministrazione e cittadini improntato all'*amministrazione condivisa*⁴³, della quale costituisce un'applicazione la disciplina dei *beni comuni*⁴⁴, (beni) che esulano dalle ordinarie logiche economiche⁴⁵ e assolvono a una funzione sociale⁴⁶ dei quali deve essere garantita la fruibilità collettiva (oltre che individuale) e le connesse utilità.

3. Buona fede e contrattualistica pubblica

In linea con i più recenti approdi giurisprudenziali e con il paradigma enunciato dall'art. 1, comma 2-bis, della legge generale sul procedimento amministrativo, l'art. 5 del codice sancisce il principio di buona fede e correttezza e tutela dell'affidamento⁴⁷, assumendo le procedure a evidenza pubblica una chiara valenza precontrattuale.

A ben vedere, questa disposizione non ha semplicemente esteso la clausola generale di buona fede e tutela dell'affidamento dal diritto amministrativo generale alla contrattualistica pubblica, ma ha riempito di contenuto questa disciplina di settore.

Restano le difficoltà di individuazione degli oneri – del tutto atipici – nei quali si compendia il relativo impegno delle parti (e del loro particolare atteggiarsi nella formazione del contratto), che rendono non agevole la delimitazione degli effetti dell'applicazione della medesima disposizione.

Nel settore dei contratti pubblici la clausola di buona fede e correttezza si può dire che trova il suo campo di elezione, rimanendo aperta la questione se residuino segmenti di attività (propriamente) negoziale nella fase che precede il contratto, in considerazione del

3223 ss. Sull'evoluzione del sistema di diritto amministrativo, S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/2002, 27 ss.

⁴¹ Consiglio di Stato, adunanza plenaria, sentenza 21/2021, cit.

⁴² V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*, in G. ARENA, M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, 21 ss.

⁴³ Sul punto appaiono imprescindibili le anticipazioni di F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia Marsilio, 1994. Per le origini di questo concetto G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1997, 29 ss., nonché ID., *Un approccio sistemico all'amministrazione condivisa*, in G. ARENA, M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., 1 ss. Sulle prospettive, F. GIGLIONI, *Consolidamento e futuro dell'amministrazione condivisa*, in *www.federalismi.it*, n. 20/2022, 204 ss.

⁴⁴ V. CERULLI IRELLI, *Cose pubbliche e beni comuni*, in ID., *Costituzione e Amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2022, 313 ss., spec. 336 ss.

⁴⁵ Cfr. Corte di cassazione, sezioni unite, 16 febbraio 2011, n. 3813 che, superando gli schemi della dicotomia pubblico-privato, reinterpretano il concetto di demanialità riguardo a una determinata categoria di beni che, per loro intrinseca natura, o sono caratterizzati da un godimento collettivo o risultano funzionali ad interessi della collettività.

⁴⁶ M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1993, 92 ss.

⁴⁷ G. TULUMELLO, *Il diritto dei contratti pubblici fra regole di validità e regole di responsabilità: affidamento, buona fede, risultato*, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*, 7 giugno 2023.

fatto che non tutti gli atti e le decisioni della fase di scelta del contraente concretano esercizio di potere.

L'adesione maturata nel formante giurisprudenziale alla costruzione dogmatica della responsabilità precontrattuale quale fattispecie dannosa a impianto relazionale, come tale riconducibile alla disciplina della responsabilità per inadempimento di un obbligo di protezione, ha condotto ad applicare alle amministrazioni aggiudicatrici i doveri di correttezza e buona fede e la connessa responsabilità.

Al dovere (primario) dell'amministrazione di perseguire nel rispetto della legalità l'interesse pubblico nella procedura negoziale, si affianca l'obbligo (secondario), che sorge già prima dell'aggiudicazione, di rispetto e protezione della sfera giuridica dell'operatore economico "per le conseguenze dannose che l'instaurato rapporto è suscettibile di provocare"⁴⁸.

L'operatività della clausola spazia dall'attività precontrattuale a quella contrattuale, sia nell'ambito delle tipiche procedure di gara, sia riguardo a trattative negoziali condotte senza procedura a evidenza pubblica⁴⁹.

Nel codice del 2016 è fatto esplicito richiamo al principio di correttezza nell'affidamento e nell'esecuzione di appalti e concessioni⁵⁰, in continuità con analoga previsione del codice previgente⁵¹.

Il nuovo codice dei contratti pubblici ha introdotto, tra i principi generali, una specifica previsione sul dovere reciproco di correttezza e tutela dell'affidamento⁵² facente carico a entrambe le parti.

In questa ottica il nuovo codice⁵³ riconosce espressamente la sussistenza, anche prima dell'aggiudicazione, di un affidamento dell'operatore economico⁵⁴ sul legittimo esercizio del potere da parte dell'amministrazione pubblica e sul *comportamento amministrativo* conforme al principio di buona fede.

Nella nuova normativa la clausola di buona fede si salda con il principio della fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici⁵⁵.

Il principio della fiducia riveste un valore giuridico che sottintende la costruzione di un clima *culturale*⁵⁶ per superare l'aura di sospetto e la (malcelata) sfiducia nella correttezza dell'azione amministrativa, in una con il timore dei funzionari pubblici di sbagliare, seppure

⁴⁸ F. SCIARRETTA, *Il sistema di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici. Tra approccio europeo, logiche pubblicistiche e tecniche privatistiche*, Bologna, Il Mulino, 2022, 119 ss.

⁴⁹ Consiglio di Stato, seconda sezione, 20 novembre 2020, n. 7237, consultabile in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁰ Art. 30, comma 1, d.lgs. 50/2016.

⁵¹ Art. 2, comma 1, d.lgs. 163/2006.

⁵² Art. 5, comma 1, d.lgs. 36/2023.

⁵³ Art. 5, comma 2, d.lgs. 36/2023.

⁵⁴ Sulla maturazione di un ragionevole affidamento nella stipula del contratto ai fini della responsabilità precontrattuale della stazione appaltante, da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura e sempre che tale affidamento non sia inficiato da colpa, Consiglio di Stato, quinta sezione, 11 aprile 2022, n. 2709, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁵ Art. 2, comma 1.

⁵⁶ In senso critico riguardo alla costruzione di tale contesto nello spazio pubblico, in ragione della logica capitalista che permea l'intero campo dell'esistenza umana, C. CASTORIADIS, C. LASCH, *La cultura dell'egoismo*, traduzione italiana di A. Aureli, C. Milani, Milano, Elèuthera, 2023.

perseguendo un risultato utile per l'amministrazione, che innesca il noto fenomeno della "burocrazia difensiva" che tanta parte ha avuto (e ha) nell'arresto di molti interventi e iniziative⁵⁷.

In questo modo viene a delinearsi un rapporto di fiducia reciproca che fonda obblighi di cooperazione e buona fede in capo a entrambe le parti, nel perseguimento del comune interesse alla corretta selezione e tempestiva esecuzione dell'operazione contrattuale.

Il principio di correttezza e buona fede è operante in tutte le fasi del procedimento a evidenza pubblica, anche prima e a prescindere dal provvedimento di aggiudicazione e pure nell'esercizio dell'attività autoritativa⁵⁸, oltre che nella fase di esecuzione contrattuale⁵⁹.

Al pari della fiducia che è valore congenito nel sistema giuridico, la cui relazione con il diritto appare complessa e sfuggente⁶⁰, la clausola generale di buona fede e correttezza non costituisce una novità assoluta nel settore delle commesse pubbliche.

È da tempo che la giurisprudenza tende a darvi rilievo (anche) nell'esecuzione del contratto⁶¹.

Gli arresti più recenti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato in tema di responsabilità precontrattuale estendono il dovere di correttezza fin dalla pubblicazione del bando e ne riconoscono l'operatività sino alla conclusione dell'intera vicenda negoziale.

L'indeterminatezza del contenuto normativo della clausola positiva potrebbe giocare a discapito della certezza del suo portato, tanto più che l'amministrazione e i suoi funzionari agiscono, nella fase dell'affidamento, seguendo i canoni del potere e che, anche nella fase dell'esecuzione, manca una relazione davvero paritaria con il contraente privato⁶².

La clausola identifica un dovere a contenuto elastico che introduce nell'ordinamento un principio appartenente originariamente all'etica⁶³.

La violazione dei principi relazionali di correttezza e buona fede si realizza attraverso comportamenti amministrativi non tipizzati, fermo restando che l'inosservanza delle norme sulla formazione dei contratti pubblici può costituire indice della scorrettezza della condotta pubblica generatrice di responsabilità.

All'amministrazione pubblica è richiesto un grado più intenso di buona fede che comporta coerenza e non contraddittorietà non soltanto nel rispetto delle norme di azione, che sono in parte tipizzate nella disciplina codicistica e in altra parte atipiche non esaurite dalle regole di scelta del contraente privato che si delineano come disciplina delle trattative.

⁵⁷ G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit.

⁵⁸ Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 4 maggio 2018, n. 5, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁹ Corte di cassazione, 22 febbraio 2022, n. 5848, consultabile su www.italgiure.giustizia.it.

⁶⁰ T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2021, 11.

⁶¹ Corte di cassazione, 23 maggio 2002, n. 7543, consultabile su www.italgiure.giustizia.it, secondo cui il dovere di correttezza e di buona fede nell'esecuzione del contratto impone all'amministrazione committente di osservare tutti quei comportamenti che, indipendentemente dagli specifici obblighi contrattuali e dal dovere generale di *neminem laedere*, siano idonei a preservare gli interessi dell'appaltatore, senza rappresentare per l'amministrazione stessa un apprezzabile sacrificio. Di recente, sul rispetto dei principi generali di buona fede, correttezza e lealtà in tema di scelta dell'amministrazione committente di varianti in corso d'opera, *Id.*, sentenza 5848/2022, cit.

⁶² A.M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2023, 141 ss., 156-157.

⁶³ F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., 118.

L'atipicità del dovere di correttezza comporta che la concreta individuazione dei comportamenti dovuti dalla parte pubblica è correlata all'evoluzione della coscienza sociale in un determinato contesto economico e sociale⁶⁴.

La violazione degli obblighi scaturenti dal rapporto giuridico amministrativo che si instaura tra committenza pubblica e operatori economici determina responsabilità da *inadempimento* che prescindono dai singoli atti giuridici, venendo in rilievo quali obblighi di *protezione* che l'amministrazione deve assicurare in ragione della sua peculiare posizione, al pari o ancor di più di altre organizzazioni complesse⁶⁵.

In questo ambito rientrano gli obblighi di informazione, pubblicità, non aggravamento, rispetto, custodia, diligenza, coerenza con le assicurazioni informali, il dovere di valutare diligentemente le concrete possibilità di positiva conclusione della procedura di gara e di informare tempestivamente la parte privata dell'esistenza di cause ostative, il dovere di tenere un comportamento lineare, il dovere di non rifiutare ingiustificatamente di stipulare il contratto o di ritardarne gli adempimenti, il dovere di rinviare la gara per il venire meno della relativa copertura finanziaria⁶⁶.

4. Modelli di responsabilità precontrattuale pubblica

La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica non viene ricondotta a un unico modello, distinguendosene almeno due.

Il primo è quello della responsabilità precontrattuale "*impropria*" (o "*spuria*") che genera un'obbligazione risarcitoria per i danni causati da provvedimenti illegittimi posti in essere in una sequenza procedimentale a evidenza pubblica⁶⁷.

In questo modello viene in rilievo una responsabilità precontrattuale lontana dal paradigma della *culpa in contrabendo* elaborato da Rudolf von Jhering nel noto saggio del 1861⁶⁸ non determinata dalla violazione dei canoni di origine privatistica di buona fede e correttezza con lesione del *diritto soggettivo* a esigere adeguati *standard* comportamentali, ma riferibile all'esercizio non corretto del potere pubblico di stampo autoritativo, con conseguente pregiudizio della connessa posizione di interesse legittimo.

In questa ipotesi si ricade nella comune responsabilità per lesione di interessi legittimi che si genera – solo ambientalmente – nel contesto di trattative precontrattuali, ma assai distante dalla violazione del canone di *good faith* della fase prenegoziale.

⁶⁴ G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 358-359.

⁶⁵ G.M. RACCA, *Correttezza (diritto amministrativo)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, Giuffrè, 2006, 1529 ss.

⁶⁶ G. AVANZINI, *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2007, 294 ss.

⁶⁷ Sul rapporto tra clausola di buona fede e discrezionalità amministrativa, L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Diritto amministrativo*, n. 3/2013, 309 ss.

⁶⁸ R. VON JHERING, *Culpa in contrabendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jherings Jahrbucher*, 4, 1861; nella versione italiana, *Della culpa in contrabendo, ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, traduzione italiana a cura di F. Pirocchi, Napoli, Jovene, 2005.

Può essere definita responsabilità precontrattuale sotto il profilo cronologico, ma non per quanto concerne la sua essenza.

L'amministrazione pubblica si presenta come soggetto che fa cattivo uso del potere e non come cattivo (futuro) contraente che non osserva i canoni di correttezza, buona fede, lealtà e diligenza.

Per responsabilità precontrattuale "*propria*" (o "*pura*"), invece, si intende quella derivante da un comportamento scorretto che lede l'altrui libertà negoziale, tenuto nella fase delle trattative e nella fase antecedente alla stipula del contratto.

Questa responsabilità si pone in asse con il modello civilistico di cui agli artt. 1337 e 1338 codice civile, allorché l'amministrazione, con un proprio comportamento contrario a buona fede, leda il legittimo affidamento riposto dal privato nella conclusione del contratto, incidendo negativamente sul suo diritto all'autodeterminazione in ambito negoziale.

In questo caso la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica non consegue all'adozione di atti illegittimi, ma è causata da una condotta scorretta.

Vengono in rilievo non già gli atti formali singolarmente considerati, perfettamente legittimi, ma il comportamento complessivo serbato dall'amministrazione non improntato a buona fede e correttezza.

Una responsabilità precontrattuale fondata sulla dissociazione tra le regole di validità dell'atto, incentrate sulla normativa di carattere pubblicistico e sulla lesione di interessi legittimi, e le regole di responsabilità, basate sulla violazione (anche) di diritti soggettivi derivanti dall'inosservanza della clausola generale che impone una condotta pubblica improntata a correttezza e buona fede⁶⁹.

5. L'ambito di operatività

Non agevole si profila la perimetrazione del raggio di operatività della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione committente e, quindi, del momento della procedura di affidamento fino al quale essa può integrarsi.

A rigore, la procedura a evidenza pubblica si conclude con l'aggiudicazione, ma il codice del 2016 stabilisce che l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta⁷⁰.

Questa regola è completata da altre previsioni codicistiche che collocano nella fase successiva all'aggiudicazione la verifica del possesso dei requisiti prescritti⁷¹ e l'esercizio dei poteri di autotutela⁷².

E' imposta una crasi temporale, ordinariamente pari a sessanta giorni, tra l'adozione del provvedimento di aggiudicazione e la stipula del contratto⁷³.

⁶⁹ Consiglio di stato, seconda sezione, 20 maggio 2022, n. 4007, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁰ Art. 32, comma 6, d.lgs. 50/2016.

⁷¹ Art. 32, comma 7, d.lgs. 50/2016.

⁷² Art. 32, comma 8, d.lgs. 50/2016.

⁷³ Art. 32, comma 8, d.lgs. 50/2016.

Regole analoghe si ritrovano ora nel codice del 2023⁷⁴.

La *dead line* della responsabilità precontrattuale non è rappresentata dall'aggiudicazione, bensì dalla stipula del contratto.

Gli atti e i comportamenti compiuti nello spazio giuridico interinale che segue l'aggiudicazione e precede la stipulazione del contratto sono a valenza pubblicistica inerendo alla procedura di affidamento⁷⁵, con la conseguenza che la violazione dei canoni di correttezza e buona fede⁷⁶ in questo lasso temporale configura responsabilità precontrattuale⁷⁷.

A ben vedere, poi, il momento del venire meno della responsabilità precontrattuale non coincide neppure con la stipula, ma con l'efficacia del contratto legata, a sua volta, alla *condicio iuris* dell'approvazione^{78 79}.

La situazione muta nel caso di esecuzione anticipata del contratto ancora da stipulare che è determinata da motivate ragioni, il più delle volte rappresentate dall'urgenza⁸⁰.

In questo caso la nascita di un rapporto contrattuale, che trae titolo nell'esito della procedura di gara, prefigura, sia pure in termini di anticipazione, rispetto alle ordinarie scansioni temporali e agli ordinari adempimenti formali, una fase propriamente esecutiva, rimessa alla giurisdizione ordinaria, in quanto le relative vicende si delineano in termini di adempimento delle obbligazioni contrattuali e di responsabilità conseguenti al loro inadempimento^{81 82}.

La violazione della *lex contractus* (i.e., il complesso delle obbligazioni giuridicamente impegnative) genera responsabilità contrattuale, a prescindere dalla formale stipula del contratto⁸³.

⁷⁴ Artt. 17, commi 5-7, e 18, commi 1 e 2, d.lgs. 36/2023.

⁷⁵ Consiglio di Stato, quinta sezione, 2 agosto 2019, n. 5498, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁶ L'art. 18, comma 7, d.lgs. 36/2023 prevede espressamente che la mancata o tardiva stipula del contratto al di fuori delle ipotesi previste (dai precedenti commi 5 e 6) concreta violazione del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso.

⁷⁷ Consiglio di Stato, quinta sezione, 27 ottobre 2021, n. 7217, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁸ L'art. 32, comma 12, d.lgs. 50/2016 dispone che “il contratto è sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti”. L'art. 18, comma 8, d.lgs. 36/2023 stabilisce ora che “il contratto è sottoposto alla condizione risolutiva dell'esito negativo della sua approvazione, laddove prevista, da effettuarsi entro trenta giorni dalla stipula. Decorso tale termine, il contratto si intende approvato”.

⁷⁹ L'art. 18, comma 7, d.lgs. 36/2023 sancisce espressamente che la mancata o tardiva stipula del contratto, al di fuori delle ipotesi previste dai commi 5 (dipendente da fatto della stazione appaltante o dell'ente concedente) e 6 (dipendente da fatto dell'aggiudicatario), costituisce violazione della clausola di buona fede, anche in pendenza di contenzioso.

⁸⁰ L'art. 17, comma 8, d.lgs. 36/2023 consente di iniziare l'esecuzione del contratto, anche prima della stipula, per motivate ragioni. L'esecuzione deve essere sempre iniziata prima della stipula se sussistono le ragioni di urgenza indicate nel successivo comma 9.

⁸¹ Consiglio di Stato, sentenza 5498/2019, cit.

⁸² Corte di cassazione, sezioni unite, 25 maggio 2018, n. 13191, consultabile su www.itagiure.giustizia.it.

⁸³ Cfr. pure Corte di cassazione, sezioni unite, ordinanza 21 maggio 2019, n. 13660, consultabile su www.itagiure.giustizia.it, secondo cui l'affidamento in via provvisoria di un servizio di raccolta e trasporto di rifiuti urbani, prima che sia portata a termine la gara, non esclude la qualificazione giuridica della fattispecie in termini di appalto di pubblico servizio, anche se il momento genetico del rapporto è determinato non dalla stipula del contratto, ma dalla delibera della giunta municipale di affidamento del servizio.

6. Affidamento legittimo e incolpevole

L'affidamento è un istituto che trae origine nei rapporti di diritto comune che risponde all'esigenza di riconoscere tutela alla fiducia ragionevolmente riposta sull'esistenza di una situazione apparentemente corrispondente a quella reale, da altri creata.

È un principio regolatore di ogni rapporto giuridico, inclusi quelli di diritto amministrativo⁸⁴, che assurge a principio generale dell'azione amministrativa, operando in presenza di un'attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività, (aspettativa) tutelabile attraverso il risarcimento del danno⁸⁵.

L'affidamento non appare una posizione soggettiva autonoma, distinta dalla dicotomia diritto soggettivi-interessi legittimi, che a essi può alternativamente riferirsi.

Nell'ordinamento nazionale, come in quello europeo, l'obbligo risarcitorio da condotta prenegoziale illecita presuppone, oltre alla violazione dei canoni comportamentali previsti dagli artt. 1337 e 1338 codice civile e 1, comma 2 bis, l. 241/1990, anche la lesione di un affidamento meritevole di tutela in capo alla parte privata danneggiata.

L'affidamento si fonda su una situazione di apparenza costituita dall'amministrazione pubblica attraverso un suo provvedimento, o un suo comportamento correlato al pubblico potere, nel quale il privato abbia confidato senza sua colpa⁸⁶.

Analogamente, nel caso di provvedimento successivamente annullato, il beneficiario deve vantare una fondata aspettativa alla conservazione del bene della vita conseguito con tale provvedimento, la cui frustrazione può essere considerata meritevole di tutela per equivalente⁸⁷.

La relativa tutela risarcitoria non interviene a compensare la perdita del bene della vita determinata dall'annullamento del provvedimento favorevole – che si è accertato non spettante nel giudizio di annullamento –, ma a ristorare il convincimento ragionevole che esso spettasse.

Nelle procedure di affidamento di contratti pubblici la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, derivante dalla violazione imputabile a sua colpa dei canoni generali di correttezza e buona fede, implica che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura e che questo affidamento non sia a sua volta inficiato da colpa⁸⁸.

Affinché ricorra un legittimo affidamento, occorre che il danneggiato abbia la ragionevole convinzione circa il buon esito delle trattative, mentre non è tutelabile un'aspettativa derivante da un atteggiamento doloso o anche soltanto colposo.

⁸⁴ Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 29 novembre 2021, n. 20, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

⁸⁵ Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 29 novembre 2021, n. 19; *Id.*, sesta sezione, 13 agosto 2020, n. 5011, consultabili entrambe su www.giustizia-amministrativa.it.

⁸⁶ F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 3/2018, 823 ss.

⁸⁷ Consiglio di Stato, adunanza plenaria, sentenza 19/2021, cit.

⁸⁸ Consiglio di Stato, adunanza plenaria, sentenza 21/2021, cit.

E' esclusa la tutelabilità della convinzione in ordine alla validità di un contratto afflitto da vizi patenti e, quindi, riconoscibili da un contraente attento e professionalmente attrezzato, tenuto a un canone di diligenza rafforzato, ai sensi dell'art. 1176, comma 2, codice civile.

Viene esclusa la meritevolezza di tutela di un affidamento che maturi nonostante il contratto sia affetto da una nullità per violazione di norme imperative sulla forma o sull'oggetto.

In questi casi la patologia affonda le sue radici non sulla non agevolmente decifrabile violazione di un canone comportamentale, ma sulla trasgressione imperdonabile di una regola cogente che governa l'atto, agevolmente desumibile.

Analoghe considerazioni valgono con riguardo alla caducazione del contratto a causa del vizio che inficia la procedura pubblicistica presupposta, a maggiore ragione quando il *vulnus* procedurale sia addebitabile in via diretta al contraente privato che, a esempio, abbia partecipato alla procedura senza possedere la qualificazione necessaria o violando le prescrizioni poste dalla *lex specialis* in merito alla forma o ai contenuti della domanda o dell'offerta.

A tale ipotesi si può aggiungere il caso dell'agevole conoscenza o conoscibilità del vizio procedurale pur se non addebitabile in via diretta alla sfera della parte privata.

7. Lo speciale statuto della responsabilità precontrattuale del committente pubblico

Constatato che la buona fede costituisce una componente fondamentale dello statuto giuridico dell'agire della pubblica amministrazione, la relativa clausola ne deve informare la condotta sia nei rapporti di diritto pubblico, sia nei rapporti di diritto comune⁸⁹.

La configurabilità della *culpa in contrahendo* delle stazioni appaltanti nelle fasi antecedenti alla stipula del contratto (*recte*, all'efficacia del contratto) non equivale alla diretta applicabilità delle corrispondenti coordinate civilistiche, venendo in rilievo problematiche specifiche connesse alla presenza immanente dell'interesse pubblico nelle procedure di affidamento.

Risalta con immediatezza il difficile parallelismo tra trattative contrattuali ed evidenza pubblica stante la diversa natura dell'attività (libera) del contraente privato e di quella (procedimentalizzata) dell'amministrazione, che rende necessario individuare quali concrete ipotesi di responsabilità precontrattuale siano confacenti con l'azione amministrativa.

Nelle procedure a evidenza pubblica non sembra possa ragionarsi in termini di maggiore o minore assimilabilità alle trattative tra privati, risolvendosi la correttezza precontrattuale dell'amministrazione in un comportamento obiettivamente coerente⁹⁰.

⁸⁹ M. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Diritto amministrativo*, n. 3/2022, 705 ss.

⁹⁰ A tal fine, il giudizio sulla condotta prende in considerazione il comportamento complessivo dell'amministrazione, includendo anche fatti non desumibili dall'esame degli atti quali gli incontri non verbalizzati, le telefonate e le assicurazioni informali fornite all'offerente privato circa la possibilità della stipulazione del contratto,

Nella casistica meritevole di tutela enucleabile dalla giurisprudenza amministrativa⁹¹, emerge il riferimento all'affidamento complessivo suscitato nell'operatore economico dalla condotta dell'amministrazione, unitamente alla imputabilità a quest'ultima degli errori o delle cause che hanno impedito l'utile celebrazione della gara.

Ai fini della sussistenza della responsabilità precontrattuale, assume, pertanto, rilievo l'assenza di una giusta causa per l'inattesa interruzione delle trattative prenegoziali, in correlazione con l'ulteriore elemento strutturale del contrapposto affidamento incolpevole del privato in ordine alla positiva conclusione della procedura a evidenza pubblica⁹².

Anche nell'ordinamento civile, se l'art. 1337 codice civile, in tema di ingiustificato ritiro dalle trattative, si fonda esclusivamente sull'inadempimento degli obblighi di buona fede oggettiva, l'art. 1338 codice civile, che parte della dottrina reputa in rapporto di specialità con l'art. 1337⁹³, mentre altra parte lo configura come fattispecie autonoma⁹⁴, reca esplicito riferimento all'affidamento della controparte che deve, *senza colpa*, avere confidato sulla validità del contratto.

Nelle procedure di gara un affidamento incolpevole difficilmente può ricorrere nei casi di errori o incongruenze evidenti che siano agevolmente ravvisabili dagli offerenti, senza che possa porsi una questione di asimmetria informativa tra stazione appaltante e operatori partecipanti.

Nei confronti del contraente pubblico il proliferare degli obblighi di trasparenza, peraltro, concorre a colmare le asimmetrie informative sulle quali la giurisprudenza civile fonda la responsabilità prevista dagli artt. 1337 e 1338 codice civile⁹⁵.

Dato per assodato che il bando di gara è attribuibile all'esclusiva iniziativa della stazione appaltante, la normativa cui è informata la procedura, estremamente tecnica e complessa, deve essere conosciuta necessariamente da operatori economici di elevata qualificazione nello specifico segmento di mercato⁹⁶.

così L. R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, Wolters Kluwer, 2013, *sub* art. 2, par. 11, 29. Sulla *specialità* della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione committente, D. PAPPANO, *Responsabilità precontrattuale e procedure ad evidenza pubblica: alcuni problemi teorici e applicativi*, in D. PAPPANO, F. GRASSI, G. BEFANI (a cura di), *Appunti di contrattualistica pubblica*, Torino, Giappichelli, 2019, 195 ss. Sul rapporto tra autonomia negoziale e funzionalizzazione dell'azione amministrativa, M.C. AGNELLO, *Il prisma della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione. L'autonomia negoziale e la discrezionalità amministrativa nel contesto socio economico*, Torino, 2020. Sulla responsabilità dell'amministrazione nell'esercizio del potere, G. FALCON, *La responsabilità dell'Amministrazione e il potere amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2009, 241 ss., 256 ss.

⁹¹ H. SIMONETTI, *La responsabilità precontrattuale*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 1437 ss.

⁹² In proposito, M. TRIMARCHI, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *P.A. Persona e amministrazione*, n. 1/2017, 189 ss., 200, puntualizza che la «tutela del legittimo affidamento comporta che il potere amministrativo si esaurisce (*rectius*, può esaurirsi) «in concreto»: quante volte la fiducia del cittadino sulla stabilità del provvedimento prevalga nella valutazione comparativa degli interessi sulla pretesa dell'amministrazione di rivedere la propria decisione».

⁹³ F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 13 e 44; L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 364; G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il codice civile. Commentario. Art.1337-1342*, Milano, Giuffrè, 1993, *sub* art. 1338, 162 ss.

⁹⁴ L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1967, 258.

⁹⁵ Corte di cassazione, sentenza 9636/2015, cit.

⁹⁶ Sulla violazione di norme di carattere generale di cui può presumersi la conoscenza e la cui ignoranza avrebbe potuto essere superata attraverso l'uso della normale diligenza, rendendo inconfigurabile un affidamento incolpevole del privato, Corte di cassazione, 13 maggio 2009, n. 11135, consultabile su www.italgiure.giustizia.it.

In questa prospettiva, si tende a distinguere le situazioni nelle quali la procedura non perviene al suo naturale esito per cause che non sono percepibili dai partecipanti e rendono configurabile la *culpa in contrabendo* della stazione appaltante, da quelle determinate da vizi provocati da violazioni della disciplina legale⁹⁷.

Nelle ipotesi nelle quali l'arresto della procedura dipende da cause non conoscibili dalle parti private e sulle quali le stesse non hanno alcuna incidenza, vengono fatte rientrare l'originaria indisponibilità dei fondi per fare fronte alla commessa, il mancato arresto o rinvio della procedura di gara a seguito del sopravvenuto venire meno della relativa provvista finanziaria, il ripensamento dovuto alla ravvisata inidoneità⁹⁸ della procedura bandita a soddisfare le esigenze che avevano indotto l'avvio della gara⁹⁹, la palese contraddittorietà delle prescrizioni dei documenti di gara¹⁰⁰, la scoperta di problematiche tecniche o economiche emerse in corso di gara delle quali non venga fornita tempestiva comunicazione agli offerenti¹⁰¹, la mancata stipula del contratto dopo l'aggiudicazione con il soggetto individuato come affidatario¹⁰².

All'inverso, la conoscenza (o, comunque, la conoscibilità), secondo l'onere dell'ordinaria diligenza richiamato anche dall'art. 1227, comma 2, codice civile, di vizi (di legittimità o di merito) che hanno determinato l'esercizio del potere di autotutela sugli atti di gara si reputa che esclude un affidamento incolpevole dell'operatore privato derivante dalla violazione di norme imperative.

⁹⁷ Per un inquadramento sistematico della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, ci si limita a segnalare fra i contributi più significativi G. GRECO, *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 1998, 1677 ss.; A.G. DIANA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 2000; G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000; G. AFFERNI, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra interesse positivo e interesse negativo*, in *Danno e responsabilità*, 2006, 353 ss.

⁹⁸ Consiglio di Stato, quinta sezione, 11 maggio 2009, n. 2882, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui la pubblica amministrazione può indire una gara d'appalto soltanto dopo avere valutato attentamente le proprie necessità e possibilità, rappresentando un esempio di scorrettezza nella conduzione delle trattative la decisione della stazione appaltante di revocare la gara per il servizio dopo quindici mesi dall'indizione siccome quanto ritenuta non confacente alle proprie esigenze.

⁹⁹ Cfr. Consiglio di Stato, quinta sezione, 2 febbraio 2018, n. 680, *ivi*, che ha ravvisato la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica che ha annullato (legittimamente) in via di autotutela gli atti di gara in ragione della presenza di originarie criticità nella scelta di ricorrere allo strumento di *project financing* per la realizzazione di un piano di insediamenti produttivi.

¹⁰⁰ Consiglio di Stato, terza sezione, 10 giugno 2016, n. 2497, *ivi*, secondo cui un siffatto comportamento dell'amministrazione che indice la gara integra una violazione dell'obbligo di chiarezza, le cui «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».

¹⁰¹ Consiglio di Stato, quinta sezione, 5 settembre 2011, n. 5002, *ivi*, per il quale il recesso dalle trattative deve avvenire secondo correttezza e coerenza, mediante la tempestiva informazione del concorrente di ogni variazione dell'interesse pubblico sottostante l'originaria indizione della procedura; l'amministrazione è tenuta, pertanto, ad informare tempestivamente i concorrenti di ogni eventualità atta a salvaguardarne la posizione, ivi compresa ogni novità che possa risolversi in una rivalutazione dell'interesse pubblico.

¹⁰² Tribunale amministrativo regionale per il Molise, 26 marzo 2019, n. 117, *ivi*, ha ravvisato una responsabilità precontrattuale in capo alla pubblica amministrazione, che «omettendo di stipulare un contratto con soggetto già individuato come affidatario, pone in essere comportamenti indicativi della volontà di non procedere alla stipula del contratto», dopo avere «ingenerato nell'interlocutore il legittimo affidamento relativo alla futura conclusione del contratto, anche per effetto della condotta successiva all'espletamento della procedura selettiva». In termini analoghi, Consiglio di Stato, sentenza 1979/2017, cit.

L'affidamento presenta contorni differenti a seconda che la controparte negoziale sia un soggetto privato (non sottoposto, in genere, a obblighi ulteriori rispetto a quelli di correttezza e buona fede in sede di trattative) o una amministrazione pubblica, tenuta a obblighi di trasparenza, accesso e partecipazione secondo una disciplina puntuale che riduce lo spazio di incolpevoli affidamenti dell'operatore economico in un ambito interamente procedimentalizzato.

Il fondamento della responsabilità precontrattuale della stazione appaltante viene a sostanziarsi in un rapporto di correttezza e leale collaborazione tra il soggetto pubblico e quello privato che, si è ricordato, non è mai a senso unico, ma sempre reciproco e vicendevole¹⁰³, anche in ragione della persistenza del fine preminente dell'interesse pubblico che pervade l'intera operazione negoziale.

8. *Quantum debeatur*

Riguardo alla quantificazione del risarcimento del danno da violazione del canone di correttezza e buona fede, occorre distinguere in ragione del tipo di responsabilità precontrattuale che viene in rilievo.

In caso di responsabilità precontrattuale "*impropria*" (o "*spuria*") viene in gioco un illegittimo provvedimento preclusivo (in termini di certezza o di *chance*) del conseguimento del bene della vita rappresentato dall'aggiudicazione e dal successivo contratto.

Il contraente estromesso da una procedura che avrebbe dovuto concludere vittoriosamente *non lamenta* pertanto *un danno da tempo perso*, ovvero da inutile impiego di energie negoziali, da calibrare sul paradigma dell'interesse negativo legato alla perdita di altre favorevoli occasioni contrattuali, ma si duole di un *danno da contratto perso*, ossia da perdita di questo specifico contratto, quantificabile con la tecnica dell'interesse positivo, ossia del vantaggio che l'operatore economico avrebbe conseguito ove fosse risultato aggiudicatario.

Vantaggio da ridurre percentualmente in proporzione allo spessore delle *chance*, ove non si dimostri la certezza dell'esito favorevole.

Assai diverso è lo scenario che si realizza in caso di responsabilità precontrattuale "*propria*" (o "*pura*") da comportamento scorretto dell'amministrazione pubblica che, con comportamenti superficiali e negligenti abbia ingenerato una infondata aspettativa circa l'esito positivo delle trattative precontrattuali.

In tale evenienza, alla quale è parificabile quella dello sbocco solo apparentemente favorevole delle trattative (con contratto concluso, ma poi caducato *ex art.* 1338 codice civile) viene in rilievo un danno da impegno inutile delle energie negoziali, basato sul tempo perso e, quindi, correlato al classico interesse negativo¹⁰⁴.

¹⁰³ Consiglio di Stato, terza sezione, 23 aprile 2019, n. 2614, *ivi*.

¹⁰⁴ Un'ipotesi ricorrente si realizza quando l'amministrazione pubblica incide con un atto di autotutela su di una gara conclusa culminata nell'atto di aggiudicazione e il privato aggiudicatario avanzi una richiesta risarcitoria che fa leva sulla scorrettezza della stazione appaltante. In questo caso, il risarcimento può inerire al solo interesse negativo

Rimane spazio anche per una variante della responsabilità precontrattuale *comportamentale* che dialoga non con le trattative inutili (in quanto non sfociate in alcun contratto, ovvero terminate con un contratto invalido e, quindi, *tamquam non esset*), bensì con trattative produttive ma insoddisfacenti, in quanto suggellate da contratto valido ed efficace ma meno vantaggioso di quanto sarebbe stato se il contraente pubblico si fosse informato al canone di correttezza comportamentale¹⁰⁵.

La lettera e la *ratio* dell'art. 1337 codice civile, e ancora di più l'origine tedesca dell'istituto, unitamente ora al principio positivizzato dagli artt. 1, comma 2-bis, l. 241/1990 e 5 d.lgs. 36/2023, inducono a ritenere che non si richiede l'assenza di un contratto efficace, ma la presenza di un comportamento precontrattuale negligente e deleterio.

Ciò che si verifica anche quando, a esempio, la violazione degli obblighi informativi o dei canoni di tempestività abbia causato un contratto che, per il contenuto o per il ritardo, risulti meno favorevole di quanto sarebbe altrimenti stato.

Il relativo risarcimento è da commisurare all'interesse positivo differenziale, ossia alla forbice tra il vantaggio effettivamente conseguito con il contratto reale e quello che sarebbe stato raggiunto con il contratto virtuale non influenzato dal fattore comportamentale perturbatore.

9. Questioni di riparto di giurisdizione

Il tema del riparto di giurisdizione per le controversie inerenti alla responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica si presenta articolato e di soluzione non univoca, in ragione delle differenti posizioni espresse dalla giurisprudenza.

La giurisdizione sulla domanda risarcitoria da *responsabilità precontrattuale "impropria"* da procedura illegittima (*i.e.*, responsabilità precontrattuale da provvedimento) non pone particolari dubbi in ordine all'attribuzione al giudice amministrativo, trovando applicazione la generale responsabilità da lesione di interessi legittimi per effetto del dispiegarsi del potere autoritativo pubblico.

Sul punto la giurisprudenza della Corte regolatrice e del giudice amministrativo appaiono coincidenti.

Tutt'altro che convergenti si profilano, invece, le posizioni dei due plessi giurisdizionali riguardo alla *responsabilità precontrattuale "propria"*, nella quale, per l'appunto, non viene in rilievo la censura di alcuna illegittimità provvedimentoale, ma la violazione dei canoni di

rappresentato dalle spese (inutilmente) sostenute per la partecipazione alla procedura e dai mancati profitti per i contratti che non siano stati stipulati a causa dell'impegno profuso nella partecipazione alla gara, cfr. Consiglio di Stato, quinta sezione, 31 gennaio 2023, n. 1074; *Id.*, 12 luglio 2021, n. 5274; *Id.*, 12 aprile 2021, n. 2938, tutte consultabili su www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰⁵ Cfr. Corte di cassazione, 14 febbraio 2022, n. 4715, consultabile su www.italgiure.giustizia.it, secondo cui in tema di responsabilità precontrattuale, qualora il danno derivi dalla conclusione di un contratto valido ed efficace ma sconsigliato, il risarcimento deve essere raggugliato al minore vantaggio o al maggiore aggravio economico determinato dal contegno sleale di una delle parti, restando irrilevante che la violazione del dovere di buona fede sia intervenuta cronologicamente a valle e non a monte della conclusione del contratto.

buona fede e correttezza di segno meramente comportamentale e di matrice (tendenzialmente) paritetica.

Situazioni nelle quali gli atti atomisticamente intesi sono perfettamente legittimi, ma si inseriscono in una condotta scorretta.

La circostanza che venga in rilievo una condotta violativa dei canoni già rinvenibili nel codice civile – ora positivizzati sia dalla legge generale sul procedimento amministrativo, sia dalla nuova disciplina di settore – non toglie che il comportamento in violazione della clausola di buona fede si inserisca in una sequenza pubblicistica alla quale è ambientalmente (e teleologicamente) avvinto da un nesso di correlazione che ne dovrebbe determinare l'attrazione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

L'art. 7, comma 5, del codice del processo amministrativo include, nell'alveo della giurisdizione esclusiva, anche le controversie risarcitorie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi.

Il successivo art. 124¹⁰⁶ sottintende un illecito precontrattuale derivante dalla violazione dei doveri di buona fede nell'attribuire al giudice amministrativo l'azione di rivalsa dell'amministrazione pubblica – condannata al risarcimento del danno a favore del terzo illegittimamente pretermesso nella procedura di gara – nei confronti dell'operatore economico che sia risultato aggiudicatario mercé una sua condotta scorretta.

Non di meno, l'indirizzo dei due plessi giurisdizionali diverge in tema di riparto sulla responsabilità della pubblica amministrazione derivante dall'adozione di un provvedimento favorevole per il privato, successivamente annullato in via giudiziale o in via di autotutela da parte della stessa amministrazione.

È sulla qualificazione del danno scaturente dalla lesione dell'affidamento dell'operatore economico sulla correttezza dell'azione amministrativa per violazione del dovere di buona fede che si appuntano le differenti posizioni.

L'indirizzo della Corte di cassazione è nel senso che la giurisdizione appartiene al giudice ordinario anche nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, (giurisdizione) che per operare presuppone un danno che sia conseguenza di un esercizio illegittimo del potere e, quindi, la controversia deve inerire a una situazione di potere dell'amministrazione su cui si radichi la *causa petendi*.

Per il Giudice della giurisdizione la responsabilità della pubblica amministrazione per il danno derivante dalla lesione dell'affidamento sulla correttezza dell'azione amministrativa ha natura contrattuale e va inquadrato nello schema della responsabilità relazionale – o da contatto sociale qualificato, idoneo a produrre obbligazioni *ex art. 1173 codice civile* –, sia nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, sia in caso di emanazione di un provvedimento lesivo, sia nell'ipotesi di emissione e successivo annullamento di un atto ampliativo della sfera giuridica del privato.

La controversia relativa all'accertamento di questa responsabilità, pertanto, viene ricondotta nell'ambito della giurisdizione ordinaria¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Nel testo riformulato dall'art. 209 d.lgs. 36/2023.

¹⁰⁷ Corte di cassazione, sezioni unite, ordinanza 19 gennaio 2023, n. 1567, consultabile su www.italgiure.giustizia.it.

La giurisdizione viene riconosciuta al giudice ordinario anche per il danno derivante dalla lesione dell'affidamento nella correttezza dell'azione amministrativa, pure in relazione alla fase procedimentale in cui la amministrazione pubblica agisce secondo regole di rilievo pubblicistico, (fase) che intercorre tra la proposta di aggiudicazione (già aggiudicazione provvisoria) e l'aggiudicazione (già aggiudicazione definitiva) e sino alla stipula del contratto, laddove la domanda risarcitoria sia fondata sull'inosservanza dei doveri di correttezza e buona fede nel comportamento complessivo dell'amministrazione, senza alcuna contestazione della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica¹⁰⁸.

Alla stregua di questa ricostruzione, a titolo esemplificativo, la controversia introdotta dall'amministrazione pubblica che ha indetto una gara per l'affidamento di lavori o servizi pubblici nei confronti del privato partecipante per ottenere il risarcimento del danno per l'inadempimento di un obbligo di garanzia (nella specie, consistente nella rinnovazione della polizza fideiussoria scaduta prima dell'aggiudicazione) viene devoluta al giudice ordinario sul presupposto che la controversia verte sul principio di buona fede di cui all'art. 1337 codice civile e dalla cui violazione scaturisce una responsabilità precontrattuale meramente occasionata dal procedimento di gara¹⁰⁹.

Diametralmente opposta è la posizione della giurisprudenza amministrativa.

Nella teorizzazione del giudice amministrativo, anche a prescindere dall'inclusione del principio di buona fede nello statuto dell'azione amministrativa (art. 1, comma 2-bis, l. 241/1990) e nel sistema di contrattualistica pubblica (art. 5 d.lgs. 36/2023), un provvedimento amministrativo, seppure illegittimo, e caducato da una pronuncia giurisdizionale (o in sede di autotutela decisoria) non può essere degradato a mero comportamento, avulso dal contesto nel quale è maturato, e non riconducibile, neppure mediatamente, all'esercizio del potere¹¹⁰.

Il Consiglio di Stato pone l'accento sull'esigenza di contestualizzare la vicenda risarcitoria, ritenendo che la condotta amministrativa in violazione del principio di buona fede si realizza in ambientazione pubblicistica che ne determina l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo¹¹¹.

Su tale presupposto ritiene devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie nelle quali si faccia questione di danni da lesione dell'affidamento sul provvedimento favorevole, in applicazione dell'art. 7, comma 1, del codice del processo amministrativo (che include nella giurisdizione amministrativa i comportamenti amministrativi riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio del potere) e del successivo comma 7 che declina il principio di effettività (*ex* art. 1 del codice del processo amministrativo) attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi¹¹².

¹⁰⁸ Corte di cassazione, sezioni unite, ordinanza 29 aprile 2022, n. 13595, consultabile su www.italggiure.giustizia.it.

¹⁰⁹ Corte di cassazione, sezioni unite, ordinanza 17 giugno 2021, n. 17329, consultabile su www.italggiure.giustizia.it.

¹¹⁰ Consiglio di Stato, seconda sezione, ordinanza 9 marzo 2021, n. 2013, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹¹ In questi termini, V. LOPILATO, *Modelli di responsabilità della pubblica amministrazione e riparto di giurisdizione*, in *Questione giustizia*, n. 1/2021, 151 ss., 154 ss.

¹¹² Consiglio di Stato, adunanza plenaria, sentenza 19/2021, cit.

Nella ricostruzione operata dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, l'affidamento rimane all'interno della dicotomia interesse legittimo-diritto soggettivo, non assurgendo a posizione soggettiva autonoma, riferendosi alternativamente a una di esse.

L'affidamento è concepito quale principio regolatore di ogni rapporto giuridico, anche di quelli di diritto amministrativo¹¹³, e la giurisdizione è devoluta al giudice amministrativo perché la fiducia su cui riposa la relazione giuridica tra amministrazione e privato si riferisce non già a un comportamento privato o *materiale* (i.e., a un mero comportamento), ma al potere pubblico, nell'esercizio del quale l'amministrazione è tenuta a osservare le regole speciali che connotano il suo agire autoritativo e al quale si contrappongono situazioni soggettive del privato aventi consistenza di interesse legittimo¹¹⁴.

10. Ricadute e prospettive di applicazione del principio

A chiusura dell'indagine, occorre chiedersi quali possano essere le ricadute della codificazione del principio di buona fede e le prospettive di applicazione di tale principio nel contesto del nuovo sistema di contrattualistica pubblica.

Tanto più che appaiono ancora incerti o, comunque, necessitano di sistematizzazione profili salienti della responsabilità per violazione della buona fede, anche in ragione delle posizioni scarsamente conciliabili sulle quali ancora si attestano la giurisprudenza ordinaria e quella amministrativa.

Al di là del riconoscimento della buona fede e dell'affidamento nella condotta della pubblica amministrazione¹¹⁵ quali principi fondamentali del diritto pubblico^{116 117 118} (e, segnatamente, del settore dei contratti pubblici¹¹⁹), le questioni di fondo sulle quali si deve misurare l'applicazione della clausola codificata dall'art. 5 d.lgs. 36/2023 attengono all'individuazione degli ambiti o delle fattispecie nei quali può configurarsi la responsabilità per violazione della buona fede, alle ricadute rimediali (ovvero, se possano oltrepassare il piano delle regole di responsabilità), alla consistenza della situazione giuridica che beneficia della tutela risarcitoria (cui è strettamente connesso il riparto di giurisdizione), all'identificazione della natura (contrattuale o extracontrattuale) di questa responsabilità.

Il principio di buona fede positivizzato dal nuovo codice dei contratti pubblici, quale regola di condotta che fonda la responsabilità dell'amministrazione pubblica nei procedimenti di scelta del contraente, assume un contenuto generico e indeterminato che

¹¹³ Consiglio di Stato, adunanza plenaria, sentenza 20/2021, cit.

¹¹⁴ Consiglio di Stato, adunanza plenaria, sentenza 20/2021, cit.

¹¹⁵ In dottrina, più di recente, A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento e del cittadino nei confronti della Pubblica amministrazione*, cit., 128; S. TORRICELLI, *Il principio della buona fede nelle procedure di gara, tra obblighi (dell'impresa) di informare e obblighi (dell'Amministrazione) di informarsi*, in *Munus*, n. 3/2020, 477 ss.; M. TRIMARCHI, *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2022, 59 ss.

¹¹⁶ Consiglio di Stato, seconda sezione, 31 dicembre 2020, n. 8546, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹⁷ Corte costituzionale, 27 gennaio 2023, n. 8, consultabile su www.giurcost.org.

¹¹⁸ G. VETTORI, *La buona fede nella "nuova" legalità plurale*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2022, 1 ss.

¹¹⁹ Il comma 2 recita testualmente: "nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede".

acquista significato in funzione della logica del rapporto (e del tratto) in cui si iscrive, concretandosi nel dovere di collaborazione e astensione da comportamenti scorretti lesivi dell'interesse dell'operatore economico¹²⁰.

Al di fuori delle regole puntuali di evidenza pubblica, che già assurgono a norme di condotta dell'amministrazione pubblica, residuano ampi spazi di operatività della clausola di buona fede, come nel caso dei contatti di varia natura che si instaurano all'interno della procedura di gara senza per ciò riversarsi in atti formali (c.d. *amministrazione informale*¹²¹), che sfuggono pressoché integralmente all'attuale disciplina codicistica, ma che ben possono essere occasione di comportamenti non corretti nel rapporto con il privato.

La clausola di buona fede implica la tutela dell'affidamento dell'operatore economico nella conclusione positiva della procedura (o, comunque, nella realizzazione del suo interesse), ma questa istanza di tutela deve essere apprezzata alla luce della facoltà dell'amministrazione di rivalutare e rivedere scelte, orientamenti e posizioni già espressi nel corso della procedura; fermo restando che questa facoltà non può consentire di correggere o modificare *ad libitum* in senso deteriore per il privato determinazioni che apparivano ormai definitive e cristallizzate.

In punto di tutela dell'affidamento, la Relazione agli articoli e agli allegati dello schema definitivo di codice dei contratti pubblici¹²² illustra che *“il senso della norma è quello di evidenziare che l'affidamento rappresenta un limite al potere amministrativo che può venire in considerazione sia in materia di diritti soggettivi che di interessi legittimi ed inerire, pertanto, anche ai rapporti connotati da un collegamento con l'esercizio del potere”* (sub art. 5, comma 2).

La stessa Relazione segnala che *“la lesione dell'affidamento che viene in rilievo nell'ambito del procedimento di gara, anche quando realizzato attraverso comportamenti, presenta un collegamento forte con l'esercizio del potere (...), anche quando il privato lamenta la lesione della propria libertà di autodeterminazione negoziale”* (ivi).

L'affidamento inteso quale *“limite al potere amministrativo”* la cui lesione si integra (anche) attraverso comportamenti che si pongono in stretta connessione *“con l'esercizio del potere”* ripropone la *vexata quaestio* della rilevanza della violazione dell'affidamento – e, prima ancora, della violazione della clausola di buona fede –, se essa operi esclusivamente sul piano delle regole di responsabilità, ovvero anche con riguardo alle regole di validità, con la conseguenza, nel secondo caso, di potere essere invocata come parametro di legittimità del provvedimento amministrativo.

Alle difficoltà che la buona fede incontra ad affermarsi quale regola sulla decisione prescritta a pena di invalidità, si contrappone la sua progressiva affermazione quale regola

¹²⁰ M. TRIMARCHI, *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., 82.

¹²¹ M. PROTTO, *L'amministrazione informale*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, 841 ss.

¹²² La Relazione è stata redatta dalla Commissione speciale per la formulazione del progetto di codice dei contratti pubblici, ai sensi dell'art. 1, comma 4, l. 21 giugno 2022, n. 78; la Commissione è stata nominata dal Presidente del Consiglio di Stato in data 4 luglio 2022 e lo schema definitivo di codice dei contratti pubblici è stato pubblicato il 7 dicembre 2022, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

di condotta dell'amministrazione, la cui violazione, se determina un pregiudizio economico al privato, incontra la sanzione della responsabilità civile e non già dell'invalidità¹²³.

In questo senso sembra decisamente propendere l'art. 5 del codice.

Il comma 3 puntualizza che, nei casi nei quali non spetta l'aggiudicazione, il rimedio accordato per la violazione dell'affidamento riposto sul comportamento dell'amministrazione è esclusivamente quello risarcitorio (nei limiti dell'interesse negativo).

L'oggetto dell'affidamento tutelato consiste nel “*legittimo esercizio del potere*” e nella “*conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede*”.

L'affidamento tutelato, pertanto, non può spingersi fino a inficiare un'aggiudicazione che secondo le regole di validità spetta ad altro operatore economico, soltanto perché è stato leso in corso di gara l'affidamento di un concorrente.

D'altro canto, la tutela dell'affidamento impone senz'altro all'amministrazione di tenere nel procedimento di gara un comportamento improntato a buona fede, ma non riduce, per ciò solo, la relazione a una fattispecie paritaria, che esclude il connotato autoritativo della condotta del committente pubblico.

Assodato che il procedimento a evidenza pubblica non è un'attività relazionale a forma libera, la pretesa di ritenere *non iure* la condotta dell'amministrazione passa inevitabilmente per l'accertamento dell'illegittimità dei suoi atti.

Il comportamento amministrativo può fondare un (legittimo) affidamento rilevante prescindendo dalla qualificazione dei suoi atti in termini di conformità o meno al paradigma normativo.

Né la buona fede, né la tutela dell'affidamento integrano – nel paradigma normativo del provvedimento – i parametri di legittimità condizionanti la validità degli atti del procedimento a evidenza pubblica.

Quanto alla consistenza della posizione soggettiva che si assume lesa, stando al portato dell'art. 5 del codice, essa fronteggia comunque l'esercizio di un potere e, quindi, sembra che non possa che essere di interesse legittimo.

La situazione soggettiva correlata all'affidamento assai difficilmente pare possa avere consistenza di un diritto soggettivo (“*alla conservazione del patrimonio*”¹²⁴): o è una situazione giuridica soggettiva di natura strumentale, oppure finisce per coincidere con quella sostanziale (e, dunque, con l'interesse legittimo)¹²⁵.

Né può dirsi una situazione soggettiva autonoma¹²⁶, ma “*uno stato di fatto, lesivo di situazioni soggettive, ossia di diritti o di interessi legittimi*”¹²⁷.

¹²³ M. TRIMARCHI, *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., 73.

¹²⁴ Cfr. Corte di cassazione, sezioni unite, ord. 28 aprile 2020, n. 8236, consultabile su www.italgiure.giustizia.it; in senso critico, A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Sulla problematica sorte dell'affidamento indotto dalla pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, n. 2/2022, III, 89 ss.

¹²⁵ G. TULUMELLO, *La tutela dell'affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione fra ideologia e dogmatica*, cit.

¹²⁶ Consiglio di Stato, adunanza plenaria, sentenza 20/2021, cit.

¹²⁷ F.G. COCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 4/2020, 1095 ss.

Sulla natura giuridica della responsabilità per violazione della buona fede, la giurisprudenza del Giudice della giurisdizione è tuttora ferma nell'inquadrarla come responsabilità da inadempimento conseguente alla violazione di obblighi di protezione, fondati appunto sulla buona fede.

Si fa applicazione dello schema della c.d. obbligazione senza prestazione, elaborato dalla dottrina civilistica¹²⁸ per attrarre al regime della responsabilità da inadempimento tutti i casi in cui il danno si verifica all'interno di un rapporto (non propriamente obbligatorio, per mancanza della prestazione principale) nel cui ambito il danneggiante, in ragione della clausola della buona fede o della sua particolare qualità professionale, è tenuto a un obbligo di protezione nei confronti del danneggiato¹²⁹.

Dal canto suo, il giudice amministrativo è fermo nel riconoscere a questa responsabilità natura extracontrattuale.

In effetti, l'inquadramento della responsabilità per violazione della buona fede nell'ambito della responsabilità contrattuale, per violazione di obblighi di protezione, non appare né scontato, né immune da obiezioni.

Si sostiene che la responsabilità aquiliana è concettualmente incompatibile con una relazione giuridica all'interno della quale matura il danno risarcibile.

Questa incompatibilità poteva sussistere quando la responsabilità extracontrattuale era considerata prerogativa dei diritti soggettivi *assoluti* o, comunque, circoscritta a ipotesi tipiche.

Adesso che la responsabilità extracontrattuale è stata affrancata dal vincolo della tipicità, fino a definire quale danno ingiusto quello inferto a ogni interesse giuridicamente rilevante, non sembra vi sia più spazio per ritenere che l'illecito aquiliano sia estraneo alla logica del rapporto, appearing anzi normale considerarlo quale rimedio generale a tutela degli interessi che ricevono protezione giuridica¹³⁰.

¹²⁸ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2018, 523-524.

¹²⁹ G. D. COMPORI, *La strana metafora della "terra di nessuno": le adiacenze possibili tra pubblico e privato alla luce dei problemi da risolvere*, in *Diritto pubblico*, 2021, 529 ss.

¹³⁰ M. TRIMARCHI, *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., 91.