

Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 12 luglio 2011, n. 4196

Sulla responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione.

L'evoluzione in materia di responsabilità precontrattuale della P.A. è stata lunga e travagliata.

Fino alla fine degli anni '50, la dottrina era unanime nell'escludere la configurabilità stessa di una responsabilità precontrattuale in capo alla P.A. per un duplice ordine di ragioni. Anzitutto, si riteneva che la Pubblica Amministrazione non potesse, nel corso della sua attività, compiere atti illeciti essendo la sua attività preordinata al raggiungimento di un interesse pubblico. In secondo luogo, si sosteneva che l'indagine del giudice ordinario al fine di affermare la responsabilità della Pubblica Amministrazione si sarebbe trasformato in un inammissibile sindacato giudiziale sulle modalità di esercizio dei poteri discrezionali.

La giurisprudenza, solo con la sentenza n. 1675/1961 delle SS. UU. della Cassazione ha riconosciuto la configurabilità della responsabilità precontrattuale della P.A., limitandola, tuttavia, alla sola ipotesi di ingiustificato recesso da una trattativa privata (c.d. pura) e di violazione del dovere di correttezza e buona fede nel rapporto instauratosi successivamente all'aggiudicazione della gara (es: omissione o ritardo nell'approvazione del contratto). Solo in queste ipotesi, infatti, si riteneva che la P.A. si spogliasse dei propri doveri pubblicistici ed operasse come un qualunque altro soggetto. Al contrario, la responsabilità precontrattuale

della P.A. non poteva configurarsi nell'ipotesi di pubblico incanto e di licitazione privata. Si riteneva, infatti, che nel corso dei procedimenti di evidenza pubblica gli interessati non rivestissero la qualità di parte contraente cui poteva applicarsi l'articolo 1337 c.c., ma la qualifica di partecipanti alla gara e mentre l'ordinamento tutela il contraente nei confronti dell'altro, imponendo il rispetto del principio generale di buona fede nello svolgimento delle trattative, riserva un diverso trattamento ai partecipanti alla gara i quali, poiché non sono ancora considerati parti del contratto, non hanno diritto alla lealtà della controparte contraente cui si applica l'articolo 1337 c.c. ma possono vantare solo un interesse legittimo al corretto esercizio del potere.

Poiché, dunque, non era possibile applicare l'articolo 1337 c.c., non sarebbe stato possibile nemmeno individuare una responsabilità precontrattuale della P.A. nell'ambito dei pubblici incanti e della licitazione privata.

Il principio statuito dalla Corte di Cassazione nella pronuncia sopra indicata è stato, successivamente, accolto e ribadito sia in seno alla giurisprudenza ordinaria che dai giudici amministrativi:

In tal senso, si è pronunciato il Consiglio di Stato nella recentissima sentenza sez. V, 8 settembre 2010 n. 6489: *“La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione ai sensi dell’art. 1337 c.c. si ricollega alla violazione della regola di condotta stabilita a tutela del corretto svolgimento dell’iter di formazione del contratto e presuppone che tra le parti siano intercorse trattative per la sua conclusione (ex multis, Cass. Civ. sez. I, 18.6.2005, n. 13164). Secondo un consolidato orientamento, dal quale il Collegio non ritiene di discostarsi (Cass. Civ. Sez. I, 18.6.2005, n. 13164; Cons. St. A.P. 5.9.2005, n. 6 ; Sez. IV, 11.11.2008, n. 5633), essa non è configurabile anteriormente alla scelta del contraente, nella fase, cioè, in cui gli interessati non hanno ancora la qualità di futuri contraenti, ma soltanto quella di partecipanti alla gara e vantano esclusivamente una posizione di interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione, mentre non sussiste una relazione specifica di svolgimento delle trattative (Cass. S.U. 26.5.1997, n. 4673). Giova invero ribadire come la violazione delle regole di correttezza che presiedono alla formazione del contratto possa assumere rilevanza solo dopo che la fase pubblicistica abbia attribuito al ricorrente effetti concretamente vantaggiosi, come quello dell’aggiudicazione, e solo dopo che tali effetti siano venuti meno, nonostante l’affidamento ormai conseguito dalla parte interessata”*.

La conquista giurisprudenziale più recente ha riguardato l'affermazione della responsabilità precontrattuale anche nell'ipotesi di svolgimento di attività amministrativa legittima e tuttavia lesiva del principio di affidamento e buona fede, nonché l'affermazione della medesima responsabilità in presenza di un provvedimento amministrativo illegittimo, ove il comportamento della P.A. sia comunque contrario ai principi di correttezza e buona fede e il danneggiato non chieda il risarcimento per lesione del bene della vita.

In definitiva, dunque, in seno ad un procedimento ad evidenza pubblica può configurarsi, accanto ad una responsabilità civile per lesione dell'interesse legittimo, derivante dalla illegittimità degli atti o dei provvedimenti relativi al procedimento amministrativo di scelta del contraente, una responsabilità di tipo precontrattuale per violazione di norme imperative che pongono "regole di condotta", da osservarsi durante l'intero svolgimento della procedura di evidenza pubblica.

Le predette regole "di validità" e "di condotta", come è notoriamente risaputo e ribadito innumerevoli volte dalla giurisprudenza amministrativa, operano su piani separati: non è necessaria la violazione delle regole di validità per aversi responsabilità precontrattuale e, viceversa, la inosservanza delle regole di condotta può non determinare la invalidità della procedura di affidamento.

Nella sentenza indicata in epigrafe, il Consiglio di Stato ha riconosciuto ad una ditta aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di un termovalorizzatore, il diritto ad essere risarcita dei danni che l'Amministrazione appaltante le aveva cagionato, omettendo di pervenire alla stipula del contratto e, successivamente, alla tempestiva revoca degli atti di gara. L'inerzia della stazione appaltante, ha ritenuto il Collegio, sebbene in parte collegata alla conoscenza della imminente apposizione di un vincolo archeologico sulla zona di costruzione del termovalorizzatore, è del tutto ingiustificata e lesiva dell'obbligo di buona fede impostole dall'articolo 1337 c.c. L'ente comunale, invero, avrebbe dovuto, in ossequio all'onere in questione, procedere alla tempestiva stipula del contratto nelle more dell'apposizione del vincolo medesimo, non essendo la mera possibilità di apposizione del vincolo, elemento sufficiente a giustificare l'arresto della procedura di affidamento nonché tempestivamente procedere alla revoca in

autotutela degli atti precedentemente emanati, all'indomani dell'apposizione del vincolo archeologico.

Il mancato adempimento dell'obbligo di correttezza comportamentale sancito dall'articolo 1337 c.c. legittima l'aggiudicatario ad ottenere il ristoro dei danni ingiustamente patiti, nonostante il complessivo comportamento tenuto dall'Amministrazione (che aveva annullato in autotutela gli atti di gara in virtù della apposizione del vincolo in questione) sia formalmente legittimo: “ 6.2. Occorre, a questo punto esaminare il capo dell'atto di appello con cui si chiede (in riforma della sentenza di primo grado) di condannare le Amministrazioni appellate al ristoro del danno patito nell'ambito della complessiva vicenda quanto meno a titolo di responsabilità precontrattuale (art. 1337, cod. civ.). 6.2.1. La domanda è meritevole di accoglimento nei termini che seguono. 6.2.2. Come è noto, nel corso degli anni più recenti è andato formandosi un ordinamento giurisprudenziale secondo cui, ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale della p.a., non si deve tener conto della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica cristallizzato nel provvedimento amministrativo, bensì della correttezza del comportamento complessivamente tenuto dall'Amministrazione durante il corso delle trattative e della formazione del contratto, alla luce dell'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede ai sensi dell'art. 1337 c.c. (Cons. Stato, V, 7 settembre 2009, n. 5245, ma - prima ancora -: Ad. Plen. 5 settembre 2005, n. 6). L'approccio in questione (volto ad enfatizzare la necessaria salvaguardia del principio di buona fede in senso oggettivo piuttosto che l'interesse in se alla stipula del contratto) appare conforme ai più recenti orientamenti della S.C. secondo cui l'applicabilità della norma sancita dall'art. 1337 c.c. non è neppure preclusa dall'intervenuta stipulazione del contratto (cfr. Cass., sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24795; id, Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724). Se ciò è vero, ne risulta confermata la configurabilità della responsabilità di cui all'art. 1337 cod. civ. anche nelle ipotesi in cui la mancata stipula del contratto sia dipesa da fattori non imputabili all'amministrazione (ad es., il *factum principis* ovvero il radicale mutamento della situazione di fatto sottesa alla vicenda di causa – Cons. Stato, sent. 1763 del 2006, cit. -), laddove – tuttavia – l'amministrazione si sia comunque resa colpevole di un contegno non compatibile con il generale obbligo di realizzazione degli adempimenti necessari a garantire la validità, l'efficacia o l'utilità del rapporto negoziale (nonché, prima ancora, la sua stessa finalizzazione – Cons. Stato, V, 7 settembre 2009, n. 5245 -). Anche sotto tale aspetto, l'approccio in questione appare compatibile con i più recenti arresti della

Corte di cassazione, secondo cui il principio di correttezza e buona fede - il quale, secondo la Relazione ministeriale al codice civile, "richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore" - deve essere inteso in senso oggettivo in quanto enuncia un dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 cost., che, operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge, sicché dalla violazione di tale regola di comportamento può discendere, anche di per sé, un danno risarcibile (Cass. Civ., III, 10 novembre 2010, n. 22819).

6.2.3. Ebbene, queste essendo le coordinate sistematiche attraverso cui riguardare la vicenda di causa per ciò che attiene il versante risarcitorio, si osserva che risulta provata in atti l'esistenza di una serie di comportamenti posti in essere dalle amministrazioni intimate (in particolare: da parte del Comune di Capannori e della Regione Toscana) nel corso della fase precontrattuale, certamente in contrasto con il richiamato canone di buona fede in senso oggettivo. In particolare: - al Commissario straordinario della Regione Toscana (e, per esso, alla Regione intesa quale articolazione funzionale di carattere unitario) risulta imputabile la colpevole inerzia serbata all'indomani dell'aggiudicazione del contratto alla soc. Fisia Italimpianti (ottobre 1996) e sino alla fine del mese di settembre 1997 (allorquando la stessa Regione aveva determinato di attribuire tutte le competenze sulla realizzazione dell'impianto al Comune di Capannori). Vero è che già nei mesi di giugno e luglio del 1997 erano emerse circostanze che avrebbero potuto indurre a dubitare della possibilità stessa di concludere e, successivamente eseguire il contratto; ma è pur vero che l'amministrazione regionale (e, per essa, il Commissario straordinario, nominato appunto per superare la situazione di stallo relativa alla realizzazione dell'impianto in questione) aveva, in modo sostanzialmente ingiustificato omesso per molti mesi di realizzare quanto di propria competenza al fine di pervenire alla stipula del contratto. Né la sussistenza del richiamato profilo di responsabilità (lo si ripete, derivante dalla violazione in se del canone di buona fede in senso oggettivo) può essere negata in base alla circostanza (solo successivamente emersa) secondo cui l'opera non avrebbe comunque potuto essere realizzata per essere medio tempore emerse circostanze relative all'interesse archeologico dell'area di sedime; - al Comune di Capannori è imputabile il colpevole ritardo con cui si è proceduto a porre nel nulla l'intera serie procedimentale conclusasi con l'aggiudicazione della gara (la delibera di annullamento in autotutela è stata adottata solo nel dicembre del 1998), nonostante fosse noto ormai dall'ottobre

dell'anno precedente che sull'area gravava un vincolo di carattere archeologico e nonostante fosse noto dal gennaio del 1998 che la competente Soprintendenza aveva negato il nulla-osta di cui alla l. 1089 del 1939, in tal modo rendendo, di fatto, impossibile la realizzazione stessa dell'impianto progettato. 6.2.4. Per le ragioni appena esposte, il Comune di Capannori e la Regione Toscana si sono resi colpevoli di un'ipotesi di responsabilità di carattere precontrattuale idonea a supportare la pretesa risarcitoria nella presente sede proposta”.