

RASSEGNA MONOTEMATICA DI GIURISPRUDENZA

Il risarcimento del danno in materia di appalti pubblici

(aggiornata al 10 maggio 2014)

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’ar. 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.

7.6. Sulla risarcibilità del danno in caso di legittimo esercizio del potere di autotutela

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, quelle 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 percepinedum* nel caso in cui l'impresa che avrebbe dovuto 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 rilevanza alla 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 stato, di recente, ritenuto manifestamente infondato da **Cons. Stato, sez. V, n. 1672 del 2014**. Ciò sulla 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 conforme al primo, si è ritenuto che gli stessi invocati principi di uguaglianza sostanziale e di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa non ostano di per sé 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 (**Cons. Stato, sez. V, n. 933 del 2013**) 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 pubblici.

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 2 d. lgs. 163 / 06).

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'amministrazione (**Cons. Stato, sez. V, n. 2195 del 2014**).

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

Con riferimento alla quantificazione del danno, la giurisprudenza prevalente esclude che il lucro cessante da mancata aggiudicazione possa essere quantificato utilizzando il criterio di liquidazione forfettaria imperniato sulla formula del 10% del valore dell'appalto. Tale criterio, che si ricollega in un'ultima analisi all'art. 345 l. n. 2248 del 1865, all. F, riguarda in realtà altri istituti, come l'indennizzo dell'appaltatore nel caso di recesso dell'Amministrazione committente, o la determinazione del prezzo a base d'asta. La giurisprudenza ha, inoltre, chiarito che l'utilizzo di tale criterio finirebbe per condurre all'abnorme risultato che il risarcimento dei danni sarebbe per l'imprenditore più favorevole dell'impiego del capitale. Con il che si creerebbe la distorsione per cui il soggetto ricorrente non avrebbe più interesse a provare in modo puntuale il danno subito, perché presumibilmente per tal via otterrebbe meno di quanto la liquidazione forfettaria gli consentirebbe.

A favore del superamento di tale criterio depone l'espressa previsione contenuta nell'art. 124 del Codice del processo amministrativo, a 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".

4. La detrazione “automatica” dell'*aliunde perceptum vel percipiendum* ai sensi dell'ar. 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 dalla quali trarre utili.

Da qui la piena ragionevolezza di una detrazione dal risarcimento del mancato utile, affermata dalla giurisprudenza (in particolare, nella misura del 50%), sia dell'*aliunde perceptum*, sia dell'*aliunde percipiendum* con l'originaria diligenza da ritenere pienamente rispondente ai parametri di risarcimento comunitariamente compatibili, in quanto per il diritto comunitario non si vuole certamente che l'impresa abbia meno interesse a provare in modo puntuale il danno subito quanto al lucro cessante, perché presumibilmente otterrebbe meno di quanto la liquidazione forfetaria gli consentirebbe, con ovvi effetti distorsivi della concorrenza.

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

Particolarmente variegata è la giurisprudenza amministrativa in ordine alla possibilità di riconoscere il risarcimento del danno da perdita di *chance*.

Sul tema della consistenza della *chance* risarcibile si fronteggiano orientamenti giurisprudenziali non univoci. Secondo un primo indirizzo, la *chance* risarcibile si identificherebbe con una probabilità di successo (nella specie, di vedersi aggiudicato l'appalto o di vincere il concorso) almeno superiore al 50%, restando, viceversa irrilevanti possibilità di successo statisticamente meno significative. Un diverso indirizzo, sempre al fine di distinguere la *chance* risarcibile dalla mera eventualità, non ritiene rilevante il dato meramente statistico e probabilistico, ma richiede all'attore la prova della efficienza causale di alcuni elementi della fattispecie concreta rispetto al risultato

favorevole, onerando, ad esempio, il concorrente che abbia partecipato ad un concorso poi annullato per vizi di legittimità della dimostrazione che i titoli da egli posseduti sarebbero stati tali da sopravanzare quelli dei concorrenti.

In tale prospettiva, la determinazione della chance risarcibile non viene a dipendere dai fattori statistici, ma da fattori di tipo eziologico (con la conseguenza che nelle controversie ove la chance si correla all'esito favorevole di una competizione non assume rilevanza il dato statistico del numero dei partecipanti, ma quello contenutistico, dovendo dimostrare l'attore – pur senza dare prova di certezza - che i titoli posseduti o le caratteristiche dell'offerta presentata lo avrebbero messo in condizioni di vincere).

Di particolare interesse è sotto questo profilo una recente sentenza del **T.a.r. Lombardia, Milano (n. 679 del 2014)** che si occupa del tema del risarcimento della chance nel caso di mancata (illegittima) indizione di una gara. Secondo il T.a.r., in caso di mancata indizione di una gara, appare del tutto impraticabile una ricostruzione razionale (ancorché opinabile) di quale sarebbe potuto essere lo scenario qualora l'amministrazione avesse operato nell'ambito della legalità, attesa la impossibilità di conoscere a posteriori le offerte con cui quella del ricorrente avrebbe dovuto confrontarsi.

In tali ipotesi non può quindi in alcun modo essere data la dimostrazione (eziologica) che la negata possibilità di partecipare si sarebbe tradotta in probabilità di vittoria.

Né a tal fine può soccorrere il metodo statistico, non solo per la difficoltà di stabilire a priori quante imprese avrebbero potuto partecipare (che, nel caso di specie, appare superabile), ma anche perché è lo stesso contenuto della posizione soggettiva lesa che ha come suo epicentro la possibilità di concorrere (tutelata prima di tutto a livello comunitario), la cui compromissione rimane uguale a prescindere dal numero dei potenziali concorrenti.

Non è condivisibile l'affermazione secondo cui, in caso di violazione delle norme che impongono l'indizione di una procedura di gara, la lesione dell'interesse alla concorrenza possa rimanere irrilevante sul piano risarcitorio a causa dell'impossibilità di dare la prova (eziologica o statistica) di una probabilità di vittoria. Al contrario, la lesione di una siffatta posizione soggettiva produce ex sé un danno patrimoniale rispetto al quale la chance non opera come fattore delimitativo ai fini della determinazione dell'an, ma solo come possibile criterio di quantificazione del quantum (nell'ambito del quale può assumere rilevanza il dato dei potenziali partecipanti alla gara qualora determinabile).

6. Responsabilità precontrattuale della P.A.

Con riferimento alla responsabilità precontrattuale è prevalente l'orientamento (**Cons. Stato, sez. VI, n. 633 del 2013 e sez. IV, n. 744 del 2014**) 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, ponendole 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 precontrattuali.

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 d. danno curriculare non è risarcibile, perché non attiene all'interesse negativo ma, più propriamente, all'interesse positivo, derivando proprio dalla mancata esecuzione dell'appalto, non dall'inutilità della trattativa.

In senso contrario rispetto a tale prevalente orientamento, sembra, tuttavia, delinearsi un indirizzo minoritario (**Cons. Stato, sez. IV, n. 829 del 2013 e n. 2220 del 2014**) 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"

7. Rassegna di giurisprudenza

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

Cons. Stato, Sez. V, 28 aprile 2014, n. 2195, Pres. Torsello – Est. Poli

La qualificazione del danno da illecito provvedimento rientra nello schema della responsabilità extra contrattuale disciplinata dall'art. 2043 c.c.; conseguentemente, per accedere alla tutela è indispensabile, ancorché non sufficiente, che l'interesse legittimo o il diritto soggettivo sia stato leso da un provvedimento (o da comportamento) illegittimo dell'amministrazione reso nell'esplicazione (o nell'inerzia) di una funzione pubblica e la lesione deve incidere sul bene della vita finale, che funge da sostrato materiale della situazione soggettiva e che non consente di configurare la tutela degli interessi c.d. procedimentali puri, delle mere aspettative, dei ritardi procedimentali, o degli interessi contra ius.

L'onere di provare la presenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito extracontrattuale (condotta, evento, nesso di causalità, antigiuridicità, colpevolezza), grava sulla parte danneggiata che abbia visto riconosciuto l'illegittimo esercizio della funzione pubblica.

La prova dell'esistenza dell'antigiuridicità del danno deve intervenire all'esito di una verifica del caso concreto che faccia concludere per la sua certezza la quale, a sua volta, presuppone: l'esistenza di una posizione giuridica sostanziale; l'esistenza di una lesione che è configurabile (oltre che nell'ovvia evidenza fattuale) anche allorquando vi sia una rilevante probabilità di risultato utile frustrata dall'agire (o dall'inerzia) illegittima della p.a.

Al di fuori del settore degli appalti (governato da autonomi principi sviluppati nel tempo dalla Corte di giustizia UE), in sede di accertamento della colpevolezza nell'esercizio della funzione pubblica, 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'amministrazione.

Ai fini del riscontro del nesso di causalità nell'ambito della responsabilità extra contrattuale da cattivo esercizio della funzione pubblica, si deve muovere dall'applicazione dei principî penalistici, di cui agli art. 40 e 41 c.p., in forza dei quali un evento è da considerare causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo (c.d. teoria della condicio sine qua non); il rigore del principio dell'equivalenza delle cause, posto dall'art. 41 c.p., in base al quale, se la produzione di un evento dannoso è riferibile a più azioni od omissioni, deve riconoscersi ad ognuna di esse efficienza causale, trova il suo temperamento nel principio di causalità efficiente, desumibile dall'art. 41, co. 2, c.p., in base al quale l'evento dannoso deve essere attribuito esclusivamente all'autore della condotta sopravvenuta, solo se questa condotta risulti tale da rendere irrilevanti le altre cause preesistenti, ponendosi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto; al contempo non è sufficiente tale relazione causale per determinare una causalità giuridicamente rilevante, dovendosi, all'interno delle serie causali così determinate, dare rilievo a quelle soltanto che, nel momento in cui si produce l'evento causante non appaiano del tutto inverosimili, ma che si presentino come effetto non del tutto imprevedibile, secondo il principio della c.d. causalità adeguata o quello simile della c.d. regolarità causale; in quest'ottica, all'interno della serie causale, occorre dar rilievo solo a quegli eventi che non appaiano — ad una valutazione ex ante — del tutto inverosimili, ferma restando, peraltro, la diversità del regime probatorio applicabile, in ragione dei differenti valori sottesi ai due processi: nel senso che, nell'accertamento del nesso causale in materia civile (ed amministrativa), vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del «più probabile che non», mentre nel processo penale vige la regola della prova «oltre il ragionevole dubbio; nello stesso ordine di idee, l'esistenza del nesso di causalità tra una condotta illecita ed un evento di danno può essere affermata dal giudice anche soltanto sulla base di una prova che lo renda probabile, a nulla rilevando che tale prova non sia idonea a garantire un'assoluta certezza al di là di ogni ragionevole: infatti, la disomogenea morfologia e la disarmonica funzione del torto civile rispetto al reato impone, nell'analisi della causalità materiale, l'adozione del criterio della probabilità relativa (anche detto criterio del «più probabile che non»), che si delinea in un'analisi specifica e puntuale di tutte le risultanze probatorie del singolo processo, nella loro irripetibile unicità, con la conseguenza che la concorrenza di cause di diversa incidenza probabilistica deve essere attentamente valutata e valorizzata in ragione della specificità del caso concreto, senza potersi fare meccanico e semplicistico ricorso alla regola del «cinquanta per cento plus unum»; ancora, diffusamente e compiutamente indagati i temi della causalità materiale e giuridica, come pure delle regole dettate per l'individuazione del danno risarcibile si è puntualizzato, da un lato, che la categoria della possibilità non costituisce una (terza) regola causale insieme a quella penalistica

dell'alto grado di probabilità logica/conoscenza razionale e a quella civilistica del «più probabile che non», ma individua, puramente e semplicemente, l'oggetto della tutela nella fattispecie della chance: la possibilità, appunto, quale oggetto di tutela (e non quale regola causale o direttamente danno-conseguenza); pertanto, la chance va intesa come possibilità di un risultato diverso (e non come mancato raggiungimento di un risultato possibile), vulnerata dalla condotta causalmente rilevante rispetto all'evento (costituito dal mancato verificarsi di tale migliore possibilità), ma pur sempre e comunque indagata alla stregua del canone probatorio del «più probabile che non»; dall'altro lato, che l'esatta configurazione del problema causale in seno alla responsabilità civile postula che il momento attributivo dell'obbligazione risarcitoria sia consequenziale tanto a quello dell'accertamento dell'illecito che a quello dell'individuazione del danno che, con esso — inteso come violazione dell'interesse protetto (id est come evento di danno) — non sempre coincide; è ulteriore conseguenza di tali principî che, nella comparazione delle diverse concause, ove sufficienti a concorrere a determinare l'evento e senza che una sola assuma con evidenza un'efficacia esclusiva al riguardo, il giudice dovrà valutare quale di esse appaia «più probabile che non» rispetto a ciascuna delle altre a determinare l'evento ed attribuire a quella l'efficacia determinante ai fini della responsabilità;

Il danno – inteso sia come danno evento che come danno conseguenza – e la sua quantificazione devono essere oggetto, da parte dell'attore, di un rigoroso onere allegatorio, potendosi ammettere il ricorso alla prova per presunzioni (praesumptio tantum iuris), solo in relazione ai danni non patrimoniali, comunque dovendosi ripudiare le suggestioni derivanti dalla teorica del c.d. diritto all'integrità patrimoniale in favore del più rigoroso e ben conosciuto metodo sotteso alla Differenzhypothese.

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

Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2014, n. 1672, Pres. Pajno – Est. Saltelli

Con la sentenza 30 settembre 2010, C-314/09, la Terza Sezione della Corte di giustizia dell'Unione Europea ha affermato che la vigente normativa europea relativa alle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi non consente che il diritto ad ottenere il risarcimento del danno da un'amministrazione pubblica che abbia violato le norme sulla disciplina degli appalti sia subordinato al carattere colpevole di tale violazione.

E' manifestamente infondato il dubbio di legittimità costituzionale degli artt. 2043 c.c. e 124 c.p.a., con riferimento agli articoli 3 e 97 della Costituzione circa la presunzione assoluta di responsabilità della pubblica amministrazione nella materia degli appalti pubblici, così come delineata dalla giurisprudenza comunitaria nell'ipotesi di accertata illegittimità degli atti di gara, atteso che, 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 conforme al primo, gli stessi invocati principi di uguaglianza sostanziale e di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa non ostano di per sé 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.

Cons. Stato, 9 dicembre 2013, n. 5884, Pres. F.F. Saltelli – Est. Gaviano

L'illegittimità dell'atto amministrativo già costituisce un indice presuntivo della colpa della P.A., sulla quale incomberebbe quindi l'onere di provare la sussistenza di un proprio ipotetico errore scusabile (C.d.S., V, 31 ottobre 2008, n. 5453).

D'altra parte, la Corte di Giustizia dell'U.E. ha recentemente chiarito che la direttiva 89/665 deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici, da parte di un'Amministrazione aggiudicatrice, al carattere colpevole di tale violazione. E questo anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione

di colpevolezza in capo all'Amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un ipotetico difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata (Corte giustizia CE, sez. III, 30 settembre 2010, proc. C-314/09).

Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2013, n. 3133 Pres. Trovato – Est. Lotti

E' pur vero che, in materia di appalti pubblici, la giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia UE 30 settembre 2010, C-314-09) ha affermato che la normativa dell'UE osta alle norme nazionali che subordinano il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno compiuto da una Pubblica Amministrazione al carattere colpevole della violazione commessa dalla PA medesima.

Ma tale indirizzo interpretativo è strettamente connesso alle violazioni, commesse dalla PA, in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, e non si applica nelle controversie di altra natura. (Nella specie veniva in rilievo una lite relativa alla revisione dei prezzi, cioè ad aspetti di esecuzione del contratto d'appalto, "a valle" dell'aggiudicazione).

Cons. Stato, sez. V, 7 marzo 2013, n. 1833, Pres. F.F. Atzeni – Est. Tarantino

Lo strumento ideato dal legislatore comunitario a tutela dell'impresa illegittimamente pretermessa dall'aggiudicazione di un appalto presenta connotati che lo differenziano dal paradigma normativo descritto dall'art. 2043 c.c., specie in termini di criterio di imputabilità dell'illecito.

L'esigenza che il diritto dell'Unione europea ispirato alla massima concorrenza nel settore degli appalti pubblici trovi cogente attuazione ha spinto il legislatore dell'Unione ad introdurre un rimedio che massimizza in sede giurisdizionale l'effettività del rispetto delle norme e dei principi di derivazione comunitaria, eliminando ogni possibilità che l'amministrazione possa sottrarsi al ristoro patrimoniale, opponendo eventuali l'esistenza di eventuali esimenti fondate sull'assenza di un comportamento colpevole tenuto dall'Amministrazione aggiudicatrice.

L'ordinamento comunitario dimostra che ciò che rileva é l'ingiustizia del danno e non l'elemento della colpevolezza; ciò determina ipso facto la creazione di un diritto amministrativo comune a tutti gli Stati membri nel quale i principi che si elaborano a livello comunitario, in applicazione dei Trattati, trovano humus negli ordinamenti interni, e costituiscono una sorta di sussunzione unificante di regole riscontrabili in tali ordinamenti.

L'assenza, nella disciplina comunitaria degli appalti, di qualsivoglia riferimento ad un'indagine in

ordine all'elemento soggettivo della responsabilità, lungi dall'essere una dimenticanza, si spiega ponendo mente al fatto che, di norma, la via del risarcimento per equivalente viene percorsa qualora risulti preclusa quella della tutela in forma specifica; la reintegrazione in forma specifica rappresenta, peraltro, in ambito amministrativo l'obiettivo tendenzialmente primario da perseguire e il risarcimento per equivalente costituisce invece una misura residuale, di norma subordinata all'impossibilità parziale o totale di giungere alla correzione del potere amministrativo, come dimostra, d'altra parte, anche la vicenda giurisprudenziale e normativa relativa alla dichiarazione di inefficacia del contratto d'appalto, come da ultimo risolta per effetto del d.lgs. n. 53-2010, le cui previsioni sono confluite nel Codice del processo amministrativo agli artt. 121 e ss.

In tal modo, dunque, il ricorrente che non ottiene direttamente il bene della vita a cui aspira, ossia la riedizione della gara o l'aggiudicazione definitiva può aspirare alla monetizzazione del pregiudizio subito; se, tuttavia, anche tale ultima via di ristoro venisse resa impraticabile o assolutamente impervia, il privato rischierebbe di restare sprovvisto di qualsiasi forma di tutela.

Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2013, n. 933, Pres. Trovato – Est. Bianchi

La regola comunitaria vigente in materia di risarcimento dei danno per illegittimità accertate in materia di appalti pubblici per avere assunto provvedimenti illegittimi lesivi di interessi legittimi configura una responsabilità non avente natura né contrattuale né extracontrattuale, ma oggettiva, sottratta ad ogni possibile esimente, poiché derivante da principio generale funzionale a garantire la piena ed effettiva tutela degli interessi delle imprese, a protezione della concorrenza, nel settore degli appalti pubblici.

Intesa in questo senso, è dunque evidente che tale regola non può essere circoscritta ai soli appalti comunitari ma deve estendersi, in quanto principio generale di diritto comunitario in materia di effettività della tutela, 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 2 d. lgs. 163 / 06).

Cons. Stato, sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482, Pres. F.F. Leoni – Est. Greco

Il principio affermato dalla sentenza della Corte di giustizia sez. III, 30 settembre 2010, C-314/09, Graz Stadt (secondo cui la direttiva 89/665/CEE, in tema di procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, "osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad avere un risarcimento (...) al carattere

colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità di far valere le proprie capacità individuali, e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata") quand'anche esso dovesse essere inteso nel senso dell'affermazione di una vera e propria responsabilità oggettiva, deve restare circoscritto al settore degli appalti pubblici, come si desume non solo dal richiamo alla disciplina europea specifica in materia di ricorsi giurisprudenziali in materia di procedure di aggiudicazione (la citata direttiva 89/665/CEE come modificata dalla direttiva 2007/66/CE), ma anche dall'evidente tensione della Corte all'effettività della tutela in un settore oggetto di particolare attenzione da parte delle istituzioni comunitarie per la sua incidenza sul corretto funzionamento del mercato e della concorrenza.

La questione del carattere derogatorio o meno rispetto a tali principi di quanto affermato nella citata sentenza del 2010 è destinata a essere verosimilmente molto ridimensionata, se si considera che proprio nel settore delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici la disciplina europea si connota ormai per sostanziale completezza e autoconclusività, oltre che per un estremo grado di dettaglio, tale da rendere estremamente raro il caso in cui una sua violazione da parte del diritto interno non risponda anche ai parametri generali cui la giurisprudenza comunitaria ha sempre condizionato la sussistenza della responsabilità dello Stato.

I principi enunciati dalla Corte di giustizia in tema di "violazione grave e manifesta" come presupposto per la nascita della responsabilità dello Stato da violazione del diritto comunitario si pongono in linea, in alcuni casi addirittura coincidendo letteralmente, con i parametri e i criteri individuati dalla nostra giurisprudenza interna al fine della definizione dei contorni della "colpa della p.a.": in sostanza, identico – ancorché forse indotto da motivazioni diverse – è lo sforzo di individuare a livello oggettivo una serie di elementi destinati ad agire come presupposti o condizioni per il riconoscimento di una responsabilità del soggetto pubblico che non discenda sempre e comunque in modo automatico dalla mera illegittimità del suo operato.

In siffatta prospettiva, se la giurisprudenza interna séguita ad ancorare l'accertamento della responsabilità anche al requisito della colpa (o del dolo), ciò non comporta necessariamente una violazione dei principi del diritto europeo in subiecta materia, essendo soltanto la conseguenza dell'applicazione delle coordinate entro le quali la predetta responsabilità è inquadrata nell'ordinamento interno.

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

Cons. Stato, 9 dicembre 2013, n. 5884, Pres. F.F. Saltelli – Est. Gaviano

In tema di appalti, il risarcimento del danno del lucro cessante in caso di mancata aggiudicazione non può avvenire utilizzando il criterio di liquidazione forfettaria imperniato sulla formula del 10% del valore dell'appalto. Tale criterio, che si ricollega in un'ultima analisi all'art. 345 l. n. 2248 del 1865, all. F, riguarda in realtà altri istituti, come l'indennizzo dell'appaltatore nel caso di recesso dell'Amministrazione committente, o la determinazione del prezzo a base d'asta. Il relativo riferimento, inoltre, potrebbe condurre all'abnorme risultato che il risarcimento dei danni sarebbe per l'imprenditore più favorevole dell'impiego del capitale. Con il che si creerebbe la distorsione per cui il soggetto ricorrente non avrebbe più interesse a provare in modo puntuale il danno subito, perché presumibilmente per tal via otterrebbe meno di quanto la liquidazione forfettaria gli consentirebbe.

A favore del superamento di tale criterio depone l'espressa previsione contenuta nell'art. 124 del Codice del processo amministrativo, a 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".

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 questi dimostri di non aver potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa. In difetto di tale dimostrazione (che compete all'impresa fornire), è da ritenere che l'impresa possa ragionevolmente aver riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori o servizi. Da qui la decurtazione del risarcimento di una misura a titolo di aliunde perceptum vel percipiendum. (Nel caso di specie, applicando tali principi, poiché la parte danneggiata non ha fornito dimostrazione di non aver potuto utilizzare altrimenti maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista dell'aggiudicazione, la Sezione stima equo determinare il danno risarcibile nella misura del 5 % del valore della commessa).

Cons. Stato, 21 giugno 2013, n. Pres. F.F. Branca – Est. Amicuzzi

Il risarcimento del danno dovuto da mancata aggiudicazione deve computarsi come segue: quanto al pregiudizio per la perdita di chance legata all'impossibilità di far valere, nelle future contrattazioni, il requisito economico legato all'esecuzione dei lavori, può nella specie procedersi in via equitativa alla liquidazione di tale voce del danno emergente nella misura del 2% del prezzo offerto dall'impresa in sede di aggiudicazione, quanto al lucro cessante, vale a dire l'utile economico che sarebbe derivato dall'esecuzione dell'appalto in caso di aggiudicazione non avvenuta per illegittimità dell'azione amministrativa, la giurisprudenza riconosce la spettanza nella sua interezza dell'utile di impresa nella misura del 10% qualora l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare le maestranze ed i mezzi, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi, mentre nel caso in cui tale dimostrazione non sia stata offerta - come nella specie è avvenuto - è da ritenere che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri analoghi lavori (o servizi o forniture), così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità; in tale ipotesi il risarcimento può essere ridotto in via equitativa in misura pari al 5% dell'utile che effettivamente essa avrebbe conseguito ove fosse risultata aggiudicataria.

Sulle somme sopra liquidate, che riguardano tutto il risarcimento del danno e che consistono, perciò, in un debito di valore, deve riconoscersi la rivalutazione monetaria, secondo gli indici Istat, da computarsi dalla data della stipula del contratto da parte dell'impresa che è rimasta illegittimamente aggiudicataria e fino alla data di deposito della sentenza (data quest'ultima che costituisce il momento in cui, per effetto della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta).

Cons. Stato, sez. V, 7 marzo 2013, n. 1833, Pres. F.F. Atzeni – Est. Tarantino

Non può convenirsi con la tesi dell'applicazione automatica del criterio desunto in via analogica dall'art. 345. l. 2248/1865 all. F, considerato che in questo modo si introdurrebbe una forma di indennizzo predeterminato che contrasta con i principi probatori sopra richiamati. Al riguardo, va rilevato come al parametro in questione non possa farsi integralmente ricorso in difetto della dimostrazione da parte del danneggiato dell'impossibilità di utilizzare diversamente gli strumenti d'impresa, in quanto tenuti a disposizione in vista dell'aggiudicazione.

Sulle somme corrisposte a titolo di risarcimento del danno da responsabilità extracontrattuale devono comunque riconoscersi gli interessi maturati e la rivalutazione monetaria da computarsi alla data del verificarsi dell'illecito, in funzione compensativa in relazione alla mancata tempestiva disponibilità in capo al debitore della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno. Pertanto, occorre operare la rivalutazione del credito secondo valori monetari correnti e computare gli interessi calcolati dalla data del fatto non sulla somma complessiva rivalutata alla data della liquidazione, bensì sulla somma originaria rivalutata anno dopo anno, cioè con riferimento ai singoli momenti con riguardo ai quali la predetta somma si incrementa nominalmente in base agli indici di rivalutazione monetaria.

Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2013, n. 1669, Pres. Severini – Est. Meschino

Il danno da mancata aggiudicazione va liquidato, in via equitativa, con le seguenti modalità:

- quantificazione del lucro cessante e, in aggiunta, del danno curriculare, che la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato è orientata a riconoscere senza necessità di uno specifico supporto probatorio;*
- calcolo del lucro cessante in riferimento alla previsione di utile sul valore dell'appalto che, se non adeguatamente dimostrata dal ricorrente, non è comunque computata nella misura del 10 per cento, secondo il criterio forfetario basato sull'art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. F, poiché relativo ad altri istituti e suscettibile di portare a risarcimenti più favorevoli dell'impiego del capitale, e quindi da determinare in via equitativa in relazione alle circostanze di specie;*
- non rimborso delle spese di partecipazione alla gara poiché implicitamente assorbite dal compenso per l'esecuzione della prestazione affidata;*
- rivalutazione monetaria della somma dovuta dalla data dell'aggiudicazione annullata alla pubblicazione della sentenza con cui è accolta la domanda risarcitoria e (trasformandosi da tale momento il debito di valore in debito di valuta) corresponsione degli interessi nella misura legale dalla detta data di pubblicazione fino al saldo effettivo.*

Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2013, n. 966, Pres. Trovato – Est. Bianchi

Esclusa la pretesa di ottenere l'equivalente del 10% dell'importo a base d'asta, non essendo oggetto di applicazione automatica e indifferenziata, è necessaria la prova, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, prova desumibile in primis dall'esibizione dell'offerta economica presentata al seggio

di gara; tale principio trova, infatti, conferma nell'art. 124 del codice del processo amministrativo che, nel rito degli appalti, prevede il risarcimento del danno (per equivalente) subito e provato.

In particolare, la liquidazione del danno dovrà avvenire in base ai seguenti criteri:

- partire dall'offerta economica presentata dall'appellante in sede di gara;*
- valorizzare sul punto l'elaborato contenente le giustificazioni delle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo esibito;*
- determinare il margine di guadagno che residua dopo l'applicazione del ribasso indicato in sede di gara;*
- tenere conto del danno curriculare, da liquidare in via equitativa in un importo non superiore all'1% del prezzo posto a base d'asta.*

Il suddetto parametro dovrà inoltre tenere conto del fatto che, nel caso di annullamento dell'aggiudicazione dl appalto pubblico e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, come nella specie, il mancato utile spetta nella misura integrale solo se si dimostra di non aver potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista dell'aggiudicazione.

In difetto di tale dimostrazione, che compete comunque al concorrente fornire, è da ritenere che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori o servizi e da qui la decurtazione del risarcimento di una misura a titolo di aliunde perceptum vel percipiendum, considerato anche che, ai sensi dell'art. 1227 c.c., il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno.

Pertanto, è ragionevole stabilire una detrazione dal risarcimento del mancato utile nella misura del 50%, laddove l'appellante non fornisca la dimostrazione anzidetta.

Conclusivamente , alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere accolto, con conseguente risarcimento del danno ai sensi della motivazione, maggiorato di interessi e rivalutazione.

Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2013, n. 798, Pres. Trovato – Est. Lotti

Ai sensi dell'art. 1227 c.c., il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno.

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 dalla quali trarre utili.

*Da qui la piena ragionevolezza di una detrazione dal risarcimento del mancato utile, affermata dalla giurisprudenza (in particolare, nella misura del 50%), sia dell'*aliunde perceptum*, sia dell'*aliunde percipiendum* con l'*originaria diligenza* da ritenere pienamente rispondente ai parametri di risarcimento comunitariamente compatibili, in quanto per il diritto comunitario non si vuole certamente che l'impresa abbia meno interesse a provare in modo puntuale il danno subito quanto al lucro cessante, perché presumibilmente otterrebbe meno di quanto la liquidazione forfetaria gli consentirebbe, con ovvi effetti distorsivi della concorrenza.*

Cons. Stato, 16 gennaio 2013, n. 240, Pres. Barra Caracciolo – Est. Amicuzzi

Non merita adesione la tesi per la quale il calcolo del lucro cessante è quantificato con riferimento al 10% del prezzo a base d'asta (che andrebbe comunque parametrato al numero dei mesi del servizio non eseguiti da parte della ricorrente), in quanto, seguendo la giurisprudenza più recente, appare più confacente ritenere che tale criterio - se pure è in grado di fondare una presunzione su quello che normalmente è l'utile che un'impresa ritrae dall'appalto - non può essere oggetto di applicazione automatica e indifferenziata, poiché rischierebbe di rendere il risarcimento dei danni più favorevole per l'imprenditore dell'impiego del capitale. Appare preferibile l'indirizzo che esige la prova rigorosa, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto; essa prova è desumibile solo dall'esibizione dell'offerta economica presentata al seggio di gara (Consiglio di Stato, sez. V, 17 ottobre 2008 n. 5098).

Tale principio trova oggi conferma nell'art. 124 del c.p.a., che, nel rito degli appalti, prevede il risarcimento del danno (per equivalente) "subito e provato".

7.4. Sul risarcimento della *chance*

Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2014, n. 1672, Pres. Pajno – Est. Saltelli

*La risarcibilità della *chance* non può essere subordinata all'offerta in giudizio di una sua prova*

rigorosa, ciò essendo logicamente incompatibile con la natura di tale voce di danno, risultando invece sufficiente che gli elementi addotti consentano una prognosi concreta e ragionevole circa la possibilità di vantaggi futuri (Cons. Stato, sez. V, 2 maggio 2013, n. 2399).

In caso di danno da mancata aggiudicazione (anche nel caso in cui sussista solo la chance di aggiudicazione) non può essere riconosciuto il danno concernente le spese sostenute per la partecipazione alla gara annullata, trattandosi di costi che sarebbe stati comunque sostenuti anche in caso di aggiudicazione o di non aggiudicazione, cioè di legittimo esperimento della procedura di gara (ex multis, Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2013, n. 1381; sez. V, 3 settembre 2013, n. 4376; sez. VI, 18 marzo 2011, n. 1681).

Cons. Stato, sez. IV, 12 febbraio 2014, n. 674, Pres. Giaccardi – Est. Forlenza

Nelle ipotesi di risarcimento del danno da provvedimento illegittimo, la prova dell'esistenza del medesimo interviene in base ad una verifica del caso concreto che faccia concludere per la sua "certezza", la quale presuppone:

- in primis, l'esistenza di una posizione giuridica sostanziale della quale possa assumersi essere intervenuta una lesione; e laddove vi è esercizio di potere tale posizione sostanziale è l'interesse legittimo;*
- in secondo, l'esistenza di una lesione, che sussiste sia laddove questo possa essere a tutta evidenza e concretamente riscontrato, sia laddove vi sia "una rilevante probabilità del risultato utile" frustrata dall'agire illegittimo dell'amministrazione.*

Quanto a questo secondo aspetto, l'esame della sussistenza del danno da perdita di chance interviene:

- o attraverso la constatazione in concreto della sua esistenza, ottenuta attraverso elementi probatori (ad esempio, con riferimento alle gare d'appalto, si è in presenza di un contratto eseguito o in esecuzione, che avrebbe dovuto essere certamente eseguito da una diversa impresa, in luogo di quella beneficiaria di aggiudicazione illegittima);*
- o attraverso una articolazione di argomentazioni logiche, che, sulla base di un processo deduttivo rigorosamente sorvegliato, inducono a concludere per la sua sussistenza;*
- ovvero ancora attraverso un processo deduttivo secondo il criterio, elaborato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, del c.d. "più probabile che non" (Cass. civ., n. 22022/2010), e cioè "alla luce di una regola di giudizio che ben può essere integrata dai dati della comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali" (Cass., sez. III civ., n. 22837/2010).*

Cons. Stato, sez. IV, 17 febbraio 2014, n. 744, Pres. Trotta – Est. Forlenza

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, da far valere in ulteriori e successive procedure di gara.

Il risultato interpretativo ora esposto non costituisce, peraltro, una "singolarità" dell'interesse legittimo e delle sue possibilità di tutela risarcitoria. Al contrario, esso sembra trovare indiretta conferma nella giurisprudenza, anche del giudice civile, in tema di responsabilità precontrattuale, dove (peraltro con ben più accentuato fondamento) uno dei potenziali contraenti confida nella positiva conclusione del contratto.

Ebbene, in questi casi - che pure sono fondati sul ben più pregnante affidamento ingenerato in uno dei potenziali contraenti dal comportamento dell'altra parte, e per i quali non è ovviamente prevista alcuna altra forma di tutela, e segnatamente quella ripristinatoria - la giurisprudenza ancora il risarcimento del danno al cd. "danno emergente per spese sostenute" (oltre alle eventuali occasioni contrattuali perse, in ordine alle quali occorre fornire prova rigorosa); e ciò in quanto questo si colloca nei limiti del cd. interesse negativo, e cioè dell'interesse del soggetto a non essere lesa nell'esercizio della sua libertà. Esula, dunque, dalla ricostruzione del danno risarcibile, ogni profilo di "lucro cessante" (cui occorre riportare il danno da perdita di chance).

T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 17 marzo 2014, n. 679, Pres. Mariuzzo, Est. Gisondi

Nel caso in cui la chance dipenda dalla mancata indizione di una gara non sono applicabili né il criterio eziologico né quello statistico, che impone la dimostrazione della sussistenza di una probabilità superiore al 50%.

Il criterio eziologico viene, infatti, in aiuto solo nelle situazioni in cui la decisione, con la quale il procedimento è destinato a concludersi e dalla quale dipende l'eventuale vantaggio del danneggiato, si fonda su una serie di elementi predeterminabili a posteriori sulla base di criteri razionali e controllabili ancorché non univocamente convergenti verso un unico possibile risultato (ad es. l'esito di una lite o il giudizio tecnico di una commissione). In tali ipotesi è del tutto ragionevole il ripudio della nozione di chance quale mera possibilità di successo, potendo e dovendo il ricorrente ricostruire a posteriori la catena degli eventi che, nella sua prospettiva, avrebbe potuto condurre al conseguimento del risultato sperato (ad esempio dimostrando di avere

titoli che avrebbero potuto essere ritenuti superiori a quelli posseduti dagli altri candidati o di aver presentato un offerta tecnica che avrebbe potuto prevalere sulle altre: in questi casi la mancanza di certezza da cui trae origine la nozione di chance non deriva, quindi, dall'impossibilità di ricostruire a posteriori una plausibile sequenza causale, ma dalla opinabilità dei parametri tecnici di riferimento).

In caso di mancata indizione di una gara, tuttavia, appare del tutto impraticabile una ricostruzione razionale (ancorché opinabile) di quale sarebbe potuto essere lo scenario qualora l'amministrazione avesse operato nell'ambito della legalità, attesa la impossibilità di conoscere a posteriori le offerte con cui quella del ricorrente avrebbe dovuto confrontarsi.

In tali ipotesi non può quindi in alcun modo essere data la dimostrazione (eziologica) che la negata possibilità di partecipare si sarebbe tradotta in probabilità di vittoria.

Né a tal fine può soccorrere il metodo statistico, non solo per la difficoltà di stabilire a priori quante imprese avrebbero potuto partecipare (che, nel caso di specie, appare superabile), ma anche perché è lo stesso contenuto della posizione soggettiva lesa che ha come suo epicentro la possibilità di concorrere (tutelata prima di tutto a livello comunitario), la cui compromissione rimane uguale a prescindere dal numero dei potenziali concorrenti.

Non è condivisibile l'affermazione secondo cui, in caso di violazione delle norme che impongono l'indizione di una procedura di gara, la lesione dell'interesse alla concorrenza possa rimanere irrilevante sul piano risarcitorio a causa dell'impossibilità di dare la prova (eziologica o statistica) di una probabilità di vittoria. Al contrario, la lesione di una siffatta posizione soggettiva produce ex sé un danno patrimoniale rispetto al quale la chance non opera come fattore delimitativo ai fini della determinazione dell'an, ma solo come possibile criterio di quantificazione del quantum (nell'ambito del quale può assumere rilevanza il dato dei potenziali partecipanti alla gara qualora determinabile).

T.a.r. Sardegna, sez. I, 14 febbraio 2014, n. 147, Pres. Monticelli – Est. Flaim

Nel caso in cui una gara di appalto alla quale hanno partecipato soltanto due concorrenti sia stata annullata in s.g. sin dal momento della composizione della Commissione giudicatrice, in quanto illegittima, e l'appalto, nel frattempo, sia stato interamente eseguito, non essendovi certezza di aggiudicazione in favore della ditta ricorrente, la domanda di risarcimento del danno avanzata da tale ditta nei confronti della stazione appaltante non può essere parametrata con una quantificazione correlata al "margine aziendale" che sarebbe conseguito dall'aggiudicazione, bensì valutata soltanto

quale danno da perdita di "chance" collegata ad una futura "possibile aggiudicazione", nel caso (ipotetico) di rinnovazione della gara con una nuova Commissione; il risarcimento della perdita della "chance", e cioè dell'astratta possibilità di un esito positivo della gara, deve essere quantificato, in tale fattispecie, con la tecnica della determinazione dell'utile conseguibile in caso di vittoria, scontato percentualmente in base al numero dei partecipanti alla gara, avendo come base l'offerta economica formulata dalla ditta istante

7.5. Sulla responsabilità precontrattuale della P.A.

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

Può comportare responsabilità precontrattuale: a) il c.d. recesso ingiustificato, che si configura quando chi ha creato nella controparte un legittimo affidamento in ordine alla conclusione del contratto recede, anche incolpevolmente, provocando un danno; b) la situazione in cui una parte, conoscendo o dovendo conoscere la esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra, che confidava nella sua validità (art. 1338 c.c.); c) in particolare, la stazione appaltante che, indetta la gara e avvedutasi successivamente di motivi negativi (ad es. sopravvenuta carenza di fondi) prosegue nella gestione della procedura senza informare i partecipanti, per poi revocare l'aggiudicazione. Il danno, in tal caso, non è causalmente riconducibile al doveroso e legittimo esercizio del potere di autotutela (annullamento, revoca o ritiro che sia), ma trova la sua causa nella condotta omissiva tenuta dall'Amministrazione nella gestione della gara.

Va accolta la domanda di risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale della P.A. e, in particolare, per violazione del dovere di buona fede e correttezza durante la fase delle trattative, ex art. 1337 c.c. - ormai ritenuto pacificamente applicabile anche alla P.A. - nel caso in cui la stazione appaltante, dopo aver indetto una gara di appalto, abbia revocato l'intera procedura ad evidenza pubblica per ragioni ampiamente prevedibili secondo la ordinaria diligenza, riguardanti la progettazione dell'opera da appaltare; in tal caso, infatti, è pacifica la responsabilità precontrattuale della P.A., per evidente negligenza nella progettazione dell'opera da eseguire, attribuibile ad evidenti carenze progettuali e professionali riconducibili al momento della formazione della volontà contrattuale iniziale all'interno dell'Amministrazione.

In caso di responsabilità precontrattuale, il danno va risarcito nei limiti dell'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.

Nell'ambito della responsabilità precontrattuale, il c.d. danno curriculare non è risarcibile, perché non attiene all'interesse negativo ma, più propriamente, all'interesse positivo, derivando proprio dalla mancata esecuzione dell'appalto, non dall'inutilità della trattativa. Il c.d. danno curriculare può, infatti, essere definito come il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto.

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

La responsabilità precontrattuale prescinde dall'eventuale illegittimità del provvedimento amministrativo di autotutela che formalizza la volontà dell'Amministrazione di annullare o revocare gli atti di gara. 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, ponendole 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 precontrattuali.

La responsabilità precontrattuale è una responsabilità da comportamento, non da provvedimento, che incide non sull'interesse legittimo pretensivo all'aggiudicazione, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza. Nei casi di responsabilità precontrattuale propriamente detti, infatti, ciò che il privato lamenta non è la mancata aggiudicazione, ma la lesione della sua corretta autodeterminazione negoziale.

Nell'ambito della responsabilità precontrattuale, il c.d. danno curriculare non è risarcibile, perché non attiene all'interesse negativo, ma, più propriamente, all'interesse positivo, derivando proprio dalla mancata esecuzione dell'appalto, non dall'inutilità della trattativa.

In caso di responsabilità precontrattuale vanno risarcite tutte le spese sostenute per la

partecipazione alla gara, ivi comprese le spese sostenute per la retribuzione del personale dipendente all'interno della società e le spese generali per il funzionamento struttura aziendale. Invero, anche se tali spese sarebbero state ugualmente sostenute, il danno qui rilevante deriva dal fatto che le società partecipanti hanno destinato una parte delle loro risorse umane e materiali alla partecipazione alla gara, rinunciando al loro utilizzo in altre attività e sopportando, quindi, un costo-opportunità. Tale danno, non possibile da determinare nel preciso ammontare, può essere stabilito, in via forfettaria ed equitativa, nella misura del 25% dell'importo relativo alle spese sostenute per i c.d. costi vivi affrontati per la predisposizione dell'offerta e la partecipazione alla gara.

In caso di responsabilità precontrattuale da revoca degli atti di gara, va riconosciuto anche il danno da perdita della c.d. chance contrattuale alternativa. Tale danno va riconosciuto anche nel caso in cui la struttura aziendale dell'impresa che lo lamenta fosse compatibile con la contemporanea esecuzione di più contratti: ciò che risulta dirimente è che nella specie l'impresa abbia preferito, in un esercizio non incauto o irragionevole dell'autodeterminazione imprenditoriale, di non assumere contestualmente più impegni, preferendo concentrarsi sull'appalto oggetto di gara, per essa già certo e concreto, e ragionevolmente – per le sue caratteristiche – stimato preferibile. La scelta, fra vari contratti, di quello stimato più conveniente, e la conseguente decisione di eseguirlo in via esclusiva e senza assumere impegni concomitanti esprime un uso lineare e corretto della diligenza imprenditoriale e manifesta – in relazione al quadro generale delle opportunità contrattuali presenti in quel contesto – una corretta autodeterminazione economica dell'imprenditore. Sicché una scelta di tal genere, proprio perché non risulta manifestamente strumentale, incauta o irragionevole, non costituisce in sé un comportamento negligente che possa rilevare ai sensi dell'art. 1227, secondo comma, Cod. civ..

La circostanza che gli atti di gara poi revocati in autotutela siano stati impugnati innanzi al giudice amministrativo, e dunque andavano a “rischiare” l'annullamento, non rileva ai fini del giudizio di ordinaria diligenza di cui all'art. 1227, secondo comma 2, Cod. civ. nel senso di porre in capo all'impresa partecipante alla gara di prevenire ipotetici danni derivanti da quell'annullamento mediante l'utilizzazione di proposte contrattuali alternative. Vale anzitutto la considerazione che un'azione giurisdizionale amministrativa, incentrata com'è sulla contestazione della legittimità dell'aggiudicazione, non è degradabile da parte dell'imprenditore che ha beneficiato dell'aggiudicazione – evidentemente facendo riferimento alla sua legittimità e alla certezza che ne discende - a un qualsivoglia rischio economico, cioè ad un'alea del mercato o del contratto; e vale

la considerazione che rientra nell'ambito delle scelte imprenditoriali – alla cui corretta valutazione presiedono solo l'ordinaria ragionevolezza e la diligenza imprenditoriale – l'opzione se preferire un determinato contratto (ancorché stipulato in seguito a una gara contestata in sede giurisdizionale), piuttosto che contratti alternativi, più certi, ma considerati, sotto vari profili non altrettanto convenienti.

7.6. Sulla risarcibilità del danno in caso di legittimo esercizio del potere di autotutela

Cons. Stato, sez. IV, 29 aprile 2014, n. 2220, Pres. F.F. Branca – Est. Realfonzo

L'art. 30 c.p.a. Il co., che disciplina espressamente la risarcibilità degli « interessi legittimi », richiama – e presuppone – esclusivamente l'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa.

Al contrario, in casi di azione amministrativa legittima deve escludersi la configurabilità:

-- della “colpa” dell'Amministrazione, per l'assenza di una condotta antigiuridica;

-- dell' “ingiustizia del danno”.

La legittimità del provvedimento preclude quindi ogni possibilità di far luogo al riconoscimento del danno da “atto legittimo” al di fuori dei casi direttamente individuati dall'ordinamento comunitario.

Cons. Stato, sez. IV, 12 febbraio 2013, n. 829, Pres. Trotta, Est. Realfonzo

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.

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”

Né a tale conclusione può opporsi la recente pronuncia della Corte di giustizia (sez. III, 30 settembre 2010, C-314/09, Graz Stadt) in tema di effettività della tutela in quanto, da un lato, qui non ricorre alcuna violazione del diritto comunitario; e dall'altro la ricordata decisione resta inequivocabilmente circoscritta nello stretto ambito degli appalti pubblici.

La legittimità degli atti infatti esclude automaticamente la sussistenza dell'elemento della colpevolezza dell'amministrazione ed il carattere di “ingiustizia” del danno.