



Consiglio di Stato
Ufficio Studi, massimario e formazione

RASSEGNA MONOTEMATICA DI GIURISPRUDENZA

Aggiornata al 31/12/2018 a cura di Vincenzo Neri

IL RISARCIMENTO DEL DANNO IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI

SOMMARIO: §1. Premessa. - §2. La colpa della P.A. - §3. La quantificazione del danno. Il superamento del criterio forfettario del 10%. §4. La detrazione “automatica” *dell’aliunde perceptum vel percipiendum* ai sensi dell’art. 1227, comma 2, c.c. - §5. La tutela risarcitoria della c.d. *chance* di aggiudicazione. - §6. Responsabilità precontrattuale della P.A. - §7. - Rassegna di giurisprudenza. - 7.1. Principi generali in materia di responsabilità della P.A. da attività provvedimento illegittima. - 7.2. Sulla rilevanza della colpa della P.A. in materia di appalti dopo la sentenza della Corte di giustizia, Sez. III, 30 settembre 2010 C 314/09 - 7.3. Sulla quantificazione del danno da lucro cessante. La tesi prevalente esclude l’utilizzabilità del criterio forfettario del 10% - 7.4. Sul risarcimento della *chance* - 7.5. Sulla responsabilità precontrattuale della P.A.

§1. Premessa.

La presente rassegna monotematica intende ricostruire il quadro degli orientamenti giurisprudenziali che hanno interessato le più dibattute questioni relative al regime della responsabilità della P.A. nell’ambito delle procedure di evidenza pubblica finalizzate all’aggiudicazione di contratti d’appalto.

Sono stati selezionati i temi maggiormente controversi, quali, in particolare, quelli che riguardano:

a) la rilevanza della colpa della P.A., in seguito alla nota sentenza della Corte di giustizia, sez. III, 30 settembre 2010;

- b) la quantificazione del danno da mancata aggiudicazione, con particolare riferimento all'individuazione dei criteri di quantificazione del lucro cessante e alla possibilità di dare rilevanza, anche in via presuntiva, al c.d. *aliunde perceptum vel percipiendum* nel caso in cui l'impresa che sarebbe dovuta risultare aggiudicataria non provi di non avere svolto, nel periodo in cui l'appalto controverso avrebbe dovuto essere eseguito, altre attività fonte di reddito potenzialmente incompatibili con l'esecuzione del contratto sfumato;
- c) i presupposti per la risarcibilità della c.d. *chance* di aggiudicazione, nel caso in cui non vi sia la certezza della vittoria della gara;
- d) i presupposti per configurare in capo alla stazione appaltante una responsabilità precontrattuale, con i connessi problemi relativi alla quantificazione del c.d. interesse negativo.

Di seguito, si indicheranno in sintesi, per ciascuna delle questioni indicate, gli indirizzi interpretativi che allo stato risultano prevalenti.

§2. La colpa della P.A.

In materia di elemento soggettivo, in seguito alla sentenza della Corte di giustizia sez. III, 30 settembre 2010, C-314/09, prevale la tesi secondo cui la responsabilità della P.A., per mancata aggiudicazione di un appalto pubblico, abbia natura oggettiva, nel senso di rendere estraneo al *thema decidendum* la questione della rilevanza della rimproverabilità soggettiva in termini di non scusabilità dell'errore compiuto dalla stazione appaltante. Ai fini del risarcimento del danno è, pertanto, sufficiente e necessaria la prova dell'illegittimità del provvedimento e della spettanza del bene della vita (e, dunque, del rapporto di causalità tra l'illegittimità del provvedimento e la perdita dell'aggiudicazione o, eventualmente, in caso di risarcimento della *chance*, della concreta probabilità di conseguirla).

La questione della legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3 e 97 Cost. di questo regime di responsabilità oggettiva gravante sulla stazione appaltante, è stata ritenuta manifestamente infondata¹sulla base della considerazione secondo cui, anche a voler prescindere dal primato del diritto comunitario su quello interno (principio che subisce eccezione esclusivamente per i principi strutturali dell'assetto costituzionale e dei diritti fondamentali della persona, che non vengono in rilievo nel caso di specie) e dal correlato obbligo del giudice interno di interpretare il secondo in modo

¹Cons. Stato, sez. V, n. 1672 del 2014

conforme al primo, si è ritenuto che gli stessi invocati principi di uguaglianza sostanziale, di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa non ostano ad una previsione che mira ad assicurare e a tutelare in concreto il principio della massima concorrenza e di non discriminazione tra le imprese, quale strumenti imprescindibili per il raggiungimento dei fini stessi dell'Unione Europea.

Si è ritenuto peraltro che tale regime di responsabilità oggettiva sia espressione di un principio generale dell'ordinamento comunitario funzionale a garantire la piena ed effettiva tutela degli interessi delle imprese, a protezione della concorrenza, nel settore degli appalti pubblici².

Intesa in questo senso, la regola è stata ritenuta applicabile a tutto il campo degli appalti pubblici, nei quali i principi di diritto comunitario hanno diretta rilevanza ed incidenza, non fosse altro che per il richiamo che ad essi viene fatto dal nostro legislatore nel Codice appalti (art 30 d.lgs. 50/16).

La tesi prevalente esclude, invece, che tale regime di responsabilità oggettiva possa trovare applicazione nei casi in cui la responsabilità della pubblica amministrazione derivi da provvedimenti illegittimi adottati al di fuori delle procedure di evidenza pubblica finalizzate all'aggiudicazione di appalti. In questi ambiti, trova applicazione la regola generale, desumibile dall'art. 2043 c.c., della responsabilità per colpa. In questo ambito, secondo l'indirizzo maggioritario, l'acclarata illegittimità del provvedimento amministrativo, integra, ai sensi degli artt. 2727 e 2729, co. 1, c.c., il fatto costitutivo di una presunzione semplice in ordine alla sussistenza della colpa in capo all'amministrazione; ne consegue che spetta a quest'ultima dimostrare la scusabilità dell'errore per la presenza, ad esempio, di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione della norma (o di improvvisi revirement da parte delle Corti supreme), di oscurità oggettiva del quadro normativo (anche a causa della formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore), di rilevante complessità del fatto, della influenza determinante dei comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da successiva declaratoria di incostituzionalità della norma applicata dall'amministrazione³. L'orientamento maggioritario sulla responsabilità oggettiva nella materia degli appalti ha trovato, di recente, ulteriori conferme: si è ribadito che non è necessaria alcuna particolare indagine in ordine all'elemento soggettivo della

²Cons. Stato, sez. V, n. 933 del 2013

³Cons. Stato, sez. V, n. 2195 del 2014

responsabilità dell'amministrazione, essendo la stessa *in re ipsa*, in quanto il rimedio risarcitorio risponde al principio di effettività della tutela previsto dalla normativa comunitaria, sulla base degli autonomi principi sviluppati nel tempo dalla Corte di giustizia UE e che, pertanto, si può prescindere dalla prova della colpa della stazione appaltante⁴.

Il tema della natura oggettiva della responsabilità della Pubblica Amministrazione nello svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica è ripreso, da ultimo, come approdo oramai pacifico, in un *obiter dictum* dall'**Adunanza Plenaria 2/17 (sentenza 29 marzo – 12 maggio 2017, n. 2)**; la pronuncia affronta il tema delle conseguenze, sul piano risarcitorio, dell'impossibilità di portare ad esecuzione in forma specifica un giudicato c.d. di spettanza; in essa si afferma che *“l'impossibilità (sopravvenuta) di esecuzione in forma specifica dell'obbligazione nascente dal giudicato – che dà vita in capo all'amministrazione ad una responsabilità assoggettabile al regime della responsabilità di natura contrattuale, che l'art. 112, comma 3, c.p.a., sottopone peraltro ad un regime derogatorio rispetto alla disciplina civilistica – non estingue l'obbligazione, ma la converte, ex lege, in una diversa obbligazione, di natura risarcitoria, avente ad oggetto l'equivalente monetario del bene della vita riconosciuto dal giudicato in sostituzione della esecuzione in forma specifica; (...) La funzione sostitutiva del rimedio giustifica, allora, la scelta del legislatore sia di prevederne l'ammissibilità in sede di ottemperanza, anche in un unico grado, in quanto “connessa” all'impossibilità oggettiva di esecuzione del giudicato, sia di slegarla dal requisito della colpa, sia pure intesa, in tema di illecito della pubblica amministrazione, nella lettura “oggettiva” che ne dà la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (...)”*.

§3. La quantificazione del danno. Il superamento del criterio forfettario del 10%

Con riferimento alla quantificazione del danno nel caso di annullamento dell'aggiudicazione di appalto pubblico e di certezza dell'aggiudicazione in favore dell'impresa ricorrente può dirsi consolidato in giurisprudenza l'indirizzo che, con riguardo alla componente di danno costituita dal lucro cessante, esige la prova rigorosa a carico dell'impresa della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse stata aggiudicataria dell'appalto; prova desumibile, in primis, dall'esibizione dell'offerta economica presentata al seggio di gara.

⁴Cons. Stato, sez. V, n. 285 del 2015; Cons. Stato, n. 2111 del 2016; TAR Sicilia (Catania) del 18 settembre 2017, n. 2173

È stato ribadito, infatti, che il criterio presuntivo elaborato in passato dalla giurisprudenza che stimava l'utile perso nel 10 % dell'importo a base d'asta, come eventualmente ribassato nell'offerta presentata dall'impresa illegittimamente esclusa, non può essere utilizzato: sia in quanto esso esula storicamente dalla materia risarcitoria, ricollegandosi in un'ultima analisi all'art. 345 l. n. 2248 del 1865, all. F e riguardando istituti diversi come l'indennizzo dell'appaltatore nel caso di recesso dell'Amministrazione committente o la determinazione del prezzo a base d'asta; sia perché esso non può essere oggetto di applicazione automatica ed indifferenziata, non potendo formularsi un giudizio di probabilità fondato sull'*id quod plerumque accidit* secondo il quale, allegato l'importo a base d'asta, può presumersi che il danno da lucro cessante del danneggiato sia commisurabile alla percentuale del 10%.

Tale approccio ermeneutico, si è detto, risulta maggiormente rispettoso del dettato dell'art. 124 c.p.a. comma 1a tenore del quale "*se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente subito*", a condizione, tuttavia, che lo stesso sia stato "*provato*", nonché quindi della volontà del legislatore di mettere un argine sul versante oggettivo della responsabilità per evitare aggravii economici in capo alla P.A.

La giurisprudenza ha, in particolare, chiarito che spetta all'impresa danneggiata offrire la prova 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.); 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 predetto principio dispositivo sancito in generale dall'art. 2697, primo comma, c.c. (cfr. *ex plurimis* **Con. Stato, sez. IV, 23 maggio 2016, n.2111; sez. IV, 21 marzo 2016, n. 1130; sez. V, 21 luglio 2015, n. 3605; Cons. Stato, sez. V, 31 dicembre 2014, n. 6450 e n. 6453**).

In tal senso si è di recente espressa anche l'**Adunanza Plenaria con la sentenza 29 marzo – 12 maggio 2017, n. 2**. La Plenaria, nel risolvere alcuni

aspetti controversi concernenti principalmente l'esatta delimitazione della giurisdizione amministrativa in sede di ottemperanza, contiene una schematica sintesi dei principi espressi dalla più recente giurisprudenza in tema di quantificazione del danno da mancata aggiudicazione, giungendo ad enunciare il seguente principio di diritto: *“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 cod. civ., è ammessa soltanto in presenza di situazione di impossibilità - o di estrema difficoltà - di una precisa prova sull'ammontare del danno.”*

§4. La detrazione “automatica” dell'aliunde perceptum vel percipiendum ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c.

La giurisprudenza sempre più frequentemente, partendo dalla premessa che ai sensi dell'art. 1227 c.c. il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno, specifica che nelle gare di appalto l'impresa non aggiudicataria, ancorché proponga un ricorso e possa ragionevolmente confidare di riuscire vittoriosa, non può mai nutrire la matematica certezza che le verrà aggiudicato il contratto, atteso che sono molteplici le possibili sopravvenienze ostative. Pertanto, non costituisce normalmente condotta diligente quella di immobilizzare tutti i mezzi d'impresa nelle more del giudizio nell'attesa dell'aggiudicazione in proprio favore, essendo invece ben più razionale che l'impresa si attivi per svolgere nelle more altre attività, procurandosi prestazioni contrattuali alternative dalle quali trarre utili.

Secondo il prevalente orientamento della giurisprudenza, pertanto, da ultimo confermato anche dalla citata **Adunanza Plenaria n. 2/2017**, nel caso di annullamento dell'aggiudicazione e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, il mancato utile spetta nella misura integrale solo se questo dimostri di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e

mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa. In difetto di tale dimostrazione, può presumersi che l'impresa abbia riutilizzato o potuto riutilizzare mezzi e manodopera per altri lavori, a titolo di *aliunde perceptum vel percipiendum*. In base a tale principio, onde evitare che, a seguito del risarcimento, il danneggiato possa trovarsi in una situazione perfino migliore rispetto a quella in cui si sarebbe trovato in assenza dell'illecito, dall'importo dovuto a titolo risarcitorio va detratto quanto da questi percepito grazie allo svolgimento di diverse attività lucrative, nel periodo in cui avrebbe dovuto eseguire l'appalto in contestazione. In altri termini, l'onere di provare l'assenza dell'*aliunde perceptum* viene fatto gravare non sull'amministrazione, ma sull'impresa, e tale ripartizione muove dalla presunzione, a sua volta fondata sull'*id quod plerumque accidit*, secondo cui l'imprenditore (specie se in forma societaria), in quanto soggetto che esercita professionalmente un'attività economica organizzata, finalizzata alla produzione di utili, normalmente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, provvedendo ad acquisire prestazioni contrattuali alternative dalla cui esecuzione trae utili (**Consiglio di Stato, Sez. IV, 17 ottobre 2017, n. 4803**).

Alcuni autori, tuttavia, hanno di recente messo in evidenza come la rigida applicazione del principio dell'*aliunde perceptum* potrebbe portare ad estreme conseguenze logiche, finendo col precludere il risarcimento del danno per mancato utile. E ciò in quanto, nell'ipotesi in cui il danneggiato non avesse percepito alcunché per attività lucrative diverse da quelle derivanti dall'esecuzione del contratto non aggiudicato, lo stesso non potrebbe mai sperare nell'attribuzione giurisdizionale di un qualunque ristoro in ragione dell'impossibilità o, quanto meno, della difficoltà di provare di non aver beneficiato di alcun altro tipo di utile percepito grazie allo svolgimento di attività lucrative nel periodo in cui avrebbe dovuto eseguire l'appalto. L'inflessibile applicazione del principio in esame comporterebbe, oltretutto, il riconoscimento di una legittimazione al risarcimento soltanto in capo a quelle imprese che, durante l'intero svolgimento della vicenda procedimentale e del processo, siano rimaste del tutto inattive o, peggio, siano fallite, perché soltanto in questo caso sarebbe, forse, dimostrabile il mancato guadagno. Tale tipo di principio sembra, pertanto, costituire

un'ulteriore forma di limitazione delle ipotesi di responsabilità della P.A.⁵.

§5. La tutela risarcitoria della c.d. chance di aggiudicazione

Il danno da perdita di chance è stato definito dalla dottrina come la perdita di un'occasione favorevole⁶ o come “il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale” che “consiste - in termini fenomenologici - nel venir meno per l'appunto di una ragionevole probabilità di raggiungere un risultato auspicato o di evitarne uno non desiderato”⁷.

Sia in dottrina sia in giurisprudenza è discusso se il danno da perdita di chance vada qualificato quale danno attuale o danno futuro. La soluzione dipende anche dall'adesione alla c.d. concezione ontologica o a quella eziologica.

Per la tesi ontologica la chance è un bene che esiste nel patrimonio del danneggiato e che va risarcito quale danno attuale da tenere distinto dal bene finale che l'interessato aspira a ottenere o a conservare. In tale prospettiva per il risarcimento è necessario accertare che la lesione alla chance sia adeguatamente provata dal danneggiato nella sua effettiva consistenza e nella sua derivazione causale dal comportamento del danneggiante.

L'amministrazione che affida senza gara un appalto pubblico dovrà risarcire all'impresa che non ha potuto partecipare alla gara, a causa dell'illegittima esclusione, il danno individuabile nella lesione della probabilità di aggiudicarsi la gara, danno certamente diverso da quello consistente nella perdita del guadagno che avrebbe ricavato dall'esecuzione del contratto, qualora fosse stato certo che la gara andava a questa aggiudicata. In altri termini, chi agisce chiedendo il risarcimento della perdita di occasioni favorevoli deve dimostrare che il comportamento del danneggiante ha leso la probabilità di conseguire o mantenere un bene della vita, probabilità questa che si identifica con un autonomo bene diverso da quello “finale”⁸. Per una parte della dottrina, tuttavia, tale opzione “risente, con ogni probabilità, della tendenza a descrivere la fattispecie secondo lo schema della responsabilità aquiliana nel cui contesto diviene centrale l'individuazione del danno ingiusto

⁵ A. Longo e A. Cavallaro, Metodo di calcolo per la determinazione dell'anomalia delle offerte e il risarcimento danni: sottrazione del c.d. aliunde perceptum, in *Urbanistica e Appalti* 2018, 2, 203.

⁶ Bianca, *Diritto civile*, V, Milano, 2012, 179.

⁷ S. Mazzamuto, Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale, in *Europa e diritto privato*, 2010, 49.

⁸ Aderisce alla tesi ontologica Bianca, op. cit.

e risulta a tal fine necessario reperire un particolare bene della vita lesa o distrutto dal fatto dannoso”⁹.

Critica altresì quella dottrina che ritiene “evidente l’ibridismo della chance, che non è riconducibile né alla categoria dei beni giuridici né a quella dell’interesse legittimo pretensivo. Nel primo caso mancherebbero i requisiti dell’utilità materiale e della limitatezza della possibilità oggetto di risarcimento; nel secondo, invece, l’interesse legittimo avrebbe ad oggetto l’aggiudicazione della gara e non una possibilità, seppur concreta, di ottenerla”¹⁰.

Per la tesi eziologica, invece, la chance va identificata con un “bene astratto” e futuro, ossia un bene che il danneggiato avrebbe probabilmente ottenuto se non vi fosse stato il comportamento illecito altrui, appunto un’occasione persa. La chance “si configurerebbe come un mezzo per dimostrare in modo meno rigoroso, ove sia particolarmente difficile fornire la prova, il nesso intercorrente tra la condotta illecita e l’evento”¹¹. In quest’ottica, la chance s’inscrive nell’ambito del lucro cessante, e non del danno emergente, e costituisce un “escamotage per superare le difficoltà dell’accertamento del nesso di causa in ordine ad un evento finale auspicato dal danneggiato”¹². La chance, allora, non sarebbe un bene già esistente nel patrimonio del danneggiato, ma solo un danno futuro. Conseguentemente, va accertato in modo diverso il nesso di causalità tra fatto illecito e evento: “il soggetto che agisce per la perdita di chance non lamenta una perdita del proprio patrimonio attuale, ma si duole che a causa di un inadempimento o di un illecito non abbia conseguito nuovi elementi o utilità”¹³.

I fautori della tesi ontologica ritengono che il valore dell’aspettativa si ricavi attraverso la decurtazione percentuale del valore del bene finale cui si aspirava.

Nella prospettiva eziologica, invece, il danno va quantificato e liquidato essenzialmente in via equitativa.

⁹ S. Mazzamuto, op. cit., 75

¹⁰ L. Di Giovanni, Brevi riflessioni sulla dubbia esistenza della chance nel settore dei contratti pubblici, in *Urbanistica e appalti*, 2017, 6, 783.

¹¹ G. Fuschino, La sorte appesa ad un filo: sulla perdita della chance, in *Danno e resp.*, 2017, 2, 231

¹² S. Mazzamuto, op. cit., 68.

¹³ A. Barbarisi, La quantificazione e l’onere della prova del danno da perdita di chance nei concorsi privati, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 1034.

In altri termini, nella prospettiva ontologica, una volta dimostrato il fatto illecito, l'evento e il nesso di causalità, la probabilità di conseguire il risultato sperato, o di mantenere il bene della vita, incide sulla quantificazione del danno da perdita di chance e non sulla prova della sua esistenza¹⁴, mentre nella prospettiva eziologica la probabilità rileva già nell'indagine sull'esistenza del danno, ossia "per poter assumere la natura di bene giuridico rilevante"¹⁵. Chi aderisce alla tesi ontologica¹⁶ considera il danno da perdita di chance un danno attuale, e non futuro, consistente in una concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene, non una mera aspettativa di fatto, o un danno futuro, ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione.

Ne consegue che una volta dimostrata la perdita dell'occasione favorevole e il suo collegamento causale con la condotta del danneggiante, spetta all'interprete verificare qual è l'entità del danno risarcibile; ferma restando la regola per cui può ricorrersi alla valutazione equitativa quando il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare (art. 1226 c.c.), il valore della chance dovrebbe rapportarsi in termini percentuali al valore astratto del bene finale.

Ne consegue in primo luogo che, se si accetta un tale ricostruzione, può essere risarcita anche una chance con basse probabilità di realizzazione del risultato finale perché l'entità del danno risarcibile non deve essere confusa con l'esistenza del danno stesso. Naturalmente, a parità di valore dell'utilità finale, la somma liquidata cambia in modo direttamente proporzionale alle probabilità di realizzazione della predetta utilità.

In secondo luogo, è stato precisato che se le possibilità di conseguire il risultato finale sono basse o molto basse, il giudice potrà escludere in toto il risarcimento. Tuttavia ciò non avverrà per inesistenza della lesione della chance ma in applicazione del dovere di tolleranze e solidarietà di cui all'articolo 2 Cost.¹⁷

Chiaramente, il danno da perdita di chance non può configurarsi ogni

¹⁴In tal guisa, la consistenza percentuale della chance non inciderebbe sull'ammissibilità della tutela risarcitoria (an debeat), ma solo ai fini della liquidazione del danno (quantum debeat)" (G. Fuschino, op. cit., 232).

¹⁵G. Fuschino, op. cit., 232.

¹⁶ V. Neri, La chance nel diritto amministrativo: una timida proposta, in *Urbanistica e appalti*, 2018, 3, 1.

¹⁷ V. Neri, op. cit.,

qualvolta l'amministrazione, dopo l'annullamento dell'atto, deve riavviare il procedimento, perché in casi del genere non è ancora definitivamente compromessa la possibilità di ottenere l'utilità finale.

La chance sarà risarcibile solo nelle ipotesi in cui l'aggiudicazione del contratto, dopo l'annullamento giurisdizionale, non è più possibile.

Ammessa in linea astratta la risarcibilità del danno da perdita di chance, se per il giudice è difficile valutare le probabilità di risultato favorevole, in considerazione dell'elevata discrezionalità goduta dall'amministrazione, la strada non è quella di negare l'esistenza di una lesione alla chance, ma quella di compiere una valutazione di caso in caso, basata sull'individuazione delle possibilità di risultato, arrivando ora a risarcire il danno ora a lasciarlo a carico del danneggiato se ciò è maggiormente conforme ai principini solidarietà e tolleranza che escludono la risarcibilità di pregiudizi non certi o non muniti del requisito della serietà e gravità¹⁸.

Nello specifico settore dei contratti occorrerà ulteriormente distinguere il caso in cui, all'esito del giudizio, v'è la prova che il ricorrente sarebbe stato aggiudicatario se non vi fosse stata l'illegittimità, dall'ipotesi in cui tale dimostrazione manchi. Nel primo caso si tratta di risarcire un "ordinario" danno da lucro cessante e non occorre "scomodare" la teorica della chance. Qualora, invece, v'è la dimostrazione dell'illegittimità dell'atto amministrativo - perché l'operatore economico è stato illegittimamente escluso o perché l'amministrazione non ha indetto la gara - ma non c'è la prova che il ricorrente sarebbe risultato aggiudicatario, allora, difettando la possibilità di rifare o indire la gara, potrebbe essere utile ricorrere al concetto di chance riconducendo il giudizio risarcitorio nell'ambito della responsabilità da contatto¹⁹.

In seno alla V Sezione del Consiglio di Stato si è registrato negli ultimi anni un contrasto in ordine alla natura stessa della chance, alcune pronunce hanno aderito alla teoria c.d. ontologica, mentre altre hanno optato per teoria c.d. eziologica, dall'accoglimento dell'una piuttosto che dell'altra sono discese rilevanti conseguenze.

Infatti, per alcune pronunce del Consiglio di Stato il risarcimento della chance risulta dunque inquadrabile nella categoria del lucro cessante ed è condizionato dalla prova di un rilevante grado di probabilità di conseguire il

¹⁸V. Neri, op citata.

¹⁹ V. Neri, op citata.

bene della vita negato dall'amministrazione per effetto di atti illegittimi (**Consiglio di Stato, sez. V, 11 luglio 2018, n. 4225**)²⁰. La teoria eziologica intende infatti 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%.

A fronte di quest'indirizzo più restrittivo – che richiede la prova certa di una probabilità di successo almeno pari al cinquanta per cento– altro orientamento invece, sposando la teoria ontologica, ritiene che la chance configuri una posta attiva già presente nel patrimonio del soggetto danneggiato, la cui lesione determina una perdita a titolo di danno emergente che deve essere risarcita a prescindere dalla quantificazione in termini probabilistici della “possibilità” di ottenere il risultato finale. Pertanto, il grado di probabilità statistica di realizzazione della chance non incide sull'an della pretesa risarcitoria, ma solo sulla sua quantificazione.

Conseguentemente, alcune pronunce hanno riconosciuto, in caso di mancata indicazione della gara, 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 soggetto è portatore deve essere ristorata nella sua obiettiva consistenza, a prescindere dalla verifica probabilistica in ordine all'ipotetico esito della gara. Così ad esempio **Cons. Stato, V, 1° agosto 2016, n. 3450** ha affermato che «*la dimostrazione della rilevante probabilità di aggiudicazione non è concretamente esigibile in caso di selezione comparativa non svolta*», ed ha confermato il risarcimento già riconosciuto in primo grado, sulla base della teoria ontologica, consistente nell'aspettativa giuridica «già presente nel patrimonio dell'impresa danneggiata», correlata al «rispetto degli obblighi di evidenza pubblica e/o concorsualità imposti dalla legislazione in materia di contratti pubblici».

Per dirimere tale contrasto, la V Sezione, con sentenza non definitiva n. 118 dell'11-1-2018, ha disposto il deferimento in sede nomofilattica all'Adunanza Plenaria che, con l'ordinanza n.7 dell' 11-5-2018, ravvisando l'inopportunità

²⁰In termini, si segnalano anche Cons. Stato, V, 7 giugno 2017, n. 2740; Consiglio di Stato, III, 9 febbraio 2016, n. 559; Cons. Stato, V, 22 settembre 2015, n. 4431,

di un suo intervento ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a., ha rimesso gli atti alla Sezione, senza affrontare il contrasto tra i diversi orientamenti.

6. Responsabilità precontrattuale della P.A.

Con riferimento alla responsabilità precontrattuale è prevalente l'orientamento secondo cui tale forma di responsabilità prescinde dall'eventuale illegittimità del provvedimento amministrativo di autotutela che formalizza la volontà dell'Amministrazione di annullare o revocare gli atti di gara. Si specifica che la responsabilità precontrattuale non discende, infatti, dalla violazione delle norme di diritto pubblico che disciplinano l'agire autoritativo della pubblica amministrazione e dalla cui violazione discende l'illegittimità dell'atto. Essa, al contrario, deriva dalla violazione delle regole comuni (in particolare del principio generale di buona fede in senso oggettivo dell'art. 1337 Cod. civ.) che trattano del "comportamento" precontrattuale, ponendo in capo alla pubblica amministrazione doveri di correttezza e di buona fede analoghi a quelli che gravano su un comune soggetto nel corso delle trattative precontrattuali²¹.

Con riferimento alla quantificazione del danno la giurisprudenza limita il risarcimento al c.d. interesse negativo, che include soltanto le spese sostenute per la partecipazione alla gara ed, eventualmente, la perdita della cd. chance contrattuale alternativa; non meritano, quindi, risarcimento le voci che fanno riferimento all'interesse cd. positivo (l'interesse all'esecuzione dell'appalto), che attengono, appunto, alle utilità e ai vantaggi che sarebbero derivati dall'esecuzione del contratto.

Si esclude, invece, nell'ambito della responsabilità precontrattuale, la risarcibilità del c.d. danno curriculare, perché non attiene all'interesse negativo ma, più propriamente, all'interesse positivo, derivando proprio dalla mancata esecuzione dell'appalto, non dall'inutilità della trattativa.

Recentemente, è stato affermato che il comportamento di una P.A. che, dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva ha omesso di addivenire, senza offrire alcuna plausibile giustificazione, alla stipula del relativo contratto, integra un comportamento contrario ai generali doveri di correttezza e buona fede che, come riconosciuto da giurisprudenza oramai pacifica, trovano applicazione, nonostante la loro derivazione privatistica (cfr art.1337 c.c.) anche nell'ambito del procedimento amministrativo, a maggior

²¹Cons. Stato, sez. VI, n. 633 del 2013 e sez. IV, n. 744 del 2014

ragione se si tratta di un procedimento ad evidenza pubblica finalizzato alla stipula di un contratto (**Consiglio di Stato, sez. V, 2 maggio 2017, n. 1979**). In senso contrario rispetto a tale prevalente orientamento, si segnalano alcune pronunce²² secondo cui la pretesa risarcitoria conseguente ad un'azione amministrativa spiegata in autotutela dall'Amministrazione non può trovare accoglimento qualora i provvedimenti siano dichiarati legittimi dal giudice. Ciò in quanto la legittimità del provvedimento di auto-annullamento esclude ogni possibilità di far valere i danni da esso conseguenti in quanto il legittimo esercizio del potere amministrativo in vista di interessi generali è, di per sé, giuridicamente incompatibile con il riconoscimento del risarcimento del danno da “atto legittimo”.

L'Adunanza Plenaria n. 5 del 2018 ha confermato l'orientamento prevalente, precisando che la responsabilità precontrattuale della P.A. è configurabile anche nei casi in cui la procedura di gara venga legittimamente annullata o revocata, ancor prima della individuazione del soggetto aggiudicatario ed a prescindere da questa; proprio la legittimità dell'atto adottato in autotutela porta a sottolineare, come da orientamento oramai consolidato, la distinzione tra norme di validità dell'atto - la cui violazione determina illegittimità dello stesso - e norme di comportamento, la cui violazione determina la responsabilità precontrattuale da comportamento contrario a correttezza e buona fede. Nel caso in cui la P.A. provveda alla revoca di un provvedimento, pur in autotutela legittima ma in violazione delle generali regole di buona fede e correttezza, la lesione subita dal privato si concreta nella violazione del diritto soggettivo alla libertà di autodeterminazione negoziale.

L'evoluzione giurisprudenziale ha ampliato i casi in cui è ravvisabile tale responsabilità, andando oltre il caso della responsabilità per ingiustificato abbandono delle trattative -giustificato dalla c.d. solidarietà corporativa e legato alla concezione di causa quale funzione economico sociale del contratto al quale le trattative erano finalizzate - e ricomprendendovi anche i casi in cui si sia giunti alla conclusione dell'accordo negoziale, ma a condizioni diverse da quelle alle quali in medesimo accordo sarebbe stato concluso se solo gli obblighi di buona fede e solidarietà ed, in primis, l'obbligo di informazione della controparte, fossero stati rispettati.

²²Cons. Stato, sez. IV, n. 829 del 2013 e n. 2220 del 2014

Da tale elaborazione, infatti, emerge che il dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede è un dovere immanente nell'ordinamento giuridico, che permea ogni fase delle relazioni intersoggettive e che incombe anche sulla Pubblica Amministrazione, oltre che sui privati. Anche nelle fasi precedenti alla individuazione del soggetto aggiudicatario, dunque, la violazione, da parte della P.A. del dovere di correttezza e buona fede determina il sorgere, in capo alla stessa, della responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcire il danno così cagionato.

Sulla base delle medesime considerazioni, l'Adunanza Plenaria ha inoltre affermato che la configurabilità di tale responsabilità sia ravvisabile anche nel comportamento della Pubblica Amministrazione 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 e non solo a quelle che lo precedono.

La valenza costituzionale del dovere di correttezza, infatti, impone di ritenerlo operante anche nei casi in cui, pur eventualmente mancando una trattativa in senso tecnico-giuridico, venga comunque in rilievo una situazione "relazionale" qualificata, capace di generare ragionevoli affidamenti e fondate aspettative.

7. Rassegna di giurisprudenza

7.1. Principi generali in materia di responsabilità della P.A. da attività provvedimento illegittima

Consiglio di Stato, sez. IV, 12 aprile 2018, n. 2197

In caso di accertata illegittimità di un atto amministrativo asseritamente foriero di danno, al privato non è richiesto un particolare sforzo probatorio per ciò che attiene al profilo dell'elemento soggettivo della fattispecie; egli può, infatti, limitarsi ad allegare l'illegittimità dell'atto, dovendosi fare rinvio, al fine della prova dell'elemento soggettivo della responsabilità, alle regole della comune esperienza e della presunzione semplice di cui all' art. 2727 c.c. , mentre spetta alla Pubblica amministrazione dimostrare di essere incorsa in un errore scusabile; la presunzione di colpa dell'amministrazione può essere riconosciuta solo nelle ipotesi di violazioni commesse in un contesto di circostanze di fatto ed in un quadro di riferimento normativo, giuridico e fattuale tale da palesarne la negligenza e l'imperizia, cioè l'aver agito intenzionalmente o in spregio alle regole di correttezza,

imparzialità e buona fede nell'assunzione del provvedimento viziato, mentre deve essere negata la responsabilità quando l'indagine conduce al riconoscimento di un errore scusabile per la sussistenza di contrasti giudiziari, per la incertezza del quadro normativo di riferimento, per la complessità della situazione di fatto.

Consiglio di Stato, sez. V, 6 settembre 2017, n. 4226.

Per l'ammissibilità della domanda di risarcimento del danno derivante da procedimento amministrativo illegittimo non è sufficiente il mero annullamento del provvedimento lesivo, essendo necessario che sia fornita la prova sia del danno subito, e dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa dell'Amministrazione, configurabili quando l'adozione dell'atto illegittimo è avvenuta in violazione delle regole proprie dell'azione amministrativa, quali desumibili sia dai principi costituzionali d'imparzialità e buon andamento, sia dalle norme di legge ordinaria in materia di celerità, efficienza, efficacia e trasparenza, sia dai principi generali dell'ordinamento, di ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza.

Consiglio di Stato, sez. IV, 30 gennaio 2017, n. 361.

Il risarcimento del danno non può mai essere conseguenza automatica dell'annullamento di un atto amministrativo, ma necessita sempre dell'ulteriore positiva verifica circa la ricorrenza dei vari presupposti richiesti dalla legge, tra cui quello della colpevole condotta antigiuridica della p.a.; in particolare, affinché sussista il requisito della colpa, è necessario verificare se l'emanaazione e l'esecuzione dell'atto impugnato siano avvenute in violazione delle regole della imparzialità, correttezza e buona fede alle quali l'esercizio della funzione pubblica deve costantemente attenersi

7.2. Sulla rilevanza della colpa della P.A. in materia di appalti dopo la sentenza della Corte di giustizia, Sez. III, 30 settembre 2010 C 314/09²³

Consiglio di Stato, a.p., 12 maggio 2017, n. 2

²³Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2014, n. 1672, Pres. Pajno – Est. Saltelli; Cons. Stato, 9 dicembre 2013, n. 5884, Pres. F. F. Saltelli – Est. Gaviano; Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2013, n. 3133 Pres. Trovato – Est. Lotti; Cons. Stato, sez. V, 7 marzo 2013, n. 1833, Pres. F. F. Atzeni – Est. Tarantino; Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2013, n. 933, Pres. Trovato – Est. Bianchi; Cons. Stato, sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482, Pres. F. F. Leoni – Est. Greco.

“Viene così in rilievo un rimedio che assume una connotazione tipicamente compensativa: una sorta, in altri termini, di ottemperanza per equivalente (già conosciuta, del resto, nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale anteriore alla novella del 2011) che sostituisce l’ottemperanza in forma specifica nei casi in cui questa non sia più possibile. Essa si traduce nel riconoscimento dell’equivalente in denaro del bene della vita che la parte vittoriosa avrebbe avuto titolo di ottenere in natura in base al giudicato. Si ha, quindi, un rimedio alla impossibilità di esecuzione in forma specifica della sentenza, in un’ottica, per l’appunto, “rimediale” della tutela, quale si è andata delineando a partire dalle sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006 della Corte costituzionale.

La funzione sostitutiva del rimedio giustifica, allora, la scelta del legislatore sia di prevederne l’ammissibilità in sede di ottemperanza, anche in un unico grado, in quanto “connessa” all’impossibilità oggettiva di esecuzione del giudicato, sia di slegarla dal requisito della colpa, sia pure intesa, in tema di illecito della pubblica amministrazione, nella lettura “oggettiva” che ne dà la giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea: trattandosi di una tutela che sostituisce l’ottemperanza non più possibile in forma specifica, essa soggiace, sia sul piano del rito, sia sul piano dei presupposti sostanziali, alle stesse regole dell’azione di ottemperanza (in forma specifica), che pure si caratterizza come rimedio “oggettivo”, sganciato dalla prova del dolo o della colpa. E’, in altri termini, una ragionevole scelta del legislatore in tema di allocazione del rischio della impossibilità di esecuzione del giudicato”.

Cons. Stato, sez. IV, 23 maggio 2016, n. 2111.

“Peraltro, ai fini del risarcimento, non è necessario l’accertamento dell’elemento soggettivo là dove, come nella specie, il risarcimento funga da strumento necessariamente sostitutivo della non più possibile tutela in forma specifica, poiché il rimedio risarcitorio risponde al principio di effettività della tutela previsto dalla normativa comunitaria, sulla base degli autonomi principi sviluppati nel tempo dalla Corte di giustizia UE (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 dicembre 2011, n. 6919; sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482; sez. V, 31 dicembre 2014, n. 6450; tutte con riferimento anche alla giurisprudenza comunitaria). Si può dunque prescindere dalla prova della colpa della stazione appaltante”.

Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n.285.

“Premesso che, ai fini dell’ammissibilità della domanda di risarcimento del danno derivante dalla dichiarata illegittimità degli atti della procedura di gara, non è necessaria alcuna particolare indagine in ordine all’elemento soggettivo della responsabilità dell’amministrazione, essendo la stessa in re ipsa (ex multis, Cons. St., sez. V, 21 giugno 2013, n. 3397; sez. IV, 27 marzo 2014, n. 1478, ciò in quanto il rimedio risarcitorio

risponde al principio di effettività della tutela previsto dalla normativa comunitaria a condizione che la possibilità di riconoscere detto risarcimento non sia subordinata alla constatazione di un comportamento colpevole)”

7.3. Sulla quantificazione del danno da lucro cessante. La tesi prevalente esclude l'utilizzabilità del criterio forfettario del 10%²⁴

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 29 marzo – 12 maggio 2017, n. 2

41. Vanno a tal proposito ribaditi i principi elaborati dalla giurisprudenza in materia di quantificazione del danno da mancata aggiudicazione (cfr., ex plurimis, Cons. Stato, Sez. V, 8 agosto 2014, n. 4248; Sez. V, 28 aprile 2014, n. 2195; Sez. IV, 2 dicembre 2013, n. 5725; Sez. III, 16 settembre 2013, n. 4574; Sez. V, 7 giugno 2013, n. 3135; Sez. V, 3 giugno 2013, n. 3035; Cons. giust. amm., 11 marzo 2013, n. 324; Ad. plen., 13 novembre 2013, n. 25, Ad. plen., 25 settembre 2013, n. 21; Ad. plen., 19 aprile 2013, n. 7; Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3; Cass. civ., sez. un., 23 marzo 2011, n. 6594; sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576 e 582; Corte di giustizia UE, Sez. III, 30 settembre 2010, C-314/2009; 10 gennaio 2008, C-70/06; 14 ottobre 2004, C-275/03), dai quali questo Collegio non intende discostarsi:

a) ai sensi degli artt. 30, 40 e 124, comma 1, c.p.a., il danneggiato deve offrire la prova dell'an e del quantum del danno che assume di aver sofferto;

b) nel caso di mancata aggiudicazione il risarcimento del 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). Non è dubitabile, invero, che il fatto stesso di eseguire un appalto pubblico (anche a prescindere dal lucro che l'impresa ne ricava grazie al corrispettivo pagato dalla stazione appaltante), possa essere, comunque, fonte per l'impresa di un vantaggio economicamente valutabile, perché accresce la capacità di competere sul mercato e, quindi, la

²⁴ Nel medesimo senso Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2017, n. 5384; Con. Stato, sez. IV, 23 maggio 2016, n.2111; sez. IV, 21 marzo 2016, n. 1130; sez. V, 21 luglio 2015, n. 3605; Cons. Stato, sez. V, 31 dicembre 2014, n. 6450 e n. 6453; Cons. Stato, 9 dicembre 2013, n. 5884, Cons. Stato, sez. V, 7 marzo 2013, n. 1833; Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2013, n. 1669; Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2013, n. 966, Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2013, n. 798, Cons. Stato, 16 gennaio 2013, n. 240.

chance di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti.

c) spetta all'impresa danneggiata offrire la prova 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.); 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 di risarcimento dei danni, in relazione alla quale il criterio della c.d. vicinanza della prova determina il riespandersi del predetto principio dispositivo sancito in generale dall'art. 2697, primo comma, c.c.;

d) 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) le parti non possono sottrarsi all'onere probatorio e rimettere l'accertamento dei propri diritti all'attività del consulente tecnico d'ufficio neppure nel caso di consulenza cosiddetta "percipiente", che può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova, demandandosi al consulente l'accertamento di determinate situazioni di fatto, giacché, anche in siffatta ipotesi, è necessario che le parti stesse deducano quantomeno i fatti e gli elementi specifici posti a fondamento di tali diritti;

f) la prova in ordine alla quantificazione del danno può essere raggiunta anche mediante presunzioni; per la configurazione di una presunzione giuridicamente rilevante non occorre che l'esistenza del fatto ignoto rappresenti l'unica conseguenza possibile di quello noto, secondo un legame di necessità assoluta ed esclusiva (sulla base della regola della «inferenza necessaria»), ma è sufficiente che dal fatto noto sia desumibile univocamente quello ignoto, alla stregua di un giudizio di probabilità basato sull'id quod plerumque accidit (in virtù della regola della «inferenza probabilistica»), sicché il giudice può trarre il suo libero convincimento dall'apprezzamento discrezionale degli elementi indiziari prescelti, purché dotati dei requisiti legali della gravità, precisione e concordanza, mentre non può attribuirsi valore probatorio ad una presunzione fondata su dati meramente ipotetici;

g) va esclusa la pretesa di ottenere l'equivalente del 10% dell'importo a base d'asta, sia perché detto criterio esula storicamente dalla materia risarcitoria, sia perché non può essere oggetto di applicazione automatica ed indifferenziata (non potendo formularsi un giudizio di probabilità fondato sull'id quod plerumque accidit secondo il quale, allegato l'importo a base d'asta, può presumersi che il danno da lucro cessante del danneggiato sia commisurabile al 10% del detto importo);

b) anche per il c.d. danno curricolare il creditore deve offrire una prova puntuale del nocumento che asserisce di aver subito (il mancato arricchimento del proprio curriculum professionale), quantificandolo in una misura percentuale specifica applicata sulla somme liquidata a titolo di lucro cessante;

i) il mancato utile spetta nella misura integrale, in caso di annullamento dell'aggiudicazione impugnata e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, solo se questo dimostri di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa. In difetto di tale dimostrazione, può presumersi che l'impresa abbia riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori ovvero che avrebbe potuto riutilizzare, usando l'ordinaria diligenza dovuta al fine di non concorrere all'aggravamento del danno, a titolo di aliunde perceptum vel percipiendum;

j) tale ripartizione dell'onere probatorio in materia di aliunde perceptum ha sollevato in dottrina alcune perplessità, avvalorate dal pacifico orientamento della Corte di cassazione secondo cui, costituendo l'aliunde perceptum vel percipiendum un fatto impeditivo (in tutto o in parte) del diritto al risarcimento del danno, il relativo onere probatorio grava sul datore di lavoro (da ultimo, Cass. sez. lav., 30 maggio 2016 n. 11122).

Se non che, anche a volersi convenire con la ragionevole considerazione che l'aliunde perceptum costituisca un fatto impeditivo del danno, non potrebbe addivenirsi a diversa conclusione rispetto a quella poc'anzi prospettata, segnatamente in relazione al settore degli appalti; e ciò per un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo, non può negarsi che, ai fini della sussistenza dell'aliunde perceptum, possa essere invocato il meccanismo della presunzione (semplice). In forza di tale meccanismo può quindi individuarsi una presunzione in tal senso, a sua volta fondata sull'id quod plerumque accidit, secondo cui l'imprenditore (specie se in forma societaria), in quanto soggetto che esercita professionalmente un'attività economica organizzata finalizzata alla produzione di utili, normalmente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma si procura prestazioni contrattuali alternative dalla cui esecuzione trae utili. Pertanto, in mancanza di prova contraria, che l'impresa che neghi l'aliunde perceptum può fornire anche sulla base dei libri contabili, deve ritenersi che essa abbia comunque impiegato proprie risorse e mezzi in altre attività, dovendosi quindi sottrarre al danno subito per la mancata aggiudicazione l'aliunde perceptum, calcolato in genere in via equitativa e forfettaria. Del resto – e si è al secondo ordine di considerazioni – nell'ambito delle gare d'appalto, tale conclusione risulta avvalorata dalla distinta, concorrente circostanza che, da un lato, non risulta ragionevolmente predicabile la condotta dell'impresa che immobilizza le proprie risorse in attesa dell'aggiudicazione di una commessa, o nell'attesa dell'esito del ricorso giurisdizionale volto ad ottenere l'aggiudicazione, atteso che possono essere molteplici le

evenienze per cui potrebbe risultare non aggiudicataria della commessa stessa (il che corrobora la presunzione); dall'altro che, ai sensi dell'art. 1227, secondo comma, c.c., il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno, sicché il comportamento inerte dell'impresa ben può assumere rilievo in ordine all'aliunde percipiendum. (cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2013, n. 5884; Cons. Stato, sez. V,, 27 marzo 2013, n. 1833; Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2013, n. 3155; Cons. Stato, sez. V,, 8 novembre 2012, n. 5686). Tale orientamento – assolutamente prevalente, sia pure con sfumature diverse in punto di motivazione (tra le varie: Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2014 n. 5531; sez. VI, 15 ottobre 2012 n. 5279)- consente del resto di evitare che la sentenza che vede l'impresa vittoriosa diventi occasione e strumento di ingiusta locupletazione.

Consiglio di Stato, sez. IV, 17 ottobre 2017, n. 4803.

A tale proposito, è utile richiamare i principi elaborati dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 2 del 2017, alla stregua dei quali:

- ai sensi degli artt. 30, 40 e 124, comma 1, c.p.a., il danneggiato deve offrire la prova dell'an e del quantum del danno che assume di aver sofferto;*
- nel caso di mancata aggiudicazione il risarcimento del 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 all'impresa danneggiata offrire la prova 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.);*
- 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;*
- le parti non possono sottrarsi all'onere probatorio e rimettere l'accertamento dei propri diritti all'attività del consulente tecnico d'ufficio neppure nel caso di consulenza cosiddetta "percipiente", che può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova, demandandosi al consulente l'accertamento di determinate situazioni di fatto, giacché, anche in siffatta ipotesi, è necessario che le parti stesse deducano quantomeno i fatti e gli elementi specifici posti a fondamento di tali diritti;*

- la prova in ordine alla quantificazione del danno può essere raggiunta anche mediante presunzioni (sulla base della regola della inferenza “probabilistica” e non “necessaria”);
- va esclusa la pretesa di ottenere l'equivalente del 10% dell'importo a base d'asta, sia perché detto criterio esula storicamente dalla materia risarcitoria, sia perché non può essere oggetto di applicazione automatica ed indifferenziata;
- anche per il c.d. danno curricolare il creditore deve offrire una prova puntuale del nocumento che asserisce di aver subito (il mancato arricchimento del proprio curriculum professionale), quantificandolo in una misura percentuale specifica applicata sulla somme liquidata a titolo di lucro cessante;
- il mancato utile spetta nella misura integrale, in caso di annullamento dell'aggiudicazione impugnata e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, solo se questo dimostri di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa.

6.2.— L'applicazione di tali principi al caso di specie conduce alle seguenti conclusioni:

a) va esclusa la possibilità di riconoscere, automaticamente e forfettariamente, a titolo di lucro cessante una somma corrispondente al 10% dell'importo dei lavori;

b) non è stata fornita la prova del c.d. danno curricolare;

c) sussistono i presupposti per applicare la detrazione relativa al c.d. aliunde perceptum. Rileva, a tal fine, la considerazione: «secondo cui l'imprenditore (specie se in forma societaria), in quanto soggetto che esercita professionalmente un'attività economica organizzata finalizzata alla produzione di utili, normalmente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma si procura prestazioni contrattuali alternative dalla cui esecuzione trae utili. Pertanto, in mancanza di prova contraria, che l'impresa che neghi l'aliunde perceptum può fornire anche sulla base dei libri contabili, deve ritenersi che essa abbia comunque impiegato proprie risorse e mezzi in altre attività, dovendosi quindi sottrarre al danno subito per la mancata aggiudicazione l'aliunde perceptum, calcolato in genere in via equitativa e forfettaria. Del resto - e si è al secondo ordine di considerazioni - nell'ambito delle gare d'appalto, tale conclusione risulta avvalorata dalla distinta, concorrente circostanza che, da un lato, non risulta ragionevolmente predicabile la condotta dell'impresa che immobilizza le proprie risorse in attesa dell'aggiudicazione di una commessa, o nell'attesa dell'esito del ricorso giurisdizionale volto ad ottenere l'aggiudicazione, atteso che possono essere molteplici le evenienze per cui potrebbe risultare non aggiudicataria della commessa stessa (il che corrobora la presunzione); dall'altro che, ai sensi dell'art. 1227, secondo comma, c.c., il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno, sicché il comportamento inerte dell'impresa ben può

assumere rilievo in ordine all'aliunde percipiendum». (cfr. Adunanza Plenaria n. 2 del 2017).

6.3.— In definitiva, esclusa la possibilità di applicare la percentuale del 10%, e riconosciuta la particolare difficoltà di fornire una prova puntuale del relativo importo, tale utile non può che essere determinato in via equitativa (art. 2056 c.c.) nella misura del cinque per cento del valore dell'appalto (determinato in ragione del ribasso offerto in gara dall'avente diritto), da cui va però detratto un ulteriore 2% per cento, in quanto deve presumersi che l'impresa abbia riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori ovvero che avrebbe potuto riutilizzare, usando l'ordinaria diligenza dovuta al fine di non concorrere all'aggravamento del danno.”

7.4. Sul risarcimento della chance²⁵

Consiglio di Stato, a.p., ordinanza 11 maggio 2018, n. 7.

2. Ritiene l'Adunanza plenaria che la questione ad essa deferita dalla Quinta Sezione con la sentenza non definitiva n. 118/2018 non possa essere utilmente esaminata nell'ambito della presente controversia, ravvisandosi dunque l'opportunità di restituire gli atti alla Sezione, ai sensi dell'art. 99, comma 1, ultimo periodo, Cod. proc. amm. [aggiunto dall'art. 1, comma 1, lettera o), d.lgs. n. 160/2012].

2.1. Assume, al riguardo, rilievo significativo il fatto che la questione rimessa all'Adunanza plenaria – quella, cioè, dell'opzione, tra “teoria ontologica” e “teoria eziologica” – non sembra aver riferimento soltanto al problema dell'astratta risarcibilità della chance, ma implica rilevanti conseguenze in ordine alla qualificazione della natura giuridica della figura, all'identificazione degli elementi costitutivi della fattispecie, all'accertamento dell'ingiustizia del danno e del nesso di causalità, all'accertamento probatorio ed al grado di certezza con esso richiesto, alla determinazione della consistenza della situazione soggettiva vantata nei confronti del debitore, agli eventuali criteri di liquidazione del danno.

Ora, come risulta palese dalla lettura della sentenza non definitiva a cui accede l'ordinanza di remissione, la Quinta Sezione sembrerebbe essersi già pronunciata su diversi dei profili sopra cennati, quali la sussistenza del nesso di causalità tra il comportamento

²⁵Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2014, n. 1672, Pres. Pajno – Est. Saltelli; Cons. Stato, sez. IV, 12 febbraio 2014, n. 674, Pres. Giaccardi – Est. Forlenza; Cons. Stato, sez. IV, 12 febbraio 2014, n. 674, Pres. Giaccardi – Est. Forlenza;

dell'amministrazione – l'affidamento del contratto senza gara – e la perdita di chance, l'esistenza e la consistenza, anche ai fini risarcitori, della chance di aggiudicazione e le connesse valutazioni legate al profilo probatorio. Potrebbero, in tal modo, essere stati toccati profili attinenti, in ultima analisi, alla determinazione stessa della natura giuridica della perdita di chance, nonché al danno risarcibile.

In particolare, la fissazione con sentenza della consistenza della chance di aggiudicazione mediante gara di Fastweb nella misura del 20%, da una parte potrebbe far ritenere in qualche modo già effettuata, implicitamente, una opzione per uno dei metodi – ontologico o eziologico – utilizzati dalla giurisprudenza e, dall'altra, potrebbe porre un problema di coerenza tra l'affermazione, nei sensi sopra esposti, della consistenza della chance e la questione della risarcibilità della medesima, apparendo i due profili, sopra indicati, strettamente correlati.

Consiglio di Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 118.

VI – La risarcibilità della chance. Deferimento della questione all'Adunanza plenaria.

VI.1. Accertata dunque la consistenza della chance di aggiudicazione mediante gara vantata da Fastweb nella misura del 20%, derivante dall'esistenza di cinque operatori qualificati nel mercato dei servizi di comunicazione elettronica per le pubbliche amministrazioni, va ora esaminata l'ulteriore questione, oggetto del secondo motivo dell'appello principale, relativa all'astratta risarcibilità di tale posizione giuridica.

VI.2. Sul punto la Sezione registra un contrasto di giurisprudenza che impone ai sensi dell'art. 99, comma 1, Cod. proc. amm. il deferimento all'Adunanza plenaria.

VI.3. In senso contrario all'accoglimento della domanda risarcitoria proposta nel presente giudizio si registrano alcune pronunce di questo Consiglio di Stato in cui il risarcimento della chance è condizionato dalla prova di un rilevante grado di probabilità di conseguire il bene della vita negato dall'amministrazione per effetto di atti illegittimi.

Tra le numerose si segnalano:

- Cons. Stato, IV, 20 luglio 2017, n. 3757, resa in una fattispecie in cui un ufficiale di un'amministrazione militare vistosi illegittimamente sopravanzato in una procedura di avanzamento aveva chiesto il ristoro degli emolumenti che avrebbe potuto percepire per incarichi connessi al superiore grado negatogli, tuttavia non ritenuti probabili e pertanto non ristorati;

- Cons. Stato, VI, 5 marzo 2015, n. 1099, in un caso analogo, in cui era rivendicato il danno da ritardata assunzione ad un impiego pubblico e in cui si era tra l'altro dedotta per effetto di ciò la perdita di incarichi remunerati;

- Cons. Stato, V, 25 febbraio 2016, n. 762, relativa ad un concorso ad un pubblico

impiego non preceduto da pubblicità sulla Gazzetta ufficiale, in cui è stato negato il risarcimento a causa dell'impossibilità di dimostrare l'esito della selezione a sé favorevole, laddove sostenuta;

- Cons. Stato, V, 22 settembre 2015, n. 4431, concernente una domanda di risarcimento dei danni da mancata aggiudicazione di un'impresa illegittimamente esclusa da una procedura di affidamento e autrice del maggior ribasso percentuale oltre la soglia di anomalia automaticamente determinata, in relazione alla quale si è affermato che residuava il potere discrezionale della stazione appaltante di valutare le giustificazioni dalla stessa fornite circa il ribasso offerto;

- Cons. Stato, V, 7 giugno 2017, n. 2740, che del pari ha negato il risarcimento del danno da mancata aggiudicazione ad un'impresa concorrente ad una procedura di affidamento da essa illegittimamente esclusa, a causa dell'assenza di prova in ordine alla probabilità di ottenere tale aggiudicazione.

VI.3. Maggiormente pertinente al caso di specie è la sentenza di questo Consiglio di Stato, III, 9 febbraio 2016, n. 559, che ha negato il risarcimento della chance di aggiudicazione ad un operatore economico che aveva impugnato un affidamento senza gara ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006.

La fattispecie decisa in quest'ultima pronuncia appare pertinente al caso oggetto del presente giudizio.

A questo riguardo, dopo avere ricordato che in linea generale il risarcimento della chance di aggiudicazione presuppone che l'impresa vistesse illegittimamente privata di questo bene riesca a dimostrare «che la sua offerta sarebbe stata selezionata come la migliore e che, quindi, l'appalto sarebbe stato ad essa aggiudicato, con un elevato grado di probabilità», detta sentenza ha nello specifico statuito che in caso di affidamento diretto di un appalto senza gara la tutela conseguibile per l'operatore del settore è quella in forma specifica consistente nella reintegrazione di tale chance per effetto della pronuncia di annullamento degli atti impugnati e nel conseguente «effetto conformativo che impone all'Amministrazione di bandire una procedura aperta per l'affidamento dell'appalto». Nella diversa ipotesi in cui ciò non sia possibile, il ristoro per equivalente della chance di aggiudicazione resta precluso «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».

VI.4. Nella medesima linea si colloca un precedente di questa V Sezione, costituito dalla

sentenza 1° ottobre 2015, n. 4592.

Anche nella fattispecie decisa in quest'ultima pronuncia un'impresa aveva chiesto il risarcimento dei danni conseguenti alla mancata indicazione di una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento di un contratto, alla quale la stessa avrebbe potuto concorrere quale operatore del settore economico. Quindi, nell'escludere qualsiasi ristoro, la sentenza ha attribuito rilevanza decisiva alla circostanza che non era stata fornita la prova di una probabilità di aggiudicazione «almeno pari al 50 per cento», in un mercato contraddistinto dalla presenza di almeno tre potenziali competitori.

Sul punto si è evidenziato che in caso di chance correlata ad una probabilità inferiore «diventerebbero risarcibili anche mere possibilità di successo, statisticamente non significative».

VI.5. Per contro, altre decisioni di questo Consiglio di Stato hanno riconosciuto in circostanze analoghe, di mancata indicazione della gara, 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 soggetto è portatore deve essere ristorata nella sua obiettiva consistenza, a prescindere dalla verifica probabilistica in ordine all'ipotetico esito della gara.

Si collocano in questo indirizzo le seguenti sentenze:

- Cons. Stato, V, 2 novembre 2011, n. 5837, in cui si è affermato che la chance si sostanzia «nella mancata possibilità per la ricorrente di partecipare ad una gara per l'affidamento della commessa in questione»;

- Cons. Stato, V, 8 aprile 2014, n. 1672, relativa ad un caso di mancata apertura delle buste in seduta pubblica, e che ha qualificato chance non come «perdita di un risultato utile sicuro» ma come «il semplice venire meno di un'apprezzabile possibilità di conseguirlo, in particolare per essere stato l'interessato privato della stessa possibilità concreta di aggiudicarsi un appalto»;

- Cons. Stato, V, 1° agosto 2016, n. 3450, che ha affermato che «la dimostrazione della rilevante probabilità di aggiudicazione non è concretamente esigibile in caso di selezione comparativa non svolta», ed ha pertanto confermato il risarcimento già riconosciuto in primo grado, sulla base della teoria della «c.d. chance ontologica», consistente nell'aspettativa giuridica «già presente nel patrimonio dell'impresa danneggiata», correlata al «rispetto degli obblighi di evidenza pubblica e/ o concorsualità imposti dalla legislazione in materia di contratti pubblici».

VI.6. Il contrasto di giurisprudenza si pone dunque tra pronunce aderenti alla teoria

della chance ontologica e quelle che invece optano per la chance eziologica.

Come evidenzia il Ministero dell'interno, la discriminante tra le due opposte configurazioni si incentra sul rilievo da attribuire alle possibilità di conseguire il bene della vita illegittimamente privato dall'amministrazione ed 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 altri termini, nell'ambito della dicotomia dei danni risarcibili ex art. 1223 Cod. civ., 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 invece 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.

VI.7. Applicate tali coordinate al caso di specie, l'accoglimento di quest'ultima teoria comporterebbe il rigetto della domanda risarcitoria proposta nel presente giudizio da Fastweb. Per contro, l'adesione alla prima non esclude il ristoro per equivalente in questione.

Per queste ragioni va dunque disposto il deferimento in sede nomofilattica ai sensi del sopra citato art. 99, comma 1, Cod. proc. amm., cosicché restano riservate le ulteriori questioni sollevate dal Ministero dell'interno con il quarto motivo dell'appello principale e le contrapposte censure nei confronti della sentenza di primo grado dedotte da Fastweb mediante appello incidentale.

VI.8. Peraltro, allo scopo di esporre all'Adunanza plenaria un quadro esauriente della questione ad che viene deferita, pare da sottolineare che gli scritti difensivi Fastweb mettono in evidenza i rischi che l'accoglimento della nozione di chance in termini eziologici potrebbe rendere non effettivo il risarcimento e dunque sarebbe soluzione non conforme ai principi eurounitari in materia.

A questo specifico riguardo, l'originaria ricorrente sottolinea che in un mercato caratterizzato dalla presenza di più di due operatori l'amministrazione potrebbe sottrarsi all'obbligo di affidare contratti mediante procedure ad evidenza pubblica semplicemente pubblicando un avviso volontario per la trasparenza preventiva, e così sottrarsi ai possibili obblighi risarcitori consequenziali.

Dall'altro lato va invece rappresentato il rischio che venga snaturata la tipica funzione reintegratrice del rimedio del risarcimento del danno – che il sopra citato art. 124, comma 1, secondo periodo, Cod. proc. amm. sembra avere fatto propria, attraverso il richiamo al

danno «subito e provato» - e siano riconosciuti danni non correlati ad una effettiva lesione della sfera giuridica soggettiva, ovvero danni di carattere punitivo (la cui compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano è stata peraltro sancita di recente dalla Cassazione, SS.UU., sentenza 5 luglio 2017, n. 16601).

Consiglio di Stato, sez. V , 11 luglio 2018 , n. 4225.

Premesso che, in materia, grava sul danneggiato l'onere di provare gli elementi costitutivi della domanda di risarcimento del danno, compresa la perdita di chance, (ex multis, Cons. Stato, V, 21 giugno 2017, n. 3052), ritiene il Collegio che l'argomento non sia fondato. Va al riguardo confermato l'orientamento – da ultimo espresso da Cons. Stato, IV, 16 maggio 2018, n. 2907 – a mente del quale il riconoscimento del danno da perdita di chance presuppone “una rilevante probabilità del risultato utile” frustrata dall'agire illegittimo dell'amministrazione, non identificabile nella perdita della semplice possibilità di conseguire il risultato sperato, bensì nella perdita attuale di un esito favorevole, anche solo probabile, se non addirittura – secondo più restrittivi indirizzi – la prova certa di una probabilità di successo almeno pari al cinquanta per cento o quella che l'interessato si sarebbe effettivamente aggiudicato il bene della vita cui aspirava.

Invero, in materia di responsabilità civile dell'amministrazione occorre distinguere fra probabilità di riuscita, che va considerata quale chance risarcibile e mera possibilità di conseguire l'utilità sperata, da ritenersi chance irrisarcibile; il risarcimento del danno da perdita di chance richiede dunque l'accertamento di indefettibili presupposti di certezza dello stesso danno, dovendo viceversa escludersi tale risarcimento nel caso in cui l'atto, ancorché illegittimo, abbia determinato solo la perdita di una mera ed ipotetica eventualità di conseguimento del bene della vita (ex multis, Cons. Stato, V, 7 giugno 2017, n. 2740). Il risarcimento del danno da perdita di chance (ex multis, Cons. Stato, V, 26 aprile 2018, n. 2527) esprime uno schema di reintegrazione patrimoniale riguardo un bene della vita connesso ad una situazione soggettiva che, quando è sostitutiva di una reintegrazione in forma specifica come nei contratti pubblici, poggia sul fatto che un operatore economico che partecipa ammissibilmente a una procedura di evidenza pubblica, per ciò solo, è stimabile come portatore di un'astratta e potenziale chance di aggiudicarsi il contratto (così come chiunque, in generale, partecipi ad una procedura comparativa per la possibilità di conseguire il bene o l'utilità messi a concorso). La chance iniziale e virtuale, che muove dall'essere in potenza la medesima per tutti i concorrenti, varia poi nel concretizzarsi e diviene misurabile in termini: non trattandosi di competizione di azzardo ma di contesa professionale in cui occorre mostrare titoli e capacità, diviene effettiva e aumenta o diminuisce nel corso della procedura fino a concentrarsi nella dimensione più elevata in capo

all'operatore primo classificato al momento della formulazione della graduatoria finale, sfumando progressivamente in capo agli altri.

Perciò se, nel corso della procedura, condotte illegittime dell'amministrazione contrastano la normale affermazione della chance di aggiudicazione, viene leso l'interesse legittimo dell'operatore economico e – se è precluso anche il bene della vita cui l'interesse è orientato – è lui dovuto il risarcimento del danno nella misura stimabile della sua chance perduta (altra cosa è la questione della concezione, ontologica o eziologica della chance, sulla quale di recente questa Sezione, con sentenza 11 gennaio 2018, n. 118, ha devoluto la questione all'Adunanza plenaria; ma sulla chance come entità patrimoniale a sé, v. Cons. Stato, VI, 21 luglio 2016, n. 3304; V, 22 settembre 2015, n. 4431; V, 30 giugno 2015, n. 3249; IV, 20 gennaio 2015, n. 131; V, 17 giugno 2014, n. 3082 e a partire da Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2002, n. 686).

La tecnica risarcitoria della chance impone un ulteriore necessario passaggio: posto che l'illegittima condotta dell'amministrazione ha determinato un danno risarcibile nei termini indicati, per la sua quantificazione occorre definire la misura percentuale che nella situazione data presentava per l'interessato la probabilità di aggiudicazione – la chance appunto – tenendo conto della fase della procedura in cui è stato adottato l'atto illegittimo e come poi si sarebbe evoluta.

Si tratta di passaggio necessario: per la giurisprudenza l'operatore può beneficiare del risarcimento per equivalente solo se la sua chance di aggiudicazione ha effettivamente raggiunto un' apprezzabile consistenza, di solito indicata dalle formule “probabilità seria e concreta” o anche “significativa probabilità” di aggiudicazione del contratto. Al di sotto di tale livello, dove c'è la “mera possibilità” di aggiudicazione, vi è solo un ipotetico danno comunque non meritevole di reintegrazione, poiché in pratica nemmeno distinguibile dalla lesione di una mera aspettativa di fatto (cfr., in tema di pubblici concorsi, Cons. Stato, III, 27 novembre 2017, n. 5559, nonché Cass., lav., 25 agosto 2017, n. 20408; in tema di contratti pubblici, Cons. Stato, V, 7 giugno 2017, n. 2740; VI, 4 settembre 2015, n. 4115; 5 marzo 2015, n. 1099; VI, 20 ottobre 2010, n. 7593).

In questa direzione, la quantificazione percentuale della figurata lesione della chance identifica la dimensione effettiva di un lucro cessante; del resto, l'operatore che partecipa alla gara non è titolare attuale di un elemento patrimoniale che viene leso dall'attività amministrativa, ma di una situazione soggettiva strumentale al conseguimento di un'utilità futura.

L'utilità futura – l'essere parte del contratto e il trarne il legittimo lucro - è il bene della vita che gli è negato dall'azione illegittima dell'amministrazione. La chance vi rapporta in termini probabilistici le circostanze concrete, allegare e provare, che rilevano per definire, nei

limiti del presumibile, la reale probabilità che aveva l'operatore economico di essere prescelto e così di conseguire quell'utilità: in una ricostruzione "dinamica" dell'evolversi della vicenda e non "statica" (cfr. Cons. Stato, V, 8 ottobre 2014, n. 5008; 17 luglio 2014, n. 3774).

Consiglio di Stato, V , 18 giugno 2018 , n. 3733.

13.5. Con sentenza di questa Sezione V, 26 aprile 2018, n. 2527, il Consiglio di Stato ha definito i termini entro i quali la c.d. perdita di chance è ammessa a risarcimento, Ivi si afferma: "18.3. La tecnica risarcitoria della chance impone un ulteriore necessario passaggio: posto che l'illegittima condotta dell'amministrazione ha qui determinato un danno risarcibile nei termini indicati, per la sua quantificazione occorre definire la misura percentuale che nella situazione data presentava per l'interessato la probabilità di aggiudicazione - la chance appunto - tenendo conto della fase della procedura in cui è stato adottato l'atto illegittimo e come poi si sarebbe evoluta. 18.4. Si tratta di passaggio necessario: per la giurisprudenza l'operatore può beneficiare del risarcimento per equivalente solo se la sua chance di aggiudicazione ha effettivamente raggiunto un'apprezzabile consistenza, di solito indicata dalle formule "probabilità seria e concreta" o anche "elevata probabilità" di aggiudicazione del contratto. Al di sotto di tale livello, dove c'è la "mera possibilità" di aggiudicazione, vi è solo un ipotetico danno comunque non meritevole di reintegrazione poiché in pratica nemmeno distinguibile dalla lesione di una mera aspettativa di fatto (cfr., in tema di pubblici concorsi, Cons. Stato, III, 27 novembre 2017, n. 5559, nonché Cass., lav., 25 agosto 2017, n. 20408; in tema di contratti pubblici, Cons. Stato, V, 7 giugno 2017, n. 2740; VI, 4 settembre 2015, n. 4115; 5 marzo 2015, n. 1099; VI, 20 ottobre 2010, n. 7593)".

Consiglio di Stato, sez. V, 7 giugno 2017, n.2740.

La sentenza appellata, ritiene il Collegio, va riformata nella parte in cui ha accolto la domanda di risarcimento avanzata dalla ricorrente De Fr., con riferimento al "danno da perdita di chance".

Invero la gravata sentenza si è correttamente richiamata alla giurisprudenza prevalente, che riscontra tale danno risarcibile "nella lesione della concreta occasione favorevole di conseguire un determinato bene, occasione che non è mera aspettativa di fatto, ma entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione che può essere in concreto ravvisato e risarcito (ove ne ricorrano i presupposti anche in via equitativa), solo con specifico riguardo al grado di probabilità che in concreto il richiedente avrebbe avuto di conseguire il bene della vita e, cioè, in ragione della maggiore o minore probabilità dell'occasione perduta" (Cons. Stato, V, n. 3249/2015; IV, n.

131 del 2015; V, n. 3082 del 2014; V, n. 2195 del 2014; Cass., n. 20351 del 2010 e n. 21255 del 2013)". E ugualmente condivisibile appare la sentenza laddove ricorda che "l'impresa che chiede il risarcimento ha l'onere di provare gli elementi atti a dimostrare, pur se solo in modo presuntivo e basato sul calcolo delle probabilità, la possibilità concreta che avrebbe avuto di conseguire il risultato sperato"; e che occorre una probabilità di successo almeno pari al 50%, poiché, in caso contrario, diventerebbero risarcibili anche mere possibilità di successo, statisticamente non significative.

Da queste corrette premesse, tuttavia l'appellata sentenza si è discostata ove ha ritenuto che pretendere dalla ricorrente la prova di una siffatta probabilità di successo sarebbe probatio diabolica, che tale valutazione spetterebbe alla commissione giudicatrice cui il giudice amministrativo non può sostituirsi in via surrogatoria e che comunque, dovendosi riconoscere alla ricorrente una effettiva perdita di chance, il quantum del danno poteva essere determinato in via equitativa assumendo a punto di riferimento l'ammontare pattuito con l'aggiudicataria o l'offerta economica proposta dalla ricorrente, se inferiore.

Al riguardo, ritiene il Collegio di non discostarsi dalla propria giurisprudenza, secondo la quale occorre distinguere fra "probabilità di riuscita, che va considerata quale "chance risarcibile" e mera possibilità di conseguire l'utilità sperata, da ritenersi "chance irrisarcibile" (Consiglio di Stato, sez. IV, 23 giugno 2015, n. 3147). Il risarcimento del danno da perdita di chance richiede infatti l'accertamento di indefettibili presupposti di certezza dello stesso danno, dovendo viceversa escludersi tale risarcimento nel caso in cui l'atto, ancorché illegittimo, abbia determinato solo la perdita di una "eventualità" di conseguimento del bene della vita" (Cons. Stato, IV, 20 gennaio 2015, n. 131; sez. V, 22 settembre 2015, n. 4431).

"Nel caso di esclusione dalla gara, al fine di ottenere il risarcimento del danno da perdita di chance, occorre fornire prova certa in ordine alla circostanza che l'offerta del concorrente illegittimamente escluso sarebbe stata quella che avrebbe comportato l'attribuzione dell'aggiudicazione al concorrente medesimo, di modo che questi si vede privato sia del "lucro", derivante dall'esecuzione del contratto, sia dell'acquisizione di un elemento curriculare positivo" (Cons. Stato, IV, 20 gennaio 2016, n. 131).

Consiglio di Stato, V, 1 agosto 2016, n. 3450.

Non sono fondati nemmeno i rilievi del Comune secondo cui il risarcimento non spetterebbe perché il ricorrente non avrebbe dato prova che in caso di consultazione degli operatori del settore la sua offerta sarebbe stata la migliore.

Sebbene questa regola sia affermata ripetutamente presso la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (da ultimo: Sez. IV, 21 settembre 2015, n. 4375; Sez. V, 25 febbraio

2016, n. 762, 21 settembre 2015, n. 4431, 30 giugno 2015 n. 3249), la stessa non può essere applicata al caso di specie, per la decisiva considerazione che la dimostrazione della rilevante probabilità di aggiudicazione non è concretamente esigibile in caso di selezione comparativa non svolta.

Nel caso di specie deve quindi essere riconosciuta in questi casi la c.d. chance ontologica, consistente in un'aspettativa già presente nel patrimonio dell'impresa danneggiata, insita nel rispetto degli obblighi di evidenza pubblica e/o concorsualità imposti dalla legislazione in materia di contratti pubblici, di cui la stessa non ha potuto giovare a causa dell'illegittimità dell'operato dell'amministrazione che ad essi ha derogato in assenza delle rigorose condizioni al ricorrere delle quali essa l'eccezione è invece consentita.

Consiglio di Stato, sez. IV, 9 febbraio 2016, n. 559

La risarcibilità del danno da perdita di chance è stata riconosciuta nelle sole ipotesi in cui l'illegittimità dell'atto ha provocato, in via diretta, una lesione della concreta occasione di conseguire un determinato bene e quest'ultima presenti un rilevante grado di probabilità (se non di certezza) di ottenere l'utilità sperata (Cons. St., sez. V, 1° ottobre 2015, n.4592). E' stato, inoltre, chiarito, che, nelle pubbliche gare, il predetto diritto risarcitorio spetta solo se l'impresa illegittimamente pretermessa dall'aggiudicazione illegittima riesca a dimostrare, con il dovuto rigore, che la sua offerta sarebbe stata selezionata come la migliore e che, quindi, l'appalto sarebbe stato ad essa aggiudicato, con un elevato grado di probabilità (Cons. St., sez. V, 22 settembre 2015, n.4431).

Il danneggiato risulta, perciò, gravato dell'onere di provare l'esistenza di un nesso causale tra l'adozione o l'esecuzione del provvedimento amministrativo illegittimo e la perdita dell'occasione concreta di conseguire un determinato bene della vita (Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2015, n.4115), con la conseguenza che il danno in questione può essere risarcito solo quando sia collegato alla dimostrazione della probabilità del conseguimento del vantaggio sperato, e non anche quando le chance di ottenere l'utilità perduta restano nel novero della mera possibilità (Cons. St., sez. IV, 23 giugno 2015, n.3147).

Mentre, infatti, nel primo caso (probabilità di conseguimento del bene della vita) appare ravvisabile un nesso causale, da valersi quale indefettibile elemento costitutivo dell'illecito aquiliano, tra condotta antigiuridica e danno risarcibile, nella seconda ipotesi (mera possibilità di conseguimento del vantaggio perduto) risulta interrotta proprio la sequenza causale tra l'atto illegittimo e la perdita patrimoniale rivendicata dal danneggiato.

Nel caso, in cui, quest'ultimo non riesca a dimostrare che, senza l'adozione dell'atto illegittimo, avrebbe certamente (o molto probabilmente) conseguito il vantaggio che, invece, l'attività provvedimentale lesiva gli ha impedito di ottenere, non appare ravvisabile alcuna

perdita patrimoniale eziologicamente riconducibile all'atto invalido, nelle forme del lucro cessante e, cioè, nella perdita di un'occasione concreta e molto probabile di accrescimento del patrimonio del danneggiato.

7.5. Sulla responsabilità precontrattuale della P.A.²⁶

A.P. 5/2018.

Con l'ordinanza collegiale 24 novembre 2017, n. 515, la Terza Sezione ha rimesso all'Adunanza plenaria i seguenti quesiti:

“1. 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;

2. 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”.(...)

Nel mutato quadro costituzionale, è affermazione largamente condivisa quella secondo cui il dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede rappresenta una manifestazione del più generale dovere di solidarietà sociale che trova il suo principale fondamento nell'articolo 2 della Costituzione (cfr., ex multis, Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188).(…)

In particolare, come la giurisprudenza civile ha in più occasioni avuto modo di evidenziare, il dovere di correttezza (nella sue proteiformi manifestazioni concrete) è, nella maggior parte dei casi, strumentale alla tutela della libertà di autodeterminazione negoziale, cioè di quel diritto (espressione a sua volta del principio costituzionale che tutela la libertà di iniziativa economica) di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali, senza subire interferenza illecite derivante da condotte di terzi connotate da slealtà e scorrettezza.(…)

²⁶Cons. Stato, sez. IV, 20 febbraio 2014, n. 790, Pres. Virgilio – Est. De Felice, Cons. Stato, sez.

VI, 1 febbraio 2013, n. 633, Pres. Severini – Est. Giovagnoli

27. Quello che, invece, preme sottolineare è che, a giudizio di questa Adunanza Plenaria, l'attuale portata del dovere di correttezza è oggi tale da prescindere dall'esistenza di una formale "trattativa" e, a maggior ragione, dall'ulteriore requisito che tale trattativa abbia raggiunto un livello così avanzato da generare una fondata aspettativa in ordine alla conclusione del contratto.

Ciò che il dovere di correttezza mira a tutelare non è, infatti, la conclusione del contratto, ma la libertà di autodeterminazione negoziale: tant'è che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, il relativo danno risarcibile non è mai commisurato alle utilità che sarebbero derivate dal contratto sfumato, ma al c.d. interesse negativo (l'interesse appunto a non subire indebite interferenze nell'esercizio della libertà negoziale) o, eventualmente, in casi particolari, al c.d. interesse positivo virtuale (la differenza tra l'utilità economica ricavabile dal contratto effettivamente concluso e il diverso più e più vantaggioso contratto che sarebbe stato concluso in assenza dell'altrui scorrettezza).

(...)

Questo progressivo ampliamento del dovere di correttezza (anche a prescindere dall'esistenza di una trattativa precontrattuale in senso stretto) ha trovato riscontro anche rispetto all'attività autoritativa della pubblica amministrazione sottoposta al regime del procedimento amministrativo, quando a dolersi della scorrettezza è proprio il privato che partecipa al procedimento.

La giurisprudenza, sia civile che amministrativa, ha, infatti, 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.

(...)

Da qui l'ordinaria possibilità che una responsabilità da comportamento scorretto sussista nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo che conclude il procedimento.(...)

Nell'ambito del procedimento amministrativo (e del procedimento di evidenza pubblica in particolare) regole pubblicistiche e regole privatistiche non operano, dunque, in sequenza temporale (prime le une e poi le altre o anche le altre). Operano, al contrario, in maniera

contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso di rispettiva violazione.

Le regole di diritto pubblico hanno ad oggetto il provvedimento (l'esercizio diretto ed immediato del potere) e la loro violazione determina, di regola, l'invalidità del provvedimento adottato. Al contrario, le regole di diritto privato hanno ad oggetto il comportamento (collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del potere) complessivamente tenuto dalla stazione appaltante nel corso della gara. La loro violazione non dà vita ad invalidità provvedimento, ma a responsabilità. Non diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la P.A. le regole di correttezza e buona fede non sono regole di validità (del provvedimento), ma regole di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto).(...)

Alla luce delle considerazioni che precedono, l'Adunanza plenaria enuncia i seguenti principi di diritto:

1. Anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza.

2. Nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dell'aggiudicazione, nell'ambito in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento.

3. La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione può 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 doveri di correttezza e buona fede.

4. Affinché nasca la responsabilità dell'amministrazione non è sufficiente che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva (ovvero che egli abbia maturato un affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose), ma occorrono gli ulteriori seguenti presupposti: a) che l'affidamento incolpevole risulti leso da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente

contraria ai doveri di correttezza e di lealtà; b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo; c) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità fra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all'amministrazione.

Cons. Stato, sez. V, 2 maggio 2017, n.1979.

Il comportamento di una P.A. che, dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva ha ommesso di addivenire, senza offrire alcuna plausibile giustificazione, alla stipula del relativo contratto, integra un comportamento contrario ai generali doveri di correttezza e buona fede che, come riconosciuto da Giurisprudenza oramai pacifica, trovano applicazione, nonostante la loro derivazione privatistica (cfr art.1337 c.c.) anche nell'ambito del procedimento amministrativo, a maggior ragione se si tratta di un procedimento ad evidenza pubblica finalizzato alla stipula di un contratto. La responsabilità in esame è una responsabilità da comportamento (amministrativo) scorretto, non da provvedimento illegittimo: essa nasce dalla violazione di norme (come si è detto di derivazione privatistica) che hanno ad oggetto il comportamento della Pubblica Amministrazione, non l'invalidità del provvedimento. La responsabilità precontrattuale, pertanto, sussiste anche a prescindere dall'invalidità provvedimento, perché il danno che il privato lamenta non discende dal provvedimento ma dal comportamento tenuto dall'Amministrazione.