



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



RISARCIMENTO PER PERDITA DI CHANCE NELLE GARE D'APPALTO

La sentenza del Consiglio di Stato, sezione V, 11 luglio 2018, n. 4225, riconosce il danno da perdita di chance sul presupposto di una rilevante probabilità del risultato utile.

di **Maria Avossa**

IUS/09 - ISTITUZIONI DI DIRITTO PUBBLICO

Estratto dal n. 9/2018 - ISSN 2532-9871

Direttore responsabile

Raffaele Giaquinto

Publicato, Lunedì 17 Settembre 2018

Sommario: 1. La pronuncia del Consiglio di Stato, sezione V, 11 luglio 2018 n. 4225 e la nozione di chance risarcibile. - 2. La perdita di chance: la domanda di risarcimento e l'onere probatorio degli elementi costitutivi della fattispecie. - 3. La tecnica risarcitoria del danno da perdita di chance.– 4. Osservazioni conclusive.

1. La pronuncia del Consiglio di Stato, sezione V, 11 luglio 2018 n. 4225 e la nozione di chance risarcibile.

La sentenza del Consiglio di Stato, sezione V, 11 luglio 2018, n. 4225 si inserisce nel filone giurisprudenziale ricostruttivo della modalità applicative del risarcimento del danno da perdita di chance nelle gare di appalto. La questione è trattata nell'ambito dell'esame delle richieste risarcitorie per danni derivanti dall'esclusione da una procedura di gara per l'affidamento di lavori pubblici. La pronuncia in commento riconosce il danno da perdita di chance sul presupposto dell'esistenza di "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.

La tematica di questa precipua forma di risarcimento del danno ha tratto vigore dalle esigenze di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, trasfusa nel testo costituzionale degli artt. 24, 103 e 113, così come, anche, dall'art. 1 del Codice del processo amministrativo, con il derivato aumento degli strumenti di tutela del privato di fronte all'attività della P.A.. Il rafforzamento delle forme di tutela giudiziale ruota attorno ad una sempre più ampia tutela dell'interesse legittimo riconducibile ad un crescente aspetto patrimonializzato dello stesso^[1]. Le classiche pretese risarcitorie legate alle posizioni di interesse legittimo oppositivo e pretensivo, si ampliano. Per rendersi conto di ciò, basti richiamare i termini normativi riportati dell'art. 124^[2] del codice del processo amministrativo. In questa norma sono precipuamente previste: a) la domanda di annullamento dell'aggiudicazione lesiva preordinata a tutelare l'interesse legittimo pretensivo che si dispiega all'interno del procedimento ad evidenza pubblica; b) la domanda "di conseguire l'aggiudicazione" che evoca la tutela specifica dello stesso interesse legittimo, che trova soddisfazione con la condanna all'adozione del provvedimento amministrativo favorevole in caso di fondatezza della relativa pretesa; c) la domanda finalizzata "a conseguire il contratto" (che rappresenta, con ogni evidenza, il bene della vita) e, proprio come tale, autonoma nel senso tecnico di cui all'art. 99 c.p.c., quella, cioè, di subentro nella posizione del contraente che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima. L'art 124 c.p.a. dà una indicazione precisa in tema di risarcimento: il risarcimento del danno per equivalente spetta solo se non si può conseguire

l'aggiudicazione e subentrare nel contratto in quanto spettante. Non a caso, la norma dell'art 124 c.p.a. implica il ristoro del danno con riferimento all'interesse positivo, ovviamente, comprensivo del danno emergente e del lucro cessante. Tale risarcimento consegue all'accertamento del diritto a stipulare il contratto, cioè, appunto, alla fondatezza della pretesa. Se può dedurre che la norma non si risarcisca, in realtà, per equivalente pecuniario, la lesione all'interesse legittimo, ma la fondata aspettativa di diventare parte del contratto da stipulare^[3]. Su questa scia, la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 11 luglio 2018, n. 4225, in commento, non perde l'occasione di ribadire la nozione di chance risarcibile espressa nei termini della perdita della concreta ed effettiva probabilità di conseguire il vantaggio giuridicamente rilevante. La nozione di chance, fatta propria da questa pronuncia, trova riscontro in altre pronunce del Consiglio di Stato^[4]. Il risarcimento del danno da perdita di chance concretizza un modello di reintegrazione patrimoniale di un bene della vita connesso a 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, al pari di chiunque - in generale - partecipi ad una procedura comparativa per la possibilità di conseguire il bene o l'utilità messi a concorso. La chance iniziale (virtuale) è, in potenza, la medesima per tutti i concorrenti. Essa varia nella sua concretezza, divenendo così misurabile in termini specifici, principiando dalla contesa professionale nei procedimenti ad evidenza pubblica in cui occorre mostrare titoli e capacità lavorative o professionali. La chance iniziale 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. Per cui se, nel corso della procedura, condotte illegittime dell'amministrazione contrastano la normale affermazione della chance di aggiudicazione, viene lesa l'interesse legittimo dell'operatore economico e - se è precluso anche il bene della vita cui l'interesse è orientato - è a lui dovuto il risarcimento del danno nella misura stimabile della sua chance perduta. Essa consisterà, in tal modo, in una perdita della concreta ed effettiva probabilità di conseguire il vantaggio giuridicamente rilevante. 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). Nella pronuncia in commento la Sezione V del Consiglio di Stato censura il secondo ed il terzo motivo di gravame proposto dagli appellanti, i quali deducono che la mancata partecipazione alla gara, sia presupposto di risarcimento da perdita di chance, che sarebbe possibile ricondurre - stando al tenore dei propri atti difensivi - ad una impostazione più blanda, cioè ad una "buona probabilità di riuscita". Questa prospettiva

ampliativa è invocata dagli appellanti sulla scorta di Cons. Stato, VI, 15 giugno 2009, n. 3829. La sentenza del giudice di prime cure della questione non concorda con la prospettazione più ampia del danno da perdita di chance, così, dichiarandone dell'irrisarcibilità. Dello stesso avviso è la Sezione V del Consiglio di Stato nella pronuncia qui in commento, la quale fa rilevare che l'autonoma scelta del concorrente di non partecipare ad una procedura di gara che si ritiene essere stata illegittimamente indetta impedisce di configurare una qualche ipotesi di chance che, in ogni caso, deve comunque avere un minimo di consistenza (ed essere dunque una possibilità concreta, apprezzabile, dotata di una sua ontologica consistenza e non meramente ipotetica e aleatoria). I giudici della Sezione V ribadiscono la nozione di chance risarcibile fatta propria dal primo giudice nei termini di "perdita della concreta ed effettiva probabilità ... di conseguire il vantaggio giuridicamente rilevante", così confermando l'orientamento - da ultimo espresso di recente dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sezione IV, 16 maggio 2018, n. 2907 (Pres. Poli, Est. Spagnoletti) - 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. In maniera pertinente, la sentenza in commento richiama, anche, la pronuncia del Consiglio di Stato, V, 7 giugno 2017, n. 2740 unitamente ad un'altra sentenza -quella del Consiglio di Stato, V, 26 aprile 2018, n. 2527 - per sottolineare come sia orientamento costante del Consiglio di Stato identificare la possibilità di risarcire il danno da perdita di chance soltanto dove vi sia l'accertamento di indefettibili presupposti di certezza dello stesso danno, dovendosi viceversa escludersi tale risarcimento nel caso in cui un atto (ancorché illegittimo) abbia determinato solo la perdita di una mera ed ipotetica eventualità di conseguimento del bene della vita^[5].

2. La perdita chance: la domanda di risarcimento e l'onere probatorio degli elementi costitutivi della fattispecie.

La pretesa al risarcimento del danno ingiusto derivante dalla lesione dell'interesse legittimo si basa sul generale principio del *neminem laedere* - di cui alla lettura dell'art. 2043 c.c.- riferendo il carattere dell'ingiustizia al danno e non alla condotta. Il presupposto essenziale della responsabilità non è tanto la condotta colposa, ma l'evento dannoso che ingiustamente lede una situazione soggettiva protetta dall'ordinamento. La lesione può considerarsi ingiusta quando attraverso un necessario giudizio prognostico si appuri che, a seguito del corretto agire dell'amministrazione, il bene della vita sarebbe effettivamente o probabilmente (cioè secondo il canone del "più probabile che non") spettato al titolare dell'interesse. Quando il giudizio si concluda con la valutazione della

sua spettanza, certa o probabile, il danno, in presenza degli altri elementi costitutivi dell'illecito, può essere risarcito, rispettivamente, per intero o sotto forma di perdita di chance^[6]. La domanda della nascente obbligazione risarcitoria da perdita di chance si articola sull'accertamento del danno risarcibile e sulla quantificazione del danno (cfr. successivo §3). Si richiede al danneggiato la dimostrazione del danno subito sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate (fatto). Si richiede la prova della sussistenza di un valido elemento eziologico (nesso causale) tra il fatto e la ragionevole probabilità di conseguire il risultato utile in una consistente probabilità di successo. Infine, si richiede la prova del danno subito, il quale deve essere attuale, non semplicemente futuro e potenziale, in quanto lesivo dell'aspettativa di una concreta possibilità - già in essere - assistita da elementi di valenza obiettiva che ne consentano una previsione di ragionevole avveramento. Per la giurisprudenza^[7], l'operatore può beneficiare del risarcimento per equivalente solo quando la sua chance di aggiudicazione ha effettivamente raggiunto un'apprezzabile consistenza probabilistica di aggiudicazione del contratto, indicata dalle formule giudiziali "probabilità seria e concreta" o anche "significativa probabilità". Al di sotto di tale limite sussiste la "mera possibilità di aggiudicazione", con un ipotetico danno non meritevole di reintegrazione, poiché è la lesione di una mera aspettativa di fatto. La pronuncia in commento, in quest'ottica, precisa che la lesione della chance identifica la dimensione effettiva di un lucro cessante dell'operatore che partecipa alla gara, il quale non è titolare attuale di un elemento patrimoniale che viene leso dall'attività amministrativa, ma resta intestatario di una situazione soggettiva strumentale al conseguimento di un'utilità futura. Il bene della vita che gli è negato dall'azione illegittima dell'amministrazione è l'essere parte del contratto e il trarne il legittimo lucro.

La strada del risarcimento per equivalente si apre, concretamente, nel momento in cui il giudice, nonostante l'annullamento dell'aggiudicazione, decida di non dichiarare l'inefficacia del contratto. Il disposto dell'articolo 124, c.p.a, stabilisce che, «Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto, dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato.». In tal senso, la chance si rapporta con la possibilità di reintegrazione del danno legato a circostanze concrete, allegare e provate, 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". Resta il fatto che, pure alla luce della riscritta disciplina della tutela per equivalente di cui all'art. 124 c.p.a. il soggetto interessato debba dimostrare di aver subito un danno, offrendone idonea prova giudiziale. atteso che grava sul danneggiato l'onere di provare gli elementi costitutivi della domanda di risarcimento del danno e, comunque, almeno di una diminuzione patrimoniale o di perdita di chance, con la conseguenza che la totale assenza di queste indicazioni priva il giudice anche della possibilità di una valutazione equitativa. La sentenza del Consiglio di Stato, sezione V, 11 luglio 2018, n. 4225 in commento dà conto del necessario carico dell'onus probandi in capo all'appellante assunto danneggiato, con l'effetto di rigettare il terzo

motivo di appello promosso in tal senso e sottoposto al suo giudizio. La V Sezione del Consiglio di Stato in pronuncia censura la pretesa risarcitoria per mancato assolvimento dell'onere della prova dei ricorrenti in merito alla sussistenza ed all'ammontare del danno lamentato, con ciò specificando quanto affermato nella stessa pronuncia circa i presupposti di applicazione del risarcimento da perdita di chance. Vale la pena, a questo punto, sottolineare che l'incidenza dell'onus probandi assuma un valore pregnante in capo all'istante della domanda risarcitoria proposta. Nelle ipotesi di illegittimo esercizio del potere amministrativo in gare pubbliche, è onere del ricorrente, ex art. 2697 c.c., fornire al giudice la prova sia dell'esistenza che dell'entità del danno lamentato. Ai fini probatori della domanda risarcitoria da danno lamentato, come anche del mancato profitto, resta comunque ammissibile il ricorso alle c.d. presunzioni, con il presupposto di derivazione dell'elemento probante del fatto noto desunto quello ignoto.

3. La tecnica risarcitoria del danno da perdita di chance.

La quantificazione percentuale della 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 provate, 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^[8]. Nel caso di mancata aggiudicazione, la quantificazione del danno^[9](- ricondotta al lucro cessante - si identifica con l'interesse c.d. positivo, cioè l'interesse alla esecuzione della prestazione. Nella sua nozione complessiva rientrano il mancato profitto ed il danno curriculare, ovverosia, il danno conseguente alla mancata di esecuzione dell'appalto riconducibile al pregiudizio patito in ragione del fallito incremento della posizione curriculare composta delle esperienze formative e professionali del concorrente. In tali ipotesi il creditore è tenuto ad una allegazione probatoria rigorosa al fine di dimostrare giudizialmente la voce di danno attraverso elementi volti a materializzarne la sussistenza. Va da sé l'incidenza del peso sulle chances di aggiudicazione future di ulteriori appalti. L'impossibilità di allegare referenze collegate alla esecuzione di specifici lavori tecnici o professionali non più dimostrabili ai futuri contraenti a causa della mancata esecuzione di un appalto da cui il concorrente si veda espunto genera un danno sensibile, il quale intanto è degno di risarcimento in quanto ne venga provato il nocimento in maniera puntuale e circostanziata. Da tali voci di danno va tenuto distinto un ristoro risarcitorio integrale - se ovviamente pienamente dimostrato - per il decremento economico dovuto al mancato utilizzo di maestranze, mezzi e beni strumentali finalizzati all'esecuzione dell'appalto non eseguito, se ed in quanto tenuti a disposizione in vista della contrattazione. Ugualmente è

ammissibile la valutazione equitativa, sia pure con preciso limite di utilizzo solo in ipotesi di impossibilità, o di estrema difficoltà, di una precisa prova sul quantum del danno subito.

4. Osservazioni conclusive.

L'analisi del danno da perdita di chance illustrato nei suoi presupposti costitutivi consente di comprendere in pieno il valore della sentenza del Consiglio di Stato, sezione V, 11 luglio 2018, n. 4225. Questa pronuncia è l'emblema del più recente orientamento del Consiglio di Stato, in tema di risarcimento del danno da perdita di chance nelle gare di appalto, segnato dalla sentenza in commento e da precedenti pronunce tra cui si annovera quella del Consiglio di Stato, Sez. IV, 16 maggio 2018, di poco precedente ed altre citate in testo. La pronuncia in commento, - così come le altre - inquadra la perdita di chance come figura potenzialmente correlabile al risarcimento della lesione dell'interesse contrattuale negativo, in quanto dette chances riguardano le favorevoli occasioni contrattuali di segno alternativo alla partecipazione alla procedura di appalto della quale si tratti. In materia di appalti pubblici, la domanda di risarcimento del danno da perdita di chance, in caso di annullamento dell'aggiudicazione della società partecipante alla gara, può essere apprezzata ove quest'ultima dimostri di aver fatto affidamento ed impegnato somme per giungere alla stipulazione del contratto poi non intervenuto, rinunciando a partecipare ad altre gare. Come si è già osservato, grava sul danneggiato l'onere di provare gli elementi costitutivi del titolo risarcitorio da perdita di chance ai fini della corretta proposizione della relativa domanda di risarcimento del danno, tale da poterne consentire la valutazione di accoglimento o rigetto da parte del giudice adito. Il canone ermeneutico espresso dalla pronuncia in commento, come riportato anche dall'altra recente pronuncia del 2018 n. 2907, tende a riconoscere il danno da perdita di chance sul presupposto dell'esistenza di "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. In buona sostanza, è la probabilità di riuscita a doversi considerare quale chance risarcibile. In materia di responsabilità civile dell'amministrazione non c'è spazio risarcitorio per la mera possibilità di conseguire l'utilità sperata, da ritenersi chance irrisarcibile. Si può concludere, quindi, che, il risarcimento del danno da perdita di chance richiede 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 soltanto la perdita di una mera ed ipotetica eventualità di conseguimento del bene della vita. Ciò appare chiaro dall'assetto univoco delle varie pronunce citate nel testo della in commento. Il Consiglio di Stato, sezione V, 11 luglio 2018, n. 4225 ha voluto precisare i parametri - già acclarati - applicandoli al caso specifico sottopostogli in esame. L'applicazione dei criteri adottati dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato si è tradotta nella sentenza in commento in una

ulteriore applicazione degli stessi all'ipotesi di un concorrente il quale attui l'autonoma scelta di non partecipare ad una procedura di gara che si ritiene essere stata illegittimamente indetta. Il Consiglio di Stato ha ritenuto la circostanza impeditiva alla configurazione di una qualche ipotesi di chance che, in ogni caso, deve comunque avere un minimo di consistenza ed essere, dunque, una possibilità concreta, apprezzabile, dotata di una sua ontologica consistenza e non meramente ipotetica e aleatoria.

Note e riferimenti bibliografici ^[1] Si veda in tal senso il recente testo Scoca F. G., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, 2017. ^[2] Art. 124 - Tutela in forma specifica e per equivalente: L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122. Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato. - 2. La condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile. - 3. Il processo amministrativo ha trovato una compiuta ed unitaria disciplina con il Codice del processo amministrativo, approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 ed entrato in vigore il 16 settembre 2010. ^[3] Per converso, risulta diversa la natura della lesione maturata, all'interno del procedimento, ossia all'interesse legittimo dei concorrenti ad un corretto e leale svolgimento della procedura. Quest'ultima, difatti, andrà ristorata – indipendentemente dall'accertamento del diritto al contratto – in termini di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione. ^[4] Si confronti ex multis Consiglio di Stato, Sezione V, 26.04.2018, n. 2527. ^[5] Si confronti in tal senso Consiglio di Stato, sez. V, 18/06/2018, n. 3733; conformi (cfr., in tema di pubblici concorsi, Consiglio di Stato, Sez. III, 27.11.2017, n.5559, nonché Cass. Lav 25.08.2017, n.20408; in tema di contratti pubblici si confronti Consiglio di Stato, Sez. V, 07.06.2017, n. 2740; Consiglio di Stato, Sez.VI, 4.09.2015, n. 4115 ed altre. ^[6] Si confronti Consiglio di Stato, sez. IV, 14/06/2018, (ud. 24/05/2018, dep.14/06/2018), n. 3657. ^[7] Si confronti in tal senso Consiglio di Stato, V, 8 ottobre 2014, n. 5008; 17 luglio 2014, n. 3774. La sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 11.07.2018 n. 4225 - qui in commento nell'espressione di quanto sopra - si richiama ad altra pronuncia quale sentenza della Sezione V del 26.04.2018 n.2527, a mezzo della quale il Consiglio di Stato ha definito i termini entro i quali la c.d. perdita di chance è ammessa a risarcimento. I concetti affermati riguardano la tecnica risarcitoria della chance impone un ulteriore necessario passaggio. L'illegittima condotta dell'amministrazione - determinante un danno risarcibile da perdita di chance - genera un danno nella sfera del concorrente alla gara quantificabile in termini risarcitori definibile in misura percentuale che nella situazione data presentava per l'interessato la probabilità di aggiudicazione - la chance appunto - parametrata alla fase della procedura

in cui è stato adottato l'atto illegittimo e come poi si sarebbe evoluta. Si tratta di passaggio fondamentale poichè il partecipante alla gara può beneficiare del risarcimento per equivalente soltanto ed allorquando la sua chance di aggiudicazione abbia raggiunto una "probabilità seria e concreta" o anche "elevata probabilità" di aggiudicazione del contratto. La "mera possibilità" di aggiudicazione, al contrario, è in grado di determinare solo un ipotetico danno comunque non meritevole di reintegrazione poichè in pratica nemmeno distinguibile dalla lesione di una mera aspettativa di fatto"(cfr. §"18.3).^[8] Si confronti Consiglio di Stato, sez. V, 18/06/2018, n. 3733. Ai fini della quantificazione del risarcimento per la perdita di chance causata dall'illegittima condotta dell'amministrazione, occorre stabilire la misura percentuale della probabilità di aggiudicazione per l'interessato, tenendo conto della fase della procedura in cui è stato adottato l'atto illegittimo e di come si sarebbe evoluta nel prosieguo; per beneficiare del risarcimento per equivalente, infatti, la chance di aggiudicazione dell'interessato ha effettivamente raggiunto un'apprezzabile consistenza, consistente in una probabilità seria e concreta o anche in una elevata probabilità di aggiudicazione del contratto, mentre in presenza di una mera possibilità di aggiudicazione, vi è solo un ipotetico danno che non risulta meritevole di reintegrazione.^[9] Si confronti Consiglio di Stato, sez. V, 30/01/2017, (ud. 13/12/2016, dep.30/01/2017), n. 372 ; Sez V, 25 febbraio 2016, n. 762; Sez IV 20 marzo 2015, n. 1532; Sez. V, 31 dicembre 2014, n. 6450. La giurisprudenza, in relazione all'individuazione del danno da perdita di chances, indica tale concetto nella lesione della possibilità, già esistente nel patrimonio del danneggiato, di conseguire un risultato favorevole, come antecedente causale, in termini di probabilità, del vantaggio aspirato. Per valutare se sussiste la risarcibilità di un tale danno (an debeatur) è anzitutto necessario verificare la sussistenza dell'elevata probabilità che, se non ci fosse stato l'evento lesivo e, quindi, se non si fosse verificato il pregiudizio (c.d. giudizio controfattuale, o di prognosi postuma) l'interessato avrebbe, con oggettiva ragionevole sicurezza, ottenuto il risultato sperato. Nel caso di mancato affidamento di una gara di appalto, e specificatamente nel caso in cui non sia possibile ritenere che l'aggiudicazione avrebbe avuto con certezza esito positivo, la perdita di chances, cioè la rilevante probabilità di conseguire l'appalto, concretizza una lesione ingiusta che andrebbe risarcita per equivalente, perché l'aggiudicazione dell'appalto è ormai divenuta impossibile. il danno risarcibile (quantum debeatur) corrisponderebbe al mancato utile conseguibile dall'impresa illegittimamente pretermessa dalla gara. Questo tipo di danno, tuttavia, ove non sia realmente stimabile, provato e non deducibile in via presuntiva, va diniegato perché dev'essere rigorosamente dimostrato in rispetto del principio dell'onere della prova, come evidenzia la più recente giurisprudenza. Infatti, ai fini del risarcimento dei danni provocati da illegittimo esercizio del potere amministrativo in gare pubbliche, è onere del ricorrente, ex art. 2697 c.c. fornire al giudice la prova sia dell'esistenza che dell'entità del danno lamentato in particolare dimostrando in concreto la percentuale di utile effettivo che avrebbe davvero conseguito se fosse risultato aggiudicatario della gara, tenendo conto di tutte le voci di costo. Se non risulta fornita idonea documentazione una tale prova; e nemmeno è stata allegata con l'atto introduttivo del giudizio e con l'atto di appello, mentre competeva al

domandante di specificare il quantum risarcibile facendo espresso riferimento all'utile conseguibile dall'appalto, indicando anche la documentazione di tale mancato utile (difetto di prova, e ancor prima, di idonea allegazione), la domanda risarcitoria non può che essere respinta. Parimenti andranno respinte le ulteriori domande relative al risarcimento per danno curriculare, di cui si chiede la liquidazione, anche in via equitativa. Infatti tale voce di danno è parametrata al danno risarcito per mancato conseguimento dell'utile che, nella specie, come detto, non è però risarcibile laddove incorra nel difetto di idonea allegazione e dimostrazione, posto che non è consentito ricavare altrimenti il parametro per la liquidazione equitativa richiesta.

Bibliografia:

Bianca M., Diritto Civile, V, La responsabilità, Milano, 2012,

Cendon P., Il diritto privato nella giurisprudenza, a cura di, La responsabilità civile, vol. II, Utet, Torino, 2000,

Garofoli R - Ferrari G. , Manuale di diritto amministrativo, Roma, 2016,

Scoca F. G., L'interesse legittimo. Storia e teoria, Giappichelli, 2017.

Giurisprudenza:

Corte Giust. CE, Sez. III, 30 settembre 2010, causa C. 314/09, in Urb. app., 2011, 398 con commento di R. Giovagnoli.

Corte Giust. C.E., 14 ottobre 2004, causa C-275/03.

Cons. Stato, Sez. V, 11.07.2018 n. 4225;

Cons. Stato, sez. V, 18/06/2018, n. 3733;

Cons. Stato, sez. IV, 16.05.2018, n.2907:

Cons. Stato, sez. IV, 14/06/2018, n. 3657;

Cons. Stato Sezione V del 26.04.2018 n.2527;

Cons. Stato, Sez. III, 27.11.2017, n.5559;

Cons. Stato, Sez. V, 07.06.2017, n. 2740;

Cons. Stato, sez. V, 30/01/2017, n. 372 ;

Cons. Stato, Sez. III, 2.02. 2016 n. 401;

Cons. Stato, Sez V, 25.02. 2016, n. 762;

Cons. di Stato, Sez.VI, 4.09.2015, n. 4115;

Cons. Stato, Sez IV 20.03.2015, n. 1532.
