

# Legittimo affidamento e responsabilità precontrattuale della p.a. negli appalti pubblici

**Autore:** Ylenia Montana

**In:** Giurisprudenza commentata

Con la **sentenza del 29 novembre 2021 n. 21**, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha esaminato la questione relativa alla **responsabilità della P.A.** per la lesione dell'affidamento ingenerato nel destinatario di un provvedimento favorevole che sia stato 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".

**Come anticipato nello scorso articolo: "L'estensione della responsabilità precontrattuale della PA"**

## Il caso

La pronuncia prende le mosse da un contenzioso con cui l'impresa (omissis) chiedeva il risarcimento dei danni, a titolo di responsabilità precontrattuale, al Comune (omissis) per la lesione del suo **affidamento** conseguente alla revoca dell'aggiudicazione definitiva di un appalto di lavori, revoca intervenuta in esecuzione di una sentenza di annullamento.

La domanda veniva accolta in primo grado e, proposto appello da parte del Comune (omissis), il Consiglio di Stato rimetteva il ricorso all'esame dell'Adunanza Plenaria, in quanto ravvisava l'esistenza di orientamenti giurisprudenziali contrastanti.

## Ammissibilità della tutela del legittimo affidamento

Alla prima questione deferita, ossia 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, viene data risposta positiva.

A sostegno di tale posizione viene affermato che l'affidamento - seppur sorto nell'ambito dei rapporti di diritto civile - deve ormai considerarsi "canone ordinatore anche dei comportamenti delle parti coinvolte nei rapporti di diritto amministrativo", vale a dire di quei rapporti che si instaurano in occasione dell'esercizio del pubblico potere e che culmina, salvo eccezioni, nell'adozione del provvedimento amministrativo.

Secondo l'Adunanza Plenaria, tale evoluzione troverebbe conferma anche nell'art. 1, co. 2-bis, l. n. 241/1990, per il quale i "rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede", e che avrebbe positivizzato una generale regola di comportamento per la P.A. in ossequio ai principi di imparzialità e di buon andamento ex art. 97, co. 2, Costituzione.

Inoltre, posto che il potere discrezionale si esercita con la collaborazione dei soggetti variamente interessati al singolo esercizio del potere, ex artt. 7 e ss. l. n. 241/1990, si ritiene che la collaborazione e la buona fede citati abbiano portata bilaterale e che, quindi, siano regole di condotta a cui debbano uniformarsi anche i privati coinvolti nel procedimento amministrativo.

In definitiva, viene enunciato il primo 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".

Segue. Presupposti per il risarcimento per lesione dell'affidamento

Con riferimento alla seconda questione - ossia, 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 e forniture successivamente revocata a seguito di una pronuncia giurisdizionale - l'Adunanza Plenaria ha fornito le seguenti argomentazioni.

Viene dapprima ribadito che, in materia di evidenza pubblica, la P.A., per non incorrere in responsabilità precontrattuale, deve soggiacere sia alla legittimità amministrativa, sia agli obblighi di comportamento secondo correttezza e buona fede.

Sono allora individuati gli elementi costitutivi della suddetta responsabilità precontrattuale.

Il primo elemento consiste nel c.d. affidamento ragionevole del beneficiario del provvedimento ampliativo, e nel correlato carattere ingiustificato del recesso dell'amministrazione.

Più nello specifico, si rileva come "il punto di emersione dell'affidamento ragionevole, tutelabile pertanto con il rimedio della responsabilità precontrattuale", sussiste ogniqualvolta sia stata pronunciata l'aggiudicazione definitiva cui non abbia fatto seguito la stipula del successivo contratto.

Il recesso della P.A., in questi casi, è ingiustificato in quanto vanifica l'aspettativa dell'aggiudicatario alla stipula del contratto; ne consegue, allora, la responsabilità della P.A. per aver inutilmente condotto una procedura di gara fino all'atto conclusivo e per aver ingenerato in capo al beneficiario del provvedimento favorevole il convincimento della sua positiva conclusione con la stipula del contratto di appalto.

Secondo requisito, poi, è l'imputabilità almeno a titolo di colpa della violazione del dovere di correttezza e buona fede da parte della P.A., in conformità a quanto sancito dalla disciplina di cui all'art. 2043 Cod. Civ..

Tuttavia, ai fini della sussistenza della predetta responsabilità precontrattuale - visti altresì i principi ricavabili dall'art. 1338 Cod. Civ. - si aggiunge che non deve sussistere neppure la colpa del beneficiario del provvedimento annullato in quanto, in tale evenienza, il risarcimento de quo sarebbe da escludere.

La colpevolezza dell'affidamento di quest'ultimo, inoltre, assume diversa configurazione a seconda che l'annullamento dell'aggiudicazione sia disposto d'ufficio dalla P.A. o, invece, in sede giurisdizionale.

In quest'ultimo caso, difatti, c'è da considerare che nel ricorso per annullamento ex art. 29 c.p.a. del provvedimento di aggiudicazione definitiva, il beneficiario di quest'ultimo può prendere parte al processo in qualità di controinteressato, ed è quindi posto nella condizione di conoscere i possibili profili di illegittimità del provvedimento impugnato a sé favorevole.

In questa situazione si può ben escludere un affidamento incolpevole, dal momento che l'annullamento dell'atto per effetto dell'accoglimento del ricorso diviene una evenienza possibile e prevedibile; allora, l'affidamento può qui ritenersi tutelabile solo prima della notifica del ricorso.

Alla luce del ragionamento posto, viene enunciato il secondo 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".

## Conclusioni

Alla luce della sentenza esaminata, l'Adunanza Plenaria riconosce i presupposti per l'esistenza di una responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione per la lesione del legittimo affidamento ingenerato nel beneficiario dell'aggiudicazione definitiva, che a causa dell'annullamento del provvedimento si sia visto negare la stipula del contratto, purché quest'ultimo versi in una situazione di **affidamento incolpevole**.

**Volume consigliato**

<https://www.diritto.it/legittimo-affidamento-e-responsabilita-precontrattuale-della-p-a-negli-appalti-pubblici/>