

Gabriella M. Racca
La responsabilità precontrattuale della pubblica
amministrazione tra autonomia e correttezza
Jovene - 2000

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO

LE TRATTATIVE FRA INDIVIDUI

	<i>pag.</i>
1. Dall'assenza di doveri precontrattuali all'introduzione del principio di correttezza e buona fede in senso oggettivo. La responsabilità precontrattuale per invalidità del contratto	1
2. Le trattative tra individui come rapporto giuridico tra due o più parti. Il recesso corretto perché non contraddittorio, indipendentemente dalla manifestazione di una giusta causa. La rilevanza dell'affidamento della controparte per la quantificazione del danno	8
3. Origine e fondamento della definizione del comportamento scorretto come comportamento contraddittorio. Dall'irrelevanza giuridica delle trattative alla responsabilità per recesso contraddittorio	19
4. I doveri dei partecipanti alle trattative e gli obblighi di protezione: il principio di correttezza come limite all'autonomia privata. Il comportamento contraddittorio e la violazione di regole predefinite tra l'atipicità del <i>neminem laedere</i> e la tipicità dell'indempimento	36

CAPITOLO SECONDO

LE TRATTATIVE DELLE ORGANIZZAZIONI

1. Le trattative delle organizzazioni: la nozione di «parte» estesa ad ogni persona coinvolta nelle trattative. Le trattative multiple o parallele come rapporti tra più parti, ciascuna interessata alla conclusione del contratto	41
---	----

	<i>pag.</i>
2. Le gare private come modalità di conduzione delle trattative parallele. La «disciplina contrattuale» delle trattative e l'inadempimento	49
3. La posizione dominante e l'obbligo di instaurare trattative senza discriminazioni tra le imprese interessate. La concentrazione di risorse ed i limiti all'autonomia giuridica a favore della concorrenza	54
4. Le trattative volte alla costituzione di rapporti di lavoro subordinato. I limiti all'autonomia privata dell'imprenditore e l'obbligo <i>ex lege</i> di assumere il lavoratore avviato come obbligo di correttezza risarcibile	62
5. (<i>Segue</i>): I concorsi privati per la selezione del personale e la predefinita di regole per la selezione. Le violazioni come inadempimento e la ripetizione della selezione	68
6. Le trattative per l'ingresso in società: le clausole di gradimento come oggettiva e predefinita limitazione alla circolazione delle azioni. Le trattative per l'ingresso in associazioni definite negli atti di autonomia. Le violazioni come comportamento scorretto ..	76
7. Le trattative con i consumatori e gli utenti: i contratti per adesione. I limiti all'autonomia giuridica e l'inefficacia delle clausole abusive a garanzia della correttezza precontrattuale. L'attività pubblicitaria come trattativa «virtuale» con una pluralità di consumatori e le loro associazioni. L'ingannevolezza come scorrettezza precontrattuale	81

CAPITOLO TERZO

LA TRATTATIVA PRIVATA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

1. La trattativa privata della pubblica amministrazione. Elementi distintivi rispetto alle trattative tra individui. Anticipazione della rilevanza giuridica della fase precontrattuale nei contratti della pubblica amministrazione. Disciplina pubblica come garanzia della «moralità» dell'amministrazione nella scelta del contraente. La trattativa privata come deroga alla gara pubblica per casi determinati in via generale e astratta nell'interesse della parte pubblica. Definizione e manifestazione della volontà contrattuale attraverso atti giuridici scritti. Affermazione di una tutela amministrativa e individuazione di atti amministrativi	98
---	----

pag.

2. Le norme che disciplinano i casi di trattativa privata in deroga agli incanti e gli effetti verso i terzi estranei alla trattativa. La discrezionalità nella scelta dei soggetti da interpellare. Sindacato amministrativo sulle formalità previste (autorizzazione) e tutela riflessa del terzo non interpellato. Evoluzione in senso restrittivo e diniego di legittimazione. Il recente riconoscimento della legittimazione agli operatori del medesimo settore economico 114
3. L'instaurazione delle trattative con la comunicazione del progetto di contratto: gli effetti verso la controparte. Legittimazione della parte privata avanti al giudice civile sulla avvenuta conclusione del contratto. Le formalità previste nell'interesse della sola parte pubblica. Le violazioni della formalità impediscono la formazione di un contratto valido. Normale soccombenza della parte privata. I limiti del sindacato amministrativo per mancanza di atti impugnabili. Nuova prospettazione: posizione paritetica delle parti e ammissione del sindacato del giudice civile sulla correttezza pre-contrattuale. I limiti derivanti dall'interpretazione prevalente della disciplina sulla responsabilità precontrattuale 133
4. La diffusione della trattativa privata e la prassi della «gara ufficiosa». La rilevanza giuridica delle regole poste dalla stessa amministrazione per l'organizzazione della trattativa: gli effetti verso le parti. Potere discrezionale, interessi legittimi e annullamento degli atti precontrattuali come «correzione» del recesso scorretto. Obbligatorietà della gara informale, predeterminazione dei criteri di scelta e motivazione del recesso: limiti al potere discrezionale ovvero all'autonomia negoziale 146
5. La disciplina d'eccezione della procedura negoziata nelle norme europee a favore della concorrenza e non nell'interesse della parte pubblica. *Reirement* della Corte di cassazione: le posizioni soggettive di interesse legittimo si affermano anche nella trattativa privata. Il sindacato amministrativo sull'individuazione dei casi di eccezione e sulle modalità della scelta del contraente. L'obbligo di risarcimento del danno per violazione delle norme europee: la prima interpretazione a favore della risarcibilità degli interessi legittimi. Il mancato chiarimento della differente prospettiva tra norme nazionali e norme europee 160
6. La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione come tutela successiva alla stipulazione del contratto. La prescrizione degli atti di approvazione del contratto: dall'eccesso di potere per inerzia della pubblica amministrazione alla responsabilità precontrattuale 171

CAPITOLO QUARTO

LE TRATTATIVE FORMALIZZATE
IN PUBBLICA GARA

	<i>pag.</i>
1. I pubblici incanti come attuazione del principio istituzionale di «moralità» della pubblica amministrazione e dell'«ordine pubblico». Legalità, pubblicità e parità di trattamento come limiti all'«arbitrio» degli amministratori pubblici. La pubblica amministrazione come «parte debole» nei rapporti contrattuali. Il recente riproporsi delle questioni nell'ordinamento europeo	178
2. L'instaurazione delle trattative con la pubblica amministrazione: pubblicazione del bando e presentazione delle offerte o domande di partecipazione. Il principio di correttezza nelle trattative dell'amministrazione pubblica non si esaurisce nell'«affidamento nella conclusione del contratto». La correttezza del recesso dell'amministrazione da ogni trattativa per ragioni di interesse pubblico. L'interpretazione restrittiva della nozione di «parte» che si afferma solo con la stipulazione del contratto. La tesi della mancanza di trattative conseguente alla definizione unilaterale delle clausole contrattuali	193
3. La qualificazione dei concorrenti come garanzia della corretta esecuzione della prestazione. Il potere «discrezionale» di esclusione dalle gare pubbliche e gli elenchi di imprese di fiducia come causa di discriminazione. Il mancato aggiornamento degli albi. I requisiti «europei» di capacità tecnica, economica, finanziaria e morale. Attestazioni e certificazioni di qualità come verifica delle capacità dell'impresa. La recente disciplina sulle società di attestazione	210
4. L'individuazione della migliore offerta in ragione di un «criterio di aggiudicazione». L'aggiudicazione al prezzo più basso. La correttezza del recesso dalle trattative con gli altri concorrenti. Ribassi eccessivi, tutela dei lavoratori e aggiudicazione ad un prezzo «equo». Ritorno al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso e riproposizione della questione dei ribassi eccessivi o anomali. Il difetto di professionalità dell'amministrazione nella verifica delle offerte anormalmente basse. Determinazione della soglia di anomalia e reintroduzione dell'esclusione automatica negli appalti privi di rilievo europeo	229
5. L'offerta economicamente più vantaggiosa e le difficoltà di un'oggettiva comparazione delle offerte. Limiti alla possibilità di	

pag.

proporre varianti della prestazione da parte dei concorrenti. La disciplina dell'appalto concorso: questioni di conformità alle norme europee. Le commissioni giudicatrici: da «organo politico-amministrativo» a «organo tecnico»	251
6. L'obbligazione contrattuale dell'amministrazione pubblica. La «specialità» delle norme di diritto amministrativo in mancanza di una disciplina sulla proposta irrevocabile nel codice civile. Le conseguenze dell'inosservanza delle norme speciali: dalla nullità relativa (annullabilità) del contratto al riconoscimento della responsabilità precontrattuale	269

CAPITOLO QUINTO

LA SCORRETTEZZA
DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

1. Le norme sulla selezione del contraente con la pubblica amministrazione come garanzia della «moralità» della parte pubblica. Il principio generale di correttezza come limite all'autonomia privata per la moralizzazione delle trattative: atipicità del principio e adeguamento all'evoluzione della coscienza sociale. Le norme europee come nuova prospettiva di tutela: la concorrenza e il miglioramento della qualità della vita dei cittadini dell'Unione	304
2. Il «diritto quesito» dell'aggiudicatario e l'inadempimento delle regole poste per la selezione. La sottoposizione della pubblica amministrazione ai principi dell'ordinamento generale e l'irrilevanza della classificazione dell'attività amministrativa. Dall'esclusivo riconoscimento di interessi legittimi all'affermazione di un contestuale diritto al comportamento corretto della pubblica amministrazione nella fase successiva alla stipulazione	313
3. La differente prospettiva delle norme europee: l'interesse alla concorrenza nel mercato unico, rispetto alla precedente disciplina di contabilità di Stato posta nell'interesse della pubblica amministrazione contraente. Il riconoscimento di interessi legittimi e il ruolo di supplenza della giurisdizione amministrativa di legittimità. La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: la tutela diretta ed immediata contro la scorrettezza della pubblica amministrazione. Oggettività della selezione e risarcimento del danno per inadempimento delle regole che predefiniscono il comportamento dell'amministrazione pubblica nelle trattative	333

4. I contratti privi di rilevanza europea e la limitazione dei «poteri autoritativi». L'integrazione del principio relazionale atipico di correttezza precontrattuale con le norme di azione sulla scelta del contraente. Le norme di azione come indice della scorrettezza dell'amministrazione pubblica. Il giudizio sulla correttezza del comportamento come giudizio su fatti. Il differente ambito giuridico di riferimento: la scorrettezza dell'amministrazione e l'illegittimità degli atti amministrativi. La questione della pregiudizialità della giurisdizione amministrativa di legittimità (rinvio) 351

CAPITOLO SESTO

IL DANNO RISARCIBILE

1. La «sanzione» delle violazioni delle norme sulla selezione del contraente e l'annullamento degli atti precontrattuali come risarcimento in forma specifica dell'obbligo di correttezza. Rapporto tra «correzione» delle violazioni, annullamento e risarcimento del danno 363
2. Il danno conseguente all'inadempimento dell'obbligo di correttezza come interesse negativo. La prova del diritto al contratto e la coincidenza dell'interesse negativo con quello positivo. Il risarcimento dei danni per i costi sostenuti nelle trattative e la sufficienza della prova della violazione delle norme sulla selezione del contraente 372
3. La quantificazione dei danni precontrattuali causati dalla pubblica amministrazione. Le norme speciali in materia di appalti pubblici: il parametro del decimo del valore del contratto. I danni causati alla pubblica amministrazione dagli aspiranti contraenti ... 386
4. Esecuzione del contratto invalido e *actio de in rem verso*. Recesso dalle trattative o mancato avveramento della condizione sospensiva di approvazione del contratto. Violazione delle norme di selezione e limiti al riconoscimento dell'arricchimento ingiustificato della pubblica amministrazione 395

CAPITOLO SETTIMO

LA TUTELA GIURISDIZIONALE

1. La «competenza» sino agli anni trenta del giudice ordinario ad esercitare il sindacato sugli atti precontrattuali della pubblica amministrazione. Le impugnazioni avanti al giudice amministra-

tivo dei terzi estranei al contratto e il difetto di legittimazione avanti al giudice civile. Limiti del sindacato incidentale del giudice ordinario sugli atti che determinano il recesso della parte pubblica. I conflitti di giurisdizione tra giudice ordinario e sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato	403
2. Il sindacato amministrativo sui decreti reali di annullamento della volontà contrattuale dell'amministrazione per «gravi motivi di interesse pubblico». La riforma della legge comunale e provinciale, la nuova disciplina dell'annullamento governativo e il riconoscimento <i>ex lege</i> della giurisdizione amministrativa	430
3. L'affermarsi del ruolo della giurisdizione amministrativa a garanzia della corretta applicazione delle procedure di scelta del contraente. L'estensione della giurisdizione amministrativa a tutti i metodi di scelta del contraente, non esclusa la trattativa privata ...	437
4. La successiva estensione della giurisdizione amministrativa attraverso la configurazione di atti amministrativi emanati da concessionari ed imprenditori non concessionari, ma tenuti all'applicazione delle procedure di scelta del contraente	442
5. La nuova giurisdizione esclusiva ed il ritorno al riconoscimento di diritti precontrattuali. La distinzione fra il sindacato sulla correttezza del comportamento della parte pubblica e la giurisdizione sulla legittimità degli atti amministrativi. Il superamento della questione sulla pregiudizialità del sindacato di legittimità degli «atti precontrattuali». La «correzione» della procedura di selezione imposta dalla disciplina europea	458