

Pubblicato il 29/11/2021

N. 00020/2021REG.PROV.COLL.

N. 00012/2021 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 12 di A.P. del 2021, proposto da Comune di Numana, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Maurizio Miranda, con domicilio digitale p.e.c. tratto da registri di giustizia;

contro

Emanuela Bacchilega, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Minguzzi e Alessandra Ranci, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Aurelio Giunchi, in Roma, via Carlo Alberto 8;

per la risoluzione delle questioni di diritto deferite ex art. 99 cod. proc.

amm.

con ordinanza della IV Sezione del Consiglio di Stato 11 maggio 2021, n. 3701, emessa nel giudizio d'appello contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per le Marche, n. 268/2020, resa tra le parti, concernente la domanda di risarcimento dei danni subiti a causa dell'annullamento di un permesso di costruire;

Vista l'ordinanza della IV 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 e uditi per le parti gli avvocati delle parti collegatisi da remoto, come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con l'ordinanza indicata in epigrafe la IV 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, sulle quali ha ravvisato, ai sensi dell'art. 99, comma 1, cod. proc. amm., orientamenti contrastanti della giurisprudenza amministrativa.

2. Le questioni deferite sono sorte in un contenzioso promosso dalla signora Emanuela Bacchilega per la condanna del Comune di Numana al risarcimento dei danni subiti in conseguenza dell'annullamento del permesso di costruire in data 11 marzo 2008 a favore di una porzione di un lotto di terreno sito in località Marcelli del medesimo Comune di mq 362, identificata al NCEU al foglio 7, particella 1858, che la ricorrente aveva acquistato con rogito notarile in data 28 marzo 2008, ottenendo così la voltura del titolo ad edificare. L'annullamento di quest'ultimo è stato pronunciato su ricorso della proprietaria confinante signora Alessandra Cianini in Bordoni, promosso nei confronti del dante causa della ricorrente signora

Bacchilega, signor Paolo Alfieri (sentenza del Tribunale amministrativo regionale per le Marche 2011, n. 630, confermata da questo Consiglio di Stato, IV, 19 giugno 2014, n. 3114). Con le citate pronunce il titolo a costruire è stato annullato in via derivata rispetto alla variante generale al piano regolatore, di cui alla delibera del consiglio comunale del 27 aprile 2006, n. 23, con cui, in accoglimento di un'osservazione presentata dallo stesso signor Alfieri, al lotto era stata impressa la destinazione edificatoria.

3. Risultato vano il tentativo dell'amministrazione comunale di sanare ai sensi dell'art. 38 T.U. Edilizia la situazione di abusività dell'edificazione venutasi a creare in conseguenza dell'annullamento del relativo titolo, contro il quale la signora Alessandra Cianini in Bordoni ha vittoriosamente esperito l'azione in ottemperanza al giudicato di annullamento (sentenza del Tribunale amministrativo regionale per le Marche 2015, n. 698), la signora Bacchilega ha agito nel presente giudizio per il risarcimento dei danni subiti per avere confidato in buona fede nella legittimità degli atti di pianificazione urbanistica e del conseguente permesso di costruire a suo favore poi annullati in sede giurisdizionale.

4. La domanda è stata accolta in primo grado dal Tribunale amministrativo regionale per le Marche, con sentenza in data 6 maggio 2020, n. 268.

5. Accertati i presupposti della responsabilità dell'amministrazione comunale - la «*colpa d'apparato*» consistita nell'adozione dell'illegittima variante urbanistica e il nesso di causalità tra questa e il relativo annullamento in sede giurisdizionale - la sentenza di primo grado ha condannato il Comune di Numana al risarcimento dei danni subiti dalla ricorrente, sul rilievo che quest'ultima «*aveva acquistato il terreno per realizzarvi una dimora estiva*» e «*non avrebbe verosimilmente acquistato un terreno di cui non era possibile la trasformazione edilizia*». La sentenza di primo grado ha quindi condannato il Comune di Numana al risarcimento dei danni consistenti nel maggior valore del terreno acquistato correlato alla sua illegittima destinazione edificatoria e nelle spese

sostenute per l'edificazione e per la successiva demolizione del fabbricato su di esso realizzato.

6. Per la riforma della sentenza il Comune di Numana, non costituitosi in primo grado, ha proposto appello. Per quanto ancora di interesse dopo il deferimento all'Adunanza plenaria l'amministrazione appellante ha contestato sia la giurisdizione amministrativa nella presente controversia risarcitoria, in cui risulterebbe lesa l'«*affidamento che il privato avrebbe riposto nella legittimità del provvedimento impugnato da altri*» (così nell'appello), sia i presupposti su cui si fonda la condanna al risarcimento pronunciata nei suoi confronti.

7. Sulle questioni così sintetizzate la IV Sezione ha ravvisato contrasti di giurisprudenza sia presso la Corte di Cassazione che presso questo stesso Consiglio di Stato ed ha pertanto formulato i seguenti quesiti:

- 1) se la domanda di risarcimento del danno «*formulata dall'avente causa del destinatario di una variante urbanistica*» annullata in sede giurisdizionale, e da cui sia derivato l'annullamento dei conseguenti permessi di costruire sia devoluta alla giurisdizione amministrativa, e «*più in generale*» se questa «*sussista sempre*» quando si debbano verificare le conseguenze risarcitorie dell'annullamento di un atto amministrativo, tanto su domanda del ricorrente vittorioso che del controinteressato soccombente;
- 2) nel merito, quando possa ravvisarsi «*un affidamento 'incolpevole' che possa essere posto a base di una domanda risarcitoria, anche in relazione al fattore 'tempo'*»;
- 3) in caso positivo, e dunque che «*si sia in presenza di un affidamento 'incolpevole'*», «*quando si possa escludere la rimproverabilità dell'Amministrazione*».

DIRITTO

1. La questione di giurisdizione deferita nella presente sede nomofilattica deve essere risolta nel senso che sussiste la giurisdizione amministrativa tanto sulle domande aventi ad oggetto le conseguenze risarcitorie dell'annullamento di un atto amministrativo, in sede di giurisdizione generale di legittimità, quanto nel caso di

specie, in cui la domanda risarcitoria sia proposta dal controinteressato soccombente in un giudizio di annullamento di provvedimenti della pubblica amministrazione nella materia *«urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio»*, devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. f), del codice del processo amministrativo.

2. In generale, la giurisdizione amministrativa ha fondamento costituzionale nella dicotomia diritti soggettivi – interessi legittimi (artt. 24 e 113 Cost.), alla quale nell'unità funzionale e non organica della giurisdizione nazionale corrisponde un giudice cui è naturalmente devoluta la cognizione: al giudice ordinario sui diritti soggettivi e al giudice amministrativo sugli interessi legittimi, fatte salve le materie di giurisdizione esclusiva, in cui è concentrata presso quest'ultimo la tutela di entrambe le situazioni, poiché nelle *«speciali materie»* ex art. 103 Cost. queste si presentano inestricabilmente intrecciate. Come ha statuito la Corte costituzionale (sentenza 26 luglio 2004, n. 204), il riparto ora descritto deriva dal recepimento nella Carta fondamentale dell'assetto venutosi a determinare nell'ordinamento pre-repubblicano. In questo, all'abolizione del contenzioso amministrativo e all'affermazione del principio del giudice unico, ordinario, in *«tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione»* (art. 2 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E), ha fatto seguito il “recupero” alla giurisdizione degli interessi ex art. 3 della medesima legge, affidati nella legge abolitiva del contenzioso alla cura esclusiva della pubblica amministrazione (e pertanto sottratti *«a qualsiasi controllo giurisdizionale»*: così la sentenza in esame), con l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato in base alla legge (31 marzo 1889, n. 5992) e il successivo riconoscimento di quest'ultimo come organo giurisdizionale (ai sensi della legge 7 marzo 1907, n. 62, istitutiva della V Sezione, in coerenza con quanto fu ritenuto dalla Corte di cassazione). La Corte costituzionale ha al riguardo affermato che con il riparto tra giudice ordinario e

giudice amministrativo sulla base della posizione giuridica soggettiva la Costituzione «ha riconosciuto al giudice amministrativo piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle situazioni soggettive non contemplate dal (modo in cui era stato inteso) l'art. 2 della legge del 1865; così come di questa legge ha, con quello che sarebbe diventato l'art. 113 Cost., recepito il principio – «fu per questo ritenuta una conquista liberale di grande importanza» – «per il quale, quando un diritto civile o politico viene leso da un atto della pubblica amministrazione, questo diritto si può far valere di fronte all'Autorità giudiziaria ordinaria, in modo che la pubblica amministrazione davanti ai giudici ordinari viene a trovarsi, in questi casi, come un qualsiasi litigante privato soggetto alla giurisdizione ... principio fondamentale che è stato completato poi con l'istituzione delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato ... dell'unicità della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione» (Calamandrei, *Assemblea, seduta pomeridiana del 27 novembre 1947*)» (sentenza 26 luglio 2004, n. 204; § 2.2 del “considerato in diritto”).

3. Nella prospettiva delineata dal proprio precedente la stessa Corte costituzionale ha in seguito precisato che non è vero che la giurisdizione è devoluta giudice ordinario «per ciò solo che la domanda proposta dal cittadino (nei confronti della pubblica amministrazione) abbia ad oggetto esclusivo il risarcimento del danno», dal momento che il risarcimento non è oggetto di un diritto soggettivo, ma è un rimedio (uno tra quelli previsti dall'ordinamento giuridico) a tutela delle posizioni giuridiche soggettive riconosciuto al singolo (sentenza 11 maggio 2006, n. 191); ed inoltre che il giudizio amministrativo «assicura la tutela di ogni diritto: e ciò non soltanto per effetto dell'esigenza, coerente con i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost., di concentrare davanti ad un unico giudice l'intera protezione del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica, ma anche perché quel giudice è idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa» (sentenza 27 aprile 2007, n. 140).

4. Del descritto assetto è espressione a livello normativo primario l'art. 7 del codice del processo amministrativo che al comma 1 devolve al giudice amministrativo la giurisdizione nelle controversie *«nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni»*; e al comma 7 declina il principio fondamentale di effettività (sancito dall'art. 1 cod. proc. amm.) nel senso che esso *«è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi»*.

5. Nella dicotomia diritti soggettivi – interessi legittimi si colloca anche l'affidamento.

Esso non è infatti una posizione giudica soggettiva autonoma distinta dalle due, sole considerate dalla Costituzione, ma ad esse può alternativamente riferirsi. Più precisamente, l'affidamento è un istituto che trae origine nei rapporti di diritto civile e che risponde all'esigenza di riconoscere tutela alla fiducia ragionevolmente riposta sull'esistenza di una situazione apparentemente corrispondente a quella reale, da altri creata. Dell'affidamento 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., il cui denominatore comune consiste nell'attribuire effetti all'atto compiuto dalla parte che in buona fede abbia pagato o contrattato con chi ha invece ricevuto il pagamento o alienato senza averne titolo.

6. Sorto in questo ambito, l'affidamento ha ad oggi assunto il ruolo di principio regolatore di ogni rapporto giuridico, anche quelli di diritto amministrativo.

E' in questo senso la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, che, con affermazione di carattere generale, ha statuito 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). Nella pronuncia ora richiamata non si è condiviso l'orientamento assolutamente prevalente nella giurisprudenza della Corte regolatrice secondo cui l'affidamento costituisce un diritto autonomo, con conseguente devoluzione al giudice ordinario delle controversie risarcitorie nei confronti della pubblica amministrazione per lesione da affidamento sulla stabilità del provvedimento favorevole poi annullato. Nella pronuncia in esame si è invece posto in rilievo che, in conformità alla sua origine quale istituto giuridico espressione di un principio più che di una situazione soggettiva, l'affidamento «contribuisce a fondare la costituzione di particolari rapporti giuridici e situazioni soggettive» e che nei rapporti con l'amministrazione essa si traduce nell'«aspettativa del privato alla legittimità del provvedimento amministrativo rilasciato», che se frustrata può essere fonte di responsabilità della prima.

7. Nella condivisibile prospettiva in cui si colloca la pronuncia ora in esame, che pure ha declinato la giurisdizione amministrativa in favore del giudice ordinario, in applicazione dei principi enunciati dalla Cassazione, SS.UU., nelle ordinanze del 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595 e 6596, la giurisdizione amministrativa va invece affermata quando l'affidamento abbia ad oggetto la stabilità del rapporto amministrativo, costituito sulla base di un atto di esercizio di un potere pubblico, e *a fortiori* quando questo atto afferisca ad una materia di giurisdizione esclusiva. La giurisdizione è devoluta al giudice amministrativo perché la “fiducia” su cui riposava la relazione giuridica tra amministrazione e privato, asseritamente lesa, si riferisce non già ad un comportamento privato o materiale - a un “mero comportamento” - ma al potere pubblico, nell'esercizio del quale l'amministrazione è tenuta ad

osservare le regole speciali che connotano il suo agire autoritativo e al quale si contrappongono situazioni soggettive del privato aventi la consistenza di interesse legittimo.

8. Seguendo quindi l'insegnamento ricavabile dalle sopra richiamate sentenze della Corte costituzionale deve quindi essere affermata la giurisdizione amministrativa, poiché anche quando il comportamento non si sia manifestato in atti amministrativi, nondimeno l'operato dell'amministrazione costituisce comunque espressione dei poteri ad essa attribuiti per il perseguimento delle finalità di carattere pubblico devolute alla sua cura. Tale operato è riferibile dunque all'amministrazione che "agisce in veste di autorità" e si iscrive pertanto nella dinamica potere autoritativo - interesse legittimo, il cui giudice naturale è per Costituzione il giudice amministrativo (art. 103, comma 1). E ciò sia che si verta dell'interesse del soggetto leso dal provvedimento amministrativo, e come tale titolato a domandare il risarcimento del danno alternativamente o (come più spesso accade) cumulativamente all'annullamento del provvedimento lesivo, sia che si abbia riguardo all'interesse del soggetto invece beneficiato dal medesimo provvedimento. Anche quest'ultimo, infatti, vanta nei confronti dell'amministrazione un legittimo interesse alla sua conservazione, non solo rispetto all'azione giurisdizionale del ricorrente, ma anche rispetto al potere di autotutela dell'amministrazione stessa.

9. Non sembra quindi condivisibile interporre nel rapporto amministrativo costituito dal provvedimento un diritto soggettivo, avente ad oggetto l'affidamento alla stabilità del provvedimento medesimo, quale presupposto sostanziale della giurisdizione amministrativa. Attraverso la stabilità del provvedimento e del rapporto con esso costituito il privato beneficiario conserva l'utilità attribuitagli, che nella misura in cui è correlata ad un pubblico potere è e rimane oggetto di un interesse legittimo (da pretensivo a oppositivo, secondo la terminologia invalsa al riguardo).

Non può dunque essere seguita l'impostazione secondo cui quando il potere amministrativo non si è manifestato in un provvedimento tipico ma è rimasto a livello di comportamento la giurisdizione sarebbe devoluta al giudice ordinario; questa è per contro ipotizzabile solo a fronte di comportamenti "meri", non riconducibili al pubblico potere, a fronte dei quali le contrapposte situazioni giuridiche dei privati hanno consistenza di diritto soggettivo. In tale contesto, non sembra possa sostenersi, in assenza di base testuale, che l'ambito di applicazione dell'art. 7, comma 1, cod. proc. amm. sia circoscritto al solo risarcimento del danno da provvedimento sfavorevole, azionabile dal ricorrente con l'azione di annullamento, mentre nella situazione assolutamente simmetrica alla precedente e del pari inserita nella vicenda relazionale governata dal diritto amministrativo, sussisterebbe la giurisdizione ordinaria per i danni conseguenti all'annullamento del provvedimento favorevole, "degradato" a mero fatto.

10. Una recente conferma di quanto finora considerato è ritraibile sul piano normativo dall'art. 1, comma 2-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241, così formulato: «(1) rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi 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 - non è più contraddistinto dall'assoluta unilateralità del potere, ma 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; tale dovere comportamentale si rivolge sia all'amministrazione sia ai soggetti che a vario titolo intervengono nel procedimento, qualificando in termini giuridici una relazione che è e resta pubblicistica, sia pure nell'ottica di un diritto pubblico in cui l'autoritatività dell'agire amministrativo dà vita e si inserisce nel corso di un rapporto in cui doveri comportamentali e obblighi di protezione sono posti a carico di tutte le parti. E non sembra, in tale contesto, che i *principi* che regolano il rapporto siano espressione di autonome situazioni soggettive autonome, se non avulse, dalla posizione delle parti; si deve piuttosto ritenere che si tratti di doveri imposti alle parti, e *in primis* all'amministrazione, a salvaguardia delle situazioni soggettive coinvolte, che, in quanto afferenti a quel rapporto, non mutano la loro natura e la loro consistenza.

11. Non è pertanto possibile, nel definire il riparto di giurisdizione, circoscrivere la rilevanza dei doveri in esame al diritto comune, dal momento che gli stessi sono invece comuni al diritto civile e al diritto amministrativo, ovverosia ai rapporti paritetici di diritto soggettivo così come a quelli originati dall'esistenza e dall'esercizio in concreto del pubblico potere. 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. In altri termini, la mancata osservanza del dovere di correttezza da parte dell'amministrazione in violazione del principio di affidamento può determinare una lesione della situazione soggettiva del privato che afferisce pur sempre all'esercizio del potere pubblico, si manifesti esso con un provvedimento tipico o con un

comportamento pur sempre tenuto nell'esercizio di quel potere, e la cui natura quindi resta "qualificata" dall'inerenza al pubblico potere. Si tratta, quindi, di aspettative correlate ad «*interessi legittimi (...) concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo*» ai sensi dell'art. 7, comma 1, cod. proc. amm. sopra citato, la cui lesione rimane devoluta al giudice amministrativo. Come infatti testualmente previsto dalla disposizione in parola, la giurisdizione è devoluta al giudice amministrativo non solo nel caso in cui il potere sia stato esercitato, ma anche nel caso contrario di mancato esercizio. Non è conseguentemente possibile scindere sul piano del riparto giurisdizionale le due ipotesi, che peraltro possono in astratto dare luogo a profili diversi di addebito sul piano diacronico (per il fatto ad esempio di avere esercitato il potere tardivamente e di averlo poi esercitato illegittimamente), la cui cognizione va concentrata presso un unico giudice, ovvero quello amministrativo, quale giudice naturale della funzione amministrativa.

12. Quanto ora affermato trova conferma nella risalente giurisprudenza di questa Adunanza plenaria. Sin dalla sentenza 5 settembre 2005, n. 6, l'Adunanza ha infatti affermato la giurisdizione amministrativa in relazione ad una domanda di risarcimento dei danni per responsabilità precontrattuale proposta dall'aggiudicataria di una procedura di affidamento nei confronti dell'amministrazione per revoca legittima della gara. Nel precedente ora richiamato l'Adunanza plenaria ha ricondotto all'ambito della giurisdizione esclusiva sulle procedure di affidamento di contratti pubblici istituita dall'art. 6 della legge di riforma della giustizia amministrativa 21 luglio 2000 n. 205 (oggi trasfusa nell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), del codice del processo amministrativo), non solo tutte le questioni di interesse legittimo relative agli atti della fase pubblicistica finalizzata alla conclusione del contratto e prima di tale momento, ma anche «*la cognizione, secondo il diritto comune, degli affidamenti suscitati nel privato da tali effetti vantaggiosi ormai venuti meno*», nel presupposto che l'amministrazione pur tenuta per legge ad adottare moduli di contrattazione

impersonale di stampo pubblicistico è nondimeno soggetta anche alle «*norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune*». E tale orientamento non risulta essere stato smentito dalla Corte regolatrice.

13. Il principio affermato nel precedente ora richiamato, così come l'affermazione in esso della responsabilità dell'amministrazione per revoca legittima, per lesione dell'affidamento dell'aggiudicatario sulla stipulazione del contratto d'appalto, è rilevante nel presente giudizio. Con esso si è infatti chiarito che le regole di legittimità amministrativa e quelle di correttezza operano su piani distinti, uno relativo alla validità degli atti amministrativi e l'altro fonte invece di responsabilità per l'amministrazione. 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, anche per violazione degli connessi obblighi di protezione inerenti al procedimento.

14. Nell'autonomia dei due ordini di regole operanti con riguardo all'esercizio della funzione pubblica, di validità degli atti e di comportamento complessivo dell'amministrazione, si colloca l'affidamento del privato. Quest'ultimo si proietta sulla positiva conclusione del procedimento, e dunque sull'attuazione dell'interesse legittimo di cui il medesimo privato è portatore, ma che diventa in sé tutelabile in via risarcitoria se l'amministrazione con il proprio comportamento abbia suscitato una ragionevole aspettativa sulla conclusione positiva del procedimento. E ciò a prescindere dal fatto che il bene della vita fosse dovuto ed anche se si accertasse in positivo che non era dovuto, come nel caso deciso da questa Adunanza plenaria nel precedente sopra esaminato (l'Adunanza plenaria si è più di recente espressa negli stessi termini, con la sentenza 4 maggio 2018, n. 5).

15. Le considerazioni che precedono convergono nel senso di affermare, in coerenza con il fondamento costituzionale di riparto di giurisdizione, che è devoluta alla

giurisdizione del giudice amministrativo la cognizione sulle controversie in cui si faccia questione di danni da lesione dell'affidamento sul provvedimento favorevole, posto che in base al richiamato art. 7, comma 1, cod. proc. amm. la giurisdizione generale amministrativa di legittimità include i «*comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni*»; ed inoltre che «*nelle particolari materie indicate dalla legge*» di giurisdizione esclusiva - quale quella sugli «*atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia*» di cui all'art. 133, comma 1, lett. f), cod. proc. amm. oggetto del presente giudizio - essa si manifesta «*attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela*», anche dei diritti soggettivi, oltre che dell'affidamento sulla legittimità dei provvedimenti emessi dall'amministrazione. Il possibile contrasto del principio di diritto come sopra affermato in punto di giurisdizione con l'orientamento certamente prevalente della Corte regolatrice potrà essere vagliato in sede di eventuale impugnazione ai sensi dell'articolo 111 della Costituzione delle sentenze di questo Consiglio, le quali sono nel frattempo tenute all'osservanza del principio di diritto (salva nuova rimessione) ai sensi dell'articolo 99 cod. proc. amm..

16. Definita la questione di giurisdizione deferita a questa Adunanza plenaria, la Sezione IV ha rimesso alla presente sede nomofilattica alcune questioni di merito, concernenti i limiti entro i quali è ravvisabile un affidamento incolpevole del privato sulla legittimità del provvedimento favorevole poi annullato in sede giurisdizionale.

Per l'ordinanza di rimessione vi sarebbero alcuni fattori condizionanti, costituiti:

- dall'apporto del privato all'emanazione del provvedimento, per cui non vi è affidamento meritevole di tutela se è stato quest'ultimo ad avere indotto «*dolosamente o colposamente in errore*» l'amministrazione, come nel caso di titolo ad edificare ottenuto sulla base di un progetto «*di per sé non assentibile*» presentato dallo stesso privato, direttamente o per il tramite di proprio professionista di fiducia;

- dalla conformità della pretesa del privato alla legge, per cui lo stesso *«deve risultare titolare di una aspettativa qualificata, basata su una pretesa risultante conforme al quadro ordinamentale applicabile al caso di specie»*;
- dalla consapevolezza sulla possibile illegittimità del provvedimento, acquisita dalla notifica del ricorso per il suo annullamento, ottenuta in qualità di controinteressato nel giudizio di annullamento, per cui la sua esecuzione nelle more, prima che il provvedimento si consolidi, avviene *«a suo rischio e pericolo»*, mentre la sentenza di annullamento *«non costituisce un evento imprevedibile»*;
- dalla necessità di rispettare *«il principio di non contraddizione»*, per cui occorre considerare che l'affidamento tutelabile è addotto dal controinteressato soccombente, al pari dell'amministrazione autrice dell'atto impugnato nel giudizio di annullamento, che dunque riverserebbe a quest'ultima l'onere economico derivante dalla comune soccombenza;

In positivo, l'ordinanza di rimessione sostiene che un affidamento incolpevole va rapportato al tempo trascorso dall'emanazione del provvedimento favorevole, per cui in tanto l'affidamento è tutelabile sul piano risarcitorio in quanto *«si sia consolidato nel tempo, con la conservazione della utilità per un lasso di tempo tale da rendere ragionevole la sua stabilità»*, mentre all'opposto un simile presupposto *«difficilmente si può ravvisare quando si ottenga un atto abilitativo di per sé impugnabile e in concreto già impugnato»*.

Con un ulteriore ordine di rilievi l'ordinanza di rimessione si domanda se abbiano rilievo aspetti di ordine soggettivo concernenti la condotta dell'amministrazione, sotto il profilo della *«rimproverabilità»* del suo operato, consistito nell'emanazione di un provvedimento favorevole a colui che del suo annullamento si duole nei confronti dell'amministrazione stessa. In particolare per l'ordinanza occorrerebbe considerare, in funzione escludente di un affidamento tutelabile, sia la *«situazione estremamente complessa»* che ha contraddistinto il procedimento di variante urbanistica che ha impresso la destinazione edificatoria all'area poi acquistata dalla ricorrente

nel presente giudizio; sia la «*pervicacia*» con cui il Comune di Numana ha inteso dare una sistemazione alla situazione venutasi a creare in seguito all'annullamento della variante urbanistica e dunque ha «*tenuto talmente in conto la situazione in cui versava l'appellata – pur se ella da tempo avvertita della vicenda – al punto da emanare l'illegittimo atto di sanatoria in suo favore*», con la conseguenza che quest'ultima «*non si può certo dolere*» della condotta dell'amministrazione.

17. Sulle questioni di merito così sintetizzate deve innanzitutto premettersi che l'affidamento tutelabile in via risarcitoria deve essere ragionevole, *id est* incolpevole. Esso deve quindi fondarsi su una situazione di apparenza costituita dall'amministrazione con il provvedimento, o con il suo comportamento correlato al pubblico potere, in cui il privato abbia senza colpa confidato. Nel caso di provvedimento poi annullato, il soggetto beneficiario deve dunque vantare una ragionevole aspettativa alla conservazione del bene della vita ottenuto con il provvedimento stesso, la frustrazione della quale possa quindi essere considerata meritevole di tutela per equivalente in base all'ordinamento giuridico. La tutela risarcitoria non interviene quindi a compensare il bene della vita perso a causa dell'annullamento del provvedimento favorevole, che comunque si è accertato non spettante nel giudizio di annullamento, ma a ristorare il convincimento ragionevole che esso spettasse.

18. Nella descritta prospettiva, il grado della colpa dell'amministrazione - e dunque la misura in cui l'operato di questa è rimproverabile - va correlato al profilo della riconoscibilità dei vizi di legittimità da cui potrebbe essere affetto il provvedimento. Al riguardo va ricordato che nel giudizio di annullamento la colpa dell'amministrazione è elemento costitutivo della responsabilità dell'amministrazione nei confronti del ricorrente che agisce contro il provvedimento a sé sfavorevole, sebbene essa sia presuntivamente correlata all'illegittimità del provvedimento, per cui spetta all'amministrazione dare la prova contraria dell'errore

scusabile. Trattasi pertanto di una colpa valutata in senso oggettivo, pur sempre nell'ambito di una fattispecie di responsabilità a base colposa. Sulla base di questa presunzione, per il danno da lesione dell'affidamento da provvedimento favorevole, poi annullato, la manifesta illegittimità del provvedimento favorevole al suo destinatario, che consenta di ritenere che egli ne potesse pertanto essere consapevole è un elemento che incide, per escluderla o attenuarla, la colpa dell'amministrazione.

19. Come infatti esposto in precedenza, la tutela dell'affidamento si fonda sui principi di correttezza e buona fede che regolano l'esercizio del pubblico potere ma anche la posizione del privato, con la conseguenza che tale tutela postula che l'aspettativa sul risultato utile o sulla conservazione dell'utilità ottenuta sia sorretta da circostanze che obiettivamente la giustifichino.

Un affidamento incolpevole non è predicabile innanzitutto nel caso estremo ipotizzato nell'ordinanza di rimessione, in cui sia il privato ad avere indotto dolosamente l'amministrazione ad emanare il provvedimento. Altrettanto è a dirsi se l'illegittimità del provvedimento era evidente e avrebbe pertanto potuto essere facilmente accertata dal suo beneficiario, in conformità a una regola di carattere generale, espressamente richiamata in ambito civilistico (art. 1147, comma 2, cod. civ.), secondo cui la buona fede «*non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave*».

20. L'atteggiamento psicologico del beneficiario può dunque essere considerato come fattore escludente del risarcimento solo in queste ipotesi, ma non anche ogniqualvolta e per il solo fatto che vi sia un contributo del privato nell'emanazione dell'atto, come sembra supporre l'ordinanza di rimessione. Non ogni apporto del privato all'emanazione dell'atto può infatti condurre a configurare in via di automatismo una colpa in grado di escludere un affidamento tutelabile sulla legittimità del provvedimento. Si giungerebbe altrimenti a negare sempre la tutela risarcitoria, tenuto conto che i provvedimenti amministrativi favorevoli, ampliativi

della sfera giuridica del destinatario, sono pressoché sempre emessi ad iniziativa di quest'ultimo.

21. Va considerato al riguardo che, sebbene al privato sia riconosciuto il potere di attivare il procedimento amministrativo e di fornire in esso ogni apporto utile per la sua conclusione in senso per sé favorevole, egli lo fa all'esclusivo fine di realizzare il proprio utile. E' peraltro sempre l'amministrazione a rimanere titolare della cura dell'interesse pubblico concreto, alla cui attuazione è tenuta; se dunque l'interessato consegue il provvedimento favorevole, è perché l'amministrazione lo ha ritenuto conforme al primario interesse pubblico. Gli istituti partecipativi introdotti nella più recente legislazione, a partire dalla legge n. 241 del 1990, e la recente positivizzazione dei doveri di correttezza e buona fede non hanno fatto venir meno il carattere unilaterale del provvedimento amministrativo e soprattutto, anche con riferimento ai moduli consensuali, la sua inerenza all'esercizio di un potere correlato alle finalità istituzionali, tipizzate per legge, di cui l'amministrazione è titolare e responsabile.

22. Nondimeno, con riguardo a gradi della colpa inferiore a quello «grave», non possono nemmeno essere trascurati 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 prima della notifica dell'atto introduttivo del giudizio.

23. Non ha invece carattere esimente il fatto che l'amministrazione abbia con pervicacia tutelato la posizione del beneficiario dell'atto nei confronti delle iniziative del ricorrente vittorioso nel giudizio di annullamento, come ipotizza l'ordinanza di rimessione. Come infatti esposto in precedenza, ciò che ha rilievo per configurare un affidamento incolpevole sulla legittimità dell'atto favorevole, la cui frustrazione può essere fonte di responsabilità per l'amministrazione nei confronti del destinatario, è la riconoscibilità dell'illegittimità da parte di quest'ultimo. Pertanto, le ulteriori iniziative adottate dall'amministrazione a difesa del proprio provvedimento lungi dall'escludere un affidamento possono semmai rafforzarlo.

24. Del pari non può essere seguita l'impostazione dell'ordinanza di rimessione che dal principio di non contraddizione inferisce la conseguenza per cui non vi potrebbe essere un affidamento tutelabile del destinatario dell'atto, nella sua qualità di controinteressato soccombente nel giudizio di annullamento. L'assunto sovrappone i piani, che invece in precedenza si è precisato essere distinti, della legittimità dell'atto e delle regole di validità ad esso relative, da un lato, e dall'altro lato della correttezza e buona fede del comportamento nell'esercizio del potere pubblico, con le connesse responsabilità dell'amministrazione. Per converso, va escluso l'opposto estremismo per cui ogni atto illegittimo e annullato in sede giurisdizionale è per l'amministrazione fonte di responsabilità nei confronti sia del soggetto originariamente beneficiario, sia del ricorrente vittorioso nel giudizio di annullamento, con la conseguenza che l'amministrazione si troverebbe in tal caso sempre e comunque esposta alle azioni di entrambi i soggetti coinvolti nell'esercizio del potere pubblico.

25. Non costituisce, infine, elemento costitutivo dell'affidamento il fattore temporale, che in astratto è configurabile già al momento in cui è presentata l'istanza

per il rilascio del provvedimento favorevole. Il tempo trascorso dalla sua emanazione costituisce semmai fattore che fonda l'interesse oppositivo all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio e che peraltro, con le recenti modifiche all'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, da originaria regola di comportamento dell'amministrazione, espressa con carattere generale dal principio di ragionevolezza del tempo in cui viene esercitato il potere di autotutela, è stato incorporato nell'ambito delle regole di validità dell'atto, attraverso la previsione di un termine massimo, ora fissato in dodici mesi.

26. Può in conclusione affermarsi il seguente principio di diritto: *«la responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento ingenerato nel destinatario di un suo provvedimento favorevole, poi annullato in sede giurisdizionale, postula che sia insorto un ragionevole convincimento sulla legittimità dell'atto, il quale è escluso in caso di illegittimità evidente o quando il medesimo destinatario abbia conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento».*

27. Tutto ciò precisato in termini generali, nel caso di specie deve sottolinearsi – e di ciò dovrà tener conto la sezione remittente- che la domanda risarcitoria per lesione dell'affidamento sulla legittimità del provvedimento amministrativo è stata proposta non già dal destinatario di quest'ultimo, ma dalla sua avente causa.

La ricorrente signora Bacchilega non ha partecipato al procedimento di adozione della variante urbanistica che ha reso edificabile l'area poi da essa acquistata. Al momento dell'acquisto del terreno la medesima ricorrente poteva dunque confidare sulla destinazione impressa da tale variante, salvo che, in punto di fatto, non risulti accertato, che la stessa potesse essere a conoscenza dei profili di illegittimità della variante che hanno poi portato al suo annullamento; circostanza questa su cui non si traggono elementi nell'ordinanza di rimessione. Sotto il profilo finora evidenziato, ed in relazione ai danni dedotti nel presente giudizio, sembrerebbero dunque profilarsi tutti gli elementi idonei a ritenere che, attraverso l'esercizio della potestà

di pianificazione urbanistica da parte del Comune, possa essersi ingenerata nella ricorrente la ragionevole convinzione sulla destinazione edificatoria dell'area e che perciò fosse equo il prezzo di acquisto come area edificabile anziché come terreno agricolo. Della differenza tra i due valori l'amministrazione comunale può dunque essere ritenuta responsabile, al pari del venditore, secondo gli ordinari strumenti di tutela civilistica.

28. Né l'eventuale responsabilità dell'amministrazione comunale può essere esclusa dalla eventualmente concorrente responsabilità del venditore. Si può al riguardo osservare che diversi sono i titoli di responsabilità: quella dell'amministrazione si fonda sull'apparenza ingenerata al di fuori di ogni rapporto con l'acquirente, e dunque sul piano extracontrattuale; quella del venditore per il difettoso risultato traslativo riposa su un titolo contrattuale (sulla possibilità di ravvisare un concorso di diversi soggetti nel medesimo fatto illecito per diversi titoli di responsabilità si rinvia alla consolidata giurisprudenza di legittimità: Cass. civ., SS.UU., 18 dicembre 1987, n. 9407; I, 3 dicembre 2002, n. 17110; III, 8 gennaio 1999, n. 108; 16 dicembre 2005, n. 27713; ord. 17 gennaio 2019, n. 1070). Il concorso di cause è a sua volta fonte di responsabilità solidale, ai sensi dell'art. 2055, comma 1, cod. civ., dal che discende la facoltà di scelta del danneggiato di rivolgersi ad uno solo dei condebitori solidali, il quale, ai sensi del comma 2 della medesima disposizione, potrà poi agire in regresso nei confronti dell'altro.

In ogni caso, sarà la Sezione rimettente, cui va restituito il giudizio ai sensi dell'art. 99, comma 4, cod. proc. amm., ad accertare, alla luce delle considerazioni svolte da questa Adunanza plenaria, se e in che misura al momento dell'acquisto dell'area vi fossero circostanze escludenti un affidamento ragionevole sulla sua edificabilità, quale impressa dalla variante urbanistica poi annullata.

29. Per quanto concerne l'ulteriore posta risarcitoria data dall'inutile attività edificatoria intrapresa dalla ricorrente, e dagli oneri da questa sostenuti per la

demolizione, costituisce invece profilo rilevante, in conformità alle considerazioni di carattere generale svolte sopra, verificare quando la signora Bacchilega abbia avuto conoscenza del contenzioso che ha poi portato all'annullamento della variante urbanistica e in via derivata dei titoli ad edificare rilasciati sulla base di quest'ultima. A questo riguardo nei propri scritti conclusionali la ricorrente sostiene di non avere avuto conoscenza del giudizio di annullamento prima del 2010, e dunque a circa due anni di distanza dall'acquisto dell'area, per effetto dell'estensione nei suoi confronti del contraddittorio ordinata in primo grado dal Tribunale amministrativo regionale per le Marche (con ordinanza collegiale in data 27 maggio 2010, n. 338); l'originaria ricorrente aggiunge che il Comune di Numana non avrebbe fornito la prova di una conoscenza in epoca anteriore.

30. Anche sul profilo di fatto in questione la Sezione rimettente, cui è inoltre rimessa 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 il principio di diritto e le considerazioni espresse in motivazione e restituisce per il resto il giudizio alla sezione remittente.

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
Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO

Publicato 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 inquadabile 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 principi 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 digital*»]. 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 ristrate 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 *«independentemente 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 vevoli 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
Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO