

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 4292 del 27 maggio 2026

Appalti pubblici – Esclusione illegittima dalla gara – Risarcimento danni – Non automatico –
Necessario provare nesso di causalità tra esclusione e mancata aggiudicazione

Publicato il 27/05/2026

N. 04292/2026REG.PROV.COLL.

N. 00121/2026 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 121 del 2026, proposto da Consorzio Stabile (...) S.C.P.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(...) s.p.a, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio eletto presso il suo studio in (...);

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda) n. 974/2025.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di (...) s.p.a;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 maggio 2026 il Cons. Roberto Michele Palmieri e uditi per le parti gli avvocati (...) e (...);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il consorzio stabile (...) S.c.p.a. (di seguito, per brevità, il Consorzio) ha partecipato, in qualità di mandataria di un RTI, alla procedura ristretta per l'affidamento dei lavori di ampliamento della terza corsia del tratto autostradale Firenze Sud–Incisa, Lotto 2B+1S, per un importo a base d'asta di € 317.356.622,78, indetta da (...) S.p.a. in data 14.04.2018, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa secondo il miglior rapporto qualità prezzo.

Il raggruppamento risultava miglior offerente ma, a seguito di valutazione negativa sul possesso dei requisiti generali in capo ad una mandante, la stazione appaltante lo escludeva con atto del 27.11.2020, non accogliendo peraltro una proposta di modifica soggettiva in riduzione formulata dallo stesso ai sensi dell'art. 48, commi 19 e 19-ter, del d. lgs. n. 50/2016 ed aggiudicando l'appalto ad altro raggruppamento di imprese.

L'esclusione del consorzio è stata oggetto di gravame impugnatorio innanzi al TAR Toscana, che con sentenza n. 217/21 ha accolto il ricorso, annullando l'atto impugnato.

In sede di appello la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria una questione interpretativa relativa all'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter citato, chiedendo di rispondere al seguente quesito: *“se sia possibile interpretare l'art. 48, commi 17, 18 e 19 - ter d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 nel senso che la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 da parte del mandatario o di una delle mandanti è consentita non solo*

in fase di esecuzione, ma anche in fase di gara'.

Con pronuncia n. 2/2022 l'Adunanza Plenaria ha risolto in senso positivo la questione sollevata, restituendo gli atti alla Sezione per la definizione del merito della controversia, conclusasi però con una declaratoria di estinzione del giudizio, per rinuncia dell'appellante.

Parallelamente a tale vicenda giudiziaria la stazione appaltante, con atto prot.n. 4257 dell'11.03.2022, ha revocato tutti gli atti della procedura, incluso il provvedimento di aggiudicazione, e ha provveduto ad un affidamento diretto infragruppo ad una propria società controllata.

Anche il provvedimento di revoca è stato impugnato innanzi al TAR Toscana, che ha accolto il ricorso con sentenza n. 804/2022, riformata in appello dal Consiglio di Stato con sentenza n. 5330/2023.

All'esito di tale giudizio, il Consorzio ha proposto ulteriore ricorso innanzi al TAR Toscana, per la condanna di (...) s.p.a. al risarcimento dei danni da mancata aggiudicazione, ovvero, in subordine, al risarcimento dei danni da responsabilità precontrattuale, o in via ulteriormente subordinata, al pagamento dell'indennizzo ex art. 21-*quinqüies* l. n. 241/90. Il tutto con vittoria delle spese di lite.

Costituitasi in giudizio, (...) ha chiesto, nel merito, il rigetto del ricorso, con vittoria delle spese di lite.

Con sentenza n. 974/25 il TAR Toscana ha respinto il ricorso.

Avverso tale statuizione giudiziale il Consorzio ha interposto appello, affidato ai seguenti motivi di gravame, appresso sintetizzati: *error in iudicando*; sussistenza di tutti i presupposti normativamente richiesti ai fini del chiesto risarcimento.

Ha chiesto pertanto, in accoglimento dell'appello, e in riforma dell'impugnata sentenza, la condanna dell'Amministrazione appellata al risarcimento del danno da mancata aggiudicazione, ovvero, in subordine, al risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale, ovvero, in via ulteriormente subordinata, all'indennizzo ex art. 21 *quinqüies* l. n. 241/90. Il tutto con vittoria delle spese di

lite.

Costituitasi in giudizio, (...) s.p.a. ha preliminarmente eccepito l'irricevibilità dell'appello, per tardività della notifica. Nel merito, ha chiesto il rigetto dell'appello, con vittoria delle spese di lite.

All'udienza pubblica del 14.5.2026 l'appello è stato trattenuto in decisione.

2. Va rigettata l'eccezione preliminare di irricevibilità dell'appello dedotta dall'Amministrazione appellata. Ciò in quanto oggetto del presente giudizio è un'autonoma azione risarcitoria, che non sconta pertanto il dimezzamento dei termini previsto per il rito degli appalti (cfr, in tal senso, C.d.S, V, sent. n.9785/22)

3. Nel merito, l'appello è infondato.

4. L'appellante ha proposto in via principale domanda di risarcimento del danno da mancata aggiudicazione.

A tal fine, esso deduce l'illegittimità della esclusione intervenuta il 27.11.2020, imputabile al mancato accoglimento della proposta di modifica in riduzione – formulata dal Consorzio ai sensi dell'art. 48, commi 19 e 19-ter, d. lgs. n.50/2016 – ritenuta legittima dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato (C.d.S, AP n. 2/2022).

Ad avviso dell'appellante, in assenza dell'impugnato provvedimento espulsivo, esso avrebbe conseguito l'aggiudicazione, conseguendo dunque quell'utile che ora reclama in chiave risarcitoria.

L'assunto è infondato.

5. È ben vero che: *“La direttiva n. 665/1989/CEE che impone agli Stati membri di accordare un risarcimento ai soggetti lesi da una violazione del diritto dell'Unione in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici riguarda qualsiasi tipo di danno subito da tali soggetti, compreso quello derivante dalla perdita dell'opportunità di partecipare alla procedura di aggiudicazione di un appalto. Se è vero che un danno può risultare dal mancato ottenimento, in quanto tale, di un appalto pubblico e concretizzarsi in un lucro cessante, è altresì possibile che l'offerente che sia stato illegittimamente escluso subisca un danno distinto, corrispondente*

all'opportunità perduta di partecipare alla procedura di aggiudicazione di cui trattasi ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto" (Corte di Giustizia UE, 6.6.2024, n. 547).

Nondimeno, non va del pari sottaciuto che grava comunque sul danneggiato l'onere della prova relativa al fatto che, in assenza di illegittima esclusione, egli si sarebbe aggiudicato la commessa (danno da mancata aggiudicazione), ovvero avrebbe avuto concrete possibilità di aggiudicarsela (danno da perdita di *chance*).

Sul punto, questo Consiglio di Stato ha chiarito che: *"In tema di responsabilità aquiliana, il nesso causale è regolato dai principi di cui agli articolo 40 e 41 c.p. per i quali un evento è da considerare causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo (c.d. teoria della conditio sine qua non) nonché del criterio della cosiddetta causalità adeguata sulla base della quale, all'interno della serie causale, occorre dar rilievo a quegli eventi che non appaiono — ad una valutazione ex ante — del tutto inverosimili"* (C.d.S, III, 13.12.2023, n. 10746).

In particolare, sempre sul versante probatorio, questo Consiglio di Stato ha affermato che: *"Nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento: quest'ultimo, infatti, in tanto si giustifica in quanto sussista la necessità di equilibrare l'asimmetria informativa tra Amministrazione e privato, la quale contraddistingue l'esercizio del pubblico potere ed il correlato rimedio dell'azione di impugnazione, mentre non si riscontra in quella consequenziale di risarcimento dei danni, in relazione alla quale il criterio della c.d. vicinanza della prova determina il riespandersi del principio dispositivo"*(C.d.S, VII, 15.11.2023, n. 9796).

5. Così definite le coordinate giurisprudenziali di riferimento, e venendo ora alla fattispecie in esame, non si vede come si possa decampare dal principio affermato da questo Consiglio di Stato con la citata pronuncia n. 5330/23, resa all'esito del giudizio promosso dal Consorzio avverso la revoca degli atti di gara. Trattasi invero di giudizio che costituisce l'antecedente logico necessario di quello in esame, che per tali ragioni fa stato anche in quest'ultimo.

Orbene, in tale pronuncia questo Consiglio di Stato ha affermato che: “*anche alla data della revoca (11 marzo 2022), non fosse affatto scontato che il giudizio pendente in appello si sarebbe concluso con l’affidamento al Consorzio. Infatti, il ricorso incidentale di (...), riguardante l’anomalia dell’offerta del r.t.i. (...), era oggetto di apposito motivo di appello, ancora da esaminare dalla sezione remittente, dopo la restituzione degli atti da parte dell’Adunanza plenaria (per di più nell’ambito di un giudizio nel quale l’esecutività della sentenza di primo grado, favorevole al Consorzio, era stata sospesa con la menzionata ordinanza cautelare n. 2583/21). ... Inoltre, a tale data (...) era ancora formalmente aggiudicataria e la resistenza alla sottoscrizione del contratto era determinata, non solo dalla pendenza del giudizio, ma anche dall’incremento dei costi della commessa, come comunicato da (...) al Ministero con la nota del 21 dicembre 202” (C.d.S, sent. n.5330/23 cit, punto 9.1).*

6. Per tali ragioni, non si comprende quale legittima *chance* il Consorzio possa vantare in ordine all’aggiudicazione della gara in esame, posto che alla data del provvedimento di revoca degli atti di gara (11.3.2022) la (...) era ancora formalmente aggiudicataria, “*... e la resistenza alla sottoscrizione del contratto era determinata, non solo dalla pendenza del giudizio, ma anche dall’incremento dei costi della commessa*”.

7. Già per tali dirimenti ragioni, la domanda di risarcimento del danno da mancata aggiudicazione deve reputarsi infondata, non avendo l’appellante fornito la prova relativa alla certezza, ovvero ragionevole probabilità, di aggiudicazione dell’appalto in esame.

8. A ciò aggiungasi altresì – *ad abundantiam* – che con il suddetto provvedimento di revoca (11.3.2022), l’intera procedura di gara è venuta meno, ragione per cui non si comprende in qual modo l’appellante possa rivendicare un danno da mancata aggiudicazione di una procedura di gara che non ha avuto alcun esito, essendo stata travolta dal suddetto provvedimento di revoca, la cui legittimità è stata definitivamente affermata da questo Consiglio di Stato con la citata pronuncia n. 5330/23.

All'evidenza, l'appellante rivendica un risarcimento di un danno del tutto virtuale e ipotetico, sia perché non risulta provato il nesso di necessaria occasionalità tra l'esclusione della gara e la mancata aggiudicazione (essendo la (...) ancora formalmente aggiudicataria), e sia perché la gara è stata successivamente – e legittimamente – revocata, cessando dunque di esistere nel contesto ordinamentale.

9. Per tali ragioni, la domanda di risarcimento del danno da mancata aggiudicazione, proposta dall'appellante in via principale, è infondata, e vadunque disattesa.

10. Va ora esaminata l'ulteriore domanda, proposta dall'appellante in chiave subordinata, di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione, conseguente alla revoca della gara.

Tale domanda è parimenti infondata.

11. In ambito civilistico tradizionalmente la responsabilità precontrattuale postula che l'affidamento abbia ad oggetto lo svolgimento di trattative che non siano inutili: ciò che accade laddove una delle controparti le intraprende senza avere intenzione di stipulare il contratto o sapendo, o dovendo sapere, di stipulare un contratto invalido, così violando il generale dovere di buona fede.

Anche in ambito pubblicistico, l'art. 1 comma 2-bis della legge n. 241 del 1990 dispone che i *“rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede”*, positivizzando una regola generale delle relazioni giuridiche intersoggettive, che, in ambito pubblicistico, oltre a connotarsi per specifiche declinazioni, trae fondamento nei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento (art. 97 comma 2 Cost.).

A fronte del dovere di buona fede si pone l'affidamento sulla correttezza dell'operato della pubblica amministrazione, la quale – al pari di qualsivoglia soggetto giuridico – è tenuta ad agire nel rispetto delle regole testé richiamate, evitando di coinvolgere il privato incolpevole in trattative inutili, ovvero – come nella fattispecie in esame – in negozi invalidi.

In tal senso, l'affidamento nella legittimità dei provvedimenti dell'amministrazione e più in generale sulla correttezza del suo operato è stato riconosciuto dalla risalente giurisprudenza del Consiglio di Stato come situazione giuridica soggettiva tutelabile attraverso il rimedio del risarcimento del danno (cfr. C.d.S., AP n. 6/05).

Di recente, questo Consesso, nella sua più autorevole composizione, ha affermato che: *“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 orari chiamati, ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi”* (C.d.S., AP n. 21/2021).

12. Tanto premesso, e venendo ora alla fattispecie in esame, questo Consesso, nella citata pronuncia n. 5330/23, ha affermato – con valenza di giudicato in questa sede – che: *“Il mutamento di disciplina normativa, oltre ad avere rimosso il divieto di legge, ha determinato la sopravvenienza di una giusta ragione di revoca della procedura di gara ad evidenza pubblica, alla stregua della giurisprudenza che, anche quando si tratta dell'esercizio di poteri di autotutela da parte della pubblica amministrazione ... interpreta in tale senso la condizione legittimante del “mutamento della situazione di fatto” di cui all'art. 21 quinquies della legge n. 241 del 1990 (cfr. Cons. Stato, V, 30 novembre 2021, n. 7988 ed altre ivi richiamate); con la precisazione che: “in conseguenza del nuovo assetto normativo non sia più possibile conservare gli effetti del provvedimento ovvero anche perché non sia più conveniente o opportuna la decisione assunta”, consentendosi dunque la rivalutazione dell'interesse pubblico originario”* (C.d.S, sent. n. 5330/23 cit, punto n. 7).

13. Per tali ragioni, va esclusa la sussistenza dell'agere illegittimo da parte dell'Amministrazione.

14. Ciò non esclude, di per sé, la responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione, atteso che la giurisprudenza ha in più occasioni affermato che anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di

regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), ma anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza (cfr., fra le altre, C.d.S, AP n. 5/18; Id, 6 febbraio 2013, n. 633; Id, 6 marzo 2015, n. 1142; Id, AP n. 6/05; Cass. civ, SS.UU, 12 maggio 2008, n. 11656).

15. Tale costruzione giuridica è stata oggi positivizzata dal nuovo codice dei contratti pubblici (d. lgs. 31.3.2023, n. 36). Ci si riferisce, in particolare, alla previsione di cui all'art. 5 del codice (rubricato "*Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento*"), che stabilisce (1° comma) che: "*Nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento*".

Di particolare rilievo, ai fini in esame, è poi la previsione di cui al 3° comma del medesimo art. 5, a termini della quale: "*In caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti*".

All'evidenza, il nuovo codice dei contratti pubblici ha sposato la tesi per la quale nell'esercizio del potere autoritativo volto alla scelta del contraente l'Amministrazione è bensì tenuta a comportarsi in modo corretto, pena il ristoro del pregiudizio economico subito dal privato in conseguenza di tale scorrettezza, attizia o comportamentale.

16. Se ciò è vero, nondimeno le motivazioni poste a fondamento del provvedimento di revoca escludono una qualche scorrettezza comportamentale imputabile all'Amministrazione resistente. Invero, come correttamente argomentato dal giudice di prime cure, la revoca è motivata in forza:

- di quanto statuito dalla sentenza n. 218/2021 con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 177, comma 1, del D.lgs. n.50 del 2016 e, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della L. 11 marzo 1953, n. 87, dei commi 2 e 3 dello stesso articolo (a mente dei quali i concessionari autostradali erano tenuti ad affidare una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo di importo pari o superiore a 150.000 euro mediante procedura ad evidenza pubblica);
- del conseguente venir meno delle presunte preclusioni di legge alla esecuzione dei lavori in questione da parte della (...) per il tramite di una propria collegata, che avevano suggerito l'indizione della procedura di gara oggetto di revoca;
- dell'urgenza e improcrastinabilità dell'esecuzione dei lavori e della possibilità di darvi avvio immediatamente attraverso l'affidamento diretto degli stessi ad una società collegata già presente in loco per altro lotto autostradale;
- del contenzioso in atto non ancora definito, che avrebbe inciso sulla certezza dei tempi di realizzazione dell'appalto;
- dell'aumento del costo delle materie prime, che avrebbe reso *“non più attuale né conveniente il ribasso offerto dai concorrenti”*;
- della nota del Ministero delle Infrastrutture del 24 dicembre 2021 il quale, nel prendere *“atto delle motivazioni legate all'esigenza di stabilire certezza nei tempi di esecuzione”*, e *“alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 218/2021”*, ha ritenuto *“non attuali le valutazioni espresse con la richiamata nota prot. 8452 del 28 aprile 2017”*, ovvero le valutazioni originariamente espresse circa la necessità della esternalizzazione dei lavori in questione.

17. Tali elementi escludono pertanto una qualche forma di scorrettezza comportamentale dell'Amministrazione, e/o una qualche forma di negligenza ad essa imputabile. Piuttosto, l'Amministrazione si è limitata a prendere atto di circostanze sopravvenute – estranee alla propria sfera giuridica, e come tali da essa non controllabili (*ex alia*, la sentenza della Corte costituzionale n. 218/21; il

contenzioso in corso, dall'esito non prevedibile) – decidendo nel senso della revoca dell'intera procedura di gara.

Ne consegue, in difetto di un elemento costitutivo della responsabilità precontrattuale (i.e: la scorrettezza comportamentale dell'Amministrazione), il rigetto della relativa domanda proposta dall'appellante in via subordinata.

18. Da ultimo, va scrutinata l'ulteriore domanda dell'appellante, di condanna dell'Amministrazione al pagamento dell'indennizzo ex art. 21 *quinquies* l. n.241/90.

La domanda è infondata, e va dunque respinta, essendo dirimente in tal senso la circostanza che, al momento della revoca, l'appellante non fosse titolare di alcun provvedimento ampliativo, unica aggiudicataria essendo l'ATI (...). Ne consegue l'insussistenza dell'elemento costitutivo normativamente richiesto aif ini dell'indennizzo ex art. 21 *quinquies* l. n. 241/90, non potendo l'appellante, a cagione della fluidità della propria posizione giuridica, qualificarsi come “*soggetto direttamente interessato*”.

19. Alla luce di tali considerazioni, l'appello è infondato.

Ne consegue il suo rigetto.

20. Le spese del giudizio seguono loa soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante al rimborso delle spese di lite sostenute dall'Amministrazione appellata, che si liquida in € 4.000 per onorario, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 14 maggio 2026, con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Roberto Michele Palmieri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Roberto Michele Palmieri

IL PRESIDENTE

Diego Sabatino

IL SEGRETARIO