

La problematica del risarcimento da perdita di *chance* nel diritto amministrativo e nella disciplina dei contratti pubblici

Luca Di Giovanni

SOMMARIO: 1. Premessa: l'attualità della figura della *chance* nel pensiero della giurisprudenza e della dottrina. – 2. Il punto di partenza: l'evoluzione della *chance* nel settore del diritto civile e la risarcibilità dell'interesse meritevole di tutela. – 3. La qualificazione giuridica della *chance* tra bene giuridico, interesse legittimo pretensivo o interesse meritevole di tutela. – 4. Questioni problematiche di esistenza e consistenza della *chance*: il rapporto con il potere amministrativo e l'onere probatorio a carico del ricorrente. – 5. La molteplicità delle *chances* nel settore dei contratti pubblici e lo svolgimento del doppio giudizio ipotetico. – 6. Rilievi conclusivi: ampliamento delle forme di protezione del privato e rischio concreto di estensione irragionevole dell'area del danno risarcibile.

1. *Premessa: l'attualità della figura della chance nel pensiero della giurisprudenza e della dottrina*

Nel settore del diritto amministrativo e, in particolare, in quello dei contratti pubblici la figura della *chance* ha mostrato fin da subito problematiche di esistenza, consistenza e di ammissibilità di un suo risarcimento¹. Preme, invero, evidenziare come la giurisprudenza amministrativa abbia riconosciuto l'esistenza di

¹ Nell'anno corrente si sono susseguite una serie di pronunce giurisprudenziali che hanno manifestato il loro disaccordo sul tema oppure hanno soltanto sfiorato la materia, ponendo attenzione, invece, a questioni di diritto processuale. Il riferimento va, in particolare, alla sentenza Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 118 e alla connessa ordinanza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (Cons. Stato, ad. plen., 11 maggio 2018, n. 7). Quest'ultima, in particolare, ha escluso la possibilità di un esame delle questioni prospettate dalla prima sentenza, perché si sarebbero potute creare indebite interferenze con i profili già esaminati dalla Quinta Sezione e perché l'Adunanza plenaria avrebbe potuto subire dei condizionamenti dalle chiavi ricostruttive utilizzate dalla predetta Sezione semplice del Consiglio di Stato, impedendo in tal modo un esame pieno della fattispecie.

un palese contrasto di opinioni, tutt'ora irrisolto², incentrato sulla polarizzazione attorno a due correnti opposte. Da un lato, secondo un primo orientamento, la *chance* andrebbe ristorata nella sua obiettiva consistenza a prescindere dalla verifica probabilistica sull'esito della gara. Secondo un altro indirizzo, invece, ai fini del risarcimento non sarebbe sufficiente la perdita dell'astratta possibilità di conseguire il bene della vita negato dall'amministrazione per effetto di atti illegittimi, ma sarebbe necessaria la prova della sussistenza, nel caso concreto, di un rilevante grado di probabilità di conseguirlo³.

È chiaro, dunque, che il tema non appare risolto. Anzi, è più che mai vivo e attuale, nonostante la progressiva stratificazione di opinioni giurisprudenziali e dottrinali al riguardo. E di tale aspetto è pienamente consapevole anche l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che, tuttavia, non offre quella soluzione definitiva da più parti auspicata.

Probabilmente, l'approdo ad una posizione certa e chiara non è praticabile in ragione delle peculiari caratteristiche di esistenza e consistenza che caratterizzano le chance, le quali, se collegate ai principi regolatori del diritto amministrativo, complicano i termini della questione ed impediscono ai giuristi di formulare definitive riflessioni circa la natura giuridica di tale bene.

In effetti, analizzando il substrato giurisprudenziale che si è formato nel tempo, il momento centrale della discussione sul tema relativo alla perdita di *chance* può farsi risalire al 1999⁴ e i profili trattati, soprattutto successivamente alla predetta data, si sono focalizzati attorno alla questione dell'ammissibilità di un suo risarcimento nel diritto amministrativo, considerata la sussistenza dell'interesse legittimo e della tutela mediata che ogni bene della vita possiede⁵. Ma,

² La problematicità della *chance* è dimostrata dai molteplici contributi dottrinali che sono stati pubblicati soltanto nel corso degli anni 2018 e 2017: M. Messina, *Il danno da perdita di chance per una mancata promozione e le non trascurabili probabilità di successo*, in *Danno e responsabilità*, 2018, n. 3, 336 ss.; L. Tarantino, *Il risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Urb. app.*, 2018, n. 4, 575 ss.; V. Neri, *La "chance" nel diritto amministrativo: una timida proposta*, in *Urb. app.*, 2018, n. 3, 293 ss.; L. Giagnoni, *Il risarcimento del danno da perdita di "chance" in caso di selezione competitiva non svolta approda, senza successo, all'Adunanza plenaria*, in *Urb. app.*, 2018, n. 3, 360 ss.; I. Pagani, *Il risarcimento della perdita di "chance" nelle gare per affidamenti pubblici*, in *Giur. it.*, 2018, n. 5, 1173 ss.; E.G. Napoli, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2018, n. 1, 52 ss.; S. Garreffa, *Il danno da perdita di chance: una sentenza di merito che ne denuncia una fallacia dogmatica*, in *Il corriere giuridico*, 2017, n. 12, 1528 ss.; M. Costanza, *Perdita di chance o chance perduta?*, in *Le società*, 2017, n. 10, 1112 ss.; L. Parona, *La responsabilità della pubblica amministrazione nel settore degli appalti pubblici*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2017, n. 4, 1168 ss.; M. Cortese, *Profili della causalità civile e criteri di definizione e liquidazione del danno*, in *Danno e responsabilità*, 2017, n. 2, 142 ss.; G. Fuschino, *La sorte appesa ad un filo: sulla perdita della chance*, in *Danno e responsabilità*, 2017, n. 2, 230 ss.

³ Cons. Stato, ad. plen., n. 7/2018, cit., (punto 1.6, iv), lett. a) e b).

⁴ La prima storica pronuncia che riconosce la risarcibilità della *chance* si ha con Cass. civ., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500.

⁵ Per quanto concerne la risarcibilità della *chance* nel diritto amministrativo, si rimanda a Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2002, n. 686; Cons. Stato, sez. VI, 14 settembre 2006, n. 5323; Cons. Stato, sez. V, 15 aprile 2013, n. 2038; Cons. Stato, sez. III, 9 febbraio 2016, n. 559.

nonostante il decorso di questo lungo periodo di tempo, la *chance* mostra ancora segni di incertezza nella qualificazione dei suoi presupposti costitutivi.

Rappresentano due esempi concreti di questo stallo definitorio le seguenti recenti pronunce del Consiglio di Stato. Da un lato, la sentenza n. 3575/2017⁶, che ha ribadito l'approdo giurisprudenziale sulla qualificazione della *chance* quale «danno attuale, che non si identifica con la perdita di un risultato utile (in ciò differenziandosi, ad esempio, dal danno futuro), bensì con il venir meno della possibilità di conseguire il risultato stesso». Possibilità quest'ultima che deve risultare, però, statisticamente rilevante per essere giudizialmente risarcibile, ossia deve manifestarsi quale rilevante probabilità di raggiungimento del risultato sperato.

Dall'altro lato, invece, la sentenza n. 2907/2018⁷, che ha affermato, sulla base di alcune decisioni precedenti⁸, che il danno da perdita di *chance* presupporrebbe in ogni caso «una rilevante probabilità del risultato utile frustrata dall'agire illegittimo dell'amministrazione, non identificabile nella perdita della semplice possibilità di conseguire il risultato sperato, bensì nella perdita attuale di un esito favorevole, anche solo probabile, se non addirittura la prova certa di una probabilità di successo almeno pari al cinquanta per cento o quella che l'interessato si sarebbe effettivamente aggiudicato il bene della vita cui aspirava».

Anche a livello europeo, nonostante vi sia un *favor* processuale per l'accoglimento delle pretese del ricorrente, le riflessioni espresse dai giudici della Corte di giustizia mostrano di propendere per la risarcibilità della *chance* intesa quale perdita dell'opportunità di conseguire il bene della vita, qualora sussista un nesso di causalità evidente tra la condotta illecita posta in essere dal soggetto agente e l'evento dannoso ad essa conseguente⁹.

Una tale configurazione della *chance*, tuttavia, non soddisfa quell'esigenza di certezza del diritto e delle situazioni giuridiche da esso protette che si richiede ai fini della esatta definizione delle pretese avanzate dal soggetto privato (persona fisica o giuridica): specialmente, in materia di appalti pubblici, quando l'interesse di un soggetto partecipante ad una procedura di gara non può essere soddisfatto dalla tutela in forma specifica, mediante l'annullamento e la riedizione del-

⁶ Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2017, n. 3575. Nello stesso senso, TAR Lazio, Roma, sez. I-bis, 4 ottobre 2018, n. 9732, che considera la perdita di *chance* quale danno presente e attuale.

⁷ Cons. Stato, sez. IV, 16 maggio 2018, n. 2907. Negli stessi termini, peraltro, la giurisprudenza immediatamente successiva (Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2018, n. 4225) ha ritenuto che il risarcimento del danno da perdita di *chance* esprima uno schema di reintegrazione patrimoniale riguardo un bene della vita connesso ad una situazione soggettiva, il quale necessita di una «rilevante probabilità del risultato utile oppure, secondo l'indirizzo più restrittivo, di una prova certa relativa alla probabilità di successo pari ad almeno il 50% ovvero quella a cui l'interessato si sarebbe effettivamente aggiudicato il bene della vita cui aspirava».

⁸ Ad esempio, Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2017, n. 6088 e Cons. Stato, sez. VI, 18 ottobre 2017, n. 4822.

⁹ Tra le più recenti, si segnala Corte di giustizia, 20 dicembre 2017, C 998/2017, che ha annullato la sentenza del Tribunale UE, 7 ottobre 2015, T- 299/11.

la gara ovvero attraverso la diretta aggiudicazione del contratto, ma deve trovare ristoro tramite il risarcimento del danno per equivalente secondo quanto disposto dall'art. 124 c.p.a.¹⁰.

Il problema, infatti, nasce dalla difficoltà di ricondurre la *chance* all'interno di una categoria ben definita di danni risarcibili, derivante dal fatto che si tratta pur sempre di una possibilità, per quanto concreta, di conseguire il risultato sperato. Possibilità questa che, come tutte, è immateriale, aleatoria e incerta nella sua realizzazione definitiva¹¹.

La possibilità, pertanto, non può costituire un requisito sufficiente a rendere ammissibile il risarcimento della *chance*; ma neppure la prova certa di una probabilità di successo pari al 50 per cento può esserlo, perché comunque non escluderebbe la possibilità di verifica della probabilità di insuccesso nella medesima percentuale. Ed è per questa ragione che la giurisprudenza giuslavoristica¹² ha abbandonato il requisito dell'elevata probabilità di concretizzazione della *chance* per abbracciare quello, maggiormente adeguato, di «possibilità di verifica dell'evento prossimo alla certezza», sulla scorta dell'insegnamento europeo secon-

¹⁰ Per approfondimenti, si rinvia al contributo di M.A. Quaglia, *Risarcimento per equivalente e appalti pubblici*, in *Riv. giur. edil.*, 2017, n. 1, 31 ss., che precisa come la suddetta forma di responsabilità sia da considerare oggettiva e speciale rispetto a quella delineata dall'art. 2043 c.c., in conformità all'orientamento consolidato della Corte di Giustizia (sentenza Corte Giust., sez. III, 30 settembre 2010, causa C 314/09, in *Urb. app.*, 2011, 398 ss.). Sul tema, si rimanda anche a E. Follieri, *Commento a Cons. Stato, sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482*, in *Urb. app.*, 2012, n. 6, 694.

¹¹ Seppur nel campo della responsabilità sanitaria, rimandano al concetto di "sublimazione giuridica" della *chance*, «che si consuma nel momento in cui svapora e va perduta e che rischia davvero di sfuggire ad ogni controllo», le sentenze della Cass. civ., sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641 e 19 marzo 2018, n. 6688, nonché l'ordinanza di Cass. civ., sez. III, 23 marzo 2018, n. 7260, con nota a sentenza di R. Pardolesi e B. Tassone, *La perdita della chance e le forbici della terza sezione*, in *Foro it.*, 2018, 1607 ss. Gli autori, invero, sottolineano come il concetto della *chance* sia stato eccessivamente esteso, «ormai privato della sua ontologica eventualità e confuso, nell'ambito di sua più frequente applicazione [...], con la perdita di beni del cui relativo diritto il paziente è già titolare». In sostanza, si ricorre indebitamente all'idea di *chance* perduta in presenza di un evento finale di danno o si sostituisce uno degli elementi essenziali della fattispecie dell'illecito (il nesso causale) con il suo oggetto (il bene tutelato oggetto della lesione). Gli autori, peraltro, rilevano come anche nel settore amministrativistico non siano esattamente determinate le definizioni del rapporto con il criterio del "più probabile che non" e la considerazione dei problemi della causalità generale, con particolare riguardo ai fattori alternativi che possano interrompere la produzione dell'evento. In particolare, sotto quest'ultimo profilo, il fatto che «l'evento dannoso costituisca un elemento certo o un elemento possibile a sua volta in una misura di possibilità che lo renda giuridicamente rilevante, non incide sulla metodologia di accertamento dei due componenti anteriori della fattispecie risarcitoria, ovvero della condotta e del nesso causale». Certo è che, oltre alle discussioni sulla causalità, come confermato dalla Cassazione nelle sopradette pronunce, «un eccesso di analisi rischia di polverizzare la fattispecie» e il predicare la totale estromissione dell'elemento di eventualità nel danno, ritenendo la perdita di *chance* un danno concreto e attuale, quando invece la *chance* è una possibilità e, logicamente, la possibilità è un'eventualità, viene a contraddirlo ontologicamente. In conclusione, gli autori rilevano che, grazie all'intervento della Suprema Corte «molti rami secchi sono stati fatti cadere; ma i germogli di una ricostruzione davvero armonica sembrano ancora di là da venire».

¹² Si fa riferimento a Cass. civ., sez. lavoro, 12 maggio 2017, n. 11906. Tuttavia, anche TAR Lazio, Roma, sez. I-bis, 23 luglio 2018, n. 8279 si esprime in termini di «accertamento di infettibili presupposti di certezza del danno».

do cui l'offerente escluso avrebbe il diritto di chiedere una compensazione corrispondente alla perdita dell'opportunità di conseguire l'attribuzione dell'appalto o al mancato guadagno qualora sia possibile accertare "con sicurezza" che a tale soggetto doveva essere attribuito l'appalto in questione¹³.

Partendo da codeste osservazioni, il presente lavoro intende esaminare l'esistenza e la consistenza della chance, anche e soprattutto nel rapporto che si instaura con il potere amministrativo, in particolar modo sviluppando una serie di riflessioni sull'impossibilità di consentirne il risarcimento nelle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici.

2. *Il punto di partenza: l'evoluzione della chance nel settore del diritto civile e la risarcibilità dell'interesse meritevole di tutela*

L'istituto della *chance* ha stentato a trovare piena applicazione nel diritto italiano a causa dell'opinione di coloro che la ritenevano non avente "valore di mercato" o di chi la considerava un mero "interesse di fatto"¹⁴. Un primo riconoscimento implicito della giurisprudenza si era intravisto in quell'orientamento della Suprema Corte di Cassazione favorevole a concedere il risarcimento del danno «non soltanto a chi, nei confronti dell'ucciso, fosse titolare di un vero e proprio diritto agli alimenti, ma anche a chi fosse stato leso in un mero interesse di fatto»¹⁵, limitando il risarcimento del danno dovuto a mera perdita di *chance* al circoscritto settore alimentare, «in deroga al comune modo di intendere la ingiustizia del danno»¹⁶. Tuttavia, la definizione della *chance* e la certa ammissibilità di un suo risarcimento navigavano ancora in acque incerte a causa della mancanza del requisito dell'ingiustizia o di quello relativo alla certezza del danno¹⁷.

¹³ In proposito, si rimanda alla pronuncia del Tribunale dell'Unione europea, datata 20 settembre 2011, *Evropaiki Dynamiki/BEI* (T-461/08) e alle ordinanze del Presidente del Tribunale, datate 25 aprile 2008 (*Vakakis/Commissione*, T-41/08) e 20 gennaio 2010 (*Agriconsulting Europe/Commissione*, T-433/09). La giurisprudenza europea, tuttavia, nonostante richieda una prova certa del nesso di causalità, nel settore degli appalti pubblici ha alleggerito l'onere probatorio del ricorrente, esentandolo dal provare il comportamento colpevole della p.a. (Corte di Giustizia CE, 14 ottobre 2004, C-275/03; più recente, Corte di Giustizia CE, cit., C-314/09). Occorre, peraltro, osservare che il presupposto della certezza-sicurezza del danno non può riferirsi a canoni assoluti, nel senso che, se così fosse, non si tratterebbe di una perdita di opportunità, ma di lucro cessante: così, le conclusioni (punto 65 in diritto) dell'Avvocato generale Pedro Cruz Villalón, presentate il 20 marzo 2014 nella causa C- 611/12 P. *Giordano c. Commissione europea*. Negli stessi termini, si vedano Corte di Giustizia, 2 giugno 1976, *Kampffmeyer c. Consiglio e Commissione*, nonché Corte di Giustizia, 9 novembre 2006, *Agraz e altri c. Commissione*, C- 243/05.

¹⁴ Si veda G. Alpa, *La responsabilità civile, Principi*, Torino, 2018, 362-363.

¹⁵ Cass. civ., 27 gennaio 1964, n. 186, in *Foro it.*, 1964, I, 1200.

¹⁶ F.D. Busnelli, *Perdita di chance e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, IV, 50.

¹⁷ Come sottolinea A. Barbarisi, *La quantificazione e l'onere della prova del danno da perdita di chance nei concorsi privati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 1034.

La svolta, però, è avvenuta soltanto in epoca recente¹⁸, allorché la Suprema Corte di Cassazione ha ritenuto che il risarcimento del danno dovesse essere disposto previa comparazione tra l'interesse del danneggiante e quello del danneggiato, senza essere legati alla qualificazione in termini di danno *contra jus* del pregiudizio subito. Più correttamente, la Corte ha precisato che sarebbe stato accordato il risarcimento del danno soltanto se l'attività illegittima della pubblica amministrazione avesse determinato la lesione di un bene della vita al quale l'interesse legittimo effettivamente si collegava e che risultava meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento, in quanto «il diritto al risarcimento del danno è distinto dalla posizione giuridica soggettiva (diritto soggettivo, interesse legittimo o interesse comunque rilevante per l'ordinamento) la cui lesione è fonte di danno ingiusto»¹⁹. Secondo l'opinione della Corte, pertanto, l'effetto lesivo di un interesse meritevole di tutela, collegato ad un interesse legittimo, è risarcibile se è illecito, perché causa di un danno ingiusto, ed è tale soltanto se prima ancora illegittimo²⁰. Secondariamente, circa la meritevolezza dell'interesse, essa è in *re ipsa* quando siano in gioco interessi oppositivi²¹. Viceversa, «per gli interessi preten-sivi occorre svolgere un giudizio prognostico sulla fondatezza dell'istanza, ipotizzando un'azione legittima: se il giudizio è positivo, il privato ha un affidamento serio, l'interesse è meritevole di tutela e la sua lesione è risarcibile. Ove sia soltanto possibile accertare una concreta ed effettiva “probabilità” di conservazione o di acquisizione del bene, si potrà procedere a risarcire la perdita di chance»²², quale interesse meritevole di tutela.

In seguito a tale svolta giurisprudenziale, l'istituto della *chance* ha trovato progressiva attuazione in numerosi settori, quali, ad esempio, quelli relativi ai casi di sopravvivenza e guarigione²³, alla mancata possibilità di essere assunti o di conseguire avanzamenti di carriera a causa di irregolarità nello svolgimento dei concorsi²⁴, all'attività professionale dell'avvocato²⁵, alle complicate situazioni

¹⁸ La svolta è avvenuta con Cass. civ., sez. un., n. 500/1999, cit. Per approfondimenti, si segnalano i seguenti commenti alla sentenza: L. Torchia, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, n. 9, 832; V. Carbone, *La Cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Danno e resp.*, 1999, n. 10, 974 ss.; A. Di Majo, *Il risarcimento degli interessi “non più solo legittimi”*, in *Corr. giur.*, 1999, n. 11, 1381; S. Cassese, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, n. 10, 1043.

¹⁹ Cass. civ., sez. un., n. 500/1999, cit.

²⁰ Vedi sul punto E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, 637.

²¹ Cons. Stato, sez. V, 28 aprile 2014, n. 2187.

²² Così, F. Fracchia (a cura di), *Compendio di diritto amministrativo*, Milano, 2014, 428.

²³ Cass. civ., sez. III, 18 settembre 2008, n. 23846; Cass. civ., sez. III, 29 novembre 2012, n. 21245; Cass. civ., sez. III, 10 gennaio 2017, n. 243; Cass. civ., sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641.

²⁴ Cass. civ., sez. lav., 3 marzo 2010, n. 5119; Cass. civ., sez. lav., 25 settembre 2012, n. 16233 e Cass. civ., sez. un., 23 settembre 2013, n. 21678.

²⁵ Cass. civ., sez. II, 22 marzo 2017, n. 7309; Cass. civ., sez. II, 13 dicembre 2001, n. 15759.

prospettate dal diritto di famiglia o, infine, agli interessi pretensivi del cittadino che siano stati lesi da comportamenti illegittimi della pubblica amministrazione.

Nell'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale dell'istituto si è assistito all'emersione di due tesi eterogenee sulla natura giuridica: da un lato, la tesi eziologica della *chance* come "lucro cessante"; dall'altro lato, la tesi ontologica della *chance* come "danno emergente".

Nel primo caso, la *chance* è stata accostata al lucro cessante²⁶, in quanto configurerebbe un bene giuridico astratto che il danneggiato, tuttavia, assume essere di sua spettanza in termini di certezza, con la conseguenza che la mancata realizzazione è esclusivamente collegata (e, dunque, causalmente riconducibile) al fatto lesivo altrui²⁷. La *chance*, pertanto, sarebbe configurata come occasione persa e comporterebbe a carico del creditore-danneggiato l'onere probatorio del sicuro raggiungimento del risultato vantaggioso, ossia del «nesso di causalità e della ragionevole probabilità del suo verificarsi, in base a circostanze certe e puntualmente dedotte nella fase di merito»²⁸. È per questa ragione che tale tesi viene comunemente definita eziologica: proprio perché si limita a descrivere una sequenza causale, divenendo un mero criterio di verifica della sussistenza del legame eziologico tra la condotta inadempiente o illecita e la verifica del danno patito, quale perdita del risultato finale²⁹.

Nel secondo caso, la perdita di *chance* viene qualificata in termini di danno emergente³⁰, ossia quale bene giuridico già presente nel patrimonio del soggetto, la cui lesione configura una perdita (e non un mancato guadagno). Sotto questo profilo, la *chance* assume i connotati di una posta attiva del patrimonio e il danno derivante dalla sua perdita «non va configurato come danno futuro, legato alla ragionevole probabilità di un evento, ma come danno concreto, attuale, certo, ricollegabile alla perdita di una prospettiva favorevole, già presente nel patrimonio del soggetto»³¹. Sul piano probatorio, il creditore danneggiato sarebbe agevolato, dovendo dimostrare soltanto la mera possibilità di raggiungere il risultato sperato. Pertanto, dal piano della certezza processuale si passerebbe a quello della

²⁶ Quindi, la *chance* sarebbe da considerare quale danno futuro: in questo senso, Cass. civ., sez. III, 14 marzo 2017, n. 6488; Cass. civ., sez. III, 12 febbraio 2015, n. 2737.

²⁷ F. Mastropaolo, voce *Danno (risarcimento del)*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, 12, ove l'autore ritiene che «il danno da perdita di *chance* rientra nel lucro cessante perché il lucro cessante non è né un bene autonomo, né un'entità, bensì soltanto un vantaggio derivante dal bene oggetto delle situazioni soggettive tutelate dal diritto». Nello stesso senso, C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2006, 761-762.

²⁸ Cass. civ., n. 9558/1998. Sul tema, si rinvia a A. Pezzano (a cura di), *La responsabilità civile medica dopo la legge Balduzzi*, Torino, 2014, 97 ss.

²⁹ M. Rossetti, *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. circolaz. e traspr.*, 2000, n. 4-5, 662 ss.

³⁰ In questo senso, M. Bianca, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2014, 623 ss.

³¹ Cass. civ., sez. III, ord., 20 novembre 2018, n. 29838; Cass. civ., sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400; Cass. civ., 10 novembre 1998, n. 11340; Cass. civ., 15 marzo 1996, n. 2167; Cass. civ., 19 dicembre 1985, n. 6506; Corte Conti, Lombardia, 13 marzo 1998, n. 436.

probabilità percentuale di successo che il danneggiato aveva al tempo dell'evento lesivo: cioè, detto in altri termini, la prova non riguarda più il nesso eziologico tra condotta ed evento, ma la consistenza (percentuale) del bene nel patrimonio del soggetto leso³². E le conseguenze processuali di tale tesi non sarebbero limitate a quanto poc' anzi affermato, ma si estenderebbero anche alla circostanza per cui la domanda volta al risarcimento del risultato sperato e quella tendente al riconoscimento della possibilità di conseguirlo appaiono ontologicamente diverse e sono fondate su presupposti non omogenei³³.

Tuttavia, anche tale impostazione non è andata esente da critiche. Si è osservato, in primo luogo, che considerare la *chance* alla stregua del danno emergente avrebbe significato creare una realtà virtuale, in quanto la *chance* è destinata comunque a venire meno, vuoi perché realizzata vuoi perché non ottenuta; inoltre, ritenerla bene giuridico autonomo avrebbe comportato la sua rilevanza per il diritto esclusivamente al momento della lesione per inadempimento o fatto illecito altrui; infine, concedere il risarcimento di una possibilità avrebbe significato legittimare la reintegrazione patrimoniale di tutte le possibilità esistenti e parame-trare l'importo del predetto risarcimento alla consistenza delle *chance* da valutare, concretizzando il rischio di cedere a risarcimenti futili³⁴.

In una diversa prospettiva, la *chance* è stata qualificata anche in base all'oggetto della possibilità, in termini positivi di conseguimento o negativi di mantenimento. Invero, si potrebbe distinguere tra una *chance* di tipo pretensivo ed una con contenuto opposto di tipo oppositivo, laddove «nel primo caso il danno si identifica nella frustrazione di un vantaggio motivatamente sperato dal danneggiato; mentre la chance di tipo oppositivo [...] riguarda la compromissione della possibilità di mantenere il bene della vita»³⁵.

In ogni caso, a prescindere dai suddetti contrasti interpretativi, la giurisprudenza continua a riconoscere la risarcibilità del danno da perdita di chance quale

³² Secondo Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21619, «in ambito civilistico l'imputazione del nesso causale opera anche in termini di possibilità del conseguimento di un diverso risultato [...], da intendersi, retta-mente, non come mancato conseguimento di un risultato soltanto possibile, bensì come sacrificio della possibi-lità di conseguirlo».

³³ Sull'argomento, si rinvia a Cass. civ., n. 4400/2004, cit.; Cass. civ., sez. III, 25 maggio 2007, n. 12243; Cass. civ., sez. III, 21 luglio 2003, n. 11322.

³⁴ Sul tema, si rinvia a M. Rossetti, *Il danno da perdita di chance*, cit., 662 ss. Secondo M. Bianca, *Diritto civile*, V, Milano, 2012, 180, per spiegare cosa si intenda per perdita di un'occasione favorevole, occorre rife-rirsi alla circostanza per cui chi aveva il 20 % di probabilità di vincere la gara da cui è stato abusivamente escluso avrà diritto ad un risarcimento pari al 20% del guadagno netto che avrebbe realizzato se fosse risultato vin-citore della gara.

³⁵ Così V. Neri, *La chance nel diritto amministrativo: una timida proposta*, cit., 293 ss. Peraltro, sulla descrizione delle due tipologie di chances, si richiamano Cons. Giust. Amm. Sicilia, 12 dicembre 2013, n. 929, in *Urb. app.*, 2014, n. 6, 691 ss. e Cass. civ., sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641.

interesse meritevole di tutela per il nostro ordinamento, contribuendo a determinare, di volta in volta, le caratteristiche essenziali della figura.

3. *La qualificazione giuridica della chance tra bene giuridico, interesse legittimo pretensivo o interesse meritevole di tutela*

La comparsa della perdita di opportunità quale danno giuridicamente risarcibile è relativamente recente (come già precisato, nel 1999). Come è noto, infatti, tale fattispecie di danno è entrata a far parte delle voci patrimoniali risarcibili solo alla fine del ventesimo secolo, contemporaneamente alla sopravvenienza nell'ambito delle scienze sociali delle c.d. "teorie del rischio", grazie alle quali risulterebbe possibile quantificare il grado di probabilità di determinati avvenimenti futuri in precisi contesti fattuali (in particolare, le aree sanitaria, commerciale ed amministrativa)³⁶.

Le teorie del rischio hanno consentito di attribuire alla chance una configurazione reale e materiale, facendola rientrare tra i principi generali comuni agli Stati membri dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 340, comma 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea³⁷, in virtù della considerazione per cui qualsiasi azione od omissione illegittima comporta l'obbligo della riparazione del danno arrecato³⁸. La giurisprudenza europea ha poi accentuato la tendenza a riconoscerla nei settori specifici del contenzioso della funzione pubblica e degli appalti pubblici³⁹.

Tuttavia, la definizione della chance quale «bene patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione e distinto, sul piano ontologico, dagli obiettivi rispetto ai quali risulti teleologicamente orientata e di cui possa costituire la condizione o il presupposto *in potentia*»⁴⁰, non appare pienamente compatibile con la struttura del nostro ordinamento giuridico.

³⁶ Sul tema, fra i tanti contributi, si rinvia a C. De Ferra, *De Finetti, la rivoluzione delle probabilità*, Assicurazioni, 2002, n. 2, 185 ss.; G. Majone, *Foundations of risk regulation: science, decision-making, policy learning and institutional reform*, in *European Journal of Risk regulation*, 2010, n. 1, 5 ss.; L. Loevinger, *Jurimetrics: science and prediction in the field of law*, in *Minnesota Law Review*, 1961-1962, n. 46, 269 ss..

³⁷ In questi termini, si esprime l'Avvocato generale Pedro Cruz Villalón con le sue conclusioni (punto 49 in diritto), già citate nella nota n. 13 del presente lavoro.

³⁸ Sul tema, si rinvia a M.P. Chiti, *La tutela giurisdizionale*, in M.P. Chiti (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013, 445 ss.

³⁹ Per quanto concerne il primo settore, tra le tante, si segnala la sentenza Corte di Giustizia, 21 febbraio 2008, Commissione c. Girandot, C- 348/06. Per quanto riguarda, invece, il settore degli appalti pubblici, si rinvia alla sentenza e alle ordinanze citate nella nota n. 13 del presente lavoro.

⁴⁰ Così, Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2002, n. 686.

Invero, occorre rilevare che la qualificazione della *chance* quale bene giuridico autonomo stride con i canoni della utilità e della limitatezza individuati dalla dottrina civilistica per la configurazione delle cose ex art. 810 c.c.⁴¹.

In primo luogo, perché non si ricava nessuna utilità da una possibilità, seppur concreta e altamente rilevante, non esistendo alcun mercato economico di beni virtuali che non abbiano corrispondenza con beni materiali realmente esistenti. L'ordinamento, infatti, si interessa alla *chance* solo nel momento in cui la stessa sia stata lesa, non rilevando il momento antecedente la lesione⁴².

Secondariamente, perché la *chance* rappresenta un elemento immateriale non definito né definibile a priori, stante la vaghezza e l'aleatorietà dei suoi contenuti⁴³. La possibilità di aggiudicazione della gara, infatti, dipende dall'avveramento di due condizioni esterne al soggetto privato concorrente (ossia, l'esercizio del potere amministrativo discrezionale e l'assenza di concorrenti con un curriculum professionale migliore) e di una interna al medesimo (la sussistenza dei requisiti per partecipare alla procedura ad evidenza pubblica), che ne impediscono una preventiva definizione in termini di esistenza e consistenza (*an* e *quantum* della chance).

Infine, la *chance* non potrebbe qualificarsi come bene giuridico anche perché risulta essere tale soltanto la cosa che può formare oggetto di diritti (o di interessi legittimi). Nel settore dei contratti pubblici, l'oggetto dell'interesse legittimo pretensivo in capo al concorrente non si identifica con la possibilità di vincere la gara, ma corrisponde al bene della vita a cui il soggetto aspira: cioè, l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione. In sostanza, è il risultato e non l'aspettativa di realizzazione di quest'ultimo che viene tutelata dall'ordinamento.

E per le stesse ragioni la *chance* non potrebbe neppure qualificarsi come situazione giuridica soggettiva, considerato che la medesima non corrisponde per natura e struttura all'interesse legittimo⁴⁴. Quest'ultimo, infatti, rappresen-

⁴¹ In proposito, basti rinviare ai noti contributi dei seguenti autori: S. Pugliatti, *Beni (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, V, 164 ss.; B. Biondi, *I beni*, Torino, 1956, 118 ss.; M. Bianca, *Diritto civile. La proprietà*, Milano, 2017, 33 ss.

⁴² Si veda S. Mazzamuto, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, n. 1, 52, che puntualizza come la *chance* costituisca «alternativamente un valore aggiunto dipendente dalle qualità della cosa (ad es. il cavallo di razza e le sue possibilità di vittoria in una gara) ovvero il risultato di un'attività del danneggiato ancora da svolgere e per di più infungibile (ad es. l'esito vittorioso di un pubblico concorso). Tutto ci trova conferma nel predicato della naturale incedibilità e nell'assenza di un mercato di puri vantaggi virtuali». La chance, pertanto, non sarebbe suscettibile di valutazione economica e non potrebbe costituire un elemento patrimoniale: in questi termini, si rimanda a M. Rossetti, *Il danno da perdita di chance*, cit., 662 ss.

⁴³ Si ritiene, invero, che la perdita di *chance* implichi un'incognita «perché la situazione vantaggiosa avrebbe potuto prodursi, se non si fosse verificato un determinato fatto»: così, F. Mastropaolo, voce *Danno (risarcimento del)*, cit., 12.

⁴⁴ In generale, per approfondimenti sulla definizione dell'interesse legittimo quale situazione giuridica soggettiva si rinvia ai seguenti autori: F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 399 ss. e 453

ta una situazione giuridica sostanziale, parificata in Costituzione al diritto soggettivo, che si identifica in una pretesa ad un bene della vita azionabile dal cittadino ben prima di un ricorso in sede giurisdizionale e, addirittura, prima ancora che il procedimento amministrativo inizi tramite una «stimolazione dell'attività amministrativa»⁴⁵.

In particolare, l'interesse legittimo pretensivo è attribuito al cittadino in relazione a vicende nelle quali all'Amministrazione è attribuito un potere, che deve essere esercitato in modo legittimo al fine di perseguire il pubblico interesse. Tale interesse, infatti, viene definito dalla giurisprudenza come «la situazione che ha come contenuto non già la pretesa che l'amministrazione provveda legittimamente, ma che provveda legittimamente in vista di un provvedimento positivo»⁴⁶. L'interesse legittimo pretensivo è, pertanto, la pretesa ad un provvedimento favorevole frutto dell'attività legittima dell'amministrazione.

Se si analizza la *chance* sotto questo profilo, ci si renderebbe conto dell'incompatibilità della medesima con la suddetta situazione giuridica soggettiva. Da un lato, perché, come già detto, l'interesse legittimo pretensivo corrisponde all'aspirazione ad un bene della vita (il risultato finale) e non all'elevata possibilità di conseguirlo; dall'altro, perché la *chance* viene intesa in senso ontologico (e non più eziologico), quale bene a sé stante, già presente nel patrimonio di colui che intende partecipare alla gara, senza prendere in considerazione, invece, il necessario esercizio del potere amministrativo quale presupposto per la sua configurabilità⁴⁷.

D'altronde, la necessità di prendere in esame il potere amministrativo, se e come esercitato nel caso specifico e non soltanto sotto un profilo astratto e teorico, emergerebbe anche dalle affermazioni contenute nella recente ordinanza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (n. 7/2018), secondo la quale il risarcimento della *chance* di aggiudicazione della gara dipenderebbe soprattutto dall'analisi di elementi concreti. In particolare, esso sarebbe subordinato alla illegittimità dell'azione amministrativa, alla sussistenza del risultato utile per l'operatore economico asseritamente leso, nonché, infine, all'esistenza del rapporto

ss.; A. Travi, *Colloquio sull'interesse legittimo*, Napoli, 2014; G. Greco, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2014, n. 4, 585 ss.; L. Ferrara, *Statica e dinamica dell'interesse legittimo: appunti*, in *Dir. amm.*, 2013, n. 3, 475 ss.; F.G. Scoca, *Le situazioni giuridiche soggettive nel pensiero di A. Romano Tassone*, in *Dir. amm.*, 2014, n. 3, 454 ss.; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, 320 ss.

⁴⁵ L'espressione appartiene a C.E. Gallo, *La lesione dell'affidamento sull'attività della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, n. 2, 564 ss.

⁴⁶ Così, l'ordinanza della Cass. civ., sez. un., 4 settembre 2015, n. 17586, che al paragrafo 8.2 sottolinea il necessario collegamento fra l'attribuzione del bene della vita e la legittimità di questa attribuzione.

⁴⁷ Infatti, nel caso di "gara non indetta" dalla stazione appaltante, la possibilità di aggiudicazione della gara non esiste neppure virtualmente. Solo qualora la pubblica amministrazione decida di esercitare il potere e, quindi, di indire la gara, tale *chance* verrà ad esistenza e potrà essere misurata da un punto di vista quantitativo, in termini di percentuale di probabilità.

di causalità tra l'illegittimo esercizio del potere amministrativo e la perdita della *chance* di aggiudicazione in capo all'impresa concorrente⁴⁸.

Nel diritto amministrativo e, in particolare, nel diritto dei contratti pubblici non si può ragionare senza considerare la necessaria presenza del potere amministrativo quale condizione imprescindibile di attribuzione del vantaggio (economico, curriculare e sociale) corrispondente all'affidamento dell'appalto o della concessione pubblici. La *chance* potrebbe venire in rilievo soltanto se la stazione appaltante decida di indire una procedura ad evidenza pubblica: ma, comunque, anche qualora ciò si avveri, si rimarrebbe sempre nell'alveo di una possibilità, seppur elevata, di conseguire il bene della vita, soggetta alla discrezionalità della stazione appaltante.

Peraltro, non si dovrebbe dimenticare neppure il caso per cui, una volta ottenuto il bene della vita per il tramite di un provvedimento amministrativo efficace, ma annullabile perché illegittimo, il soggetto aggiudicatario possa vedersi annullare l'esito favorevole dell'aggiudicazione della gara. In questa circostanza, il "riesercizio" del potere amministrativo, in versione di autotutela, non potrà mai fondare l'accoglimento di una domanda risarcitoria, non venendo in rilievo un giudicato di spettanza⁴⁹. Tutt'al più, si potrebbe discutere della sussistenza di un diritto al risarcimento del danno fondato sull'affidamento del privato nel comportamento illegittimo della pubblica amministrazione⁵⁰. Ma tale diritto avrebbe un fondamento giuridico diverso rispetto a quello del risarcimento del danno da perdita di chance.

Ed è per queste ragioni che, ulteriormente, sarebbe difficile poter pensare ad una probabilità, per di più condizionata ad un evento futuro, che attribuisca in capo al soggetto interessato facoltà giuridiche per stimolare l'azione della pubblica amministrazione. La sollecitazione, infatti, potrebbe sì avvenire, ma soltanto per richiedere un esercizio legittimo e corretto del pubblico potere e non per dare concretezza alla propria speranza/probabilità.

I termini della questione, da un punto di vista prettamente civilistico, potrebbero essere riassunti nei concetti della chance in astratto e della chance in concre-

⁴⁸ In particolare, si rimanda al punto 1.6 della predetta ordinanza. Sottolinea la rilevanza del rapporto con il potere amministrativo anche il recente contributo di F. Fracchia e M. Occhiena, *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio". Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, n. 3, 1157 ss.

⁴⁹ In questi termini si sono espressi Cons. Stato, 14 marzo 2018, n. 1615 e Cons. Stato, sez. IV, 8 febbraio 2018, n. 825.

⁵⁰ Sul tema, si rinvia a Cass. civ., sez. un., 23 marzo 2011, n. 6594/6595/6596, che ritiene che la tutela risarcitoria fondata sull'affidamento è relativa ad un danno «che oggettivamente prescinde da valutazioni sull'esercizio del potere pubblico, fondandosi su doveri di comportamento il cui contenuto certamente non dipende dalla natura privatistica o pubblicistica del soggetto che ne è responsabile, atteso che anche la pubblica amministrazione, come qualsiasi privato, è tenuta a rispettare nell'esercizio dell'attività amministrativa principi generali di comportamento quali la perizia, la prudenza, la diligenza, la correttezza».

to⁵¹. Nel campo del diritto amministrativo e, in particolare, nel settore peculiare dei contratti pubblici, il richiamo a tali nozioni teoriche non sarebbe utile.

Secondo gli schemi della chance civilistica, infatti, il soggetto che partecipa ad una gara sarebbe titolare di una chance in astratto, ossia della mera possibilità di aggiudicarsi la medesima, mentre la chance in concreto verrebbe in rilievo qualora la semplice possibilità si trasformi in elevata probabilità di aggiudicarsi la procedura ad evidenza pubblica. Tuttavia, tale configurazione dimentica, come già precisato, il presupposto imprescindibile dell'esercizio del potere amministrativo, soprattutto se discrezionale. Invero, senza la decisione della p.a. di indire la gara la chance in astratto rimarrebbe nell'alveo della pura speranza; con l'emanazione del bando pubblico, invece, la speranza si trasformerebbe in possibilità; e soltanto qualora il procedimento amministrativo sia portato a compimento, senza dar luogo ad ipotesi di autotutela, la chance in astratto assumerebbe contorni di concretezza.

Il termine concretezza, nel caso di specie, non sembra significare elevata probabilità di conseguire l'appalto o la concessione, quanto piuttosto vuol dire soltanto che la possibilità astratta viene calata in un contesto preciso, in un quadro ben definito, con una stazione appaltante, un bando e uno o più concorrenti. La chance in concreto è, dunque, la semplice possibilità di aggiudicarsi una precisa gara. E come tale non potrà mai diventare elevata probabilità, perché necessiterebbe di governare un parametro esterno ingovernabile: il potere amministrativo discrezionale.

Per questi motivi, nel settore del diritto amministrativo pare essere un compito difficile anche l'inserimento della chance nella categoria dell'interesse meritevole di tutela⁵², in quanto la meritevolezza dell'interesse del soggetto privato dovrebbe interfacciarsi sempre con la legittimità dell'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione competente. Qualora venga meno quest'ultimo parametro, la *chance* non potrà essere ritenuta meritevole di tutela e il danneggiato dovrà ricorrere ad ulteriori ed eterogenee forme di risarcimento.

⁵¹ Per approfondimenti, si rinvia a F. Trimarchi Banfi, *La chance nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, n. 3, 873 ss., ove l'autrice si spinge oltre, sottolineando l'irrelevanza della *chance* in astratto e precisando che «la possibilità di risultato utile, che viene evocata dalla parola *chance*, non esaurisce gli elementi necessari a fondare la tutela giuridica: affinché questa venga in essere occorre che la possibilità suddetta risulti perduta per effetto dell'altrui fatto antiggiuridico, e che il nesso causale tra il fatto e la perdita della possibilità sia provato». Pertanto, accanto all'elemento del potere amministrativo, l'autrice ne inserisce uno ulteriore (l'altrui fatto antiggiuridico) quale elemento costitutivo per il risarcimento della perdita di *chance* in concreto. Secondo l'autrice, infatti, il giudice deve accertare, ai fini del risarcimento, non solo che la possibilità di risultato positivo fosse effettivamente esistente, ma anche che essa è andata perduta a causa del fatto contrario a diritto; e questo accertamento non è possibile se non in relazione al contesto reale.

⁵² Come già affermato da Cass. civ., sez. un., n. 500/1999, cit.

4. *Questioni problematiche di esistenza e consistenza della chance: il rapporto con il potere amministrativo e l'onere probatorio a carico del ricorrente*

La dubbia esistenza della *chance* si potrebbe constatare anche con riferimento al rapporto che intercorre tra il soggetto danneggiato e la stazione appaltante competente all'esercizio del potere amministrativo. Come già anticipato, anche volendo qualificare la *chance* quale "interesse meritevole di tutela", occorrerebbe valutare la meritevolezza della tutela dell'interesse privato nel rapporto che si instaura con quello pubblico e subordinare il primo al secondo qualora i contenuti siano differenti e non compatibili.

Più approfonditamente, nel caso di esercizio di un potere amministrativo vincolato, ove la pubblica amministrazione abbia solo il compito di verificare la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge in capo ai soggetti partecipanti alla gara ovvero il giudice amministrativo quello di controllare il rispetto e l'applicazione di tali parametri nella valutazione tecnica delle proposte offerte dai concorrenti, l'aggiudicazione della gara non sarebbe comunque scontata e ipotizzabile con certezza *ex ante*. Invero, nel corso del procedimento amministrativo e anche dopo la sua conclusione possono accadere una serie di eventi che sono in grado di diminuire o addirittura azzerare le chances di aggiudicazione della gara, di stipula e di conservazione del contratto. Basti pensare ad esempio alle situazioni derivanti dalla sospensione del procedimento e del provvedimento amministrativo per gravi ragioni di interesse pubblico⁵³, alla revoca del provvedimento di aggiudicazione⁵⁴ e, infine, al recesso dal contratto stipulato⁵⁵. Tutte vicende queste che renderebbero irrealizzabile la *chance* in concreto del soggetto partecipante alla gara.

⁵³ Nel caso della sospensione, espressione di un potere generale di autotutela, si produrrebbe un effetto paralizzante del decorso naturale di un procedimento amministrativo o dell'efficacia ed eseguibilità di un provvedimento della pubblica amministrazione, con la netta differenza che, ai sensi degli artt. 2, comma 7, e 21 *quater*, comma 2, della legge n. 241/1990 (e successive modifiche), la sospensione del procedimento sarebbe temporaneamente limitata ad una sola volta e per un periodo non superiore ai trenta giorni, mentre la sospensione del provvedimento amministrativo potrebbe essere disposta per un lasso temporale più lungo, non superiore ai 18 mesi, eccetto che si verifichi l'ipotesi contemplata dall'art. 21 *nonies*, comma 2-bis, nella quale l'effetto sospensivo sarebbe a tempo indeterminato.

⁵⁴ Al pari della sospensione, anche la revoca del provvedimento di aggiudicazione (art. 21 *quinquies*) potrebbe produrre l'irrealizzabilità della *chance* in concreto del soggetto partecipante alla gara, in quanto determinerebbe la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. E il ristoro monetario per l'avvenuta revoca, seppur esistente, si configura quale mero indennizzo, parametrato al danno emergente (il che non significa che coincida con esso, potendo risultare inferiore) e mai corrispondente all'intero importo elargito a seguito della concessione di una forma reintegratoria.

⁵⁵ Le considerazioni espresse per la sospensione e la revoca possono essere formulate anche con riguardo all'istituto del recesso dal contratto, disciplinato dagli artt. 11 e 21 *sexies* della legge n. 241/1990, che prevedono la facoltà per la pubblica amministrazione di sciogliere unilateralmente il contratto per sopravvenuti motivi di interesse pubblico e l'obbligo per la medesima di indennizzare gli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato.

Ma è soprattutto nel caso di esercizio di un potere amministrativo discrezionale ad esito libero che si rinvengono le maggiori problematiche in ordine alla considerazione della *chance* come sussistente nel patrimonio del concorrente.

Secondo la giurisprudenza amministrativa più recente⁵⁶, infatti, nel caso di esercizio del potere di annullamento in autotutela⁵⁷, la responsabilità civile della pubblica amministrazione non conseguirebbe automaticamente all'annullamento del provvedimento amministrativo. Non sarebbe sufficiente, invero, il solo annullamento dell'atto lesivo (ovvero la declaratoria della sua invalidità), occorrendo, altresì, la prova che dalla colpevole condotta amministrativa sia derivato, secondo un giudizio di regolarità causale, un pregiudizio direttamente riferibile all'assunzione od all'esecuzione della determinazione *contra ius* lesivo del bene della vita spettante all'attore. La responsabilità della pubblica amministrazione, e conseguentemente la condanna della stessa al risarcimento del danno, necessiterebbe, quindi, della sussistenza di ulteriori presupposti oggettivi, in assenza dei quali la medesima non potrebbe configurarsi⁵⁸.

Pertanto, si ritiene che non spetti il risarcimento del danno quando la declaratoria di invalidità del segmento di funzione pubblica in concreto esercitata ne consenta la riedizione con esiti liberi, determinabili esclusivamente dalla discrezionalità della pubblica amministrazione competente. Infatti, quel giudizio prognostico, mediante il quale il giudice deve valutare la fondatezza o meno dell'istanza al fine di stabilire se il richiedente sia titolare di una situazione che, secondo la disciplina applicabile, è destinata ad un esito favorevole secondo un criterio di normalità⁵⁹, è stato considerato come un ostacolo alla possibilità di ottenere il risarcimento quando il provvedimento amministrativo sia frutto di attività discrezionale⁶⁰.

La discrezionalità del potere amministrativo impedisce al giudice di ipotizzare quale sia il contenuto del provvedimento amministrativo, proprio in virtù del principio della riserva del potere e della insindacabilità del merito amministrativo⁶¹.

⁵⁶ Si rimanda alle seguenti pronunce: Cons. Stato, 14 marzo 2018, n. 1615; Cons. Stato, sez. IV, 8 febbraio 2018, n. 825; Cons. Stato, sez. IV, 1° luglio 2015 n. 3258.

⁵⁷ L'esercizio del potere di annullamento d'ufficio in autotutela si intende soggetto alla libera scelta della pubblica amministrazione, in quanto un provvedimento annullabile, ma non annullato, può continuare a produrre i suoi effetti (contrariamente ad un provvedimento amministrativo nullo).

⁵⁸ In particolare, la giurisprudenza amministrativa sottolinea la necessità di dimostrare sempre la spettanza del bene della vita, sotteso sia al diritto soggettivo che all'interesse legittimo (così, Cons. Stato, ad. plen., 12 maggio 2017, n. 2).

⁵⁹ In questi termini si esprime la già citata sentenza Cass. civ., sez. un., n. 500/1999, cit., punto 8 in diritto.

⁶⁰ In proposito, si rimanda a A. Orsi Battaglini e C. Marzuoli, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato alla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 494 ss. e a A. Luminoso, *Danno ingiusto e responsabilità della P.A. per lesione degli interessi legittimi nella sentenza n. 500/99 della Cassazione*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 76 ss.

⁶¹ Si vedano F.G. Scoca, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, n. 1, 21 ss. e G. Falcon, *Il giudizio amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, n. 2, 316 ss. Al riguardo, infatti, occorre aggiungere che le facoltà concesse al giudice amministrativo dal Codice

Nel caso di discrezionalità tecnica il ricorso da parte della p.a. a concetti giuridici indeterminati e opinabili limiterebbe il sindacato del giudice amministrativo, che potrà al più ripercorrere, servendosi anche della consulenza tecnica, l'iter logico seguito dall'amministrazione precedente e vagliarne sul piano estrinseco la legittimità formale e sul piano intrinseco l'adeguatezza, la logicità e la ragionevolezza, senza poter sostituire il proprio giudizio tecnico a quello della p.a. In particolare, in materia di appalti, si è ritenuto che il giudice amministrativo possa, attraverso il ricorso alla consulenza tecnica, ripetere virtualmente la gara adottando i medesimi criteri tecnici seguiti dai membri della commissione, senza poterne adottare di diversi⁶².

Nel caso, invece, di discrezionalità amministrativa pura le valutazioni della stazione appaltante sarebbero completamente insindacabili in ordine alla spettanza del bene. In questa situazione, se fosse ammesso un giudizio prognostico, si consentirebbe al giudice amministrativo di sostituirsi integralmente alle scelte dell'autorità precedente, consentendogli di verificare la fondatezza della pretesa sostanziale, superando la riserva del potere.

Per tali ragioni, soprattutto nel caso di attività discrezionale, non si può pretendere di ritenere la *chance* quale posta attiva già presente nel patrimonio del concorrente e intesa quale elevata e seria probabilità di aggiudicazione della gara, in quanto l'esito di quest'ultima non è ipotizzabile dal giudice amministrativo. E ragionare al contrario, cioè affermando che proprio perché si tratta di potere discrezionale sussisterebbe contemporaneamente l'incertezza del risultato positivo e la certezza della possibilità di risultato positivo, sarebbe completamente illogico e fuorviante⁶³. La certezza della possibilità di risultato positivo sarebbe equivalente da un punto di vista quantitativo a quella opposta di risultato negativo,

del processo amministrativo non consentono a tale autorità di sostituirsi alla p.a. proprio in ragione del principio della separazione dei poteri. In caso di attività discrezionale la risarcibilità degli interessi legittimi trova un forte limite nella insindacabilità delle valutazioni di opportunità effettuate dalla p.a. in ordine alla spettanza del bene. È lo stesso legislatore a prevedere un giudizio sulla spettanza nel solo caso di attività vincolata *ab origine* o per legge o per autovincolo (ad esempio, art. 21 *octies* l. n. 241/1990 sui vizi non invalidanti il provvedimento o art. 31 c.p.a. in tema di azione avverso il silenzio inadempiuto).

⁶² Per approfondimenti sui poteri spettanti al giudice amministrativo, si rinvia a TAR Campania, Napoli, sez. I, 24 gennaio 2018, n. 742. In dottrina, si rimanda a A. Angiuli, *Contratto pubblico e sindacato del giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, n. 4, 897; G. Fonderico, *I poteri del giudice nel processo amministrativo sui contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.* 2010, 891.

⁶³ Sul punto, si veda F. Trimarchi Banfi, *La chance nel diritto amministrativo*, cit., 877, ove l'autrice afferma che «quanto più ampia è la discrezionalità amministrativa tanto maggiore appare la possibilità di ottenere un consistente risarcimento del danno in conseguenza del provvedimento negativo illegittimo». In particolare, l'autrice ritiene che «quando l'incertezza è assoluta, le possibilità di esito positivo e quelle di esito negativo si equivalgono cosicché, impiegando la nozione di chance, il ricorrente avrebbe diritto al 50 % del valore del bene perduto». Sul tema si rinvia anche a G. Vercillo, *La tutela della chance. Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2012, 87 ss.

con la conseguenza che non si riuscirebbe ad ottenere quella serietà necessaria ai fini del risarcimento⁶⁴.

Ed è per questo motivo che difficilmente si può comprendere la scelta effettuata dalla giurisprudenza amministrativa più recente, che considera ammissibile il risarcimento del danno da perdita di *chance* qualora venga offerta «la prova certa di una probabilità di successo almeno pari al cinquanta per cento»⁶⁵. A maggior ragione se si considera che, ai sensi dell'art. 124 c.p.a., il danno per equivalente deve essere provato⁶⁶, anche mediante presunzioni secondo la giurisprudenza amministrativa⁶⁷: attività questa non eseguibile secondo i normali canoni civilistici qualora la certezza della possibilità di risultato positivo sia pari alla corrispondente certezza opposta⁶⁸.

La prova del danno da perdita di chance, inoltre, deve seguire lo schema dell'art. 2043 c.c., ad eccezione della dimostrazione della sussistenza dell'elemento soggettivo in capo alla p.a., visto che secondo la giurisprudenza comunitaria si tratterebbe di una forma di responsabilità oggettiva⁶⁹. Si ritiene in particolare che, laddove in giudizio sia stata dimostrata l'illegittimità del provvedimento impugnato, sussista una presunzione assoluta di colpa della pubblica amministrazione (c.d. presunzione *iuris et de iure*), che non ammette prova contraria; si parla, pertanto, di vera e propria responsabilità oggettiva con colpa *in re ipsa*⁷⁰.

Pertanto, la prova richiesta ai fini della concessione del risarcimento per equivalente si dovrebbe fondare sulla condotta antigiuridica della stazione appaltante, sull'evento lesivo provocato da tale comportamento illegittimo e, infine, sul nesso causale che collega la prima al secondo. Il risarcimento, dunque, verreb-

⁶⁴ E a maggior ragione, sarebbe impossibile realizzare la c.d. certezza-sicurezza "relativa" asserita dalla giurisprudenza europea, già citata alla nota n. 12 del presente elaborato.

⁶⁵ Così Cons. Stato, n. 2907/2018, cit.

⁶⁶ Sulla prova ai sensi dell'art. 124 c.p.a., si rimanda a P.M. Piacentini, *Responsabilità della pubblica amministrazione e interesse legittimo*, in *Fofo amm. - TAR*, n. 10, 2011 3241 ss.

⁶⁷ La giurisprudenza ha ammesso che la prova della sussistenza del danno possa avvenire anche mediante presunzioni e quella sul quantum anche mediante valutazione equitativa: in questi termini, Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2014, n. 348; Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2013, n. 5884; Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2016, n. 3858.

⁶⁸ La prova in diritto civile e, quindi, anche in diritto amministrativo è raggiunta applicando la regola del "più probabile che non", a differenza del settore penale, ove è richiesto di fornire una prova della colpevolezza dell'imputato "oltre ogni ragionevole dubbio".

⁶⁹ Il riferimento va alla già citata sentenza della Corte di Giustizia del 30 settembre 2010 (nota n. 10 del presente elaborato).

⁷⁰ Così, Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2013, n. 1833 e Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686. Tale principio della responsabilità oggettiva è stato riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa oltre che nei contratti "sopra soglia", anche nei contratti "sotto soglia" (Cons. Stato, sez. III, 25 giugno 2013, n. 3437). Tuttavia, è da segnalare che vi è ancora una giurisprudenza minoritaria che tende a discostarsi da tale principio, affermando la sussistenza del principio della presunzione relativa di colpa anche nel settore degli appalti (Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2012, n. 5846). In dottrina, per approfondimenti sulla tipologia di responsabilità si rinvia a E. Lubrano, *Il risarcimento dei danni nel settore degli appalti pubblici (questioni specifiche alla luce della giurisprudenza amministrativa)*, in *Giustamm.it*, 2014, n. 1.

be accordato al soggetto titolare della *chance* soltanto se quest'ultima si perda per effetto di un comportamento illegittimo della pubblica amministrazione⁷¹. Di conseguenza, dalla concezione ontologica si tornerebbe alla concezione eziologica della *chance*. La *chance*, infatti, assume consistenza giuridica nel momento in cui viene sottratta illegittimamente tramite l'esercizio di un potere amministrativo contrario all'ordinamento, non preesistendo di per sé come bene autonomo nel patrimonio del concorrente: «l'antigiuridicità della condotta, che è causa della perdita, costituisce elemento essenziale per il venir in essere della *chance* intesa come bene suscettibile di autonoma tutela. Prima di allora la *chance* non ha rilevanza giuridica»⁷².

Ciò significa che, qualora l'antigiuridicità della condotta della pubblica amministrazione non possa ravvisarsi nel caso di specie, si dovrà ammettere la mancanza di lesione e propendere per l'inesistenza della *chance*. L'eventuale accoglimento, invece, dell'istanza volta al risarcimento per equivalente porterebbe ad una situazione paradossale. Il risarcimento per equivalente, che è stato introdotto dal legislatore per reintegrare quei danni che non potrebbero essere riparati altrimenti, mediante il ricorso al risarcimento in forma specifica, viene utilizzato all'opposto per aumentare le tipologie e la quantità dei danni subiti. Invero, mentre il risarcimento in forma specifica sarebbe finalizzato soltanto alla rinnovazione della gara o all'ammissione alla medesima, quello per equivalente consentirebbe di conseguire una tutela più consistente, ossia di percepire un ristoro commisurato all'utile (lucro cessante), anche se percentualmente ridotto, del contratto non stipulato (anche se probabile)⁷³.

Sicché, nel contenzioso dei contratti pubblici, il risarcimento della perdita di *chance* porterebbe a risultati discutibili, innalzando lo strumento del risarcimento per equivalente ad una «sorta di giustizia sommaria, nella quale l'intento repressivo dell'illegittimità sembra prevalere sulla riparazione del danno effettivo»⁷⁴. Risultato, quest'ultimo, proibito dalla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo la quale il risarcimento del danno da perdita di

⁷¹ Negli stessi termini si esprime anche la recente pronuncia del Consiglio di Stato, n. 118/2018, cit.

⁷² L'espressione appartiene a F. Trimarchi Banfi, *La chance nel diritto amministrativo*, cit., 876.

⁷³ Sul tema, si rinvia a M.A. Quaglia, *Risarcimento per equivalente e appalti pubblici*, cit., 36. Nello specifico, secondo l'Autore «il risarcimento per equivalente consentirebbe di ottenere un importo monetario parametrato al lucro cessante, mentre viene negato il risarcimento del danno emergente (spese di gara), che corrisponderebbe all'interesse negativo, considerandolo rientrante tra i rischi dell'impresa partecipante alla gara e ricadente sulla stessa indipendentemente dall'esito della gara». Sulla misura dell'utile in questione, la giurisprudenza ha conservato opinioni distinte: da un lato, vi è l'orientamento che riconosce un utile presunto nella misura massima del 10% oppure in misure inferiori (Cons. Stato, sez. VI, 15 ottobre 2012, n. 5279); dall'altro lato, sussiste un orientamento differente che non propende per la quantificazione presuntiva, ma ritiene che sia necessaria la dimostrazione dell'utile effettivo che l'impresa avrebbe conseguito in caso di aggiudicazione (Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2014, n. 348).

⁷⁴ Così, F. Trimarchi Banfi, *La chance nel diritto amministrativo*, cit., 880.

chance dovrebbe essere efficace ed avere un effetto dissuasivo adeguato, nel senso che esso deve consentire una riparazione integrale ed adeguata del danno subito, senza implicare l'attribuzione al soggetto concorrente leso anche di risarcimenti punitivi, che eccedano la riparazione integrale dei danni effettivamente subiti e che costituiscano un provvedimento sanzionatorio⁷⁵.

5. *La molteplicità delle chances nel settore dei contratti pubblici e lo svolgimento del doppio giudizio ipotetico*

Nel settore dei contratti pubblici la *chance* in astratto di poter ottenere un risultato utile si articola, in realtà, in una pluralità di chances in concreto. Più correttamente, secondo la storica pronuncia della Corte di Cassazione (n. 500/1999), si dovrebbe argomentare sulla base della sussistenza di una molteplicità di interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento nel rapporto tra soggetto privato e stazione appaltante.

In particolare, per poter predicare l'esistenza di una seria possibilità di successo del soggetto partecipante alla gara occorre che, preliminarmente, sussista la *chance* di partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica, che viene meno, ad esempio, quando il bando limita la partecipazione dei concorrenti ponendo requisiti restrittivi. Se questi requisiti sono legittimi, mancherebbe il parametro dell'antigiuridicità richiesto per la concessione del risarcimento per equivalente *ex art.* 124 c.p.a.; se, invece, i requisiti appaiono irragionevoli ed illogici, allora l'unica *chance* realmente esistente sarebbe quella della seria possibilità di partecipazione alla gara.

Se si ammettesse, infatti, anche la risarcibilità della *chance* di aggiudicazione della gara, si violerebbe il canone civilistico secondo cui sono risarcibili sol-

⁷⁵ Sul punto, si rimanda alle seguenti pronunce: Corte di Giustizia, 10 aprile 1984, von Colson e Kamann (C-14/83); Corte di Giustizia, 2 agosto 1993, Marshall (C-271/91); Corte di Giustizia, 17 dicembre 2015, Arjona Camacho (C- 407/14). Negli stessi termini, si rinvia anche alle conclusioni (punti 59 e 60 in diritto) dell'Avvocato generale Maciej Szpunar, presentate il 26 ottobre 2017 nella causa Giuseppa Santoro c. Comune di Valderice e Presidenza del Consiglio dei Ministri (C- 494/16). Si segnala, tuttavia, un recente ripensamento della giurisprudenza e della dottrina più recenti, secondo i quali anche i danni punitivi sarebbero oggetto di ristoro, in quanto non più contrastanti con l'ordine pubblico interno, purché si ammetta la natura polifunzionale della responsabilità civile (inclusiva, dunque, anche della funzione punitiva e deterrente) e la norma straniera rispetti i principi di tipicità e prevedibilità. In tal senso, in giurisprudenza si rinvia a Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601; in dottrina, invece, si rimanda a G. Corsi, *Le Sezioni Unite: via libera al riconoscimento di sentenze comminatorie di punitive damages*, in *Danno e Responsabilità*, n. 4, 2017, 419 ss. e S. Barone, *Punitive damages e ordine pubblico: multiplo risarcimento sanzionatorio-deterrente o iper-ristoro solo cautelativo?*, in *Giur. it.*, 2017, n. 6, 1358 ss.

tanto i danni che sono conseguenza diretta ed immediata dell'evento lesivo⁷⁶. Il nesso di causalità deve sussistere, in via diretta ed immediata, tra condotta illegittima e danno ingiusto subito dal ricorrente e consente il risarcimento di quelle utilità economiche di cui il ricorrente già beneficiava, in quanto facenti parte del suo patrimonio⁷⁷. Ne deriva che i danni consequenziali sono risarcibili soltanto se hanno natura causale e non valutativa, perché in quest'ultimo caso non si tratterebbe di un vero e proprio danno, ma semplicemente di una delusione di aspettative: dunque, di una «immaterialità che sembra caratterizzare anche la causalità, compromettendone la stessa funzione, che è quella di collegare un fatto e un evento ambedue reali»⁷⁸.

E, peraltro, se si ammettesse la risarcibilità della *chance* di aggiudicazione della gara, si svolgerebbe un doppio giudizio ipotetico. In particolare, sarebbe congetturale non soltanto il ragionamento circa il probabile esito della gara, ma prima ancora anche quello circa la possibile partecipazione ad una gara non indetta⁷⁹ o indetta, ma a cui non si è preso parte.

Secondo un orientamento della giurisprudenza amministrativa⁸⁰, la difficoltà di ricostruire un duplice contesto inesistente sarebbe superata dal giudice che, formulando ipotesi sul numero dei partecipanti alla gara, sull'oggetto del contratto e sulle caratteristiche del mercato, potrebbe determinare l'utile non percepito a titolo risarcitorio⁸¹. Tuttavia, la criticità di questa ricostruzione si rinviene

⁷⁶ Si veda l'art. 1223 c.c. Secondo TAR Calabria, 11 settembre 2018, n. 528, «il danno risarcibile deve configurarsi come conseguenza immediata e diretta».

⁷⁷ Così, Cons. Stato, sez. IV, 4 settembre 2013, n. 4439 e Cass. civ., sez. III, 23 giugno 2015, n. 12923; In dottrina, si rinvia a F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, 647 ss.; L. Primiceri, *Il danno riflesso, in La Responsabilità civile*, 2012, n. 3, 183 ss.

⁷⁸ Così, A. Iuliani, *La fisionomia del danno e l'ampiezza del risarcimento nelle due specie di responsabilità, in Europa e diritto privato*, 2016, n. 1, 143, che richiama a sua volta il significativo contributo di C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 218 ss. L'autore afferma che «l'ancoraggio alla materialità, o comunque alla mediazione di una situazione giuridica di appropriazione su un bene, segna il limite tendenziale della risarcibilità, precludendo l'accesso al rimedio risarcitorio di tutte quelle poste di danno che si atteggiavano come pura privazione di utilità e il cui tentativo di formalizzazione in autonome situazioni giuridiche soggettive sconta il difetto di un'attribuzione esplicita, nel momento in cui si dà un potere di godimento svincolato da un precedente potere di disposizione».

Il problema è dato dal fatto che in diritto amministrativo non è consentito attribuire al privato un potere di disposizione sulle procedure ad evidenza pubblica, cioè sugli interessi pubblici, proprio a causa della loro indisponibilità rispetto al soggetto partecipante alla gara.

⁷⁹ Secondo Cons. Stato, ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4 (punto 39 in diritto) sarebbe sussistente anche un interesse delle imprese di settore a che le gare siano indette. Questa chance, se eliminata, darebbe titolo al risarcimento delle chances di partecipazione e di aggiudicazione.

⁸⁰ In particolare, si vedano le seguenti pronunce. Cons. Stato, sez. V, 2 maggio 2013, n. 2399; Cons. Stato, sez. V, 18 aprile 2012, n. 2256; Cons. Stato, sez. VI, 15 giugno 2009, n. 3829.

⁸¹ In proposito, si rileva la difficoltà di stabilire esattamente il valore d'uso della chance, dal quale deriverebbe il suo «prezzo», in considerazione del fatto che la seria possibilità di aggiudicazione della gara, in sé considerata, non riuscirebbe a soddisfare realmente i bisogni individuali del soggetto partecipante alla gara. Come segnala M. Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015, 212, «il prezzo di una merce, infatti, si determina sulla base dell'equivalenza monetaria che il mercato stabilisce con il suo valore

proprio nel fatto che «viene ipotizzata una *chance* attuale, che contiene in sé delle chances future»⁸²; e, peraltro, l'esistenza della *chance* attuale dipende sempre da un giudizio prognostico, ipotetico e controfattuale.

Qualora il concorrente riesca a partecipare alla gara, ma non risulti al termine del procedimento amministrativo aggiudicatario della stessa, la *chance* di partecipazione si trasformerebbe in certezza, mentre rimarrebbe nel concetto di *chance* esclusivamente la possibilità di vincere la gara: probabilità questa sempre da accertare con riferimento al caso concreto, anche in ordine al parametro della serietà o della certezza relativa⁸³.

E una volta che il concorrente, dopo aver partecipato alla procedura ad evidenza pubblica, riesca ad aggiudicarsi la gara, non è sicuro che riuscirà a concludere il contratto o ad eseguire i lavori, dato che la pubblica amministrazione competente potrà esercitare il proprio potere amministrativo nelle forme dell'autotutela o del recesso legale (*chance* di conclusione del contratto o di esecuzione dei lavori).

Sicuramente, la posizione dell'impresa partecipante alla gara è attualmente più tutelata di quanto non lo fosse in passato. E i motivi possono ricondursi prevalentemente all'estensione dei doveri di diligenza, correttezza e leale collaborazione anche nel procedimento amministrativo e, specialmente, in capo alla stazione appaltante che esercita poteri autoritativi⁸⁴. La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, quindi, assume un vasto campo applicativo, anche rispetto all'attività procedimentalizzata, operando pure nei procedimenti non finalizzati alla conclusione di un contratto con un soggetto privato, delineando un modello di pubblica amministrazione permeato dai principi di correttezza

d'uso sociale, e cioè con l'uso che generalmente ne determina la domanda e l'offerta e che, perciò, ha il medesimo carattere oggettivo e astratto del valore di scambio nel quale il mercato lo converte e non si determina, invece, sulla base di quel che l'acquirente intende farne». Nel caso di specie, non sussiste un mercato delle chances proprio in ragione della loro concreta inutilizzabilità nel contesto di riferimento.

⁸² Così, F. Trimarchi Banfi, *La chance nel diritto amministrativo*, cit., 880.

⁸³ Come confermato, altresì, nelle conclusioni (punto 75 in diritto) dell'Avvocato generale Maciej Szpunar, nella causa *Giuseppa Santoro c. Comune di Valderice e Presidenza del Consiglio dei Ministri* (C- 494/16).

⁸⁴ Si richiama la recente sentenza Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, secondo la quale l'attuale portata del dovere di correttezza è oggi tale da prescindere dall'esistenza di una formale trattativa con il soggetto privato e, a maggior ragione, dall'ulteriore requisito che tale trattativa abbia raggiunto un livello così avanzato da generare una fondata aspettativa in ordine alla conclusione del contratto. Deve ritenersi, pertanto, che la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione possa configurarsi anche prima dell'aggiudicazione e possa derivare, oltre che da comportamenti anteriori al bando, altresì da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai richiamati doveri di correttezza e buona fede. Secondo TAR Lombardia, Milano, sez. I, 6 novembre 2018, n. 2501, in materia di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione potrebbe verificarsi la c.d. «*chance* contrattuale alternativa», ossia deve essere ristorato al privato l'interesse negativo, costituito dalla perdita derivata dalle spese inutilmente sostenute e dalle perdite sofferte per non avere usufruito di ulteriori occasioni.

e buon andamento, desumibili dall'art. 97 della Costituzione⁸⁵, e idoneo a garantire la tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti dell'ente pubblico⁸⁶.

Tuttavia, come è evidente, il sistema del risarcimento del danno da perdita di chance, così come è stato elaborato dalla giurisprudenza amministrativa, non può essere esente da obiezioni e critiche, visto che, se lo scopo principale è quello di offrire una giusta tutela risarcitoria in favore delle imprese interessate, che sia alternativa in modo simmetrico al risarcimento in forma specifica, gli effetti realmente conseguiti vanno in un'altra direzione.

L'istituto del risarcimento per equivalente, infatti, assume nel nostro ordinamento un carattere di tipo sussidiario rispetto alla tutela mediante reintegrazione in forma specifica, carattere quest'ultimo che trova un riconoscimento positivo in sede giurisdizionale soltanto se l'interessato abbia previamente posto in essere (se possibile) tutte le azioni utili ad ottenere il subentro nel contratto per tutta la durata di esso⁸⁷. Si può parlare, in proposito, di una vera e propria "pregiudizialità sostanziale" dell'azione di reintegrazione in forma specifica rispetto all'azione di risarcimento per equivalente⁸⁸, necessaria in quanto la prima consente il ripristino della legalità violata senza costi economici per le finanze delle pubbliche amministrazioni.

La pregiudizialità sostanziale implica che il legislatore abbia preferito la tutela in forma specifica quale rimedio risarcitorio rispetto al risarcimento per equivalente e la prova di ciò può essere offerta con riguardo all'imposizione di un estremo rigore nella prova del danno da parte del ricorrente: ai sensi dell'art. 124 c.p.a., il danno effettivamente subito deve essere provato in ossequio al principio generale sancito dall'art. 2697 c.c. in materia di onere della prova. Il processo amministrativo, quindi, è pienamente dispositivo, con la conseguenza che vi è un totale onere della prova in capo al soggetto che afferma di aver subito il danno, con riferimento a tutti gli elementi costitutivi del diritto al risarcimento dei danni e con riferimento alla relativa quantificazione di esso.

In materia di appalti pubblici l'impresa dovrà fornire la prova della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito in concreto, se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, con riferimento all'offerta economica presentata al seggio

⁸⁵ Sul tema si richiama anche Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 2018, n. 1457.

⁸⁶ In proposito, si rimanda al contributo di A. Travi, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, n. 1, 121 ss. e a F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970 e ristampa, Milano, 2001.

⁸⁷ Il mancato esperimento di tutte le azioni finalizzate ad ottenere il subentro costituisce, infatti, una ragione di esclusione nell'*an o*, quantomeno, di diminuzione del *quantum* del risarcimento per equivalente spettante al ricorrente.

⁸⁸ In proposito, si rimanda a E. Lubrano, *Il risarcimento dei danni nel settore degli appalti pubblici*, cit.

di gara tenendo conto di tutte le voci di costo⁸⁹. Il problema, però, sorge nel momento in cui il ricorrente allega solo la perdita di una *chance* a sostegno della pretesa risarcitoria, ossia quando non riesca a provare che l'aggiudicazione (se la gara è stata indetta) sarebbe spettata proprio a lui, secondo le regole e i criteri stabiliti dal bando di gara⁹⁰.

In questo caso, tramite la perdita di *chance* si soddisferebbe un danno inesistente⁹¹ e, conseguentemente, si amplierebbe in modo ingiustificato il danno risarcibile, facendo divenire il risarcimento per equivalente uno strumento di giustizia sommaria, quando, invece, l'ordinamento sembra già offrire altri rimedi idonei a reprimere adeguatamente la condotta illegittima della p.a. e a riparare equamente il danno effettivo⁹².

In ogni caso, qualora si dovesse optare per la tesi che sostiene l'ammissibilità del risarcimento del danno da perdita di *chance* all'interno del nostro ordinamento, è necessario comunque evitare il rischio di configurare tale forma riparatoria quale strumento di abuso del diritto, ma, all'opposto, occorre farle assumere i connotati di una misura «equivalente ed effettiva»⁹³, che presti sufficienti garanzie di tutela alle imprese partecipanti alla gara e che non consenta di ottenere vantaggi economici indebiti nella forma di risarcimenti punitivi⁹⁴.

⁸⁹ Per approfondimenti sull'onere della prova nel settore dei contratti pubblici, si rinvia a E. Schneider, *L'onere della prova in relazione alla domanda risarcitoria nel settore degli appalti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, n. 3, 360 ss.

⁹⁰ Nel caso in cui alla gara partecipino, oltre al ricorrente, altri soggetti concorrenti, occorrerà pure ridurre la consistenza della *chance* in relazione all'esistenza di differenti operatori qualificati nel mercato di riferimento (in tal senso, Cons. Stato, n. 118/2018, cit., che ha suddiviso la consistenza della *chance* di aggiudicazione mediante gara vantata da Fastweb nella misura del 20% derivante dall'esistenza di cinque operatori qualificati nel mercato dei servizi di comunicazioni elettroniche per le pubbliche amministrazioni).

⁹¹ Eccetto il caso in cui si voglia intendere la chance quale interesse meritevole di tutela a prescindere dal risultato finale, secondo i principi espressi da Cass. civ., sez. un., n. 500/1999, cit.

⁹² Ad esempio, il riferimento va alle misure predisposte dagli artt. 121 e 123 c.p.a. (inefficacia del contratto e sanzioni pecuniarie a carico dell'amministrazione precedente).

⁹³ Sul principio di equivalenza e di effettività, che permea tutto il diritto dell'Unione europea, si rimanda alle seguenti sentenze: Corte di Giustizia, 7 settembre 2006, Marrosu e Sardino, C- 53/04, e Corte di Giustizia, 26 novembre 2014, Mascolo e altri, C- 22/13. Sul tema, occorre precisare che la nozione di effettività viene utilizzata dalla Corte di Giustizia in due accezioni differenti. Da un lato, per effettività si intende quella del diritto dell'Unione in senso ampio, ossia l'efficacia pratica che lo stesso riveste all'interno del territorio europeo. Dall'altro lato, invece, l'effettività corrisponde a quel principio che traduce i limiti posti dal diritto dell'Unione all'autonomia procedurale degli Stati membri. Ne discende che è soprattutto l'effettività intesa secondo la prima accezione ad imporre agli Stati membri l'adozione di misure sufficientemente effettive e dissuasive per garantire il pieno recepimento del diritto europeo, mentre la seconda tipologia di effettività garantisce soltanto che le modalità di attuazione dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione europea non rendano impossibile o eccessivamente difficile il loro esercizio in concreto (per approfondimenti, si rimanda alle conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar presentate per la causa C-494/16, nonché alla sentenza della Corte di Giustizia, 23 aprile 2009, Angelidaki e altri, C-378/07).

⁹⁴ Nonostante si sia dato atto che la Suprema Corte di Cassazione ha cambiato orientamento sui danni punitivi, ritenendoli ammissibili all'interno del nostro ordinamento (Cass. civ., sez. un., n. 16601/2017) si ritiene di condividere maggiormente l'opinione di F. Galgano, *Corso di diritto civile. I fatti illeciti*, Padova, 2008,

D'altra parte, il principio comunitario di tutela giurisdizionale effettiva, che deriva dalle tradizioni comuni degli Stati membri dell'Unione europea e che è stato formalmente sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nonché ribadito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, è stato inserito tra i principi generali per garantire la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti ai singoli, ma non di ciò che oltrepasserebbe i contenuti di tali situazioni giuridiche di vantaggio⁹⁵. E i giudici degli Stati membri, in virtù dell'applicazione dei principi di collaborazione e sussidiarietà, sono obbligati a cooperare in questa direzione.

Invero, ai sensi dell'art. 111 della Costituzione, anche la giurisdizione amministrativa si deve attuare attraverso un giusto processo regolato dalla legge, essendo in grado di assicurare una tutela effettiva al bene giuridico oggetto del giudizio⁹⁶. In particolare, nel processo amministrativo i tratti distintivi del principio di effettività possono riassumersi nella «completezza, nella pienezza e nell'accesso effettivo al giudizio»⁹⁷. Ciò significa che il principio di effettività, di cui la massima espressione si rinviene nell'art. 1 c.p.a., ha posto il «bene della vita», e

160 ss., secondo il quale il risarcimento del danno è l'equivalente monetario della perdita subita dal danneggiato e possiede, nel nostro sistema, la sola funzione di reintegrare, per equivalente monetario o in forma specifica, il patrimonio leso dal fatto illecito, «esclusa la possibilità, consentita in altri sistemi, come negli Stati Uniti, di ottenere i cosiddetti risarcimenti punitivi, pari ad un multiplo del danno effettivamente subito». Peraltro, l'autore prosegue affermando che «la politica del diritto sottostante ai danni punitivi sta nella ricerca di un più efficace deterrente alla illegalità, alternativo alla azione punitiva dei pubblici poteri, diretta ad irrogare sanzioni penali o amministrative. Si mobilita la società civile, confidando sul fatto che gli stessi privati, spinti dall'egoistico movente di trarne un cospicuo vantaggio, siano fortemente indotti ad attivarsi per la persecuzione degli illeciti, così contribuendo a disincentivare l'illegalità».

⁹⁵ Sul principio di effettività, si rinvia a Corte di Giustizia, grande sezione, 13 marzo 2007, Unibet Ltd c. Justitiekanslern, C-432/05. In dottrina, si rinvia a M.P. Chiti, *La tutela giurisdizionale*, cit., 380 ss.; D.U. Galetta, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in M.P. Chiti (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, cit., 90 ss.; M. Ippolito, *L'influenza dell'art. 6 CEDU nell'ordinamento nazionale: si gettano le basi per garantire un giusto processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2017, n. 9; D. Imbruglia, *Effettività della tutela: una casistica*, in *Persona e Mercato*, 2016, n. 2, 35 ss.; C. Ardanese, *Effettività della tutela e giusto processo amministrativo nell'ordinamento multilivello*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 2013, n. 4, 267 ss.; M. Allena, *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, n. 2, 267 ss.; G. Greco, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, n. 2, 505 ss. Merita in questa sede segnalare anche quella corrente dottrinale secondo cui l'effettività comporterebbe l'attuazione di quei diritti garantiti sia dalla disciplina comunitaria sia da quella di diritto amministrativo interno, in quanto quest'ultimo non potrebbe ritenersi recessivo rispetto alla prima: in questi termini, G. Greco, *Effettività del diritto amministrativo nel sistema comunitario (e recessività dell'ordinamento nazionale?)*, in *Dir. amm.*, 2003, n. 2, 277 ss.

⁹⁶ Il principio del giusto processo e quello di effettività della tutela giurisdizionale sono in larga parte sovrapponibili, sebbene quello di effettività sia maggiormente orientato a considerare l'esito finale del processo e la sua satisfattività o meno per le parti piuttosto che alle sue modalità di instaurazione e di svolgimento.

⁹⁷ Così, C. Ardanese, *Effettività della tutela e giusto processo*, cit., 301. L'autrice sostiene che per completezza debba intendersi il fatto che l'ordinamento deve consentire l'azionabilità di tutte le pretese possibili nei confronti della p.a.; per pienezza, il fatto che la tutela deve assicurare la completa soddisfazione della pretesa azionata; per accesso effettivo al giudizio, la possibilità di accedere a forme di giustizia sotto il profilo della ragionevolezza dei costi e della durata del processo.

soltanto tale bene, al centro del sistema processuale, nell'interesse sostanziale alla conservazione o acquisizione da parte del ricorrente⁹⁸. In quest'ottica, è difficile poter pensare alla chance come bene della vita indipendente dal risultato finale della procedura ad evidenza pubblica, nei confronti del quale il ricorrente avrebbe un sostanziale interesse alla sua conservazione o acquisizione: tale soggetto, infatti, non aspira a vedersi riconosciuta la seria possibilità di aggiudicazione della gara, ma desidera conseguire la medesima e stipulare il contratto con la stazione appaltante.

Come ricordava autorevole dottrina, lo scopo del processo è «il più alto che possa esservi nella vita: e si chiama giustizia», dovendo la sua conformazione ispirarsi al rispetto di basilari principi di civiltà giuridica⁹⁹. Occorre, dunque, riportare il processo amministrativo nell'alveo di codesta giustizia, soprattutto con riferimento alle voci di danno risarcibili.

6. *Rilievi conclusivi: ampliamento delle forme di protezione del privato e rischio concreto di estensione irragionevole dell'area del danno risarcibile*

In ragione delle argomentazioni sviluppate nel corso del presente elaborato, possono formularsi le seguenti osservazioni conclusive in ordine all'esistenza e alla consistenza della *chance* nel settore del diritto amministrativo e, in particolare, in quello dei contratti pubblici.

In primo luogo, prendendo come riferimento la disciplina nazionale, appare evidente l'ibridismo della chance, la quale non pare riconducibile né alla categoria dei beni giuridici né a quella dell'interesse legittimo pretensivo. Nel primo caso mancherebbero i requisiti dell'utilità materiale e della limitatezza della possibilità oggetto di risarcimento; nel secondo, invece, l'interesse legittimo avrebbe ad oggetto l'aggiudicazione della gara e non una possibilità, seppur concreta, di ottenerla. Tutt'al più, si potrebbe discutere sulla qualificazione della *chance* quale interesse meritevole di tutela, indipendente dal risultato finale della selezione pubblica, secondo i principi espressi dalla sentenza n. 500/1999 della Corte di Cassazione: in questo caso, però, sarebbe difficile comprendere come l'ordinamento possa accordare protezione ad una probabilità di risultato, seppur altamente verificabile.

⁹⁸ M. Sinisi, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, 2017, 206. Sul tema, si rinvia anche a A.L. Di Stefano, *Il giusto processo a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 94 del 2017*, in AA.VV. *Atti di Convegni, Incontro di studio sulla sentenza della Corte Costituzionale 4 maggio 2017, n. 94 tenuto presso la Cattedra di diritto amministrativo II del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Foggia il 12 giugno 2017 e il 14 settembre 2017*, in *Giustamm.it*, 2017, n. 9.

⁹⁹ P. Calamandrei, *Processo e giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, 282.

Inoltre, occorre tenere presente che nel diritto amministrativo, contrariamente al settore del diritto civile, il risarcimento della perdita di *chance* presupporrebbe comunque che sia esercitato da parte della stazione appaltante un potere amministrativo, in quanto senza di questo anche la seria possibilità di conseguire il risultato finale non potrebbe venire ad esistenza. E tale potere può assumere forme diverse, visto che può concretizzarsi nell'indizione della gara e nella emanazione del bando, nella formulazione di un giudizio tecnico e, infine, nell'emanazione del provvedimento di aggiudicazione. Suscita, pertanto, perplessità la tesi espressa dal Consiglio di Stato¹⁰⁰, secondo cui il danno da perdita di *chance* si configurerebbe quale danno attuale, lesivo del patrimonio giuridico dell'impresa interessata. L'attualità, infatti, non sarebbe insita nella *chance*, in quanto dipenderebbe esclusivamente dall'esercizio del potere amministrativo.

A ciò si aggiunge il dato rilevante per cui nel settore dei contratti pubblici non si potrebbe discutere della sussistenza di una *chance* unitaria, ma sarebbe necessario suddividere la medesima in una pluralità di possibilità: dalla probabilità di indire la gara a quella di partecipare alla procedura ad evidenza pubblica, per poi passare alla possibilità di aggiudicazione ed arrivare, infine, a quella di stipula del contratto. Tutte *chances* queste, che sono fortemente dipendenti l'una dall'altra e che configurano un sistema a piramide rovesciata¹⁰¹.

Codesta struttura, a livelli graduali, induce a ritenere non configurabili i requisiti previsti dall'art. 1223 c.c.: infatti, se venisse lesa la *chance* di indizione della gara, il danno diretto e immediato richiesto dalla predetta norma non sarebbe costituito dalla perdita della possibilità di aggiudicazione della gara, ma semplicemente dalla lesione della *chance* di partecipazione alla procedura relativa all'appalto o alla concessione. Se venisse intaccata la *chance* di partecipazione alla procedura competitiva, magari a seguito della fissazione di stringenti criteri tecnici di esclusione dell'impresa concorrente, la lesione immediatamente consequenziale non consisterebbe nella stipula del contratto pubblico, ma semplicemente nella mancata possibilità di aggiudicarsi la gara. E così via, fino ad arrivare all'ultima probabilità realizzabile nel settore dei contratti pubblici, ma sempre tenen-

¹⁰⁰ Si rimanda a Cons. Stato, n. 2907/2018, cit., che ritiene la *chance* una «perdita attuale di un esito favorevole». Si veda anche la precedente sentenza Cons. Stato, n. 3575/2017, cit., la quale ha avuto modo di precisare che in ambito processuale, al fine di soddisfare la regola dell'interesse ad agire, il rapporto che si instaura tra le parti deve essere dotato del requisito della determinabilità dell'oggetto, laddove esistono una pretesa e una contestazione definite, che vanno, a loro volta, accertate attraverso l'impiego delle categorie che presiedono all'individuazione della domanda giudiziale, ossia le *personae*, la *causa petendi* ed il *petitum*. Di conseguenza, la *chance* non soddisferebbe i predetti requisiti dal momento che sarebbe indeterminabile per le troppe e numerose variabili in gioco.

¹⁰¹ Nel senso che se non si avvera la *chance* di indizione della gara, a contenuto più ampio, necessariamente non potranno realizzarsi le successive possibilità di partecipazione, aggiudicazione e stipula del contratto.

do presente che la *chance* potrebbe rimanere tale (cioè potenziale) per sempre in seguito all'esercizio del potere amministrativo.

Il meccanismo risarcitorio del danno da perdita di chance, pertanto, non sembra compatibile con i principi che governano l'azione amministrativa, stabiliti per garantire alla pubblica amministrazione se non una posizione di superiorità nei confronti del privato quantomeno un *quid pluris* nelle facoltà disponibili, considerata la natura giuridica dell'interesse pubblico perseguito¹⁰². Nonostante gli ultimi approdi giurisprudenziali sulla sussistenza di una forma di responsabilità precontrattuale in capo alla p.a. anche nell'esercizio di poteri autoritativi¹⁰³, finalizzata ad ampliare le tutele e le ipotesi di risarcimento del danno in favore del soggetto privato, pare ritenersi più confacente all'ordinamento giuridico vigente la precedente impostazione teorica, che intravedeva soltanto nell'aggiudicazione definitiva e nella successiva trattativa formale il momento a partire dal quale il partecipante alla gara poteva fare un ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto ed invocare tale forma di responsabilità in capo alla stazione appaltante¹⁰⁴.

¹⁰² Si ritiene, invero, che l'interesse pubblico perseguito dalla stazione appaltante non possa essere equiparato a quello privato appartenente all'impresa partecipante alla gara, ma versi in una posizione di superiorità. In proposito, si richiama il contributo di F. Fracchia (a cura di), E. Casetta, *Compendio di diritto amministrativo*, Milano, 2018, 208, secondo cui «l'ordinamento generale riconosce prevalenza agli interessi che possono entrare in conflitto tra di loro attribuendo di volta in volta diritti (se prevale l'interesse del soggetto privato), ovvero poteri amministrativi (quando prevalga l'interesse pubblico), i quali ultimi consentono di produrre vicende giuridiche in ordine a situazioni dei terzi. Nei confronti dell'esercizio del potere, il privato si trova in uno stato di soggezione». E il potere deve sempre essere esercitato «in vista dell'interesse pubblico coerentemente al principio di funzionalizzazione che informa tutta l'attività amministrativa». In dottrina, tuttavia, non vi è uniformità di opinioni e sussistono posizioni più sfumate. Secondo A. Travi, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 124, «la tutela dell'affidamento [...] viene assunta al rango di criterio essenziale nel diritto amministrativo e nel diritto costituzionale e la sua recezione rappresenta un elemento di un modello più avanzato, costituito da una nuova nozione di cittadinanza, qualificata nei rapporti con i poteri pubblici [...]». L'autore, a p. 127 e seguenti, sottolinea anche che «la variabilità del rapporto» tra pubblica amministrazione e privati «rappresenta dunque la regola generale, perché esprime un carattere di fondo dell'azione amministrativa: la garanzia dell'affidamento, per quanto importante, va ricostruita senza mettere in discussione questa regola. [...] In un contesto in cui la variabilità delle scelte della pubblica amministrazione viene assunta anch'essa come un valore primario, ed anzi viene riconosciuta come prioritaria, l'identificazione di una situazione di affidamento richiede la configurabilità di una condizione particolare del cittadino», ossia quando, ad esempio, al cittadino viene riconosciuto un trattamento favorevole determinato da un provvedimento a carattere particolare (come la convenzione urbanistica). E, in quest'ultimo caso, l'affidamento meritevole di tutela comporta la necessità da parte della pubblica amministrazione di procedere con la tecnica del «bilanciamento degli interessi», la quale, tuttavia, non rappresenta «la garanzia di un risultato favorevole al cittadino in conseguenza dell'affidamento, ma è l'introduzione di una variabile specifica nell'esercizio di un potere discrezionale».

¹⁰³ Si rimanda a Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2018, cit. e a Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 2018, n. 1457.

¹⁰⁴ In questa prospettiva, invero, si potrebbe richiamare la formulazione testuale dell'art. 1337 c.c., che pone il dovere di correttezza in capo alle parti della «trattativa» e del «procedimento di formazione del contratto»: a maggior ragione se tale norma viene letta alla luce dell'intenzione del legislatore storico, quale emergente dalla Relazione al Codice civile (paragrafo n. 612). Infatti, nell'intenzione originaria dei compilatori del Codice civile del 1942, l'art. 1337 c.c. rappresentava un'espressione tipica della c.d. solidarietà corporativa, ossia di quel tipo di solidarietà che, come esplicitato nel suddetto paragrafo, univa tutti i fattori di produzione verso la realizzazione della massima produzione nazionale.

In ogni caso, sembra che la strada risarcitoria intrapresa dalla giurisprudenza sia indirizzata verso un ampliamento delle forme di protezione della sfera giuridica del privato, suscitando perplessità in ordine alla *ratio* sottesa alle norme di diritto pubblico e privato¹⁰⁵.

Anche a livello di disciplina europea, nonostante sussista un *favor* processuale per il ricorrente nell'estensione delle pretese azionabili e nella semplificazione dell'onere probatorio, le considerazioni che si possono formulare con riferimento alla *chance* sono praticamente identiche. Invero, nonostante le tesi che sostengono l'ammissibilità del risarcimento della *chance*, predicato quale principio generale ai sensi dell'art. 340, comma 2, TFUE, pare difficile in concreto poter asserire che all'offerente doveva essere attribuito l'appalto mancato: questo perché le variabili di una procedura ad evidenza pubblica possono essere numerose, a cominciare dall'utilizzo del potere discrezionale in capo alla commissione giudicante fino ad arrivare all'esercizio del potere di autotutela in capo alla stazione appaltante.

Come dimostra la già richiamata sentenza della Corte di Giustizia¹⁰⁶, la *chance* deve essere risarcita se sussiste un valido nesso di causalità tra il comportamento illegittimo della pubblica amministrazione e la perdita della seria opportunità di conseguire l'appalto bandito, senza possibilità di formulare obiezioni. Invero, l'ammissibilità del risarcimento della *chance* discende dalla considerazione per cui, a livello europeo, le soluzioni percorse in tema di appalti pubblici non sollevano il problema della distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, che è completamente sconosciuta all'ordinamento dell'Unione europea e in cui l'espressione "diritti" va intesa come comprensiva di tutte le posizioni giuri-

¹⁰⁵ Si fa riferimento, in particolare, a quell'orientamento giurisprudenziale (rappresentato da Cons. Stato, sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; Cons. Stato, sez. VI, 6 febbraio 2013, n. 633; Cons. Stato, ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6) che, contrariamente ai presupposti fondamentali sui quali sono state scritte le norme di diritto pubblico e privato, ritiene che anche nello svolgimento dell'attività autoritativa l'amministrazione sia tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico, ma anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza. Quando, invece, l'art. 1, comma 1-*bis*, della legge n. 241/1990 stabilisce chiaramente che l'azione amministrativa sia governata dai principi e dalle regole di diritto privato solo qualora si tratti dell'emanazione di atti di natura non autoritativa. E l'interpretazione che di questa disposizione normativa può offrirsi difficilmente potrà essere diversa da quella proposta, in quanto, ai sensi dell'art. 12 delle Preleggi al Codice Civile, «nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore». Come sopra precisato, la formulazione testuale dell'art. 1337 c.c., nonché la *ratio* normativa contenuta nella Relazione al Codice Civile, impedirebbero l'estensione della responsabilità precontrattuale anche all'azione della pubblica amministrazione all'interno del procedimento amministrativo.

¹⁰⁶ Corte di giustizia, 20 dicembre 2017, C 998/2017.

diche soggettive tutelate dal diritto comunitario¹⁰⁷, perché ciò che rileva è soltanto l'esigenza che, in ogni caso, sia garantita una tutela giurisdizionale adeguata ed effettiva a tutte le posizioni soggettive tutelate dal diritto europeo, a prescindere dalla loro qualificazione secondo l'ordinamento nazionale.

Si obbligano gli Stati membri a garantire la tutela diretta ed immediata di quegli interessi menzionati nelle norme comunitarie direttamente applicabili, e ciò indipendentemente dal rapporto che intercorre, secondo il diritto nazionale, fra detti interessi e l'interesse pubblico a cui si riferisce la questione¹⁰⁸.

Il rischio, tuttavia, è sempre quello di estendere troppo l'area del danno risarcibile, attribuendo alla *chance* perduta non una funzione effettivamente reintegratrice del pregiudizio subito quanto piuttosto una finalità punitiva e meramente sanzionatoria, incompatibile con i principi europei di effettività ed equivalenza del danno ingiusto subito dal soggetto concorrente.

Peraltro, ai sensi dell'art. 124 c.p.a., il danno deve essere subito e provato. Ciò equivale a dire che, oltre alla dimostrazione della consistenza della chance, occorrerà anche offrire una piena prova della sua esistenza. Tuttavia, il criterio sul quale basarsi non potrà più essere quello civilistico del "più probabile che non", ma uno eterogeneo, maggiormente affine al criterio di matrice penale della prova "oltre ogni ragionevole dubbio", perché solo quest'ultimo è adeguato al significato europeo di danno (relativamente) certo e sicuro. Così facendo, però, si introdurrebbe nell'ordinamento nazionale una nuova forma di responsabilità, speciale rispetto a quella delineata dall'art. 2043 c.c. sia per quanto concerne l'assenza dell'elemento soggettivo (dolo o colpa) sia con riferimento al grado di prova da raggiungere nel processo¹⁰⁹.

In conclusione, si ritiene che l'ammissibilità del risarcimento da perdita di *chance*, voluta fortemente dalla giurisprudenza amministrativa ed europea al fine di una applicazione piena del principio della concorrenza, abbia prodotto un malfunzionamento del meccanismo di compensazione dei danni subiti dalle imprese interessate e una asimmetria tra lo strumento del risarcimento per equivalente e il rimedio in forma specifica, rendendo irragionevoli ed illogici i criteri seguiti per il ristoro del soggetto danneggiato.

¹⁰⁷ In proposito, si rimanda a C. Ardanese, *Effettività della tutela e giusto processo amministrativo nell'ordinamento multilivello*, cit., 283; N. Trocker, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, n. 4, 1171 ss.; S. Amadeo, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002.

¹⁰⁸ Tra le tante, si segnalano le seguenti pronunce della Corte di Giustizia: Corte CE, 19 dicembre 1968, C-13/68, in *Foro.it*, 1969, IV, 156; Corte CE, 9 luglio 1985, C-179/84; Corte CE, 14 settembre 1997, C-316-96, in *Racc.*, 1997, I, 7231.

¹⁰⁹ Secondo M. Cortese, *Profili della causalità civile e criteri di definizione e liquidazione del danno*, cit., 142 ss., si potrebbe affermare l'esistenza di un sistema risarcitorio di tipo proporzionale e, dunque, speciale rispetto a quello delineato dall'art. 2043 c.c.

La problematica del risarcimento da perdita di chance nel diritto amministrativo e nella disciplina dei contratti pubblici

Il contributo scientifico intende esaminare la figura della *chance* nel diritto amministrativo e, in particolare, nella disciplina dei contratti pubblici, considerato che la medesima continua a mostrare in tali settori problematiche di esistenza, consistenza e di ammissibilità di un suo risarcimento. Per tale ragione, partendo dall'analisi della sentenza della Corte di Cassazione, sez. un., n. 500/1999, la quale rappresenta il momento cruciale nella salvaguardia degli interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento, il contributo tenterà di offrire una qualificazione giuridica della *chance* e, successivamente, di descrivere il rapporto instaurato con l'esercizio del potere amministrativo, riscontrando un ampliamento delle forme di protezione del soggetto privato e un rischio concreto di estensione irragionevole dei danni risarcibili.

The issue of compensation of the loss of chances in administrative law and in the discipline of public contracts.

The academic contribution intends to examine the figure of chance in administrative law and, in particular, in the discipline of public contracts, considering that in such sectors it continues to manifest issues of the existence, consistency and admissibility of its compensation. For this reason, starting from an analysis of the sentence of the joint session of the Court of Cassation, No. 500/1999, which represents the crucial moment in the safeguarding of interests deemed worthy of protection by the order, the contribution will attempt to provide a juridical qualification of chance, and then outline the relationship established with the exercise of administrative power, highlighting a broadening of forms of protection of the private subject and a concrete risk of the unreasonable extension of compensable damages.