

## Capitolo 10

# LA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

di *Gabriella M. Racca*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione e prospettive future, oltre i conflitti fra giurisdizioni. — 2. La responsabilità contrattuale della Pubblica Amministrazione nell'attuale interpretazione. — 3. Le responsabilità delle Pubbliche Amministrazioni e degli operatori economici nell'esecuzione dei contratti pubblici. — 4. L'inadempimento nei contratti "attivi" con la Pubblica Amministrazione. I contratti di sponsorizzazione. — 5. La responsabilità "per inadempimento" degli obblighi di protezione, di collaborazione e buona fede. — 6. L'evoluzione digitale delle responsabilità come gestione dei rischi. — 7. Altre ipotesi di responsabilità "da inadempimento" della Pubblica Amministrazione.

**RIFERIMENTI NORMATIVI:** artt. 1173, 1218, 1337 c.c.; art. 1, comma 2-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241; art. 5 d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

**RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI:** Cass., sez. I, 28 ottobre 2024, n. 27830; Cass., sez. I, 21 agosto 2024, n. 23016; Cons. Stato, sez. VII, 2 gennaio 2024, n. 32; Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21; Cons. Stato, Ad. plen., 12 maggio 2017, n. 2.

**BIBLIOGRAFIA:** R. CAVALLO PERIN e G. M. RACCA, *Intelligenza artificiale e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, a cura di R. CAVALLO PERIN e D.U. GALETTA, Torino, Giappichelli, 2025; E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna University Press, Bologna, 2022; G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, Jovene, 2000; G. M. RACCA, *La responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Dir. amm.*, 2022, n. 3, 601 ss.; F. G. SCOCA, M. P. CHITI, D. U. GALETTA (a cura di), *Liber Amicorum per Guido Greco*, Torino, Giappichelli, 2024.

### 1. Introduzione e prospettive future, oltre i conflitti fra giurisdizioni.

La responsabilità contrattuale della pubblica amministrazione si riferisce, come noto, a una pluralità di fattispecie oggetto di questioni di giuri-

sdizione che rendono l'analisi più complessa, tra giurisdizione esclusiva, posizioni soggettive e natura giuridica della responsabilità stessa <sup>(1)</sup>.

In termini generali, sembra utile precisare che l'espressione "responsabilità contrattuale" si riferisce alla più ampia responsabilità "da inadempimento" rispetto ad obbligazioni di prestazione, ovvero rispetto a doveri o obblighi di protezione che la pubblica amministrazione assume e definisce nella sua organizzazione e nella funzionalizzazione delle sue attività e dei connessi rapporti amministrativi. La responsabilità contrattuale della pubblica amministrazione è, dunque, conseguenza dell'inadempimento « di un'obbligazione preesistente, quale che sia la fonte » <sup>(2)</sup>, poiché ciò vale non solo per i rapporti tra privati, ma anche nei rapporti obbligatori di cui l'amministrazione è parte. L'inadempimento può riferirsi a una pluralità di obbligazioni derivanti da contratto, dalla legge, o « da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico », ove si intenda riferirsi anche all'art. 1173 c.c.

Ora, di recente, si è positivizzato l'obbligo di collaborazione e buona fede nella legge generale sul procedimento amministrativo <sup>(3)</sup> che, dunque, fonda una possibile responsabilità per inadempimento in ogni procedimento amministrativo <sup>(4)</sup>, come nella fase precontrattuale volta alla stipula di contratti pubblici e nella relativa esecuzione. Di questa trasformazione dovrà prendere atto la giurisprudenza, superando le ambiguità e i conflitti ancora diffusi <sup>(5)</sup>.

<sup>(1)</sup> Si fa riferimento, ad esempio, alla giurisprudenza civile che limita la giurisdizione esclusiva in materia di contratti pubblici (art. 133, comma 1, lett. e, c.p.a.), ancora riconoscendo l'esistenza di "diritti meri" alla correttezza rientranti nella propria giurisdizione, ancora di recente: Cass., Sez. un., ord., 29 aprile 2022, n. 13595. Si veda invece: Corte cost., 15 luglio 2022, n. 178.

<sup>(2)</sup> Per tutti: L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 1072 ss.

<sup>(3)</sup> Art. 1, comma 2-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall'art. 12, comma 1, lett. 0a), d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, in l. 11 settembre 2020, n. 120.

<sup>(4)</sup> Sulla configurazione della responsabilità da scorrettezza come da inadempimento e non extracontrattuale, in quanto connessa alla violazione « delle regole dell'azione amministrativa » di fonte legale, e che appaiono « ben più precise e circostanziate rispetto al generico dovere di *neminem laedere* » del « passante »: F. G. SCOCA e V. NERI, interventi al Convegno *Questioni controverse di diritto amministrativo. Un dialogo tra Accademia e Giurisprudenza*, Roma, Consiglio di Stato, 1° aprile 2022. Si v. V. NERI, *La tutela dell'affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?*, in *Urb. app.*, 2020, n. 6, 724 ss., su cui, per tutti: C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, Treccani, 1991, 1 ss.; P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio e danno*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, spec. 69 ss.

<sup>(5)</sup> Per la ricostruzione dell'interpretazione giurisprudenziale tradizionale si veda il Capitolo 3 nella presente Parte II del Volume III. Si v.: Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2024 n. 7574 e Cass., Sez. un., ord., 29 aprile 2022, n. 13595.

Non pare necessario, quindi, ricorrere alla ricostruzione « incerta e non esente da ambiguità » del « contatto sociale qualificato in fattispecie o settori, ove soccorre più facilmente la norma di legge, quale fonte di un obbligo specifico, come quello di buona fede e correttezza e, per il suo tramite, ‘di obblighi di protezione’, che della buona fede intendono esprimere la forma concreta di tutela »<sup>(6)</sup>. Pare invece possibile affermare una responsabilità per inadempimento di obblighi giuridici di “collaborazione e buona fede” fondati oggi, come ricordato, espressamente anche sulla legge sul procedimento amministrativo, che riguardano ogni attività della pubblica amministrazione<sup>(7)</sup>, che potrebbero permettere di superare anche le attuali questioni di riparto fra le giurisdizioni<sup>(8)</sup>.

Il riconoscimento di un diritto al risarcimento per violazione di interesse legittimo ha trovato accoglimento perché permetteva di evitare le questioni di giurisdizione<sup>(9)</sup>, mentre, come si dirà, la funzionalizzazione delle attività amministrative permette di considerare comunque connesse all'esercizio di un potere pubblico anche le attività contrattuali, che devono mantenere la coerenza con la selezione concorrenziale (anche in fase esecutiva) e pervenire ad un risultato di pubblico interesse.

<sup>(6)</sup> A. DI MAJO, *Il contatto sociale. La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, nota a Cass., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, in *Giur. it.*, 2016, n. 12, 2565 ss. Anche a prescindere dal richiamo al “contatto” sociale, cfr. V. NERI, intervento al Convegno *Questioni controverse di diritto amministrativo. Un dialogo tra Accademia e Giurisprudenza*, cit.; Id., *Il 'bene della vita' è tutto nel diritto amministrativo?*, in *Urb. app.*, 2022, n. 6, 747 ss. In posizione critica verso il modello del “contatto sociale”: A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakts: La resistibile ascesa del contatto sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, n. 1, 74 ss. e Id., *“Contatto sociale” e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci*, in *Jus Civile*, 2017, n. 3, 185 ss., in cui si chiarisce l'improprietà di fondare tale istituto sull'applicazione del par. 311 (2) BGB, evidenziando come la riforma del 2002 in Germania abbia escluso che un contatto “non negoziale” possa costituire fonte di obbligazioni. Più di recente: A. ZACCARIA, *Verdammte Zeiten (tempi maledetti)* e C. SCOGNAMIGLIO, *Il contatto sociale qualificato (ri)approda in Cassazione*, entrambi in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, n. 5, 148 ss., e da ultimo: P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio e danno*, cit., 69 ss.

<sup>(7)</sup> Si v. G. GRECO, *Buona fede nell'esercizio del potere amministrativo e responsabilità civile*, in R. CAVALLO PERIN e G.M. RACCA, *Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici*, Torino, Giappichelli, 2025 (all'esito del Convegno *Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici*, 21 e 22 marzo 2024, Università degli Studi di Torino).

<sup>(8)</sup> Si veda il Capitolo 3 nella presente Parte II del Volume III.

<sup>(9)</sup> A partire dagli equivoci connessi alla sentenza Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, e alla previsione europea di quello che è stato attuato come risarcimento per scorrettezza precontrattuale, senza bisogno, in alti ordinamenti, di riferirsi all'interesse legittimo, su cui, *amplius*: G. M. RACCA e C. R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Directed by J. B. Auby), Bruylants, Bruxelles, 2014.

La vicenda connessa alla giurisdizione amministrativa sul risarcimento del danno si è complicata per le questioni di giurisdizione connesse al rischio — ancora attuale, ma superabile con le recenti riforme<sup>(10)</sup> — di perdere la giurisdizione verso il giudice ordinario, il quale la rivendicava sulle violazioni del diritto alla correttezza<sup>(11)</sup>, del legittimo affidamento e relativo inadempimento (anche ove connessi all'esercizio di un potere, *ex art. 7 c.p.a.*, e non solamente sui comportamenti meri<sup>(12)</sup>). Questioni che ancora si ricostruiscono come interessi legittimi da cui deriva un diritto al risarcimento del danno, necessario per mantenere la giurisdizione amministrativa<sup>(13)</sup>, paradossalmente anche in materie rientranti nella giurisdizione esclusiva.

Una volta superate tali questioni sarà possibile riconoscere che la responsabilità della pubblica amministrazione è da inadempimento, e non “del passante”<sup>(14)</sup>, extracontrattuale, nelle attività connesse all'esercizio di un potere e funzionalizzate, ove comunque gli elementi per il riconoscimento

(<sup>10</sup>) Oltre al Codice del processo amministrativo, con il termine di decadenza per l'azione risarcitoria e la selezione delle voci risarcibili (art. 30, comma 3, c.p.a.), si veda il Codice dei contratti pubblici sull'« affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere » nei contratti pubblici, che circoscrive la misura del danno risarcibile « ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico » (art. 5, comma 3, d.lgs. n. 36/2023). Si v., di recente: G. GRECO, *Buona fede nell'esercizio del potere amministrativo e responsabilità civile*, intervento al convegno *Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici*, cit., e nel volume: R. CAVALLO PERIN e G.M. RACCA, *Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici*, cit., ove si evidenzia, precisamente, come « il ristoro dell'aggiudicatario illegittimo non è [...] incondizionato », inserendosi la citata disposizione « nel sistema di pesi e contrappesi » finalizzati a realizzare « un'equa riparazione del rischio ». Si v. per tutti: P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio e danno*, cit., spec. 279 ss.

(<sup>11</sup>) Cass., Sez. un., ord. 28 aprile 2020, n. 8236; Cons. Stato, Ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7.

(<sup>12</sup>) I casi concernenti « l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo » spettano, *ex art. 7, comma 1, c.p.a.* al giudice amministrativo, con la sola esclusione dei comportamenti meri: Corte cost., 15 luglio 2022, n. 178.

(<sup>13</sup>) F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, n. 6, 4045 ss., spec. 4061. Di recente, Id. Intervento al Convegno *Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici*, Università degli Studi di Torino, 21 marzo 2024, e Id., intervento al Convegno *Questioni controverse di diritto amministrativo. Un dialogo tra Accademia e Giurisprudenza*, Roma, Consiglio di Stato, 1° aprile 2022, cit.

(<sup>14</sup>) F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, cit., 406. Così anche: V. NERI, *La tutela dell'affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?*, cit., 724 ss. Si ricorda quanto affermato da Cass., Sez. un., ord. 28 aprile 2020, n. 8236 che riprende Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5: « da chi esercita una funzione amministrativa, costituzionalmente sottoposta ai principi di imparzialità e di buon andamento (art. 97 Cost.), il cittadino si aspetta uno sforzo maggiore, in termini di correttezza, lealtà, protezione e tutela dell'affidamento, rispetto a quello che si attenderebbe dal *quisque de populo* [...] un *quid pluris* rispetto al generale preceitto del *neminem laedere*; non si tratta della generica “responsabilità

del risarcimento sono chiariti dalla legge e non comportano rischi di estensione irragionevole<sup>(15)</sup>,

Peraltro, il sistema della responsabilità connessa alla trasformazione digitale della pubblica amministrazione va evolvendosi come responsabilità cd. "funzionale" (su cui si v. *infra*, il § 6) fondandosi su indici di rischio e violazione di *standard* che troveranno normalmente compensazione mediante strumenti assicurativi<sup>(16)</sup>. Prospettiva che potrebbe, come sostenuto, evitare quei fenomeni di estensione ed abuso della responsabilità civile, di *over compensation*<sup>(17)</sup> che, soprattutto in passato, si sono verificati quando, ad esempio, l'entità dei risarcimenti rendeva più conveniente non vincere la gara e non chiedere di eseguire il contratto pubblico<sup>(18)</sup>. Un simile esito, oltre a

---

del passante", ma della responsabilità che sorge tra soggetti che si conoscono reciprocamente già prima che si verifichi un danno; danno che consegue non alla violazione di un dovere di prestazione ma alla violazione di un dovere di protezione ». Per la ricostruzione della giurisprudenza si veda il Capitolo 6 nella presente Parte II del Volume III.

(15) Cfr. la nota sentenza CGUE, 30 settembre 2010, C-314/09, Stadt Graz c. Strabag AG, che configura la responsabilità dell'amministrazione come oggettiva, qualificando il diritto al risarcimento dell'operatore economico non come fatto illecito "del passante", di natura extracontrattuale, bensì derivante dalla violazione e dunque l'inadempimento della disciplina sulla scelta del contraente Di recente precisando l'autonomia nella configurazione e nella quantificazione dei danni di ogni ordinamento nazionale: CGUE, 6 giugno 2024, C-547/22, INGSTEEL spol. s r. o. c. Urad pre verejnē obstarávanie. In dottrina: C.E. GALLO, *La responsabilità della stazione appaltante nella conduzione del procedimento di gara ed il problema della colpa*, in *Il risarcimento del danno negli appalti pubblici*, a cura di L. BALUCANI, A. CAROZZO, C.E. GALLO, Torino, Giappichelli, 2014, 9 ss.; G. M. RACCA, S. PONZIO, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*, nota a Cass., Sez. I, sentenza 12 maggio 2015, n. 9636, in *Giur. it.*, 2015, 1963 ss., e di recente: G. M. RACCA, *La responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Dir. amm.*, 2022, n. 3, 616. Si v. il Capitolo 3 nella presente Parte II del Volume III.

(16) P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., 263 ss.; R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *Intelligenza artificiale e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, a cura di R. CAVALLO PERIN e D.U. GALETTA, Torino, Giappichelli, 2025; G. SDANGANELLI, *Verso una funzione assicurativa pubblica nella sanità digitale*, in *Dir. amm.*, 2024, n. 3, 891 ss.

(17) Si v. P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio e danno*, cit., 279, ove precisa che nel caso di illegittima aggiudicazione, e conseguente stipulazione del contratto, la condanna dell'Amministrazione a « pagare al concorrente pretermesso (vittorioso nel giudizio di impugnazione) una somma pari al suo mancato profitto contrattuale » determinerebbe una vera e propria « duplicazione rispetto al profitto contrattuale conseguito dal terzo con il quale il contratto è stato illegittimamente stipulato e, in ipotesi, mantenuto ».

(18) G. M. RACCA, *La responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., 630. Sul profilo del *quantum* risarcitorio, l'applicazione giurisprudenziale del criterio del dieci per cento del valore dell'appalto, in analogia con l'art. 344 l. 20 marzo 1865, n. 2248, All. F, Legge sulle Opere pubbliche,

configurarsi come paradossale, determinava non solo una « compromissione dell'interesse della Pubblica Amministrazione a una scelta efficiente dell'appaltatore », ma anche, in ultima analisi, « un aumento dei costi complessivi dell'operazione » (19).

La responsabilità contrattuale, che ad oggi si riconduce alla giurisdizione del giudice ordinario, determina una complessità di ambiti che certamente andrebbero superati per la concentrazione dei giudizi avanti al giudice amministrativo, in quanto attività comunque connessa all'esercizio del potere (20) anche a prescindere dalla giurisdizione esclusiva (21). Alla giurisdizione ordinaria rimarrebbero i comportamenti meri, come precisato dalla Corte costituzionale (22).

Anche la giurisdizione sulla responsabilità contrattuale in fase di esecu-

---

prospettato in assenza di indicazioni e per sostenere quello che doveva essere un deterrente alle scorrettezze, permetteva in teoria di risarcire un interesse negativo, coincidente nella quantificazione a quello positivo. Nelle applicazioni ha svolto l'opposto ruolo di incentivare le prassi distorsive di richieste di risarcimento del danno addirittura senza la contestuale richiesta di annullamento dell'aggiudicazione, con deviazione superata dal Codice del processo amministrativo che limita la mera richiesta di risarcimento del danno per equivalente senza contestuale azione caducatoria (artt. 121 e 122, c.p.a.). Criterio indicativo proposto come orientativo nel 1998, (in relazione alla possibilità di provare, a differenza dei rapporti tra privati, il diritto all'aggiudicazione, da non confondere con la mera *chance*) per responsabilizzare le amministrazioni: G. M. RACCA, *La quantificazione del danno subito dai partecipanti alle procedure selettive per l'affidamento di appalti pubblici*, in *Atti del 43° Convegno di studi amministrativi, "Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi"*, Varenna, Villa Monastero 18-20 settembre 1997, Milano, Giuffrè, 1998, e in *Dir. amm.*, 1998, n. 1, 156 ss., spec. 161, poi accolto in giurisprudenza, con successiva estensione della tutela risarcitoria, fino alla progressiva limitazione della quantificazione (Cons Stato, Ad. plen., n. 2/2017). Recentemente si è riconosciuto che i sistemi di responsabilità riflettono le scelte dei legislatori nazionali e, pur non potendo essere generalizzati, offrono margine agli ordinamenti per rivedere regimi e criteri di risarcimento, ammettendo ad esempio le scelte restrittive in ordine alla quantificazione: CGUE, 6 giugno 2024, C-547/22, Ingsteel spol. s r. o. c. Urad pre verejné obstarávanie. In dottrina: A. Di DONATO, *Il risarcimento del danno negli appalti pubblici: tra effettività e autonomia degli Stati membri*, in *Ius Publicum Network Review*, 2023, n. 1, 1 ss.

(19) Così: P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio e danno*, cit., 279.

(20) Art. 7, comma 1, c.p.a. Si v. G. M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., 614.

(21) Art. 133 c.p.a.

(22) Corte cost., 15 luglio 2022, n. 178, che dichiara la non fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate in riferimento all'art. 133, comma 1, lett. *p*), c.p.a. che, sulla scorta della giurisprudenza della Corte di cassazione, assunta a "diritto vivente", devolve alla giurisdizione esclusiva del G.A. le controversie comunque attinenti alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili, anche mediamente, all'esercizio di un pubblico potere, quand'anche relative a diritti costituzionalmente tutelati. Viene così chiarito che la connessione dei comportamenti, anche solo omissivi, con l'esercizio di poteri pubblici può

zione dei contratti pubblici è attualmente ricondotta alla giurisdizione ordinaria, ove si discuta unicamente di autonomia negoziale, ad esempio circa le obbligazioni sorte sulla base del contratto, ovvero in casi di risoluzione del contratto per inadempimento dell'aggiudicatario (23).

Se si considera che ogni attività della pubblica amministrazione volta alla stipulazione di un contratto risulta comunque funzionalizzata all'interesse pubblico (rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento, coerenza e non contraddittorietà con la procedura selettiva) e che anche la fase esecutiva è pervasa da regole di "evidenza pubblica" (24) e deve garantire l'assetto concorrenziale esito della gara (25), si richiederebbe la concentrazione dei connessi giudizi che possono investire i contratti pubblici (26).

D'altra parte la recente concentrazione dell'intero ciclo di vita del contratto pubblico su piattaforme digitali, chiamate a gestire e tracciare le fasi di programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione (27), non potrà che determinare una evoluzione e semplificazione del contenzioso, anche in relazione alle prossime modifiche europee delle direttive appalti (28).

La trasformazione digitale e la necessaria concentrazione dei giudizi, in attuazione della funzionalizzazione e del risultato da raggiungere con la

---

riguardare non solo quelli autoritativi, ma anche organizzativi ed esercitati mediante moduli consensuali. Di recente: Corte cost., 16 luglio 2024, n. 132.

(23) A. TRAVI, *Esecuzione del contratto pubblico e debolezza del modello bifasico*, in C. LEONE, M. BERBERA, M. FAZIO, M. CAFAGNO, *La nuova stagione dei contratti pubblici*, Milano-Udine, Mimesis, 2019, 41 ss. F. TRIMARCHI BANFI, *L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2015, n. 1, 1 ss.

(24) Per espressa previsione normativa, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si estende ai casi di dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative (art. 133, comma 1, lett. e, n. 1, c.p.a.) e ai casi in cui siano necessari revisione o adeguamento dei prezzi (art. 113, comma 1, lett. e, n. 2, c.p.a.).

(25) Come recentemente affermato dalla sentenza del Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10. Cfr. già R. CAVALLO PERIN e G. M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, n. 2, 325 ss.

(26) Cfr. ancora nel senso tradizionale: Cass., Sez. un., 30 luglio 2021, n. 21971; in seguito, Cass., Sez. un., 1º dicembre 2022, n. 35447.

(27) Art. 21 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, Codice dei contratti pubblici.

(28) Si veda la *Call for evidence* pubblicata dalla Commissione UE (in [ec.europa.eu](http://ec.europa.eu)) relativa alla revisione delle direttive europee in materia di appalti pubblici per superare le criticità emerse: limitata concorrenza, scarsa digitalizzazione e analisi dati. Si v. Corte dei conti UE, *Appalti pubblici nell'UE. Meno concorrenza per i contratti di lavori, beni e servizi aggiudicati nel periodo 2011-2021, relazione speciale n. 28/2023*, 25 ottobre 2023 e le Risposte della Commissione, 28 novembre 2023, nonché le Conclusioni del Consiglio del 24 maggio 2024. Si v. A. CORRADO, E. GRIGLIO, G. M. RACCA (a cura di), *La digitalizzazione dei contratti pubblici: le sfide per la transizione*, in *ItaliAppalti*, Roma, Dike Giuridica, 2025.

tempestiva e corretta esecuzione basata sui principi di collaborazione e fiducia digitale (29), richiedono una capacità conoscitiva sulla responsabilità per gli inadempimenti di tutte le parti coinvolte che indubbiamente non potrebbero che concentrarsi nella giurisdizione amministrativa.

## 2. La responsabilità contrattuale della Pubblica Amministrazione nell'attuale interpretazione.

Come ricordato, l'art. 1372 c.c. conferisce al contratto forza di legge tra le parti anche ove una parte sia la pubblica amministrazione: qualora questa si sottragga ingiustificatamente all'adempimento delle obbligazioni assunte, resta soggetta alla responsabilità per inadempimento. Quindi, quale sia la fonte dell'obbligazione inadempita, la norma di riferimento è l'art. 1218 c.c., che introduce una norma di relazione, prevedendo la responsabilità in caso di

« violazione di un obbligo gravante *ex lege* sulla pubblica amministrazione, onde l'azione era assoggettata al termine ordinario di prescrizione » (Cass., Sez. un., 27 giugno 2002, n. 9341).

La cognizione sui giudizi di responsabilità da inadempimento contrattuale della pubblica amministrazione è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, nell'ambito di un giudizio risarcitorio caratterizzato dal termine di prescrizione decennale e dall'inversione dell'onere della prova a carico dell'amministrazione inadempiente, gravando su di essa l'onere di dimostrare, per liberarsi, che l'inadempimento è dovuto a cause a essa non imputabili (30).

(29) Art. 1 d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36. Cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924. Anche nella *Relazione* al nuovo Codice dei contratti pubblici si richiamano i mobili e ancora incerti confini tra disciplina pubblicistica e privatistica nei contratti pubblici (in particolare, con riguardo alla commistione tra il potere di recesso unilaterale e lo strumento privatistico della risoluzione per inadempimento, nelle concessioni, di cui all'art. 190), sempre volti al risultato di pubblico interesse. Si v. A. ANGIULI e V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Ancora su esecuzione del contratto pubblico e poteri dell'amministrazione*, in *Liber Amicorum per Guido Greco*, a cura di F. G. SCOCÀ, M. P. CHITI, D.U. GALETTA, Torino, 2025, Giappichelli, 1 ss. Su cui già: R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., 325 ss.

(30) A. GIANNELLI, *Responsabilità della pubblica amministrazione b) Profili processuali*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, Giuffrè, 2016, 819 ss. Si v. di recente: Cass., Sez. un., 18 dicembre 2023, n. 35344, che richiamando Corte cost. n. 43/2011, chiarisce che in tema di adempimento o inadempimento « non rileva alcun controllo sull'esercizio del potere pubblico, in relazione ai parametri di legittimità dell'azione amministrativa provvedimentale, perché al giudice ordinario è richiesto di valutare la sussistenza, o meno, dei fatti di inadempimento dedotti a fondamento delle pretese e di qualificarli giuridicamente, per trarne

Pertanto, a differenza di quanto si configura relativamente alla fattispecie extracontrattuale ove è centrale l'ingiustizia del danno da dimostrare in giudizio, nella responsabilità da inadempimento contrattuale,

« la valutazione sull'ingiustizia del danno è assorbita dalla violazione della regola contrattuale » (Cons. Stato, sez. VII, 2 gennaio 2024, n. 32).

Alle ipotesi di responsabilità della pubblica amministrazione si applica inoltre, come noto, il principio dell'art. 1225 c.c. in materia di responsabilità contrattuale, che limita le conseguenze dell'inadempimento o del ritardo non dolosi ai danni prevedibili al momento in cui l'obbligazione è sorta <sup>(31)</sup>.

Nella configurazione della responsabilità contrattuale dell'amministrazione si presuppone comunque un « rapporto giuridico nel quale sussistano obblighi di rispetto e di protezione della sfera giuridica della controparte, ossia obblighi a carico dell'amministrazione e a favore del privato » <sup>(32)</sup>.

### 3. Le responsabilità delle Pubbliche Amministrazioni e degli operatori economici nell'esecuzione dei contratti pubblici.

Le responsabilità connesse alla stipulazione dei contatti pubblici permettono di ripartire i danni conseguenti agli inadempimenti della parte pubblica, ovvero della controparte privata <sup>(33)</sup>.

---

le conseguenze sul piano privatistico, vertendosi in tema di diritti soggettivi vantati in posizione di parità dal privato nei confronti dell'ente pubblico o parificato ».

<sup>(31)</sup> Cons. Stato, sez. IV, 24 febbraio 2023, n. 1933. Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7, ove si chiarisce che « solo per la responsabilità da inadempimento opera il limite previsto dall'art. 1225 cod. civ. della prevedibilità del danno, salvo il caso di dolo ». Tale principio, che si afferma anche nei rapporti giuridici di cui è parte la pubblica amministrazione, risponde alla regola per cui « il vincolo obbligatorio comporta l'assunzione di un sacrificio patrimoniale, da contenere nei limiti della normalità »; così: Cass., sez. II, 21 maggio 1993, n. 5778.

<sup>(32)</sup> F.G. SCOCÀ, *Per un'amministrazione responsabile*, cit., 4045 ss., ma più di recente: Id., intervento al Convegno “Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici”, cit.

<sup>(33)</sup> Art. 122, comma 3, d.lgs. n. 36/2023; sull'inadempimento del privato nei confronti della stazione appaltante che conduce a risoluzione del contratto cfr., Cons. Stato, sez. III, 4 novembre 2024, n. 8784. Si richiama il ruolo dell'arbitrato quale rimedio alternativo alla risoluzione delle controversie e del Collegio Consultivo Tecnico (artt. 215 ss. e Allegato V.2, d.lgs. n. 36/2023) con ruolo deflettivo del contenzioso, al fine di garantire il raggiungimento del risultato assicurando mediazione e conciliazione permanente tra le parti, fino a quando permane l'esecuzione del contratto. Invece, nell'ambito della validità della compromissione in arbitrato di questioni relative a convenzioni urbanistiche la cui cognizione è devoluta alla giurisdizione (esclusiva) del giudice amministrativo, occorre verificare se la controversia inerisca a diritti soggettivi o a interessi legittimi, poiché « in questo secondo caso quella

Come è stato chiarito, l'espressione "responsabilità contrattuale" è una sineddoche, « indica il tutto con una parte » (34), riferendosi all'inadempimento di obbligazioni. Al riguardo, sia per i contratti aggiudicati a seguito di gara pubblica, o comunque soggetti al Codice dei contratti pubblici, sia per i contratti c.d. "attivi", vale a dire i contratti dai quali deriva un'entrata per lo Stato, dunque esclusi da tale disciplina (al contrario dei contratti "passivi", comportanti una spesa per l'amministrazione) (35), la norma di riferimento resta l'art. 1218 c.c. che prescrive le regole generali per l'esatto adempimento del rapporto contrattuale.

Da tali considerazioni deriva l'affermazione per la quale, anche nel caso dei contratti pubblici, l'amministrazione non può e non deve unilateralmente sottrarsi alle obbligazioni di sua competenza, e dalla loro connessa esecuzione — fatte salve le ipotesi di recesso previste dalla legge e nel caso concreto (si v. *infra*) — con applicazione, in caso di violazione, delle previsioni dell'art. 1218 c.c.

Infatti, anche nell'appalto pubblico vale la regola dell'art. 1655 c.c. che identifica l'appaltatore con la parte che « assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro » (art. 1655 c.c.).

Si precisa normalmente che la giurisdizione esclusiva in materia di affidamento dei contratti pubblici non si estende a tutti gli atti adottati tra l'aggiudicazione e la stipula, per assegnare al giudice ordinario il sindacato sugli inadempimenti contrattuali (36).

---

compromissione sarebbe radicalmente invalida, mentre così non sarebbe se la controversia inerisca a diritti soggettivi che, di conseguenza, sarebbero giustiziabili anche in sede arbitrale », Cass., sez. I, 24 maggio 2022, n. 16790; Cass., Sez. un., 30 ottobre 2019, n. 27847. E. BOSCOLO, *Stabilità e adattamento nei rapporti concessori tra revisione e autotutela*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, n. 4, 281 ss.

(34) L. MENGONI, *op. ult. cit.*, 1072. Così anche: P.G. MONATERI, *La sineddoche: formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, Giuffrè, 1984, *passim*. Si v. M. RENNA, *Responsabilità della pubblica amministrazione. Profili sostanziali*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, Giuffrè, 2016, 805 ss.

(35) Art. 13, comma 2, d.lgs. n. 36/2023. Si v. Cons. Stato, sez. VII, 5 gennaio 2024, n. 225, ove si chiarisce come anche le concessioni possano essere qualificate « tra i contratti attivi, con conseguente esclusione dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici, ferma la necessaria applicazione di procedure imparziali e trasparenti e salvi gli auto vincoli eventualmente stabiliti dall'amministrazione nella selezione del concessionario ».

(36) Cfr. T.A.R. Veneto, sez. I, 12 giugno 2019, n. 689, che richiama T.A.R. Toscana, sez. I, 11 aprile 2016, n. 610, e Cass. civ., Sez. un., 18 ottobre 2005, n. 20116. Difforme: T.A.R. Lombardia (Brescia), 15 aprile 2014, n. 395, che rinvia a Cons. Stato, sez. IV, 27 dicembre 2004, n. 8220, ove, poiché il contratto non era ancora stato stipulato e le attività riguardavano obblighi propedeutici alla consegna anticipata dei lavori, si è esclusa la configurabilità di una risoluzione contrattuale per inadempimento, in quanto l'amministrazione ha

L'esecuzione di opere pubbliche determina l'insorgenza di controversie normalmente scaturenti dalle contestazioni dell'appaltatore nei confronti della stazione appaltante. Queste possono avere il contenuto più vario, come

« l'esattezza delle registrazioni contabili; l'applicazione dei prezzi dell'appalto; contestazione in ordine alla qualità e quantità delle lavorazioni eseguite; comportamenti inadempienti dell'amministrazione » (Cass., sez. I, 28 ottobre 2024, n. 27830) <sup>(37)</sup>.

L'obbligazione dell'appaltatore si qualifica, pertanto, come obbligazione di risultato, per cui nel caso di mancato o inesatto adempimento troverà applicazione l'inversione dell'onere della prova di cui all'art. 1218 c.c., sicché sarà sufficiente per il committente pubblico provare il mancato raggiungimento del risultato atteso, mentre basterà all'appaltatore dimostrare di essere esente da colpa.

Si chiarisce, infatti, che, anche in caso di appalto di lavori pubblici, gli unici

« limiti a tale responsabilità sono quelli generali in tema di responsabilità contrattuale, rilevando il difetto dell'ordinaria diligenza » (Cass., sez. I, 18 febbraio 2008, n. 3932) <sup>(38)</sup>.

In applicazione di tale principio, ad esempio, si è ritenuto che la c.d. "sorpresa geologica" rilevata in corso d'opera

« non può essere invocata dall'appaltatore per esimersi dall'obbligo, che gli è proprio, di accettare le caratteristiche idrogeologiche del terreno » (Cass., sez. I, 28 ottobre 2024, n. 27830).

E ciò, qualora tali caratteristiche siano previamente conoscibili dal committente con l'ausilio di strumenti e conoscenze normali, con conse-

---

esercitato l'autotutela per garantire il principio costituzionale di buon andamento, sciogliendosi dagli impegni assunti a causa del comportamento scorretto dell'impresa.

<sup>(37)</sup> Anche nell'appalto pubblico, l'operatore economico deve verificare la validità tecnica del progetto rispetto alle caratteristiche geologiche del suolo e risponde di vizi o difetti dell'opera derivanti da errori progettuali, salvo nel caso di sorprese geologiche non prevedibili con strumenti e conoscenze ordinarie.

<sup>(38)</sup> Si precisa che l'appaltatore ha un « preciso dovere cognitivo » che si risolve nella verifica preliminare « delle condizioni locali e di tutte le circostanze che avrebbero potuto influire sull'esecuzione dell'opera », cui è correlata una « altrettanto precisa responsabilità » di assunzione del c.d. "rischio geologico", senza con ciò determinare una « alterazione della struttura e della funzione dell'appalto, nel senso di renderlo un contratto aleatorio ».

guente decadenza dalla garanzia, *ex art. 1667 c.c.* per difformità nell'esecuzione (39).

Inoltre, in tema di mancato adempimento e di risoluzione del contratto è prevista, come ricordato, l'applicazione delle disposizioni generali previste dal codice civile (artt. 1453-1458) (40) e non pare, peraltro, escludersi l'applicazione dei rimedi privatistici di diritto comune relativi alla possibilità per cui il contratto di appalto possa (anche) essere munito di una clausola risolutiva espressa (41).

Anche negli appalti pubblici si profila, dunque, una responsabilità di tipo contrattuale con applicazione, sia per l'operatore economico, che per il committente pubblico, della relativa garanzia per vizi e difformità dell'opera di cui agli artt. 1667 e 1668 c.c., cui si sovrappone, per alcuni versi derogandola, la disciplina speciale prevista dal Codice degli contratti pubblici, da ultimo modificato (42). Il paradigma civilistico della responsabilità contrattuale viene, in tal modo, integrato dalla disciplina normativa del Codice, prevedendo ipotesi di risoluzione e recesso del contratto da parte del contraente pubblico, verificatasi la sussistenza di motivi espressamente previsti (43). Il momento dell'accettazione dell'opera coincide necessariamente con il collaudo (44) (o con la verifica di conformità per l'appalto pubblico di servizi o forniture), determinando la decadenza della garanzia e precludendo la facoltà di far valere successivamente difformità o vizi, sicché, prima di tale momento formale, non è configurabile un'accettazione tacita o per fatti concludenti. Il collaudo, infatti,

« integra un procedimento amministrativo, che richiede da un lato l'emissione del certificato di collaudo, il quale racchiude il giudizio finale del collaudatore intorno all'opera e contiene la liquidazione del corrispettivo spettante all'appaltatore, e dall'altro l'approvazione del collaudo da parte dell'Amministrazione, che esprime sostanzialmente l'accettazione dell'opera o del servizio e rende definitiva la predetta liquidazione » (Cass., sez. I, 21 agosto 2024, n. 23016).

(39) Cass., sez. I, ord. 26 febbraio 2020, n. 5144, per cui rientra negli obblighi dell'appaltatore il controllo sulla validità tecnica del progetto del committente « anche in relazione alle caratteristiche del suolo su cui l'opera deve sorgere [...] sicché la scoperta in corso d'opera di peculiarità geologiche del terreno tali da impedire l'esecuzione dei lavori, non può essere invocata dall'appaltatore [...] per pretendere una dilazione o un indennizzo »; App. Roma, sez. II, 29 novembre 2022 n. 7688.

(40) Integrati, ove necessario dagli artt. 1665-1677 c.c., se non derogate dalla norma speciale. Cfr. Cass., sez. I, ord. 26 aprile 2023, n. 10968.

(41) Art. 1456 c.c., cfr. Cass., sez. I, 27 ottobre 2016, n. 21740.

(42) Art. 106 d.lgs. n. 36/2023.

(43) Artt. 122 e 123, d.lgs. n. 36 del 2023.

(44) Art. 106 e Allegato II.14 (*Direzione lavori e dell'esecuzione. Svolgimento attività fase esecutiva. Collaudo e verifica di conformità*), d.lgs. n. 36/2023.

Il buon esito del collaudo di un'opera pubblica non preclude, tuttavia, all'amministrazione appaltante di contestare all'operatore criticità<sup>(45)</sup>, come eventuali ritardi nell'esecuzione, non imputabili a forza maggiore<sup>(46)</sup>. Precisamente:

« il collaudo non costituisce un termine finale per contestare all'appaltatore i ritardi dell'opera consegnata, esulando dall'ambito delle questioni tecnico-contabili che ne costituiscono il tradizionale ambito » costituendo una « forma d'inadempimento contrattuale, di cui agli artt. 1453 c.c. e segg., che l'ente committente può far valere nel termine di prescrizione » (Cass., sez. I, 25 gennaio 2022, n. 2075).

Va peraltro considerato, in linea con la evidenziata evoluzione della responsabilità dell'amministrazione pubblica, che i peculiari obblighi di “protezione” della parte pubblica persistono per tutta la durata del rapporto contrattuale, sia nella fase preliminare all'aggiudicazione del contratto, sia nella fase esecutiva<sup>(47)</sup>, funzionalizzata e obbligatoriamente coerente con le risultanze del confronto concorrenziale svolto<sup>(48)</sup>.

(45) Anche la cattiva gestione nel rapporto con i subappaltatori può essere fatta valere dall'amministrazione appaltante come carenza nell'esecuzione del contratto, su cui: Cons. Stato, sez. V, 2 gennaio 2024 n. 26.

(46) Nel qual caso troverebbe applicazione la disciplina sulla sospensione dei lavori di cui all'art. 121 del nuovo Codice dei contratti pubblici del 2023, ovvero, in caso di perdurante sospensione oltre al periodo concordato, il rimedio della risoluzione per inadempimento. Si v. sul punto: Cass., sez. I, 18 aprile 2023, n. 10299.

(47) Sulle ulteriori forme di convergenza di “logiche” privatistiche nell’ambito del diritto amministrativo, a partire dal pubblico impiego, si v. B.G. MATTARELLA, *Ordinamento degli uffici e responsabilità dei funzionari tra disciplina e onore*, intervento al convegno *Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici*, cit., e nel volume: R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici*, cit. Cfr. M. RENNA, *Responsabilità della pubblica amministrazione. Profili sostanziali*, cit., 805 ss.

(48) R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., 325 ss. Cfr. CGUE, sez. III, 19 giugno 2008, C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur GmbH c. Republik Österreich (Bund) e altri, ove si afferma che le « modifiche apportate alle disposizioni di un appalto pubblico in corso di validità costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, ai sensi della direttiva 92/50, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto. La modifica di un appalto pubblico in corso di validità può ritenersi sostanziale qualora introduca condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi ». Cfr. G. M. RACCA e R. CAVALLO PERIN, *Material changes in contract management as symptoms of corruption: a comparison between EU and U.S. procurement systems*, in *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, a cura di G. M. RACCA e C.R. YUKINS, cit., 247 ss.

Si è detto, infatti, che l'attività amministrativa non è mai libera, ma deve sempre perseguire l'interesse pubblico, trovando nella vicenda contrattuale una specifica rappresentazione come attività contrattuale funzionalizzata<sup>(49)</sup>, come ricordato di recente anche dalla Corte costituzionale<sup>(50)</sup>.

L'attività amministrativa, anche nella vicenda contrattuale, risulta sempre orientata al perseguimento dell'interesse pubblico rivolto, secondo la disciplina più recente, al richiamato principio del "risultato" da assicurare nell'intero ciclo di vita del contratto<sup>(51)</sup>. Risultato, inteso quale esito dell'« operazione amministrativa »<sup>(52)</sup>, da realizzarsi — anche in fase esecutiva — con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, sempre nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza, espressamente richiamati nel nuovo Codice dei contratti pubblici<sup>(53)</sup>.

La legittimazione straordinaria di ANAC<sup>(54)</sup> e dell'AGCM<sup>(55)</sup> nei casi di contratti di rilevante impatto evidenzia la necessità di assicurare che, anche in attività di mercato, la parte pubblica persegua costantemente gli obiettivi di interesse della collettività, anche quando questi si pongano in contrasto

---

<sup>(49)</sup> Sul tema di recente: E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna University Press, 2022. Cfr. M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996.

<sup>(50)</sup> Corte cost., 23 novembre 2017, n. 401, spec. p.to 6.8; Corte cost., 16 luglio 2024, n. 132.

<sup>(51)</sup> Art. 1, comma 1, d.lgs. n. 36/2023. Sul punto, di recente: A. POLICE, *Responsabilità della pubblica amministrazione in concorso con i privati*, intervento al Convegno *Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici*, cit.

<sup>(52)</sup> F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento VI, Roma, Treccani, 2002, 84 ss. Il contratto pubblico può essere inteso come « operazione amministrativa, ad indicare l'insieme delle attività necessarie per conseguire un determinato risultato concreto ».

<sup>(53)</sup> Art. 1 d.lgs. n. 36/2023.

<sup>(54)</sup> Art. 220, comma 2, d.lgs. n. 36/2023: « L'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture ». Tale strumento (prima disciplinato dall'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016) è stato utilizzato da ANAC per la prima volta nel contenzioso sul caso Asmel. Sul tema: G. M. RACCA, *La Corte di Giustizia e le scelte nazionali per una efficiente e trasparente aggregazione dei contratti pubblici: una sfida per l'evoluzione digitale della "funzione appalti" nazionale, regionale e locale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, n. 2, 185 ss.

<sup>(55)</sup> Art. 21-bis l. 10 ottobre 1990, n. 287, *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*: « L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato ».

con quelli degli operatori economici <sup>(56)</sup>, con autonomia negoziale sempre funzionalizzata al perseguitamento dei fini istituzionali e dei connessi risultati. Fini istituzionali che orientano la capacità di diritto privato dello Stato e degli enti pubblici e che richiedono, come ricordato, « collaborazione e buona fede » reciproca fra le parti, con la possibilità di contestare anche la scorrettezza del privato, operatore economico <sup>(57)</sup>.

La funzionalizzazione dell'attività amministrativa, integrata dalla formalizzazione delle trattative, come previsto nei bandi di gara e successivamente in fase esecutiva, implica un aggravamento degli obblighi di lealtà, collaborazione e correttezza <sup>(58)</sup>, che si integrano con gli autolimiti posti nei documenti di gara <sup>(59)</sup> e confluiti nel contratto <sup>(60)</sup>, che, come detto, vanno osservati anche nell'interesse dei terzi non aggiudicatari, in base al principio di imparzialità e correttezza <sup>(61)</sup>.

Le attività precontrattuali volte all'affidamento diretto ovvero alla selezione del miglior contraente comportano, pertanto, l'esercizio di una fun-

<sup>(56)</sup> P. LAZZARA, *Legittimazione a ricorrere di ANAC e centralizzazione delle committenze*, nota a sentenza T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 3 febbraio 2020, n. 240, in *Foro amm.*, 2020, n. 5, 999 ss.; Id., *Legittimazione straordinaria ed 'enforcement' pubblico dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Dai compiti di segnalazione all'impugnazione degli atti contrari alle regole della concorrenza e del mercato*, in *Conc. merc.*, 2018, n. 1, 65 ss.

<sup>(57)</sup> T.A.R. Toscana, sez. I, 18 novembre 2022, n. 1348, sulla domanda di risarcimento del danno avanzata dall'amministrazione appaltante nei confronti dell'operatore economico che si era pretestuosamente sottratto alla stipula del contratto costringendo alla revoca dell'aggiudicazione e ad un nuovo affidamento più oneroso al secondo operatore in graduatoria, questione tuttavia ricondotta alla giurisdizione del G.O. Si v. G. M. RACCA, *La buona fede "digitale" nei contratti pubblici*, in *Liber Amicorum per Guido Greco*, a cura di F.G. SCOCÀ, M.P. CHITI, D. U. GALETTA, cit., 627 ss. Così: D. SORACE, *Conclusioni nella Giornata di studio sull'applicazione, sul consolidamento e sulle prospettive del principio di buona fede nei rapporti con le pubbliche amministrazioni*, Università degli Studi di Firenze, 14 ottobre 2022.

<sup>(58)</sup> P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, terza edizione, Milano, Giuffrè, 2021, spec. 284.

<sup>(59)</sup> S. TORRICELLI, *Buona Fede e confini dell'imparzialità nel rapporto procedimentale*, in *P.A. Persona e Amm.*, 2022, n. 2, 29 ss.; M. TRIMARCHI, *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione*, ivi, 59 ss.; G. M. RACCA, *L'evoluzione del principio di buona fede nella trasformazione digitale dei contratti pubblici*, 201 ss., ivi, 201 ss.

<sup>(60)</sup> Sulla rilevanza dei canoni di correttezza e buona fede nell'attività contrattuale della pubblica amministrazione: R. CAVALLO PERIN e G. M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., 325 ss. Si v. di recente: G. GRECO, *Buona fede nell'esercizio del potere amministrativo e responsabilità civile*, in R. CAVALLO PERIN e G. M. RACCA, *Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici*, cit.

<sup>(61)</sup> G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, Jovene, 2000, 41 ss. e la successiva pronuncia di: Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, che accoglie le prospettazioni sulla correttezza precontrattuale anche nella fase che precede l'aggiudicazione del contratto pubblico.

zione appalti comunque sempre funzionalizzata e connessa anche solo «mediatamente esercizio di potere pubblico»<sup>(62)</sup>, con possibile superamento delle residue questioni di giurisdizione relative alla fase di scelta del contraente. Conseguentemente, le modifiche del contratto consentite in sede esecutiva (varianti) sono limitate a quelle non sostanziali<sup>(63)</sup> proprio in ragione del rispetto dovuto al principio di concorrenza nella selezione che, dunque, non può essere violata e distorta in sede esecutiva.

In tale prospettiva il contenzioso connesso alle responsabilità riguarderebbe l'inadempimento delle regole di formalizzazione delle trattative<sup>(64)</sup>, come poi di definizione del contratto, generando forme di inadempimento di obblighi derivanti dal Trattato UE, dalle Direttive, dalla Costituzione Italiana, dai principi, dalle leggi, dai regolamenti e dagli autovincoli.

Anche il privato potrebbe essere chiamato a rispondere per una condotta scorretta nei confronti dell'amministrazione, valendo l'obbligo di buona fede e collaborazione anche “a parti invertite”, come peraltro riconosciuto dalla giurisprudenza<sup>(65)</sup>.

#### 4. L'inadempimento nei contratti “attivi” con la Pubblica Amministrazione. I contratti di sponsorizzazione.

Come noto, il regime di esatto adempimento resta assoggettato alla regola di cui all'art. 1218 c.c. nei contratti c.d. “passivi” ma anche nei contratti c.d. “attivi”, vale a dire quelli in cui la pubblica amministrazione riceve una prestazione di natura patrimoniale a fronte di una controprestazione di *dare* o *facere* nei confronti di un altro soggetto (pubblico o

<sup>(62)</sup> Art. 7, comma 1, c.p.a. Cfr. G. M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., 614.

<sup>(63)</sup> Cfr. CGUE, sez. III, 19 giugno 2008, C-454/06, cit. Cfr. art. 120, comma 3, d.lgs. n. 36/2023 e art. 5, commi 11 e 12, Allegato II.14, dello stesso d.lgs., ove si dispone la comunicazione ad ANAC della modificazione in variante entro 30 giorni dal perfezionamento. Si v. App. Salerno, sez. I, 10 agosto 2022, n. 1091, che «individua nella consegna all'appaltatore di un progetto inficiato da errori ed omissioni, e perciò non cantierabile, un grave inadempimento contrattuale dell'ente appaltante, cui è attribuita la funzione di progettazione dell'opera, inadempimento che giustifica tanto il ritardo e la sospensione dei lavori, quanto la risoluzione del contratto per colpa dello stesso, non potendosi richiedere all'impresa di “completare” e “cantierizzare” un progetto, né di colmarne le lacune, il tutto avvalorato dalla sopravvenuta necessità di approvare una perizia di variante che, nel tentativo di porre rimedio ai vizi del progetto, ne prevedeva modifiche di grossa portata».

<sup>(64)</sup> Cfr. la recente sentenza CGUE, 9 gennaio 2025, C-578/23, Česká Republika - Generální finanční ředitelství contro Uřad pro ochranu hospodářské soutěže, relativa alla scelta della stazione appaltante in ordine alla procedura di aggiudicazione.

<sup>(65)</sup> T.A.R. Toscana, sez. I, 18 novembre 2022, n. 1348, cit.

privato) (66). Vi rientrano, ad esempio, i contratti di alienazione e di locazione stipulati dalla pubblica amministrazione in qualità di locatore, che, secondo la giurisprudenza, restano

« soggetti alla disciplina di cui al R.D. 23 maggio 1924, n. 827 (Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato) e sono sottratti del tutto all'applicazione delle norme del codice dei contratti, nel senso che sono ad esso estranei » (Cons. Stato, comm. spec., 10 maggio 2018, n. 1241).

Va nondimeno rilevata l'assoggettabilità di tale tipologia contrattuale alle « regole minimali di evidenza pubblica », espressive dei generali « principi generali di tutela della concorrenza e parità di trattamento » cui è, in generale, sottoposta l'attività negoziale della pubblica amministrazione, a conferma della necessità di rispettare sempre i principi pubblicistici (67).

Particolare rilievo assumono i contratti di sponsorizzazione con le pubbliche amministrazioni, in cui l'ente pubblico assume la parte di *sponsee*, ricevendo un corrispettivo per la promozione dell'impresa o dei suoi prodotti presso un pubblico (di consumatori, amatoriale, ecc.) (68).

Le peculiarità del contratto di sponsorizzazione e della natura giuridica delle obbligazioni *ivi* dedotte, che si qualificano come “di mezzi” e non “di risultato” richiedono cautele nel valutare l'inadempimento dello *sponsee* (69), chiarendosi che in tale rapporto negoziale, caratterizzato da un rilevante carattere fiduciario

« assumono particolare importanza i doveri di correttezza e buona fede, che gli artt. 1175 e 1375 cod. civ. pongono a carico delle parti nello svolgimento e nell'esecuzione del rapporto obbligatorio e che danno luogo a prestazioni ulteriori o integrative rispetto a quelle principali » (Consiglio Stato, sez. IV, 24 febbraio 2023, n. 1933).

Sicché, ne consegue che anche l'inadempimento di tali obblighi integra-

(66) Di recente, sulla possibile applicazione anche ai contratti “attivi” della disciplina del codice dei contratti pubblici in materia di suddivisione in lotti e di cause di esclusione: Cons. Stato, sez. VII, 17 gennaio 2023, n. 579.

(67) Il riferimento è sempre a: Cons. St., comm. spec., 10 maggio 2018, n. 1241, che ha reso il parere sulla disciplina dei contratti di acquisto o locazione di immobili per la p.a.

(68) Sul tema, *amplius*: R. CAVALLO PERIN e G. M. RACCA, *Caratteri ed elementi essenziali nella sponsorizzazione con le pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2013, n. 4, 583 ss.

(69) A. DEODATO, *Il contratto di sponsorizzazione pubblica: natura giuridica e garanzia della concorrenza nella scelta dello sponsor privato*, in *Urb. app.*, 2024, n. 4, 465 ss.; G. SPAGNUOLO, *I contratti di sponsorizzazione nella Pubblica Amministrazione*, in *ItaliAppalti*, 2017.

tivi — di protezione — può determinare risoluzione del contratto, ove il giudice accerti che tale fattore

« non è di scarsa importanza in relazione all'economia generale del rapporto » (Cass., sez. III, 29 maggio 2006, n. 12801).

Il contratto di sponsorizzazione pone lo *sponsor* in una posizione di svantaggio rispetto allo *sponsee*, poiché l'obbligazione del secondo è solo di mezzi e non di risultato (70). Tuttavia, l'obbligazione dello *sponsee* deve comunque rispettare i principi di buona fede e correttezza, garantendo il massimo impegno per soddisfare l'interesse dello *sponsor*. In caso di inadempimento, la valutazione considererà anche obblighi impliciti derivanti dal contratto. I contraenti possono prevedere clausole per risolvere il contratto in caso di inadempimento o per riequilibrare il rapporto in caso di eventi sopravvenuti.

La sponsorizzazione “attiva” si distingue invece dal contratto “passivo”, in cui l'amministrazione, in qualità di *sponsor*, paga un corrispettivo per la promozione di sé stessa, dei propri beni — ad esempio del patrimonio culturale — o delle proprie attività, in seguito all'adempimento da parte dello *sponsee* di un comportamento determinato (sponsorizzazione “passiva”), soggetta a una disciplina semplificata da ultimo prevista nel nuovo Codice dei contratti pubblici, in relazione ai beni culturali (71).

## 5. La responsabilità “per inadempimento” degli obblighi di protezione, di collaborazione e buona fede.

Come prospettato, la funzionalizzazione anche dell'attività contrattuale al perseguitamento dell'interesse pubblico consente di identificare obblighi di reciproca “collaborazione”, correttezza e buona fede che, se inadempiti, determinano responsabilità da inadempimento da accertare secondo lo schema di cui all'art. 1218 c.c. (72).

(70) L. COLANTUONI, *Contratto di sponsorizzazione ed inadempimento dello sponsee*, nota a Cass., 28 marzo 2006, n. 7083, in *Rass. dir. economia sport*, 2007, n. 1, 106 ss.; R. FILOSTO, *Contratto di sponsorizzazione, sanzioni sportive e responsabilità contrattuale*, in *Danno e resp.*, 2007, n. 7, 817 ss.

(71) Art. 134 d.lgs. n. 36/2023, cit.

(72) Sul quale sussistono contrasti giurisprudenziali per l'affermazione della giurisdizione del g.a. e del g.o. In favore del primo, di recente: Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2024 n. 7574, sulla legittimità della revoca dell'aggiudicazione per perdita sopravvenuta dei requisiti dell'impresa che non esclude la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione e l'obbligo di risarcimento danni a favore dell'operatore economico; cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 29

In tali ipotesi, infatti, il comportamento scorretto può qualificarsi in termini di mancato assolvimento di un generale dovere o, meglio, obbligo di protezione dell'altrui sfera giuridica, fondato anche sul più generale dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. e specificato nel preceppo di buona fede prenegoiale dell'art. 1337 c.c. (73), oggi esplicitato anche nella legge generale sul procedimento amministrativo (74).

Si tratta, come sostenuto da tempo, di una responsabilità non da provvedimento, ma da scorrettezza (75), né di un comportamento mero, bensì sempre di esercizio di un pubblico potere, in cui il giudizio sull'illegittimità si distingue da quello sulla responsabilità pur potendo, per certi versi, sovrapporsi (76).

Risulta quindi possibile una ricostruzione della scorrettezza della parte pubblica — o dell'operatore economico — come inadempimento di un obbligo di protezione o di sicurezza che precede l'assunzione del vero e proprio obbligo negoziale, sicché le eventuali violazioni degli obblighi di correttezza e buona fede determinano un inadempimento. La correttezza richiesta nel procedimento di scelta del contraente non è qualificabile come un generico dovere di condotta, ma appare qualificata ed esprime obblighi di collaborazione, buona fede e fiducia (ora digitale) nelle trattative “parallele”

---

novembre 2021, n. 21, sulla responsabilità precontrattuale nei confronti dell'amministrazione per i danni da lesione dell'affidamento dell'impresa aggiudicataria, poi annullata in sede giurisdizionale per irregolarità nella procedura di gara e revocata dall'amministrazione. Affermano invece la giurisdizione del G.O.: Cass., Sez. un., ord., 29 aprile 2022, n. 13595, che condanna l'amministrazione al risarcimento del danno “da contatto sociale qualificato” subito da un'appaltatrice di lavori pubblici a causa dell'inerzia colposa dell'Ente locale; T.A.R. Toscana, sez. I, 18 novembre 2022, n. 1348, sul danno patito dall'amministrazione appaltante per il rifiuto ingiustificato dell'aggiudicatario di stipulare il contratto.

(73) Sul tema, *amplius*: G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., *passim*. Si v. già: G. GRECO, *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, Giuffrè, 1986.

(74) Art. 1, comma 2-bis l. 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall'art. 12, comma 1, lett. 0a), d.l. n. 76/2020, convertito, con modificazioni, in l. n. 120/2020.

(75) G. GRECO, *La buona fede nell'esercizio del potere amministrativo*, in R. CAVALLO PERIN e G. M. RACCA, *Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici*, cit., con posizione critica sulla distinzione tra i profili di validità e di responsabilità, sottolineando che il canone di buona fede, come norma « strumentale all'esercizio del potere amministrativo », può ben incidere sulla legittimità dell'esercizio del potere, con riconoscimento anche a livello comunitario dove la tutela dell'affidamento può portare all'annullamento dell'atto amministrativo.

(76) Per giurisprudenza costante, sin da: Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457, con nota di G. M. RACCA, *Comportamento scorretto, atto legittimo e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Urb. app.*, 2003, n. 8, 944 ss.

o “multiple” (77), come poi nelle coerenti attività volte all’esecuzione del contratto (78).

## 6. L’evoluzione digitale delle responsabilità come gestione dei rischi.

I principi di collaborazione e buona fede, posti a protezione di tutti i rapporti giuridici amministrativi nel perseguitamento della buona amministrazione, vanno oggi attuati ordinariamente mediante strumenti digitali (79).

Come noto, nel tempo l’ambito delle responsabilità degli enti pubblici ha conosciuto un progressivo ampliamento, configurandosi attraverso varie forme e secondo principi giuridici che la rilevazione digitale anche dei comportamenti permetterà progressivamente di perfezionare (80).

Si evidenzia la necessità di un corretto rapporto di fiducia, in cui sia attribuito al giudice amministrativo il ruolo di garante delle responsabilità, configurando così una giurisdizione esclusiva per i contratti pubblici, a garanzia del perseguitamento del risultato della « buona contrattazione digitale » (81).

---

(77) Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, come ripreso dalle Ad. plen. nn. 19, 20 e 21 del 2021, che accolgono le prospettazioni proposte: G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 41 ss.

(78) Si veda: G. GRECO, *La buona fede nell’esercizio del potere amministrativo*, relazione nel convegno *Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici*, cit., che richiama le previsioni sull’obbligo di buona fede e correttezza nella legge generale sul procedimento amministrativo e più di recente nel nuovo codice dei contratti pubblici. Principio collegato, nel Codice, a quello della fiducia tra amministrazione appaltante e operatori economici. Si può rinviare a: G. M. RACCA, *La “fiducia digitale” nei contratti pubblici tra piattaforme e data analysis*, in *Ist. fed.*, 2023, n. 2, 357 ss.

(79) Principio noto come *digital by default*, positivizzato dall’art. 3-bis l. n. 241/1990, introdotto dall’art. 3 l. n. 15/2005 e poi modificato dall’art. 12, comma 1, lett. b), d.l. n. 76/2020, convertito, con modificazioni, in l. n. 120/2020: « Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati ». Si veda, per tutti: R. CAVALLO PERIN e D. U. GALETTA (a cura di), *Il Diritto dell’Amministrazione Pubblica digitale*, Torino, Giappichelli, 2020, e nell’edizione del 2025, in corso di pubblicazione. Si v. D. U. GALETTA e H.C.H. HOFMANN, *Evolving AI-based Automation. The Continuing Relevance of Good Administration*, in *European Law Review*, 2023, n. 6, 617 ss. A. TRAVI, *La tutela dell’affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, m. 1, 121 ss.; nella prospettiva digitale: G. ORSONI, E. D’ORLANDO, *Nuove prospettive dell’amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, in *Ist. fed.*, 2019, n. 3, 593 ss.

(80) D. SORACE, *La responsabilità risarcitoria delle pubbliche amministrazioni per lesione di interessi legittimi dopo 10 anni*, in *Dir. amm.*, 2009, n. 2, 379 ss.

(81) Principio ricavabile dall’art. 1, c. 1, d.lgs. n. 104 del 2010. Così: G. GRECO, *La buona fede nell’esercizio del potere amministrativo*, relazione nel Convegno “Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici”, cit.

La richiamata funzionalizzazione dell'attività contrattuale rispetto al perseguitamento dell'interesse pubblico consente di superare e ricomporre le diverse questioni di giurisdizione, sicché si può affermare che il giudice amministrativo ha giurisdizione sugli inadempimenti di obblighi di protezione e di prestazione (ad eccezione dei comportamenti meri, come per “insidie e trabocchetti”), a prescindere dall’ambito della sua giurisdizione esclusiva (82).

La trasformazione digitale, basata sui dati e l'intelligenza artificiale, permetterà di chiarire come la giurisdizione “unica” del giudice amministrativo sulla responsabilità da scorrettezza (83) assicura — ed è l'unica a poter assicurare — una tutela piena ed effettiva, secondo i principi costituzionali e del diritto europeo (art. 6 CEDU), garantendo anche quella “concentrazione delle tutele” necessaria al giusto processo (art. 111 Cost.) e imprescindibile nella transizione digitale (84).

Evoluzione che parimenti permette di prospettare una responsabilità anch’essa “funzionalizzata”, che supera la dicotomia tra modello giuridico extracontrattuale e contrattuale, verso un sistema di gestione dei rischi e di riallocazione e ridistribuzione delle risorse (85). La responsabilità civile, ed in particolare quella nei confronti della pubblica amministrazione, riflette, infatti, l’evoluzione di nuovi interessi, cui sono correlati nuovi problemi e nuove regole.

Ciò consente di affermare, anche verso la pubblica amministrazione in

(82) Così: G. GRECO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, n. 3, 413 ss. Cfr. A. POLICE, *Giurisdizione esclusiva*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, III, Milano, Giuffrè, 2006, 2754 ss. Più di recente: F. G. SCOCÀ, *Fondamento e tutela delle posizioni soggettive*, intervento al convegno: *I principi di diritto amministrativo italiano tra innovazione e tradizione*, Sapienza Università di Roma, 9 giugno 2022, Presentazione del volume: A. ROMANO (a cura di), *Manuale di Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2022.

(83) G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, n. 3-4, 729 ss., per cui « l’eventuale responsabilità precontrattuale, derivante dai danni subiti a seguito dell’illegitima procedura di aggiudicazione, pare comunque di competenza del G.A. ».

(84) Art. 1, comma 1, c.p.a. Cfr. E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, cit., 311 ss. Sul diritto ad un equo processo, per tutti F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, il Mulino, 2012, 113 ss., e di recente: Id., *La tutela risarcitoria come strumento di piena giurisdizione*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2020.

(85) P. TRIMARCHI, *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, Giuffrè, 1970, 90 ss., spec. 108, in cui si segnala come « la responsabilità civile può essere lo strumento per una redistribuzione dei danni secondo la direttiva economica che vuole addossato all’imprenditore il rischio lecito d’impresa ». Si veda anche: Id., intervento al Convegno “*Sistema e senso della responsabilità civile*”, Università degli Studi di Trento, 6 aprile 2017.

transizione digitale, i generali obblighi di protezione (declinati oggi anche come gestione dei rischi) e di prestazione, potendo la loro violazione determinare responsabilità da inadempimento di obblighi sempre più standardizzati<sup>(86)</sup>. Il caso dei contratti pubblici risulta emblematico, con l'utilizzo di piattaforme certificate e interoperabili fin dalla pubblicazione del bando, con la presentazione delle offerte mediante *e-forms* (documenti nativi digitali, interoperabili)<sup>(87)</sup>, la selezione del migliore contraente (tracciato con la progressiva attuazione del Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico previsto dal Codice)<sup>(88)</sup> e la modellazione digitale della gara<sup>(89)</sup>, che ne permettono il pieno monitoraggio.

Un'evoluzione che richiede, dunque, sistemi e strumenti di riequilibrio che, tramite rilevazioni digitali, correggano le distorsioni e prevengano i rischi e le attività dannose, incentivando comportamenti corretti<sup>(90)</sup>.

## 7. Altre ipotesi di responsabilità “da inadempimento” della Pubblica Amministrazione.

Come ricordato, sull'art. 1218 c.c. si fondono numerose fattispecie di inadempimento della pubblica amministrazione che determinano responsabilità contrattuale (*rectius*: responsabilità da inadempimento).

Ad esempio, risulta controversa la qualificazione della responsabilità dell'amministrazione per danno da ritardo che potrebbe ricondursi ad un inadempimento di un obbligo positivo di concludere il procedimento amministrativo entro il termine normativamente previsto, oggi integrato dal-

<sup>(86)</sup> R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *Intelligenza artificiale e responsabilità della pubblica amministrazione*, cit.

<sup>(87)</sup> La pubblicazione elettronica dei bandi di gara dal 25 ottobre 2023 richiede l'uso di *e-Forms* per raccogliere e pubblicare i dati sugli appalti al fine di rispettare il principio dell'invio unico del dato. Cfr. direttiva 2014/23/UE, art. 33; direttiva 2014/24/UE, art. 51; direttiva 2014/25/UE art. 71, nonché il Regolamento di esecuzione (UE) 2019/1780 della Commissione del 23 settembre 2019. Si v.: W. RHODRI, *New rules on digital forms*, in *Public Procurement Law Review*, 2020, n. 3, 81 ss.; cfr. L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, Bologna, il Mulino, 2023.

<sup>(88)</sup> Art. 24 d.lgs. n. 36/2023; G. M. RACCA, *La “fiducia digitale” nei contratti pubblici tra piattaforme e data analysis*, cit., 357 ss. e Id., *Trasformazioni e innovazioni digitali nella riforma dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2023, n. 4, 723 ss.

<sup>(89)</sup> Cfr. art. 43 e Allegato I.9, d.lgs. n. 36/2023. Cfr. già G.M. DI GIUDA e G. M. RACCA, *From Works Contracts to Collaborative Contracts: The Challenges of Building Information Modeling (BIM) in public procurement*, in *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, a cura di G. M. RACCA e C. R. YUKINS, Bruxelles, Bruylant, 2019, 223 ss.

<sup>(90)</sup> Secondo quanto prospettato da tempo in: P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1961, *passim*.

l'obbligo di collaborazione e buona fede. Si è osservato infatti come alla conclusione del procedimento si affianca la protezione di un "bene autonomo" la cui lesione configura una responsabilità da inadempimento (91).

La giurisprudenza amministrativa ha tuttavia finora prospettato, forse per ragioni di giurisdizione (92), il risarcimento per l'inosservanza dolosa o colposa del termine per la conclusione del procedimento come danno ingiusto da responsabilità extracontrattuale (art. 2043 c.c.), e non della responsabilità per inadempimento (93). Si è affermato, equiparando il regime di responsabilità derivante dall'illegittimità provvedimentale a quello derivante dall'inosservanza dolosa o colposa del termine per la conclusione del procedimento, che questa abbia

« natura di responsabilità da fatto illecito aquiliano e non già di responsabilità da inadempimento contrattuale; è pertanto necessario accertare che vi sia stata la lesione di un bene della vita, mentre per la quantificazione delle conseguenze risarcibili si applicano, in virtù dell'art. 2056 cod. civ. — da ritenere espressione di un principio generale dell'ordinamento — i criteri limitativi della consequenzialità immediata e diretta e dell'evitabilità con l'ordinaria diligenza del danneggiato, di cui agli artt. 1223 e 1227 del cod. civ. » (Cons. Stato, sez. VI, 8 ottobre 2024, n. 8071).

Considerando una diversa fattispecie, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha sostenuto come il danno da mancata esecuzione di una sentenza si annoveri, invece, nella categoria della responsabilità contrattuale della pubblica amministrazione (94). Ne consegue che, in ordine al regime probatorio,

---

(91) M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1995, *passim*.

(92) Il risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente comprovi di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento ricade comunque nella giurisdizione amministrativa: art. 30, comma 4, c.p.a.

(93) Cons. Stato, Ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7. Più di recente: Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2023, n. 8299, ove si considera che il danno da ritardo « è configurabile non già un obbligo giuridico in capo all'amministrazione rapportabile a quello che caratterizza le relazioni giuridiche regolate dal diritto privato (da cui scaturirebbe una responsabilità da inadempimento *ex art. 1218 c.c.*), ma un potere attribuito dalla legge, che va esercitato in conformità alla stessa e ai canoni di corretto uso del potere individuati dalla giurisprudenza ».

(94) Cons. Stato, Ad. plen., 12 maggio 2017, n. 2. Si afferma ulteriormente che: « spetta, viceversa, alla parte "debitrice", l'onere di provare il caso fortuito (inteso come specifico fattore capace di determinare autonomamente il danno), comprensivo del fatto del terzo (che abbia avuto efficacia causale esclusiva nella produzione del danno), rimanendo a suo carico il fatto ignoto in quanto inidoneo a eliminare il dubbio in ordine allo svolgimento eziologico dell'accadimento ».

« in materia di responsabilità da inadempimento dell’obbligazione (quale è, come si è detto, la responsabilità da impossibilità di esecuzione del giudicato che riconosce la spettanza del bene della vita), il creditore ha il solo onere — *ex art. 1218 c.c.* — di allegare e provare l’esistenza del titolo (in questo caso rappresentato dal giudicato), e di allegare l’esistenza di un valido nesso causale tra la condotta della parte obbligata e la mancata attuazione del giudicato » (Cons. Stato, Ad. plen., 12 maggio 2017, n. 2).

Il legislatore ha, poi, configurato come da inadempimento la responsabilità della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica — oltre che privata, diversamente dal professionista medico, che risponde a titolo di responsabilità extracontrattuale <sup>(95)</sup>, devoluto *ex lege* alla giurisdizione ordinaria. Oltre a configurare una forma di responsabilità “diretta”, vale a dire per fatto proprio (secondo il modello dell’art. 1218 c.c.) l’ente sanitario è, inoltre, responsabile per i fatti dolosi e colposi dei professionisti di cui si avvale (responsabilità indiretta, *ex art. 1228 c.c.*), mentre la relativa eventuale azione per responsabilità amministrativa è demandata alla giurisdizione contabile <sup>(96)</sup>.

Un sistema complesso, che richiede semplificazioni in relazione al monitoraggio digitale dei casi che permetterà di rilevare differenti rischi e le relative coperture assicurative <sup>(97)</sup>. Sicché l’attuale sistema concepito dal legislatore è fondato su una responsabilità che può essere

« definita a doppio binario, giacché essa origina da due fatti distinti: quella derivante dall’inadempimento di quegli obblighi che presiedono per legge all’erogazione del servizio sanitario (i quali, ad esempio, danno luogo a responsabilità per infezioni nosocomiali, per difetto di organizzazione e per carenze tecniche, per mancata sorveglianza); quella derivante dall’attività illecita, trovante occasione nell’erogazione del servizio sanitario, imputabile a coloro della cui attività il nosocomio si sia avvalso, *ex art. 1228 c.c.* » (Cass. civ., sez. III, ord., 5 novembre 2020, n. 24688).

Nei casi esaminati, la cognizione sulla responsabilità medico-sanitaria appartiene al giudice ordinario.

<sup>(95)</sup> Art. 7 l. 8 marzo 2017, n. 24, *Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*: « nell’adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell’opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del Codice civile, delle loro condotte dolose o colpose ».

<sup>(96)</sup> Art. 9 l. n. 24/2017, cit.; G.M. RACCA, *Salute*, in *Enc. dir., I Tematici*, III. *Funzioni amministrative*, diretto da B.G. MATTARELLA e M. RAMAJOLI, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, 995 ss.

<sup>(97)</sup> G. SDANGANELLI, *Verso una funzione assicurativa pubblica nella sanità digitale*, cit., 891 ss.

Una fattispecie diversa, e che fa eccezione, riguarda il caso di azione risarcitoria basata sulla responsabilità contrattuale dell'amministrazione datrice di lavoro, per cui

« la cognizione della domanda rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo » (Cass., Sez. un., 12 aprile 2012, n. 5764).

Ne deriva che la qualificazione dell'illecito come ascrivibile alla responsabilità da inadempimento del datore di lavoro implica, ai sensi dell'art. 1218 c.c., che il lavoratore deve provare l'esistenza dell'obbligazione lavorativa, l'inadempimento del datore di lavoro e i danni conseguenza, mentre all'amministrazione spetta provare l'assenza di colpa, e, pertanto, di aver adottato tutte le cautele necessarie per impedire il verificarsi del danno medesimo (98).

Altre ipotesi di responsabilità da inadempimento della pubblica amministrazione si configurano per la violazione di accordi o convenzioni stipulati con privati. Rientrano nel primo caso le controversie inerenti ai rapporti patrimoniali tra l'amministrazione sanitaria e le aziende convenzionate, che sono devolute alla cognizione del giudice ordinario, qualora siano riferite

« alla corretta quantificazione dei rapporti di debito e credito tra le parti del rapporto convenzionale di accreditamento, oppure alla contestazione di atti aventi natura essenzialmente paritetica » (Cons. Stato, sez. III, 13 settembre 2021, n. 6279).

Nei casi in cui la struttura sanitaria chieda il pagamento, o resista alla pretesa di pagamento di somme da parte dell'amministrazione, si è in presenza di

« questioni tipiche inerenti l'accertamento dell'adempimento o inadempimento delle obbligazioni assunte e, quindi, dell'effettiva debenza in concreto dei corrispettivi in favore del concessionario, rispetto ai parametri fissati dall'autorità regionale » (Cass., Sez. un., 29 aprile 2022, n. 13592).

Diversamente, spettano alla cognizione del giudice amministrativo le controversie sul sindacato dell'esercizio del potere di programmazione sanitaria (come quelle concernenti la determinazione del tetto di spesa per le prestazioni erogate dalle accreditate; la determinazione della capacità ope-

(98) Cons. Stato, Ad. plen., 23 febbraio 2018, n. 1, che ha escluso la possibilità di cumulo tra risarcimento del danno ed equo indennizzo nella liquidazione complessiva del danno patito dal dipendente pubblico per causa di servizio, imponendo la necessità di detrarre dalla somma dovuta a titolo di risarcimento del danno contrattuale quella già corrisposta a titolo indennitario. Cfr. in tema di giurisdizione: Cass., Sez. un., 28 novembre 2017, n. 28368.

rativa massima; la suddivisione della spesa tra le attività assistenziali; il sistema di rimborso tariffario delle prestazioni eccedenti il tetto prefissato), di fronte alle quali

« la posizione giuridica soggettiva dell'operatore sanitario assume la consistenza di interesse legittimo » (Cons. Stato, Sez. III, 13 settembre 2021, n. 6279).

Nel diverso ambito delle convenzioni urbanistiche, definite quali accordi sostitutivi di provvedimento (99), le controversie riguardanti l'esatta esecuzione di obblighi nascenti da una convenzione di lottizzazione, nonché la risoluzione di una convenzione urbanistica, possono riferirsi ad un inadempimento della parte pubblica (o privata), ammettendo i rimedi offerti dall'ordinamento al “creditore” per poter realizzare coattivamente il proprio interesse (100).

Altre ipotesi di responsabilità per inadempimento potrebbero derivare dalla sempre più ampia diffusione di strumenti di amministrazione condivisa nel governo del territorio, in specie attraverso la possibilità di cura, gestione e rigenerazione dei beni comuni urbani da parte dei cittadini attivi, che la pubblica amministrazione ha il compito di supportare (101).

---

(99) L'art. 133, comma 1, lett. *a*), n. 2, c.p.a, estende la giurisdizione esclusiva alle controversie relative alla formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di un provvedimento e l'art. 133, comma 2, lett. *e*), c.p.a. alla materia urbanistica. Cfr. Cass., Sez. un., 5 ottobre 2016, n. 19914. Sin dal 2007 la Corte di cassazione aveva stabilito che la convenzione urbanistica diretta a « disciplinare il rilascio di concessioni edilizie e la realizzazione di opere di urbanizzazione costituisce una convenzione di lottizzazione, rientrante tra gli accordi sostitutivi del provvedimento », per i quali si prevede giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Sia l'accordo transattivo e le eventuali varianti alla convenzione originaria sono considerati atti endoprocedimentali all'interno di un procedimento amministrativo complesso, coinvolgendo situazioni inerenti all'aspetto funzionale del rapporto: si veda Cass., Sez. un., 20 novembre 2007, n. 24009, richiamata anche da F. GARRI, *Cenni sulla responsabilità della pubblica amministrazione in materia urbanistica ed edilizia*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, n. 5, 328. Cfr. anche Cass., Sez. un., 17 luglio 2023, n. 20473, e Corte cost., 15 luglio 2016, n. 179.

(100) T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 5 marzo 2021, n. 612, che afferma che risultano proponibili dinanzi al giudice amministrativo l'azione civilistica di risoluzione dell'accordo e di risarcimento del danno « senza che possa considerarsi pregiudiziale a detta forma di tutela l'esperimento della classica azione di annullamento, tipica della giurisdizione generale amministrativa di legittimità, in relazione agli atti amministrativi mediante i quali si dichiarino sussistenti o meno le condizioni per addivenire alla risoluzione ».

(101) M. DEMICHELIS, *Il governo digitale del territorio. Dagli usi temporanei alla rigenerazione urbana*, Napoli, Jovene, 2023, 181 ss.

I patti di collaborazione e il potere di co-amministrazione del bene comune possono determinare ipotesi di responsabilità<sup>(102)</sup> nel corso del rapporto, con obblighi derivanti dal procedimento di programmazione, vigilanza e controllo delle attività oggetto del patto di collaborazione (così come nel caso dei profili di responsabilità per custodia, ove l'amministrazione pubblica risulta obbligata in solido con gli affidatari)<sup>(103)</sup>. Prospettive di collaborazione tra amministrazione e privati che permettono di riconsiderare l'inerzia dell'amministrazione pubblica nel mancato utilizzo dei beni (degradati, o semplicemente abbandonati) di cui si impedisca la fruizione pubblica.

Dalle rilevate criticità pare possibile prospettare una rilettura della necessità di tutela giurisdizionale piena e concentrata presso il giudice amministrativo (a parte i comportamenti meri, insidie e trabocchetti), avverso atti e comportamenti scorretti della pubblica amministrazione riconducibili ad “inadempimenti reciproci” degli obblighi di collaborazione e buona fede tra amministrazione e privati che determinano inadempimenti degli obblighi di fiducia digitale, vista l’evoluzione degli strumenti di conoscenza e dei dati disponibili. Il risarcimento dovrebbe restare il presidio della correttezza<sup>(104)</sup> (fra parti, che non sono meri “passanti”) e disincentivo rispetto ai comportamenti devianti per assicurare una buona amministrazione digitale.

---

(<sup>102</sup>) S. FRANCA, *Cura dei beni comuni e responsabilità condivisa*, in *Munus*, 2018, n. 1, 47 ss.; G. TORELLI, *Le ultime frontiere del recupero e della valorizzazione del patrimonio urbano: gli usi temporanei*, in *Dir. amm.*, 2021, n. 2, 475 ss.; P. CHIRULLI, *I beni comuni, tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in AA.Vv., *Studi in onore di Claudio Rossano*, Napoli, Jovene, 2013, 601 ss.

(<sup>103</sup>) Ex art. 2051 c.c. Lo stesso articolo si pone a fondamento della qualità di “custodi” dei cittadini attivi che collaborano con l’amministrazione alla cura e rigenerazione dei beni comuni urbani: ciò tiene sollevata ed indenne l’amministrazione comunale da qualsiasi pretesa al riguardo. Cfr., a titolo esemplificativo, l’art. 32, comma 3, *Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani*, Bologna, 2017, il primo ad essere adottato e, *ivi*, art. 31, ove si prevede che ai cittadini attivi vanno fornite informazioni sui rischi specifici degli ambienti in cui operano in relazione all’attività di cura e valorizzazione del bene comune urbano oggetto del patto (comma 1), che disciplina anche le eventuali coperture assicurative e i profili di responsabilità civile verso terzi (comma 4), sottolineando la possibilità per il Comune di favorire la copertura assicurativa dei cittadini attraverso la stipula di convenzioni quadro con operatori del settore assicurativo a condizioni agevolate e con modalità flessibili e personalizzate (comma 5).

(<sup>104</sup>) F. MERUSI, *La tutela risarcitoria come strumento di piena giurisdizione*, cit.; G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, Jovene, 2000. Si veda il Capitolo 3 nella presente Parte II del Volume III.



