

La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione

Autore: Maria Luisa Greco

In: Diritto amministrativo

La condotta della P.A nel procedimento di affidamento del contratto può essere illecita. L'illecito pone, però, una serie di problematiche inerenti il tipo di responsabilità di cui è titolare l'amministrazione e quindi la disciplina successivamente applicabile. La problematicità relativa all'illecito è determinata dalla sovrapposizione all'interno del procedimento di una serie pubblicistica e di una serie privatistica. Adottando quindi il criterio risolutivo tendenzialmente applicato, in dottrina e in giurisprudenza, si dovrebbe concepire il momento della conclusione del contratto come discrimine tra la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: prima della conclusione sussisterebbe una responsabilità extracontrattuale per violazione di interessi legittimi pretensivi, successivamente si assisterebbe a un tipo di responsabilità contrattuale per violazione di diritti soggettivi.

Il suddetto schema, sicuramente chiaro e lineare, porta con sé un forte limite intrinseco: l'eccessiva rigidità, che impedisce di risolvere il problema della qualifica della responsabilità nelle ipotesi di concomitanza delle relazioni in determinate fasi, con esistenza di una relazione paritetica prima della stipulazione del contratto ed esistenza di una relazione autoritativa dopo la conclusione del contratto.

La prima domanda che si poneva in dottrina e in giurisprudenza era relativa al tipo di responsabilità configurabile nel momento antecedente alla conclusione del contratto. Secondo la tradizionale giurisprudenza della Corte di cassazione la responsabilità precontrattuale della P.A, e quindi l'applicazione degli art. 1337 e 1338 c.c., non configurabile nel corso della procedura di evidenza pubblica, era invece applicabile quando l'impresa aggiudicataria avesse assunto la qualità di parte nella trattativa negoziale.

Nel momento successivo alla conclusione del contratto la persistenza di poteri di controllo e di riesame dopo la conclusione del contratto lascia ipotizzare uno scrutinio tipicamente pubblicistico sulla violazione di norme di azione. Dall'altra parte, ove i poteri siano legittimamente esercitati, la caducazione del rapporto contrattuale e la rilevanza della relazione prenegoziale, sfocia in una stipulazione invalida o inefficace, suscettibile di essere valutata come fonte di responsabilità precontrattuale.

Effettuata questa premessa e ai fini della qualifica della responsabilità come precontrattuale o extracontrattuale è necessario distinguere inevitabilmente due fasi: quella anteriore alla stipulazione del contratto e quella successiva alla stipulazione del contratto. Nella fase anteriore alla stipulazione del contratto il dato pubblicistico prevale. Infatti ancora si deve instaurare un rapporto giuridico tra la P.A e il privato concorrente. La relazione tra i due soggetti deve essere analizzata piuttosto alla stregua del procedimento amministrativo a istanza di parte, con la caratteristica che in questo caso l'istanza del privato è in competizione con quella degli altri e il privato vanta un interesse legittimo nei confronti degli atti iniziali del procedimento che sono suscettibili di interrompere o compromettere codesta relazione.

Esposta questa premessa, è necessario interrogarsi sulla esistenza della responsabilità contrattuale della P.A, per lungo tempo esclusa, a causa di una serie di motivazioni.

In primo luogo, si è ritenuto che gli istituti tipici del diritto privato non si adattassero a qualificare la condotta della P.A preordinata all'interesse pubblico. Inoltre l'accertamento della malafede richiesto dall'applicazione degli art. 1337 e 1338 non sarebbe possibile nei confronti dell'amministrazione implicando un giudizio di merito sull'attività da essa svolta.

La giurisprudenza della Cassazione ha riconosciuto la responsabilità della P.A affermando che il giudice dovrà accertare la responsabilità dell'amministrazione non intesa come amministratore ma come contraente. Quindi la Corte non risolveva in pieno il problema della responsabilità precontrattuale dal momento che presupposto necessario della responsabilità precontrattuale era il recesso senza giustificato motivo da una trattativa privata, dal momento che in essa la P.A si spoglia dei poteri pubblicistici e opera come soggetto paritetico.

Dunque mancando la pariteticità delle posizioni giuridiche, automaticamente veniva a mancare anche la configurabilità della responsabilità precontrattuale, come nelle ipotesi di contratti ad evidenza pubblica, in cui la formazione del contratto avviene tramite procedimento amministrativo preordinato alla scelta del contraente privato. Quindi era esclusa la responsabilità precontrattuale nei contratti ad evidenza pubblica, essendo posti in essere, secondo la giurisprudenza, per il perseguimento di interessi esclusivi della P.A. La configurabilità della responsabilità precontrattuale era inoltre esclusa dalla non risarcibilità degli interessi legittimi, non essendo sufficiente il mero annullamento dell'atto illegittimo, in quanto era necessario che avesse inciso su posizioni originarie di diritto soggettivo in base alla regola generale della non risarcibilità dell'interesse legittimo.

La vera svolta, in ordine alla qualifica della responsabilità della P.A nella fase antecedente alla stipula del contratto, è operata con la sentenza della Corte di Cassazione 500/1999 che riconosce la sussistenza di una responsabilità extracontrattuale e obbligo di risarcimento da parte della P.A nel caso di lesione di interesse legittimo.

Dunque la responsabilità riconosciuta nella fase antecedente alla stipula del contratto è quella extracontrattuale. Il presupposto è la lesione della sfera giuridica del privato, infatti solo l'aggiudicazione e l'esclusione sono suscettibili di determinare una lesione della sfera giuridica del privato, come affermato dalla Corte di Cassazione nella sentenza 500/1999. Se dunque nella fase antecedente alla conclusione del contratto è opportuno concludere la configurabilità della responsabilità a favore di quella extracontrattuale, diverso è il ragionamento per la fase successiva alla stipula del contratto. In primo luogo è necessario individuare il momento della stipula del contratto che nei contratti ad evidenza pubblica coincide con la fase dell'aggiudicazione. Con l'aggiudicazione si crea una relazione intersoggettiva tra amministrazione o soggetto aggiudicatore e privato. Dalla qualifica del rapporto giuridico deriva, poi, la configurabilità della responsabilità contrattuale o extracontrattuale. La teoria pubblicistica ritiene che fino alla stipulazione del contratto la P.A sia titolare di un potere autoritativo e il privato di un interesse legittimo, con la conseguenza che la sua lesione di quest'ultimo determinerebbe il sorgere di una responsabilità extracontrattuale. La teoria privatistica, invece, fondandosi su una concezione paritetica, ravvisa, nella violazione da parte dell'amministrazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede, una responsabilità precontrattuale ai sensi dell'articolo 1337.

La tesi della responsabilità extracontrattuale si fonda sulla incompatibilità degli istituti civilistici con l'interesse pubblico perseguito dalla P.A, oltre che per la qualifica della relazione tra privato e P.A, che rimane sempre impregnata del potere autoritativo di quest'ultima, non potendo essere configurata dunque come una relazione paritetica. La condotta illegittima della P.A

darebbe quindi luogo a una responsabilità extracontrattuale qualora fossero presenti gli ulteriori requisiti dell'art. 2043 c.c. Diversa la tesi elaborata dalla teoria privatistica, abbracciata dalla stessa giurisprudenza, secondo la quale con l'aggiudicazione si verifica un contatto prenegoziale e l'originario rapporto procedimentale di segno pubblicistico si bipartisce in una relazione autoritativa, nel cui ambito l'amministrazione conserva poteri posti a presidio dell'interesse pubblico, e una relazione paritetica, in cui vengono in rilievo doveri di correttezza nei confronti del privato. Pertanto, il rifiuto ingiustificato di stipulare il contratto costituisce una violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nel procedimento di formazione del contratto. Ne consegue che questo comportamento integra un'ipotesi di recesso dalle trattative che dà luogo a responsabilità precontrattuale.

A questo punto, ai fini della qualificazione del tipo di responsabilità, si rende necessario distinguere tra emissione di atti non autoritativi ed esercizio di un potere pubblicistico. Nel primo caso, è sufficiente dedurre la violazione ai sensi dell'art. 1337. Se diversamente l'illecito è causato da poteri di carattere pubblicistico, si rende necessaria una distinzione tra l'ipotesi di poteri esercitati illegittimamente e poteri esercitati legittimamente. Nella prima ipotesi sussiste una relazione di stampo pubblicistico, poiché vi è stata una violazione delle norme di azione la tutela si otterrà tramite la richiesta di annullamento dell'atto e risarcimento del danno.

La tutela del privato è assorbita dall'interesse legittimo e la responsabilità ha natura extracontrattuale. Se l'esercizio del potere è avvenuto legittimamente, la tutela dell'aggiudicatario non può che avvenire con la relazione paritetica e dunque con l'applicazione della disciplina dell'art 1337, inerente la responsabilità precontrattuale.

Esempi tipici di responsabilità precontrattuale derivante dall'utilizzo legittimo dei poteri riguarda l'annullamento e la revoca dell'atto. Come affermato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato in questi casi il pregiudizio risarcibile è circoscritto nei limiti dell'interesse negativo, rappresentato dalle spese sopportate nel corso delle trattative ai fini della conclusione del contratto (danno emergente), sia la perdita derivante dall'impossibilità di poter usufruire di ulteriori occasioni per la stipulazione di contratti

ugualmente vantaggiosi (lucro cessante).

Il risarcimento del danno postula, però, precisi oneri da parte del soggetto privato il quale dovrà provare, anche in via presuntiva, il danno conseguenza immediata e diretta (art. 1223 c.c.) di una condotta, che ha impedito il raggiungimento del risultato sperato. Ovviamente le circostanze e prove devono essere allegare puntualmente.

Nonostante questi elementi comuni, la differenza intercorrente tra annullamento dell'atto e revoca dell'aggiudicazione, attiene proprio il metodo di accertamento giudiziale dal momento che, nel primo caso, il vizio dell'atto stesso suggerisce la negligenza a carico dell'amministrazione.;nel secondo caso, invece, è necessario un cambiamento di orientamento da parte della P.A senza che siano pervenuti nuovi elementi di rilievo. In questi casi risulta che l'ente ha portato a termine la propria trattativa in modo non corretto. Della materia riguardante la revoca dell'aggiudicazione, nello specifico, per motivi di pubblico interesse, si rende ora necessaria un'apposita analisi, determinata dalla complessa opera di bilanciamento di valori operata da parte dello stesso ordinamento, ai sensi dell'art. 113 del R.D. n.827 del 1923. Nel procedimento dell'evidenza pubblica , dunque, il problema riguarda l'intreccio di due posizioni che coesistono tra di loro, quelle di interesse legittimo e di affidamento civilistico che si scontrano con l'esercizio di poteri autoritativi di cui l'amministrazione gode fino all'approvazione del contratto. Due gli orientamenti presenti: uno che, prevedendo in questo caso, la giurisdizione esclusiva, ravvisa la natura pubblicistica della revoca, prevedendo la connessione tra risarcimento del danno e annullamento dell'atto. Il conflitto che sembrerebbe sussistere all'interno delle norme è, però, solo apparente. Dunque l'art. 1337 postula un dualismo delle relazioni. Infatti il ritiro legittimo ma contrario ai canoni di lealtà e correttezza e, dunque, lesivo dell'affidamento della controparte, determina il sorgere di una responsabilità precontrattuale. L'illegittimità invece costituisce uno degli elementi dell'art. 2043, in presenza dei quali, è possibile chiedere il risarcimento dei danni.

Definito quindi il tipo di responsabilità riscontrabile nella fase compresa tra aggiudicazione e stipulazione e dunque il dualismo tra le diverse relazioni giuridiche, è bene sottolineare che il problema di giurisdizione non si pone nella misura in cui la giurisdizione esclusiva ha come presupposto il collegamento tra relazione paritetica e autoritativa.

In conclusione quindi si nota come l'ordinamento nel bilanciamento di valori pubblici e privati abbia, nel caso di specie esaminato, voluto operare una scissione tra relazione paritetica e autoritativa. Sicuro non poca influenza avrà avuto a riguardo il venir meno della pregiudizialità amministrativa.

<https://www.diritto.it/la-responsabilita-precontrattuale-della-pubblica-amministrazione-2/>