

L'estensione della responsabilità precontrattuale della PA

Autore: Redazione

In: Diritto amministrativo

La disciplina dei contratti pubblici si connota per una **netta distinzione** tra la fase che precede la stipulazione del contratto con il privato, regolata dalle norme sul procedimento amministrativo, e quella a valle della stipulazione (di esecuzione del rapporto), interamente rimessa al diritto privato.

In ogni caso, la responsabilità derivante per atti e comportamenti dell'Amministrazione che precedono la stipulazione è detta "**precontrattuale**" in senso lato.

I profili di tale responsabilità precontrattuale sono però destinati a mutare sensibilmente a seconda che essa dipenda dalla violazione di **norme pubblicistiche o privatistiche**.

La responsabilità precontrattuale spuria della P.A.

La stipulazione di contratti pubblici richiede il previo esperimento di una **procedura ad evidenza pubblica**, regolata dalle norme di cui al D. lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici).

Tale procedura è volta a determinare la **tipologia e il contenuto del contratto** che la P.A. intende stipulare, nonché a **scegliere la migliore controparte privata**. Ciò nel rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità della P.A., nonché a tutela della libera concorrenza tra gli operatori sul mercato.

Nel caso in cui sorgano **contestazioni in merito agli atti di gara**, i privati che vi abbiano partecipato possono impugnare i provvedimenti illegittimi innanzi al GA, chiedendo altresì il risarcimento dei danni patiti in conseguenza della lesione di un proprio interesse legittimo ai sensi dell'art 2043 c.c.

In tal caso, in capo alla PA sorge la c.d. **responsabilità precontrattuale spuria**: è detta "precontrattuale" perché effettivamente sorge in relazione a fatti che intervenendo nella fase prodromica alla stipulazione del contratto con il privato; al contempo, essa è detta spuria perché discende dalla violazione delle norme pubblicistiche che regolano la gara e non invece a comportamenti contrari al canone privatistico di buona fede nelle trattative. Si tratta pur sempre, cioè, di una responsabilità da atto o provvedimento illegittimo.

Ne consegue l'applicazione del **regime della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c.**, fatta

eccezione per la **presunzione di colpa della PA**, di cui generalmente beneficia il privato laddove la P.A. abbia posto in essere un **atto illegittimo**. Tale azione andrà esperita secondo le regole previste dagli artt. 30 e 120 c.p.a.

La responsabilità precontrattuale pura della P.A.

È ormai pacifico che il canone della **correttezza e della buona fede nel corso delle trattative**, che trova fondamento giuridico nell'art. 1337 c.c., sia applicabile anche alla P.A.

Non è infatti dato ravvisare alcuna valida ragione (come invece si soleva fare in passato) per non applicare la disciplina codicistica della responsabilità precontrattuale anche alla P.A., essendo altrimenti configurabile un **indebito vantaggio** per quest'ultima.

Anche in capo alla P.A. è quindi dato ravvisare una responsabilità precontrattuale per il caso **di recesso ingiustificato dalle trattative** ex art. 1337 c.c., per il caso di **stipulazione di un contratto invalido** ex art. 1338 c.c., nonché per il caso di **conclusione di un contatto valido ma dannoso** ex art. 1440 c.c.

Nelle prime due ipotesi, il risarcimento a carico della P.A. avrà ad oggetto **l'interesse negativo**, mentre nell'ultimo caso avrà ad oggetto il risarcimento dell'**interesse positivo differenziale**.

Al contempo, non vi sono più dubbi che alla responsabilità precontrattuale vada applicato il **regime della responsabilità da inadempimento ex art. 1218 c.c.**, essendo questa una ipotesi di responsabilità da contatto sociale.

Fatte queste precisazioni, secondo un **orientamento risalente**, la responsabilità precontrattuale della P.A. sarebbe stata ravvisabile solo per i comportamenti scorretti tenuti **a valle dell'aggiudicazione**, cioè della scelta del contraente. In altri termini, solo comportamenti tenuti nella fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto avrebbero potuto occasionare una responsabilità precontrattuale della P.A. Parte della giurisprudenza ha quindi riconosciuto la responsabilità precontrattuale della P.A. nel caso di revoche, annullamenti, dinieghi di stipula o approvazione intervenuti in questa fase circoscritta, **vanificando gli esiti della procedura di selezione**.

Un secondo orientamento ha invece riconosciuto la sussistenza della responsabilità precontrattuale anche nella fase che precede la scelta del contraente e, quindi, **prima e a prescindere dall'aggiudicazione**.

Con una recente **ordinanza di rimessione (n. 5492/2017)** il Consiglio di Stato ha chiesto all'Adunanza Plenaria di chiarire l'estensione della responsabilità precontrattuale pura attraverso due quesiti.

Innanzitutto, ci si è domandati se la responsabilità precontrattuale sia o meno configurabile

anteriormente alla scelta del contraente, allorché gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione.

In secondo luogo, nel caso di risposta affermativa al primo quesito, ci si è chiesti se la responsabilità precontrattuale debba riguardare esclusivamente il comportamento dell'amministrazione **anteriore al bando**, cioè per il solo caso che questo venga pubblicato nonostante fosse conosciuto (o dovesse essere conosciuto) che non ve ne erano i presupposti indefettibili, ovvero se la responsabilità precontrattuale pura possa estendersi a qualsiasi comportamento successivo all'emanazione del bando e attinente alla procedura di evidenza pubblica, che ne ponga nel nulla gli effetti o ne ritardi l'eliminazione o la conclusione.

L'**Adunanza Plenaria, con sentenza n. 5/2018**, ha affermato che nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica i doveri di correttezza e buona fede sussistono **anche prima e a prescindere dall'aggiudicazione**, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento.

Inoltre, la responsabilità precontrattuale può derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da **qualsiasi comportamento successivo** che risulti contrario ai doveri di correttezza e buona fede.

Ciò premesso, l'Adunanza Plenaria ha precisato i **presupposti** in presenza dei quali è dato ravvisare la responsabilità precontrattuale in discorso: (i) l'affidamento incolpevole del privato; (ii) una condotta della P.A. oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e buona fede; (iii) l'imputabilità a titolo di dolo o di colpa della condotta lesiva in capo alla P.A.; (iv) la prova da parte del privato tanto del danno evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), quanto del danno conseguenza (la perdita economica), nonché del nesso di causalità di tali danno rispetto alla condotta della P.A.

<https://www.diritto.it/lestensione-della-responsabilita-precontrattuale-della-pa/>