GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

Brevi considerazioni sulla differenza tra responsabilità precontrattuale della P.A. e responsabilità da provvedimento illegittimo

Nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 19 giugno 2023, n. 5989

di **Gianluigi Delle Cave**

15 novembre 2023

Sommario: 1. **La questione in sintesi** – 2. **La responsabilità "precontrattuale" della P.A.: inquadramento giurisprudenziale** – 3. **Note sulla responsabilità da "provvedimento illegittimo"** – 4. **Le responsabilità "a confronto": differenze e dissomiglianze secondo i giudici amministrativi** – 5. **Riflessioni conclusive**

1. La questione in sintesi

Muovendo da una controversia relativa alla materia dei contratti pubblici[1], il Consiglio di Stato si è nuovamente espresso sulla portata e i confini della responsabilità "precontrattuale" della P.A., configurabile – in estrema sintesi – quando l'amministrazione agisce in violazione del

canone della buona fede e commette, pertanto, una scorrettezza foriera di pregiudizio economico per l'impresa partecipante che, tuttavia, non integra l'illegittimità di alcun atto della serie: o perché non è causata dall'adozione di un atto amministrativo (si veda il caso del rifiuto di stipulare il contratto con l'aggiudicatario) o perché l'atto amministrativo che la integra non è illegittimo (è il caso, ed esempio, dell'annullamento d'ufficio legittimo della aggiudicazione).

I giudici di Palazzo Spada, tuttavia, con la sentenza in commento, rilevano un *quid extra*, in particolare con riferimento alla differenza tra la responsabilità appena citata e quella da "provvedimento illegittimo".

Nel dettaglio, la responsabilità da mancata aggiudicazione «entra in gioco» se, per le circostanze del caso concreto, l'annullamento dell'atto illegittimo non può assicurare la tutela specifica dell'interesse del ricorrente (il che si verifica, ad esempio, quando all'annullamento dell'aggiudicazione non può far seguito l'inefficacia del contratto e l'aggiudicazione in favore del ricorrente o, quantomeno, la ripetizione della procedura, nei casi previsti dagli artt. 121-124 c.p.a). Viceversa, secondo il giudice di *seconde cure*, la responsabilità propriamente "precontrattuale", in quanto finalizzata alla riparazione di pregiudizi derivanti da attività illecita e tuttavia non illegittima, costituisce, al ricorrere delle relative condizioni, l'unico strumento di tutela a disposizione dell'impresa, attivabile malgrado il pregiudizio non trovi causa in un atto illegittimo, suscettibile di impugnazione o di annullamento, bensì in un atto legittimo o in un comportamento che neppure configura i caratteri propri dell'atto amministrativo.

Per completezza (checché il profilo non riguardi direttamente l'argomento oggetto del presente scritto), la sentenza in commento merita di essere segnalata anche sotto altra prospettiva, ossia con riferimento ai limiti del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale *ex* art. 9 del d.lgs. 36/2023 "Nuovo Codice dei Contratti Pubblici"**[2]**. Secondo i giudici amministrativi infatti, al di là dell'innovativo principio *de quo* e il dovere *ex fide bona* di rinegoziazione del contratto, vi è comunque un limite espresso all'applicazione dello stesso, costituito dalla «mancata alterazione della sostanza economica del contratto»**[3]**, nonché dalla necessità che «le modifiche al contratto non siano "sostanziali"»**[4]**ovvero non incidano sulla struttura dell'operazione economica sottesa al contratto di affidamento del servizio. Ciò senza contare che, nella prospettiva della tutela della parità dei potenziali concorrenti, occorrerebbe ritenere praticabili, secondo i giudici amministrativi, esclusivamente quelle modifiche che siano state in qualche modo "preventivate" nel bando di gara medesimo**[5]**.

2. La responsabilità “precontrattuale” della P.A.: inquadramento giurisprudenziale

Giova premettere, nei limiti di quanto qui di interesse, che l’affidamento nella legittimità dei provvedimenti dell’amministrazione – e più in generale sulla correttezza del suo operato – è riconosciuto, pure da risalente giurisprudenza, come situazione giuridica soggettiva tutelabile attraverso il rimedio del risarcimento del danno[6].

Secondo i principi *ivi* formulati, 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»[7]. Oltre che distinti, dunque, 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[8].

Ancora in giurisprudenza, si è affermato 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»[9]. 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[10], 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[11]. 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[12].

Orbene, con riferimento ai limiti entro cui può essere riconosciuto il risarcimento per lesione dell’affidamento, il settore dei contratti pubblici 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 c.c.

Ora, 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» **[13]**. 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**[14]**. 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 c.c.**[15]** Analogamente, per diffusa opinione nella giurisprudenza amministrativa**[16]**, 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**[17]**.

Peraltro, è stato pure affermato che 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»**[18]**. 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[19].

Individuato, quindi, un primo requisito dell'affidamento tutelabile nella sua ragionevolezza e nel correlato carattere ingiustificato del recesso, il secondo consiste nel carattere colposo della condotta dell'amministrazione, nel senso che la violazione del dovere di correttezza e buona fede deve esserle imputabile quanto meno a colpa, secondo le regole generali valevoli in materia di responsabilità extracontrattuale *ex* art. 2043 c.c. (sul punto, si rinvia, sinteticamente, al paragrafo successivo). A sua volta, poi, non deve essere inficiato da colpa[20] l'affidamento del concorrente [21].

3. Note sulla responsabilità da "provvedimento illegittimo"

Sulla natura giuridica dell'azione di risarcimento danni per responsabilità della P.A. da illegittimo provvedimento diverse sono state le tesi seguite dalla giurisprudenza[22].

Secondo il tradizionale orientamento, rientrerebbe nell'ambito di operatività della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c.[23]; secondo un indirizzo minoritario, dovrebbe, invece, essere concepita quale responsabilità da inadempimento da contatto sociale qualificato[24]; secondo, infine, altre pronunce, costituirebbe una responsabilità *sui generis*, e, pertanto, non interamente riconducibile al paradigma della responsabilità né extracontrattuale, né contrattuale[25].

Ora, sebbene, infatti, la tesi tradizionale, ancora prevalente, ritenga riconducibile siffatta responsabilità nell'ambito di quella aquiliana ai sensi dell'art. 2043 c.c.[26], da alcuni decenni è stata sostenuta in giurisprudenza anche la diversa tesi secondo cui quella dell'Amministrazione in questi casi sarebbe una responsabilità da inadempimento di obblighi scaturenti dal "contatto sociale"[27] che si sarebbe instaurato tra la Pubblica Autorità e l'interessato nell'ambito del procedimento amministrativo[28], con conseguente applicazione della disciplina di cui all'art. 1218 c.c.

Più nel dettaglio, l'Adunanza Plenaria[29] ha chiarito che la responsabilità della Pubblica Amministrazione da illegittimo esercizio della funzione pubblicistica è di natura extracontrattuale, non potendo, infatti, configurarsi un rapporto obbligatorio nell'ambito di un procedimento amministrativo in quanto: (i) nel procedimento amministrativo, a differenza del rapporto obbligatorio, sussistono due situazioni attive, cioè il potere della P.A. e l'interesse legittimo del privato; (ii) il rapporto tra le parti non è paritario, ma di supremazia della P.A.[30]

Centrale è quindi l'ingiustizia del danno, da dimostrare in giudizio, diversamente da quanto avviene per la responsabilità da inadempimento contrattuale, in cui la valutazione sull'ingiustizia del danno è assorbita dalla violazione della regola contrattuale[31]. Declinata nel settore relativo al "risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi"[32], di cui all'art. 7, comma 4, c.p.a., il requisito dell'ingiustizia del danno implica che il risarcimento può essere riconosciuto se l'esercizio illegittimo del potere amministrativo abbia leso un bene della vita del privato, che quest'ultimo avrebbe avuto titolo per mantenere o ottenere, secondo la dicotomia interessi legittimi oppositivi e pretensivi. Infatti, diversamente da quanto avviene nel settore della responsabilità contrattuale, il cui aspetto programmatico è costituito dal rapporto giuridico regolato dalle parti contraenti mediante l'incontro delle loro volontà concretizzato con la stipula del contratto-fatto storico, il rapporto amministrativo «si caratterizza per l'esercizio unilaterale del potere nell'interesse pubblico, idoneo, se difforme dal paradigma legale ed in presenza degli altri elementi costitutivi dell'illecito, ad ingenerare la responsabilità aquiliana dell'amministrazione».

L'ingiustizia del danno che fonda la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi si correla alla sopra menzionata dimensione sostanzialistica di questi ultimi, per cui solo se dall'illegittimo esercizio della funzione pubblica sia derivata per il privato una lesione della sua sfera giuridica quest'ultimo può fondatamente domandare il risarcimento per equivalente monetario. Secondo un orientamento risalente dell'Adunanza plenaria[33], mai posto in discussione, il risarcimento è quindi escluso quando l'interesse legittimo riceva tutela idonea con l'accoglimento dell'azione di annullamento, ma quest'ultimo sia determinato da una illegittimità, solitamente di carattere formale, da cui non derivi un accertamento di fondatezza della pretesa del privato ma un vincolo per l'amministrazione a rideterminarsi, senza esaurimento della discrezionalità ad essa spettante.

Gli elementi costitutivi della responsabilità civile della pubblica amministrazione, pertanto, sono quelli di cui all'art. 2043 c.c., ed ossia, sotto il profilo oggettivo, il nesso di causalità materiale e il danno ingiusto, inteso come lesione alla posizione di interesse legittimo, e, sotto il profilo soggettivo, il dolo o la colpa. Sul piano delle conseguenze, il fatto lesivo deve essere collegato, con un nesso di causalità giuridica o funzionale, con i pregiudizi patrimoniali o non patrimoniali lamentati. Occorre allora verificare la sussistenza dei presupposti di carattere oggettivo (ingiustizia del danno, nesso causale, prova del pregiudizio subito), e successivamente quelli di carattere soggettivo (dolo o colpa della p.a.). Con riferimento alla ingiustizia del danno, deve rilevarsi, altresì, che presupposto essenziale della responsabilità è l'evento dannoso che ingiustamente lede una situazione soggettiva protetta dall'ordinamento e, affinché la lesione

possa considerarsi ingiusta, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria – anche se non sufficiente – per accedere alla tutela risarcitoria[34] occorre quindi anche verificare che risulti leso, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole dell'amministrazione pubblica), il bene della vita al quale il soggetto aspira[35]; ovvero il risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa non può prescindere dalla spettanza di un bene della vita, atteso che è soltanto la lesione di quest'ultimo che qualifica in termini di ingiustizia il danno derivante dal provvedimento illegittimo[36]

Il danneggiato, quindi, dovrà provare: *(a)* sul piano oggettivo, la presenza di un provvedimento illegittimo causa di un danno ingiusto, con la necessità, a tale ultimo riguardo, di distinguere l'evento dannoso (o c.d. "danno-evento") derivante dalla condotta, che coincide con la lesione o compromissione di un interesse qualificato e differenziato, meritevole di tutela nella vita di relazione, e il conseguente pregiudizio patrimoniale o non patrimoniale scaturitone (c.d. "danno-conseguenza")[37], suscettibile di riparazione in via risarcitoria[38]; (b) sul piano soggettivo l'integrazione del coefficiente di colpevolezza, con la precisazione che la sola riscontrata ingiustificata o illegittima inerzia dell'amministrazione[39] o il ritardato esercizio della funzione amministrativa non integra la colpa dell'amministrazione[40].

Per la configurabilità della colpa dell'Amministrazione, occorre, quindi, la dimostrazione che la P.A. abbia tenuto un comportamento negligente in palese contrasto con i canoni di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, di cui all'art. 97 Cost., avuto riguardo al carattere della regola di azione violata[41]: se la stessa è chiara, univoca, cogente, si dovrà riconoscere la sussistenza dell'elemento nella sua violazione; al contrario, se il canone della condotta amministrativa contestata è ambiguo, equivoco o, comunque, costruito in modo tale da affidare all'Autorità amministrativa un elevato grado di discrezionalità, la colpa potrà essere accertata solo nelle ipotesi in cui il potere è stato esercitato in palese spregio delle regole di correttezza e di proporzionalità[42].

4. Le responsabilità "a confronto": differenze e dissomiglianze secondo i giudici amministrativi

Anche alla luce della pronuncia in commento, dunque, ciò che preme evidenziare in questa sede è che la responsabilità precontrattuale è prospettabile, di fatto, quando l'amministrazione «agisce in violazione del canone della buona fede e commette, pertanto, una scorrettezza foriera

di pregiudizio economico per l'impresa partecipante»[43], che tuttavia non integra l'illegittimità di alcun atto della serie; e ciò *(i)* o perché non è causata dall'adozione di un atto amministrativo (può essere il caso, ad esempio, del rifiuto di stipulare il contratto con l'aggiudicatario) oppure *(ii)* perché l'atto amministrativo che la integra non è illegittimo (è il caso, ed esempio, dell'annullamento d'ufficio legittimo dell'aggiudicazione)[44]. Parimenti sarà prospettabile la responsabilità precontrattuale se l'annullamento legittimo dell'aggiudicazione interviene dopo la stipula del contratto: può qui trovare applicazione lo schema dell'art. 1338 c.c. che costituisce una peculiare applicazione del principio del rispetto della buona fede nelle trattative prescritto dall'art. 1337 c.c.

Ora, va da sé che, chiarito quanto sopra, la responsabilità precontrattuale si differenzia da quella da provvedimento illegittimo.

Ed infatti, la responsabilità da mancata aggiudicazione entra in gioco se, per le circostanze del caso concreto, «l'annullamento dell'atto illegittimo non può assicurare la tutela specifica dell'interesse del ricorrente», il che si verifica, ad esempio, quando all'annullamento dell'aggiudicazione non può far seguito l'inefficacia del contratto e l'aggiudicazione in favore del ricorrente o, quantomeno, la ripetizione della procedura (nei casi previsti dagli artt. 121-124 c.p.a.). Viceversa la responsabilità propriamente precontrattuale, «in quanto finalizzata alla riparazione di pregiudizi derivanti da attività illecita e tuttavia non illegittima», costituisce, al ricorrere delle relative condizioni, l'unico strumento di tutela a disposizione dell'impresa, attivabile malgrado il pregiudizio non trovi causa in un atto illegittimo, suscettibile di impugnazione o di annullamento, bensì in un atto legittimo o in un comportamento che neppure configura i caratteri propri dell'atto amministrativo[45].

L'altra differenza di regime concerne la selezione dei danni risarcibili. Infatti, la responsabilità precontrattuale mira a ristorare il valore delle occasioni perdute per effetto della scorrettezza della controparte, mentre la responsabilità derivante da illegittimità dell'azione amministrativa è commisurata, al valore del bene della vita spettante e non attribuito, che in questo caso è il contratto. Come evidenziato dai giudici di Palazzo Spada, dunque, il presupposto di carattere concettuale della responsabilità precontrattuale risiede nella circostanza per cui «la violazione della buona fede deve essere apprezzabile in modo autonomo rispetto alla legittimità dell'azione amministrativa, ovvero nel fatto che il pregiudizio subito dall'impresa non trovi causa in un atto illegittimo della serie».

Del resto, l'autonomia dell'illiceità rispetto alla illegittimità dell'azione amministrativa nelle procedure ad evidenza pubblica è argomentata dalla giurisprudenza con il ricorso alla

distinzione, di matrice civilistica, tra regole di validità e regole di comportamento come la buona fede e la correttezza: assumendo vigenti nelle procedure di scelta del contraente le une come le altre, le regole di comportamento possono risultare violate anche quando quelle di validità siano state rispettate, nel qual caso l'attività amministrativa è legittima ma illecita e dunque fonte di responsabilità precontrattuale. La possibilità che una responsabilità da comportamento scorretto sussista nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo che conclude il procedimento è stata in particolare affermata anche dall'Adunanza Plenaria, in cui si è significativamente affermato 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»**[46]**.

La distinzione, peraltro, riflette l'ambivalenza dell'azione amministrativa che si svolge nel procedimento: essa è per un verso funzione, cioè luogo di formazione progressiva della decisione (che culmina nell'esercizio, o nel non esercizio, del potere) e per altro verso, contemporaneamente, comportamento che si svolge all'interno di un rapporto col privato**[47]**. Il fenomeno, a ben vedere, è ontologicamente unico, e come tale potrebbe anche essere qualificato, ma è il diritto a prenderlo in considerazione in modo duplice, sebbene tramite precetti in larga parte coincidenti**[48]**. Sul punto, si è ancora affermato in giurisprudenza**[49]** che, in realtà, la buona fede e la tutela del legittimo affidamento**[50]** sono regole comuni ad ogni rapporto giuridico, come tali non ascrivibili né al diritto pubblico né al diritto privato, traendone conferma dalla prescrizione della buona fede nell'art. 1 della l. n. 241/1990.

L'assunto, vi è da rilevare, trova significativo riscontro sul piano del diritto positivo proprio nella riforma dell'art. 1 cit. che, nella sua attuale formulazione, al comma 2 *bis***[51]**, prescrive che "i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai princìpi della collaborazione e della buona fede"**[52]**. A fronte del dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede, dunque, 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**[53]**.

5. Riflessioni conclusive

Orbene, alla luce di quanto sopra detto, sebbene in maniera sintetica e non esaustiva (non essendo questa la sede per una trattazione "di dettaglio" delle complesse questioni e dei diversi

istituti sottesi alle tematiche citate), appare evidente, con riferimento al tema della "responsabilità" qui richiamata, che proprio la codificazione della collaborazione e della buona fede[54], doveri di condotta gravanti reciprocamente sulle parti, comporta una serie di rilevanti conseguenze.

Ed infatti, in primo luogo, elimina i dubbi sull'individuazione del momento in cui sorge l'affidamento del privato, che coincide con l'avvio del procedimento[55]. Non a caso, sin dal momento del suo avvio, d'ufficio o su istanza di parte, si instaura tra le parti un dovere di lealtà, di protezione e di correttezza, oggi cristallizzato in una norma di legge, la cui violazione può dar luogo a responsabilità risarcitoria. In secondo luogo, "consolida e generalizza" il modello di responsabilità per danno da affidamento, che diviene praticabile sia quando la lesione abbia avuto causa in atti formali sia quando sia derivata da condotte comportamentali. In terzo luogo, sgancia l'area dei danni risarcibili dal criterio di spettanza, ponendo a carico dell'Amministrazione «il dovere di comunicare subito al privato il rigetto di un'istanza inammissibile o infondata, senza ingenerare false aspettative o porre in essere condotte dilatorie», con rilevanti conseguenze sulla risarcibilità del danno da mero ritardo[56].

Peraltro, pare appena il caso di rilevare come tale lettura trovi pure dimora, nella materia dei contratti pubblici, anche nel d.lgs. n. 36/2023 ("Nuovo Codice dei Contratti Pubblici")[57]. Ed infatti, l'art. 5, recante "Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento", introduce una norma specifica[58] sull'obbligo reciproco di correttezza (tra P.A. e operatore economico) che a maggior ragione si giustifica nell'ambito delle procedure a evidenza pubblica, dalla chiara valenza precontrattuale. In particolare il comma 2, nel prevedere che "nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede", recepisce proprio i principi sulla tutela dell'affidamento incolpevole (anche con riferimento al danno da provvedimento favorevole poi annullato) enunciati dall'Adunanza Plenaria con le richiamate pronunce[59]. Pur non intervenendo sul riparto della giurisdizione, la norma si basa, comunque, sul presupposto secondo cui la lesione dell'affidamento che viene in rilievo nell'ambito del procedimento di gara, anche quando realizzato attraverso comportamenti, presenta un collegamento forte con l'esercizio del potere; pertanto, anche quando il privato lamenta la lesione della propria libertà di autodeterminazione negoziale, la relativa controversia risarcitoria rientra nella giurisdizione amministrativa, specie in considerazione del fatto che, nella materia degli appalti pubblici, il giudice amministrativo gode di giurisdizione esclusiva (art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a.), che si estende, oltre che ai comportamenti amministrativi (in base alla previsione generale contenuta nell'art. 7 c.p.a.), anche alle "controversie risarcitorie"

[60]. Il comma 3, infine, disciplina le "condizioni" di risarcibilità del danno da provvedimento favorevole poi annullato. La norma, nell'escludere il carattere incolpevole dell'affidamento in caso di illegittimità agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti, recepisce nella sostanza proprio i principi espressi dall'Adunanza plenaria n. 20/2021.

In sostanza, l'affidamento, per essere 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. Nella fattispecie del provvedimento favorevole poi annullato (o revocato), 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**[61]**.

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. 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.

E ciò in quanto proprio la tutela dell'affidamento si fonda sui principi di correttezza e buona fede che regolano, al contempo, l'esercizio del pubblico potere ma anche il comportamento del privato**[62]**.

Ad ogni buon conto, ciò che emerge dalla sentenza in commento è una – rimarcata – distinzione tra responsabilità precontrattuale della P.A. e responsabilità da provvedimento illegittimo. Distinzione che si riverbera, ovviamente, in plurimi aspetti, ossia, *ex aliis*: *(i)* con riferimento alla *causa petendi*, da un lato vi è la lesione dell'interesse legittimo (responsabilità da provvedimento illegittimo), per cui la giurisdizione su tale responsabilità spetta al g.a. come giudice di legittimità; dall'altro, la lesione di un diritto soggettivo (la responsabilità precontrattuale, in quanto responsabilità da comportamento violativo di una regola privatistica), per il quale il giudice competente dovrebbe invece essere il g.o.**[63]**; *(ii)* quanto al danno risarcibile, nella responsabilità precontrattuale quest'ultimo segue quanto previsto dagli artt. 1337 e 1338 c.c., e cioè il c.d. "interesse negativo", consistente esemplificativamente nel tempo e nel danaro persi nella gara, le eventuali occasioni alternative mancate, ecc.; nella responsabilità da

provvedimento illegittimo il danno risarcibile è invece il bene della vita, e cioè, l'interesse positivo alla partecipazione alla gara, all'aggiudicazione del contratto, alla stipula del contratto **[64]**.

Il raffronto, che cela le enormi difficoltà conciliative tra i momenti civilistici e amministrativistici, non è esente da contrasti che, tuttavia, rendono il tema, senza dubbio alcuno, ricco di spunti seducenti.

---

[1] La sentenza in commento, in particolare, conferma la pronuncia di primo grado resa da T.A.R. Calabria, Catanzaro, 28 novembre 2022, n. 2172, in *giustizia-amministrativa.it*. Al di là dei plurimi motivi di gravame, le doglianze specifiche da cui prende le mosse il Consiglio di Stato sulla questione in commento sono le seguenti. *(A)* Circa la responsabilità precontrattuale e da ritardo: l'appellante, dalla premessa secondo cui la sentenza del T.A.R. Catanzaro cit. aveva accertato l'illegittimità del silenzio serbato dalla Regione Calabria in relazione alla domanda di stipulazione del contratto, faceva discendere la prova del nesso causale tra l'illegittimo comportamento dell'amministrazione e i danni da essa riportati a titolo di responsabilità precontrattuale. In particolare, rilevava che la condotta della P.A. avrebbe dovuto essere qualificata come colposa ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c., con conseguente obbligo risarcitorio; *(B)* In merito alla responsabilità da atto illegittimo: l'appellante contestava, *ex aliis*, l'assenza dei presupposti previsti dall'art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990 per pervenire ad un provvedimento di revoca, e segnatamente la mancanza di una sopravvenienza, fattuale o normativa, rispetto ai fatti già conosciuti dall'Amministrazione, oltre che l'assenza di una nuova ponderazione dell'interesse pubblico rispetto agli interessi antagonisti.

[2] Il comma 1 dell'articolo citato prevede che "se sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte

svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali".

[3] Cfr. art. 9, comma 2, d.lgs. n. 36/2023, ove meglio si descrive la finalità sottesa alla rinegoziazione, ossia il "ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento", anche attraverso "l'inserimento nel contratto di clausole di rinegoziazione" al fine di meglio curare la gestione delle "sopravvenienze" di cui al comma 1 (art. 9, comma 4, d.lgs. cit.). Così perimetrata la rinegoziazione, è possibile, peraltro, cogliere pure la differenza tra l'istituto appena descritto e l'"eccessiva onerosità sopravvenuta" di cui all'art. 1467 c.c. Ed infatti, l'art. 9 *supra* parla di una tutela "manutentiva", conforme all'interesse dell'operatore e della S.A., anche in virtù dell'interesse pubblico alla base della contrattazione; l'art. 1467 c.c. tratta una tutela "demolitoria", ove si prevede che la parte "può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458".

[4] Cfr. art. 120, commi 5 e 6, d.lgs. n. 36/2023.

[5] Sul punto, si veda il parere espresso dalla commissione speciale del Consiglio di Stato n. 1084/00 del 12 ottobre 2001. Nell'occasione, la commissione del Consiglio di Stato ebbe in particolare modo di affermare che anche la rinegoziazione successiva all'aggiudicazione potrebbe alterare la *par condicio* dei concorrenti, e ciò in quanto «*il divieto di rinegoziare le offerte deve razionalmente intendersi in linea di principio* [...] *anche successivamente all'aggiudicazione, in quanto la possibilità di rinegoziazione tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario, modificando la base d'asta, finirebbe (seppure indirettamente) coll'introdurre oggettivi elementi di distorsione della concorrenza, violando in tal modo i principi comunitari in materia*».

[6] L'affermazione di principio può essere fatta risalire alla sentenza Cons. Stato, A.P., 5 settembre 2005, n. 6, in *giustizia-amministrativa.it*, 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. Cfr. pure Cons. Stato, A.P., 04 maggio 2018, n. 5, in *giustizia-amministrativa.it*. In dottrina, S. Amato, *I nuovi confini della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, 1, 1 ss.; G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, 198 ss.; F. Manganaro, *Riflessioni su talune recenti tendenze in tema di riparto di giurisdizione e responsabilità civile dell'amministrazione*, in *Giustamm.it*, 2009; M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad plen. 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in *federalismi.it*, 2011, 7; S. Cassese, *Dizionario di diritto pubblico, Responsabilità precontrattuale*, Milano, 2003, 1267 ss.; F.G. Scoca, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica Amministrazione contrario alla buona fede, in Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, in L. Garofalo (a cura di), *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, Padova, 2003, vol. III; E. Casetta, *Buona fede e diritto amministrativo*, *ivi*; M. D'Alberti, *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1023 ss.

[7] Si veda, in particolare, Cons. Stato, A.P., 29 novembre 2021, n. 21, in *giustizia-amministrativa.it* . In dottrina, C. Napolitano, *Legittimo affidamento e risarcimento del danno: la Plenaria si pronuncia (nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20)*, in *giustiziainsieme.it*, 2021.

[8]. 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 suddetta A.P., 04 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*».

[9] Cons. Stato, sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5011, in *giustizia-amministrativa.it*.

[10] E di cui sono applicazioni concrete, tra le altre, la "regola possesso vale titolo" *ex* art. 1153 c.c., l'acquisto dall'erede apparente di cui all'art. 534 c.c., 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 c.c.

[11] C. Turco, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 755 ss. Si vedano anche le riflessioni di G. Tropea, A. Giannelli, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o. Note critiche (nota a Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236)*, in *giustiziainsieme.it*, 2020.

[12] Inoltre la lesione dell'aspettativa può configurarsi non solo in caso di atto legittimo, 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. Ed infatti, secondo l'A.P., n. 21/2021 cit. «*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*».

[13] Cons. Stato, A.P., n. 21/2021 cit., secondo cui «*la reintegrazione per equivalente è pertanto ammessa non già in relazione all'interesse positivo, corrispondente all'utile che si sarebbe ottenuto dall'esecuzione del contratto, riconosciuto invece nella responsabilità da inadempimento, ma dell'interesse negativo, con il quale sono ristorate le spese sostenute per le trattative contrattuali e la perdita di occasioni contrattuali alternative, secondo la dicotomia ex art. 1223 cod. civ. danno emergente – lucro cessante*».

[14] Si veda Cons. Stato, sez. V, 12 luglio 2021, n. 5274; Id., 12 aprile 2021, n. 2938; Id., 02 febbraio 2018, n. 680, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

[15] Si veda Cass. civ., sez. II, 15 aprile 2016, n. 7545; Id., sez. III, 29 marzo 2007, n. 7768, in *cortedicassazione.it*.

[16] Si veda, *amplius*, Cons. Stato, sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237, in *giustizia-amministrativa.it* .

[17] 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. In senso parzialmente diverso si è espressa Cass. civ., sez. I, 03 luglio 2014, n. 15260, ove si afferma che l'affidamento del concorrente ad una procedura di affidamento di un contratto pubblico è tutelabile «*indipendentemente da un affidamento specifico alla conclusione del contratto*»; la stazione appaltante è quindi responsabile sul piano precontrattuale «*a prescindere dalla prova dell'eventuale diritto all'aggiudicazione del partecipante*».

[18] Cons. Stato, A.P., 04 maggio 2018, n. 5, in *giustizia-amministrativa.it*.

[19] Nell'ambito della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione appaltante, «*è ammessa la risarcibilità del danno non solo nel caso di declaratoria dell'illegittimità dell'atto di revoca dell'aggiudicazione, ma anche nelle fattispecie comportamentali (come un comportamento inerte o dilatorio) che prescindono dall'accertamento dell'invalidità di una pregressa attività provvedimentale; in tali casi, tuttavia, la responsabilità può ritenersi sussistente soltanto ove: a) l'affidamento incolpevole risulti leso da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà; b) tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo; c) il privato provi sia il danno-evento (la lesiotene della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità rispetto alla condotta scorretta che si imputa all'amministrazione*»; cfr. T.A.R. Sardegna, sez. I, 27 settembre 2021, n. 658, in *giustizia-amministrativa.it*.

[20] Sul punto va richiamato l'art. 1338 c.c., 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, Cass. civ, sez. III, 18 maggio 2016, n. 10156; Id., sez. lav., 31 gennaio 2020, n. 2316). Secondo Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2016, n. 3674, in *giustizia-amministrativa.it*, « *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*».

[21] Come rilevato da Cons. Stato, A.P., n. 21/2021 cit., «*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*».

[22] Recentemente, cfr. Cons. Stato, sez. VII, 27 marzo 2023, n. 3094, in *giustizia-amministrativa.it*. In dottrina, A. Travi, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2001, 20; L. Garofolo, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in Dir. amm., 2005, 16 ss.; G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, *passim*. Cfr. pure V. Parisio, *La responsabilità civile in materia urbanistica e di lavori pubblici*, in *Riv. giur. ed.*, 2000, 517 ss.

[23] Si veda Cons. Stato, sez. V, 31 luglio 2012, n. 4337; T.A.R. Lazio, Roma, sez. 3, sentenza n. 11808 del 08 ottobre 2014; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 02 marzo 2018, n. 1350; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 25 settembre 2017 n. 4483, tutte in *giustizia-amministrativa.it*. Secondo tale indirizzo, che muove dalla sentenza Cass. civ., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, la responsabilità prevista dall'art. 2043 c.c. presuppone che l'agente «*non abbia normalmente alcun rapporto o contatto con la parte danneggiata. A tale stregua, la norma prevede una clausola generale da cui discende l'osservanza del dovere generale del neminem laedere a tutela di qualunque posizione soggettiva meritevole di protezione giuridica*». Cfr. R. Chieppa, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 683 ss. Peraltro, secondo la sentenza n. 500 del 1999 cit., «*l'imputazione ex art. 2043 c.c. alla P.a. di una responsabilità extracontrattuale (in materia diversa da quella degli appalti pubblici) non può avvenire sulla base del mero dato obiettivo dell'illegittimità dell'azione amministrativa, ma il giudice deve svolgere una più penetrante indagine, non limitata al solo accertamento*

dell'illegittimità del provvedimento in relazione alla normativa ad esso applicabile, bensì estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente e da riferire ai parametri della negligenza o imperizia, ma dell'amministrazione intesa come apparato, che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo e lesivo dell'interesse del danneggiato siano avvenute in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi». In dottrina, si veda V. Parisio, *Primi brevissimi spunti di riflessione in tema di risarcimento del danno per violazione di interessi legittimi alla luce della sentenza della cass. sez. un. civ. n. 500 del 1999*, in *Riv. giur. ed.*, 1999, 6, 1239 ss.

[24] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 04 luglio 2012, n. 3897; Cons. Stato, sez. VI, 30 dicembre 2014, n. 6421, in *giustizia-amministrativa.it*.

[25] Cons. Stato, sez. VI, 14 marzo 2005, n. 1047; Id., sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5611; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 05 marzo 2018, n. 617; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 06 aprile 2016, n. 650, tutte in *giustizia-amministrativa.it*. In dottrina, si veda C. Cacciavillani, *Il risarcimento del danno da atto amministrativo illegittimo*, nota a T.A.R. Sicilia, Catania, 18 gennaio 2000, n. 38 e T.A.R. Lombardia, Milano, 23 dicembre 1999, n. 5049, in *GC*, 2000, 5, 1573 ss., secondo cui la lesione dell'interesse legittimo «*può essere individuata con aderenza ai nuovi principi giuspubblicistici solo se si riesce ad uscire dal condizionamento classico della bipartizione delle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali che male si attaglia al rapporto pubblicistico*». In merito alla natura della responsabilità derivante da illegittima emanazione del provvedimento autoritativo, cfr. L. Maruotti, *La struttura dell'illecito amministrativo lesivo dell'interesse legittimo e la distinzione tra l'illecito commissivo e quello omissivo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2007, rileva che «*per ragioni ontologiche, storiche, normative e istituzionali, l'esercizio del potere autoritativo non è assimilabile alla condotta delle parti di un rapporto contrattuale* [...] *non è assimilabile alla condotta dichi* [...] *cagioni un danno ingiusto*».

[26] Secondo parte della dottrina civilistica, la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sarebbe entrata in crisi, in quanto «*è parsa ad un tempo arbitraria ed inesatta*» e «*sfumata*»; G. Alpa, *La responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni*, Bologna, 1991, 17 ss. In particolare, l'Autore rileva come «*l'obbligazione contrattuale tende a considerarsi come struttura complessa e pertanto involge anche obblighi accessori; nel contempo la responsabilità civile tende a coinvolgere anche fenomeni contrattuali*».

[27] Secondo tale orientamento, per un verso tra la pubblica amministrazione e la parte lesa non è rinvenibile l'estraneità giuridica tipica della responsabilità extracontrattuale, che prescinde dall'esistenza di un previo legame di natura obbligatorio. Per altro verso, tale impostazione individua il fondamento normativo del "contatto" tra cittadino e pubblica amministrazione, nella legge n. 241/1990. Sul piano processuale, tale ricostruzione presenta un vantaggio probatorio per il privato, in quanto consentirebbe di superare le criticità relative alla prova dell'elemento soggettivo della colpa del danneggiante, in virtù dell'applicazione dell'art. 1218 c.c. Cfr. Cass. civ., 19 novembre 2002, n. 157, *in Foro it*., 2003, I, 78 ss., nota di F. Fracchia, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimentale*, e da Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Danno resp.*, 2001, 1211, nota di M. Passoni, *Responsabilità per "contatto" e risarcimento per lesioni di interessi legittimi*.

[28] In un contesto di generalizzata possibilità per il giudice amministrativo di disporre il risarcimento dal danno, valgano da monito le considerazioni di F. Francario, *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria*, in *giustiziainsieme.it*, 2021, secondo cui la patrimonializzazione dell'interesse legittimo non deve diventare un pretesto per « *abbandonare la forma di tutela specifica dell'annullamento, l'erogazione della quale ha rappresentato la ragione primaria per cui è stata introdotta nel nostro ordinamento una giurisdizione generale di legittimità re se ne è individuato il suo giudice naturale in quello amministrativo*».

[29] Cons. Stato, A.P., 23 aprile 2021, n. 7, in *giustizia-amministrativa.it*. In dottrina, cfr. E. Zampetti, *La natura extracontrattuale della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione dopo l'Adunanza Plenaria n. 7 del 2021*, in *giustiziainsieme.it*, 2021; M. Trimarchi, *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione al vaglio dell'Adunanza Plenaria (nota a Consiglio di giustizia amministrativa, sez. giur.,15 dicembre 2020 n. 1136)*, in *giustiziainsieme.it*, 2021;

[30] Secondo Cons. Stato, sez. VI, 14 marzo 2005, n. 1047, in *giustizia-amministrativa.it*, la responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento illegittimo «*risponde ad un modello speciale non riconducibile ai modelli di responsabilità che operano nel settore del diritto civile*».

[31] La giurisprudenza qualifica la responsabilità precontrattuale nei termini di «*una responsabilità da comportamento, non da provvedimento, che incide non sull'interesse legittimo pretensivo all'aggiudicazione, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza*»; Cons. Stato, sez. VI, 01 febbraio 2013, n. 633, in *giustizia-amministrativa.it*. Per dimostrare la colpa, inoltre, possono «*operare regole di comune esperienza e la presunzione semplice, di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie*», con la precisazione che «*il privato danneggiato può, quindi, invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile*» e che «*spetterà, di contro, all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile, ad esempio, in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata*»; Cons. Stato, sez. III, 05 giugno 2014, n. 2867, in *giustizia-amministrativa.it*.

[32] F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 296 ss., nonché G. Greco, *Dal dilemma di diritto soggettivo – interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale – interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, 3, 479 ss.; A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, 2020.

[33] Cons. Stato, A.P., 03 dicembre 2008, n. 13, in *giustizia-amministrativa.it*.

[34] Cons. Stato, sez. II, 20 maggio 2019, n. 3217, in *giustizia-amministrativa.it*.

[35] Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, affermatosi a partire dalla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 5/2005 (da ultimo ribadito incidentalmente dall'Adunanza Plenaria n.7 /2021) l'inosservanza del termine per la conclusione del procedimento amministrativo costituisce condizione necessaria, ma non sufficiente a fondare un obbligo risarcitorio dell'amministrazione ai sensi dell'art. 2 bis, comma 1, legge n. 241/1990. Nel settore del danno conseguente alla ritardata conclusione del procedimento amministrativo il requisito dell'ingiustizia esige, pertanto, la dimostrazione che il superamento del termine di legge abbia impedito al privato di ottenere il provvedimento ampliativo favorevole, per il quale aveva presentato istanza.

[36] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 27 aprile 2021, n. 3398; Id., sez. IV, 2 marzo 2020, n. 1496; Id., sez. IV, 06 luglio 2020, n. 4338; Id., sez. IV, 27 febbraio 2020, n. 1437, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

[37] Sul piano probatorio, l'accertamento del nesso di causalità tra la condotta e l'evento lesivo – c.d. "causalità materiale" – impone di verificare «*se l'attività illegittima dell'Amministrazione abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento*»; Cons. Stato, sez. II, 25 maggio 2020, n. 3318, in *giustizia-amministrativa.it*. Positivamente definito lo scrutinio in ordine alla causalità materiale, a fronte d'un evento dannoso causalmente riconducibile alla condotta illecita, occorre verificare

la sussistenza di conseguenze dannose, da accertare secondo un (distinto) regime di causalità giuridica che ne prefigura la risarcibilità soltanto in quanto si atteggino, secondo un canone di normalità e adeguatezza causale, ad esito immediato e diretto della lesione del bene della vita ai sensi degli artt. 1223 e 2056 c.c.

[38] Cfr. Cons. Stato, A.P., 23 marzo 2011, n. 3, in *giustizia-amministrativa.it*. Peraltro, il danneggiato deve, ex art. 2697 c.c., provare tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda e, in particolare, sia i presupposti di carattere oggettivo (prova del danno e del suo ammontare, ingiustizia dello stesso, nesso causale) sia quelli di carattere soggettivo (dolo o colpa del danneggiante). In giurisprudenza, Cons. Stato, sez. II, 28 aprile 2021 n. 3414 e 24 luglio 2019, n. 5219; Id., sez. VI, 5 maggio 2016 n. 1768, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

[39] Come evidenziato in giurisprudenza, «*la possibilità di risarcimento del danno da ritardo/inerzia dell'amministrazione nella conclusione del procedimento amministrativo non già come effetto del ritardo in sé e per sé, bensì per il fatto che la condotta (dolosa o colposa) inerte o tardiva dell'amministrazione sia stata causa di un danno prodottosi nella sfera giuridica del privato; tale danno, del quale quest'ultimo deve fornire la prova sia sull'an che sul quantum, deve essere riconducibile, secondo la verifica del nesso di causalità, al comportamento inerte ovvero all'adozione tardiva del provvedimento conclusivo del procedimento, da parte dell'amministrazione* [...]. *Ora, in applicazione dei parametri individuati dall'Adunanza Plenaria (n. 7/2021) anche la fattispecie di responsabilità per inosservanza dolosa o colposa del termine fissato per la conclusione del procedimento è inquadrabile nel modello aquiliano di cui all'art. 2043 c.c. Incombe, quindi, sul ricorrente l'onere di dimostrare la sussistenza di tutti gli elementi tipici della fattispecie sussumibile sotto la disciplina dell'art. 2043 c.c., tra cui il nesso di causalità tra illegittimità della condotta e danno, l'elemento soggettivo, nel senso che l'attività illegittima deve essere imputabile alla P.A a titolo di dolo o colpa, previa verifica dell'effettiva spettanza del bene della vita che il privato intende acquisire alla propria sfera giuridica attraverso l'esercizio del potere e l'emanazione del provvedimento amministrativo richiesto.* [...] *In applicazione delle anzidette*

coordinate ermeneutiche la valutazione del dolo o colpa della P.A. non può essere fondata soltanto sul dato oggettivo del superamento del termine di conclusione del procedimento amministrativo, essendo necessario verificare se il comportamento della P.A abbia travalicato i canoni della correttezza e della buona amministrazione, ovvero se sia stato caratterizzato da negligenza, omissioni o errori interpretativi di norme, ritenuti non scusabili»; *ex plurimis,* T.A.R. Lazio, Roma, sez. V, 02 maggio 2022, n. 5423 e Cons. Stato, sez. II, 06 dicembre 2021, n. 8123, in *giustizia-amministrativa.it*.

[40] Cons. Stato, sez. IV, 15 gennaio 2019, n. 358, in *giustizia-amministrativa.it*.

[41] Si veda, peraltro, Cass. civ., Sez. Un., 22 giugno 2017, n. 15640, in *Foro amm*., 2018, 3, 428; Cass. civ., Sez. Un., 02 agosto 2017, n. 19170, che ha rilevato come la domanda risarcitoria proposta nei confronti dell'Amministrazione per i danni subiti dal privato che abbia fatto incolpevole affidamento su un provvedimento ampliativo illegittimo rientra nella giurisdizione ordinaria, non trattandosi di una lesione dell'interesse legittimo pretensivo del danneggiato (interesse soddisfatto, seppur in modo illegittimo), ma di una lesione della sua integrità patrimoniale *ex* art. 2043 c.c., rispetto alla quale l'esercizio del potere amministrativo non rileva in sé, ma per l'efficacia causale del danno-evento da affidamento incolpevole; in senso conforme, si vedano anche Cass. civ., Sez. Un., 22 maggio 2017, n. 12799, in *Giust. civ. mass*., 2017; Cass. civ., Sez. Un., 23 gennaio 2018, n. 1654, in *Foro amm*., 2018, 1426.

[42] E, infatti, a fronte di regole di condotta inidonee a costituire, di per sé, un canone di azione sicuro e vincolante, la responsabilità della Amministrazione potrà essere affermata nei soli casi in cui l'azione amministrativa ha disatteso, in maniera macroscopica ed evidente, i criteri della buona fede e dell'imparzialità, restando ogni altra violazione assorbita nel perimetro dell'errore scusabile; cfr. Cons. Stato sez. III, 24 maggio 2018, n. 3131; Id., 16 maggio 2018, n. 2921, in *giustizia-amministrativa.it*.

[43] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2023, n. 5989, in *giustizia-amministrativa.it*.

[44] Peraltro, sulla tutela risarcitoria erogata dal giudice amministrativo e le relative implicazioni nell'attuale contesto di riferimento, si vedano le profonde riflessioni di F. Francario, *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria*, in *giustiziainsieme.it*, 2021. Sul ruolo dell'affidamento nell'ambito dell'annullamento in autotutela, cfr. M. Trimarchi, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2017, 1; M. Ramajoli, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 99 ss.; F. Trimarchi Banfi, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 847 ss.; F. Francario, *Autotutela e tecniche di buona amministrazione*, in A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, 2010.

[45] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2023, n. 5989, in *giustizia-amministrativa.it*.

[46] Il riferimento è a Cons. Stato, A.P., 04 maggio 2018, n. 5, in *giustizia-amministrativa.it*. In particolare, si è evidenziato come anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire «*con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza*». Peraltro, si è pure affermato che «*nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dell'aggiudicazione, in seno a tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento*». Si vedano pure Cons. Stato, sez. VI, 25 luglio 2012, n. 4236, in *giustizia-amministrativa.it* e Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636, Id., sez. I, 03 luglio 2014, n.

15260 e Id., Sez. Un., 08 aprile 2011, n. 8034, in *cortedicassazione.it*. In dottrina, cfr. G.D. Comporti, *Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione*, in *Giur. it.*, 2018, 8, 1983 ss.; F. Trimarchi Banfi, *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'adunanza plenaria n. 5 del 2018*, in *Corr. giur.*, 2018, 12, 1547 ss.; S. Foà, M.R. Calderaro, *Responsabilità precontrattuale della P.A. tra correttezza e autodeterminazione negoziale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 5, 1598 ss.; I. Pannullo, *Responsabilità precontrattuale P.A.: estesa a tutti i comportamenti posti in essere nella fase di evidenza pubblica*, in *Resp. civ.*, 2018, 3, 234 ss.

[47] Si segnala, sul danno da mero ritardo e sui profili di risarcibilità, G.D. Comporti, *L'Adunanza delle occasioni perse: responsabilità della P.A. in cerca di qualità*, in *Giur. it.*, 2022, 708 ss.; G. Sabato, *Sulla natura aquiliana della responsabilità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 111 ss.

[48] Le norme sull'azione amministrativa, quindi, secondo la pronuncia in commento, sono ad un tempo di validità e di comportamento: due qualificazioni che rispecchiano i due differenti referenti oggettivi delle disposizioni stesse, rispettivamente il provvedimento e, appunto, il comportamento.

[49] V. Cons. Stato, A.P., 29 novembre 2021, n. 20, in *giustizia-amministrativa.it*, ove si rileva che 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*». In dottrina, V. Di Capua, *Danno da lesione dell'affidamento incolpevole e riparto di giurisdizione: l'Adunanza plenaria aggiunge un altro capitolo alla saga*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 3, 679 ss.; E. Zampetti, *Annullamento giurisdizionale di provvedimento favorevole e giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 3, 663 ss.

[50] Sul punto, si rinvia, senza alcuna pretesa di esaustività, a F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; Id., *Buona fede e diritto pubblico*, in *Il principio di buona fede*, Milano, 1987; Id., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «trenta» all'«alternanza»*, Milano, 2001; F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; F.G. Scoca, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, Padova, 2003, 471 ss.; V. Cerulli Irelli, *Sul principio del legittimo affidamento*, in *Riv. it. scien. giur.*, 2014, 247 ss.; A. Travi, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ed attività economiche)*, in *Riv. reg. merc.*, 2016, 1 ss.; E. Zampetti, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 173 ss.; M. Calabrò, *La (negata) tutela dell'affidamento in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili*, in *giustiziainsieme.it*, 2021.

[51] Articolo che dispone che "i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai princìpi della collaborazione e della buona fede" (comma aggiunto dall'art. 12, comma 1, legge 11 settembre 2020, n. 120, di conversione, con modificazioni, del d.l. 16 luglio 2020, n. 76). 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; Cfr. Cons. Stato, A.P., n. 21/2021 cit.

[52] Per un'analisi delle principali innovazioni introdotte dal d.l. n. 76 del 2020 agli istituti della legge generale sul procedimento amministrativo, si rinvia a F. Liguori, *Il problema amministrativo in trent'anni di fermento normativo: dalla legge sul procedimento del 1990 al decreto semplificazioni del 2020. Una introduzione*, in Id. (a cura di), *Il problema amministrativo. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2021, 11 ss.; F. Fracchia, P. Pantalone, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in *federalismi.it*, 2020, 33 ss.; M. Macchia, *Le misure generali (commento al Decreto "Semplificazioni")*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 727 ss.; G. Taglianetti, *L'impatto del d.l. n. 76/2020 sul diritto processuale dei contratti pubblici, tra vetera et nova*, in *Munus*, 2020, 624 ss.

[53] Si consideri, inoltre, che «*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*». In sostanza, 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; cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2023, n. 8273 e Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2020, n. 4514, in *giustizia-amministrativa.it*.

[54] Cfr. M.G. Pulvirenti, *Considerazioni sui principi di collaborazione e di buona fede nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione*, in *Il diritto dell'economia*, 2023, 1, 118 ss.; M.C. Cavallaro, *Buona fede e legittimità del provvedimento amministrativo*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2022, 2, 139 ss.

[55] Come evidenziato in dottrina (Di Capua, *op. cit.*) con il procedimento, infatti, si instaura tra l'Amministrazione e i soggetti coinvolti una relazione «*socialmente e giuridicamente qualificata che trasforma il dovere di solidarietà reciprocamente gravante, in forza dell'articolo 2 della*

Costituzione, sui membri della collettività in dovere di correttezza e di protezione, e genera ragionevoli e reciproci affidamenti sulla correttezza dell'altrui condotta».

[56] Sul punto, si vedano le riflessioni di V. Di Capua, *op. cit.*, 534. Secondo la citata Adunanza Plenaria n. 5/2018, il danno da ritardo si configura anche a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione d'interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento, con la precisazione che il danno «*deriva dalla lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale*». La pronuncia evidenzia che il ritardo nell'adozione del provvedimento genera una «*situazione di incertezza in capo al privato e può, dunque, indurlo a scelte negoziali (a loro volta fonte di perdite patrimoniali o mancati guadagni) che non avrebbe compiuto se avesse tempestivamente ricevuto, con l'adozione del provvedimento nel termine previsto, la risposta dell'amministrazione*». Nella prospettiva indicata, verrebbe quindi in rilievo un danno "da comportamento" e non da provvedimento, nel senso che la violazione del termine di conclusione del procedimento non determina l'invalidità del provvedimento adottato in ritardo, ma «*rappresenta un comportamento scorretto dell'amministrazione, comportamento che genera incertezza e, dunque, interferisce illecitamente sulla libertà negoziale del privato, eventualmente arrecandogli ingiusti danni patrimoniali*». In dottrina, L. Lorenzoni, *I principi di diritto comune nell'azione amministrativa tra regole di validità e regole di comportamento*, in di F. Aperio Bella, A. Carbone, E. Zampetti (a cura di), *Dialoghi di diritto amministrativo. Lavori del laboratorio di diritto amministrativo*, Roma, 2020, 53 ss.; A. Romano Tassone, *La responsabilità della p.a. tra procedimento e comportamento*, in *Dir. amm.*, 2004, 2, 224 ss.; E. Zampetti, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino, 2021, 222 ss.

[57] In dottrina, si segnala, *ex plurimis*, M.A. Sandulli, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *giustiziainsieme.it*, 2022; G. Napolitano, *Committenza pubblica e principio del risultato*, in *Astrid*, 2023; A. Crosetti, *Principio di buona fede e contrattazione pubblica*, in M. Andreis, G. Crepaldi, S. Foà, R. Morzenti Pellegrini e M. Ricciardo

Calderaro (a cura di), *Studi in onore di C.E. Gallo*, Torino, 2023, I, 246 ss.; A.M. Chiariello, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2023, 144; L.R. Perfetti, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app.*, 2023, 5 ss.; L. Carbone, *La scommessa del "Codice dei contratti pubblici" e il suo futuro*, in *giustizia-amministrativa.it*; F. Saitta, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *giustiziainsieme.it*, 2023.

[58] L'articolo in commento così recita: "1. Nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento. 2. Nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede. 3. In caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti. Nei casi in cui non spetta l'aggiudicazione, il danno da lesione dell'affidamento è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico. 4. Ai fini dell'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito".

[59] Cfr. Cons. Stato, A.P., n. 5/2018 e nn. 19 e 20 del 2021. In linea con tale giurisprudenza, il senso della norma è quello di evidenziare che l'affidamento rappresenta un limite al potere amministrativo che può venire in considerazione sia in materia di diritti soggettivi che di interessi legittimi ed inerire, pertanto, anche ai rapporti connotati da un collegamento con l'esercizio del potere.

[60] Nella Relazione di accompagnamento al Nuovo Codice, si legge, peraltro, che, sotto tale profilo, «*l'espressa menzione delle "controversie risarcitorie" nel testo dell'art. 133, c. 1, lett. e) n. 1*

– in un contesto ordinamentale in cui la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo non richiede previsioni di giurisdizione esclusiva (cfr. Corte cost. n. 204 del 2004) – non può che leggersi come volontà del legislatore di includere nella giurisdizione esclusiva in materia di appalti proprio le controversie di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale, a cui fa riferimento la norma in commento». Sarebbe, tuttavia, opportuno che le incertezze in punto di giurisdizione (come chiaramente emergente dal conflitto interpretativo delineatosi fra Sezioni Unite della Corte di Cassazione e Adunanza plenaria del Consiglio di Stato) vengano risolte con una norma *ad hoc*, che espliciti che, almeno in materia di procedure di evidenza pubblica e in tutti gli altri casi di giurisdizione esclusiva, quest'ultima include anche il danno da lesione dell'affidamento, laddove esso matura in un contesto procedimentale e il comportamento "scorretto" imputato all'amministrazione presenta collegamenti, anche indiretti o mediati con l'esercizio del potere.

[61] Un affidamento incolpevole non è certamente predicabile nel caso in cui il comportamento inadempiente dell'aggiudicataria abbia indotto l'amministrazione ad emanare il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione. Se, pertanto, il motivo che ha determinato la stazione appaltante ad annullare in autotutela una gara è non soltanto conoscibile dalla società aggiudicataria concorrente, ma addirittura ad essa causalmente riconducibile, la responsabilità dell'amministrazione deve certamente escludersi.

[62] C. Fragomeni, *Responsabilità dell'amministrazione tra affidamento legittimo od incolpevole (nota a Cassazione Civile, Sezioni Unite, 19 gennaio 2023, n. 1567)*, in *giustiziainsieme.it*, 2023.

[63] Come noto, in materia di contratti pubblici il legislatore ha ritenuto di attribuire la giurisdizione esclusiva al g.a. con la conseguenza che anche le questioni relative alla responsabilità precontrattuale sono attratte nella giurisdizione di quest'ultimo. Per un approfondimento di dettaglio, si veda R. Pusceddu, *La responsabilità precontrattuale della pubblica Amministrazione nelle procedure ad evidenza pubblica*, in *dirittoamministrativo.it*, 2019.

[64] R. Pusceddu, *op. cit.*