

Il Consiglio di Stato sottopone ancora una volta all'esame della Plenaria la questione se il soggetto beneficiario di un provvedimento favorevole annullato in sede giurisdizionale possa utilmente invocare o meno – e in che misura – il risarcimento del danno da lesione dell'affidamento.

Consiglio di Stato, sezione II, ordinanza 6 aprile 2021, n. 2753 – Pres. Contessa, Est. Frigida

Responsabilità civile – Pubblica amministrazione – Danno da provvedimento amministrativo favorevole annullato – Deferimento all'Adunanza plenaria

Vanno deferite all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato le seguenti questioni:

1) Se l'interessato – a prescindere dalle valutazioni circa la sussistenza in concreto della colpa della pubblica amministrazione, del danno in capo al privato e del nesso causale tra l'annullamento e la lesione – possa in astratto vantare un legittimo e qualificato affidamento su un favorevole provvedimento amministrativo annullato in sede giurisdizionale, idoneo a fondare un'azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione.

2) 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 (1).

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna, la seconda sezione del Consiglio di Stato ha posto il tema della risarcibilità dell'affidamento determinato da un provvedimento favorevole poi annullato in sede giurisdizionale, con specifico riferimento a una procedura volta all'affidamento di un contratto pubblico.

L'ordinanza segue analogo deferimento disposto, *in parte qua*, dalla medesima sezione con ordinanza 9 marzo 2021, n. 2013 (oggetto della News US in data 26 marzo 2021 alla quale si rinvia per ogni ulteriore approfondimento riferito ai profili di giurisdizione), e pone le basi per un intervento nomofilattico della Plenaria volto a delineare il quadro sistematico di riferimento.

II. – La vicenda contenziosa che ha condotto al giudizio dinanzi al giudice d'appello si è articolata nelle fasi di seguito descritte:

- a) all'esito dell'aggiudicazione di una gara disposta dal Comune di Carinola, taluni soggetti partecipanti alla gara hanno proposto domanda di annullamento la quale è stata rigettata con sentenza del T.a.r. per la Campania, sez. VIII, 20 luglio 2007, n. 6857;

- b) tale sentenza – avverso alla quale è stato interposto appello – è stata riformata con sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 9 dicembre 2008, n. 6058, con conseguente accoglimento del ricorso di primo grado ed annullamento dell'impugnata aggiudicazione;
- c) il Comune ha, quindi, preso atto della pronuncia di annullamento ed ha, a sua volta, formalmente revocato l'aggiudicazione definitiva della gara;
- d) con successivo ricorso, l'originaria aggiudicataria ha chiesto condannarsi l'amministrazione al risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale, limitato al solo interesse negativo: in accoglimento della stessa domanda, con sentenza T.a.r per la Campania, sez. VIII, 3 ottobre 2012, n. 4017, il Comune di Carinola – in considerazione che l'affidamento asseritamente ingenerato si sostanzierebbe nella buona fede dell'impresa interessata all'effettivo conseguimento dell'*utilitas* rappresentata dall'aggiudicazione e che siffatto affidamento sarebbe derivato da un comportamento colpevole dell'ente pubblico – è stato condannato al risarcimento del danno, con quantificazione della somma dovuta ai sensi dell'art. 34, comma 3, cod. proc. amm.;
- e) la parte pubblica ha, quindi, proposto appello avverso detta sentenza censurandone la statuizione di condanna per equivalente e, nel relativo giudizio, si è innestato il deferimento all'Adunanza plenaria di cui trattasi.

III. – Con l'ordinanza in rassegna il Collegio, giunge alla elaborazione dei quesiti sopra riportati sulla base del seguente percorso argomentativo:

- f) tra le due opzioni interpretative in tema di risarcibilità dell'affidamento determinato da un provvedimento favorevole poi annullato in sede giurisdizionale (quanto all'orientamento negativo, tra le diverse, Cons. Stato, sez. IV, sentenza 29 ottobre 2014, n. 5346, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 181, con nota di D'ANGELO; quanto all'orientamento favorevole, *ex aliis*, Cons. Stato, sez. IV, 20 dicembre 2017, n. 5980, in *Foro amm.*, 2017, 2384, entrambe citate nell'ordinanza in rassegna), deve aderirsi a quello che esclude detta risarcibilità;
- g) l'affidamento è un istituto giuridico che taglia trasversalmente l'intero ordinamento giuridico e senza dubbio assume rilievo nei rapporti tra i privati e le pubbliche amministrazioni, anche nelle fattispecie in cui vi è esercizio di potere di natura pubblicistica;
- h) l'affidamento non è un diritto soggettivo, come, invece, autorevolmente sostenuto da parte della giurisprudenza, bensì una situazione giuridica soggettiva dai tratti peculiari propri, idonea a fondare una particolare responsabilità, che si colloca tra il contratto e il torto civile;

- i) per aversi un affidamento giuridicamente tutelabile in capo al privato, occorre, in ogni caso:
 - i1) da un lato, una condotta della pubblica amministrazione connotata da mala fede o da colpa in grado di far sorgere nell'interessato, versante in una condizione di totale buona fede, un'aspettativa al conseguimento di un bene della vita;
 - i2) dall'altro, che la fiducia riposta dall'interessato in un esito del procedimento amministrativo a lui favorevole sia ragionevole e non colposamente assunta come fondata in assenza di valide ragioni giustificatrici;
- j) ai fini della sussistenza dell'affidamento legittimo (rilevante ai fini del riconoscimento di una responsabilità di tipo precontrattuale), il privato che ha interloquuto con la pubblica amministrazione non soltanto non deve averla condotta dolosamente o colposamente in errore, ma deve vantare un'aspettativa qualificata, ovverosia basata su una pretesa legittima alla luce del quadro ordinamentale applicabile al caso di specie;
- k) nelle ipotesi in cui il provvedimento favorevole al privato sia revocato in esecuzione di una pronuncia giudiziale, l'eventuale affidamento del privato (ammesso che vi sia) sarebbe pregiudicato non da una condotta dell'amministrazione, la quale non ha modificato unilateralmente, *melius re perpensa* o alla luce di sopravvenienze, l'assetto d'interessi precedentemente delineato nell'esercizio del suo potere pubblicistico, ma, in sostanza, da un provvedimento emanante dal potere giurisdizionale, nei cui confronti non può esserci in radice, per la natura terza del giudice, alcuna aspettativa qualificata – e dunque tutelabile mediante ristoro patrimoniale – all'accoglimento delle proprie ragioni;
- l) ne discende che la soccombenza in sede giurisdizionale non può mai ridondare in una lesione di un affidamento legittimo, idonea a fondare una domanda risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione;
- m) conclusivamente, in ragione dei contrapposti orientamenti giurisprudenziali volti, per un verso, a ritenere risarcibile o meno l'affidamento generato dal provvedimento favorevole poi annullato, vanno deferite all'Adunanza plenaria le seguenti questioni:
 - m1) se il soggetto interessato – a prescindere dalle valutazioni circa la sussistenza in concreto della colpa della pubblica amministrazione, del danno in capo al privato e del nesso causale tra l'annullamento e la lesione – possa in astratto vantare un legittimo e qualificato affidamento su un favorevole provvedimento amministrativo annullato in sede giurisdizionale, idoneo a fondare un'azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione;

m2) 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.

IV. – Per completezza si segnala:

n) sul diritto al risarcimento da lesione dell'affidamento verso un provvedimento amministrativo illegittimo, poi annullato in sede giurisdizionale:

n1) per l'indirizzo non favorevole: I) Cons. Stato, sez. IV, sentenza 29 ottobre 2014, n. 5346, cit., secondo cui *“Posto che anche nel diritto amministrativo sono applicabili i principi generali in virtù dei quali l'ignoranza della legge non scusa e non può fondatamente chiedere il risarcimento dei danni chi ne abbia con sua colpa cagionato la sua verifica, non può dolersi di aver subito un danno chi - per una qualsiasi evenienza e con un provvedimento espresso, ovvero a seguito di un silenzio assenso o una s.c.i.a. - abbia ottenuto un titolo abilitativo presentando un progetto oggettivamente non assentibile: in tal caso, infatti, il richiedente sotto il profilo soggettivo ha manifestato quanto meno una propria colpa (nel presentare il progetto assentibile soltanto contra legem) e sotto il profilo oggettivo attiva con efficacia determinante il meccanismo causale idoneo alla verifica del danno (in applicazione del principio di diritto enunciato è stata rigettata la domanda di risarcimento del danno avanzata dal costruttore che si lamentava del ritardo dell'amministrazione comunale nel pronunciarsi sulle istanze di condono avanzate conseguentemente all'annullamento in sede giurisdizionale delle concessioni edilizie inizialmente assentite, ancorché presentate in contrasto con gli strumenti urbanistici)”*; sez. II) Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2014, n. 183 (in *Giornale dir. amm.*, 2014, 704, con nota di MAGRI; *Guida al dir.*, 2014, 7, 66, con nota di CORRADO; *Danno e resp.*, 2014, 939, con nota di MAZZOLA), citata nell'ordinanza in rassegna, secondo cui *“In tema di lesione dell'interesse legittimo imputato ad un provvedimento favorevole illegittimo che venga successivamente annullato in sede giurisdizionale, e in assenza di altra statuizione di legge, trovano applicazione i principi relativi all'illecito aquiliano”*;

n2) per l'indirizzo favorevole: I) Cons. Stato, sez. IV, 20 dicembre 2017, n. 5980, cit., secondo cui *“Quando il risarcimento è fondato sulla lesione dell'affidamento in conseguenza dell'emanazione di un atto illegittimo perché annullato in autotutela o in via giurisdizionale, non ci si duole del danno derivante dall'illegittimo esercizio di un potere amministrativo in senso sfavorevole al privato, bensì di un comportamento conseguenza del precedente esercizio del potere amministrativo in*

*favore del danneggiato; pertanto, il provvedimento amministrativo - che aveva concesso il diritto ad edificare e che, perché illegittimo, legittimamente è stato posto nel nulla e quindi non rileva più come provvedimento che rimuove un ostacolo all'esercizio di un diritto - continua a rilevare per il proprietario del fondo o il titolare di altro diritto, che lo abilita a costruire sul fondo, esclusivamente quale mero comportamento degli organi che hanno provveduto al suo rilascio, integrando così, ex art. 2043 c.c., gli estremi di un atto illecito per violazione del principio del *neminem laedere*, imputabile alla p.a. e in virtù del principio di immedesimazione organica, per avere tale atto con la sua apparente legittimità ingenerato nel suo destinatario l'incolpevole convincimento, avendo questo il diritto di fare affidamento sulla legittimità dell'atto amministrativo e, quindi, sulla correttezza dell'azione amministrativa) di poter legittimamente procedere alla edificazione del fondo"; II) T.a.r. per la Campania, sez. VIII, 3 ottobre 2012, n. 4017 (in *Urbanistica e appalti*, 2013, 93, con nota di CAPUTO), citata nell'ordinanza in rassegna, secondo cui "La colpevole negligenza nella stesura del bando, causa d'annullamento dell'aggiudicazione, integra gli estremi della responsabilità precontrattuale della stazione appaltante"; III) Cons. Stato, sez. VI, 5 settembre 2011, n. 5002 (in *Urbanistica e appalti*, 2012, 66, con nota di QUADRI; *Giornale dir. amm.*, 2012, 493 (m), con nota di VITALE), citata nell'ordinanza in rassegna, secondo cui "Anche se la revoca della gara è legittima, sussiste tuttavia la responsabilità precontrattuale della p.a. per la violazione dei doveri di lealtà e di buona fede di cui all'art. 1337 c.c., a causa degli affidamenti ingenerati nei concorrenti, che solo a procedura quasi ultimata hanno appreso delle risalenti intese tra i ministeri che hanno condotto all'esito contestato, perché, subito dopo la pubblicazione del bando di gara, era già emerso un orientamento oggettivamente contrastante con le scelte operate e sfociate nell'indizione della gara, più volte rinviata, fino alla revoca";*

- o) sul rapporto tra affidamento ed esercizio di poteri di stampo pubblicitario: Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5 (in *Foro it.*, 2018, III, 453, con nota di MIRRA; *Giur. it.*, 2018, 1983 (m), con nota di COMPORTI; *Corriere giur.*, 2018, 1547, con nota di TRIMARCHI BANFI; *Urbanistica e appalti*, 2018, 639, con nota di GIAGNONI; *Appalti & Contratti*, 2018, 5, 67 (m), con nota di USAI; *Guida al dir.*, 2018, 23, 88, con nota di CLARICH, FONDERICO; *Resp. civ. e prev.*, 2018, 1594, con nota di FOÀ, RICCIARDO CALDERARO; *Rass. avv. Stato*, 2019, 1, 160, con nota di IZZI; *Riv. trim. appalti*, 2019, 1071 (m), con nota di BEVIVINO, citata nell'ordinanza in rassegna, secondo cui "Posto che anche nello svolgimento dell'attività autoritativa l'amministrazione è tenuta a rispettare, oltre alle norme di diritto pubblico, le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e

correttezza, la loro violazione può configurare una responsabilità da comportamento scorretto, che incide sul diritto soggettivo dei privati di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali”;

- p) sulla responsabilità della pubblica amministrazione in tema di affidamento di contratti pubblici nell’ordinamento UE: Corte di giustizia UE, 30 settembre 2010, C-314/09, *Graz Stadt* (in *Urbanistica e appalti*, 2011, 398, con nota di GIOVAGNOLI; *Giur. it.*, 2011, 664 (m), con nota di CIMINI; *Riv. amm. appalti*, 2010, 188 (m), con nota di TOMASSI; *Dir. e pratica amm.*, 2011, 1, 52 (m), con nota di CONTESSA; *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, 3014 (m), con nota di FELIZIANI), citata nell’ordinanza in rassegna.