



CONFINDUSTRIA

**Rassegna giurisprudenza**  
**n. 7/2021**



## **Sommario**

<b>1. Concessioni senza gara: illegittimo l'obbligo di esternalizzare i contratti .....</b>	<b>2</b>
<b>2. L'Adunanza plenaria si pronuncia sulla proroga automatica delle concessioni demaniali marittime .....</b>	<b>10</b>
<b>3. L'Adunanza plenaria si pronuncia sulla giurisdizione sulla responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici.....</b>	<b>22</b>
<b>4 È legittima la sospensione dal servizio del sanitario non sottoposti al vaccino per il Covid-19 .....</b>	<b>29</b>

## 1. Concessioni senza gara: illegittimo l'obbligo di esternalizzare i contratti

Il legislatore può limitare la libertà d'impresa per tutelare la concorrenza, ma non fino al punto di svuotarne completamente il contenuto. Con la sentenza n. 218 del 2021, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 177 del Codice dei contratti pubblici, per violazione degli artt. 3, comma 1, e 41, comma 1, Cost. L'obbligo, a carico dei titolari di concessioni affidate direttamente, di affidare all'esterno, mediante appalto a terzi, l'80% dei contratti di lavori, servizi e forniture oggetto di concessione, e assegnare il restante 20% a società *in house* o comunque controllate o collegate, costituisce una misura irragionevole e sproporzionata rispetto al fine (pur legittimo) di garantire l'apertura al mercato e alla concorrenza.

### Fatto

La sentenza n. 218 del 2021 della Corte costituzionale sorge dal giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lettera iii), della legge 28 gennaio 2016, n. 11 (Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture), e dell'art. 177, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), promosso dal Consiglio di Stato, sezione quinta, nel procedimento vertente tra una Srl e l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) e altri.

Con sentenza non definitiva del 19 agosto 2020, il Consiglio di Stato, sezione quinta, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lettera iii), della legge 28 gennaio 2016, n. 11 e dell'art. 177, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), per violazione degli artt. 3, primo comma, 41, primo comma, e 97, secondo comma, della Costituzione.

Le norme censurate obbligano i titolari delle concessioni già in essere, non assegnate con la formula della finanza di progetto o con procedure a evidenza pubblica, a esternalizzare, mediante affidamenti a terzi con procedura di evidenza pubblica, l'80 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture, relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro, nonché di realizzare la restante parte di tali attività tramite società *in house* o società controllate o collegate ovvero operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato.

Nel giudizio di prime cure la Srl, gestore di impianti d'illuminazione pubblica, artistica, semaforica e lampade votive, operante nei territori di alcuni Comuni della Lombardia, aveva chiesto al TAR Lazio l'annullamento della delibera dell'ANAC 4 luglio 2018, n. 614 (Linee guida n. 11, recanti: "Indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all'articolo 177, comma 1, del codice, da parte dei soggetti pubblici o privati titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea").

Nel ricorso e nei motivi aggiunti la ricorrente lamentava l'illegittimità delle linee guida n. 11 sotto plurimi profili e, in via subordinata, prospettava l'illegittimità costituzionale delle medesime linee guida e dell'art. 177 cod. contratti pubblici in riferimento agli artt. 3, 11, 41, 76, 97 e 117 Cost.

Il TAR Lazio aveva accolto l'eccezione preliminare sollevata dalla difesa erariale e dichiarato inammissibile il ricorso ed i motivi aggiunti per carenza di immediata e concreta lesività degli atti impugnati, in quanto la lesione della posizione giuridica dei concessionari sarebbe derivata non già dalle prescrizioni in essi contenute, ma dall'eventuale successivo atto applicativo di contestazione dell'esistenza di una "situazione di squilibrio", all'esito della prima verifica annuale successiva alla scadenza del termine per l'adeguamento alle previsioni dell'art. 177, comma 3, cod. contratti pubblici.

Con appello al Consiglio di Stato, la Srl ha chiesto la riforma di tale sentenza, deducendo l'illogicità e la contraddittorietà della motivazione, l'illegittimità delle linee guida n. 11 e l'illegittimità costituzionale delle medesime linee guida e dell'indicato art. 177.

Prima di esaminare i motivi di appello, il Consiglio di Stato ricostruisce la genesi della norma impugnata, ricordando che, tra i principi e criteri direttivi contenuti nella legge delega n. 11 del 2016, vi era un obbligo analogo a quello poi riprodotto nell'art. 177 cod. contratti pubblici (art. 1, comma 1, lettera iii).

Al riguardo, il Collegio rimettente richiama il parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato, 20 giugno 2018, n. 1582, secondo cui il censurato art. 177 costituisce una disposizione *"estranea al perimetro delle direttive UE 23, 24 e 25/2014, diretta ai concessionari in quanto tali, a prescindere dalla loro natura pubblica o privata, la cui ratio evidentemente risiede nella volontà del legislatore di restituire, a valle, parte della concorrenza 'per il mercato' mancata a monte, secondo uno schema che ovviamente ha ad oggetto, in quota parte, le prestazioni relative alle concessioni a suo tempo affidate direttamente"*.

Il giudice *a quo* aggiunge che una norma analoga era contenuta anche nel precedente Codice dei contratti (decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) per i concessionari stradali (art. 253, comma 25), anch'essa da considerarsi espressiva della preoccupazione del legislatore che nelle concessioni, tanto più se affidate senza gara, possa determinarsi una sostanziale situazione di monopolio della domanda in grado di alterare la concorrenza con aumento dei costi per la gestione della concessione stessa e traslazione dei relativi oneri sugli utenti e contribuenti. Inoltre, identica ratio ispirava anche l'art. 146 del medesimo codice, quanto ai concessionari di lavori pubblici.

Dunque - rileva il rimettente - alla base delle disposizioni richiamate si pone la considerazione che negli affidamenti senza gara il concessionario possa sterilizzare il "rischio operativo" su di esso gravante per norme di legge tipizzatrici dell'istituto.

A fronte di questo quadro normativo, l'ANAC ha dato applicazione alla previsione del comma 3 dell'art. 177 cod. contratti pubblici, come successivamente modificato e integrato, approvando, con deliberazione n. 614 del 2018, le linee guida n. 11. Queste ultime - continua il rimettente - sono articolate in due parti. La parte I, di natura dichiaratamente interpretativa, resa ai sensi dell'art. 213, comma 2, cod. contratti pubblici, persegue il dichiarato fine di favorire la corretta ed omogenea applicazione della normativa; pertanto, le indicazioni ivi contenute sono da considerarsi di carattere non

vincolante. La parte II contiene, invece, indicazioni operative, rese ai sensi dell'art. 177 cod. contratti pubblici, che hanno carattere dichiaratamente vincolante.

Nel merito, il Collegio rimettente ritiene fondato il primo motivo d'appello con il quale la ricorrente contesta la pronuncia di inammissibilità per carenza di lesività delle linee guida impugnate. Infatti, sebbene formalmente articolate in due parti, esse costituirebbero, dal punto di vista logico e sistematico un *corpus* regolatorio unico, in cui la parte I (di natura dichiaratamente interpretativa) è finalizzata ad individuare il corretto ambito di applicazione dell'art. 177, su cui sono destinate ad incidere le indicazioni contenute nella seconda parte. In questo contesto l'unicità dell'atto regolatorio impugnato farebbe sì che la distinzione fra la natura interpretativa e non vincolante della parte I e quella prescrittiva e vincolante della parte II receda nell'apprezzamento della portata immediata e direttamente lesiva – e quindi impugnabile in sede giurisdizionale amministrativa – delle Linee Guida nel loro complesso.

Nel caso di specie, il Consiglio di Stato ritiene che già la censura proposta dall'appellante, secondo cui con le Linee Guida in questione l'ANAC avrebbe regolato in concreto aspetti non rientranti nei limiti indicati dal comma 3 dell'art. 177, sarebbe di per sé sufficiente a rendere lesive le menzionate Linee Guida e ammissibile il relativo ricorso (indipendentemente dalla sua fondatezza).

In ogni caso, anche a voler prescindere da questa considerazione, il giudice a quo ritiene che alcune indicazioni contenute nelle suddette linee guida costituiscano vincoli conformativi puntuali alla successiva attività degli enti concedenti e dei concessionari, in capo ai quali non residuano facoltà di modulazione quanto al contenuto e all'estensione, neppure sotto il profilo temporale (quest'ultimo in realtà già fissato direttamente dalla legge).

Il giudice *a quo* sottolinea come sia “pacifico ed incontestato” che le linee guida n. 11 sono state adottate in applicazione dell'art. 177, comma 3, cod. contratti pubblici, e ritiene che le censure relative ai dubbi di legittimità costituzionale della previsione stessa e della norma di delega (art. 1, comma 1, lettera iii, della legge n. 11 del 2016) debbano essere, per ragioni di priorità logico-giuridica, esaminate per prime.

In primo luogo, il rimettente esclude che le disposizioni in esame violino la normativa e i principi dell'Unione europea, non costituendo recepimento di specifiche direttive e rappresentando (meri) strumenti attuativi dei principi comunitari di concorrenza e di massima apertura al mercato. Il Collegio non ravvisa una violazione né del divieto del cosiddetto *gold plating*, in quanto nel caso di specie non vi sarebbe alcuna riduzione della concorrenza in danno delle imprese e dei cittadini.

Esclusa la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente conforme, il Consiglio di Stato ritiene che le questioni di legittimità costituzionale, con riferimento all'art. 177 cod. contratti pubblici e all'art. 1, comma 1, lettera iii), della legge n. 11 del 2016, siano rilevanti nel giudizio a quo, giacché le linee guida in esso impugnate - quanto alle indicazioni contenute nella loro Parte I - costituiscono coerente interpretazione e diretta applicazione dell'art. 177, comma 1, cod. contratti pubblici, a sua volta emanato in attuazione del criterio direttivo enunciato nel citato art. 1, comma 1, lettera iii), della legge delega n. 11 del 2016, mentre - quanto alle indicazioni contenute nella loro Parte II - si presentano come il presupposto per l'esercizio dei poteri di controllo e sanzionatori dell'Autorità di vigilanza di settore.

Le medesime questioni di legittimità costituzionale risulterebbero poi non manifestamente infondate, innanzitutto sotto il profilo della libertà di impresa sancito dall'art. 41 Cost.

In particolare, l'obbligo imposto ai concessionari, essendo riferito all'intera concessione, sarebbe suscettibile di comportare uno stravolgimento degli equilibri economico-finanziari sottesi allo stesso rapporto concessorio in questione, su cui si fondano le scelte di pianificazione ed operative del concessionario/imprenditore. L'attività di quest'ultimo sarebbe ridotta a quella di una mera stazione appaltante, con l'unico compito di disciplinare e attuare, secondo le direttive delle Linee Guida e degli enti concedenti, l'affidamento a terzi, estranei o a sé riconducibili, di quella che originariamente costituiva il *proprium* dell'unitaria concessione affidata dall'amministrazione.

La concessione sarebbe svuotata e ciò determinerebbe una vera e propria disgregazione del sottostante compendio aziendale, con depauperamento anche del patrimonio di conoscenze tecniche e tecnologiche e di professionalità maturate dal concessionario nello svolgimento di un rapporto diretto a perseguire non solo il profitto privato, ma anche l'interesse pubblico attuato dalla concessione.

L'obbligo di dismissione totalitaria previsto dalle disposizioni censurate, ancorché diretto a sanare l'originario contrasto con i principi comunitari di libera concorrenza, impedirebbe in modo assoluto e definitivo di proseguire un'attività economica intrapresa ed esercitata in base a un titolo legittimo e snaturerebbe il ruolo del privato concessionario, ridotto ad articolazione operativa dei concedenti, anziché ad operatore preposto all'esercizio di attività di interesse pubblico.

In base a considerazioni analoghe il giudice a quo ritiene che le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 1, comma 1, lettera iii), della legge delega n. 11 del 2016 e 177, comma 1, cod. contratti pubblici non siano manifestamente infondate nemmeno con riguardo all'art. 3, primo comma, Cost., sotto il profilo della ragionevolezza.

Infatti, il legislatore, prevedendo l'obbligo di dismissione totalitaria dei lavori, servizi e forniture relativi a una concessione affidata senza gara, avrebbe ecceduto i pur ampi limiti della sua discrezionalità. Il privato concessionario avrebbe maturato un apprezzabile affidamento sull'integrale esecuzione della concessione, in ragione della validità del titolo costitutivo all'epoca della sua formazione e dunque dell'inesistenza di cause – anche occulte – di contrarietà dello stesso all'ordinamento interno (cause che diversamente avrebbero potuto legittimare l'annullamento, la risoluzione o la riduzione della durata della concessione). Sicché, la scelta legislativa, pur legittimamente orientata a rimuovere rendite di posizione, non risulterebbe equilibrata rispetto alle contrapposte e altrettanto legittime aspettative dei concessionari di proseguire l'attività economica in corso di svolgimento.

Il rimettente sottolinea, inoltre, come l'obbligo di dismissione riguardi indistintamente i concessionari titolari di affidamento senza gara, indipendentemente dalla effettiva dimensione della loro struttura imprenditoriale, dall'oggetto e dall'importanza del settore strategico, dal suo valore economico e dal fatto che il contratto di concessione fosse ancora in vigore al momento dell'entrata in vigore del censurato art. 177, ovvero fosse scaduto e versasse in una situazione di proroga.

Sarebbe ancora violato l'art. 97, secondo comma, Cost. per il fatto che né la norma delegante né quella delegata considerano gli effetti della imposta dismissione sull'efficiente svolgimento di servizi pubblici essenziali.

In conclusione, il Consiglio di Stato – dopo aver ricordato che la questione di legittimità costituzionale può essere sollevata anche con sentenza non definitiva – ritiene rilevanti, in ragione dell'accertata ammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti, e non manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lettera iii), della legge n. 11 del 2016 e dell'art. 177, comma 1, cod. contratti pubblici, con riferimento agli artt. 3, primo comma, 41, primo comma, e 97, secondo comma, Cost.

## Diritto

La Corte stabilisce che le questioni sollevate in riferimento agli artt. 3, primo comma, e 41, primo comma, Cost. sono fondate.

Le questioni prospettate nel giudizio in riferimento all'art. 41 Cost. sono legate in modo pressoché inscindibile a quelle elaborate con riferimento all'art. 3 Cost., ritenendo, il giudice *a quo*, che nel caso di specie la limitazione della libertà di iniziativa economica privata derivante dalle norme censurate si riverberi, intollerabilmente, in un'irragionevole compressione di detta libertà.

Tale lettura appare coerente con la giurisprudenza costituzionale in tema di restrizioni della libertà di iniziativa economica privata, che ne ha individuato il limite insuperabile nell'arbitrarietà e nell'incongruenza - e quindi irragionevolezza - delle misure restrittive adottate per assicurare l'utilità sociale. La Corte ha, infatti, costantemente negato che sia *"configurabile una lesione della libertà d'iniziativa economica allorché l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all'utilità sociale"*, oltre, ovviamente, alla protezione di valori primari attinenti alla persona umana, ai sensi dell'art. 41, secondo comma, Cost., purché, per un verso, l'individuazione dell'utilità sociale *"non appaia arbitraria"* e, *"per altro verso, gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue"*.

Le censure prospettate in riferimento agli artt. 3, primo comma, e 41, primo comma, Cost. possono quindi essere esaminate congiuntamente.

Nel caso in oggetto, i vincoli frapposti dalle norme denunciate alla piena esplicazione della libertà di iniziativa economica non consistono, come più frequentemente accade, in misure che, al fine di assicurarne l'utilità o i fini sociali, limitano il normale dispiegarsi di tale libertà in un ambiente di libera concorrenza tra imprese, ma sono costituiti da misure espressamente dirette a favorire l'apertura alla concorrenza, attraverso la restituzione al mercato di segmenti di attività ad esso sottratti, in quanto oggetto di concessioni a suo tempo affidate senza gara alle imprese concessionarie. A questo fine è precisamente orientato, come visto, l'obbligo imposto ai concessionari di esternalizzare, mediante affidamenti a terzi con procedura di evidenza pubblica, l'80 per cento dei contratti relative alle concessioni, nonché di realizzare la restante parte tramite società *in house*, quanto ai soggetti pubblici, o società controllate o collegate, quanto ai soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato.

In questo contesto, ciò di cui il rimettente si duole è la ritenuta eccessiva gravosità di un intervento legislativo che, pur perseguendo l'apprezzabile finalità di assicurare la massima apertura possibile al mercato delle commesse pubbliche – quindi una finalità che attiene proprio al libero esercizio dell'attività di impresa - avrebbe oltrepassato i limiti segnati dalla ragionevolezza, imponendo un obbligo generalizzato di affidamento all'esterno con

procedura ad evidenza pubblica della gran parte dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni affidate in passato in via diretta e di dismissione, comunque a favore di imprese formalmente distinte, anche della restante parte. Con la conseguenza che il concessionario, anziché poter decidere se eseguire esso stesso o esternalizzare, in tutto o in parte, le prestazioni oggetto della concessione, è obbligato ad affidarle nella loro totalità a terzi, ciò che finirebbe per snaturare la sua stessa attività imprenditoriale, ridotta in questo modo all'attività burocratica propria di una stazione appaltante.

La libertà di iniziativa economica privata risulta così invocata dal giudice a quo quale limite "interno" alle misure finalizzate ad assicurare la concorrenza, esse stesse dirette a garantire la medesima libertà di iniziativa economica.

La Corte è dunque chiamata a verificare in che misura la libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 Cost. - da leggere oggi anche alla luce dei Trattati e, in generale, del diritto dell'Unione europea - possa essere limitata in nome della tutela della concorrenza, la quale, in quanto funzionale al libero esplicarsi dell'attività di impresa, trova nella medesima previsione il suo fondamento costituzionale.

In questa prospettiva, libera iniziativa economica e limiti al suo esercizio devono costituire oggetto, nel quadro della garanzia offerta dall'art. 41 Cost. - considerato sia nel suo primo comma, espressamente individuato dal rimettente come parametro di legittimità costituzionale, sia nei due commi successivi che, della invocata libertà, definiscono portata e limiti - di una complessa operazione di bilanciamento. In essa vengono in evidenza, per un verso, il contesto sociale ed economico di riferimento e le esigenze generali del mercato in cui si realizza la libertà di impresa, e, per altro verso, le legittime aspettative degli operatori, in particolare quando essi abbiano dato avvio, sulla base di investimenti e di programmi, a un'attività imprenditoriale in corso di svolgimento.

E al riguardo si deve sottolineare che uno degli aspetti caratterizzanti della libertà di iniziativa economica è costituito dalla possibilità di scelta spettante all'imprenditore: scelta dell'attività da svolgere, delle modalità di reperimento dei capitali, delle forme di organizzazione della stessa attività, dei sistemi di gestione di quest'ultima e delle tipologie di corrispettivo.

Se, dunque, legittimamente in base a quanto previsto all'art. 41 Cost., il legislatore può intervenire a limitare e conformare la libertà d'impresa in funzione di tutela della concorrenza, nello specifico ponendo rimedio *ex post* al *vulnus* conseguente a passati affidamenti diretti avvenuti al di fuori delle regole del mercato, il perseguimento di tale finalità incontra pur sempre il limite della ragionevolezza e della necessaria considerazione di tutti gli interessi coinvolti. La libertà d'impresa non può subire, infatti, nemmeno in ragione del doveroso obiettivo di piena realizzazione dei principi della concorrenza, interventi che ne determinino un radicale svuotamento, come avverrebbe nel caso di un completo sacrificio della facoltà dell'imprenditore di compiere le scelte organizzative che costituiscono tipico oggetto della stessa attività d'impresa.

Alla luce delle considerazioni svolte, si deve ritenere che la previsione dell'obbligo a carico dei titolari di concessioni già in essere, non assegnate con la formula della finanza di progetto o con procedure a evidenza pubblica, di affidare completamente all'esterno l'attività oggetto di concessione - mediante appalto a terzi dell'80 per cento dei contratti inerenti alla concessione stessa e mediante assegnazione a società *in house* o comunque controllate o collegate del restante 20 per cento - costituisca una misura irragionevole e sproporzionata rispetto al pur legittimo fine perseguito, in quanto tale lesiva della libertà di



iniziativa economica, con la conseguenza dell'illegittimità costituzionale dell'art. 177, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 1, comma 1, lettera iii), della legge n. 11 del 2016, per violazione degli artt. 3, primo comma, e 41, primo comma, Cost.

L'irragionevolezza dell'obbligo censurato si collega anzitutto alle dimensioni del suo oggetto: come detto, la parte più grande delle attività concesse deve essere appaltata a terzi e la modesta percentuale restante non può comunque essere compiuta direttamente. L'impossibilità per l'imprenditore concessionario di conservare finanche un minimo di residua attività operativa trasforma la natura stessa della sua attività imprenditoriale, e lo tramuta da soggetto (più o meno direttamente) operativo in soggetto preposto ad attività esclusivamente burocratica di affidamento di commesse, cioè, nella sostanza, in una stazione appaltante. Né vale in proposito osservare che resterebbero comunque garantiti i profitti della concessione, giacché, anche a prescindere da ogni considerazione di merito al riguardo, è evidente che la garanzia della libertà di impresa non investe soltanto la prospettiva del profitto ma attiene anche, e ancor prima, alla libertà di scegliere le attività da intraprendere e le modalità del loro svolgimento.

Al riguardo giova richiamare quanto affermato dalla Corte, secondo cui non è contestabile che la garanzia posta nel primo comma dell'art. 41 Cost. nell'ambito circoscritto dai successivi due capoversi riguarda non soltanto la fase iniziale di scelta dell'attività, ma anche i successivi momenti del suo svolgimento; ed è ugualmente certo che, poiché l'autonomia contrattuale in materia commerciale è strumentale rispetto all'iniziativa economica, ogni limite posto alla prima si risolve in un limite della seconda, ed è legittimo, perciò, solo se preordinato al raggiungimento degli scopi previsti o consentiti dalla Costituzione.

Un ulteriore indice della irragionevolezza del vincolo, così come definito dalla previsione censurata, è costituito dalla sua mancata differenziazione o graduazione in ragione di elementi rilevanti, nel ricordato bilanciamento, per l'apprezzamento dello stesso interesse della concorrenza, quali fra gli altri le dimensioni della concessione - apparendo a tale fine di scarso rilievo la prevista soglia di applicazione alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro, normalmente superata dalla quasi totalità delle concessioni - le dimensioni e i caratteri del soggetto concessionario, l'epoca di assegnazione della concessione, la sua durata, il suo oggetto e il suo valore economico.

Nello stabilire un obbligo di tale incisività e ampiezza applicativa il legislatore ha poi omesso del tutto di considerare l'interesse dei concessionari che, per quanto possano godere tuttora di una posizione di favore derivante dalla concessione ottenuta in passato, esercitano nondimeno un'attività di impresa per la quale hanno sostenuto investimenti e fatto programmi, riponendo un relativo affidamento nella stabilità del rapporto instaurato con il concedente. Affidamento che riguarda, inoltre, anche al di là dell'impresa e delle sue sorti, la prestazione oggetto della concessione, e quindi l'interesse del concedente, degli eventuali utenti del servizio, nonché del personale occupato nell'impresa. Interessi tutti che, per quanto comprimibili nel bilanciamento con altri ritenuti meritevoli di protezione da parte del legislatore, non possono essere tuttavia completamente pretermessi, come risulta essere accaduto invece nella scelta legislativa in esame.

Per queste stesse ragioni, l'introduzione di un obbligo radicale e generalizzato di esternalizzazione, come quello disposto nella normativa censurata, non supera nemmeno, nello scrutinio del bilanciamento operato fra diritti di pari rilievo, la doverosa verifica di proporzionalità.

Per quanto la misura prevista possa in astratto apparire idonea rispetto al fine di ripristinare condizioni di piena concorrenza, non si può certo dire che con essa il legislatore abbia dato la preferenza al “mezzo più mite” fra quelli idonei a raggiungere lo scopo, scegliendo, fra i vari strumenti a disposizione, quello che determina il sacrificio minore.

In questa logica, lo stesso legislatore sarebbe stato tenuto a perseguire l’obiettivo di tutela della concorrenza, non attraverso una misura radicale e ad applicazione indistinta, ma calibrando l’obbligo di affidamento all’esterno sulle varie e alquanto differenziate situazioni concrete, attenuandone la radicalità, se del caso attraverso una modulazione dei tempi, ovvero limitandolo ed escludendolo, ad esempio, laddove la posizione del destinatario apparisse particolarmente meritevole di protezione, e comunque in definitiva dando evidenza alle circostanze rilevanti in funzione di un adeguato bilanciamento dei due diversi aspetti della libertà di impresa, costituiti, come visto, dalla aspirazione a proseguire un’attività in atto, da un lato, e dall’esigenza di assicurare la piena concorrenza, dall’altro.

In conclusione, se la previsione legislativa di obblighi a carico dei titolari delle concessioni in essere, a suo tempo affidate in maniera non concorrenziale, può risultare necessaria nella corretta prospettiva di ricondurre al mercato settori di attività a esso sottratti, le misure da assumere a tale fine non possono non tenere conto di tutto il quadro degli interessi rilevanti e operarne una ragionevole composizione, nella consapevolezza della complessità, come visto, delle scelte inerenti alla tutela da accordare alla libertà di iniziativa economica. Complessità - e quindi difficoltà nella concreta composizione a sistema degli interessi in gioco - che, d’altra parte, non sembra essere sfuggita allo stesso legislatore, che ha prorogato più volte il termine per l’adeguamento, fissandolo, da ultimo, al 31 dicembre 2022.

Dall’illegittimità costituzionale dell’art. 177, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 deriva quella dei successivi commi 2 e 3. Il comma 2 fissa il termine per l’adeguamento delle concessioni a quanto previsto dal comma 1, mentre il comma 3 disciplina la verifica del rispetto dei limiti di cui al citato comma 1. Le disposizioni di cui ai commi 2 e 3 integrano dunque la normativa recata dal comma 1, costituendo un insieme organico, espressivo di una logica unitaria, che trova il suo fulcro nell’obbligo di affidamento previsto nel comma 1, e devono pertanto seguire la stessa sorte.

Va perciò dichiarata in via consequenziale l’illegittimità costituzionale delle restanti disposizioni dell’art. 177, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Per questi motivi, la Corte costituzionale dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 1, comma 1, lettera iii), della legge 28 gennaio 2016, n. 11 e dell’art. 177, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) e, in via consequenziale, l’illegittimità costituzionale dell’art. 177, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 50 del 2016.

## 2. L'Adunanza plenaria si pronuncia sulla proroga "automatica" delle concessioni demaniali marittime

Le norme nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative - compresa la moratoria introdotta con l'emergenza epidemiologica da Covid-19 dall'art. 182, comma 2, d.l. n. 34 del 2020, convertito in legge n. 77 del 2020 - sono in contrasto con il diritto euro-nazionale, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE; tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione.

Il Consiglio di Stato, ancorché siano intervenuti atti di proroga delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative rilasciati dalla PA (e anche nei casi in cui tali atti siano stati rilasciati in seguito a un giudicato favorevole o abbiano comunque formato oggetto di un giudicato favorevole) esclude la sussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo agli attuali concessionari; non vengono in rilievo, al riguardo, i poteri di autotutela decisoria della PA, in quanto l'effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legiferato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata; la non applicazione della legge implica, quindi, che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano parimenti ritenersi *tamquam non esset*, senza che rilevi la presenza o meno di un atto dichiarativo dell'effetto legale di proroga adottato dalla PA o l'esistenza di un giudicato. Venendo in rilievo un rapporto di durata, infatti, anche il giudicato è comunque esposto all'incidenza delle sopravvenienze e non attribuisce un diritto alla continuazione del rapporto.

Per evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative in essere, nonché per tener conto dei tempi tecnici affinché le amministrazioni predispongano le procedure di gara richieste e, altresì, nell'auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi europei, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano a essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'UE.

### Premessa

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con due sentenze del 9 novembre 2021 (nn. 18 e 19) si è pronunciata sulla questione delle concessioni demaniali marittime. Si tratta di due sentenze molto articolate, delle quali si riporta di seguito una sintesi delle motivazioni.

Si tratta di una decisione da tempo attesa, per fornire elementi di maggiore chiarezza sulla definizione dello statuto giuridico delle concessioni demaniali. Finora, infatti, la materia era stata affidata ai Tribunali amministrativi regionali, con tutte le intuibili divergenze decisorie.

La materia ha avuto una progressiva stratificazione, sia in senso diacronico (si pensi alla successione di proroghe *ex lege* che da quasi trent'anni riguarda la durata delle concessioni balneari in scadenza) sia in quello contenutistico, considerati gli atti di vario livello che coprono la disciplina e le decisioni del Giudice amministrativo e delle sezioni penali della Corte di Cassazione.

All'interno della ricca giurisprudenza in punto di rinnovo delle concessioni demaniali marittime per uso turistico, le decisioni del giudice amministrativo, in particolare, possono suddividersi in almeno tre filoni interpretativi. Il primo predica la necessaria disapplicazione delle norme nazionali che hanno prorogato la durata delle concessioni, in ragione del contrasto con l'art. 12 della direttiva c.d. "Bolkestein", ritenuto di portata *self executing*. Questa interpretazione, che trova conforto anche nella pronuncia n. 2002 del Consiglio di Stato (marzo 2021), ravvisa in capo all'ordinamento domestico l'obbligo di indire procedure a evidenza pubblica per la selezione dei potenziali concessionari, in linea con quanto lo stesso art. 12 della direttiva prescrive in caso di scarsità della risorsa naturale.

Il secondo orientamento è stato inaugurato dal Tar Puglia-Lecce (sent. n. 1321 del 27 novembre 2020). Esso nega la possibilità di disapplicare le norme interne, anche quando prevedano proroghe automatiche, per carenza di auto-esecutività della "direttiva servizi". A tale orientamento si affiancano alcune pronunce di altri Giudici che, senza entrare nel merito della questione della compatibilità con il diritto unionale, hanno ugualmente dato applicazione alla normativa interna (Cons. Stato, sez. V, 24/10/2019, n. 7251; Tar Lazio, Roma, sez. Il bis, 14/06/2021, n. 7073).

Vi è infine il terzo gruppo di decisioni in cui confluiscono le più recenti pronunce cautelari che, di fatto, sospendono il giudizio nell'attesa della richiamata pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

### **La Direttiva n. 2006/123**

L'Adunanza plenaria ha evidenziato che la n. 2006/123 deve essere considerata una direttiva di liberalizzazione, nel senso che è tesa a eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento e di servizio, garantendo l'implementazione del mercato interno e del principio concorrenziale ad esso sotteso: fissa, infatti, disposizioni generali volte a eliminare le restrizioni alla libertà di stabilimento dei prestatori di servizi negli Stati membri e alla libera circolazione dei servizi tra i medesimi, al fine di contribuire alla realizzazione di un mercato interno dei servizi libero e concorrenziale (come ha ricordato la Corte di Giustizia).

L'obiettivo della direttiva non è di "armonizzare" le discipline nazionali che prevedono ostacoli alla libera circolazione, ma, appunto, di eliminare tali ostacoli (attraverso lo smantellamento, più che l'armonizzazione, delle leggi nazionali che ad essi forniscono una copertura normativa), al fine di realizzare un'effettiva concorrenza fra i prestatori dei servizi, restando fermo che il risultato finale di ogni direttiva (anche se di liberalizzazione) implica un'armonizzazione normativa, che, però, non è l'obiettivo primario della 2006/123 e non può costituirne, pertanto, la base giuridica legittimante.

In tale prospettiva, la Corte di giustizia ha infatti affermato, proprio con riferimento alla direttiva 2006/123, che "*la piena realizzazione del mercato interno dei servizi richiede anzitutto che vengano soppressi gli ostacoli incontrati dai prestatori per stabilirsi negli Stati membri*", per poi richiamare l'obiettivo di implementare un quadro giuridico generale,

formato da una combinazione di misure diverse destinate a garantire un grado elevato d'integrazione giuridica nell'Unione per mezzo, in particolare, di un'armonizzazione vertente su precisi aspetti della regolamentazione delle attività di servizio.

Del resto, la portata conformativa dell'art. 12 della direttiva 2006/123 sulle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa non si riverbera in modo diretto sulla politica nazionale in materia di turismo: il rilascio della concessione rappresenta, infatti, solo una precondizione per l'esercizio dell'impresa turistica (nella specie lo stabilimento balneare), la cui attività, successivamente al rilascio, non è certo governata dalla normativa contenuta nella direttiva.

La tutela della concorrenza (e l'obbligo di evidenza pubblica che esso implica) è, d'altronde, una "materia" trasversale, che attraversa anche quei settori in cui l'Unione europea è priva di ogni tipo di competenza o ha solo una competenza di "sostegno": anche in tali settori, quando acquisiscono risorse strumentali all'esercizio delle relative attività (o quando concedono il diritto di sfruttare economicamente risorse naturali limitate), gli Stati membri sono tenuti all'obbligo della gara, che si pone a monte dell'attività poi svolta in quella materia. Altrimenti, si dovrebbe paradossalmente ritenere che anche le direttive comunitarie in materia di appalti e concessioni non potrebbero trovare applicazione ai contratti diretti a procurare risorse strumentali all'esercizio di attività riservate alla sovranità nazionale degli Stati. Ad esempio, oltre al turismo, competenze di mero sostegno dell'Unione europea sono previste in materia di sanità pubblica, istruzione, cultura e protezione civile, che sono tutti settori rispetto ai quali i contratti pubblici sono sottoposti all'obbligo di gara.

In senso contrario non vale neanche valorizzare la mancanza del requisito della scarsità della risorsa naturale, sul quale peraltro la Corte di giustizia, nella sentenza *Promoimpresa*, ha rilevato che le concessioni sono rilasciate a livello non nazionale bensì comunale, fatto che deve *"essere preso in considerazione al fine di determinare se tali aree che possono essere oggetto di uno sfruttamento economico siano in numero limitato"*.

Il concetto di scarsità va, invero, interpretato in termini relativi e non assoluti, tenendo conto non solo della "quantità" del bene disponibile, ma anche dei suoi aspetti qualitativi e, di conseguenza, della domanda che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti, oltre che dei fruitori finali del servizio che tramite esso viene immesso sul mercato. Va ancora considerata la concreta disponibilità di aree ulteriori rispetto a quelle attualmente già oggetto di concessione. È sulle aree ancora concedibili (oltre che su quelle già assentite), infatti, che si deve principalmente concentrare l'attenzione per verificare se l'attuale regime di proroga fino al 31 dicembre 2033 possa creare una barriera all'ingresso di nuovi operatori, in contrasto con gli obiettivi di liberalizzazione perseguiti dalla direttiva. La valutazione della scarsità della risorsa naturale, invero, dipende essenzialmente dall'esistenza di aree disponibili sufficienti a permettere lo svolgimento della prestazione di servizi anche a operatori economici diversi da quelli attualmente "protetti" dalla proroga *ex lege*.

### **La decisione del Consiglio di Stato**

Alla luce di tutto questo, il Consiglio di Stato ha quindi ritenuto che anche l'art. 12 della direttiva 2006/123 sia applicabile al rilascio e al rinnovo delle concessioni demaniali

marittime, con conseguente incompatibilità comunitaria, anche sotto tale profilo, della disciplina nazionale che prevede la proroga automatica e generalizzata delle concessioni già rilasciate.

È peraltro indiscutibile che il confronto competitivo, oltre ad essere imposto dal diritto dell'Unione, risulta coerente con l'evoluzione della normativa interna sull'evidenza pubblica, che individua in tale metodo non solo lo strumento più efficace per la scelta del miglior "contraente" (in tal caso, concessionario), cioè del miglior interlocutore della pubblica amministrazione, ma anche come mezzo per garantire trasparenza alle scelte amministrative e apertura del settore dei servizi al di là di barriere all'accesso. Inoltre, il confronto è estremamente prezioso per garantire ai cittadini una gestione del patrimonio nazionale costiero e una correlata offerta di servizi pubblici più efficiente e di migliore qualità e sicurezza, potendo contribuire in misura significativa alla crescita economica e, soprattutto, alla ripresa degli investimenti di cui il Paese necessita.

Tali considerazioni conducono alla conclusione secondo cui anche la moratoria emergenziale prevista dall'art. 182, comma 2, d.l. 34 del 2020 presenta profili di incompatibilità comunitaria. Non è, infatti, seriamente sostenibile che la proroga delle concessioni sia funzionale al "contenimento delle conseguenze economiche prodotte dall'emergenza epidemiologica". In senso contrario, si deve osservare, come evidenziato dalla Commissione nell'ultima lettera di costituzione in mora (che riguarda anche l'art. 182, comma 2, d.l. 34 del 2020), che la reiterata proroga della durata delle concessioni balneari prevista dalla legislazione italiana scoraggia gli investimenti in un settore chiave per l'economia italiana e che sta già risentendo in maniera acuta dell'impatto della pandemia da COVID-19. Scoraggiando gli investimenti nei servizi ricreativi e di turismo balneare, l'attuale legislazione italiana impedisce, piuttosto che incoraggiare, la modernizzazione di questa parte importante del settore turistico italiano. La modernizzazione è ulteriormente ostacolata dal fatto che la legislazione italiana rende di fatto impossibile l'ingresso sul mercato di nuovi ed innovatori fornitori di servizi.

Non vi è quindi alcuna ragionevole connessione tra la proroga delle concessioni e le conseguenze economiche derivanti dalla pandemia, presentandosi semmai essa come disfunzionale rispetto all'obiettivo dichiarato e di fatto diretta a garantire posizioni acquisite nel tempo.

### **L'applicazione delle disposizioni *self-executing* e la disapplicazione delle norme nazionali**

Tutto ciò premesso, l'Adunanza plenaria ritiene che l'obbligo di non applicare la legge anti-comunitaria gravi in capo all'apparato amministrativo, anche nei casi in cui il contrasto riguardi una direttiva *self-executing*.

In termini generali, il Consiglio di Stato osserva anzitutto che la sussistenza di un dovere di non applicazione anche da parte della PA rappresenta un approdo ormai consolidato nell'ambito della giurisprudenza sia europea sia nazionale. In particolare, nella sentenza Fratelli Costanzo si legge espressamente che tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, sono tenuti ad applicare le disposizioni UE *self-executing*, disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi.

Anche la Corte costituzionale (sentenza n. 389 del 1989) ha ribadito che "*tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o*

valore di legge) - tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi - sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme comunitarie nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia europea.

Il Consiglio di Stato, a sua volta, sin dalla sentenza sez. V 6 aprile 1991, n. 452, ha chiarito che tutti i soggetti dell'ordinamento, compresi gli organi amministrativi, devono riconoscere come diritto legittimo e vincolante le norme comunitarie, non applicando le norme nazionali contrastanti. Opinare diversamente significherebbe autorizzare la PA all'adozione di atti amministrativi illegittimi per violazione del diritto dell'Unione, destinati ad essere annullati in sede giurisdizionale, con grave compromissione del principio di legalità, oltre che di elementari esigenze di certezza del diritto.

Queste conclusioni valgono anche per il caso in cui a venire in rilievo sia una direttiva *self-executing*.

Le considerazioni che precedono evidenziano come la distinzione tra norme non applicabili *tout court* e norme non applicabili dal giudice ma non anche dalla PA risulti foriera di contraddizioni e inconvenienti pratici, anche perché, di fatto, affida alla fase dell'eventuale contenzioso giurisdizionale la primazia del diritto dell'Unione, con la conseguenza che, in caso di mancata impugnazione, la violazione della direttiva andrebbe ingiustificatamente a consolidarsi (e, con riferimento al contenzioso in questione, va sottolineato che sulle proroghe assentite, nella maggior parte dei casi, non vi sono controinteressati attuali che propongono ricorso).

Ne consegue allora che la legge nazionale in contrasto con una norma europea dotata di efficacia diretta, ancorché contenuta in una direttiva *self-executing*, non può essere applicata né dal giudice, né dalla pubblica amministrazione, senza che sia all'uopo necessario una questione di legittimità costituzionale. La sentenza aggiunge che, invero, un sindacato di costituzionalità in via incidentale su una legge nazionale anti-comunitaria è oggi possibile solo se tale legge sia in contrasto con una direttiva comunitaria non *self-executing* oppure, secondo la recente teoria della c.d. doppia pregiudizialità, nei casi in cui la legge nazionale contrasti con i diritti fondamentali della persona tutelati sia dalla Costituzione sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Nessuna delle due "eccezioni" ricorre nel caso di specie, perché le norme comunitarie violate sono *self-executing* e non vengono in rilievo diritti fondamentali della persona costituzionalmente protetti.

L'Adunanza plenaria ricorda, poi, che secondo la stessa giurisprudenza comunitaria, il principio di primazia del diritto UE di regola non incide sul regime di stabilità degli atti (amministrativi e giurisdizionali) nazionali che risultino comunitariamente illegittimi. In linea di principio, quindi, va escluso un obbligo di autotutela (o anche di riesame), a maggior ragione laddove il provvedimento amministrativo risulti confermato da un giudicato.

Si possono richiamare, a tal proposito, con specifico riferimento alla questione dell'obbligo di autotutela su un atto amministrativo comunitariamente invalido, le sentenze Khune (C-453/04) e Kempter (C-2/06), in cui la Corte UE, pur escludendo la sussistenza di un generalizzato obbligo di autotutela o di riesame, individua alcune condizioni in presenza delle quali tale obbligo sussiste, anche in presenza di giudicato che abbia escluso l'illegittimità del provvedimento medesimo.

Secondo la Corte, tale obbligo sussiste quando: a) l'amministrazione disponga secondo il diritto nazionale del potere di riesame; b) l'atto amministrativo sia divenuto definitivo a seguito di una sentenza di un giudice nazionale di ultima istanza; c) tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della CGUE successiva alla medesima, risulti fondata su una interpretazione errata del diritto adottata senza che la Corte fosse stata adita in via pregiudiziale.

Tali principi, che l'Adunanza plenaria intende condividere e ribadire, non sono tuttavia applicabili al caso di specie, dove, a ben guardare, non si pone propriamente una questione di autotutela amministrativa su provvedimenti amministrativi.

### **La proroga delle concessioni tramite “legge-provvedimento”**

L'Adunanza plenaria ritiene che l'atto di proroga sia un atto meramente ricognitivo di un effetto prodotto automaticamente dalla legge e quindi alla stessa direttamente riconducibile.

In tal senso, la formulazione letterale dell'art. 1, comma 682, l. 30 dicembre 2018, n. 145 non lascia spazio a dubbi, perché la norma direttamente dispone che le concessioni demaniali già rilasciate “*vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici*” (sull'ambito oggettivo di applicabilità della disposizione è intervenuto il d.l. 14 agosto 2020, n. 104, convertito con legge 13 ottobre 2020, n. 126, che ha stabilito, al comma 1 dell'art. 100, che “Le disposizioni di cui all'articolo 1, commi 682 e 683, l. 30 dicembre 2018, n. 145, si applicano anche alle concessioni lacuali e fluviali, ivi comprese quelle gestite dalle società sportive iscritte al registro Coni di cui al d.lgs. 23 luglio 1999 n. 242, nonché alle concessioni per la realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto, inclusi i punti d'ormeggio, nonché ai rapporti aventi ad oggetto la gestione di strutture turistico ricreative in aree ricadenti nel demanio marittimo per effetto di provvedimenti successivi all'inizio dell'utilizzazione”).

La proroga del termine avviene, quindi, automaticamente, in via generalizzata ed *ex lege*, senza l'intermediazione di alcun potere amministrativo. Si tratta, in buona sostanza, di una legge-provvedimento che non dispone in via generale e astratta, ma, intervenendo su un numero delimitato di situazioni concrete, recepisce e “legifica”, prorogandone il termine, le concessioni demaniali già rilasciate. Ed invero, se una legge proroga la durata di un provvedimento amministrativo, quel contenuto continua ad essere vigente in forza e per effetto della legge e, quindi, assurge necessariamente a fonte regolatrice del rapporto rispetto al quale l'atto amministrativo che (eventualmente) intervenga ha natura meramente ricognitiva dell'effetto prodotto dalla norma legislativa di rango primario. Si è verificata, quindi, e in mancanza di una riserva di amministrazione costituzionalmente garantita, una novazione sostanziale della fonte di regolazione del rapporto, che ora trova appunto la sua base, in particolare per ciò che concerne la durata del rapporto, nella legge e non più nel provvedimento.

Seguendo questa impostazione, se la proroga è direttamente disposta per legge ma la relativa norma che la prevede non poteva e non può essere applicata perché in contrasto con il diritto dell'Unione, ne discende, allora, che l'effetto della proroga deve considerarsi *tamquam non esset*, come se non si fosse mai prodotto. Sono le dinamiche (di non



applicazione) della fonte primaria che regola il rapporto di diritto pubblico che determinano l'effetto di mancata proroga delle concessioni.

Di talché l'Amministrazione non esercita alcun potere di autotutela (con i vincoli che la caratterizzano): se l'atto eventualmente adottato dall'amministrazione svolge la sola funzione ricognitiva (e nei termini appunto in cui svolga questa sola funzione), mentre l'effetto autoritativo è prodotto direttamente dalla legge, la non applicabilità di quest'ultima impedisce il prodursi dell'effetto autoritativo della proroga.

Del resto, il potere di autotutela quale potere di regolamentare una seconda volta, in aderenza al principio di buon andamento e continuità dell'azione amministrativa, il rapporto di diritto pubblico (e l'interesse pubblico ad esso sotteso) presuppone detto potere di regolamentazione che, come sopra evidenziato, è stato invece avocato a sé dal legislatore. In altre parole, il provvedimento di secondo grado in cui si esprime l'autotutela non può avere ad oggetto una disciplina contenuta nella legge.

Non può, peraltro, evitarsi di considerare la particolare funzione svolta dall'atto ricognitivo eventualmente adottato dall'Amministrazione: essa non costituisce il portato del potere autoritativo riconosciuto alla soggettività pubblica, pur essendo comunque riconducibile alla posizione dell'Amministrazione all'interno dell'ordinamento giuridico generale.

Tale provvedimento è funzionale a rappresentare il verificarsi di un fatto (la proroga) con un grado di certezza che consente alla collettività di fare affidamento su di esso al fine di rendere sollecito e affidabile il traffico economico e giuridico, che deriva appunto dal ruolo svolto dall'Amministrazione nell'ambito di una società fluida come quella contemporanea, nella quale anche molti rapporti tipicamente amministrativi sono regolati in assenza di un provvedimento espresso. Detto ruolo consente alle soggettività pubbliche di creare certezze giuridicamente rilevanti per i terzi, laddove invece ai privati è inibita questa facoltà rispetto a soggetti estranei al rapporto negoziale. Sicché le medesime ragioni di certezza depongono nel senso che l'Amministrazione provveda, comunque, a rendere pubblica l'inconsistenza oggettiva dell'atto ricognitivo eventualmente già adottato e di comunicarla al soggetto cui è stato rilasciato detto atto.

## **Il rapporto tra il giudicato e la normativa**

Analoghe considerazioni valgono anche nei casi in cui sia intervenuto un *giudicato favorevole* al concessionario demaniale.

Da questo punto di vista, è pur vero che occorre ribadire – in applicazione dei principi di certezza e stabilità del diritto e dei rapporti giuridici di cui è espressione la *res iudicata*, diventati essi stessi principi non solo degli Stati membri ma anche del diritto dell'Unione – l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico comunitario, sia negli ordinamenti giuridici nazionali, con la conseguenza che, come affermato ripetutamente dalla stessa Corte di giustizia, il diritto europeo non impone a un giudice nazionale di non applicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto dell'Unione da parte di tale decisione.

Tuttavia, occorre tener conto del fatto che, nel caso di specie, tali principi vanno adeguati tenendo conto che il giudicato incide su un rapporto di durata (qual è appunto quello che deriva dal rilascio o dal rinnovo della concessione demaniale). Sotto tale profilo, va, infatti, ricordato, che le sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia hanno la

stessa efficacia vincolante delle disposizioni interpretate: la decisione della Corte resa in sede di rinvio pregiudiziale, dunque, oltre a vincolare il giudice che ha sollevato la questione, spiega i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto. La sentenza interpretativa pregiudiziale della Corte di giustizia è, quindi, equiparabile a una sopravvenienza normativa, la quale, incidendo su un procedimento ancora in corso di svolgimento e su un tratto di interesse non coperto dal giudicato (come accade quando viene in considerazione un rapporto di durata), determina non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la medesima situazione giuridica.

Ora, considerando che in seguito al rinnovo della concessione demaniale nasce (o prosegue) un rapporto di durata, deve essere richiamato il consolidato principio in base al quale la sopravvenienza normativa (cui è equiparabile, appunto, la sentenza interpretativa della Corte di giustizia) incide sulle situazioni giuridiche durevoli per quella parte che si svolge successivamente al giudicato. Ne consegue che, per quella parte di rapporto non coperta dal giudicato, non vi sono ostacoli a dare immediata attuazione allo *jus superveniens* di derivazione comunitaria.

In conclusione, pertanto, l'incompatibilità comunitaria della legge nazionale che ha disposto la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali produce come effetto, anche nei casi in cui siano stati adottati formali atti di proroga e nei casi in cui sia intervenuto un giudicato favorevole, il venir meno degli effetti della concessione, in conseguenza della non applicazione della disciplina interna.

### **La modulazione degli effetti temporali**

Quanto a quelle già concesse, l'Adunanza plenaria è consapevole che nel corso di queste ripetute proroghe, il legislatore, anche per far fronte alle procedure di infrazione nel frattempo aperte dalla Commissione europea, aveva "annunciato" il "riordino della materia in conformità dei principi di derivazione europea" (così l'art. 24, comma 3-septies d.l. n. 113 del 2016, convertito in legge n. 160 del 2016); com'è noto, però, la nuova normativa volta a garantire compatibilità con l'ordinamento europeo non è mai intervenuta.

Ne è derivata una situazione di sicura incertezza, che sarebbe ulteriormente alimentata dall'improvvisa cessazione di tutti i rapporti concessori in atto, come conseguenza della immediata non applicazione della legge nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione.

In questo quadro normativo, l'Adunanza plenaria, applicando principi analoghi a quelli già espressi nella sentenza n. 13 del 2017, ritiene allora che, a fronte di un quadro di incertezza normativa, sussistano i presupposti per modulare gli effetti temporali della propria decisione.

La deroga alla retroattività trova fondamento nel principio di certezza del diritto: si limita la possibilità per gli interessati di far valere la norma giuridica come interpretata, se vi è il rischio di ripercussioni economiche o sociali gravi, dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una diversa interpretazione normativa, sempre che risulti che i destinatari del precetto erano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni.

Nel caso di specie, peraltro, la graduazione degli effetti è resa necessaria dalla constatazione che la regola in base alla quale le concessioni balneari debbono essere

affidate in seguito a procedura pubblica e imparziale richiede di prevedere un intervallo di tempo necessario per svolgere la competizione, nell'ambito del quale i rapporti concessori continueranno a essere regolati dalla concessione già rilasciata.

Detto periodo deve essere congruo rispetto all'esigenza funzionale di espletare le gare e di evitare il significativo impatto economico e sociale che altrimenti deriverebbe dall'improvvisa decadenza dei rapporti concessori in essere. Allo stesso tempo, il lasso temporale non può essere elusivo dell'obbligo di adeguamento della realtà nazionale all'ordinamento comunitario.

L'intervallo temporale potrebbe altresì consentire a Governo e Parlamento di approvare doverosamente una normativa che possa finalmente riordinare la materia e disciplinare in conformità con l'ordinamento comunitario il sistema di rilascio delle concessioni demaniali. È, infatti, compito del legislatore farsi carico di una disciplina che, nel rispetto dei principi dell'ordinamento dell'Unione e degli opposti interessi, sia in grado di contemperare le ormai ineludibili istanze di tutela della concorrenza e del mercato con l'altrettanto importante esigenza di tutela dei concessionari uscenti.

Pertanto, l'Adunanza plenaria, consapevole della portata nomofilattica della presente decisione, della necessità di assicurare alle amministrazioni un ragionevole lasso di tempo per intraprendere sin d'ora le operazioni funzionali all'indizione di procedure di gara, nonché degli effetti ad ampio spettro che inevitabilmente deriveranno su una moltitudine di rapporti concessori, ritiene che tale intervallo temporale per l'operatività degli effetti della presente decisione possa essere congruamente individuato al 31 dicembre 2023.

Scaduto tale termine, tutte le concessioni demaniali in essere dovranno considerarsi prive di effetto, indipendentemente dal fatto che vi sia - o meno - un soggetto subentrante nella concessione.

Il Consiglio di Stato precisa che eventuali proroghe legislative del termine così individuato (al pari di ogni disciplina comunque diretta a eludere gli obblighi comunitari) dovranno considerarsi in contrasto con il diritto dell'Unione e, pertanto, immediatamente non applicabili a opera non solo del giudice, ma di qualsiasi organo amministrativo, doverosamente legittimato a considerare, da quel momento, *tamquam non esset* le concessioni in essere.

### **Le gare da bandire e i principi che ne dovranno ispirare lo svolgimento**

Infine, l'Adunanza si sofferma anche sulle gare da bandire e sui principi che dovranno ispirare lo svolgimento delle gare, ferma restando la discrezionalità del legislatore nell'approntare la normativa di riordino del settore. Ricorda che l'art. 12 della direttiva 2006/123 già contiene importanti criteri in grado di veicolare la discrezionalità del legislatore, imponendo una *“procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento”*, ma precisando anche che, *“nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario”*.

Nel considerare tali ultime prerogative possono essere apprezzati e valorizzati, in sede di gara, profili di politica sociale e del lavoro e di tutela ambientale. Con specifico riferimento

al legittimo affidamento dei titolari di tali autorizzazioni, funzionale ad ammortizzare gli investimenti da loro effettuati, la Corte di giustizia ha constatato che *“gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni legate a motivi imperativi d’interesse generale”*, precisando che si possa tenere conto di tali considerazioni *“solo al momento di stabilire le regole della procedura di selezione dei candidati potenziali e fatto salvo, in particolare, l’art. 12, paragrafo 1, di tale direttiva”* e che comunque necessiti al riguardo *“una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare che il titolare dell’autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i relativi investimenti”* (sentenza Promoimpresa).

L’indizione di procedure competitive per l’assegnazione delle concessioni dovrà, pertanto, ove ne ricorrano i presupposti, essere supportata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti, essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l’affidamento degli stessi.

Se i criteri dettati dall’art. 12 della direttiva 2006/123 non impongono il rispetto del principio di rotazione (dettati in relazione al diverso settore dei contratti pubblici disciplinati dalle direttive del 2014, le nn. 23, 24 e 25), nondimeno, nel conferimento o nel rinnovo delle concessioni, andrebbero evitate ipotesi di preferenza “automatica” per i gestori uscenti, in quanto idonei a tradursi in un’asimmetria a favore dei soggetti che già operano sul mercato (circostanza che potrebbe verificarsi anche nell’ipotesi in cui le regole di gara consentano di tenere in considerazione gli investimenti effettuati senza considerare il parametro di efficienza quale presupposto di apprezzabilità dei medesimi).

La scelta di criteri di selezione proporzionati, non discriminatori ed equi è, infatti, essenziale per garantire agli operatori economici l’effettivo accesso alle opportunità economiche offerte dalle concessioni. A tal fine, i criteri di selezione dovrebbero dunque riguardare la capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli operatori, essere collegati all’oggetto del contratto e figurare nei documenti di gara. Nell’ambito della valutazione della capacità tecnica e professionale potranno, tuttavia, essere individuati criteri che, nel rispetto della *par condicio*, consentano anche di valorizzare l’esperienza professionale e il know-how acquisito da chi ha già svolto attività di gestione di beni analoghi (e, quindi, anche del concessionario uscente, ma a parità di condizioni con gli altri), anche tenendo conto della capacità di interazione del progetto con il complessivo sistema turistico-ricettivo del territorio locale; anche tale valorizzazione, peraltro, non potrà tradursi in una sorta di sostanziale preclusione dell’accesso al settore di nuovi operatori

Ulteriori elementi di valutazione dell’offerta potranno riguardare gli standard qualitativi dei servizi (da incrementare rispetto ad eventuali minimi previsti) e la sostenibilità sociale e ambientale del piano degli investimenti, in relazione alla tipologia della concessione da gestire.

La durata delle concessioni dovrebbe essere limitata e giustificata sulla base di valutazioni tecniche, economiche e finanziarie, al fine di evitare la preclusione dell’accesso al mercato. Al riguardo, sarebbe opportuna l’introduzione a livello normativo di un limite alla durata delle concessioni, che dovrà essere poi in concreto determinata (nell’ambito del tetto normativo) dall’amministrazione aggiudicatrice nel bando di gara in funzione dei servizi richiesti al concessionario. La durata andrebbe commisurata al valore della concessione e alla sua complessità organizzativa e non dovrebbe eccedere il periodo di tempo ragionevolmente necessario al recupero degli investimenti, insieme ad una

remunerazione del capitale investito o, per converso, laddove ciò determini una durata eccessiva, si potrà prevedere una scadenza anticipata ponendo a base d'asta il valore, al momento della gara, degli investimenti già effettuati dal concessionario.

È inoltre auspicabile che le amministrazioni concedenti sfruttino appieno il reale valore del bene demaniale oggetto di concessione. In tal senso, sarebbe opportuno che anche la misura dei canoni concessori formi oggetto della procedura competitiva per la selezione dei concessionari, in modo tale che, all'esito, essa rifletta il reale valore economico e turistico del bene oggetto di affidamento.

Le suddette considerazioni si riverberano anche nei casi in cui sia intervenuto un giudicato favorevole al concessionario demaniale. Si è già detto che l'eventuale giudicato che abbia riconosciuto il diritto alla proroga non attribuisce un diritto incondizionato alla continuità del rapporto, dovendosi viceversa ritenere che la parte del rapporto non coperta dal giudicato sia esposta alla normativa comunitaria.

Detta affermazione richiede di stabilire quale sia la parte del rapporto non coperta dal giudicato.

I rapporti concessori oggetto di eventuali giudicati formatisi sulla normativa in esame (in particolare l'art. 1, commi 682 e 683, legge n. 145 del 2018, che dispone la proroga automatica e generalizzata fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni demaniali in essere), successiva alla sentenza *Promoimpresa* della Corte di giustizia, necessitano di essere regolamentati tenendo conto, da un lato, del portato tipico dell'autorità di cosa giudicata e, dall'altro, delle implicazioni derivanti dalle modifiche normative (cui sono equiparate le sentenze della Corte di giustizia) successivamente intervenute a disciplinare il rapporto.

La particolarità della vicenda discende dal fatto che la sentenza *Promoimpresa* è stata pronunciata nel 2016, quindi prima della modifica normativa del 2018, sicché essa non costituisce quella sopravvenienza idonea ad incidere sul giudicato formatosi successivamente (in particolare riguardante la modifica normativa del 2018). Nondimeno non si può non considerare il ruolo che svolge la presente pronuncia in punto di certezza del diritto relativo alle concessioni balneari sul territorio italiano, ruolo reso evidente, da un lato, dal deferimento d'ufficio della questione da parte del Presidente del Consiglio di Stato di cui al decreto n. 160 del 2021, dato il notevole impatto sistemico della questione e la rilevanza del rapporto tra il diritto nazionale e il diritto dell'Unione, e considerata la particolare rilevanza economico-sociale che rende opportuna una pronuncia della Adunanza plenaria "onde assicurare certezza e uniformità di applicazione del diritto da parte delle amministrazioni interessate nonché uniformità di orientamenti giurisprudenziali"; e, dall'altro lato, dalla graduazione temporale degli effetti della presente pronuncia.

Dette circostanze inducono a ritenere che, anche rispetto ai rapporti oggetto di sentenza passata in giudicato favorevole per il concessionario, gli effetti della non applicazione della normativa in esame si produrranno al termine del periodo transitorio sopra illustrato.

In tal senso convergono: le stesse ragioni di certezza che inducono a prevedere un periodo transitorio che preceda l'obbligo di non applicazione della disciplina legislativa interna in conflitto con il diritto UE; considerazioni concrete di applicabilità amministrativa del principio di diritto enunciato (che richiedono necessariamente di prevedere un intervallo per lo svolgimento delle gare); l'opportunità di consentire al legislatore di



normare le procedure di affidamento delle concessioni balneari in conformità al diritto UE, considerato anche il ruolo nevralgico delle medesime nell'ambito dell'economia italiana; la necessità di evitare disparità di trattamento; generali esigenze di semplificazione e linearità della disciplina pubblicistica.

Ne deriva che i giudicati favorevoli per il concessionario formati sulla normativa in esame cessano di disciplinare il rapporto concessorio a far data dalla scadenza del periodo biennale.

### **3. L'Adunanza plenaria si pronuncia sulla giurisdizione sulla responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici**

L'Adunanza plenaria del Consiglio Stato, n. 21 del 2021, ha chiarito che, 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.

#### **Fatto**

Con ordinanza la II Sezione del Consiglio di Stato ha deferito all'Adunanza plenaria alcune questioni in materia di responsabilità della pubblica amministrazione per l'affidamento suscitato nel destinatario di un provvedimento ampliativo illegittimamente emanato e poi annullato, con particolare riguardo all'ipotesi di aggiudicazione definitiva di appalto di lavori, servizi o forniture, successivamente revocata a seguito di una pronuncia giudiziale, su cui ai sensi dell'art. 99, comma 1, cod. proc. amm. ha ravvisato orientamenti contrastanti della giurisprudenza amministrativa.

Le questioni deferite sono sorte in un contenzioso promosso da una Coop, impresa edile-stradale, nei confronti di un Comune, dopo l'annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione definitiva da questo emessa a favore della prima, in associazione temporanea di imprese, della procedura di gara per l'affidamento in appalto dei lavori di recupero, restauro conservativo e rifunzionalizzazione. In esecuzione della pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione definitiva, di cui alla sentenza del Consiglio di Stato, Sezione V, del 9 dicembre 2008, n. 6057, preceduta dalla pubblicazione del dispositivo, il Comune ne disponeva la revoca e nello stesso senso si determinava con riguardo alla consegna in via anticipata dei lavori a favore della medesima associazione temporanea di imprese, originaria aggiudicataria.

Nel presente giudizio quest'ultima ha domandato il risarcimento a titolo di responsabilità precontrattuale nei confronti dell'amministrazione per i danni derivanti dalla lesione del suo affidamento sorto in seguito all'aggiudicazione definitiva in suo favore dell'appalto, poi annullata in sede giurisdizionale e quindi revocata dall'amministrazione in esecuzione della pronuncia di annullamento.

La domanda è stata accolta in primo grado, con sentenza del TAR della Campania – sede di Napoli del 3 ottobre 2012, n. 4017.

Nei suoi principali snodi argomentativi la sentenza:

- ha premesso che dalla revoca legittima dell'aggiudicazione può *“residuare spazio per il risarcimento dei danni precontrattuali conseguenti alla lesione dell'affidamento ingenerato nell'impresa vittoriosa in seno alla procedura di evidenza pubblica poi rimossa”*, di cui l'amministrazione aggiudicatrice può rispondere ai sensi dell'art. 1337 cod. civ.;

- ha quindi accertato la colpa del Comune che ha dato causa all'annullamento dell'aggiudicazione definitiva su ricorso dell'unica altra concorrente, inizialmente esclusa a causa dell'ambigua formulazione del bando di gara;
- la colpa accertata è consistita nell'ambigua formulazione delle clausole relative alle modalità di esecuzione del sopralluogo e di presa visione degli atti di gara, che l'amministrazione aveva inteso come richiesta per tutte le imprese facenti parte del raggruppamento temporaneo e non della singola mandataria, come in effetti avvenuto, in assenza tuttavia di base testuale e in violazione al principio di massima partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici;
- ha pertanto ordinato ai sensi dell'art. 34, comma 4, cod. proc. amm. al Comune di formulare alla ricorrente ed originaria aggiudicataria Coop. una proposta di ristoro per le spese da questa inutilmente sostenute in previsione della conclusione del contratto dopo la consegna in via anticipata dei lavori.

Il Comune ha proposto appello, con il quale ha contestato, in via principale, di avere agito con negligenza inquadabile nella *culpa in contrahendo* ex art. 1337 cod. civ., e, in via subordinata, la quantificazione dei danni risarcibili in sede di condanna sui criteri ai sensi dell'art. 34, comma 4, cod. proc. amm.

Per quanto di suo interesse anche la Coop. ha censurato la quantificazione dei danni operata dalla sentenza di primo grado, con appello incidentale autonomo.

Dopo avere ritenuto "tardivo" quest'ultimo mezzo, perché notificato oltre il termine di sei mesi dal deposito della sentenza impugnata, sulle questioni poste con l'appello principale dell'amministrazione con l'ordinanza di deferimento in epigrafe la II Sezione del Consiglio di Stato ha ravvisato l'esistenza di orientamenti giurisprudenziali contrastanti ed in particolare:

- se in relazione ad un "*favorevole provvedimento amministrativo annullato in sede giurisdizionale*" sia possibile configurare un "*legittimo e qualificato affidamento*" tutelabile con un'azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione;
- in caso positivo, in presenza di quali condizioni ed entro quali limiti può riconoscersi al privato un diritto al risarcimento per lesione dell'affidamento incolpevole, con particolare riferimento all'ipotesi di aggiudicazione definitiva di appalto di lavori, servizi o forniture successivamente revocata a seguito di una pronuncia giudiziale.

## **Diritto**

Alla prima questione deferita, relativa alla possibilità che il provvedimento amministrativo possa essere per il soggetto beneficiario fonte di un "*legittimo e qualificato affidamento*", la cui lesione per effetto del successivo annullamento in sede giurisdizionale lo legittimi a domandare il risarcimento del danno nei confronti dell'amministrazione, deve essere data risposta affermativa.

L'affidamento nella legittimità dei provvedimenti dell'amministrazione e più in generale sulla correttezza del suo operato è riconosciuto dalla risalente giurisprudenza dell'Adunanza plenaria come situazione giuridica soggettiva tutelabile attraverso il rimedio del risarcimento del danno. L'affermazione di principio può essere fatta risalire alla sentenza del 5 settembre 2005, n. 6, in un caso analogo a quello oggetto di controversia



nel presente giudizio, in cui l'impresa aggiudicataria di una procedura di affidamento di un appalto pubblico aveva chiesto la condanna al risarcimento dei danni nei confronti dell'amministrazione che aveva legittimamente revocato la gara. Sul presupposto che nell'applicare le norme sull'evidenza pubblica quest'ultima è anche soggetta alle *"norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune"*, e malgrado la legittimità dell'intervento in autotutela, l'Adunanza plenaria ha riconosciuto il risarcimento per la lesione dell'affidamento maturato dall'aggiudicataria sulla conclusione del contratto, una volta che la sua offerta era stata selezionata in gara come la migliore ed era stato emesso a suo favore il provvedimento definitivo. Negli stessi termini l'Adunanza plenaria si è più di recente espressa con la sentenza 4 maggio 2018, n. 5.

Secondo i principi formulati nei precedenti ora richiamati, le regole di legittimità amministrativa e quelle di correttezza operano su piani distinti, uno relativo alla validità degli atti amministrativi e l'altro concernente invece la responsabilità dell'amministrazione e i connessi obblighi di protezione in favore della controparte. Oltre che distinti, i profili in questione sono autonomi e non in rapporto di pregiudizialità, nella misura in cui l'accertamento di validità degli atti impugnati non implica che l'amministrazione sia esente da responsabilità per danni nondimeno subiti dal privato destinatario degli stessi. L'*"ordinaria possibilità che una responsabilità da comportamento scorretto sussista nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo che conclude il procedimento"* è stata in particolare affermata dalla citata pronuncia dell'Adunanza plenaria 4 maggio 2018, n. 5, in cui si è anche precisato che la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nelle procedure di affidamento di contratti pubblici è una responsabilità *"da comportamento illecito, che spesso non si traduce in provvedimenti illegittimi, ma, per molti versi, presuppone la legittimità dei provvedimenti che scandiscono la parabola procedurale"*.

Più di recente la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha statuito, con affermazione di carattere generale, che l'affidamento *"è un principio generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività"*. 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, 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.

A conferma della descritta evoluzione si pone l'art. 1, comma 2-*bis*, della legge 7 agosto 1990, n. 241, il quale dispone che: i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede. La disposizione 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 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.

A fronte del dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede possono pertanto sorgere aspettative, che per il privato istante si indirizzano all'utilità derivante dall'atto finale del procedimento, la cui frustrazione può essere per l'amministrazione fonte di responsabilità. Inoltre, la lesione dell'aspettativa può configurarsi non solo in caso di atto legittimo, 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.

Sulla base di tutto quanto finora considerato può dunque essere affermato il seguente principio di diritto: *“nei rapporti di diritto amministrativo, inerenti al pubblico potere, è configurabile un affidamento del privato sul legittimo esercizio di tale potere e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede, fonte per quest'ultima di responsabilità non solo per comportamenti contrari ai canoni di origine civilistica ora richiamati, ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi”*.

Con riguardo all'ulteriore questione posta nella presente sede nomofilattica, concernente i limiti entro cui può essere riconosciuto il risarcimento per lesione dell'affidamento, con particolare riguardo all'ipotesi di aggiudicazione definitiva di appalto di lavori, servizi o forniture, successivamente revocata a seguito di una pronuncia giudiziale, deve in primo luogo essere precisato che questo settore dell'attività della pubblica amministrazione è quello in cui tradizionalmente e più volte è stata riconosciuta la responsabilità di quest'ultima. Le ragioni alla base dell'orientamento di giurisprudenza favorevole al privato venutosi a creare in questo settore si spiega sulla base del fatto che, sebbene svolta secondo i moduli autoritativi ed impersonali dell'evidenza pubblica, l'attività contrattuale dell'amministrazione è nello stesso tempo inquadrabile nello schema delle trattative prenegoziali, da cui deriva quindi l'assoggettamento al generale dovere di “comportarsi secondo buona fede” enunciato dall'art. 1337 del codice civile.

Per comune acquisizione di diritto civile, la tutela risarcitoria per responsabilità precontrattuale è posta a presidio dell'interesse a non essere coinvolto in trattative inutili, e dunque del più generale interesse di ordine economico a che sia assicurata la serietà dei contraenti nelle attività preparatorie e prodromiche al perfezionamento del vincolo negoziale. La reintegrazione per equivalente è pertanto ammessa non già in relazione all'interesse positivo, corrispondente all'utile che si sarebbe ottenuto dall'esecuzione del contratto, riconosciuto invece nella responsabilità da inadempimento, ma dell'interesse negativo, con il quale sono rimate 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.

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 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.

Nei rapporti di diritto civile, affinché un affidamento sia legittimo occorre tuttavia che esso sia fondato su un livello di definizione delle trattative tale per cui la conclusione del contratto, di cui sono già stati fissati gli elementi essenziali, può essere considerato come uno sbocco prevedibile, e rispetto al quale il recesso dalle trattative, in linea di principio libero, risulti invece ingiustificato sul piano oggettivo e integrante una condotta contraria al dovere di buona fede ex art. 1337 cod. civ.

Analogamente, per diffusa opinione nella giurisprudenza amministrativa, l'affidamento è legittimo quando sia stata pronunciata l'aggiudicazione definitiva, cui non abbia poi fatto seguito la stipula del contratto, ed ancorché ciò sia avvenuto nel legittimo esercizio dei poteri della stazione appaltante. L'aggiudicazione è dunque considerato il punto di emersione dell'affidamento ragionevole, tutelabile pertanto con il rimedio della responsabilità precontrattuale. Il recesso ingiustificato assume i connotati provvedimenti 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 a 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 la Cassazione civile. Con sentenza in data 3 luglio 2014, n. 15260 (Sezione I) la Suprema Corte ha affermato che l'affidamento del concorrente ad una procedura di affidamento di un contratto pubblico è tutelabile 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.

L'apparente contrasto rispetto agli approdi della giurisprudenza amministrativa deve tuttavia essere ridimensionato, avuto riguardo al fatto che il caso deciso dalla Cassazione riguardava il concorrente primo classificato in una procedura di gara poi annullata in sede giurisdizionale amministrativa su ricorso di un altro concorrente. La stessa giurisprudenza amministrativa non si è del resto arroccata su rigidi apriorismi, ma con criterio elastico ha negato rilievo dirimente all'intervenuta aggiudicazione definitiva, laddove ha in particolare affermato che la verifica di un affidamento ragionevole sulla conclusione positiva della procedura di gara va svolta in concreto, in ragione del fatto che il grado di sviluppo raggiunto dalla singola procedura al momento della revoca, riflettendosi sullo spessore dell'affidamento ravvisabile nei partecipanti, presenta una sicura rilevanza, sul piano dello stesso diritto comune, ai fini dello scrutinio di fondatezza della domanda risarcitoria a titolo di responsabilità precontrattuale.

Nella medesima prospettiva di un accertamento in concreto degli elementi costitutivi della responsabilità precontrattuale si è del resto espressa l'Adunanza plenaria nella sentenza 4 maggio 2018, n. 5, secondo cui la responsabilità precontrattuale può insorgere anche prima dell'aggiudicazione e possa derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai più volte richiamati doveri di correttezza e buona fede. Più in generale, l'Adunanza plenaria ha precisato che la tutela civilistica della responsabilità precontrattuale, pur nel quadro del principio generale dell'autonomia negoziale delle parti, ivi compresa l'amministrazione, opera nel senso di assicurare la serietà delle trattative finalizzate alla conclusione del contratto, per cui essa costituisce il punto di equilibrio: tra la libertà contrattuale della stazione appaltante e la

discrezionalità nell'esercizio delle sue prerogative pubblicistiche da una parte, rispetto del limite della correttezza e della buona fede, dall'altro, tenuto conto che ciascun contraente assume un ineliminabile margine di rischio in ordine alla conclusione del contratto e che dunque non può confidare sempre sulla positiva conclusione delle trattative, ma solo quando queste abbiano raggiunto un grado di sviluppo tale da rendere ragionevolmente prevedibile la stipula del contratto.

Individuato un primo requisito dell'affidamento tutelabile nella sua ragionevolezza e nel correlato carattere ingiustificato del recesso, il secondo consiste nel carattere colposo della condotta dell'amministrazione, nel senso che la violazione del dovere di correttezza e buona fede deve esserle imputabile quanto meno a colpa, secondo le regole generali vevoli in materia di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 cod. civ.

A sua volta non deve essere inficiato da colpa l'affidamento del concorrente. Sul punto va richiamato l'art. 1338 cod. civ., il quale assoggetta a responsabilità precontrattuale la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte, ed in base al quale viene escluso il risarcimento se la conoscenza di una causa invalidante il contratto è comune ad entrambe le parti che conducono le trattative, poiché nessuna legittima aspettativa di positiva conclusione delle trattative può mai dirsi sorta.

Il profilo in esame ha rilievo rispetto al potere di annullamento d'ufficio della procedura di gara, ai sensi dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, che opera in modo distinto rispetto alla revoca ai sensi dell'art. 21-*quinquies* della medesima legge sul procedimento amministrativo, perché interviene non già come rivalutazione dell'interesse pubblico sotteso all'affidamento del contratto, secondo l'ampia definizione del potere di revoca data dalla disposizione da ultimo richiamata, ma per rimuovere un vizio di legittimità degli atti della procedura di gara. Se pertanto il motivo di illegittimità che ha determinato la stazione appaltante ad annullare in autotutela la gara è conoscibile dal concorrente, la responsabilità della prima deve escludersi.

Peraltro, l'elemento della colpevolezza dell'affidamento si modula diversamente nel caso in cui l'annullamento dell'aggiudicazione non sia disposto d'ufficio dall'amministrazione ma in sede giurisdizionale. In questo secondo caso emergono con tutta evidenza i caratteri di specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto comune, tra cui la centralità che nel primo assume la tutela costitutiva di annullamento degli atti amministrativi illegittimi, contraddistinta dal fatto che il beneficiario di questi assume la qualità di controinteressato nel relativo giudizio. Con l'esercizio dell'azione di annullamento quest'ultimo è quindi posto nelle condizioni di conoscere la possibile illegittimità del provvedimento a sé favorevole, per giunta entro il ristretto arco temporale dato dal termine di decadenza entro cui ai sensi dell'art. 29 cod. proc. amm. l'azione deve essere proposta, e di difenderlo. La situazione che viene così a crearsi induce per un verso ad escludere un affidamento incolpevole, dal momento che l'annullamento dell'atto per effetto dell'accoglimento del ricorso diviene un'evenienza non imprevedibile, di cui il destinatario non può non tenere conto ed addirittura da questo avversata allorché deve resistere all'altrui ricorso; per altro verso porta ad ipotizzare un affidamento tutelabile solo prima della notifica dell'atto introduttivo del giudizio.

In conclusione, sulle ulteriori questioni deferite in sede nomofilattica può essere affermato il seguente principio di diritto: nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, derivante dalla violazione



imputabile a sua colpa dei canoni generali di correttezza e buona fede, postula che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto, da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura, e che questo affidamento non sia a sua volta inficiato da colpa.

#### **4. È legittima la sospensione dal servizio del sanitario non sottoposti al vaccino per il Covid-19**

Con il decreto n. 6379, il Consiglio di Stato chiarisce la legittimità del provvedimento di sospensione dal servizio del sanitario che non si è sottoposto al vaccino obbligatorio, atteso che tale obbligo è giustificato non solo dal principio di solidarietà verso i soggetti più fragili, cardine del sistema costituzionale (art. 2 Cost.), ma immanente e consustanziale alla stessa relazione di cura e di fiducia che si instaura tra paziente e personale sanitario, relazione che postula la sicurezza delle cure, impedendo che, paradossalmente, chi deve curare e assistere divenga egli stesso veicolo di contagio e fonte di malattia.

Il Consiglio di Stato si è pronunciato sul ricorso contro l'Ordine dei Tecnici Sanitari di Radiologia Medica e delle Professioni Sanitarie Tecniche, l'Ordine delle Professioni Infermieristiche di Torino, l'Azienda Sanitaria Locale Città di Torino, l'Azienda Ospedaliera e Universitaria Città della Scienza e della Salute, per la riforma del decreto cautelare del TAR per il Piemonte (Sezione Prima) n. 00473/2021.

Vista l'istanza di misure cautelari monocratiche proposta dal ricorrente, ai sensi dell'art. 56 cod. proc. amm., il Consiglio di Stato considera che l'appello avverso il decreto monocratico cautelare adottato dal Presidente del TAR, a fronte del testuale disposto normativo di cui all'articolo 56 c.p.a., può essere considerato ammissibile nei soli casi del tutto eccezionali di provvedimento che abbia solo veste formale di decreto ma contenuto sostanzialmente decisorio.

Il Consiglio di Stato ritiene che tali casi di provvedimenti monocratici impugnabili aventi solo veste formale di decreto o "decreti meramente apparenti" si configurano esclusivamente nel caso in cui la decisione monocratica in primo grado non abbia affatto carattere provvisorio ed interinale ma definisca o rischi di definire in via irreversibile la materia del contendere dovendo in tali casi intervenire il giudice di appello per restaurare la corretta dialettica fra funzione monocratica e funzione collegiale in primo grado.

Si afferma, inoltre, che l'appello avverso il decreto monocratico debba ritenersi ammissibile perché coinvolge profili attinenti i diritti fondamentali della persona umana quali il diritto al lavoro e il diritto alla salute e che i vaccini per i quali è previsto l'obbligo oggi contestato presentino tutte le necessarie autorizzazioni rilasciate dalle preposte Autorità internazionali e nazionali.

Ancora, il Consiglio di Stato afferma che le verifiche scientifiche e i procedimenti amministrativi previsti per il rilascio delle dette autorizzazioni risultano conformi alla normativa e approfonditi comunque al punto da fornire, anche in un'ottica di rispetto del principio di precauzione, sufficienti garanzie - allo stato delle attuali conoscenze scientifiche, unico possibile metro di valutazione - in ordine alla loro efficacia e sicurezza tali da far escludere l'irrazionalità della scelta legislativa di prevedere l'obbligatorietà della vaccinazione di talune categorie di lavoratori a fronte della grave minaccia alla salute pubblica determinata dalla diffusività globale del virus, situazione che ha indotto l'Organizzazione mondiale della sanità a dichiarare prima lo stato di "emergenza di salute pubblica di rilevanza internazionale" e poi quello di "pandemia" con conseguente dichiarazione dello stato di emergenza sul territorio nazionale da parte del Consiglio dei Ministri.

Il collegio chiarisce che, nel bilanciamento tra gli interessi coinvolti dalla presente vicenda - pur tutti costituzionalmente rilevanti e legati a diritti fondamentali - deve ritenersi assolutamente prevalente la tutela della salute pubblica e, in particolare, degli utenti della sanità pubblica e privata specialmente *“delle categorie più fragili e dei soggetti più vulnerabili (per l'esistenza di pregresse morbidità, anche gravi, come i tumori o le cardiopatie, o per l'avanzato stato di età), che sono bisognosi di cura ed assistenza, spesso urgenti, e proprio per questo sono di frequente o di continuo a contatto con il personale sanitario o sociosanitario nei luoghi di cura e assistenza”*.

L'obbligo vaccinale per il personale sanitario *“è giustificato non solo dal principio di solidarietà verso i soggetti più fragili, cardine del sistema costituzionale (art. 2 Cost.), ma immanente e consustanziale alla stessa relazione di cura e di fiducia che si instaura tra paziente e personale sanitario, relazione che postula, come detto, la sicurezza delle cure, impedendo che, paradossalmente, chi deve curare e assistere divenga egli stesso veicolo di contagio e fonte di malattia”*.

Considerando che le questioni di legittimità costituzionale e di pregiudizialità eurounitaria potranno essere esaminate nelle sedi collegiali, non essendo la loro valutazione compatibile con la struttura di questa fase del giudizio, il Consiglio di Stato respinge l'istanza cautelare.