Pubblicato il 29/11/2021

N. 00021/2021REG.PROV.COLL.
N. 00010/2021 REG.RIC.A.P.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10 di A.P. del 2021, proposto da

Comune di Carinola, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Bruno Giannico, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Giuseppe Mazzini 145;

contro

Coop. MI.RU. - impresa edile stradale, in persona dell'amministratore e legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria capogruppo della costituita associazione temporanea di imprese con Bugli Carlo s.r.l., Tedesco s.r.l. e Te.M.A.S. s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Palma, Simona Scatola e Francesco Rinaldi, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Visconti 103;

per la risoluzione

delle questioni di diritto deferite ex art. 99 cod. proc. amm. con ordinanza della II Sezione del Consiglio di Stato 6 aprile 2021, n. 2753, emessa nel giudizio d'appello contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania – Sede di Napoli (sezione ottava) n. 4017/2012, resa tra le parti, concernente la domanda di risarcimento dei danni per responsabilità precontrattuale derivanti dall'annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione definitiva di un appalto pubblico di lavori;

Vista l'ordinanza della II Sezione indicata in epigrafe, con cui sono state deferite all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99, comma 1, cod. proc. amm., alcune questioni di diritto;

Viste le memorie ex art. 73 cod. proc. amm., conclusionali e di replica delle parti e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2021 il consigliere Fabio Franconiero, sulle note di udienza delle parti ex artt. 4 del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28 (*Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19*; convertito dalla legge 25 giugno 2020, n. 70), e 25 del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137 (*Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19*; convertito dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con l'ordinanza indicata in epigrafe la II Sezione di questo Consiglio di Stato ha deferito all'Adunanza plenaria alcune questioni in materia di responsabilità della pubblica amministrazione per l'affidamento suscitato nel destinatario di un provvedimento ampliativo illegittimamente emanato e poi annullato, con particolare riguardo all'ipotesi di aggiudicazione definitiva di appalto di lavori, servizi o forniture, successivamente revocata a seguito di una pronuncia giudiziale, su cui ai sensi dell'art. 99, comma 1, cod. proc. amm. ha ravvisato orientamenti contrastanti della giurisprudenza amministrativa.

2. Le questioni deferite sono sorte in un contenzioso promosso dalla Coop.MI.RU., impresa edile-stradale, nei confronti del Comune di Carinola, dopo l'annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione definitiva da questo emessa a favore della prima, in associazione temporanea di imprese, della procedura di gara per l'affidamento in appalto dei lavori di recupero, restauro conservativo e rifunzionalizzazione dell'episcopio di Ventaroli, del valore di € 1.062.661,85 (di cui al bando di gara pubblicato il 14 luglio 2006, all'esito del quale l'aggiudicazione a favore della ricorrente era disposta con determinazione del 30 novembre 2006, n. 69). In esecuzione della pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione definitiva, di cui alla sentenza di questo Consiglio di Stato, Sezione V, del 9 dicembre 2008, n. 6057, preceduta dalla pubblicazione del dispositivo, il Comune di Carinola ne disponeva la revoca e nello stesso senso si determinava con riguardo alla consegna in via anticipata dei lavori a favore della medesima associazione temporanea di imprese MI.RU., originaria aggiudicataria (determinazione dell'8 maggio 2008, n. 37).

3. Nel presente giudizio quest'ultima ha domandato il risarcimento a titolo di responsabilità precontrattuale nei confronti dell'amministrazione per i danni derivanti dalla lesione del suo affidamento sorto in seguito all'aggiudicazione definitiva in suo favore dell'appalto, poi annullata in sede giurisdizionale e quindi revocata dall'amministrazione in esecuzione della pronuncia di annullamento.

4. La domanda è stata accolta in primo grado, con sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Campania – sede di Napoli del 3 ottobre 2012, n. 4017.

5. Nei suoi principali snodi argomentativi la sentenza:

- ha premesso che dalla revoca legittima dell'aggiudicazione può «*residuare spazio per il risarcimento dei danni precontrattuali conseguenti alla lesione dell'affidamento ingenerato nell'impresa vittoriosa in seno alla procedura di evidenza pubblica poi rimossa*», di cui l'amministrazione aggiudicatrice può rispondere ai sensi dell'art. 1337 cod. civ.;

- ha quindi accertato la colpa del Comune di Carinola che ha dato causa all'annullamento dell'aggiudicazione definitiva su ricorso dell'unica altra concorrente, inizialmente esclusa a causa dell'ambigua formulazione del bando di gara;

- la colpa accertata è più precisamente consistita nell'ambigua formulazione delle clausole relative alle modalità di esecuzione del sopralluogo e di presa visione degli atti di gara, che l'amministrazione aveva inteso come richiesta per tutte le imprese facenti parte del raggruppamento temporaneo e non della singola mandataria, come in effetti avvenuto, in assenza tuttavia di base testuale e in violazione al principio di massima partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici;

- ha pertanto ordinato ai sensi dell'art. 34, comma 4, cod. proc. amm. al Comune di Carinola di formulare alla ricorrente ed originaria aggiudicataria Coop. MI.RU. una proposta di ristoro per le spese da questa inutilmente sostenute in previsione della conclusione del contratto dopo la consegna in via anticipata dei lavori.

6. Il Comune di Carinola ha proposto appello, con il quale ha contestato, in via principale, di avere agito con negligenza inquadrabile nella *culpa in contrahendo* ex art. 1337 cod. civ., e, in via subordinata, la quantificazione dei danni risarcibili in sede di condanna sui criteri ai sensi dell'art. 34, comma 4, cod. proc. amm., sopra citata.

7. Per quanto di suo interesse anche la Coop. MI.RU. ha censurato la quantificazione dei danni operata dalla sentenza di primo grado, con appello incidentale autonomo.

8. Dopo avere ritenuto «*tardivo*» quest'ultimo mezzo, perché notificato oltre il termine di sei mesi dal deposito della sentenza impugnata, sulle questioni poste con l'appello principale dell'amministrazione con l'ordinanza di deferimento in epigrafe la II Sezione di questo Consiglio di Stato ha ravvisato l'esistenza di orientamenti giurisprudenziali contrastanti ed in particolare:

- se in relazione ad un «*favorevole provvedimento amministrativo annullato in sede giurisdizionale*» sia possibile configurare un «*legittimo e qualificato affidamento*» tutelabile con un'azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione;

- in caso positivo, in presenza di quali condizioni ed entro quali limiti può riconoscersi al privato un diritto al risarcimento per lesione dell'affidamento incolpevole, con particolare riferimento all'ipotesi di

aggiudicazione definitiva di appalto di lavori, servizi o forniture successivamente revocata a seguito di una pronuncia giudiziale.

DIRITTO

1. Alla prima questione deferita, relativa alla possibilità che il provvedimento amministrativo possa essere per il soggetto beneficiario fonte di un «*legittimo e qualificato affidamento*», la cui lesione per effetto del successivo annullamento in sede giurisdizionale lo legittimi a domandare il risarcimento del danno nei confronti dell'amministrazione, deve essere data risposta affermativa.

2. L'affidamento nella legittimità dei provvedimenti dell'amministrazione e più in generale sulla correttezza del suo operato è riconosciuto dalla risalente giurisprudenza di questa Adunanza plenaria come situazione giuridica soggettiva tutelabile attraverso il rimedio del risarcimento del danno. L'affermazione di principio può essere fatta risalire alla sentenza del 5 settembre 2005, n. 6, in un caso analogo a quello oggetto di controversia nel presente giudizio, in cui l'impresa aggiudicataria di una procedura di affidamento di un appalto pubblico aveva chiesto la condanna al risarcimento dei danni nei confronti dell'amministrazione che aveva legittimamente revocato la gara. Sul presupposto che nell'applicare le norme sull'evidenza pubblica quest'ultima è anche soggetta alle «*norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune*», e malgrado la legittimità dell'intervento in autotutela, l'Adunanza plenaria ha riconosciuto il risarcimento per la lesione dell'affidamento maturato dall'aggiudicataria sulla conclusione del contratto, una volta che la sua offerta era stata selezionata in gara come la migliore ed era stato emesso a suo favore il provvedimento

definitivo. Negli stessi termini l'Adunanza plenaria si è più di recente espressa con la sentenza 4 maggio 2018, n. 5.

3. Secondo i principi formulati nei precedenti ora richiamati, le regole di legittimità amministrativa e quelle di correttezza operano su piani distinti, uno relativo alla validità degli atti amministrativi e l'altro concernente invece la responsabilità dell'amministrazione e i connessi obblighi di protezione in favore della controparte. Oltre che distinti, i profili in questione sono autonomi e non in rapporto di pregiudizialità, nella misura in cui l'accertamento di validità degli atti impugnati non implica che l'amministrazione sia esente da responsabilità per danni nondimeno subiti dal privato destinatario degli stessi. L'«*ordinaria possibilità che una responsabilità da comportamento scorretto sussista nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo che conclude il procedimento*» è stata in particolare affermata dalla citata pronuncia di questa Adunanza plenaria 4 maggio 2018, n. 5, in cui si è anche precisato che la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nelle procedure di affidamento di contratti pubblici è una responsabilità «*da comportamento illecito, che spesso non si traduce in provvedimenti illegittimi, ma, per molti versi, presuppone la legittimità dei provvedimenti che scandiscono la parabola procedurale*».

4. Più di recente la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha statuito, con affermazione di carattere generale, che l'affidamento «*è un principio generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività*» (Cons. Stato, VI, 13 agosto 2020, n. 5011). Pur sorto nei rapporti di diritto civile, con lo scopo di tutelare la buona fede ragionevolmente riposta sull'esistenza di una situazione

apparentemente corrispondente a quella reale, da altri creata (e di cui sono applicazioni concrete, tra le altre, la "regola possesso vale titolo" ex art. 1153 cod. civ., l'acquisto dall'erede apparente di cui all'art. 534 cod. civ., il pagamento al creditore apparente ex art. 1189 cod. civ. e l'acquisto di diritto di diritti dal titolare apparente ex artt. 1415 e 1416 cod. civ.), l'affidamento è ormai considerato canone ordinatore anche dei comportamenti delle parti coinvolte nei rapporti di diritto amministrativo, ovvero quelli che si instaurano nell'esercizio del potere pubblico, sia nel corso del procedimento amministrativo sia dopo che sia stato emanato il provvedimento conclusivo.

5. A conferma della descritta evoluzione si pone l'art. 1, comma 2-*bis*, della legge 7 agosto 1990, n. 241, il quale dispone che: «(i) *rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai princìpi della collaborazione e della buona fede*» [comma aggiunto dall'art. 12, comma 1, lettera 0a), legge 11 settembre 2020, n. 120; di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali*»]. La disposizione ora richiamata ha positivizzato una regola di carattere generale dell'agire pubblicistico dell'amministrazione, che trae fondamento nei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento (art. 97, comma 2, Cost.) e che porta a compimento la concezione secondo cui il procedimento amministrativo - forma tipica di esercizio della funzione amministrativa - è il luogo di composizione del conflitto tra l'interesse pubblico primario e gli altri interessi, pubblici e privati, coinvolti nell'esercizio del primo. Per il migliore esercizio della discrezionalità amministrativa il procedimento necessita pertanto dell'apporto dei soggetti a vario titolo interessati, nelle forme previste

dalla legge sul procedimento del 7 agosto 1990, n. 241. Concepito in questi termini, il dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede ha quindi portata bilaterale, perché sorge nell'ambito di una relazione che, sebbene asimmetrica, è nondimeno partecipata; ed in ragione di ciò esso si rivolge all'amministrazione e ai soggetti che a vario titolo intervengono nel procedimento.

6. A fronte del dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede possono pertanto sorgere aspettative, che per il privato istante si indirizzano all'utilità derivante dall'atto finale del procedimento, la cui frustrazione può essere per l'amministrazione fonte di responsabilità. Inoltre la lesione dell'aspettativa può configurarsi non solo in caso di atto legittimo, come nella fattispecie decisa dall'Adunanza plenaria nelle sopra menzionate sentenze del 6 settembre 2005, n. 6, e del 4 maggio 2018, n. 5, ma anche nel caso di atto illegittimo, poi annullato in sede giurisdizionale. Anche in questa seconda ipotesi può infatti darsi il caso che il soggetto beneficiario dell'atto per sé favorevole abbia maturato un'aspettativa ragionevole alla sua stabilità, che dunque può essere ingiustamente lesa per effetto dell'annullamento in sede giurisdizionale.

7. Sulla base di tutto quanto finora considerato può dunque essere affermato il seguente principio di diritto: «*nei rapporti di diritto amministrativo, inerenti al pubblico potere, è configurabile un affidamento del privato sul legittimo esercizio di tale potere e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede, fonte per quest'ultima di responsabilità non solo per comportamenti contrari ai canoni di origine civilistica ora richiamati, ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi*».

8. Con riguardo all'ulteriore questione posta nella presente sede nomofilattica, concernente i limiti entro cui può essere riconosciuto il risarcimento per lesione dell'affidamento, con particolare riguardo all'ipotesi di aggiudicazione definitiva di appalto di lavori, servizi o forniture, successivamente revocata a seguito di una pronuncia giudiziale, deve in primo luogo essere precisato che questo settore dell'attività della pubblica amministrazione è quello in cui tradizionalmente e più volte è stata riconosciuta la responsabilità di quest'ultima. Le ragioni alla base dell'orientamento di giurisprudenza favorevole al privato venutosi a creare in questo settore si spiega sulla base del fatto che, sebbene svolta secondo i moduli autoritativi ed impersonali dell'evidenza pubblica, l'attività contrattuale dell'amministrazione è nello stesso tempo inquadrabile nello schema delle trattative prenegoziali, da cui deriva quindi l'assoggettamento al generale dovere di «*comportarsi secondo buona fede*» enunciato dall'art. 1337 del codice civile (come chiarito dall'Adunanza plenaria nelle sopra citate pronunce del 5 settembre 2005, n. 6, e del 4 maggio 2018, n. 5).

9. Per comune acquisizione di diritto civile, la tutela risarcitoria per responsabilità precontrattuale è posta a presidio dell'interesse a non essere coinvolto in trattative inutili, e dunque del più generale interesse di ordine economico a che sia assicurata la serietà dei contraenti nelle attività preparatorie e prodromiche al perfezionamento del vincolo negoziale. La reintegrazione per equivalente è pertanto ammessa non già in relazione all'interesse positivo, corrispondente all'utile che si sarebbe ottenuto dall'esecuzione del contratto, riconosciuto invece nella responsabilità da inadempimento, ma dell'interesse negativo, con il quale sono

ristorate le spese sostenute per le trattative contrattuali e la perdita di occasioni contrattuali alternative, secondo la dicotomia ex art. 1223 cod. civ. danno emergente – lucro cessante.

10. Applicata all'evidenza pubblica, la responsabilità precontrattuale sottopone l'amministrazione alla duplice soggezione alla legittimità amministrativa e agli obblighi di comportamento secondo correttezza e buona fede, i quali costituiscono, come in precedenza esposto, profili tra loro autonomi, e da cui può rispettivamente derivare l'annullamento degli atti adottati nella procedura di gara e le responsabilità per la sua conduzione (da ultimo in questo senso: Cons. Stato, V, 12 luglio 2021, n. 5274; 12 aprile 2021, n. 2938; 2 febbraio 2018, n. 680).

11. Nei rapporti di diritto civile, affinché un affidamento sia legittimo occorre tuttavia che esso sia fondato su un livello di definizione delle trattative tale per cui la conclusione del contratto, di cui sono già stati fissati gli elementi essenziali, può essere considerato come uno sbocco prevedibile, e rispetto al quale il recesso dalle trattative, in linea di principio libero, risulti invece ingiustificato sul piano oggettivo e integrante una condotta contraria al dovere di buona fede ex art. 1337 cod. civ. (*ex multis*: Cass. civ., II, 15 aprile 2016, n. 7545; III, 29 marzo 2007, n. 7768).

12. Analogamente, per diffusa opinione nella giurisprudenza amministrativa (da ultimo: Cons. Stato, II, 20 novembre 2020, n. 7237), l'affidamento è legittimo quando sia stata pronunciata l'aggiudicazione definitiva, cui non abbia poi fatto seguito la stipula del contratto, ed ancorché ciò sia avvenuto nel legittimo esercizio dei poteri della stazione appaltante. L'aggiudicazione è dunque considerato il punto di emersione dell'affidamento ragionevole,

tutelabile pertanto con il rimedio della responsabilità precontrattuale. Il recesso ingiustificato assume i connotati provvedimentali tipici della revoca o dell'annullamento d'ufficio della gara, che interviene a vanificare l'aspettativa dell'aggiudicatario alla stipula del contratto e che, pur legittimo, non vale quindi ad esonerare l'amministrazione da responsabilità per avere inutilmente condotto una procedura di gara fino all'atto conclusivo ed avere così ingenerato e fatto maturare il convincimento della sua positiva conclusione con la stipula del contratto d'appalto.

13. In senso parzialmente diverso si è espressa la Cassazione civile. Con sentenza in data 3 luglio 2014, n. 15260 (Sezione I) la Suprema Corte ha affermato che l'affidamento del concorrente ad una procedura di affidamento di un contratto pubblico è tutelabile «*indipendentemente da un affidamento specifico alla conclusione del contratto*»; la stazione appaltante è quindi responsabile sul piano precontrattuale «*a prescindere dalla prova dell'eventuale diritto all'aggiudicazione del partecipante*».

14. L'apparente contrasto rispetto agli approdi della giurisprudenza amministrativa deve tuttavia essere ridimensionato, avuto riguardo al fatto che il caso deciso dalla Cassazione riguardava il concorrente primo classificato in una procedura di gara poi annullata in sede giurisdizionale amministrativa su ricorso di un altro concorrente. La stessa giurisprudenza amministrativa non si è del resto arroccata su rigidi apriorismi, ma con criterio elastico – che questa Adunanza plenaria ritiene condivisibile – ha negato rilievo dirimente all'intervenuta aggiudicazione definitiva, laddove ha in particolare affermato che la verifica di un affidamento ragionevole sulla conclusione positiva della procedura di gara va svolta in concreto, in ragione del fatto 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» (Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831).

15. Nella medesima prospettiva di un accertamento in concreto degli elementi costitutivi della responsabilità precontrattuale si è del resto espressa questa Adunanza plenaria nella più volte richiamata sentenza 4 maggio 2018, n. 5, secondo cui la responsabilità precontrattuale può insorgere «*anche prima dell'aggiudicazione e possa derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai più volte richiamati doveri di correttezza e buona fede*». Più in generale, l'Adunanza plenaria ha precisato che la tutela civilistica della responsabilità precontrattuale, pur nel quadro del principio generale dell'autonomia negoziale delle parti, ivi compresa l'amministrazione, opera nel senso di assicurare la serietà delle trattative finalizzate alla conclusione del contratto, per cui essa costituisce il punto di equilibrio: «*tra la libertà contrattuale della stazione appaltante e la discrezionalità nell'esercizio delle sue prerogative pubblicistiche da una parte, rispetto del limite della correttezza e della buona fede, dall'altro*», tenuto conto che ciascun contraente assume «*un ineliminabile margine di rischio in ordine alla conclusione del contratto*» e che dunque non può confidare sempre sulla positiva conclusione delle trattative, ma solo quando queste abbiano raggiunto un grado di sviluppo tale da rendere ragionevolmente prevedibile la stipula del contratto.

16. Individuato un primo requisito dell'affidamento tutelabile nella sua ragionevolezza e nel correlato carattere ingiustificato del recesso,

il secondo consiste nel carattere colposo della condotta dell'amministrazione, nel senso che la violazione del dovere di correttezza e buona fede deve esserle imputabile quanto meno a colpa, secondo le regole generali valevoli in materia di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 cod. civ. (in questo senso va ancora richiamato Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5).

17. A sua volta non deve essere inficiato da colpa l'affidamento del concorrente. Sul punto va richiamato l'art. 1338 cod. civ., il quale assoggetta a responsabilità precontrattuale la «*parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte*», ed in base al quale viene escluso il risarcimento se la conoscenza di una causa invalidante il contratto è comune ad entrambe le parti che conducono le trattative, poiché nessuna legittima aspettativa di positiva conclusione delle trattative può mai dirsi sorta (in questo senso, di recente: Cass. civ, III, 18 maggio 2016, n. 10156; sez. lav., ord. 31 gennaio 2020, n. 2316; sent. 5 febbraio 2016, n. 2327).

18. Il profilo in esame ha rilievo rispetto al potere di annullamento d'ufficio della procedura di gara, ai sensi dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, che opera in modo distinto rispetto alla revoca ai sensi dell'art. 21-*quinquies* della medesima legge sul procedimento amministrativo, perché interviene non già come rivalutazione dell'interesse pubblico sotteso all'affidamento del contratto, secondo l'ampia definizione del potere di revoca data dalla disposizione da ultimo richiamata, ma per rimuovere un vizio di legittimità degli atti della procedura di gara. Se pertanto il motivo di illegittimità che ha determinato la stazione appaltante ad annullare in autotutela la gara è conoscibile dal concorrente, la responsabilità della prima deve

escludersi (in questo senso: Cons. Stato, V, 23 agosto 2016, n. 3674, che ha affermato al riguardo che «*al fine di escludere la risarcibilità del pregiudizio patito dal privato a causa dell'inescusabilità dell'ignoranza dell'invalidità dell'aggiudicazione, che il giudice deve verificare in concreto se il principio di diritto violato sia conosciuto o facilmente conoscibile da qualunque cittadino mediamente avveduto, tenuto conto dell'univocità dell'interpretazione della norma di azione e della conoscenza e conoscibilità delle circostanze di fatto cui la legge ricollega l'invalidità*»).

19. Peraltro, l'elemento della colpevolezza dell'affidamento si modula diversamente nel caso in cui l'annullamento dell'aggiudicazione non sia disposto d'ufficio dall'amministrazione ma in sede giurisdizionale. In questo secondo caso emergono con tutta evidenza i caratteri di specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto comune, tra cui la centralità che nel primo assume la tutela costitutiva di annullamento degli atti amministrativi illegittimi, contraddistinta dal fatto che il beneficiario di questi assume la qualità di controinteressato nel relativo giudizio. Con l'esercizio dell'azione di annullamento quest'ultimo è quindi posto nelle condizioni di conoscere la possibile illegittimità del provvedimento a sé favorevole, per giunta entro il ristretto arco temporale dato dal termine di decadenza entro cui ai sensi dell'art. 29 cod. proc. amm. l'azione deve essere proposta, e di difenderlo. La situazione che viene così a crearsi induce per un verso ad escludere un affidamento incolpevole, dal momento che l'annullamento dell'atto per effetto dell'accoglimento del ricorso diviene un'evenienza non imprevedibile, di cui il destinatario non può non tenere conto ed addirittura da questo avversata allorché deve resistere all'altrui

ricorso; per altro verso porta ad ipotizzare un affidamento tutelabile solo prima della notifica dell'atto introduttivo del giudizio.

20. In conclusione, sulle ulteriori questioni deferite in sede nomofilattica può essere affermato il seguente principio di diritto: «*nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, derivante dalla violazione imputabile a sua colpa dei canoni generali di correttezza e buona fede, postula che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto, da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura, e che questo affidamento non sia a sua volta inficiato da colpa*».

21. Ciò precisato in termini generali, nel caso controverso si verte in un caso di revoca dell'aggiudicazione adottata dall'amministrazione in esecuzione della pronuncia di annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento conclusivo. Come esposto in precedenza, l'annullamento è stato pronunciato su ricorso dell'unico altro concorrente, partecipante alla gara in raggruppamento temporaneo di imprese, inizialmente escluso dal Comune di Carinola per avere fatto svolgere dalla sola capogruppo il sopralluogo sui luoghi di esecuzione dell'appalto e la visione della documentazione di gara. L'esclusione è stata tuttavia ritenuta illegittima, tra l'altro, perché nessun obbligo in questo senso era ricavabile dal bando di gara, giudicato invece ambiguo sul punto. Su questa base la sentenza di primo grado del presente giudizio risarcitorio per responsabilità precontrattuale ha considerato l'amministrazione passibile di tale addebito per l'«*erronea formulazione delle regole del bando*», sufficiente ad integrare una «*violazione del dovere di correttezza e buona fede*», fonte dell'«*ingiusto sacrificio dell'affidamento ingenerato nella ricorrente quale aggiudicataria della gara annullata in via giurisdizionale*».

22. Alla luce dei principi di diritto sopra affermati la Sezione rimettente, cui il presente giudizio va restituito ai sensi dell'art. 99, comma 4, cod. proc. amm., dovrà considerare che, come chiarito da questa Adunanza plenaria nella sentenza 4 maggio 2018, n. 5, non ogni illegittimità della normativa di gara è sufficiente per fondare un addebito di responsabilità precontrattuale nei confronti dell'amministrazione, dal momento che la partecipazione ad una procedura di gara non fonda per ciò sola una legittima aspettativa di aggiudicazione e di stipula del contratto, per cui va escluso al riguardo ogni automatismo.

Inoltre, se è vero che l'aggiudicazione è il punto di emersione di un affidamento legittimo e incolpevole, è altrettanto vero che l'ambiguità della procedura di gara non ha nuociuto alla ricorrente nel presente giudizio risarcitorio Coop. MI.RU., malgrado la prospettazione a base del ricorso si fondi su tale fatto, ma casomai all'unica altra concorrente, vittoriosa poi nel giudizio di annullamento. Quale originaria aggiudicataria definitiva la medesima Coop. MI.RU. ha infatti assunto il ruolo di controinteressata nel giudizio di annullamento ed in tale qualità, oltre ad acquisire consapevolezza della caducità del provvedimento conclusivo a sé favorevole, ha inoltre potuto difendere la legittimità delle clausole del bando di gara che hanno comportato l'esclusione dell'altro concorrente.

Da ultimo, si dovrà considerare che in presenza di un ricorso per l'annullamento degli atti di gara neppure l'esecuzione anticipata dei lavori ordinata dall'amministrazione può di per sé essere sintomatica di un affidamento tutelabile sul piano precontrattuale, posto che per questa ipotesi l'ordinamento giuridico prevede un tutela di tipo

indennitario, ovvero un rimborso delle spese sostenute dall'esecutore (art. 11, comma 9, dell'allora vigente codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; ora art. 32, comma 8, del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50). Si tratta dunque di una responsabilità dell'amministrazione per fatto lecito, logicamente incompatibile con quella da illecito extracontrattuale invece azionata nel presente giudizio, in relazione alle quali sembrano quindi profilarsi *causae petendi* diverse.

23. Sugli aspetti ora esaminati la Sezione rimettente, alla quale è rimessa anche la regolamentazione delle spese di giudizio, dovrà dunque svolgere i necessari accertamenti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, afferma i principi di diritto indicati in motivazione e per il resto restituisce il giudizio alla Sezione rimettente.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 14 luglio 2021 e 19 ottobre 2021, con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Luigi Maruotti, Presidente

Carmine Volpe, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Michele Corradino, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Massimiliano Noccelli, Consigliere

IL PRESIDENTE
Filippo Patroni Griffi

L'ESTENSORE **IL SEGRETARIO**
Fabio Franconiero