

Antonio Senatore*

*Responsabilità e risarcimento in ambito
di mancata aggiudicazione di pubblica gara*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La natura della responsabilità: peculiarità delle procedure di aggiudicazione – 3. Dalla concezione ‘etica’ di responsabilità alla concezione ‘tecnicistica’ – 4. Gli oneri probatori, la tutela in forma specifica ed il rapporto con la tutela in forma equivalente – 5. La quantificazione del danno da mancata aggiudicazione – 6. Le voci del danno risarcibile da mancata aggiudicazione – 7. Le incidenze negative sul risarcimento (artt. 1227, comma 2, c.c. e 30, comma 3, c.p.a.) – 8. Il risarcimento della perdita di *chance*.

1. *Premessa*

La responsabilità civile della pubblica amministrazione, mentre è da tempo affermata - anche in virtù del disposto dell’art. 28 della cost. - quale conseguenza dell’attività giuridica svolta secondo diritto comune, è un approdo relativamente recente con riferimento all’esercizio del potere pubblico¹.

È alla nota sentenza della Corte di Cassazione Civile a Sezioni Unite n. 500 del 22 luglio 1999² che va attribuito il definitivo superamento del principio di irresponsabilità della pubblica amministrazione, invero, già messo in forte

* Avvocato in Roma

¹ Sul tema A. VIOLANTE, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione da atti e comportamenti illegittimi*, Napoli, 2003; G. ALPA, in G. ALPA E M. BESSONE (a cura di), *La responsabilità civile*, III ed., Milano, 2001; F. SATTÀ, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, 1988, p. 1369.

² Tra i vari commenti si segnala A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell’interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.*, 1/1999, p. 487; G. BERTI, *La giustizia amministrativa dopo il D.Lgs. n. 80 del 1998 e la sentenza n. 500 del 1999 della Cassazione*, *ibidem*, 1/2000, p. 1 s.s.; F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, *ibidem*, 1/2000; p. 13 ss.; V. CAIANIELLO, *Postilla in tema di riparto fra le giurisdizioni*, *Nota a Cass. sez. un. civ. 22 luglio 1999, n. 500*, in *Foro Amm.*, 1999, pp. 2034 - 2038; V. CARBONE, *La Cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi* *Nota a Cass. sez. un. civ. 22 luglio 1999, n. 500/SU*, in *Danno e resp.*, 1999, pp. 974 - 977.

crisi dal riconoscimento a livello comunitario della responsabilità dello Stato legislatore a causa dell'omesso, tardivo o erroneo recepimento di norme comunitarie non direttamente applicabili nell'ordinamento interno³.

Dopo la sentenza poc'anzi richiamata, seguita dalla modifica dell'art. 7 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (c.d. legge Tar), a cura dell'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, la giurisprudenza ha definitivamente inquadrato il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo nello schema della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c.⁴, ponendo in posizione recessiva l'orientamento, proposto da parte della dottrina, che qualifica l'illecito come peculiare responsabilità contrattuale derivante dal «contatto amministrativo»⁵.

Tuttavia, non si può che prendere atto oggi della mancanza di un autonomo statuto della responsabilità civile della pubblica amministrazione. La legislazione contempla principalmente regole di carattere processuale, come quelle contenute nel codice del processo amministrativo (artt. 7 30, 121-125), approvato a mezzo del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, mentre i caratteri sostanziali della responsabilità rimangono ancora quelli elaborati dalla giurisprudenza amministrativa, che segue, come ricordato, lo schema della responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 c.c.⁶ Invero, va rilevato che l'art. 30 c.p.a. contiene alcuni riferimenti, come quelli al danno ingiusto ed all'art. 2058 c.c., che lascerebbero intendere una volontà legislativa, non solo riconducibile alla giurisprudenza, di voler ricondurre per esercizio illegittimo del poter amministrativo, allo schema dell'art. 2043 c.c.

Nemmeno l'ordinamento comunitario fornisce riferimenti utili sul regime della responsabilità della pubblica amministrazione, fatta salva la materia degli appalti, oggetto del presente contributo, ove alcune previsioni di rilievo sono contenute nella c.d. direttiva ricorsi, la direttiva 2007/66/CE, approvata dal Parlamento europeo e del Consiglio, l'11 dicembre

³ Corte di Giustizia CE 19 novembre 1991 (Francovich), che per prima riconosce la configurabilità di una responsabilità a carico degli Stati membri per i danni causati ai singoli cittadini per la violazione dei propri obblighi comunitari. Per la giurisprudenza interna, da ultimo, Cass. Civ., Sez. III, 22 novembre 2019, n. 30502, in *Giust. Civ. Massimario* 2019. E per una trattazione generale della materia si segnala tra molti contributi R. FORNASARI, *La responsabilità dello Stato per atto normativo derivante dalla violazione delle legittime aspettative dell'investitore*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1/2019, pp. 219-246.

⁴ Cons. St., Sez. III, 29 gennaio 2020, n. 732 e Cass. Civ., Sez. Un., 14 gennaio 2020, n. 41, in www.dejure.it.

⁵ C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Studi in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, p. 147; G. SDAGANELLI, *La responsabilità precontrattuale da contatto sociale al vaglio del giudice amministrativo*, in www.giustamm.it.

⁶ Tra le più recenti Cons. St., Sez. V, 9 marzo 2020, n. 1674, in www.giustizia-amministrativa.it.

2007, di avvenuta modifica delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, per il miglioramento delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici. La c.d. direttiva ricorsi non introduce una disciplina organica della responsabilità dell'amministrazione committente, ma si limita a regolare aspetti specifici, da un lato, affermando la distinzione tra risarcimento del danno e sanzioni alternative, dall'altro, lasciando al Legislatore interno la determinazione dei casi di inefficacia del contratto (in aggiunta alle ipotesi indefettibili di obbligatoria inefficacia ivi stabilite) e risarcimento del danno in forma equivalente.

Anche le più recenti direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE, approvate il 26 febbraio 2014 dal Parlamento europeo e del Consiglio, recepite internamente da parte del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. nuovo codice degli appalti pubblici), non recano indicazioni ulteriori, che portano ad affermare che nella particolare materia degli appalti, a differenza delle altre materie costituenti l'ordinamento amministrativo, vi siano norme regolatrici del risarcimento del danno in tutti i suoi aspetti (natura, fatto illecito, elemento soggettivo, nesso di causalità, misura del risarcimento).

Il contributo più significativo, ai fini della determinazione dello statuto della responsabilità per le procedure di appalto della p.a., capace di creare una sensibile differenziazione tra detta responsabilità e quella emergente dall'azione autoritativa condotta in altri settori dell'ordinamento, si riscontra nella nota sentenza della Corte di Giustizia U.E. 9 dicembre 2010, C-568/08.

La pronuncia anzidetta, interpretando gli artt. 1, n. 1, e 2, nn. 1, 5 e 6 della sopra citata direttiva CE 89/665, sostanzialmente riprodotti nelle successive direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE, afferma, in maniera assai innovativa, la responsabilità 'oggettiva' dell'amministrazione committente; con una conseguente pretermissione dall'indagine, da condurre a cura dell'organo giudicante, dell'elemento soggettivo (colpa oppure dolo) della responsabilità, che rimane così subordinata alla sussistenza degli altri elementi costitutivi: il danno, l'antigiuridicità della condotta provvedimentoale, la sussistenza di un nesso di causalità diretta e necessaria tra condotta e danno.

Ne è derivata una concezione della responsabilità amministrativa in materia di appalti, come detto, innovativa, senza precedenti, che tuttavia non ha coinvolto la concezione generale della responsabilità derivante dall'esercizio del potere autoritativo, considerato che la giurisprudenza amministrativa seguente, sin da subito, ha ritenuto che l'orientamento espresso da parte della Corte di Giustizia dovesse rimanere confinato alla violazione della normativa comunitaria in tema di appalti e non meritasse di trovare applicazione in maniera estensiva⁷.

⁷ Tra molte in questi termini Cons. St., Sez. V, 7 giugno 2013, n. 3133 e Tar Lazio, Roma,

2. La natura della responsabilità: peculiarità delle procedure di aggiudicazione

Sulla scorta dei fondamentali principi affermati dalla sopra richiamata sentenza della Corte di Cassazione n. 500/1999, la giurisprudenza amministrativa si è costantemente orientata nel ricondurre allo schema dell'art. 2043 c.c. la responsabilità dell'amministrazione derivante dall'esercizio del potere autoritativo. Da questo punto di vista, il primo elemento costitutivo, ma non risolutivo e sufficiente, è l'illegittimità dell'azione amministrativa, cui deve seguire il positivo riscontro di tutti gli altri elementi costitutivi della responsabilità, ossia la lesione della situazione soggettiva di interesse tutelata dall'ordinamento, ossia la sussistenza di un danno, la colpa o il dolo della pubblica amministrazione quale elemento soggettivo, ed infine il nesso causale tra l'illecito e il danno subito⁸.

In modo significativo l'elemento soggettivo è ravvisato, oltre che nel dolo inteso come volontarietà della condotta, tesa a nuocere al privato destinatario dell'azione amministrativa, anche nella c.d. 'colpa di apparato', con essa facendo riferimento non alla colpa del funzionario agente, ma alla colpa dell'amministrazione intesa come apparato. Tale forma di colpa è ravvisata in ogni difettoso funzionamento dell'apparato amministrativo, ossia nella violazione dei canoni di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, riconducibili all'art. 97 della cost., oppure nella negligenza, nelle omissioni o negli errori interpretativi di norme, ritenuti non scusabili, in ragione dell'interesse giuridicamente protetto del privato che instaura un rapporto con l'amministrazione pubblica⁹.

A fattore escludente della c.d. colpa di apparato la medesima giurisprudenza eleva l'errore scusabile, ravvisato al cospetto di contrasti giudiziari circa l'interpretazione della norma applicata, oppure, in generale, di un quadro normativo di riferimento incerto o della complessità della situazione di fatto in cui si è calata l'azione amministrativa.¹⁰ La colpa di apparato è ritenuta, altresì, insussistente allorché il comportamento si collochi nella

Sez. III, 7 novembre 2013, n. 11025, entrambe su www.giustizia-amministrativa.it.

⁸ *Ex multis* Cons. St., Sez. IV, 4 febbraio 2020, n. 909 e Cons. St., Sez. V, 2 gennaio 2019, n. 14, *idem* Tar Lazio, Roma, Sez. III *quater*, 5 luglio 2017, n. 7941, tutte su www.giustizia-amministrativa.it. Per una trattazione generale della tutela risarcitoria nei confronti della P.A., si rinvia a F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, X ed., 2017, pp. 226 – 309.

⁹ Sull'elemento soggettivo della responsabilità extracontrattuale della p.a., più di recente, Cons. St., Sez. V, 14 febbraio 2020, n. 1181 e Cons. St., Sez. V, 24 gennaio 2020, n. 601, entrambe in www.dejure.it.

¹⁰ Sull'errore scusabile, tra molte, Tar Lazio, Roma, Sez. III, 3 dicembre 2019, n. 13835, in www.dejure.it.

contingenza e doverosità di sovvenire ad esigenze di celerità - come quello sussistente nel caso di adozione di interdittive prefettizie e in generale di misure cautelari - quando al momento dell'emanazione del provvedimento, non emergono elementi che denotino la mala fede, gravi irregolarità, poco commendevoli mancanze di diligenza, né intendimenti finalizzati in modo evidente a nuocere all'interessato, posto che tali provvedimenti non intendono reprimere la posizione dei singoli, ma salvaguardare gli interessi della pubblica amministrazione¹¹.

Non mancano tuttavia posizioni differenti, volte, non ad elidere il requisito soggettivo della responsabilità, ma quantomeno a semplificare gli oneri probatori in carico al danneggiato. Ci si riferisce a quella tesi secondo cui la colpa di appartato può ritenersi presunta alla luce di elementi significativi, *in primis* l'accertata illegittimità del provvedimento amministrativo, considerato che l'elemento soggettivo è un effetto, se non automatico, comunque altamente probabile dell'accertata illegittimità¹². La tesi conduce, dunque, a ritenere sussistente una presunzione 'semplice', ai sensi degli artt. 2727 e 2729 c.c., di responsabilità, con la possibilità, da parte dell'amministrazione coinvolta, di fornire una prova contraria dell'assenza di colpa, adducendo ipotesi di errore scusabile nei termini di cui sopra ricordato¹³. In altre parole, l'illegittimità dell'azione amministrativa è intesa come indice, grave, preciso e concordante di un atteggiamento colposo dell'amministrazione e, dunque, censurabile, secondo uno schema di prova indiretta e adeguata semplificazione probatoria¹⁴.

Si tratta di una tesi che trova particolare seguito in giurisprudenza,

¹¹ In tema di interdittive antimafia, di cui artt. 84 e 91 del d.lgs. n. 159/2011, Cons. Stato, Sez. III, 1° aprile 2019, n. 2157 e Cons. St., Sez. III, 12 febbraio 2015, n. 748, in www.giustizia-amministrativa.it, in tema P. CANAPARO, *Informativa antimafia illegittima e risarcimento del danno: nessun rapporto automatico*, in *App. e Contr.*, 5/2018, pp. 22-27. Con riferimento alla fattispecie simile dello scioglimento degli enti locali per infiltrazioni mafiose ai sensi all'art. 143 del d.lgs. n. 267/2000, da ultimo Tar Lazio, Roma, Sez. I, 28 febbraio 2020, n. 2623, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹² V. CINGANO, *Onere della prova ed elemento soggettivo nell'azione di responsabilità contro la P.A. per il risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, in *Dir. Proc. Amm.*, III/2013, pp. 559-581;

¹³ Tra molte Cons. St., Sez. IV, 3 settembre 2019, n. 6076 e Tar Sicilia, Palermo, Sez. III, 21 giugno 2019, n. 1667, in www.dejure.it.

¹⁴ Cons. St., Sez. IV, 12 aprile 2018, n. 2197 e Tar Piemonte, Sez. I, 27 giugno 2014, n. 1140, in www.dejure.it. Sul tema S. VALAGUZZA, *Percorsi verso una "responsabilità oggettiva" della pubblica amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1/2009, pp. 51-100; M.C. CAVALLARO, *La rilevanza dell'elemento soggettivo nella struttura dell'illecito della pubblica amministrazione: un ulteriore chiarimento del Consiglio di Stato*, in *Nuove autonomie*, 5/2005, pp. 741-749.

ma cui è mossa l'obiezione secondo cui la stessa finirebbe per comportare un'inversione dell'onere della prova, da ritenersi inammissibile secondo lo schema dell'art. 2043 c.c.¹⁵ Se ne desume, di conseguenza, che l'azione amministrativa illegittima non sarebbe capace di per sé e da sola di disvelare una c.d. colpa di apparato, rimanendo l'azione risarcitoria assoggettata agli oneri probatori che si impongono al privato danneggiato per ogni elemento costitutivo della responsabilità aquiliana, incluso quello soggettivo. Se ne desume, altresì, che il ricorso alle presunzioni sarebbe consentito, ma con il pieno potere di apprezzamento del giudice in ordine alla relativa idoneità a rango di prova, secondo lo schema del generale onere di cui all'art. 2967 c.c., e secondo le concrete risultanze processuali in essere.

A tale ordine di considerazioni se ne può aggiungere un'ulteriore: la presunzione di colpa da ricondurre all'accertata illegittimità del provvedimento amministrativo, finirebbe per introdurre una peculiare fattispecie di responsabilità 'aggravata', che, unitamente alla responsabilità 'oggettiva', costituiscono, nel sistema del diritto comune a cui si rifa la giurisprudenza amministrativa, fattispecie derogatorie della generale responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 c.c. (come quelle di cui agli artt. 2047, 2050 c.c.), ragione per la quale fattispecie del genere necessitano di una espressa previsione legislativa, che le introduca nell'ordinamento, mancante nel caso di specie, anche considerata la ricordata mancanza di uno statuto giuridico della responsabilità della pubblica amministrazione.

L'orientamento generale sopra delineato, che vuole una decisione del giudice che stabilisce se evento dannoso sia imputabile o meno a titolo di dolo oppure colpa della pubblica amministrazione, e che ravvisa, dunque, la colpa ed il dolo quali componenti indefettibili della responsabilità dell'amministrazione, ha trovato applicazione anche in materia di gare pubbliche¹⁶.

Tuttavia, l'effetto che ne conseguito è stato ricondurre a pochi casi il riconoscimento di un errore elevabile a colpa, in una materia, quella degli appalti pubblici, interessata da una normativa di elevato grado tecnico, soggetta a continue modifiche legislative, ad oscillazioni giurisprudenziali frequenti, capaci di creare situazioni in cui è sempre risultato difficile muovere obiezioni in punto di mancanza di perizia e di diligenza della

¹⁵ R. DE NICTOLIS, *Il risarcimento del danno: modalità e tecniche di liquidazione nel settore delle pubbliche gare*, in www.giustizia-amministrativa.it.; *idem* E.M. BARBIERI, *Lesione di interessi legittimi, risarcimento del danno e colpa della pubblica amministrazione*, in *Nuovo notiziario giuridico*, II/2019, pp. 311-320.

¹⁶ Tar Liguria, Sez. I, 23 dicembre 2009, n. 3875 e Tar Sardegna, Sez. I, 17 dicembre 2009, n. 2223, in www.dejure.it.

pubblica amministrazione, a norma dell'art. 1176 c.c.

All'elevato grado di insoddisfazione, per la tutela delle situazioni giuridiche lese, derivante dall'applicazione del suddetto orientamento, ha per così dire posto 'rimedio' la più volte richiamata pronuncia della Corte di Giustizia Europea 9 dicembre 2010, C-568/08. Tale sentenza afferma che al cospetto di una aggiudicazione illegittima la tutela dell'operatore economico leso, che si è visto privare della pubblica commessa, spetta a prescindere dal carattere colpevole della violazione. Secondo la Corte di Giustizia, diversamente opinando, il rimedio del risarcimento in forma equivalente non sarebbe un'alternativa valida ed effettiva rispetto a quello in forma specifica (l'aggiudicazione), che opera a prescindere dal riscontro della colpa. A queste conclusioni giunge in base ali artt. 1, n. 1, e 2, nn. 1, 5 e 6 della direttiva 89/665, finendo per instaurare un parallelismo tra i due rimedi (tutela in forma specifica e per equivalente), tale da far presupporre un'identica natura¹⁷.

L'elemento della colpa è risultato, pertanto, estromesso definitivamente dalla fattispecie della responsabilità della amministrazione pubblica; il che comporta l'impossibilità di quest'ultima di fare leva su ogni difetto di imputabilità soggettiva della violazione della normativa in materia di appalti, rendendo inattuale e superando la presunzione di colpevolezza sulla quale la sopra richiamata giurisprudenza si era soffermata in materia di responsabilità extracontrattuale della p.a.

In linea con le affermazioni della Corte di Giustizia è la pressoché unanime giurisprudenza amministrativa successiva, a mente della quale la responsabilità per danni conseguenti all'illegittima aggiudicazione di una pubblica gara non richiede la prova dell'elemento soggettivo della colpa, trattandosi di un modello di responsabilità 'oggettiva', disancorato dall'elemento soggettivo e coerente con l'esigenza di assicurare l'effettività del rimedio risarcitorio in forma equivalente¹⁸.

¹⁷ In questi termini, ed anche per un efficace commento alla pronuncia, R. GIOVAGNOLI, *Tutela in forma specifica e tutela in forma equivalente dell'interesse all'aggiudicazione*, in *Urb. e App.*, 4/2011, p. 398.

¹⁸ Tar Lazio, Roma, Sez. I, 3 giugno 2019, n. 7132 e 28 maggio 2019, n. 6690 in www.dejure.it; *idem* Cons. St., Sez. V, 25 febbraio 2016, n. 772, in www.giustizia-amministrativa.it; *contra*, in maniera recessiva, Cons. St., Sez. V, 24 febbraio 2011, n. 1184. In tema B. BOSCHETTI, *Natura oggettiva della responsabilità per danni in materia di appalti: nuovi fondamenti tra norme e principi*, in *Urb. e App.*, 2/2013, pp. 165-176.

3. Dalla concezione 'etica' di responsabilità alla concezione 'tecnicistica'

Come sopra rammentato, la Corte U.E. afferma che gli artt. 1, n. 1, e 2, nn. 1, 5 e 6 della direttiva 89/665 non prevedono che la violazione delle norme sugli appalti pubblici, atta a far sorgere un diritto al risarcimento a favore del soggetto leso, debba presentare caratteristiche particolari, quale quella di essere connessa ad una colpa, comprovata o presunta, dell'amministrazione aggiudicatrice. Tuttavia, sul punto si rileva come nell'ordinamento interno, nel quale inevitabilmente deve collocarsi la responsabilità da illegittima aggiudicazione, è ferma la regola generale di una responsabilità extracontrattuale basata sul dolo o sulla colpa, mentre la responsabilità oggettiva, che prescinde dalla colpa, opera con riguardo a specifiche attività e fattispecie, previste in modo espresso dal Legislatore.

Pertanto, la responsabilità oggettiva non può configurarsi sulla base della mera circostanza, evidenziata dalla predetta pronuncia, che vede le norme comunitarie non aver previsto l'elemento costitutivo della colpa. Non può essere un elemento testuale del genere, cioè un mancato richiamo all'elemento soggettivo della colpa, a configurare, senza indicazioni ulteriori, una responsabilità oggettiva, dovendosi ritenere necessaria - rilevando una responsabilità eccezionale rispetto a quella generale extracontrattuale - una norma, non rinvenibile negli articoli poc'anzi citati, che configuri la responsabilità estromettendo in modo espresso l'elemento soggettivo¹⁹.

La natura eccezionale e derogatoria della responsabilità oggettiva imporrebbe, affinché possa configurarsi nella materia degli appalti per l'illegittima aggiudicazione, un'esplicita previsione in questo senso, ossia capace di affermare in maniera chiara ed inequivoca l'irrilevanza dell'elemento soggettivo. Ed una previsione del genere, non solo manca nell'ambito della normativa comunitaria, ma manca anche nell'ordinamento interno, che, come ricordato nelle premesse del presente contributo, non regola la responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione, facendo ancora

¹⁹ Una norma del genere è rinvenibile, nell'art. 112, comma 3, c.p.a., per la responsabilità da impossibile esecuzione in forma specifica del giudicato. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 12 maggio 2017, n. 2, in www.giustizia-amministrativa.it, riconduce alla previsione una responsabilità oggettiva della p.a., ossia una «*forma di responsabilità che, nei casi di impossibilità non imputabile a violazione o elusione del giudicato, presentata i caratteri della responsabilità oggettiva, perché non è ammessa alcuna prova liberatoria fondata sulla carenza dell'elemento soggettivo (dolo o colpa), che, invece, necessariamente connota le ipotesi di violazione o elusione del giudicato; potendo la responsabilità essere esclusa solo per la insussistenza (originaria) o il venir meno del nesso di causalità, il cui onere probatorio grava sul debitore medesimo*».

riferimento, a distanza di oltre un ventennio dalla pronuncia delle SS.UU. della Cassazione n. 500/1999, alla fattispecie generale e civilistica dell'art. 2043 c.c.

È criticabile, di conseguenza, lo stesso giudizio conclusivo della Corte U.E., secondo cui le direttive comunitarie devono essere interpretate nel senso che osterebbe alla normativa nazionale subordinare il diritto ad ottenere un risarcimento, quale motivo di una violazione della disciplina sugli appalti, 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 per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata. Una conclusione in questo senso avrebbe invero meritato un contrasto che non emerge in maniera così nitida tra la normativa nazionale e la normativa comunitaria, per il fatto che quest'ultima non presenta una formulazione testuale tale da essere interpretata nel senso di prevedere una responsabilità sganciata da ogni indagine e giudizio sulla rimproverabilità soggettiva della violazione occorsa e del pregiudizio arrecato.

Invero, l'orientamento giurisprudenziale originato dalle indicazioni della Corte di Giustizia in materia di illegittima aggiudicazione sembra aver introdotto una concezione di responsabilità extracontrattuale di tipo 'tecnicistico', in contrapposizione alla tradizionale concezione 'etica'.

La concezione 'etica' ravvisa nella responsabilità extracontrattuale la repressione di un atto colpevole, cioè la sanzione che segue alla volontaria violazione di un comando giuridico, che è al tempo stesso un dovere morale: non arrecare ad altrui danno²⁰. Una concezione, dunque, che trova come elemento centrale un atteggiamento biasimevole, espresso dal dolo e dalla colpa, che costituisce il requisito soggettivo dell'illecito, ossia come un modo di essere della volontà del soggetto. Tale concezione tradizionale di responsabilità ha iniziato a patire nel tempo una contestazione, in esito alla progressiva e tutt'ora in essere 'massificazione' del danno²¹, quest'ultima originata dal progresso tecnologico, scientifico ed industriale, che ha comportato una moltiplicazione delle cause di pregiudizio, e contestualmente il moltiplicarsi e l'aumentare della complessità delle prestazioni, dei prodotti, dei servizi, delle stesse norme alla base delle relazioni giuridiche tra consociati²².

²⁰ In tema si veda M. BIANCA, *La responsabilità*, II ed., Milano, 2019, p. 546 ss.

²¹ Si veda ancora M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., p. 549.

²² In merito alle ragioni sociali ed economiche della responsabilità oggettiva R. COOTER, U.

La massificazione del danno, per come sopra intesa, ha messo in crisi il sistema della responsabilità per colpa, che è risultata molto spesso inadeguata a far fronte alle istanze di tutela della persona. Di qui la nascita di una concezione tecnicistica della responsabilità, che non deve più essere intesa come un sistema repressivo che colpisce un'azione vietata dall'ordinamento, ma come uno strumento di riequilibrio economico del danno: il compito della responsabilità non sarebbe quello di punire il colpevole, ma di far sì che il danno derivante da un fatto illecito venga riparato²³. Di conseguenza, la concezione tecnicistica si caratterizza per ripudiare la colpa - indicata come elemento irrilevante e ingiustamente limitativo del risarcimento - dagli elementi costitutivi della responsabilità civile, che troverebbe invece proprio fondamento nell'antigiuridicità del fatto e nel nesso causale.

Si tratta tuttavia di una tendenza non ancora largamente condivisa, visto che l'approccio, anche quello più recente, del Legislatore interno, di fronte a materie ed ambiti d'azione che richiedono particolare complessità tecnico o scientifica, è quello di introdurre fattispecie di responsabilità, per così dire, rafforzata, ossia per colpa grave, piuttosto che responsabilità oggettiva o aggravata²⁴.

Per quanto la letteratura giuridica e la giurisprudenza in tema di responsabilità extracontrattuale rimangano tutt'oggi fedeli alla concezione etica della responsabilità, a chi scrive sembra che le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza comunitaria abbiano voluto dare ingresso nella materia degli appalti ad una concezione tecnicistica della responsabilità. Del resto, si è sopra ricordato come l'applicazione del tradizionale orientamento in tema di responsabilità extracontrattuale della c.d. colpa di apparato avrebbe come effetto quello, non di rado verificatosi, di rendere particolarmente difficile, nella materia degli appalti caratterizzata da particolare complessità tecnica, il riscontro dell'elemento soggettivo e l'assolvimento del relativo onere della prova in capo al danneggiato, con una conseguente e generale inadeguatezza del sistema di tutela processuale apprestato in favore dell'operatore economico danneggiato dall'amministrazione pubblica²⁵.

MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Vol. I, Bologna, 1999, p. 215 ss.

²³ In questo senso R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile*, in *Novissimo Dig. It.*, XV, Torino, 1968, pp. 164 e 171 e M. BARCELLONA, *Corso di Diritto Civile*, Torino, 2011, p. 13.

²⁴ Si veda per la responsabilità da malpratica sanitaria l'art. 6 della legge 8 marzo 2017, n. 24 (Legge Gelli).

²⁵ Sulla natura oggettiva della responsabilità, intesa come strumento di "effettività del rimedio risarcitorio" e, più in generale, come mezzo per una tutela effettiva di cui all'art. 1 del c.p.a., Cons. St., Sez. V, 25 febbraio 2016, n. 772, Tar Campania, Napoli, Sez. I, 13

4. *Gli oneri probatori, la tutela in forma specifica ed il rapporto con la tutela in forma equivalente*

Sotto il profilo degli oneri probatori va ricordato preliminarmente che la giurisprudenza²⁶ e la dottrina²⁷ interpretano gli artt. 63 e 64 c.p.a. richiedendo alle parti l'onere di provare i fatti a sostegno delle proprie pretese, senza però che tale onere si caratterizzi con l'applicazione della regola dall'art. 2697 c.c. in maniera puntuale, ma con un temperamento dato dalla possibilità di un intervento surrogatorio in favore delle parti a cura del giudice. Le parti, in particolare il ricorrente, assolvono i gli oneri istruttori introducendo nel processo elementi probatori "nella loro disponibilità" (comma 1, art. 64), mentre ove tali elementi probatori siano "nella disponibilità della pubblica amministrazione" (comma 3), la conseguenza negativa della mancata allegazione non può comportare una reiezione diretta ed immediata delle loro pretese, ammettendosi in questo caso l'intervento surrogatorio (detto anche acquisitivo) del giudice, che può essere richiesto dalle parti interessate o disposto di ufficio.

Il rapporto tra oneri probatori di parte e poteri istruttori del giudice trova in alcuni casi delle deroghe rispetto al sistema sopra delineato, sia nel senso di un maggiore irrigidimento degli oneri di parte, sia nel senso di una consistente attenuazione di essi, accompagnata da una estensione dell'intervento probatorio officioso; ciò, ovviamente, in virtù del diverso atteggiarsi del rapporto tra le parti del giudizio sul piano della disponibilità della prova. Per il primo caso vale proprio il contenzioso per il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo ed in generale tutte le controversie ove si faccia questione di diritti soggettivi. In queste controversie la giurisprudenza non ammette una attenuazione dell'onere probatorio per la parte ricorrente, appunto, in ragione della piena disponibilità per lo stesso ricorrente della prova del danno e degli altri elementi costitutivi della fattispecie della responsabilità extracontrattuale, ed ancora in considerazione della condizione di parità tra le parti che caratterizza le situazioni giuridiche di diritto soggettivo²⁸.

settembre 2016, n. 4256 e Tar Marche, 7 settembre 2018, n. 581, tutte in www.dejure.it.

²⁶ Per l'ampiezza degli argomenti Tar Sicilia, Catania, Sez. IV, 16 maggio 2014, n. 1639, in www.dejure.it.

²⁷ F.G. SCOCA, *Mezzi di prova ed attività istruttoria*, in A. QUARANTA - V. LOPILATO, *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, pp. 543; N. SAIITA, *Sistema di Giustizia Amministrativa*, Milano, 2012, p. 275.

²⁸ Cons. St., Sez. III, 5 marzo 2020, n. 1607 e Cons. St., Sez. III, 24 dicembre 2019, n. 8813, in www.dejure.it.

Come appena detto, non si fa eccezione agli oneri probatori nei termini suddetti in materia di responsabilità e risarcimento del danno da illegittima aggiudicazione, ove le uniche peculiarità discendono nella natura oggettiva (*id est* non colpevole) della responsabilità di che trattasi²⁹.

La conformazione della tutela risarcitoria in materia di pubbliche gare si caratterizza, secondo un'impostazione che la accomuna a quella generale discendente dall'illecito extracontrattuale ed emergente dall'art. 2058 c.c., come volta a privilegiare la tutela in forma specifica degli interessi lesi dell'operatore economico, ponendo come tutela subordinata quella in via equivalente, cui è possibile accedere solo una volta riscontrata l'impossibilità di accedere alla prima forma di tutela.

Gli istituti dello *stand-still* processuale e sostanziale di cui all'art. 32 del d.lgs. n. 50/2016³⁰, il sistema delineato dagli artt. 121 e s.s. del c.p.a., indicano chiaramente una volontà del Legislatore di apprestare, in maniera più efficace e celere possibile, una tutela in forma specifica degli interessi dell'operatore economico partecipante ad una gara i cui atti sono affetti da vizi di legittimità³¹. Una tutela in forma specifica in materia si riscontra, altresì, nella prassi e negli orientamenti seguiti dal giudice amministrativo nell'ambito dell'impugnazione di bandi contenenti c.d. 'clausole escludenti' e dei provvedimenti di esclusione dalla gara, qualora l'atto di aggiudicazione non sia ancora intervenuto; ciò mediante la riammissione in gara dell'operatore escluso oppure con l'ammissione con riserva dell'operatore privo del requisito escludente (e contestato in giudizio), in tal modo attribuendo all'operatore ricorrente la possibilità concreta di ottenere l'ambita commessa pubblica³².

Nell'ottica del risarcimento in forma equivalente, come rimedio derivante dall'impossibilità di accordare un risarcimento in forma specifica, sono significativi i contenuti dell'art. 124, comma 1, del c.p.a., a mente del quale l'accoglimento della domanda dell'operatore economico ricorrente di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è condizionato alla dichiarazione di

²⁹ Cons. St., Sez. V, 26 luglio 2019, n. 5283 e Cons., St., Sez. V, 28 gennaio 2019, n. 697, in www.dejure.it. sul tema si veda anche R. CIPPITANI, *La responsabilità delle amministrazioni aggiudicatrici nella fase precedente alla stipula del contratto*, in *Urb. e App.*, 2/2018, p. 246/258.

³⁰ Per un commento dell'art. 32 del d.lgs. n. 50/2016, si segnala, G.D. COMPORTELLI, *Il procedimento e il responsabile* (a cura di M. CLARICH), in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, II ed., Torino, 2019, p. 273 e ss.; L. PERFETTI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Milano, II ed., 2017, pp. 308-320.

³¹ R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, Milano, 2017, p. 1943 ss.

³² Tar Puglia, Bari, Sez. III, 7 gennaio 2020, n. 10 e Tar Lazio, Roma, Sez. I, 5 dicembre 2019, 13915, in www.dejure.it.

inefficacia dello stesso contratto, se stipulato con l'aggiudicatario selezionato illegittimamente, ai sensi degli artt. 121, comma 1, e 122. Tuttavia, precisa l'art. 124, comma 1, al secondo, che «*se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato*». Al di là della portata degli oneri probatori derivante dall'art. 124, comma 1, c.p.a., sui quali si tornerà a breve, la norma in esame è indicativa del valore 'recessivo' della tutela in forma equivalente.

Una tutela in forma equivalente che può accordarsi all'operatore economico, leso dall'illegittimità della procedura, al cospetto dell'impossibilità di dichiarare inefficace il contratto e disporre il subentro dello stesso operatore nell'esecuzione dell'appalto, a cui fanno riferimento gli artt. 121, comma 2, 122, comma 1, e 125, c.p.a., e che la prassi ravvisa nel decorso del periodo di affidamento (per i servizi e le forniture) o nell'ultimazione della commessa appaltata (per i lavori)³³.

Una tutela in forma equivalente che può essere accordata, altresì, laddove non risulti nemmeno più possibile quella forma di ulteriore tutela specifica, cennata dall'art. 122, ossia la riedizione della gara, per via dell'annullamento integrale di quest'ultima, quale effetto conformativo del giudicato, da ritenere conseguenza ineluttabile in riscontro di vizi di legittimità radicali, ossia tali da rendere inattendibile nella sua interezza il processo selettivo del contraente della p.a.³⁴

Inoltre, dall'art. 124, ultimo periodo, c.p.a., si deduce che il risarcimento del danno in forma equivalente rimane condizionato, alla prova - da rendere in base ad un giudizio prognostico - che l'operatore ricorrente, qualora la p.a. non fosse incorsa nelle illegittimità riscontrate, avrebbe visto affidarsi certamente l'appalto, tuttavia, non più ottenibile (*id est* eseguibile) per le ragioni suddette³⁵.

L'art. 124 c.p.a., dunque, non fa altro che ribadire, per la peculiare materia degli appalti, il principio generale che ritiene imprescindibile la lesione del 'bene della vita', correlato all'interesse legittimo ugualmente leso

³³ Sull'argomento V. PALMIERI, *Azione d'annullamento quale rimedio giudiziale principale ed azione risarcitoria quale rimedio giudiziale residuale*, in *Nuovo. Notiz. Giur.*, 1/2018, pp. 5 ss.

³⁴ Cons. St., Sez. III, 16 aprile 2018, n. 2258 e 2 marzo 2018, n. 1312, in www.dejure.it. L'*utilitas* che la parte ricorrente in giudizio può ritrarre dalla rinnovazione della gara costituisce un interesse c.d. strumentale, che la Corte di Giustizia U.E. riconosce, nelle controversie relative all'aggiudicazione di appalti pubblici, come meritevole di tutela ed attuazione delle esigenze di effettività (Corte di Giustizia UE, 5 aprile 2016, C-689/13, in www.dejure.it); in tema G. IUDICA, *I vizi radicali nel procedimento amministrativo ed il loro trattamento processuale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2/2019, pp. 373-465.

³⁵ *Ex multis* Cons. St., Sez. VI, 27 marzo 2019, n. 2036, in www.dejure.it.

da parte della procedura di gara illegittima, quale condizione prodromica per accedere alla tutela risarcitoria. In tali ipotesi rientrano, esemplificando, le controversie ove la seconda classificata in graduatoria dimostra la illegittimità dell'aggiudicazione della gara alla prima classificata, la quale, diversamente, avrebbe meritato di essere estromessa dalla procedura o collocata in posizione inferiore rispetto alla ricorrente.

La certezza dell'*utilitas* non conseguita è l'elemento differenziale tra la tutela in forma equivalente della mancata aggiudicazione della gara e la tutela della perdita della *chance* di ottenere l'aggiudicazione, quest'ultima oggetto di successiva trattazione nel presente contributo, e che per ora si anticipa essere parimenti tutelabile ai sensi dell'art. 124 c.p.a.³⁶

Non di rado la tutela in forma specifica e quella in forma equivalente si pongono, non in rapporto alternativo, bensì di concorrenza per ragioni di effettività e pienezza della tutela complessiva. Si tratta delle ipotesi in cui la pronuncia del giudice amministrativo, che dispone l'annullamento dell'aggiudicazione ed il subentro nel contratto del ricorrente vittorioso, interviene nelle more dell'esecuzione dell'appalto. In tali specifici casi, la domanda di risarcimento in forma equivalente di cui all'art. 124 c.p.a., se proposta contestualmente a quella di tutela in forma specifica, è accoglibile con riferimento al periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione³⁷. Diversamente, se non proposta contestualmente alla domanda di annullamento e di subentro nel contratto, è consentita, all'operatore economico leso e vittorioso, la possibilità di proporre un'autonoma azione risarcitoria, ai sensi dell'art. 30 e dello stesso art. 124 c.p.a, per il ristoro in forma equivalente dei pregiudizi derivati dal non aver potuto eseguire l'appalto; e ciò per il periodo intercorrente tra l'illegittimo affidamento di quest'ultimo ad altro operatore ed il subentro dell'operatore vittorioso in esito all'accoglimento della relativa domanda di tutela in forma specifica di cui agli artt. 121 e ss. c.p.a.

Va anche richiamata la possibilità di formulare una domanda risarcitoria in forma equivalente, per la prima volta, in sede di giudizio di ottemperanza, ai sensi degli artt. 112, comma 3, c.p.a. Un potere

³⁶ Dubbi sulla risarcibilità della perdita della *chance* di aggiudicazione della gara erano sorti, in aggiunta a conseguenti dubbi di incostituzionalità, in merito alla disposizione che precedeva l'art. 124 c.p.a., ossia l'art. 245-*quinques* del d.lgs. n. 163/2016, introdotto dal d.lgs. n. 53/2010, al fine di recepire la c.d. direttiva ricorsi, che consentiva di risarcire il danno al «solo ricorrente avente titolo all'aggiudicazione».

³⁷ Tra molte Cons. St., Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5855 e Sez. V, 29 gennaio 2015, n. 404, in www.giustizia-amministrativa.it; G. SABATO, *Il risarcimento del danno senza "pregiudiziale di ottemperanza"*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 4/2016, pp. 555-561.

riconosciuto una volta riscontrata l'obiettivo impossibilità di poter accordare una tutela in forma specifica, con la materiale attribuzione dell'utilità e/o del bene alla vita ambiti (es. l'esecuzione dell'appalto per cui vi è stata causa) alla parte risultata vittoriosa in esito al giudizio cognizione³⁸.

Sull'argomento occorre dare atto dell'esistenza di un orientamento che tende ad escludere detto rapporto di concorrenza tra i due rimedi risarcitori, ossia che si rifiuta di riconoscere la subordinazione del risarcimento in forma equivalente nei casi di impossibilità parziale ad ottenere l'aggiudicazione, attribuendo, sostanzialmente, alla volontà del ricorrente, in caso di vittoria, la scelta se optare per un'esecuzione parziale dell'appalto o, in alternativa, chiedere il risarcimento in forma equivalente.

Si tratta di un orientamento, di natura recessiva, che si fonda sulle seguenti (e ad ogni modo, molto interessanti) considerazioni: *«l'interesse originario dell'impresa è indirizzato all'esecuzione dell'appalto per il suo complessivo valore, quale identificato nel bando di gara, la prestazione del servizio per un periodo di limitata durata introduce condizioni nuove negli aspetti economici ed organizzativi, che l'impresa può valutare con la più ampia sfera di autonomia con riguardo sia al diverso impegno di mezzi e attrezzature, sia al mutato livello di remunerazione che ne può conseguire in relazione all'offerta presentata in sede di gara»*; giungendo, conclusivamente, a riconoscere *«... la possibilità di optare per il risarcimento per equivalente e di rifiutare l'esecuzione, ormai solo parziale del giudicato, deriva anche dall'applicazione del principio di carattere generale, desumibile dall'art.1181 c.c., secondo cui il creditore può sempre rifiutare l'offerta di un adempimento 'parziale' rispetto alla originaria configurazione del rapporto obbligatorio»*³⁹.

L'orientamento anzidetto, non solo è recessivo rispetto all'altro orientamento tradizionale, che configura il risarcimento in forma equivalente unicamente come conseguenza dell'impossibilità di un risarcimento in forma specifica, ma la scelta del ricorrente di optare verso un risarcimento in forma equivalente, come ogni altra condotta processuale

³⁸ Da ultimo Cons. St., Sez. III, 12 febbraio 2020, n. 1089 e Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 20 dicembre 2019, n. 1077, entrambe in www.dejure.it. Sull'argomento l'Adunanza Plenaria del Cons. St., 12 maggio 2017, n. 2, in www.lexitalia.it, che qualifica la responsabilità dell'amministrazione, a causa dell'impossibile esecuzione del giudicato in forma specifica, come responsabilità 'oggettiva', riconoscendo, perciò, una tutela (sostitutiva) in forma equivalente senza richiedere alcuna indagine e senza alcun giudizio di colpevolezza nei confronti della medesima pubblica amministrazione.

³⁹ Più di recente in questo senso Cons. Giust. Reg. Sic., 6 novembre 2019, n. 947 e Tar Toscana, Sez. I, 19 novembre 2012 n. 1831, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

(esemplificando, la mancata richiesta di una tutela cautelare), che non abbia come fine ultimo l'ottenimento del bene della vita (l'aggiudicazione della gara), può essere intesa, addirittura, come una condotta riduttiva del danno risarcibile ai sensi dell'art. 1227 c.c., a cui fa riferimento l'art. 30, comma 3, c.p.a., per come interpretato dalla giurisprudenza⁴⁰.

5. La quantificazione del danno da mancata aggiudicazione

L'art. 124 c.p.a. ha assunto un ruolo di grande rilevanza anche con riferimento alle modalità di determinazione del danno, segnando, di fatto, l'abbandono del precedente orientamento maturato in materia, imperniato su una valutazione tendenzialmente equitativa di cui all'art. 1226 c.c.

Ci si riferisce all'orientamento che, per il danno da illegittima aggiudicazione di una procedura di evidenza pubblica, quantificava la perdita dell'utile che l'impresa avrebbe conseguito in caso di aggiudicazione, con il criterio di liquidazione forfettario – equitativo del lucro cessante, nella misura del 10% (c.d. decimo), basandosi sull'art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, senza, perciò, richiedere la prova della percentuale di utile effettivo conseguito in caso di esecuzione dell'appalto⁴¹.

Il definitivo abbandono del criterio forfettario - equitativo nasce anche dalla invalsa convinzione, secondo cui, sempre meno frequentemente (data la concorrenza di operatori economici, sempre più numerosi nel particolare settore dell'affidamento dei pubblici appalti, nonché vista la progressiva integrazione dell'U.E.) l'utile dell'appalto è quasi sempre inferiore alla misura del 10%, la quale ultima, se applicata rigidamente, potrebbe provocare, evidentemente, il paradosso (da scongiurare) di rendere più conveniente per un'impresa agire ai fini del risarcimento in forma equivalente, piuttosto che organizzare le forze produttive per ottenere l'aggiudicazione degli appalti.

L'art. 124 c.p.a., di conseguenza, segna un importante cambio di rotta, imponendo - letto congiuntamente agli artt. 30 e 40 c.p.a. - alla

⁴⁰ Tra molte Cons. St., Sez. IV, 22 ottobre 2019, n. 7173 e Tar Campania, Napoli, Sez. IV, 2 dicembre 2019, n. 5668, in www.dejure.it; sull'argomento anche G. GARGANO, *L'azione di condanna e le regole di limitazione del danno risarcibile tra autonomia e pregiudizialità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3/2015, pp. 1105 – 1137.

⁴¹ Tra le pronunce che valorizzano il criterio forfettario richiamato, intervenute dopo l'entrata in vigore dell'art. 124 c.p.a., si segnalano Cons. St., Sez. IV, 17 febbraio 2014, n. 744, Tar Campania, Napoli, Sez. VIII, 15 aprile 2015, 2146 e Cons. St., Sez. V, 20 aprile 2012, 2317, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

parte vittoriosa di fornire la prova, anche in termini percentuali, dell'utile effettivo di impresa che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, tenendo come fondamentale riferimento l'offerta economica presentata in gara⁴².

La suddetta petizione di principio va intesa imponendo alla ricorrente, durante lo svolgimento del processo, una prova rigorosa, da intendersi senza le attenuazioni tipiche del processo di legittimità, in ordine al danno patito⁴³; ciò muovendo dalla produzione in giudizio dell'offerta economica, procedendo con l'esplicitazione dell'utile programmato, al netto dei costi e degli altri oneri (sicurezza, ecc.) preventivati, che la stessa impresa, in tale particolare *iter*, è tenuta a dover rappresentare. Un procedimento di esplicitazione dell'offerta economica che si presenta non troppo distante da quello che caratterizza la valutazione di anomalia dell'offerta economica, di cui all'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016, che avviene nel corso della procedura di gara tra stazione appaltante ed impresa, al fine di verificare l'affidabilità dell'offerta, ossia la remunerabilità della stessa e la sostenibilità economica, mediante un'esplicitazione dei costi e ricavati derivanti dall'esecuzione della pubblica commessa⁴⁴.

In tale ottica, va evidenziata, secondo una finalità improntata all'effettività della tutela giudiziaria, la possibilità, non di rado ammessa dal giudice, di ricorrere a criteri equitativi per la determinazione del danno in via esclusivamente 'residuale', ossia per come ammesso in generale dall'ordinamento dall'art. 1226 c.c., in tutte quelle ipotesi in cui risulta particolarmente difficile (*id est* in modo obiettivo, protraendo il massimo sforzo di diligenza esigibile) fornire la prova del danno e l'assolvimento dell'onere potrebbe assumere le caratteristiche della c.d. *probatio diabolica*⁴⁵.

Con riferimento alla quantificazione del danno e dei relativi criteri, vanno

⁴² Per un'ampia trattazione dell'argomento Cons. St., Ad Plen., 12 maggio 2017, n. 2, in www.giustizia-amministrativa.it; *idem*, negli stessi termini, Cons. St., Sez. V, 26 luglio 2019, n. 5283 e Cons. St., Sez. V, 10 dicembre 2015, n. 12810 e Tar Lazio, Roma, Sez. III, 23 dicembre 2016, n. 12810, in www.dejure.it. Sul tema si veda V.M. BARBIERI, *L'Adunanza plenaria n. 2 del 2017 sul risarcimento del danno per mancata esecuzione in forma specifica del giudicato in tema di appalti pubblici*, in *Riv. Trim. App.*, 3/2018, pp. 809-820.

⁴³ M.A. QUAGLIA, *Risarcimento per equivalente e appalti pubblici*, in *Riv. Giur. Ed.*, 1/2017, p. 34.

⁴⁴ Sul tema A. LONGO, A. CAVALLARO, *Metodo di calcolo per la determinazione dell'anomalia delle offerte e il risarcimento danni: sottrazione del c.d. "aliunde perceptum"*, in *Urb. e App.*, 2/2018, pp. 207-215.

⁴⁵ Così Cons. St., Sez. V, 25 febbraio 2019, n. 1257, in www.giustizia-amministrativa.it, anche O.M. CAPUTO, *Effettività di tutela e risarcimento del danno nei contratti della P.A.*, in *Urb. e App.*, 3/2016, pp. 265-271.

richiamate infine le previsioni di cui all'art. 34, comma 4, c.p.a., a mente del quale «*in caso di condanna pecuniaria, il giudice può, in mancanza di opposizione delle parti, stabilire i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine*».

Si tratta di una previsione che nella specifica materia degli appalti rimette al mutuo consenso delle parti la determinazione della misura risarcitoria, sulla base dei criteri stabiliti dal giudicato; con la possibilità, prevista dal successivo periodo della disposizione, che si possa ricorrere al giudizio di ottemperanza, di cui agli artt. 112 e s.s. c.p.a., in caso di mancato consenso, di mancata proposta da parte dell'amministrazione soccombente o di mancato rispetto della proposta formulata.

L'art. 34, comma 4, c.p.a. costituisce un valido strumento per la determinazione della misura del risarcimento in forma equivalente nella materia delle pubbliche gare⁴⁶, considerata la natura tecnica della materia, con quel che ne consegue in termini di difficoltà di determinazione della misura risarcitoria, tenuto conto infine che l'inciso della «*mancanza di opposizione delle parti*» è interpretato costantemente nel senso di non richiedere l'esplicito consenso delle parti stesse⁴⁷. La stessa norma è richiamata anche al fine di affermare, nella particolare materia, che non è ammissibile chiedere ed ottenere condanne generiche della stazione appaltante per il risarcimento del danno, similmente a come riconosciuto al ricorrere dei relativi presupposti nel processo civile, ai sensi dell'art. 278 c.p.c.⁴⁸

6. *Le voci del danno risarcibile da mancata aggiudicazione*

In merito all'entità della posta risarcitoria esigibile in materia di gara, anzitutto la voce del danno emergente, quale componente del danno di cui all'art. 2043 c.c., non trova particolare riconoscimento nella giurisprudenza. In particolare, gli operatori economici ravvisano il danno emergente nei costi di partecipazione alla gara, ma la giurisprudenza è orientata in linea di massima

⁴⁶ Cons. St., Sez. V, 26 luglio 2019, n. 5283 e 28 maggio 2019 n. 3492, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁷ Cons. St., Sez. IV, 29 ottobre 2018, n. 6144 e Sez. V, 10 agosto 2017, n. 3983, in www.dejure.it.

⁴⁸ Tra molte Cons. St., Sez. IV, 11 dicembre 2014, n. 6080, in www.dejure.it; in termini parzialmente difforni Cons. Giust. Reg. Sic., 10 settembre 2018, n. 49, in www.dejure.it, che invece qualifica l'art. 30, comma 4, come peculiare forma di condanna generica, imponendone anche una lettura coordinata con l'art. 278 c.p.c.

nel ritenere detti costi non risarcibili. Sul punto è prevalentemente affermato che la partecipazione alle pubbliche gare di appalto comporta per le imprese dei costi che, ordinariamente, restano a carico delle imprese medesime, sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione⁴⁹.

Il risarcimento dei richiamati costi di partecipazione alla gara, in altri termini, è inteso come il conseguimento di un beneficio maggiore di quello che deriverebbe dall'aggiudicazione medesima, il che evidentemente si pone in contrasto con la *ratio* insita all'istituto del risarcimento in forma equivalente, che non ammette locupletazioni dell'impresa che si assume danneggiata. Tuttavia, va rilevato come i costi di partecipazione alla gara sono a volte oggetto di ristoro per alcune fattispecie risarcitorie, come nel risarcimento del danno da illegittima esclusione, collegandosi alla pretesa dell'impresa a non essere coinvolta in trattative inutili⁵⁰; mentre è una regola in tema di responsabilità precontrattuale, *ex* artt. 1337 e 1338 c.c., ove pure rileva la necessità di tutelare le imprese tratte in trattative inutili condotte dalla p.a., in violazione dei principi di correttezza e buona fede⁵¹.

La voce di danno concretamente ristorabile in ambito di mancata aggiudicazione, alla luce di quanto sopra evidenziato, è il lucro cessante. Tale danno va anzitutto ravvisato nella sottovoce del mancato utile di impresa, rispetto al quale è stata evidenziata l'impossibilità di poter accedere a criteri di quantificazione forfettari – equitativi, essendo necessario la prova del mancato utile effettivo.

Al riguardo, è richiesta una prova, a cura esclusiva del danneggiato, dell'*an* e del *quantum* del danno che assume di aver sofferto in termine di mancato utile (c.d. interesse positivo). Come si è avuto modo di evidenziare in precedenza, spetta all'impresa danneggiata, secondo la regola della c.d. vicinanza di cui all'art. 2697 c.c., offrire la prova dell'utile effettivo che avrebbe ottenuto dalla esecuzione dell'appalto. A tale ultimo fine, la valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c., è ammessa soltanto in presenza di una situazione di impossibilità o di estrema difficoltà a rendere una precisa prova sull'ammontare del danno; senza che la parte ipoteticamente danneggiata possa sottrarsi ai propri oneri probatori rimettendo l'accertamento dei propri diritti ad una invocata consulenza tecnica d'ufficio, di cui all'art. 67 c.p.a. Tale mezzo ha la sola funzione di

⁴⁹ *Ex multis* Tar Lazio, Roma, Sez. II, 10 settembre 2019, n. 1081 e Cons. St., Sez. V, 14 agosto 2017, n. 4002, entrambe in www.dejure.it; *contra*, Cons. St., Sez. VI, 7 ottobre 2003, n. 4567.

⁵⁰ In questi termini, tra molte, Cons. St., Sez. V, 14 agosto 2017, n. 4002 e Tar Lazio, Roma, Sez. III, 5 marzo 2013, n. 2358, in www.dejure.it.

⁵¹ *Ex multis* Tar Lazio, Roma, Sez. I, 25 novembre 2019, n. 13508, in www.dejure.it.

fornire all'attività valutativa del giudice l'apporto di cognizioni tecniche non possedute, ma non è di certo destinata ad esonerare la parte ricorrente dalla prova dei fatti dalla stessa dedotti e posti a base delle proprie richieste⁵².

Il c.d. danno curriculare è un'ulteriore componente del lucro cessante di cui all'art. 2043 c.c.

Tale posta risarcitoria è comunemente ricondotta alla mancata possibilità di aver eseguito materialmente il controverso appalto, che impedisce all'impresa ricorrente di arricchire il proprio *curriculum* professionale⁵³, e che impedisce altresì - aspetto ancora più rilevante - rispetto all'appalto non ottenuto di beneficiare di un vantaggio in termini di accrescimento della capacità di competere sul mercato e quindi la *chance* di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti. Non di meno rilevante è l'ulteriore circostanza, non sempre messa in risalto dalla giurisprudenza, che vede nel *curriculum* professionale dell'impresa il possesso dei requisiti di capacità tecnico - professionale ed economico - finanziaria, di cui all'art. 86 del d.lgs. n. 50/2016, necessari per la partecipazione alle gare.

Mentre la risarcibilità del danno curriculare e la relativa riconducibilità al lucro cessante non ha mai creato dubbi in materia, decisamente più problematica è la quantificazione di tale danno e l'assolvimento del relativo onere probatorio gravante sull'impresa danneggiata. Iniziando da quest'ultimo aspetto, all'originaria tesi che riteneva il danno curriculare in *re ipsa*, una volta accertata l'illegittimità della mancata aggiudicazione a favore del ricorrente⁵⁴, ha fatto seguito una tesi che esige specifica prova al riguardo. Infatti, è affermato sempre più costantemente dalla giurisprudenza che la *«richiesta di risarcimento del danno curriculare deve essere respinta se non è stato assolto il relativo onere probatorio, dimostrando che la mancata aggiudicazione ed esecuzione dell'appalto hanno precluso di acquisire ulteriori commesse pubbliche (di pari o superiore rilievo), o specificando quali sarebbero state le negative ricadute della mancata acquisizione della commessa, in termini di minore capacità competitiva e reddituale, sulle sue credenziali tecniche e*

⁵² In termini Tar Lazio, Roma, Sez. II, 10 settembre 2019, n. 10811, in www.dejure.it.

⁵³ *Ex multis* Tar Campania, Napoli, Sez. IV, 22 luglio 2019, n. 4021 e Cons. St., Sez. V, 28 gennaio 2019, n. 697, in www.dejure.it. Sul tema L. PARONA, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione nel settore degli appalti pubblici. Profili teorici e questioni applicative*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 4/2017, pp. 1168 - 1197; O. FORLENZA, *Gare in caso di annullamento dell'aggiudicazione; risarcimento per lucro cessante e danno curriculare*, in *Guida al Dir.*, 27/2010, pp. 90 ss; S. MEREU, *Brevi note sulla risarcibilità del danno curriculare e da perdita di chance in caso di assenza di gara pubblica*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 3/2012, pp. 975-981.

⁵⁴ Tra molte in termini si veda Tar Lazio, Roma, Sez. II, 18 marzo 2016, n. 3406, Cons. Stato, Sez. V, 4 settembre 2019, n. 4115 e Cons. St., Sez. V, 3 maggio 2012, n. 2546, tutte in www.dejure.it.

*commerciali»*⁵⁵.

Si tratta di una impostazione che non si condivide fino in fondo, poiché la stessa non considera adeguatamente la rilevanza in sé di ogni commessa pubblica svolta da un'impresa, indipendentemente da ogni possibile prospettazione ed allegazione processuale sul punto svolta, considerato che il fatto stesso di non poter utilizzare le referenze derivanti dall'esecuzione dell'appalto oggetto di controversia, riduce i requisiti di qualificazione, richiesti ai sensi del sopra citato art. 86, per poter partecipare a future gare di appalto (si pensi al fatturato specifico nell'ultimo triennio, al numero di servizi analoghi o identici svolti, che ai sensi della citata norma sono richiesti dalle stazioni appalti ai fini della partecipazione alla gara). Del resto, che l'orientamento oramai maggioritario presenti alcuni limiti di coerenza sembra dimostrarlo la circostanza che la stessa giurisprudenza, da un lato, esige la specifica prova sulla sussistenza del danno curriculare, dall'altro lato, senza eccezioni, continua a fare ampio ricorso al potere equitativo di determinazione dello stesso in applicazione dell'art. 1226 c.c.⁵⁶

La difficoltà appena accennata di quantificare il pregiudizio derivante dal danno curriculare, per tradizione, ha comportato il ricorso al potere di determinazione equitativa, ai sensi del suddetto art. 1226 c.c., cui rinvia l'art. 2056 c.c. in tema di responsabilità extracontrattuale. La casistica giurisprudenziale rivela come al fine si è tenuto conto molto spesso del valore complessivo della gara, quantificando il danno in una percentuale variabile tra l'1% e il 5%⁵⁷; non mancando, nel pieno libero apprezzamento del giudice, l'utilizzo di criteri e forme di quantificazioni diverse, come quelle che commisurano il danno curriculare nel 50% del mancato e provato utile effettivo di impresa⁵⁸.

Dal danno curriculare va distinto il danno all'immagine professionale, che peraltro va considerato come componente del danno emergente e non del lucro cessante a differenza del primo⁵⁹.

Il danno all'immagine va generalmente ammesso anche nella materia

⁵⁵ Da ultimo Cons. St., Sez. III, 5 marzo 2020, n. 1607; *idem* Cons. St., Sez. V, 2 gennaio 2019, n. 14 e 26 aprile 2018, n. 2527, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁶ Cons. St., Sez. VI, 27 marzo 2019, n. 2036, in www.dejure.it.

⁵⁷ Cons. St., Sez. VI, 13 settembre 2016, n. 3858 e 10 aprile 2015, n. 1839, in www.giustizia-amministrativa.it;

⁵⁸ Tar Campania, Napoli, Sez. V, 22 luglio 2019, n. 4021, in www.dejure.it; *idem* Cons. St., Sez. V, 13 settembre 2018, n. 5375 e Sez. V, 27 giugno 2018 n. 3954, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁹ Il danno all'immagine come danno emergente Cass. Civ., Sez. III, 21 gennaio 2011, n. 1418, www.dejure.it.

degli appalti, ma nella prassi appare difficilmente configurabile, in quanto si presenta non facile da ipotizzarsi (e da realizzarsi) una lesione - comunque, necessitante di rigorosa prova specifica - all'immagine, alla professionalità e all'esperienza dell'impresa, derivante dalla illegittima mancata aggiudicazione.

Infatti, va notato che la non aggiudicazione di una gara di appalto costituisce uno sviluppo non patologico, ma possibile fisiologico, del confronto competitivo tra le imprese operanti sul mercato.

Di conseguenza, il mancato ottenimento di una commessa pubblica difficilmente può essere elevato a forma di lesione dell'immagine dell'impresa, mentre le considerazioni, che emergono da alcuni pronunciamenti⁶⁰, secondo le quali tale danno consisterebbe nel non poter 'spendere' l'appalto non aggiudicato finirebbe evidentemente per creare una indebita confusione tra danno curriculare e danno all'immagine, con la possibile ed inammissibile locupletazione per l'impresa danneggiata.

La risarcibilità di un tale danno all'immagine, ad una attenta analisi, potrebbe configurarsi al cospetto di illegittimi provvedimenti di esclusione dalla gara, adottati sulla base della ritenuta mancanza di requisiti di natura soggettiva di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 (ad es. la commissione di determinate tipologie di reati o l'esistenza di gravi illeciti professionali da parte di componenti della impresa). Tuttavia, rimane il non semplice assolvimento degli oneri probatori gravanti sulla parte lesa, con riferimento al c.d. *clamor fori*, cioè la diffusione pubblica sui media della vicenda che ha visto coinvolta l'impresa e la relativa lesione derivatane per l'onorabilità di questa ultima⁶¹.

Concludendo sul punto, la quantificazione del risarcimento da mancata aggiudicazione si sostanzia in modo principale (fatte salve le eccezionali ipotesi di ristoro del danno emergente) nella riparazione del danno da lucro cessante, quale voce riparatoria dell'art. 2043 c.c., a sua volta, da ripartirsi nelle sotto-voci del mancato utile di impresa e del danno curriculare.

L'importo del risarcimento da responsabilità aquiliana, in quanto costituisce un debito di valore e non di valuta, è inteso come meritevole di ristoro previa rivalutazione monetaria del danno, secondo gli indici I.S.T.A.T., che la giurisprudenza costantemente impone debba computarsi alla data del verificarsi del danno (stipula del contratto con l'impresa illegittimamente aggiudicataria)⁶².

⁶⁰ Cons. St., Sez. V, 6 febbraio 2007, n. 478, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶¹ Cass. Civ., Sez. III, 4 aprile 2017, n. 8662 e 25 febbraio 2019, n. 1257, in www.dejure.it.

⁶² Cons. St., Sez. V, 21 giugno 2013, n. 3397 e 9 dicembre 2013, n. 5884, in www.giustizia-amministrativa.it.

7. *Le incidenze negative sul risarcimento (artt. 1227, comma 2, c.c. e 30, comma 3, c.p.a.)*

Per la determinazione complessiva del danno risarcibile assumono particolare rilievo alcune condotte poste in essere dall'impresa che lamenta il pregiudizio; condotte che possono assumere un ruolo in termini di concorso del danneggiato per la configurazione o l'aggravamento del danno, ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c., i cui contenuti non differiscono dall'art. 30, comma 3, c.p.a.

Infatti, il comma 2, dell'art. 124 c.p.a., prevede che «*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*».

Tale previsione normativa trova il proprio fondamento nella considerazione che colui che impugna l'aggiudicazione mette in moto un meccanismo che blocca l'azione amministrativa, ed è dunque doveroso, da parte sua, un reale interesse a conseguire l'aggiudicazione e il contratto, mentre non risponde a buona fede e correttezza la condotta di colui che impugna l'aggiudicazione, non perché ha interesse a ottenere il contratto, ma solo perché mira *ab initio* ad un risarcimento per equivalente⁶³.

Ad una conclusione analoga è possibile giungere anche per l'ipotesi, che non si differenzia in modo sensibile dalla precedente, in cui la domanda risarcitoria è proposta in autonomia, *ex artt.* 30 e 124 c.p.a., ossia senza il contestuale o preventivo esperimento dell'azione di annullamento, ai sensi dell'art. 29 c.p.a., dal momento che la giurisprudenza amministrativa tende ad escludere, proprio in virtù di un richiamo agli artt. 1227 c.c. e 30, comma 3, c.p.a., la risarcibilità di un danno che si sarebbe potuto evitare con un diligente utilizzo dei rimedi processuali messi a disposizione⁶⁴.

Più in generale, ai sensi delle disposizioni richiamate, possono costituire ragioni di esclusione o di decurtazione del danno risarcibile tutte quelle condotte processuali (o tenute preventivamente nel corso del procedimento di gara culminato con il provvedimento impugnato in sede processuale) che denotano una mancanza di buona fede e correttezza da parte dell'operatore economico che si assume danneggiato (esemplificando, la mancata richiesta

⁶³ In termini R. DE NICOLTIS, *Il risarcimento del danno*, cit.

⁶⁴ Cons. St., Ad. Plen., 20 marzo 2011, n. 3, in www.dejure.it. Sull'argomento C. TRECOCI, *Il risarcimento del danno per equivalente da aggiudicazione illegittima. Alcune osservazioni in materia di decadenza dell'azione di condanna, prescrizione e "quantum" risarcibile*, in *Rass. Adv. Stato.* 2/2013, pp. 334-361.

di una tutela cautelare o la rinuncia a questa).

Rileva ai fini della negativa incidenza sul *quantum* risarcibile la questione del mancato utilizzo di maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa, poiché in difetto di tale dimostrazione, può presumersi che l'impresa danneggiata abbia riutilizzato (o avrebbe potuto) mezzi e manodopera per altre commesse, usando l'ordinaria diligenza dovuta al fine di non concorrere all'aggravamento del danno lamentato, a titolo di *aliunde perceptum vel percipiendum*.

L'allocatione dell'*onus probandi* in tema *aliunde perceptum vel percipiendum* a carico della impresa danneggiata crea non poche perplessità⁶⁵, avvalorate dal diverso orientamento assunto dal giudice civile rispetto al giudice amministrativo, secondo cui, costituendo l'*aliunde perceptum vel percipiendum* un fatto impeditivo o modificativo del diritto al risarcimento del danno, il relativo onere probatorio non potrebbe che gravare sulla parte danneggiante ai sensi dell'art. 2697, comma 2, c.c.⁶⁶

Tuttavia, è rilevato che in materia di appalti, ai fini della sussistenza dell'*aliunde perceptum*, può essere invocato il meccanismo della presunzione semplice. In forza di tale meccanismo può quindi individuarsi una presunzione, a sua volta fondata sull'*id quod plerumque accidit*, secondo cui l'imprenditore partecipante alla gara, in quanto soggetto che esercita professionalmente un'attività economica organizzata finalizzata alla produzione di utili, normalmente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma si procura prestazioni contrattuali alternative dalla cui esecuzione trae utili. Pertanto, in mancanza di prova contraria, che l'impresa negante l'*aliunde perceptum* può fornire anche sulla base dei libri contabili, deve ritenersi che essa abbia comunque impiegato proprie risorse e mezzi in altre attività, dovendosi così sottrarre al danno subito per la mancata aggiudicazione l'*aliunde perceptum*, calcolato in genere in via equitativa e forfettaria⁶⁷.

In aggiunta, è rilevato, da un lato, che non risulta ragionevolmente

⁶⁵ Ritiene l'onere probatorio particolarmente gravoso per l'impresa L. PROSPERETTI, *La quantificazione del lucro cessante da illegittima esclusione dalla gara: una prospettiva economica*, in *Urb. e App.*, 7/2013, p. 757.

⁶⁶ Tra molte Cass. Civ., Sez. Lav., 30 maggio 2016, n. 11122 e Cass. Civ., Sez. Lav., 11 giugno 2013, n. 14643, in www.dejure.it. In questo senso, contrariamente all'orientamento maggioritario, si veda Cons. St., Sez. III, 9 febbraio 2016, n. 559 e Sez. V, 15 settembre 2015, n. 4283, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁷ In termini espressi R. DE NICTOLIS, *Il risarcimento del danno*, cit.; di recente Cons. St., Sez. V, 23 ottobre 2019, n. 5803 e Cons. St., Sez. VI, 17 ottobre 2017, n. 4803, in www.giustizia-amministrativa.it.

predicabile la condotta dell'impresa che immobilizza le proprie risorse in attesa dell'aggiudicazione di una commessa, o nell'attesa dell'esito del ricorso giurisdizionale finalizzato ad ottenere l'aggiudicazione ambita, considerato che possono essere molteplici le circostanze di fatto per le quali potrebbe risultare la stessa impresa non aggiudicataria della commessa stessa; dall'altro lato, che, ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c., il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno, sicché il comportamento inerte dell'impresa ben può assumere rilievo in ordine all'*aliunde percipiendum*⁶⁸.

Concludendo sul punto, il mancato utile spetta nella misura integrale, in caso di annullamento dell'aggiudicazione impugnata e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, unicamente se questo dimostri di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa. In difetto di una dimostrazione del genere, può presumersi che l'impresa abbia riutilizzato o potuto riutilizzare mezzi e manodopera altrimenti, con conseguente riduzione equitativa dello stesso danno risarcibile a titolo di *aliunde perceptum*.

8. *Il risarcimento della perdita di chance*

Una trattazione a parte merita il risarcimento in forma equivalente del danno originato dalla perdita della *chance* di aggiudicazione della gara, ossia in tutte quelle ipotesi, diverse da quelle finora prese in considerazione, ove non vi è certezza dell'aggiudicazione in favore dell'operatore economico ricorrente, potendosi sul punto essere svolte unicamente prognosi di tipo probabilistico.

Anche per il danno da perdita di *chance* il risarcimento in forma equivalente si atteggia a tutela praticabile in mancanza della possibilità di accordare una tutela in forma specifica, con la ripetizione dell'occasione perduta, o meglio, con la ripetizione della gara non aggiudicata⁶⁹. Il risarcimento a mezzo di un equivalente monetario della *chance* perduta, dunque, si atteggia, nondimeno dal caso del danno da mancata aggiudicazione della gara, a rime-

⁶⁸ Ancora in termini R. DE NICTOLIS, *Il risarcimento del danno*, che richiama tra le altre Cons. St., Sez. V, 9 dicembre 2013, n. 5884 e Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1833, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁹ Tra molte in questi termini Tar Lazio, Roma, Sez. II, 8 aprile 2015, n. 5150 e Cons. St., Sez. IV, 17 febbraio 2014, n. 744, in www.dejure.it; *idem* Cons. St., Sez. III, 17 novembre 2017, n. 5303, in www.lexitalia.it.

dio sussidiario rispetto alla rinnovazione della gara, quale forma risarcitoria più aderente al principio dell'effettività di cui all'art. 1 del c.p.a.

Pertanto, fintanto che vi è margine di ripetizione della gara (ad es. perché il servizio non era stato avviato dall'aggiudicatario illegittimo), la *chance* non può essere ristorata in termini economici.

In tale ottica, eventuali sopravvenienze di fatto, capaci di non ricreare le medesime condizioni dell'originaria procedura di gara annullata, sono intese come da ricondurre nell'alea normale propria di qualsiasi procedura, e non sono ritenute giuridicamente apprezzabili; con la conseguenza che è preclusa ogni diversa ed ulteriore tutela risarcitoria (anche equivalente), in quanto, il mutamento della situazione di fatto non è alla p.a. imputabile, purché l'operato di quest'ultima risulti legittimo⁷⁰.

Gli aspetti di maggiore interesse sono rinvenibili tuttavia sotto il profilo della determinazione del *quantum* risarcibile in materia di perdita di *chance* e dei relativi criteri di determinazione, una volta appurata l'impossibilità di poter accordare una tutela in forma specifica.

Sulla questione, si è fatto cenno in premessa alla necessità di un giudizio prognostico di tipo probabilistico, dal momento che un giudizio di spettanza certa dell'appalto all'impresa danneggiata risulta ovviamente configurabile nei soli casi in cui il criterio di aggiudicazione si fondi su parametri vincolati e matematici; mentre si rivela impossibile ove la selezione del contraente avviene sulla base di un apprezzamento tecnico-discrezionale, come per l'offerta economicamente più vantaggiosa, che, ai sensi dell'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016, costituisce il criterio selettivo principale da utilizzare.

Dal punto di vista della determinazione del danno risarcibile, va per prima richiamata la tecnica della c.d. 'ripetizione virtuale' della gara, al fine di verificare, anzitutto, se l'impresa lesa sarebbe stata o meno aggiudicataria della gara irrimediabilmente persa. In particolare, quest'ultima è virtualmente rinnovata ai soli fini della verifica del danno e, in caso, della relativa quantificazione, mediante un incarico affidato ad un consulente tecnico di ufficio o alla stessa stazione committente⁷¹.

Tale tecnica di calcolo, peraltro, appare espressione di quella particolare concezione della *chance* di tipo eziologico, ossia dove la misura della probabilità di vittoria della gara rileva soprattutto ai fini dell'*an* del risarcimento, non tanto ai fini del *quantum*.

La tecnica presenta l'indubbio beneficio per l'impresa lesa di farle ottenere una misura risarcitoria, per così dire, piena, ossia interamente

⁷⁰ Cons. St. n. 5303/2017 cit.

⁷¹ Tra molte Cons. St., Sez. VI, 11 gennaio 2012, n. 105, in www.dejure.it.

corrispondente all'utile effettivo che l'impresa stessa avrebbe conseguito ove avesse materialmente svolto l'appalto. Gli aspetti negativi che tuttavia caratterizzano questa tecnica - e che di conseguenza la rendono recessiva rispetto a quella di cui si dirà *infra* - attendono alla carenza di imparzialità dell'amministrazione committente, chiamata a ripetere virtualmente una gara dalla quale scaturirebbe una spesa ulteriore ed in termini risarcitori per l'impresa danneggiata, se quest'ultima dovesse risultare aggiudicataria. In altri termini, il rischio di essere chiamata a rispondere del risarcimento del danno da perdita di *chance* costituisce un chiaro deterrente per l'amministrazione appaltante ad aggiudicare virtualmente la gara all'impresa che si assume danneggiata; il che priva la procedura virtuale di imparzialità, quale esigenza immanente ai sensi degli artt. 97 cost. e 1 della legge n. 241/1990, e rende i giudizi tecnici ivi espressi inattendibili in modo intrinseco. Nemmeno un valido strumento è costituito dalla c.t.u., il cui impiego ai fini della ripetizione virtuale di una gara è distante dalle finalità tipiche del mezzo, compendiate all'art. 67 c.p.a., visto che verrebbe utilizzata per la rinnovazione di un'attività di natura amministrativa.

La tecnica di verifica e di determinazione del danno della gara virtuale, non solo presenta un valore recessivo in giurisprudenza, ma è esclusa, addirittura, in maniera aprioristica in materia di risarcimento del danno derivante dall'illegittimo utilizzo della trattativa privata. Infatti, siccome non vi è stata una gara, non è possibile una valutazione prognostica e virtuale sull'esito di una procedura comparativa mai svolta. Non è possibile prevedere, in particolare, quali e quante offerte sarebbero state presentate, quale offerta avrebbe presentato l'impresa che chiede il risarcimento, e se tale offerta sarebbe stata o meno vittoriosa⁷². Di conseguenza, quando ad un operatore è preclusa in radice la partecipazione ad una gara (senza che non sia possibile dimostrare, *ex post*, la certezza o meno della sua vittoria), la sola situazione soggettiva tutelabile è l'astratta possibilità di un esito favorevole.

A trovare applicazione in questi casi è la seconda tecnica congeniata dalla giurisprudenza, la cui operatività è generale e non solo relativa all'ipotesi dell'utilizzo illegittimo della trattativa privata.

Si tratta di una tecnica, invero, non unitaria e caratterizzata da diverse varianti rinvenibili nella casistica giurisprudenziale, in ragione della sua natura equitativa di cui all'art. 1226 c.c. e, quindi, della discrezionalità che caratterizza ogni giudizio del genere. Inoltre, la tecnica di quantificazione del danno appare espressione di una concezione della *chance* di tipo ontologico,

⁷² In termini Cons. St., Sez. V, 29 luglio 2019, n. 5307; *idem* Cons. St., Sez. V 2 novembre 2011, n. 5837 e Sez. V, 18 aprile 2012, n. 2256, tutte in www.dejure.it.

ossia intesa secondo una prospettiva ove la perdita di un'occasione favorevole si presenta di per sé risarcibile, mentre la misura della probabilità di vittoria rileva unicamente ai fini del *quantum* del risarcimento.

Tale seconda tecnica muove dall'impossibilità di poter verificare a posteriori gli esiti della gara, considerata l'opinabilità delle valutazioni tecnico-discrezionali che l'amministrazione committente compie, e quantifica, di conseguenza, la *chance* da risarcire in base ad un giudizio che tiene conto delle concrete possibilità di vittoria. Quest'ultime sono tratte da c.d. 'indici significativi delle potenzialità di successo' (ad esempio il numero dei concorrenti, la configurazione della graduatoria eventualmente stilata ed il contenuto dell'offerta presentata dall'impresa danneggiata).

È espressione di tale tecnica di calcolo del danno da perdita di *chance* quella che determina il *quantum* del risarcimento per equivalente tenendo conto preliminarmente del numero delle imprese partecipanti alla gara, per poi dividere l'utile d'impresa (quantificato in via forfettaria, tenendo conto del valore complessivo della medesima gara) per il numero di partecipanti: il quoziente ottenuto da tale divisione costituisce la misura del danno risarcibile in termini di mancato utile⁷³, a cui poi devono essere aggiunte le ulteriori voci risarcitorie a titolo di danno curriculare e rivalutazione monetaria e, secondo parte della giurisprudenza richiamata al punto 6, anche le spese di partecipazione alla gara⁷⁴.

⁷³ Tra molte Cons. St., Sez. VI, 21 giugno 2013, n. 3397, Tar Campania, Napoli, Sez. I, 13 settembre 2006, n. 4216 e Tar Veneto, Sez. I, 31 maggio 2017, n. 546, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁴ Cons. St., Sez. V, n. 4002/2017 e Tar Lazio, Roma, n. 2358/2003, cit.