

Responsabilità precontrattuale - Consiglio di Stato: l'istituto della responsabilità precontrattuale in capo alla P.A. è pienamente operante in sede di affidamento di un contratto pubblico

29 Marzo 2018

ELSA, Michela Annalisa Romio

L'istituto della responsabilità precontrattuale è pienamente operante per la Pubblica Amministrazione in sede di affidamento di un contratto pubblico.

La sentenza qui in commento interviene sull'annosa e sempre dibattuta generale questione della potenziale **equiparazione della pubblica amministrazione ai soggetti privati nelle fasi di stipulazione di un contratto**. Più in particolare, il Consiglio di Stato si allinea all'orientamento maggioritario volto a riconoscere la piena applicazione dell'istituto della responsabilità precontrattuale in capo alla P.A. nelle procedure di affidamento di contratti pubblici.

Premessa

I poli della questione sono rappresentati, da un lato, dall'utilizzo dello strumento cardine per l'incontro delle volontà fra privati, ovvero il contratto; dall'altro, dalla natura stessa di una delle parti contrattuali, ovvero l'Amministrazione Pubblica che, come noto, in quanto tale, è deputata al perseguimento e alla realizzazione di interessi pubblici, giammai privati o personali. Tale ultimo aspetto della questione comporta, nell'ambito dei rapporti contrattuali, una sostanziale *deminutio* del principio dell'autonomia contrattuale, di cui all'articolo 1322 del Codice civile, che al contrario, governa i negozi fra privati. Ciò si traduce, ad esempio, nella soggezione della scelta del contraente alle regole dell'evidenza pubblica, oppure nell'impossibilità di stipulare un contratto in forma atipica.

L'articolo 30 del Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50), recante “*Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni*”, costituisce una rappresentazione della commistione fra elementi pubblicistici e privatistici. Quest'ultimo, oltre a fornire una espressa indicazione dei criteri generali cui si deve ispirare l'azione amministrativa nell'ambito degli appalti pubblici (si vedano i principi di economicità, efficacia, tempestività, libera concorrenza, non discriminazione, etc), opera un rinvio, per quanto non previsto, alle norme della Legge 7 agosto 1990, n. 241 e alle disposizioni del codice civile.

Occorre però dettagliare tale rimando alle disposizioni codicistiche, che non può dirsi globale.

La responsabilità precontrattuale

Se, come detto, il principio di autonomia contrattuale subisce delle limitazioni, ciò non può dirsi per i principi di buona fede, correttezza e diligenza, disciplinati dagli articoli 1175 e 1176 del Codice civile, che sono invece pienamente operanti nella sfera di azione contrattuale della P.A.

A seguito di un sempre crescente orientamento giurisprudenziale, si è giunti a svolgere le stesse considerazioni per il **principio di responsabilità precontrattuale di cui all'articolo 1337 del Codice civile**. Quest'ultimo sancisce che *“Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede”*. Parimenti applicabile è il seguente dettato dell'articolo 1338 del Codice civile, in base al quale *“La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto”*.

È proprio su questo punto che deve trovarsi l'elemento centrale della sentenza in commento, che, inserendosi nel solco del predetto orientamento della giurisprudenza, stabilisce: *“questo Consiglio ha affermato che la responsabilità precontrattuale rappresenta quella forma di soggezione alle conseguenze sancite dall'articolo 1337 del Codice civile (oltre che dal successivo articolo 1338) per condotte contrarie ai canoni di buona fede e correttezza (quest'ultima prevista dall'articolo 1175 del Codice civile) nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, che la più recente evoluzione giurisprudenziale ha ritenuto applicabile anche all'attività contrattuale dell'amministrazione svolta secondo i modelli autoritativi dell'evidenza pubblica”*.

La responsabilità precontrattuale, nel caso di specie, è stata individuata nell'aver l'Amministrazione agito in autotutela nel corso di una procedura di Project Financing (avente ad oggetto “Piano urbanistico attuativo – Realizzazione piano di insediamenti produttivi con opere di urbanizzazione ed acquisizione aree).

Dopo la presentazione delle proposte da parte dei soggetti promotori e la seguente individuazione e aggiudicazione della proposta corrispondente all'interesse pubblico, con provvedimento in autotutela, **l'Amministrazione di fatti annullava gli atti di indizione della procedura, motivando nel senso che l'originaria scelta di “ricorrere allo strumento di Project Financing per la realizzazione di un Piano di Insediamenti Produttivi, [fosse] suscettibile di determinare diverse criticità in fase di realizzazione”**.

Secondo l'Amministrazione comunale, quale Stazione Appaltante nell'espletamento della procedura, l'avviso pubblico era affetto da *“originarie criticità”* tali da giustificare il ricorso in autotutela.

Tuttavia, ad avviso del Consiglio di Stato, l'atto di autotutela – in palese inosservanza dei doveri comportamentali di correttezza e buona fede - avrebbe leso il legittimo affidamento ingenerato nei partecipanti alla gara in ordine alla positiva conclusione delle trattative.

Infatti, l'individuazione della responsabilità precontrattuale in capo alla PA risente della posizione di legittimo affidamento nel frattempo maturata dal concorrente alla gara affinché la procedura concorsuale trovi positiva conclusione, tanto che si prescinde *“dalla prova dell'eventuale diritto all'aggiudicazione del partecipante”*. Si estende così l'ambito di tutela del privato al suo interesse legittimo quale situazione giuridica risarcibile, retaggio della storica sentenza della Corte di Cassazione SS.UU. 22 Luglio 1999, n. 500.

I giudici del Consiglio di Stato specificano inoltre che si debba prescindere, altresì, dall'accertamento della illegittimità del provvedimento amministrativo in autotutela, poiché non dirimente. In questo senso *“A differenza della responsabilità da mancata aggiudicazione, la culpa in contrahendo dell'amministrazione nelle procedure ad evidenza pubblica di affidamento di contratti costituisce fattispecie nella quale l'elemento soggettivo assume una sua specifica rilevanza, in correlazione con l'ulteriore elemento strutturale del contrapposto affidamento incolpevole del privato*

TAG: *legittimo affidamento, correttezza, contratti, buona fede, appalti, responsabilità precontrattuale, amministrativo, diritto degli appalti, privato, pubblico*

Avvertenza

La pubblicazione di contributi, approfondimenti, articoli e in genere di tutte le opere dottrinarie e di commento (ivi comprese le news) presenti su Filodiritto è stata concessa (e richiesta) dai rispettivi autori, titolari di tutti i diritti morali e patrimoniali ai sensi della legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi (Legge 633/1941). La riproduzione ed ogni altra forma di diffusione al pubblico delle predette opere (anche in parte), in difetto di autorizzazione dell'autore, è punita a norma degli articoli 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della menzionata Legge 633/1941. È consentito scaricare, prendere visione, estrarre copia o stampare i documenti pubblicati su Filodiritto nella sezione Dottrina per ragioni esclusivamente personali, a scopo informativo-culturale e non commerciale, esclusa ogni modifica o alterazione. Sono parimenti consentite le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione, purché accompagnate dal nome dell'autore dell'articolo e dall'indicazione della fonte, ad esempio: Luca Martini, La discrezionalità del sanitario nella qualificazione di reato perseguibile d'ufficio ai fini dell'obbligo di referto ex. art 365 cod. pen., in "Filodiritto" (<https://www.filodiritto.com>), con relativo collegamento ipertestuale. Se l'autore non è altrimenti indicato i diritti sono di Inforomatica S.r.l. e la riproduzione è vietata senza il consenso esplicito della stessa. È sempre gradita la comunicazione del testo, telematico o cartaceo, ove è avvenuta la citazione.
