

La quinta sezione del Consiglio di Stato rimette all'Adunanza plenaria la questione concernente la spettanza del risarcimento da perdita di *chance*, in favore dell'impresa di settore, in caso di illegittimo affidamento diretto di appalto ad altra impresa concorrente.

[Cons. St., sez. V, sentenza 11 gennaio 2018, n. 118 – Pres. Severini, Est. Franconiero](#)

Responsabilità civile – Contratti pubblici – Affidamento diretto illegittimo – Impresa concorrente – Danno – Perdita di chance – Deferimento all'Adunanza plenaria

Va rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la questione se spetti, in caso di affidamento diretto, senza gara, di un appalto, il risarcimento danni per equivalente derivante da perdita di chance ad una impresa concorrente che avrebbe potuto concorrere quale operatore del settore economico (1).

(1) I. - Con una articolata motivazione la quinta sezione del Consiglio di Stato rimette all'Adunanza plenaria la questione della spettanza, in favore di un'impresa del settore, del risarcimento del danno per perdita di *chance*, in caso di illegittimo affidamento diretto di appalto pubblico ad altra impresa concorrente.

La rimessione è stata disposta in relazione a un complesso giudizio, avente ad oggetto l'accertamento della illegittimità dell'affidamento diretto ad un'impresa concorrente, nell'ambito del quale era stata successivamente proposta anche una domanda risarcitoria, accolta dalla sentenza di primo grado. In particolare, il Tar aveva accolto la domanda di ristoro per equivalente della *chance* di aggiudicazione di una «gara che l'amministrazione avrebbe dovuto indire», muovendo da una qualificazione di tale posizione giuridica come «possibilità di conseguire un risultato favorevole», lesa dall'illegittimo affidamento senza gara del servizio.

II.- Prima di deferire la questione alla Plenaria, la sentenza in esame ha approfondito il tema dei presupposti della domanda risarcitoria, al fine di dirimere i punti controversi (dedotti con altrettanti mezzi di gravame).

In particolare:

a) è stata accertata la consistenza della *chance* di aggiudicazione mediante gara, vantata dall'impresa concorrente, nella misura del 20%, derivante dall'esistenza di cinque operatori qualificati nel mercato dei servizi di comunicazione elettroniche per le pubbliche amministrazioni;

b) è stato evidenziato che in materia di responsabilità civile ex art. 2043 c.c., nel cui paradigma è inquadrabile la responsabilità della pubblica amministrazione per illegittimità provvedimento:

b1) la c.d. teoria della causalità alternativa ipotetica ha rilievo solo in relazione agli illeciti omissivi; solo per questa categoria occorre, infatti, stabilire se l'evento dannoso non si sarebbe verificato se il preteso responsabile avesse posto in essere la condotta doverosa imposta;

b2) diversamente, la stessa teoria è priva del suo presupposto rispetto ad illeciti commissivi, quali appunto quelli derivanti dall'adozione di provvedimenti amministrativi illegittimi, come nel caso oggetto del presente giudizio; in relazione a quest'ultima categoria, l'accertamento del giudice deve stabilire se gli atti amministrativi abbiano costituito la causa del danno lamentato, e dunque se costituiscano il fatto illecito che è fonte di responsabilità ai sensi della clausola generale dell'art. 2043 c.c.;

c) si è concluso ricordando che la giurisprudenza amministrativa è costante nell'affermare che la domanda risarcitoria va respinta una volta accertata la legittimità dell'atto impugnato, perché diviene carente il requisito dell'ingiustizia del danno, essenziale per integrare la fattispecie di responsabilità ai sensi dell'art. 2043 c.c.; se ne desume, *a contrario*, che una volta accertata l'illegittimità dell'atto, non resta possibile per l'amministrazione sottrarsi all'addebito di responsabilità civile invocando asserite alternative provvedimenti; tanto meno quando queste possano configurare ulteriori ragioni di illegittimità del medesimo atto; infatti, in questa ipotesi si opererebbe una scissione nel rapporto di necessaria consequenzialità tra il giudizio di legittimità sul provvedimento amministrativo oggetto della domanda di annullamento e il rimedio del risarcimento del danno «per lesione di interessi legittimi», la cui cognizione è devoluta alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo (art. 7, comma 4, c.p.a.).

III.- La rimessione

Una volta accertata la sussistenza dei presupposti della domanda risarcitoria ed il relativo inquadramento teorico, la quinta sezione ha registrato, sul punto specifico della risarcibilità per equivalente della perdita di possibilità, un contrasto tra pronunce aderenti alla teoria della *chance* ontologica e quelle che invece optano per la *chance* eziologica.

Secondo un primo orientamento (ritenuto come esemplificato dalle seguenti pronunce: sez. III, 9 febbraio 2016, n. 559; sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4592) il risarcimento della *chance*, a fronte della mancata indizione di una gara, è condizionato dalla prova di un rilevante grado di probabilità di conseguire il bene della vita negato dall'amministrazione per effetto di atti illegittimi.

Secondo un diverso approccio (ritenuto come esemplificato dalle seguenti decisioni: sez. V, 1 agosto 2016, n. 3450; *id.* 8 aprile 2014, n. 1672, *id.* 2 novembre 2011, n. 5837), in circostanze analoghe, di mancata indizione della gara, va riconosciuto il risarcimento della *chance* vantata dall'impresa del settore. Ciò sulla base del rilievo che, in caso di mancato rispetto degli obblighi di evidenza pubblica (o di pubblicità e trasparenza), non è possibile formulare una prognosi sull'esito di una procedura comparativa in effetti mai svolta e che

tale impossibilità non può ridondare in danno del soggetto leso dall'altrui illegittimità, per cui la *chance* di cui lo stesso è titolare deve essere ristorata nella sua obiettiva consistenza, a prescindere dalla verifica probabilistica dell'ipotetico esito della gara.

All'esito del confronto ricostruttivo, la discriminante tra le due opposte configurazioni viene individuata nel rilievo da attribuire alla possibilità di conseguire il bene della vita illegittimamente privato dall'amministrazione e, in particolare, sul grado di probabilità statistica: quale fattore incidente sulla sola quantificazione del danno risarcibile nel primo caso e sull'*an* stesso del risarcimento nel secondo.

In tale contesto, mentre la teoria della *chance* ontologica configura tale posizione giuridica come un danno emergente, ovvero come bene giuridico già presente nel patrimonio del soggetto danneggiato, la cui lesione determina una perdita suscettibile di autonoma valutazione sul piano risarcitorio, la teoria eziologica intende la lesione della *chance* come violazione di un diritto non ancora acquisito nel patrimonio del soggetto, ma potenzialmente raggiungibile, con elevato grado di probabilità, statisticamente pari almeno al 50%. Si tratta dunque di un lucro cessante.

IV.- Per completezza si segnala quanto segue:

d) in punto di risarcibilità dei danni in materia di appalti pubblici, con particolare riferimento alla liquidazione del danno da mancata aggiudicazione, [Cons. Stato, Ad. plen. 12 maggio 2017, n. 2](#) (oggetto della [News US in data 16 maggio 2017](#), nonché in *Foro it.*, 2017, III, 433, con nota di TRAVI; *Guida al dir.*, 2017, fasc. 24, 95, con nota di PONTE; *Corriere giur.*, 2017, 1252, con nota di SCOCA, cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza), secondo cui: *“Nel caso di mancata aggiudicazione, il danno conseguente al lucro cessante si identifica con l'interesse c.d. positivo, che ricomprende sia il mancato profitto (che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto), sia il danno c.d. curricolare (ovvero il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum e dell'immagine professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto). Spetta, in ogni caso, all'impresa danneggiata offrire, senza poter ricorrere a criteri forfettari, la prova rigorosa dell'utile che in concreto avrebbe conseguito, qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (ex art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.), e la valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c., è ammessa soltanto in presenza di situazione di impossibilità — o di estrema difficoltà — di una precisa prova sull'ammontare del danno “;*

e) in tema di responsabilità precontrattuale, [Cons. Stato sez. III, 24 novembre 2017, n. 5492](#) (oggetto della [News US in data 28 novembre 2017](#), ai cui approfondimenti si rinvia), secondo cui *“Vanno rimesse all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato le seguenti questioni: a) se la responsabilità precontrattuale sia o meno configurabile anteriormente alla scelta del contraente, vale a dire della sua individuazione, allorché gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della*

pubblica amministrazione; b) se, nel caso di risposta affermativa, la responsabilità precontrattuale debba riguardare esclusivamente il comportamento dell'amministrazione anteriore al bando, che ha fatto sì che quest'ultimo venisse comunque pubblicato nonostante fosse conosciuto, o dovesse essere conosciuto, che non ve ne erano i presupposti indefettibili, ovvero debba estendersi a qualsiasi comportamento successivo all'emanazione del bando e attinente alla procedura di evidenza pubblica, che ne ponga nel nulla gli effetti o ne ritardi l'eliminazione o la conclusione";

f) in tema di danno da perdita di *chance* per condotta illegittima della P.A. lesiva di interesse legittimo:

f1) Cass., sez. lav., 12 aprile 2017. n. 9392, in *Foro it.*, 2017, I, 1512, secondo cui "Nell'ipotesi di accertata illegittimità del procedimento di valutazione negativa di un dirigente pubblico per il mancato raggiungimento degli obiettivi - nella specie, per tardiva indicazione degli stessi rispetto al periodo in cui avrebbero dovuti essere perseguiti - non compete un risarcimento automaticamente commisurato all'indennità di risultato non percepita, in quanto il giudice ordinario non può sostituirsi all'organo deputato alla verifica dei risultati che ne condizionano l'erogazione, ma, ove ritualmente richiesto, non può essere escluso il danno da perdita di "chance", dimostrabile anche per presunzioni e con liquidazione necessariamente equitativa";

f2) Cass. civ., sez. I, 29 novembre 2016, n. 24295, in *Foro it.*, 2017, I, 1374, secondo cui "il danno patrimoniale da perdita di "chance" è un danno futuro, consistente nella perdita non di un vantaggio economico, ma della mera possibilità di conseguirlo, secondo una valutazione *ex ante* da ricondursi, diacronicamente, al momento in cui il comportamento illecito ha inciso su tale possibilità in termini di conseguenza dannosa potenziale; l'accertamento e la liquidazione di tale perdita, necessariamente equitativa, sono devoluti al giudice di merito e sono insindacabili in sede di legittimità se adeguatamente motivati. In altre parole, il danno in oggetto presuppone la prova, in via presuntiva e probabilistica, della concreta e non meramente ipotetica possibilità di conseguire vantaggi economicamente apprezzabile. (Nel caso in esame ad un soggetto veniva preclusa la possibilità di partecipazione a gare pubbliche per la illegittima mancata iscrizione dell'impresa nell'Albo Nazionale Costruttori per le categorie di lavori ed importi indicati)";

f3) Cass. civ., sez. III, 22 ottobre 2013, n. 23933 (in *Foro it.*, 2013, I; 3419 con nota di MANENTI ai cui riferimenti si rinvia; *Guida al diritto* 2014, 1, 31 con nota di IORIO e di MECCA), secondo cui "in tema di responsabilità aquiliana, nella comparazione delle diverse concause, nessuna delle quali appaia del tutto inverosimile e senza che una sola assuma con evidenza una efficacia esclusiva rispetto all'evento, è compito del giudice valutare quale di esse appaia "più probabile che non" rispetto alle altre nella determinazione dell'evento. Ne consegue che, nell'ipotesi in cui si sostenga l'esistenza d'un nesso causale tra la condotta posta in essere da organi della p.a. per il depistaggio di indagini giudiziarie, avviate a seguito di un disastro aereo, e il danno da fallimento della compagnia aerea proprietaria del velivolo coinvolto nel disastro, la cui immagine si lamenta essere stata lesa dal depistaggio finalizzato ad avvalorare la tesi del cedimento strutturale dell'aereo e dell'inaffidabilità tecnica e commerciale della compagnia, è incongruo limitarsi ad

attribuire alla situazione di preesistente dissesto finanziario - desunto dalla revoca della concessione di volo intervenuta sei mesi dopo il disastro - la causa del fallimento della società, e del danno da questo derivante, essendo invece necessario comparare le concause, verificando in concreto se la situazione di irrecuperabile dissesto fosse effettivamente preesistente al disastro aereo, oppure se uno stato debitorio non patologico per una compagnia aerea si sia aggravato in modo decisivo proprio per la riconosciuta attività di depistaggio con discredito commerciale”;

f4) Cons. Stato, sez. III, 17 novembre 2017, n. 5303 in *lamministrativista.it*, 20 novembre 2017, secondo cui *“quando viene giudicato illegittimo l’affidamento diretto di un appalto (e, quindi, la gara non è stata proprio indetta), l’impresa che, come operatrice del settore, lo ha impugnato, lamentando la sottrazione al mercato di quel contratto, riceve, in via generale, una tutela risarcitoria integralmente satisfattiva per mezzo dell’effetto conformativo che impone all’Amministrazione di bandire una procedura aperta per l’affidamento dell’appalto (ed alla quale potrà partecipare, conservando, perciò, integre le possibilità di aggiudicazione del contratto). Nelle ipotesi, tuttavia, in cui tale forma di tutela (in forma specifica) non sia più possibile perché l’Amministrazione abbia deciso di gestire direttamente il servizio, internalizzandone l’esercizio, quella risarcitoria per equivalente da perdita di chance resta, in ogni caso, preclusa dall’assorbente rilievo che l’impresa asseritamente danneggiata non può certo dimostrare, per il solo fatto di operare nel settore dell’appalto illegittimamente sottratto al mercato, di aver perduto, quale diretta conseguenza dell’invalida assegnazione del contratto ad altra impresa, una occasione concreta di aggiudicarsi quell’appalto o, in altri, termini che, se l’Amministrazione lo avesse messo a gara, se lo sarebbe con elevata probabilità aggiudicato”;*

g) sulla necessità di ancorare a rigorosi presupposti la compensazione della lesione della *chance*, nel caso di omessa partecipazione alla gara di appalto, e dunque nella prospettiva evidente di prevenire il surrettizio passaggio dalla logica risarcitoria a quella indennitaria, Cons. Stato sez. V, 30 giugno 2015, n. 3249 (in *Foro it.*, 2015, III, 440, con nota adesiva di TRIMARCHI BANFI e in *Nuovo notiziario giur.*, 2015, 570, con nota di GIANI), secondo cui *“il danno da “perdita di chance” può essere ravvisato e risarcito solo avuto riguardo al grado di probabilità che in concreto il richiedente avrebbe avuto di conseguire il bene della vita, cioè ove lo stesso dimostri che aveva una possibilità di successo (nella specie di vedersi aggiudicato un appalto) almeno pari al 50 per cento, perché diversamente diventerebbero risarcibili anche mere possibilità di successo statisticamente non significative “;*

h) sulla non spettanza dei costi di partecipazione alla gara in caso di perdita di *chance*, Cons. Stato, sez. VI, 17 febbraio 2017, n. 731, secondo cui *“il danno emergente, consistente nelle spese sostenute per la partecipazione ad una gara pubblica, non è risarcibile, in favore dell’impresa che lamenta la mancata aggiudicazione dell’appalto (o anche la perdita della relativa chance). Difatti, la partecipazione alle gare pubbliche di appalto comporta per le imprese costi che, di norma, restano a carico delle medesime sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione. Detti costi di partecipazione si colorano come danno emergente solo se l’impresa illegittimamente esclusa lamenta*

questi profili dell'illegittimità procedimentale, perché in tal caso viene in rilievo solo la pretesa risarcitoria del contraente che si duole di essere stato coinvolto in trattative inutili";

i) sulla non necessità di accertare la illegittimità dell'atto amministrativo ex art. 34, comma 3, c.p.a., ove la domanda risarcitoria risulti inaccoglibile per carenza della prova del danno, Cons. Stato, sez. V, 4 novembre 2016, n. 4628, secondo cui *"l'adozione di un singolo atto illegittimo, o più atti illegittimi, non sono, di per sé, sintomatici della presenza di un comportamento mobbizzante, occorrendo la presenza di un complessivo disegno persecutorio, qualificato da comportamenti materiali, ovvero da provvedimenti, contraddistinti da finalità di volontaria e organica vessazione nonché di discriminazione, con connotazione emulativa e pretestuosa";*

j) sulla prova rigorosa della perdita di *chance* e del nesso causale fra condotta ed evento in generale, Cons. Stato, sez. V, 28 aprile 2014, n. 2195, secondo cui *"la prova dell'esistenza dell'antigiuridicità del danno derivante dal provvedimento o comportamento illecito della p.a. deve intervenire all'esito di una verifica del caso concreto che faccia concludere per la sua certezza la quale, a sua volta, presuppone: l'esistenza di una posizione giuridica sostanziale; l'esistenza di una lesione che è configurabile (oltre che nell'ovvia evidenza fattuale) anche allorquando vi sia una rilevante probabilità di risultato utile frustrata dall'agire (o dall'inerzia) illegittima della p.a.";* sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674 in *Foro it.*, 2015, III, 106, con nota di GALLI, secondo cui *"al fine di ottenere il risarcimento per perdita di una chance, è necessario che il danneggiato dimostri, anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, la sussistenza di un valido nesso causale tra la condotta lesiva e la ragionevole probabilità del conseguimento del vantaggio alternativo perduto";*

k) sulla impossibilità di configurare il risarcimento del danno in caso di annullamento dell'atto per vizi formali cfr. Cons. Stato sez. IV, 4 luglio 2017, n. 3255, secondo cui fra l'altro *"è legittimo il rigetto d'istanza risarcitoria per danno esistenziale quando dalla qualità della vita personale dell'istante il Collegio giudicante rileva l'inesistenza stessa del danno esistenziale come categoria autonoma di danno";*

l) in dottrina, nell'ambito di una vasta letteratura sul danno da perdita di *chance*, cfr. di recente SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni unite ed i danni puntivi, tra legge e giudizio*, in *Resp. civ. e prev.* 2017, 1109, fasc. 4; TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2017, 771, fasc. 3; ANZINI, *Il riparto dell'onere probatorio nelle due specie di responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, 228, fasc. 1; QUAGLIA, *Risarcimento per equivalente e appalti pubblici*, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, 31, fasc. 1; SAVOIA, *Omessa iscrizione all'Albo Costruttori per colpa del Ministero: è danno da perdita di chances*, in *Diritto & Giustizia*, 2016, 6, fasc. 93; DI GIOVANNI, *Brevi riflessioni sulla dubbia esistenza della chance nel settore dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2017, 778, che nega, muovendo dalla esaustiva analisi della migliore dottrina e giurisprudenza, che la

chance possa ricondursi alla categoria dei beni giuridici ovvero dell'interesse legittimo pretensivo, specie avuto riguardo:

11) alla immanenza del potere esercitato ed esercitabile (dopo il giudicato) dalla stazione appaltante;

12) alla necessità di evitare una distorsione del meccanismo di compensazione dei danni (effettivamente) subiti dalle imprese interessate;

13) alla dissimmetria tra il rimedio risarcitorio per equivalente e quello in forma specifica, con la conseguente destabilizzazione di un ordinamento giuridico che ha peculiari logiche di funzionamento ispirate alla tutela dell'interesse generale (sia collettivo che della finanza pubblica).