

**OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA**

**LUGLIO – AGOSTO 2013**

**AGGIORNATO AL 31 AGOSTO 2013**

A cura di MARIANNA CAPIZZI

**Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 15 luglio 2013, n. 3831**

Sugli elementi costitutivi della responsabilità precontrattuale della P.A.

In merito all'ammissibilità di una responsabilità di tipo precontrattuale della P.A. si è registrata in giurisprudenza un'evoluzione alquanto complessa.

Fino agli anni sessanta la giurisprudenza escludeva l'estensibilità alle P.A. dei principi della *culpa in contrahendo* facendo leva sulla presunzione di correttezza del comportamento tenuto dai soggetti pubblici e sull'inammissibilità di un eventuale sindacato del giudice ordinario sulle scelte discrezionali della P.A..

Solo nei primi anni sessanta la giurisprudenza iniziò a superare questi ostacoli concettuali, recependo quell'insegnamento secondo cui ai fini della responsabilità precontrattuale ciò che si chiede al giudice non è di valutare se il soggetto amministrativo si sia comportato da "corretto amministratore", ma se si sia comportato da "corretto contraente". Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, infatti, hanno affermato che quando la P.A. agisce *iure privatorum* cioè utilizzando uno strumento negoziale la discrezionalità amministrativa si esaurisce e il giudice ordinario non viola l'art. 4 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo perché in tal caso egli è chiamato a valutare se il soggetto pubblico si sia comportato da corretto contraente, non da corretto amministratore.

All'inizio, tuttavia, la responsabilità precontrattuale della P.A. è stata ammessa in ipotesi circoscritte ossia solo nel caso in cui la P.A. avesse scelto, quale modalità di selezione del contraente, la trattativa privata: solo in queste ipotesi la P.A. avrebbe operato *iure privatorum*, come qualunque altro privato e sarebbe, dunque, stata assoggetta al rispetto dei precetti di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. e al sindacato del giudice ordinario. Si escludeva, al contrario, che potesse configurarsi in capo alla P.A. una responsabilità di tipo precontrattuale nell'ipotesi in cui

l'amministrazione si fosse avvalsa, nella scelta del contraente, del sistema della pubblica gara (pubblico incanto, licitazione privata o appalto concorso): in tale ipotesi, in capo ai partecipanti sarebbe stata ravvisabile solo una posizione di interesse legittimo al corretto svolgimento del procedimento di scelta; non sarebbe stata, invece, presente una relazione specifica tra soggetti consistente nello svolgimento di trattative e, quindi, un obbligo di comportamento secondo buona fede in capo alla P.A.

Successivamente, la Cassazione ha riconosciuto che la responsabilità precontrattuale della P.A. potesse configurarsi non solo in caso di trattative private, ma anche nel caso in cui il contraente fosse stato scelto tramite una procedura concorsuale ad evidenza pubblica, distinguendo, però, a seconda che l'illecito fosse stato commesso prima o dopo il momento dell'aggiudicazione: la fase precedente all'aggiudicazione veniva considerata squisitamente pubblicistica e, quindi, veniva esclusa in tal fase la possibilità che la P.A. incorresse in responsabilità di tipo precontrattuale in quanto il privato non aveva ancora assunto la qualità di futuro contraente ma era soltanto titolare di un mero interesse legittimo al corretto esercizio del potere di scelta della P.A.; la fase successiva all'aggiudicazione veniva considerata, invece, squisitamente privatistica avendo assunto il privato la veste di futuro contraente e, quindi, nel corso di essa la P.A. poteva incorre in responsabilità di tipo precontrattuale in caso di violazione dell'art. 1337 c.c. (si è, ad esempio, ammessa la responsabilità precontrattuale della P.A. in caso di mancata stipulazione del contratto con l'impresa aggiudicataria senza l'indicazione di plausibili ragioni di pubblico interesse).

Tale ricostruzione, a lungo seguita in giurisprudenza, è stata criticata in dottrina. Quest'ultima ha escluso che in una procedura ad evidenza pubblica potessero distinguersi due diverse fasi, una privatistica e l'altra pubblicistica: anche la fase pubblicistica doveva considerarsi parte integrante delle trattative, in quanto strumento di formazione progressiva del consenso contrattuale. Sicchè, la responsabilità precontrattuale della P.A. poteva configurarsi anche nella fase precedente l'emanazione del provvedimento di aggiudicazione.

I suggerimenti della dottrina sono stati condivisi dalla giurisprudenza più recente, convinta della possibile configurazione di un'ipotesi di responsabilità precontrattuale sia prima che dopo il provvedimento di aggiudicazione della gara.

Così definito l'ambito temporale della responsabilità amministrativa precontrattuale, il problema si sposta nella individuazione dei presupposti per la configurazione della responsabilità in questione.

Orbene, ad avviso della giurisprudenza ciò che integra gli estremi della responsabilità amministrativa precontrattuale è un comportamento amministrativo contrario alle regole scolpite negli articoli 1337 e 1338 c.c. e la lesione dell'affidamento ingenerato nell'impresa dall'atto o dal

comportamento amministrativo in ordine alla possibilità di diventare aggiudicataria della gara. Nulla importa il momento (precedente o successivo all'aggiudicazione) in cui è intervenuto il provvedimento che ha impedito alla gara stessa di pervenire al suo naturale esito, né importa il carattere legittimo o illegittimo del provvedimento stesso. Ciò che occorre accertare è che la P.A. abbia interrotto il procedimento stesso ponendo in essere un comportamento contrario alle regole di buona fede e correttezza ex art. 1337 e 1338 c.c. e lesivo del legittimo affidamento dell'impresa concorrente in ordine all'utile conclusione della procedura concorsuale.

Si pensi all'ipotesi della revoca degli atti di gara intervenuta prima dell'aggiudicazione definitiva e dopo quella provvisoria. In questa ipotesi la giurisprudenza ha ritenuto la P.A. responsabile a titolo precontrattuale anche nell'ipotesi in cui il provvedimento di revoca in autotutela risulti legittimo in quanto giustificato dalla sopravvenuta mancanza di finanziamenti necessari a far fronte alle spese del contratto. Il provvedimento di revoca, infatti, se tutela l'interesse pubblico a non pervenire alla stipula di un contratto alla cui spesa non si può più far fronte, non esclude la lesione dell'affidamento del singolo negli atti della procedura concorsuale poi rimossi.

Orbene, nella pronuncia in esame il Collegio ribadisce che non serve ad escludere la responsabilità precontrattuale della P.A. la circostanza che il provvedimento di revoca in autotutela degli atti di gara fosse intervenuto prima dell'emanazione del provvedimento di aggiudicazione: *"Il Collegio, per quanto precede, è dell'avviso che la circostanza che la procedura pubblicistica di scelta del contraente avviata non fosse ancora sfociata nell'aggiudicazione non valga, di per sé sola, ad escludere la configurabilità di una responsabilità precontrattuale in capo all'Amministrazione revocante, occorrendo invece all'uopo verificare in concreto la condotta da questa tenuta alla luce del parametro di diritto comune della correttezza nelle trattative (fermo restando, comunque, che il grado di sviluppo raggiunto dalla singola procedura al momento della revoca, riflettendosi sullo spessore dell'affidamento ravvisabile nei partecipanti, presenta una sicura rilevanza, sul piano dello stesso diritto comune, ai fini dello scrutinio di fondatezza della domanda risarcitoria a titolo di responsabilità precontrattuale)".*

Inoltre, ha aggiunto il Collegio, la legittimità dell'atto di revoca non elimina il profilo relativo alla valutazione del comportamento dell'Amministrazione dal punto di vista del rispetto, nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, dei canoni di buona fede e correttezza. Richiamando quanto a tal proposito rilevato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 6 del 5 settembre 2005, il Consiglio ha riaffermato: *"la revoca dell'aggiudicazione e degli atti della relativa procedura, anche ove ritenuta legittima, lascia invero intatto "il fatto incancellabile degli "affidamenti" suscitati nell'impresa dagli atti della procedura di evidenza pubblica poi rimossi",*

*onde i relativi comportamenti dell'Amministrazione, allorché risultino contrastanti con le regole di correttezza e di buona fede di cui all'art. 1337 del cod.civ., si pongono quali fatti generatori di responsabilità precontrattuale. E questa acquisizione si trova ribadita anche presso la giurisprudenza più recente (cfr. C.d.S., VI: nn. 5638 del 7 novembre 2012 e 4236 del 25 luglio 2012, già richiamate sotto diverso profilo nel precedente paragrafo 2b; n. 1440 del 15 marzo 2012). In altre parole, quindi, "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, ma 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." (C.d.S., IV, 7 febbraio 2012, n. 662, che richiama a sua volta V, 7 settembre 2009 n. 5245)".*