Prevalente giurisprudenza sui criteri di liquidazione del danno per attività lesiva della pubblica amministrazione e penalità da ritardo (astreintes)*

Premessa

Il Convegno di oggi prende in esame il tema assai articolato e complesso della responsabilità della pubblica amministrazione e dei danni che da tale responsabilità possono discendere, osservando tale fenomeno da differenti prospettive.

Il presente intervento intende soffermarsi sul tema dei criteri utilizzati dalla giurisprudenza per la liquidazione del danno, in caso di risarcimento per equivalente, una volta che sia stata accertata la sussistenza del diritto a tale risarcimento, in tutti i suoi elementi costitutivi essenziali.

Sarà inoltre dedicato un breve cenno all'istituto delle penalità di mora, altrimenti dette *astreintes*, previste dall'art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a., con più specifico riferimento alle modalità di quantificazione delle somme da porre a carico dell'amministrazione resistente per il ritardo nell'esecuzione del giudicato.

Il risarcimento del danno derivante da attività lesiva della p.a.

A fronte di un comportamento lesivo posto in essere dall'amministrazione e accertato il diritto del soggetto ad ottenere il risarcimento del danno, l'ordinamento prevede due distinte forme di riparazione.

Come noto, l'art. 30 c.p.a. contempla infatti il risarcimento del danno in forma specifica e quello per equivalente.

Attraverso il risarcimento in forma specifica si mira a ripristinare la situazione esistente prima che si realizzasse l'evento dannoso.

Attraverso il risarcimento per equivalente, invece, il danneggiato ottiene un corrispettivo monetario equivalente al valore del bene della vita che è stato leso.

Occorre quindi prendere in esame i principali criteri di quantificazione del danno, utilizzati dal giudice al fine di liquidare una somma di denaro equivalente al danno effettivamente subito dal soggetto.

Vi sono innanzi tutto criteri generali, elaborati in ambito civilistico, ma che trovano senz'altro applicazione anche nell'ambito del processo amministrativo.

Operano quindi i criteri generali previsti dal codice civile per la quantificazione del danno derivante dall'inadempimento delle obbligazioni, che sono, in parte, applicabili anche all'illecito aquiliano, in forza del richiamo contenuto nell'art. 2056 c.c.

Il principio di integrale riparazione del danno – lucro cessante e danno emergente – art. 1223 c.c.

E' senz'altro applicabile la regola fondamentale dettata dall'art. 1223 c.c., secondo il quale *"Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta."*

Tale norma è espressione del basilare principio di integrale riparazione del danno: il risarcimento, pertanto, mira a compensare sia il danno emergente, sia il lucro cessante, purché tali voci costituiscano conseguenza diretta ed immediata del comportamento lesivo tenuto dall'amministrazione.

Proprio in applicazione di tale principio, nell'ambio del giudizio amministrativo, come si vedrà meglio più avanti, viene di regola esclusa la risarcibilità delle voci di spesa che non sono conseguenza diretta della condotta lesiva della pubblica amministrazione, ma che sono state sostenute spontaneamente dal privato, sulla base di autonome decisioni che costituiscono la normale espressione della libera iniziativa economica e che comportano, inevitabilmente, l'assunzione di un rischio.

Secondo parte della giurisprudenza, ad esempio, non può essere risarcito il danno emergente costituito dalle spese sostenute per partecipare alla procedura di gara. In tale contesto, infatti, i concorrenti si assumono, spontaneamente e consapevolmente, i costi di partecipazione alla procedura, che rimangono comunque a loro integrale carico, sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione. Si tratta di un rischio naturalmente connesso all'attività imprenditoriale, destinato a gravare sugli operatori economici e che non può essere trasferito in carico all'amministrazione. Si tratta, a ben vedere, di spese che non costituiscono conseguenza diretta del comportamento lesivo posto in essere dalla pubblica amministrazione, ma che sono, piuttosto, riconducibili alla libera scelta del soggetto privato di partecipare alla procedura di gara stessa.

Viene esclusa, più in generale, la risarcibilità dei costi sostenuti dal privato a titolo di investimento sulla propria attività imprenditoriale. Infatti, le spese sopportate per dare

avvio, sostenere e promuovere l'attività imprenditoriale privata non possono dirsi conseguenza immediata e diretta di un eventuale comportamento lesivo della pubblica amministrazione, ma rappresentano espressione dell'autonoma volontà del privato di realizzare la propria attività imprenditoriale, attraverso la costituzione della società e il reperimento dei beni e dei servizi strumentali all'esercizio dell'attività stessa (cfr. T.R.G.A. di Trento, 19 giugno 2018, n. 141).

Il principio della *"compensatio lucri cum damno".*

Dal principio della integrale riparazione del danno scaturisce un ulteriore criterio che il giudice è tenuto ad utilizzare in fase di liquidazione e che bene può essere riassunto nella formula latina della "*compensatio lucri cum damno*".

In virtù di tale principio – proprio per garantire che sia liquidato l'intero danno subito, ma non più di quello – occorre tenere conto di eventuali effetti vantaggiosi derivati al danneggiato dal comportamento lesivo dell'amministrazione.

Tale regola presuppone che il processo causale del danno e del beneficio sia unico, nel senso che la stessa condotta illecita deve aver provocato le conseguenze negative e positive, oggetto di valutazione.

Ciò al fine di scongiurare che attraverso il risarcimento del danno – che ha finalità esclusivamente ripristinatorie – il danneggiato possa conseguire un indebito arricchimento ai danni dell'amministrazione.

Il danneggiato, pertanto, è tenuto a dimostrare in concreto il danno effettivamente subito, secondo la regola generale dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c..

L'amministrazione, invece, ove intenda contestare la domanda risarcitoria del danneggiato, è onerata, pur mediante presunzioni semplici, della prova dell'*aliunde perceptum vel percipiendum.*

Tale principio trova chiara applicazione, ad esempio, nelle ipotesi di domanda di risarcimento del danno per illegittimo ritardo nell'assunzione. In tali casi, infatti, si dovrà verificare se nel periodo di riferimento, il soggetto abbia percepito altri redditi (cfr. Cass. Civ., sez. lavoro, 12 maggio 2015, n. 9616).

Lo stesso principio viene inoltre utilizzato in caso di domanda di risarcimento del danno per

mancata aggiudicazione dell'appalto, sia nel caso in cui venga accertata la sicura spettanza dell'aggiudicazione stessa, sia nel caso in cui si accerti la sussistenza di una possibilità di ottenere l'aggiudicazione, ossia di un danno da perdita di *chance*.

Peraltro, in questo peculiare contesto può ritenersi operante una presunzione in base alla quale "*l'imprenditore (specie se in forma societaria), in quanto soggetto che esercita professionalmente un'attività economica organizzata finalizzata alla produzione di utili, normalmente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma si procura prestazioni contrattuali alternative dalla cui esecuzione trae utili*" (Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 12 maggio 2017, n.2).

Pertanto, nel caso in cui il danneggiato non abbia fornito prova adeguata dell'assenza di altri redditi, il giudice può ritenere – sulla base di un meccanismo di tipo presuntivo – che esso abbia comunque ottenuto altri proventi, impiegando mezzi e risorse in differenti attività imprenditoriali, e ridurre di conseguenza l'entità del danno effettivamente risarcibile.

Valutazione equitativa del danno

Sempre grazie al richiamo espresso contenuto nell'art. 2056 c.c., anche nell'ambito del processo amministrativo, trova applicazione il criterio equitativo di liquidazione del danno ex art. 1226 c.c., secondo il quale "*Se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa*".

Tale criterio di liquidazione assume particolare rilevanza, in particolare, laddove si renda necessario liquidare un danno fondato sulla perdita di *chance*, o sulla lesione del legittimo affidamento ingenerato nel privato danneggiato, piuttosto che un danno fondato su di un giudizio di certa spettanza del bene della vita.

In questi casi, infatti, non vi sono parametri di tipo matematico, univoci e vincolanti, per la quantificazione del danno risarcibile e occorre dunque fare uso di un meccanismo di tipo equitativo.

Tuttavia, è necessario precisare che anche il criterio equitativo di liquidazione del danno presuppone che le parti abbiano correttamente assolto al proprio onere probatorio, mentre il giudice non può sostituirsi alle parti, individuando in modo autonomo i parametri da utilizzare.

Il danneggiato, quindi, deve comunque fornire al giudice elementi di prova sufficienti, che costituiscano presupposti oggettivi per la quantificazione del danno, pena il rigetto della domanda risarcitoria stessa.

Tale principio è stato ribadito con particolare vigore nella recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2/2017 che – come meglio si vedrà in seguito – ha dettato principi e criteri chiari per la quantificazione del danno in caso di danno da mancata aggiudicazione.

Concorso del fatto colposo del creditore

In fase di quantificazione del danno da risarcire costituisce altra regola essenziale quella indicata dall'art. 1227 c.c., che recita "*Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.*".

Tale regola liquidatoria è diretta espressione della regola della causalità materiale. Non possono essere risarciti i danni che sono conseguenza del comportamento del danneggiato e non della pubblica amministrazione.

Sotto un profilo più ampio e generale, la regola appena richiamata può ritenersi espressione dei principi di buona fede e di leale collaborazione tra privati e pubblica amministrazione.

A questo punto è importante ricordare una delle applicazioni più rilevanti ed interessanti di questo principio.

Già prima dell'adozione del codice del processo amministrativo, si era venuto consolidando un orientamento giurisprudenziale in base al quale nel concetto di ordinaria diligenza ex art. 1227 c.c. doveva farsi rientrare anche la tempestiva proposizione del ricorso avverso l'atto amministrativo illegittimo, dal quale era scaturito il danno di cui si chiedeva – in via autonoma – il risarcimento. Secondo tale ricostruzione, non potevano quindi essere risarciti i danni che il danneggiato avrebbe potuto evitare attraverso l'uso degli strumenti di tutela messi a disposizione dall'ordinamento.

Come noto, l'art. 30 c.p.a. ha poi regolato tale fattispecie.

Da un lato, il legislatore ha escluso la necessità di far precedere l'azione per il risarcimento

del danno dall'azione di annullamento dell'atto illegittimo dal quale il danno stesso è derivato (così detta pregiudizialità amministrativa), prevedendo dunque la possibilità di proporre azione risarcitoria in via autonoma.

Dall'altro lato, però, il legislatore ha previsto che, in fase di liquidazione del danno, il giudice deve tener conto di tutte le circostanze di fatto e del comportamento tenuto dalle parti, per escludere il risarcimento di quei danni "*che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti*".

Come chiarito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 3 del 23 marzo 2011, tale disposizione ha previsto che la mancata attivazione degli strumenti di tutela messi a disposizione dall'ordinamento – tra i quali *in primis* proprio la proposizione del ricorso per la caducazione del provvedimento lesivo illegittimo – costituisce un comportamento valutabile dal giudice, in fase di liquidazione del danno.

Si tratta, infatti, di valutare se il danneggiato si sia comportato secondo buona fede e correttezza, attivandosi per scongiurare o limitare le conseguenze negative derivanti dalla condotta lesiva dell'amministrazione, anche chiedendo l'eliminazione del provvedimento dannoso.

In caso di mancata impugnazione dell'atto lesivo, il danno risarcibile può dunque essere escluso o ridotto. Ciò significa, in ultima analisi, che l'impugnazione dell'atto non costituisce più una preclusione processuale, di rito, alla proposizione della domanda di risarcimento, ma costituisce un fatto rilevante in fase di giudizio di merito sulla esistenza e sulla effettiva consistenza del danno risarcibile.

E' importante tuttavia precisare che la mancata proposizione dell'azione di annullamento non si traduce in automatica esclusione del diritto al risarcimento del danno in capo all'attore, che agisce soltanto per ottenere l'equivalente monetario del lucro cessante e del danno emergente.

Occorre infatti valutare, in concreto, se l'eventuale impugnazione del provvedimento lesivo sarebbe stato causalmente idoneo a diminuire o ad escludere il danno. Si rende quindi necessario un accertamento che attiene pur sempre al nesso causale e che "*si connota come "giudizio prognostico di tipo controfattuale", ovvero come giudizio ipotetico, diretto a verificare se una determinata condotta omissiva (azione di annullamento mai esperita o esperita, ma divenuta inammissibile o improcedibile) avrebbe evitato il danno. L'accertamento ha carattere probabilistico, dovendo valutarsi se – sulla base dei dati disponibili e dei fatti accertati dal Giudicante, nonché di una prognosi fondata sul criterio*

del "più probabile che non" – una o più delle voci di danno, per il risarcimento delle quali il danneggiato agisce, sarebbe stata evitata ovvero sarebbe stata di entità minore, nel caso in cui la domanda di annullamento fosse stata tempestivamente proposta dal medesimo" (cfr. T.A.R. Lazio, sez. III, 9 novembre 2018, n. 10845).

Si deve inoltre verificare se l'esperimento dei mezzi di tutela fosse in concreto esigibile ovvero se lo stesso eccedesse i limiti del più che apprezzabile sacrificio.

La condanna "sui criteri" ex art. 34, comma 4 c.p.a.

L'innegabile esistenza di notevoli difficoltà nella fase di liquidazione del danno ha portato il legislatore a prevedere la particolare procedura di cui all'art. 34, comma 4 del c.p.a.

Recita tale norma: "*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. Se le parti non giungono ad un accordo, ovvero non adempiono agli obblighi derivanti dall'accordo concluso, con il ricorso previsto dal Titolo I del Libro IV, possono essere chiesti la determinazione della somma dovuta ovvero l'adempimento degli obblighi ineseguiti*".

Tale disposizione consente al giudice, in fase di liquidazione del danno di individuare criteri specifici e certi, in base ai quali le parti stesse, in accordo tra di loro, dovranno arrivare alla concreta quantificazione del danno.

Si tratta di un potere libero ed ufficioso del giudice che attiene, non alla determinazione dell'*an* del risarcimento, ma esclusivamente alla liquidazione del *quantum*.

Tale strumento può quindi rilevarsi estremamente utile per la corretta individuazione della somma da corrispondere a titolo di risarcimento, al fine di una sollecita ed efficace definizione del giudizio.

In dottrina e giurisprudenza si è evidenziato che l'istituto in esame, per certi aspetti, può presentare alcuni profili di affinità con la condanna generica ex art. 278 c.p.c., attraverso la quale il giudice accerta la sussistenza del diritto al risarcimento, senza tuttavia procedere alla quantificazione del danno.

Secondo la giurisprudenza, tuttavia, la pronuncia ex art. 34, comma 4 c.p.a. non è qualificabile come condanna generica, poiché il debitore è comunque onerato, in fase di

cognizione, di fornire la prova del danno. Il giudice sollecita una trattativa tra le parti, volta alla quantificazione del danno stesso, attraverso l'individuazione di criteri oggettivi e predeterminati cui fare riferimento. Anche se non si ha una esatta individuazione dell'ammontare del danno da parte del giudice, si ha l'indicazione di parametri vincolanti per la quantificazione che acquisiscono forza di giudicato e non possono pertanto essere rimessi in discussione, nemmeno dal giudice dell'ottemperanza (cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2014, n. 186).

Deve dunque ritenersi che, come bene evidenziato anche dalla dottrina, il meccanismo di cui all'art. 34, comma 4 c.p.a. richieda una puntuale individuazione da parte del giudice dei criteri che le parti dovranno utilizzare par la determinazione delle somme spettanti al danneggiato (cfr. sul punto P.Tonnara, Indennizzo in caso di revoca: la condanna "sui criteri", in riv. Urbanistica e Appalti, 2018, n. 2, pagg. 164 e ss.).

Solo in tal modo, infatti, si raggiunge uno dei principali scopi della norma, che è appunto quello di consentire la definitiva e rapida chiusura della controversia risarcitoria. Laddove vengano indicati criteri eccessivamente vaghi, il rischio è che le parti non raggiungano l'accordo sulla somma dovuta e che si aprano quindi nuovi scenari di contenzioso.

Inoltre, qualora le parti siano costrette ad adire il giudice dell'ottemperanza, in mancanza di accordo sul *quantum*, lo stesso – in presenza di criteri specifici dettati dal giudice della cognizione – sarà chiamato a dare mera esecuzione alla sentenza del primo giudice, nel pieno rispetto di quella che è la natura del giudizio di ottemperanza.

In caso di criteri eccessivamente ampi e indeterminati il giudice dell'ottemperanza si troverebbe di fatto a svolgere un giudizio di cognizione molto simile a quello rimesso al giudice ordinario a fronte di una sentenza di condanna generica ex art. 278 c.c..

Il risarcimento del danno per equivalente nell'ambito degli appalti pubblici

Il danno da mancata aggiudicazione – Criteri generali nell'evoluzione giurisprudenziale.

Nei paragrafi precedenti sono state richiamate sinteticamente le regole generali che guidano il giudice amministrativo nella fase di liquidazione del danno risarcibile.

E' ora possibile soffermarsi sui particolari criteri di liquidazione del danno elaborati dalla giurisprudenza amministrativa con particolare riferimento al settore degli appalti pubblici,

che presenta profili di notevole complessità.

In particolare, si svolgeranno alcune considerazioni generali in merito a due distinte fattispecie risarcitorie che possono concretizzarsi in questo settore, ove si può realizzare un danno da mancata aggiudicazione e un danno da perdita di *chance*.

Nel primo caso, il privato danneggiato nel corso del giudizio dimostra con certezza che – in assenza del comportamento illegittimo dell'amministrazione – avrebbe vinto la gara, conseguendo l'aggiudicazione dell'appalto.

Nel secondo caso, invece, non viene raggiunta la prova del diritto all'aggiudicazione e la lesione subita dal privato consiste pertanto nella perdita delle possibilità di vedersi aggiudicata la gara e di conseguire quindi il bene finale.

Per la quantificazione di queste due tipologie di danno, che sono ontologicamente diverse fra loro, occorre applicare criteri almeno in parte differenti, fatta salva, naturalmente, l'applicazione dei principi generali in materia di liquidazione.

Ciò premesso, è utile dare conto, brevemente, dell'evoluzione giurisprudenziale che si è realizzata nel corso degli anni e – soprattutto – delle più recenti pronunce intervenute sul tema del danno da mancata aggiudicazione.

Per quanto riguarda tale tipologia di danno, è opportuno in primo luogo ricordare che per lungo tempo ampia parte della giurisprudenza ha ritenuto che al privato dovesse essere riconosciuta, a titolo di lucro cessante, una somma equivalente all'utile che lo stesso avrebbe percepito in caso di aggiudicazione dell'appalto, da quantificarsi con metodo forfettario, corrispondente all'utile medio ritraibile dall'appalto stesso. Tale cifra forfettaria veniva quindi automaticamente liquidata, dalla prevalente giurisprudenza, in misura pari al 10% dell'importo posto a base di gara.

Tale metodo aveva il vantaggio di evitare calcoli complessi e difficili.

Con l'introduzione dell'art. 124 c.p.a. si è espressamente previsto che – se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto già stipulato con altri, con la conseguente possibilità del ricorrente di subentrare nell'appalto e ottenere così il risarcimento in forma specifica – deve essere disposto il "*risarcimento del danno per equivalente, subito e provato*".

Tale norma, secondo parte della giurisprudenza, ha dunque escluso la possibilità di ricorrere al criterio forfettario per la quantificazione dell'utile mancato, sancendo definitivamente la necessità di ricorrere al criterio dell'utile effettivo.

Ad oggi, pertanto, si deve ritenere che il danneggiato ha l'onere di dimostrare la percentuale concreta di utile che avrebbe ottenuto se fosse risultato aggiudicatario dell'appalto. In particolare, il ricorrente deve provare, attraverso idonee allegazioni, quale è l'offerta economica presentata in sede di gara, le spese sostenute e da sostenere in concreto, e ogni altra voce rilevante per la definizione dell'effettivo margine di guadagno che avrebbe potuto conseguire dall'appalto.

Non solo. Nel settore degli appalti, come già ricordato ai paragrafi precedenti, il danneggiato è tenuto anche a dimostrare di non aver potuto utilizzare altrove e in diverso contesto i propri mezzi e risorse. Trova infatti applicazione il criterio generale di liquidazione, sopra richiamato, che impone la decurtazione dal danno risarcibile dell'*aliunde perceptum vel percipiendum*, alla stregua del più generale principio di integrale risarcimento del danno.

In base ad un meccanismo presuntivo operante nello specifico settore degli appalti, nel caso in cui la suddetta prova non sia raggiunta, il giudice può ritenere ragionevolmente che – secondo l'*id quod plerumque accidit* – i mezzi e la manodopera siano stati riutilizzati per altri servizi, lavori e forniture, riducendosi così la perdita complessiva delle utilità ritraibili dall'appalto non aggiudicato.

Sulla somma riconosciuta a titolo di mancato guadagno, in quanto debito di valore, devono poi essere calcolati gli interessi e la rivalutazione monetaria (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 1 aprile 2015, n. 170).

Oltre al lucro cessante, in caso di mancata aggiudicazione dell'appalto, deve essere riconosciuto il risarcimento del danno emergente.

Tuttavia, secondo parte della giurisprudenza non possono essere risarcite le spese di partecipazione alla gara. Come sopra accennato, si tratterebbe infatti di spese "a fondo perduto" che graverebbero comunque sul soggetto che decide di partecipare alla gara, indipendentemente dall'esito della stessa (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 27 marzo 2014, n. 1478; Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2013, n. 1052)..

Sotto un primo profilo si può ritenere che tali costi non costituiscono conseguenza diretta del comportamento lesivo tenuto dall'amministrazione. Sotto altro profilo, ammettendone il rimborso, si finirebbe per far conseguire al danneggiato un vantaggio maggiore rispetto a quello che deriverebbe dall'aggiudicazione stessa e sarebbe quindi frustrata la finalità meramente ripristinatoria del risarcimento del danno.

Vi è un diverso orientamento giurisprudenziale che ritiene risarcibili anche i costi di partecipazione alla procedura di gara, nei casi in cui il soggetto sia stato illegittimamente escluso dalla procedura di gara, posto che in tali casi risulterebbe leso il diritto del soggetto a non essere coinvolto in trattative inutili (cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, 7 marzo 2016, n. 2966; Cons. Stato, sez. III, 14 dicembre 2012, n. 6444).

Infine, in caso di mancata aggiudicazione, il soggetto può chiedere il risarcimento del così detto danno curriculare, costituito sia dal mancato incremento del giro di affari complessivo, sia dal mancato incremento delle capacità tecniche ed economiche dell'impresa. Si tratta di due voci che possono incidere sulla possibilità di partecipazione dell'impresa a gare future e sulle possibilità di aggiudicazione delle stesse.

Anche a proposito di tale voce di danno, si sono nel tempo riscontrati due distinti orientamenti giurisprudenziali.

Secondo il primo, il danno curriculare sarebbe *in re ipsa* e deriverebbe quindi in via necessaria e immediata dalla stessa mancata aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2012, n. 2546).

Secondo diverso orientamento, invece, anche il danno curriculare richiede una prova precisa e puntuale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 agosto 2014, n. 4248). Il danneggiato, quindi, deve allegare elementi utili a dimostrare, in concreto, se e quanto il mancato incremento delle sue referenze possa incidere sulla partecipazione ad altre procedure di gara.

Come sarà meglio precisato nel paragrafo successivo, si deve ormai ritenere che, anche per questa voce di danno, debba essere fornita prova da parte del soggetto danneggiato.

La decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di stato n. 2/2017.

L'evoluzione giurisprudenziale alla quale si è fatto breve cenno nelle pagine che precedono, è stata in ultimo ripresa e rielaborata dalla pronuncia resa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 12 maggio 2017, n. 2.

In estrema sintesi, con tale decisione si sono ribaditi e chiariti i principi fondamentali già elaborati dalla giurisprudenza in materia di quantificazione del danno da mancata aggiudicazione di un appalto, quando cioè sia stato formulato un giudizio di certa spettanza del bene della vita al quale il soggetto aspira.

Una volta svolto tale accertamento, non residua alcun dubbio circa l'*an* del diritto al risarcimento del danno subìto per effetto della mancata ed illegittima aggiudicazione e si pone il problema di definire in base a quali criteri e principi procedere alla quantificazione del danno per equivalente, ove non sia possibile disporre il risarcimento in forma specifica.

E' bene sottolineare che i principi indicati nella citata pronuncia n. 2/2017 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, esprimono criteri generali di tecnica liquidatoria, che possono pertanto trovare applicazione in ogni caso in cui occorra procedere alla determinazione del *quantum debeatur*, una volta accertata la fondatezza della domanda risarcitoria.

Come si vedrà, si tratta di criteri che attengono, essenzialmente, alla individuazione e distribuzione dell'onere della prova per le singole voci di danno risarcibili.

Pertanto, tali regole operano – seppure con i dovuti adattamenti – anche nella fase di liquidazione del danno da perdita di *chance*, che sarà oggetto di approfondimento nei paragrafi successivi, e nella fase di liquidazione dei danni derivanti da ogni altra attività lesiva posta in essere dalla pubblica amministrazione.

E' utile riportare lo stralcio della sentenza appena citata.

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

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

b) nel caso di mancata aggiudicazione il risarcimento del danno conseguente al lucro cessante si identifica con l'interesse c.d. positivo, che ricomprende sia il mancato profitto (che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto), sia il danno c.d. curricolare (ovvero il pregiudizio subìto dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum e dell'immagine professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione

dell'appalto). Non è dubitabile, invero, che il fatto stesso di eseguire un appalto pubblico (anche a prescindere dal lucro che l'impresa ne ricava grazie al corrispettivo pagato dalla stazione appaltante), possa essere, comunque, fonte per l'impresa di un vantaggio economicamente valutabile, perché accresce la capacità di competere sul mercato e, quindi, la chance di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti.

c) spetta all'impresa danneggiata offrire la prova dell'utile che in concreto avrebbe conseguito, qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (ex art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.); quest'ultimo, infatti, in tanto si giustifica in quanto sussista la necessità di equilibrare l'asimmetria informativa tra amministrazione e privato la quale contraddistingue l'esercizio del pubblico potere ed il correlato rimedio dell'azione di impugnazione, mentre non si riscontra in quella di risarcimento dei danni, in relazione alla quale il criterio della c.d. vicinanza della prova determina il riespandersi del predetto principio dispositivo sancito in generale dall'art. 2697, primo comma, c.c.;

d) la valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c., è ammessa soltanto in presenza di situazione di impossibilità – o di estrema difficoltà – di una precisa prova sull'ammontare del danno;

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

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

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

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

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

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

Se non che, anche a volersi convenire con la ragionevole considerazione che l'aliunde perceptum costituisca un fatto impeditivo del danno, non potrebbe addivenirsi a diversa conclusione rispetto a quella poc'anzi prospettata, segnatamente in relazione al settore degli appalti; e ciò per un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo, non può negarsi che, ai fini della sussistenza dell'aliunde perceptum, possa essere invocato il meccanismo della presunzione (semplice). In forza di tale meccanismo può quindi individuarsi una presunzione in tal senso, a sua volta fondata sull'id quod plerumque accidit, secondo cui l'imprenditore (specie se in forma societaria), in quanto soggetto che esercita professionalmente un'attività economica organizzata finalizzata alla produzione di utili, normalmente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma si procura prestazioni contrattuali alternative dalla cui esecuzione trae utili. Pertanto, in mancanza di prova contraria, che l'impresa che neghi l'aliunde perceptum può fornire anche sulla base dei libri contabili, deve ritenersi che essa abbia comunque impiegato proprie

risorse e mezzi in altre attività, dovendosi quindi sottrarre al danno subito per la mancata aggiudicazione l'aliunde perceptum, calcolato in genere in via equitativa e forfettaria. Del resto –e si è al secondo ordine di considerazioni – nell'ambito delle gare d'appalto, tale conclusione risulta avvalorata dalla distinta, concorrente circostanza che, da un lato, non risulta ragionevolmente predicabile la condotta dell'impresa che immobilizza le proprie risorse in attesa dell'aggiudicazione di una commessa, o nell'attesa dell'esito del ricorso giurisdizionale volto ad ottenere l'aggiudicazione, atteso che possono essere molteplici le evenienze per cui potrebbe risultare non aggiudicataria della commessa stessa (il che corrobora la presunzione); dall'altro che, ai sensi dell'art. 1227, secondo comma, c.c., il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno, sicché il comportamento inerte dell'impresa ben può assumere rilievo in ordine all'aliunde percipiendum. (cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2013, n. 5884; Cons. Stato, sez. V,, 27 marzo 2013, n. 1833; Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2013, n. 3155; Cons. Stato, sez. V,, 8 novembre 2012, n. 5686). Tale orientamento –assolutamente prevalente, sia pure con sfumature diverse in punto di motivazione (tra le varie: Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2014 n. 5531; sez. VI, 15 ottobre 2012 n. 5279) – consente del resto di evitare che la sentenza che vede l'impresa vittoriosa diventi occasione e strumento di ingiusta locupletazione.".

Con la pronuncia riportata – in estrema sintesi – l'Adunanza Plenaria, consolidando principi già elaborati dalla precedente giurisprudenza amministrativa, detta e definisce in modo puntuale e rigoroso i principi relativi alle modalità di quantificazione del danno da mancata aggiudicazione.

Essa da un lato individua le voci di danno risarcibili, dall'altro delinea in modo puntuale la ripartizione dell'onere della prova posto a carico del soggetto danneggiato, con riferimento alle singole voci di danno.

In generale, può osservarsi che la tendenza della giurisprudenza è quella di riconoscere la risarcibilità di tutti i pregiudizi comunque derivanti dalla mancata aggiudicazione illegittima dell'appalto, attribuendo rilevanza giuridica ad un più ampio spettro di interessi soggettivi, comunque riconducibili ai privati.

Si pensi, sotto questo profilo, alla risarcibilità del danno curriculare.

Si pensi anche alla risarcibilità del danno all'immagine commerciale dell'impresa, ammessa da talune decisioni del giudice amministrativo, che si realizza, ad esempio, quando la mancata aggiudicazione è dipesa dall'asserita assenza di requisiti di partecipazione ovvero dalla asserita incongruità dell'offerta anomala.

Il risarcimento del discredito commerciale, inteso come perdita di credibilità e di prestigio, secondo tale giurisprudenza, è ammesso a titolo di danno morale, quando se ne fornisce prova, oppure viene addirittura ritenuto *in re ipsa*, quando esso deriva da un comportamento dei funzionari o dei commissari di gara che integra reato, ai sensi dell'art. 2059 c.c. (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751).

A fronte di questo tendenziale ampliamento dei confini del danno risarcibile, si assiste tuttavia ad un crescente rigore in fase di prova del danno subito da parte del soggetto danneggiato.

Ciò deriva da una stringente ed attenta applicazione del principio generale di cui all'art. 2697, che deve trovare piena applicazione in materia di responsabilità della pubblica amministrazione.

Il danno da perdita di *chance* – casistica

Come sopra accennato, diversa è la situazione che si realizza quando il ricorrente non riesce a dimostrare con certezza il proprio diritto all'aggiudicazione dell'appalto, ma prova di aver perduto – a causa del comportamento illegittimo dell'amministrazione – la possibilità di ottenere tale aggiudicazione.

E' opportuno precisare che questa stessa situazione si realizza, non solo nel settore degli appalti, ma più in generale ogni volta in cui il comportamento illegittimo dell'amministrazione comporta per il soggetto la perdita delle possibilità di ottenere il bene della vita al quale si ha interesse, attraverso la partecipazione ad un procedimento amministrativo di tipo selettivo, concorrenziale, nell'ambito del quale deve essere verificato il possesso di determinati requisiti e all'esito del quale si ha la definitiva attribuzione del bene ambito.

Tale danno si realizza, pertanto, quando l'operatore economico partecipa legittimamente ad una procedura di evidenza pubblica, in quanto "*portatore di un'astratta e potenziale chance di aggiudicarsi il contratto (…)*" o un'altra utilità (cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2527).

Davvero ampia è la casistica giurisprudenziale rinvenibile sul tema.

A titolo di esempio può richiamarsi il caso del diniego illegittimo di approvazione dei piani di lottizzazione, a fronte del quale si verifica la perdita della possibilità di vedersi

concretamente riconosciuto il diritto di edificare (Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 14 marzo 2018, n. 1615).

Si ha perdita di *chance* anche quando il soggetto, a causa dell'illegittima e tardiva iscrizione nel registro delle imprese, perde la possibilità di ottenere un finanziamento pubblico per carenza dei requisiti richiesti (Cfr. T.R.G.A. di Trento, 19 giugno 2018, n. 141).

Può dirsi concretizzato un danno da perdita di *chance* nel caso in cui il soggetto venga illegittimamente superato in una procedura di avanzamento di carriera: in questo caso esso consiste, in particolare, nella perdita della possibilità di ottenere incarichi connessi al grado superiore negatogli e di ottenere i conseguenti emolumenti (Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2017, n. 3757).

Situazione analoga si verifica nel caso del danno da ritardata assunzione a pubblico impiego, che determina la perdita della possibilità di vedersi assegnati ulteriori incarichi remunerati, connessi all'impiego stesso (Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2015, n. 1099).

Può infine richiamarsi il caso del concorso pubblico non preceduto da pubblicazione in gazzetta ufficiale, che determina la lesione della possibilità del soggetto di partecipare alla procedura selettiva e di ottenere pertanto l'impiego (Cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2016, n. 762).

Si tratta, come evidente, di fattispecie diverse e assai variegate, nell'ambito delle quali si realizza, in ogni caso, una lesione delle opportunità spettanti ad un soggetto di vedersi attribuito un bene della vita al quale può legittimamente aspirare.

Teoria eziologica e teoria ontologica del danno da perdita di *chance*

Così delineata, in termini generali, la nozione di danno da perdita di *chance*, è ben noto che attualmente su tale tema, e in particolare sulle modalità di risarcimento, si confrontano due diversi orientamenti giurisprudenziali.

Il primo è riconducibile alla così detta teoria eziologica, nell'ambito della quale il danno da perdita di *chance* viene configurato quale mancato conseguimento di un risultato possibile. Secondo tale teoria, dunque, il danno da perdita di *chance* rappresenta la violazione di un diritto non ancora acquisito al patrimonio del soggetto, ma solo potenzialmente raggiungibile, ed è perciò risarcibile solo ove venga fornita la prova di un rilevante grado di probabilità di conseguire il bene della vita negato dal comportamento illegittimo

dell'amministrazione.

In altre parole, il danno da perdita di *chance*, in base a tale giurisprudenza, consiste nella lesione di una concreta e significativa possibilità di ottenere un risultato favorevole (Cfr. T.R.G.A. Trento, sent. n. 141/2018 cit).

Il secondo orientamento giurisprudenziale afferisce invece alla così detta teoria ontologica, alla luce della quale il danno da perdita di *chance* è inteso come sacrificio immediato della semplice possibilità di ottenere il risultato finale, che si realizza indipendentemente dal grado di probabilità di successo riscontrabile in concreto, caso per caso.

In estrema sintesi, la sostanziale differenza tra le due teorie risiede nel diverso rilievo attribuito alla possibilità di ottenere il bene finale da parte del soggetto.

Infatti, nel caso della teoria eziologica tale possibilità – che deve peraltro raggiungere un certo livello di rilevanza – costituisce presupposto necessario per la configurabilità dello stesso danno risarcibile, incide dunque sull'*an* del risarcimento.

Nel caso della teoria ontologica, al contrario, tale possibilità è risarcibile in quanto tale, indipendentemente dalla percentuale di successo ravvisabile nel caso di specie, che incide esclusivamente sul *quantum* risarcibile.

Pertanto, la teoria della *chance* eziologica configura tale danno come lucro cessante, come guadagno potenziale, perduto a causa dell'illegittimo comportamento della p.a.

La teoria ontologica, invece, configura il danno da perdita di *chance* come danno emergente, ovvero come lesione di un bene giuridico già presente nel patrimonio del danneggiato, suscettibile di autonoma valutazione.

Queste due diverse ricostruzioni del danno da perdita di *chance* determinano sul piano teorico e pratico conseguenze assai rilevanti.

La teoria eziologica

Come accennato sopra, in base alla concezione eziologica del danno da perdita di *chance*, ai fini della effettiva risarcibilità del pregiudizio subìto occorre, innanzi tutto, verificare se vi sia una elevata probabilità per il ricorrente di ottenere il vantaggio al quale esso aspira (Cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2017, n. 372).

Nell'ambito di tale teoria, pertanto, la sussistenza di una significativa percentuale di probabilità di conseguimento del bene sperato, incide sull'*an* del risarcimento stesso.

L'indagine relativa al livello percentuale di probabilità di conseguimento dell'utilità sperata deve essere peraltro fondata su elementi e circostanze concrete, da verificare caso per caso.

Sotto tale profilo, è certamente rilevante, ad esempio, la posizione raggiunta dal ricorrente nell'ambito della procedura concorrenziale dalla quale prende avvio la richiesta di risarcimento, quindi la collocazione del soggetto in graduatoria.

E' evidente, infatti, che tale circostanza contribuisce in modo determinante a rendere più o meno incisiva la probabilità che aveva il soggetto di ottenere il bene della vita sperato.

In caso di gare di appalto, rileva anche il criterio di aggiudicazione della gara dalla quale scaturisce la controversia, dal momento che l'utilizzo di un criterio tendenzialmente vincolante, scevro quindi da valutazioni di tipo discrezionale – come ad esempio quello del prezzo più basso – incide certamente sul grado di probabilità di conseguimento del bene sperato.

Nella sentenza n. 141/2018 del T.R.G.A. di Trento si osserva, sotto tale profilo, che la concessione del finanziamento al quale il ricorrente ambiva, negato a causa della tardiva iscrizione nel registro delle imprese da parte della Camera di Commercio, non presentava rilevanti profili di incertezza, ma era pressoché certa, poiché il riconoscimento del contributo era subordinato al mero possesso di determinati requisiti formali e alla presenza di uno stanziamento sufficiente. Per tale ragione, il T.R.G.A. arriva a riconoscere in capo all'operatore economico un grado molto elevato di probabilità di ottenere il contributo, vicino alla certezza.

Devono essere inoltre tenute in considerazione tutte quelle ulteriori specifiche circostanze che possono a loro volta concretamente influire sulle probabilità di conseguimento del risultato favorevole per il ricorrente.

Rilevano, ad esempio, quelle circostanze che potevano costituire, *ex se*, impedimento al perseguimento del bene di interesse, indipendentemente dall'adozione del provvedimento illegittimo, come la carenza di requisiti di partecipazione alla procedura o la mancanza di stanziamenti sufficienti da parte dell'amministrazione tenuta ad erogare un finanziamento.

Tali situazioni costituiscono, infatti, ragioni ostative all'attribuzione del bene sperato e, in quanto tali, di fatto, riducono grandemente o addirittura elidono le probabilità di

conseguimento dell'utilità finale da parte del soggetto che agisce per ottenere il risarcimento del danno.

Ai sensi dell'art. 2697 c.c., l'onere di fornire la prova sulla esistenza e consistenza del grado di probabilità di ottenere il bene sperato grava sul danneggiato.

Mentre l'onere di fornire la prova dell'esistenza di eventuali circostanze impeditive del diritto al risarcimento grava sul soggetto che di esse intende avvantaggiarsi per negare l'esistenza del diritto azionato *ex adverso* e quindi, di norma, sull'amministrazione resistente.

Sotto tale aspetto è opportuno peraltro precisare che tale onere probatorio non può dirsi soddisfatto per mezzo di generiche affermazioni, essendo piuttosto necessaria una puntuale e circostanziata dimostrazione delle circostanze oggettive che incidono in modo concreto sul grado di possibilità di ottenimento del bene di interesse, significativamente riducendolo o addirittura azzerandolo.

Tutto ciò premesso, è possibile evidenziare che, in base all'orientamento giurisprudenziale che aderisce alla teoria eziologica, la possibilità di ottenimento del bene sperato spesso viene ritenuta rilevante ai fini risarcitori solo se raggiunge il livello di una concreta possibilità di successo, che si ritiene sussistente quando vi sia almeno il 50% di possibilità di ottenere il risultato perseguito. In caso contrario si rischia infatti di risarcire anche mere possibilità, statisticamente irrilevanti (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 16 maggio 2018, n. 2907; Cons. Stato, Sez. V, 27 dicembre 2017, n. 6088; Cons. Stato, sez. V, 30 giugno 2015, n. 3249).

E' opportuno precisare anche che, alla luce del richiamato orientamento, l'annullamento di un provvedimento amministrativo illegittimo, con salvezza del riesercizio del potere non vincolato da parte della pubblica amministrazione, non può mai consentire l'accoglimento di una domanda risarcitoria.

In questi casi, infatti, attraverso la statuizione giudiziale viene solo riconosciuta l'illegittimità del comportamento tenuto dalla p.a., con conseguente caducazione dei provvedimenti già adottati.

A fronte di tale decisione, la pubblica amministrazione è tenuta ad esercitare nuovamente il proprio potere discrezionale, nel rispetto dei principi sanciti nella sentenza, ma con esito pur sempre libero e nella pienezza delle proprie prerogative, senza che possa in alcun modo dirsi riconosciuta la spettanza del bene al soggetto privato, neppure in termini meramente

percentuali.

Il privato, dunque, potrà trovare la soddisfazione dei propri interessi partecipando alla nuova procedura e concorrendo nuovamente per il conseguimento dell'utilità sperata.

In questi casi, pertanto, attraverso l'esercizio dell'azione giudiziale può trovare tutela solo l'interesse strumentale del soggetto alla riedizione del potere da parte dell'amministrazione, l'interesse ad essere rimesso in gioco e a concorrere nuovamente assieme ad altri per il finale perseguimento del bene della vita (cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. IV, 14 marzo 2018, n. 1615; Cons. Stato, sez. IV, 8 febbraio 2018, n. 826, contenente anche i richiami applicativi dei principi elaborati sul punto dalla Plenaria n. 2 del 2017).

I principi generali sopra riepilogati trovano applicazione e vengono ben chiariti nella recente sentenza del Consiglio di Stato n. 1615 del 14 marzo 2018, già citata.

E' interessante richiamare tale decisone che, come sopra accennato, configura come danno da perdita di *chance* il danno lamentato a fronte della illegittima mancata approvazione di piani di lottizzazione.

La sentenza evidenzia, in via preliminare, che l'approvazione del piano di lottizzazione non può ritenersi obbligatoria e non si ha pertanto un atto dovuto dell'amministrazione, nemmeno quando i piani risultino conformi al PRG. Non viene dunque elisa del tutto la discrezionalità dell'amministrazione, sia sull'*an*, sia sulle modalità attuative dell'edificazione.

Per tale ragione, nel caso di specie la pretesa risarcitoria del ricorrente non si fonda sulla certezza della spettanza del bene della vita, ovvero sulla certezza dell'approvazione dei piani di lottizzazione e del conseguente diritto di edificare, bensì sull'affidamento ragionevole e legittimo ingenerato nel soggetto privato dal fatto che i piani di lottizzazione fossero contemplati dall'ordinamento generale e locale come strumenti idonei a consentire l'edificazione e che gli stessi fossero astrattamente conformi alle prescrizioni del PRG.

L'illegittimo diniego del piano di lottizzazione determina, al più, la lesione della *chance* del soggetto di vedersi in concreto riconosciuto il diritto di edificare, all'esito di un articolato e complesso procedimento amministrativo, senz'altro connotato da residui poteri discrezionali dell'amministrazione.

Fatte tali premesse, si arriva dunque a ricondurre il danno derivante dalla mancata edificazione, dipesa dal provvedimento amministrativo illegittimo di diniego di approvazione

dei piani di lottizzazione, alla categoria del danno da perdita di *chance*.

E in ossequio alla richiamata teoria eziologica, il Consiglio di Stato, con la sentenza in esame, afferma che il diritto al risarcimento può essere riconosciuto solo laddove sia fornita la prova di un rilevante grado di probabilità in capo al danneggiato di vedersi riconosciuto in concreto il diritto di edificare.

Si ribadisce quindi che deve essere fornita prova certa circa le effettive conseguenze dannose derivate dalla compromissione dello *ius aedificandi*; deve essere dimostrata l'esistenza di una ragionevole certezza circa l'approvazione del piano di lottizzazione, sulla base di elementi oggettivi, complessi e articolati, tra i quali viene senz'altro in rilievo anche il comportamento tenuto dai ricorrenti, ai sensi degli artt. 1227 c.c. e 30, comma 3 c.p.a.. In ogni caso, il diritto al risarcimento del danno non può conseguire al mero annullamento del provvedimento illegittimo impugnato.

Secondo la teoria eziologica, con specifico riferimento al settore degli appalti, occorre dunque arrivare a definire il grado della probabilità di aggiudicazione del contratto ascrivibile al soggetto asseritamente danneggiato.

La consistenza effettiva di tale *chance* viene indicata attraverso una misura di tipo percentuale, statistico.

Ciò appare razionale e corretto – sul piano metodologico – dal momento che, nell'ambito della teoria eziologica, il danno da perdita di *chance* è configurabile quale mancato conseguimento di un risultato possibile, ossia quale lucro cessante. Come accennato in premessa, si deve infatti ricordare che il soggetto che partecipa ad una procedura ad evidenza pubblica non è ritenuto titolare di un elemento patrimoniale suscettibile di immediata lesione da parte dell'attività amministrativa. Esso è piuttosto titolare di una situazione soggettiva strumentale al perseguimento di una utilità futura che ben può essere espressa tramite un dato di natura probabilistica (Cfr. Cons. Stato sent. n. 2527/2018 cit.).

La quantificazione della *chance* in misura percentuale può quindi essere ritenuta idonea ad esprimere, statisticamente, la misura effettiva del mancato guadagno subìto dal ricorrente.

Ciò posto, con più specifico riferimento alle concrete modalità di quantificazione del danno da perdita di *chance*, sempre nell'ambito della teoria eziologica, si riscontrano nella giurisprudenza diverse tecniche di calcolo.

Sotto tale aspetto, si rileva ad esempio che, nella sentenza del Consiglio di Stato n.

2527/2018 appena citata, il danno, inteso come lucro cessante, viene calcolato in base alla percentuale di successo, che viene a sua volta applicata sull'utile complessivamente ritraibile dall'appalto, quest'ultimo calcolato in modo presuntivo nel 10% della somma posta a base d'asta.

Nel caso preso in esame dalla sentenza n. 2527/2018, pertanto, il 10% della base asta, inteso come utile potenzialmente ricavabile dall'appalto, viene utilizzato come punto di partenza per il calcolo del danno subito dal ricorrente. Su tale utile viene infatti applicata la misura percentuale di probabilità di conseguimento dell'appalto stesso riconosciuta al soggetto danneggiato in base alle circostanze del caso concreto e adeguatamente dimostrata.

E' interessante osservare che tale pronuncia sembra recuperare il tradizionale criterio forfettario per il calcolo dell'utile che con la sentenza n. 2/2017 dell'Adunanza Plenaria è stato ritenuto inadeguato – di per sé solo – ai fini del calcolo dell'utile ritraibile dalla gara e, conseguentemente, del danno risarcibile per in caso di mancata aggiudicazione.

Del resto in questi casi, nel calcolo delle probabilità di conseguimento del bene della vita sperato – della effettiva consistenza della *chance* – e del danno derivante dalla lesione di tale probabilità, si realizza inevitabilmente un giudizio di tipo astratto che può fondarsi anche su analisi e dati di natura statistica e su presunzioni.

In ogni caso, la prova della reale consistenza della *chance* deve essere fondata su circostanze puntuali, oggetto di specifica allegazione e dimostrazione, così da consentire il riscontro della reale probabilità che aveva l'operatore economico di essere prescelto nell'ambito della procedura di gara e di conseguire quella specifica utilità.

Sotto tale profilo viene pertanto pienamente confermato il principio generale in base al quale il danneggiato deve fornire la prova dell'*an* e del *quantum* del danno che afferma di aver subito.

Teoria ontologica del danno da perdita di *chance*

Così ricostruita la nozione di *chance* eziologica, è possibile passare ora ad approfondire la diversa concezione della *chance* ontologica.

Secondo questo diverso orientamento giurisprudenziale, come accennato, il risarcimento del danno da perdita di *chance* deve essere riconosciuto al ricorrente indipendentemente dalla

prova della percentuale di probabilità di ottenere il bene sperato.

Tale danno viene considerato infatti come lesione di un bene effettivo, già presente nel patrimonio del soggetto e attraverso il comportamento illegittimo della pubblica amministrazione si realizza quindi il sacrificio immediato ed attuale della possibilità di conseguire un certo risultato.

Tale ricostruzione teorica del danno da perdita di *chance* è stata elaborata, in particolare, con riferimento ai casi di mancata indizione della gara e di illegittimo affidamento diretto dell'appalto.

In base a tale impostazione teorica, nel caso di mancato rispetto degli obblighi di evidenza pubblica, la *chance* di ottenere il bene sperato deve essere risarcita nella sua obiettiva consistenza, indipendentemente dalla preliminare verifica probabilistica circa l'esito della gara stessa.

In questi casi, del resto, secondo l'orientamento giurisprudenziale in esame, non sarebbe nemmeno possibile svolgere in modo attendibile e significativo una prognosi circa il risultato finale della procedura ad evidenza pubblica.

Tale impossibilità, tuttavia, non può esser fatta ricadere sul soggetto danneggiato, al quale deve essere quindi riconosciuto il ristoro della perdita di *chance* in sé (cfr. Cons. Stato, sez. V, 1 agosto 2016, n. 3450; Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2014, n. 1672).

Il danno da perdita di *chance* assume così una consistenza ed una rilevanza oggettive, concrete, e deve essere configurato quale danno emergente, ovvero come immediata e diretta conseguenza dell'illegittimo comportamento della pubblica amministrazione.

La *chance* costituisce un elemento attuale, già presente nel patrimonio del soggetto, un bene giuridico autonomo e specifico, la cui lesione è autonomamente risarcibile, al di là della probabilità di ottenere il bene della vita sperato.

Detto in altri termini, si tratta di un'aspettativa giuridicamente rilevante, "*già presente nel patrimonio dell'impresa danneggiata*" connessa al "*rispetto degli obblighi di evidenza pubblica e/o concorsualità imposti dalla legislazione in materia di contratti pubblici*" (cfr. Cons. Stato 3450/2016 cit.).

Nell'ambito di tale teoria, in definitiva, la probabilità di conseguire l'utilità sperata non incide sull'*an* del risarcimento, ma solo sul *quantum*.

Come già anticipato, è possibile quindi affermare che la principale scriminante tra la *chance* ontologica e la *chance* eziologica sta proprio nel diverso rilievo attribuito alla percentuale di probabilità di conseguire il bene illegittimamente sottratto dall'amministrazione, che nel primo caso è presupposto stesso per la risarcibilità del danno, mentre nel secondo caso incide esclusivamente sulla liquidazione dello stesso.

Ciò posto, si deve sottolineare che comunque in fase di quantificazione del danno, anche nell'ambito della teoria ontologica, trovano nuovamente applicazione i principi generali sulla ripartizione e sul soddisfacimento dell'onere della prova, ampiamente analizzati nelle parti che precedono.

Infatti, si renderà comunque necessario fornire la prova della percentuale di probabilità di conseguimento del bene, proprio per poter liquidare in concreto il danno subito e individuare così la somma esatta spettante a titolo di risarcimento.

Rimessione all'Adunanza Plenaria

Proprio per la presenza del succitato contrasto giurisprudenziale, la questione è stata rimessa all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza non definitiva n. 118 del 11 gennaio 2018, resa dalla Sezione Quinta, che ripercorre i punti salienti delle due teorie sopra richiamate.

La penalità di mora o *astreintes* ex art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a.

Svolta la soprastante disamina sulle modalità di liquidazione del danno risarcibile a fronte del comportamento lesivo tenuto dalla pubblica amministrazione, è possibile fare un rapido cenno al diverso istituto della penalità di mora, o *astreinte*, introdotto e disciplinato dall'art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a.

Occorre innanzi tutto premettere che la penalità di mora costituisce istituto ontologicamente diverso rispetto al risarcimento del danno.

Infatti, nel caso delle *astreintes* si è davanti ad una pena privata, ad una sanzione civile indiretta, che ha come funzione quella di punire la "disobbedienza" dell'amministrazione all'ordine del giudice e di indurre quest'ultima all'adempimento.

L'applicazione di tale misura, pertanto, prescinde assolutamente dalla sussistenza e dalla dimostrazione del danno.

Vi sono quindi molteplici e significative differenze tra il risarcimento del danno e la penalità di mora, pur rappresentando entrambi, in termini assolutamente generali, strumenti volti ad assicurare una tutela effettiva agli interessi privati lesi da comportamenti pregiudizievoli dell'amministrazione.

Se attraverso il risarcimento del danno si mira a riparare il pregiudizio ingiustamente sofferto dal privato per il comportamento lesivo tenuto dall'amministrazione, per mezzo della penalità di mora si intende invece sanzionare, in modo specifico, la disobbedienza dell'amministrazione ad una precedente statuizione giudiziaria, inducendo la stessa all'adempimento.

Come noto, infatti, l'art. 114, comma 4, lett. e) norma recita "*Il giudice, in caso di accoglimento del ricorso: (…) e) salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo. Nei giudizi di ottemperanza aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, la penalità di mora di cui al primo periodo decorre dal giorno della comunicazione o notificazione dell'ordine di pagamento disposto nella sentenza di ottemperanza; detta penalità non può considerarsi manifestamente iniqua quando è stabilita in misura pari agli interessi legali*.".

Il risarcimento del danno, quindi, ha una finalità compensativa e riparatoria.

Le *astreintes*, invece, hanno una finalità sanzionatoria, come ben chiarito dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 25 giugno 2014, n. 15, alla cui più approfondita lettura si fa rinvio.

Tali differenze sostanziali si ripercuotono, inevitabilmente, sul complessivo regime dei due istituti in esame.

In primo luogo, il risarcimento del danno e le penalità di mora vengono in rilievo in contesti processuali diversi: mentre il diritto al risarcimento viene fatto valere nell'ambito di un giudizio ordinario, la condanna al pagamento delle *astreintes* viene chiesta e disposta nell'ambito del giudizio di ottemperanza.

Inoltre, sono diversi i presupposti e gli elementi costituivi dei due istituti.

Infatti, posto che ormai dottrina e giurisprudenza maggioritarie riconducono la responsabilità amministrativa al paradigma della responsabilità extracontrattuale, il diritto al risarcimento del danno è configurabile solo ove sia dimostrata la sussistenza di tutti i presupposti di cui all'art. 2043 c.c..

Quindi, deve essere innanzi tutto accertata l'esistenza di un evento dannoso, qualificabile come danno ingiusto, tale cioè da incidere su di un interesse giuridicamente apprezzabile e rilevante per l'ordinamento, che può avere natura di diritto soggettivo o di interesse legittimo.

Deve inoltre essere verificata la sussistenza di un idoneo nesso causale tra la condotta della pubblica amministrazione e l'evento dannoso.

Infine, l'evento dannoso deve essere imputabile all'amministrazione a titolo di dolo o colpa.

Invece, la condanna al pagamento della penalità di mora presuppone semplicemente l'accertamento positivo dell'esistenza di una sentenza alla quale l'amministrazione è tenuta a dare esecuzione e della effettiva inottemperanza da parte di quest'ultima.

Deve inoltre essere accertata, in negativo e caso per caso, l'inesistenza di ragioni ostative alla condanna al pagamento delle penalità, secondo una valutazione che l'art. 114, comma 4 lett. e) rimette all'apprezzamento del giudice.

Come rilevato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 15/2014, tale norma prevede quindi un *"meccanismo automatico di irrogazione di penalità pecuniarie in vista dell'assicurazione dei valori dell'effettività e della pienezza della tutela giurisdizionale a fronte della mancata o non esatta o non tempestiva esecuzione delle sentenze emesse nei confronti della pubblica amministrazione (…)".*

Dalle differenze appena prospettate deriva anche, come naturale, una diversa ampiezza della prova che deve essere fornita dal privato, rispetto ai due istituti.

Il diritto al risarcimento del danno richiede infatti una prova intensa e rigorosa molto ampia, come visto sopra, che deve incentrarsi su ciascuno degli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano (condotta commissiva od omissiva dell'amministrazione, evento dannoso, elemento soggettivo e nesso causale), alcuni dei quali, per loro stessa natura, sono sfuggenti e di difficile dimostrazione.

Basti pensare, sotto questo profilo, alla prova dell'esistenza del nesso causale, che richiede di verificare se – secondo un giudizio ipotetico, prognostico – la condotta della pubblica

amministrazione sia stata effettivamente idonea a ledere la posizione soggettiva del privato, oppure alla prova dell'elemento soggettivo.

Peraltro, è utile ricordare che, trattandosi di responsabilità extracontrattuale, l'onere della prova è posto interamente a carico del danneggiato, secondo la regola generale prevista dall'art. 2697 c.c. Anzi, come si è avuto modo di evidenziare nella presente relazione, le più recenti pronunce in materia di risarcimento del danno per attività lesiva della pubblica amministrazione hanno richiamato proprio ad una applicazione rigorosa di tale criterio di ripartizione dell'onere probatorio.

Orbene, nel caso di richiesta di condanna al pagamento della penalità di mora, l'onere probatorio gravante sul privato è molto meno ampio e gravoso, dal momento che tale rimedio viene richiesto nell'ambito del giudizio di ottemperanza, quando già il giudice ha accertato l'inadempimento della pubblica amministrazione alla propria precedente decisione, né rileva l'elemento soggettivo di quest'ultima.

Come detto, la penalità di mora viene disposta dal giudice secondo un meccanismo automatico e il soggetto che ne richiede l'attivazione, al più, ha l'onere di indicare l'esistenza di quelle circostanze che possono incidere sulla quantificazione della stessa, contribuendo così a rendere lo strumento più o meno incisivo nella sua capacità di indurre l'amministrazione all'adempimento del giudicato.

Fatte queste brevi premesse, è possibile precisare, innanzi tutto, che lo strumento della penalità di mora, nel processo amministrativo, può essere utilizzato per tutte le decisioni di condanna, anche per quelle aventi ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria.

A tal proposito, infatti, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la pronuncia sopra ricordata, ha chiarito come l'operatività di tale istituto è ammissibile anche a fronte di condanne pecuniarie, in quanto strumento generale di tipo compulsorio, con natura sanzionatoria, rispetto al quale non rileva quindi l'oggetto dell'*agere* imposto all'amministrazione dalla sentenza di condanna.

Del resto, l'art. 114 c.p.a. non contiene alcuna espressa limitazione in tale senso. A differenza, invece, dell'art. 614 bis c.p.c. che – nel regolare l'analogo istituto nell'ambito del processo civile – espressamente esclude che esso possa trovare applicazione nel caso di adempimento di obblighi consistenti nel pagamento di somme di denaro.

Così come, infine, la natura sanzionatoria della penalità di mora esclude che si possa realizzare un'inammissibile sovrapposizione con il meccanismo riparatorio previsto per le

obbligazioni pecuniarie, costituito dall'obbligo di corresponsione degli interessi legali sulle somme dovute e non corrisposte.

Si tratta infatti di due strumenti diversi, con finalità assolutamente distinte, che non determinano alcuna "*duplicazione di risarcimenti, con correlativa locupletazione del creditore e depauperamento del debitore*" (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. n. 15/2014 cit.).

E' utile inoltre evidenziare che le *astreintes* possono essere disposte solo dal passaggio in giudicato della sentenza di cognizione che definitivamente riconosce al soggetto un diritto, come testualmente previso dall'art. 114, comma 2, lett. e) c.p.a.

Al contrario, non è possibile condannare al pagamento delle penalità di mora sulla base del passaggio in giudicato di una sentenza di ottemperanza, emessa all'esito del giudizio volto a portare ad esecuzione ad una sentenza di primo grado, non sospesa e in quanto tale esecutiva.

La giurisprudenza sul punto evidenzia che si ha una "*differenza ontologica fra giudizio di esecuzione di una sentenza non ancora divenuta irrevocabile e un giudizio di esecuzione del giudicato vero e proprio*".

Non può considerarsi dunque ammissibile l'estensione di una misura sanzionatoria, quale è la penalità di mora, oltre i casi espressamente previsti dalla norma (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 10 maggio 2018, n. 2815).

Ciò posto, ci si può soffermare sulla questione delle modalità di quantificazione della penalità di mora.

Sul punto il codice del processo amministrativo, come visto, dice ben poco.

Ci si limita a prevedere che spetta al giudice l'individuazione della somma che l'amministrazione è tenuta a corrispondere per ogni violazione o inosservanza successiva alla pronuncia stessa.

La norma contiene una sola previsione specifica relativa alla quantificazione della misura della penalità, stabilendo che essa non può essere considerata iniqua, se stabilita in misura corrispondente agli interessi legali. Si ha in questo caso una presunzione di non iniquità e, conseguentemente, di "adeguatezza" della penalità di mora. La disposizione individua quindi un parametro oggettivo di riferimento per la quantificazione dell'*astreinte*, costituito – appunto – dalla misura degli interessi legali.

Tenuto conto di tale parametro e in base alle specifiche circostanze del caso concreto, il giudice può modulare la misura della penalità, secondo un criterio di liquidazione di tipo equitativo.

A tal proposito è interessante richiamare quanto previsto dall'art. 614 bis del codice di procedura civile, come modificato con D.L. 27 giugno 2015 n. 83, convertito in legge 6 agosto 2015 n. 132.

Tale norma, oggi rubricata "*Misure di coercizione indiretta*", disciplina l'istituto delle penalità di mora e proprio a tale modello ci si è poi ispirati nell'introdurre le *astreintes* anche nel processo amministrativo, seppure con significativi elementi di differenziazione.

Il comma 2, in particolare, recita "*Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile".*

La disposizione in esame, pertanto, a differenza dell'art. 114, comma 2, lett. e), individua alcuni parametri specifici per la quantificazione della penalità da parte del giudice, pur rimettendone poi la determinazione finale complessiva al prudente apprezzamento dello stesso, che potrà tener conto, comunque, di ogni altra circostanza ritenuta utile e rilevante.

In particolare, si deve osservare che il danno quantificato e prevedibile costituisce solo uno dei parametri di commisurazione dell'*astreinte*. E ciò conferma che la penalità di mora ha una finalità sanzionatoria e non riparatoria (cfr. Cons. Stato, Adunanza Plenaria n. 15/2014 cit.; Cons. Stato, Sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6688).

Tra gli altri parametri utilizzabili vengono in rilievo anche il valore della controversia e la natura della prestazione.

E' evidente che i medesimi parametri indicati dall'art. 614 bis, comma 2 c.p.c. possono essere utilizzati dal giudice amministrativo in fase di determinazione della misura effettiva della penalità di mora.

In merito al termine di decorrenza della penalità di mora la giurisprudenza ha infine chiarito che la stessa può essere imposta solo per il periodo successivo al termine fissato nella sentenza di ottemperanza, nel caso in cui la stessa non sia rispettata. La penalità di mora quindi decorre a far data dall'ordine di pagamento formulato dal giudice dell'ottemperanza (cfr. sul punto Cons. Stato, Sez. IV, 21 settembre 2015, n. 4414).

Si segnalano, infine, alcuni contrasti giurisprudenziali sulla applicabilità – anche nel caso di

condanna al pagamento dell'*astreinte*, in quanto obbligazione di tipo pecuniario derivante da un provvedimento giurisdizionale – del termine dilatorio di 120 giorni per la corresponsione delle somme dovute da parte della pubblica amministrazione, previsto dall'art. 14 del D.L. 31.12.1996, n. 669, convertito con modificazioni nella L. 28 febbraio 1997, n. 30 (cfr. a favore Cons. Stato, Sez. IV, 17 maggio 2018, n. 2933).

Sul punto si è di recente pronunciato il T.R.G.A. di Trento, con sentenza n. 133 del 12 giugno 2018, affermando che il termine dilatorio suddetto costituisce già condizione di procedibilità per la proposizione dell'azione esecutiva e non può pertanto essere nuovamente computato anche per la decorrenza del termine iniziale della penalità di mora. Infatti, si determinerebbe in tal modo una duplicazione del termine stesso.

Silvia De Felice

*Relazione tenuta il 23 novembre 2018 al convegno annuale dell'Associazione Veneta degli Avvocati Amministrativisti svoltosi a Castelfranco Veneto su i "*Nuovi profili di responsabilità della PA e danno*"**.**