

La responsabilità precontrattuale può sussistere anche prima ed a prescindere dall'aggiudicazione

di Raffaella Alessia Miccoli

Data di pubblicazione: 22-5-2026

Non è dubbio, seguendo la prospettiva dell'appellante, che anche nello svolgimento dell'attività autoritativa l'amministrazione sia 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 ad autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite espressione dell'altrui scorrettezza. E così nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dall'aggiudicazione, in tutte le fasi, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento.

Tale elaborazione giurisprudenziale, principalmente riconducibile alla evocata (da parte appellante) sentenza di Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, ha trovato, del resto, recepimento nell'art. 5 dell'attuale codice dei contratti pubblici (di cui al d.lgs. n. 36 del 2023).

Guida alla lettura

Nel corso di questo mese, con la pronuncia n. **3637**, la **V Sezione del Consiglio di Stato** si è pronunciata **sulla tutela dell'affidamento del concorrente quando la documentazione di gara predisposta dall'amministrazione presenti contenuti tra loro non coerenti e sulla possibile configurabilità della responsabilità precontrattuale della P.A.**

I principi di buona fede e di tutela dell'affidamento in materia di contrattualistica pubblica sono previsti **dall'art. 5 del D.Lgs. n. 36 del 2023**. I primi tre commi di tale norma, che vengono in rilievo nel caso di specie, prevedono che: *“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. Nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sua conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede. 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 (...)”*.

Nel caso in esame, il Comune aveva disposto l'annullamento in autotutela della precedente

determinazione di aggiudicazione, nell'assunto della carenza del possesso dei requisiti di capacità tecnica richiesti dal capitolato speciale e della presentazione di dichiarazione falsa da parte della ricorrente. Ciò in quanto, ad avviso dell'amministrazione, l'operatore economico avrebbe dovuto dichiarare i servizi svolti nei due anni solari antecedenti la pubblicazione del bando (come previsto dalla *lex specialis*), al di là di quanto erroneamente indicato nella modulistica.

Tanto premesso, i Giudici di Palazzo Spada hanno ribadito che anche **nello svolgimento dell'attività autoritativa l'amministrazione sia 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 ad autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite espressione dell'altrui scorrettezza. E così nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dall'aggiudicazione, in tutte le fasi, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento.**

Il punto fondamentale diviene quello di **verificare se nella fattispecie controversa sia configurabile un affidamento** sul legittimo esercizio del potere o sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede meritevole di tutela in capo all'operatore economico.

Nel caso in esame, **il Consiglio di Stato ha ritenuto che la divergenza in tema di requisiti di capacità economica e finanziaria per l'affidamento del servizio tra la *lex specialis* e la modulistica allegata non può aver determinato un affidamento incolpevole, in quanto rientra nella diligenza professionale la consapevolezza che lo schema di domanda allegata al bando non costituisce parte integrante della citata *lex specialis* della gara, costituendo piuttosto uno strumento predisposto unilateralmente dall'amministrazione, a scopo meramente esemplificativo e che, pertanto, non può prevalere sulle prescrizioni del disciplinare o indurre a disattendere.**

N. 03637/2026 REG.PROV.COLL.

N. 06186/2025 REG.RIC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale n. 6186 del 2025, proposto da Arpalice di Davide Langianni - ditta individuale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Lucia Maggiolo, con domicilio fisico eletto presso il suo studio in Modena, viale Martiri della Libertà, 28;

contro

Comune di Carpi, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Coli, con domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Massimo Colarizi in Roma, via Giovanni Antonelli, 49;

nei confronti

Dirigente *pro tempore* del Settore A7 – Restauro, Cultura. Commercio e Promozione Economica e Turistica – Comune di Carpi, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna, Sez. II, n. 416 del 2025, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Carpi;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 febbraio 2026 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Maggiolo, Stivali su delega scritta dell'Avv. Coli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- La ditta individuale Arpalice di Davide Langianni ha interposto appello nei confronti della sentenza 24 maggio 2018, n. 416 del Tribunale amministrativo regionale per la Emilia Romagna, sez. II, che ha respinto il suo ricorso finalizzato all'accertamento della responsabilità precontrattuale (o da affidamento) del Comune di Carpi in merito all'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione della "procedura negoziata per l'affidamento del servizio di proposta e organizzazione di spettacolo musicale (concerto/dj set) da realizzarsi in Piazza Martiri in occasione dei festeggiamenti di fine anno 31/12/2018 tramite RDO (richiesta di offerta) su Mepa" (aperta a tutti i fornitori iscritti all'albo), nonché, per quanto possa occorrere, avverso la determinazione comunale prot. n. 1085 in data 29 dicembre 2018 disponente l'annullamento della determinazione n. 926 del 30 novembre 2018 di aggiudicazione in favore della stessa appellante.

Con la determinazione da ultimo indicata è stata disposta l'aggiudicazione in favore della ditta Arpalice, che aveva presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa per l'amministrazione; il successivo 17 dicembre è stata richiesta alla appellante la comprova dei requisiti economici dichiarati in sede di gara (in particolare, il fatturato e l'elenco delle manifestazioni promosse e/o patrocinate da enti pubblici presso i quali la ditta aveva prestatato servizio per l'anno 2017). Alla richiesta Arpalice ha dato riscontro il 21 dicembre 2018.

Mediante ulteriore pec inviata alle ore 10:18 del 28 dicembre 2018 il Comune di Carpi ha sollecitato la trasmissione di ulteriore documentazione a comprova della sussistenza di eventi svolti da Arpalice nell'anno 2016 per un importo di euro 50.000,00; tale documentazione doveva essere fornita "entro e non oltre" le ore 12:00 della medesima giornata, a pena di revoca dell'aggiudicazione.

Con la determinazione dirigenziale n. 1085 del 29 dicembre 2018, impugnata in primo grado, il Comune di Carpi ha disposto l'annullamento in autotutela della precedente determinazione di aggiudicazione n. 926 in data 30 novembre 2018, nell'assunto della carenza del possesso dei requisiti di capacità tecnica richiesti dal capitolato speciale e della presentazione di dichiarazione falsa da parte della ricorrente. Ciò in quanto, ad avviso dell'amministrazione, la ditta Arpalice avrebbe dovuto dichiarare i servizi svolti nei due anni solari antecedenti la pubblicazione del bando (ovvero nel 2017 e nel 2016), al di là di quanto erroneamente indicato nella modulistica.

2. – Avverso il provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione la ditta Arpalice ha proposto ricorso al Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna invocando l'accertamento della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione comunale per avere esercitato il potere di riesame in autotutela in violazione delle regole di buona fede e correttezza esigibili nei rapporti negoziali, essendo stata tratta in errore dal comportamento fuorviante dello stesso Comune che, nella modulistica, aveva richiesto solamente la dichiarazione per l'anno 2017, con condanna al risarcimento del danno nella misura di euro 36.707,76, a titolo di danno emergente (spese sostenute per l'organizzazione dell'evento) e di lucro cessante; in via subordinata ha chiesto la condanna alla corresponsione dell'indennizzo ex art. 21-quinquies della legge n. 241 del 1990; in ogni caso con

annullamento della determinazione di annullamento dell'aggiudicazione per mancanza dei presupposti tipici e per eccesso di potere sotto plurimi profili sintomatici.

3. - La sentenza appellata ha respinto il ricorso nell'assunto che il capitolato speciale, all'art. 7, in tema di "requisiti per la partecipazione e ammissibilità alla gara", tra i "requisiti di idoneità economica e finanziaria", contemplava come condizione per la partecipazione alla gara, lo "avere effettuato con esito positivo negli ultimi due anni solari antecedenti la data di pubblicazione del bando la fornitura di servizi analoghi a quanto oggetto del presente bando promossi e/o patrocinati da Enti pubblici con specificazione degli importi, dei titoli e date delle manifestazioni per un importo annuo per ogni anno solare non inferiore a 50.000 euro con sede in un Comune con non meno di 70.000 abitanti o comunque capoluogo di Provincia". Per errore commesso dagli uffici la dichiarazione sostitutiva, allegata quale fac-simile alla lettera di invito, riportava invece, al punto O), l'indicazione del diverso requisito di capacità tecnico-professionale concernente il solo ultimo anno solare per un importo non inferiore a 30.000 euro. La sentenza ha escluso che in capo alla ricorrente possa essere maturato un affidamento incolpevole circa i requisiti di capacità tecnica richiesti per l'affidamento del servizio, in quanto la modulistica messa a disposizione della stazione appaltante per la presentazione delle offerte non può certo prevalere sulle prescrizioni della lex specialis di gara.

4.- Con il ricorso in appello la ditta Arpalice ha dedotto la erroneità della sentenza appellata, e, invocando il precedente di cui alla sentenza di Cons. Stato, Ad. plen., n. 5 del 2018, ha allegato la sussistenza di un comportamento contrario a buona fede, per essere stata tratta in inganno sul possesso del requisito, con la conseguenza che l'annullamento intervenuto il 29 dicembre 2018, rispetto ad un evento che doveva tenersi il 31, le avrebbe prodotto danni per complessivi euro 36.707,76. In ogni caso, per l'appellante, nella fattispecie controversa, si verterebbe al cospetto di una revoca, come emerge anche nella pec in data 28 dicembre 2018 del Rup.

5. - Si è costituito in resistenza il Comune di Carpi puntualmente controdeducendo e chiedendo la reiezione del ricorso.

6.- All'udienza pubblica del 19 febbraio 2026 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- L'appello critica le statuizioni di primo grado che hanno escluso la ravvisabilità di un affidamento incolpevole dell'appellante in ordine ai "requisiti di idoneità capacità economica e finanziaria", nell'assunto che la non conformità tra quanto prescritto dall'art. 4 dell'avviso pubblico, come pure dall'art. 7 del capitolato speciale (ove è presa a parametro la fornitura di servizi analoghi negli anni 2016-2017, e cioè negli ultimi due anni solari antecedenti la data di pubblicazione del bando) e quanto riportato nel modello di dichiarazione sostitutiva del 13 novembre 2018 (che prende in considerazione il solo anno 2017, ultimo antecedente la data di pubblicazione del bando), traendo in inganno la ditta Arpalice in merito al possesso del requisito economico necessario, evidenzierebbe proprio detta responsabilità precontrattuale da parte dell'amministrazione, integrando una condotta contrastante con il principio di buona fede oggettiva. Un ulteriore indice di scorrettezza dell'amministrazione sarebbe ravvisabile nella

richiesta di documentazione, la ultima con nota in data 28 dicembre 2018, a soli due giorni dall'evento, quando ormai la ricorrente aveva sopportato oneri economici per l'ingaggio degli artisti che avrebbero dovuto esibirsi nella notte del 31 dicembre 2018, e per altre necessarie spese, anche di pubblicità. Critica anche la statuizione che esclude la configurabilità del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione, invece prefigurata nella pec del 28 dicembre 2018, per la quale è prevista la forma di ristoro economico consistente nell'indennizzo.

L'appello è infondato.

Non è dubbio, seguendo la prospettiva dell'appellante, che anche nello svolgimento dell'attività autoritativa l'amministrazione sia 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 ad autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite espressione dell'altrui scorrettezza. E così nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dall'aggiudicazione, in tutte le fasi, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento.

Tale elaborazione giurisprudenziale, principalmente riconducibile alla evocata (da parte appellante) sentenza di Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, ha trovato, del resto, recepimento nell'art. 5 dell'attuale codice dei contratti pubblici (di cui al d.lgs. n. 36 del 2023).

Il punto fondamentale è peraltro quello di verificare se nella fattispecie controversa sia configurabile un affidamento (sul legittimo esercizio del potere o sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede) meritevole di tutela in capo all'appellante ditta Arpalice.

Secondo la ricordata sentenza dell'Adunanza plenaria, affinché nasca la responsabilità dell'amministrazione non è sufficiente che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva, ma occorrono anche gli ulteriori seguenti presupposti : a) che 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) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo; c) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i rispettivi rapporti di causalità tra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all'amministrazione.

Successivamente, la giurisprudenza ha affermato che nei rapporti di diritto amministrativo 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 non solo per comportamenti contrari ai canoni di origine civilistica, ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi, richiedendo però che sulla sua legittimità sia sorto un ragionevole convincimento, da ritenersi escluso in caso di illegittimità evidente (in termini Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21).

Anche tale sviluppo interpretativo è stato recepito dal legislatore, che, nel già ricordato art. 5 del d.lgs. n. 36 del 2023, al comma 3, ha stabilito che «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».

Poste queste coordinate sistematiche di riferimento, si tratta di comprendere se la determinazione di annullamento dell'aggiudicazione, motivata nella considerazione del mancato possesso, in capo all'appellante, dei requisiti speciali richiesti dal punto 4 dell'avviso pubblico, contrasti con il principio di buona fede e determini un vulnus ad un affidamento incolpevole.

Occorre prendere atto di una dissonanza tra le prescrizioni della lex specialis (art. 4 dell'avviso pubblico e art. 6 del capitolato speciale) in tema di "requisiti di idoneità capacità economica e finanziaria" e quanto richiesto al punto "O" del modello di dichiarazione sostitutiva.

Come già esposto, le due previsioni della lex specialis di gara prevedevano, con prescrizioni pressoché sovrapponibili, come «condizione indispensabile per l'ammissione alla gara il possesso dei seguenti requisiti la cui dimostrazione avverrà con le modalità indicate nella lettera di invito : -avere effettuato con esito positivo negli ultimi due anni solari antecedenti la data di pubblicazione del bando la fornitura di servizi analoghi a quanto oggetto del presente bando promossi e/o patrocinati da Enti pubblici con specificazione degli importi, dei titoli e date delle manifestazioni per un importo annuo per ogni anno solare/evento non inferiore a 50.000 euro con sede in un comune con non meno di 70.000 abitanti o comunque capoluogo di provincia».

Diversamente, il modello di dichiarazione sostitutiva, al punto sub "O", in tema di "requisiti di capacità tecnico-professionale (requisiti di idoneità capacità economica e finanziaria)" stabiliva che «è condizione indispensabile per l'ammissione alla gara il possesso dei seguenti requisiti la cui dimostrazione avverrà con le modalità indicate nella lettera di invito : - avere effettuato con esito positivo nell'ultimo anno solare antecedente la data di pubblicazione del bando la fornitura di servizi analoghi a quanto oggetto del presente capitolato promossi e/o patrocinati da Enti pubblici con specificazione degli importi, dei titoli e date delle manifestazioni per un importo annuo (nel 2017) non inferiore a 30.000 euro con sede in un comune con non meno di 70.000 abitanti o comune capoluogo di provincia».

Ora, è indubbio che la suindicata divergenza in tema di requisiti di capacità economica e finanziaria per l'affidamento del servizio assuma rilievo in quanto l'appellante non risulta avere svolto servizi analoghi per l'importo richiesto nell'anno 2016; è altrettanto indubbio che la stazione appaltante sia incorsa in errore nel modulo di dichiarazione sostitutiva. A parere del

Collegio, tuttavia, questo errore non può avere determinato un affidamento incolpevole, in quanto rientra nella diligenza professionale la consapevolezza che lo schema di domanda allegata al bando non costituisce parte integrante della lex specialis della gara, costituendo piuttosto uno strumento predisposto unilateralmente dall'amministrazione, a scopo meramente esemplificativo (Cons. Stato, V, 7 luglio 2014, n. 3449). Di conseguenza, come condivisibilmente rilevato dal primo giudice, «la “modulistica” messa a disposizione dalla stazione appaltante per la presentazione delle offerte non può certo prevalere sulle prescrizioni del disciplinare, o indurre a disattendere queste ultime».

Se esiste un criterio di “gerarchia differenziata” (in ragione della riserva di contenuto) tra gli atti costituenti la lex specialis, a maggiore ragione la gerarchia deve sussistere tra lex specialis e modulistica.

Tale “consapevolezza” esclude che possa ritenersi maturato, in capo all'appellante, un affidamento incolpevole, da porre a base della domanda, in questa sede azionata, per l'accertamento della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione comunale di Carpi.

Quanto alla tempistica dell'interlocuzione prodromica all'annullamento, non può omettersi dal rilevare che è dipesa anche dalle risposte non complete o non conferenti dalla stessa ditta Arpalice.

Allo stesso modo, non può condividersi l'assunto per cui si verta al cospetto di una revoca, non lasciando la determinazione dirigenziale n. 1085 in data 29 dicembre 2018 margini di dubbio in ordine alla sua natura di provvedimento di annullamento, presupponente una condizione di illegittimità (e non già di inopportunità sopravvenuta) del provvedimento di primo grado. Non può dunque attribuirsi, sul piano della natura giuridica degli atti, significato determinante alla pec dell'amministrazione in data 28 dicembre 2018, con la quale, nel chiedere documentazione integrativa ad Arpalice, si comunica che in difetto si procederà alla revoca dell'aggiudicazione, locuzione utilizzata attecnicamente (salvo ad ipotizzarne una connotazione quale “revoca decadenziale” correlata alla formale non veridicità della dichiarazione) in quanto inequivocabilmente correlata alla contestata carenza dei requisiti speciali richiesti dal capitolato.

2. - La reiezione dell'appello giustifica comunque, in ragione della peculiarità della controversia e in particolare della predisposizione, da parte dell'amministrazione, di un modulo di gara erroneo, la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 febbraio 2026 con l'intervento dei magistrati:

Valerio Perotti, Presidente FF

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere