

RISARCIMENTO DEL DANNO DA CHANCE: Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 31

gennaio 2025 n. 795

1. Contratti – Procedura ad evidenza pubblica - Gara - “Proroga tecnica”: utilizzabile nelle more dello svolgimento per il nuovo affidamento di un servizio - Ipotesi del tutto eccezionale: solo se non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali.

2. Contratti - Procedura ad evidenza pubblica – Preclusione in radice di partecipare alla gara ad un operatore - Danno da chance – Risarcibilità – Presupposto: dimostrazione di una seria probabilità di conseguire il vantaggio sperato; dimostrazione di una mera probabilità: non sufficiente.

3. Contratti - Procedura ad evidenza pubblica – Preclusione in radice di partecipare alla gara - Danno da chance – Tecnica risarcitoria: risarcimento per equivalente- Determinazione del quantum: modalità attraverso medie e presunzioni 1) calcolare il numero di partecipanti alla gara se gara vi fosse stata 2) dividere l'utile d'impresa 3) il quoziente ottenuto costituisce, in tale prospettiva, la misura del danno risarcibile.

1. La cd. “proroga tecnica” - istituto volto ad assicurare che, nelle more dello svolgimento di una gara per il nuovo affidamento di un servizio, l'erogazione dello stesso non subisca soluzioni di continuità - rappresenta un'ipotesi del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali (tra le tante, Consiglio di Stato sez. V, 23 settembre 2019, n. 6326). Essa è ammessa solo nei casi eccezionali in cui, per ragioni oggettive estranee all'Amministrazione, vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente.

2. La perdita di chance risulta risarcibile soltanto nel caso in cui il danno sia collegato alla dimostrazione di una seria probabilità di conseguire il vantaggio sperato, non essendo sufficiente la mera possibilità (Consiglio di Stato sez. V, 18 ottobre 2022, n. 8860).
È vero che quando a un operatore è preclusa in radice la partecipazione a una gara (di tal che non sia possibile dimostrare, ex post, né la certezza della sua vittoria, né la certezza della non vittoria), la sola situazione soggettiva tutelabile è la chance, e cioè l'astratta possibilità di un esito favorevole (Consiglio di Stato sez. V, 29 luglio 2019, n. 5307 che cita Consiglio di Stato, sez. V 2 novembre 2011 n. 5837 e Consiglio di Stato sez. V, 18 aprile 2012 n. 2256).

3. Si è talora ritenuto di utilizzare il criterio per cui il quantum del risarcimento per equivalente vada determinato ipotizzando, in via di medie e di presunzioni, quale sarebbe stato il numero di partecipanti alla gara se gara vi fosse stata (sulla base dei dati relativi a gare simili indette dal medesimo ente) e dividendo l'utile d'impresa (quantificato in via forfettaria) per il numero di partecipanti, il quoziente ottenuto costituendo, in tale prospettiva, la misura del danno risarcibile. Il fatto è che la mancata allegazione di dati utilizzabili allo scopo (che – giusta i principi generali in tema di onere della prova – gravava sulla parte danneggiata), rende inutilizzabile quel criterio. Né, in mancanza della minima prova, si può procedere in via equitativa.

FATTO

1. Riferisce l'appellante di avere svolto il servizio di documentazione degli atti processuali del Ministero della Giustizia fino al 30 giugno 2017, allorché, all'esito di nuova gara è subentrato il nuovo appaltatore C.I.C.L.A.T. - Consorzio Italiano Cooperative Lavoratori Ausiliari Traffico – s.c.r.l., il cui servizio di competenza, di due anni, ha avuto inizio il 1° luglio 2017 poi prorogato fino al 1° luglio 2022 in virtù di distinti provvedimenti.
2. Tutti i provvedimenti di proroga sono stati impugnati dinanzi al T.A.R. Lazio che ha respinto il ricorso con sentenza n. 15511 del 20 ottobre 2023
3. Di tale sentenza, il Consorzio Astrea ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello affidato alle seguenti censure: "Error in iudicando. Erroneità della sentenza per non aver riconosciuto la illegittimità delle proroghe assunte dal Ministero della Giustizia e per non aver ravvisato la violazione dell'art. 106 comma 11 D.lvo n. 50/2016. Falsa rappresentazione dei presupposti di fatto e di diritto; Error in iudicando ed omessa pronuncia o insufficiente motivazione in ordine al quinto motivo di ricorso; Error in iudicando per mancato riconoscimento del danno in favore del Consorzio Astrea non riconoscendo la lesione derivante dalla mancata attivazione dei moduli dell'evidenza pubblica, con cui si è integrato il fatto illecito produttivo del danno ingiusto"
4. Ha resistito al gravame, chiedendone il rigetto, il Ministero della Giustizia
5. Alla udienza pubblica del 4 luglio 2024 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

6. Viene all'esame del Collegio il ricorso in appello proposto dal Consorzio Astrea avverso la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio n. 15511/2023, con la quale il medesimo TAR ha respinto il ricorso proposto avverso:
 - a) la determina prot. n. m_dg.DOG.19/06/2019.0005731ID, con cui è stata disposta la proroga dei contratti in essere con C.I.C.L.A.T. s.c.r.l. per lo svolgimento del servizio di documentazione degli atti processuali, per un periodo di 6 mesi, con decorrenza dal 1° luglio 2019 e fino al 31 dicembre 2019;
 - b) degli atti preordinati, conseguenti e/o comunque connessi con quelli che precedono tra i quali, per quanto occorra, gli allegati nn. da 1 a 8, della determina di proroga impugnata sub a) tra cui, in particolare:
 - la nota della direzione generale delle risorse materiali e tecnologiche del Ministero della giustizia, prot. n. 72469, dell'11 aprile 2019
 - le note della ridetta direzione prot. nn. 112091 114423, rispettivamente, del 13 e 18 giugno 2019;
 - la delibera a contrarre se esistente e non conosciutanonché per l'accertamento del diritto al risarcimento del danno, anzitutto in forma specifica, mediante l'ordine da impartire alla p.a. convenuta di bandire ad horas una gara, ovvero per equivalente,

comprensivo del danno da responsabilità precontrattuale, ex art. 1337 c.c., nonché del danno per mancato guadagno, in relazione alla possibilità di aggiudicarsi la gara, quantificato nell'utile conseguibile per ogni lotto nel periodo di sei mesi (1 luglio - 31 dicembre 2019), ovvero in ogni altra misura ritenuta di giustizia;

- per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 14 gennaio 2020

a) degli atti, ignoti, se esistenti e non conosciuti, con cui il Ministero della giustizia ha disposto la proroga dei contratti con C.I.C.L.AT. s.c.r.l. per lo svolgimento del servizio di documentazione degli atti processuali, scaduti il 30 giugno 2019, oggetto di una prima proroga, scaduta anche essa, il 31 dicembre 2019;

b) della proroga tacita e/o differimento termini se posti in essere in via di mero fatto;

c) della richiesta di prosecuzione del servizio, se esistente e se formulata dal Ministero della giustizia alla C.I.C.L.AT. s.c.r.l., ignoti numero e data;

nonché per l'accertamento del diritto al risarcimento del danno anzitutto in forma specifica, mediante l'ordine da impartire alla p.a. convenuta di bandire ad horas una gara, ovvero per equivalente, comprensivo del danno da responsabilità precontrattuale, ex art. 1337 c.c., nonché del danno per mancato guadagno, in relazione alla possibilità di aggiudicarsi la gara, quantificato nell'utile conseguibile per ogni lotto nel periodo intercorrente dal 1° luglio 2019 ad oggi, ovvero in ogni altra misura ritenuta di giustizia;

- per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 17 aprile 2020:

- degli atti già impugnati nel ricorso per motivi aggiunti depositati il 14 gennaio 2020, ma in quella sede ancora non identificati nei loro estremi, ed in particolare:

a) la nota del Ministero della giustizia m_dg.19/12/2019.0232431.U recante ad oggetto: "servizio di documentazione degli atti processuali penali - Lotti 1,2,3,4,5,6. Differimento termine scadenza contratti al 30.09.2020"

b) gli atti preordinati, conseguenti e/o comunque connessi con quello che precede tra i quali, nello specifico, gli atti ivi richiamati, ma non allegati, per i quali si formula istanza istruttoria ex art. 64 c.p.a. per la loro acquisizione in giudizio, e nello specifico

- il provvedimento prot. m_dg.dog17/12/2019 n. 14405.ID con cui il Ministero della giustizia si è determinato nel senso di differire il termine di scadenza dei contratti con C.I.C.L.AT. s.c.r.l. per lo svolgimento del servizio di documentazione degli atti processuali, scaduti il 30 giugno 2019, oggetto di una prima illegittima proroga, scaduta anche essa il 31 dicembre 2019, per ulteriori nove mesi e fino alla data del 30 settembre 2020

- la nota prot. 379/BO/GFB/vv del 12 dicembre 2019 inviata dalla C.I.C.L.AT. s.c.r.l. al Ministero della giustizia, di disponibilità alla prosecuzione del servizio

- la richiesta, ignoti numero e data, formulata dal Ministero della giustizia al consorzio C.I.C.L.AT. e volta a conoscere la disponibilità per la prosecuzione del servizio;
nonché per l'accertamento del diritto al risarcimento del danno anzitutto in forma specifica, mediante l'ordine da impartire alla p.a. convenuta di bandire ad horas una gara, ovvero per equivalente, comprensivo del danno da responsabilità precontrattuale, ex art. 1337 c.c., nonché del danno per mancato guadagno, in relazione alla possibilità di aggiudicarsi la gara, quantificato nell'utile conseguibile per ogni lotto nel periodo intercorrente dall'1° luglio 2019 ad oggi, ovvero in ogni altra misura ritenuta di giustizia

- per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 1° giugno 2020:

- del provvedimento prot. m_dg.dog17/12/2019 n. 14405.ID con cui il Ministero della giustizia si è determinato nel senso di differire il termine di scadenza dei contratti con C.I.C.L.AT. s.c.r.l. per lo svolgimento del servizio di documentazione degli atti processuali, fino alla data del 30 settembre 2020, comprensivo dei suoi allegati, tra cui in particolare l'accordo Mef, Consip e Ministero della giustizia prot. n. 7423ID del 29 luglio 2019;

- della nota del 12 dicembre 2019 inviata dalla C.I.C.L.AT. s.c.r.l. al Ministero della giustizia, di disponibilità alla prosecuzione del servizio;

- della richiesta, prot. n.m_dg.DOG.12/12/2019.0226543.U, formulata dal Ministero della giustizia al consorzio C.I.C.L.AT. e volta a conoscere la disponibilità per la prosecuzione del servizio; nonché per l'accertamento del diritto al risarcimento del danno per il mancato guadagno subito dal ricorrente consorzio a causa del ritardo nella indizione della nuova gara

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 1° dicembre 2020:

a) del provvedimento prot. m_dg.DOG.28/09/2020.0011529.ID con cui il Ministero della giustizia si è determinato nel senso di ulteriormente differire il termine di scadenza dei contratti con C.I.C.L.AT. s.c.r.l. per lo svolgimento del servizio di documentazione degli atti processuali, fino alla data del 31 marzo 2021;

b) degli atti preordinati, conseguenti e/o comunque connessi con quelli che precedono tra i quali, per quanto occorra, tutti gli allegati della determina di proroga impugnata sub a) tra cui, in particolare:

- la nota prot. n. 139867 del 4 settembre 2020 con cui la direzione generale delle risorse materiali e delle tecnologie del Ministero della giustizia ha richiesto a Consip lo stato della procedura alla luce della sentenza TAR Lazio n. 9062/2020 e il silenzio illegittimamente serbato dalla Consip in relazione alla nota sopra indicata;

nonché per l'accertamento del diritto al risarcimento del danno anzitutto in forma specifica, mediante l'ordine da impartire alla p.a. convenuta di bandire ad horas una gara, ovvero per equivalente, comprensivo del danno da responsabilità precontrattuale, ex art. 1337 c.c., nonché del danno per

mancato guadagno, in relazione alla possibilità di aggiudicarsi la gara, quantificato nell'utile conseguibile per ogni lotto nel periodo intercorrente dall'1° luglio 2019 ad oggi, ovvero in ogni altra misura ritenuta di giustizia;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 7 maggio 2021:

a) del provvedimento del Ministero della giustizia con protocollo SIGEG.giustizia.it n. 163223 del 14 aprile 2021 con cui è stata ulteriormente disposta la proroga del termine di scadenza dei contratti con C.I.C.L.AT. s.c.r.l. per lo svolgimento del servizio di documentazione degli atti processuali, fino alla data del 30 settembre 2021;

b) degli atti preordinati, conseguenti e/o comunque connessi con quello che precede tra i quali, per quanto occorra, tutti gli allegati della determina di proroga impugnata sub a) tra cui, in particolare:

- la nota prot. n. 1698 del 15 gennaio 2021 con cui Consip ha comunicato al Ministero della giustizia di aver ripreso le attività di gara di propria competenza;

- la nota prot. n. 43379 del 2 marzo 2021 con cui la direzione generale delle risorse materiali e delle tecnologie del Ministero della giustizia ha richiesto a Consip lo stato della procedura di gara in corso;

- la nota Consip n. 10082 del 5 marzo 2021 con cui è stato informato il Ministero della giustizia sullo stato della gara, in fase di valutazione delle offerte tecniche

- la nota 50618 dell'11 marzo 2021 con cui il Ministero della Giustizia ha richiesto a C.i.c.l.a.t. la disponibilità alla prosecuzione del servizio;

- la nota di riscontro C.I.C.L.AT. dell'11 marzo 2021 recante la disponibilità a proseguire; nonché per l'accertamento del diritto al risarcimento del danno anzitutto in forma specifica, mediante l'ordine da impartire alla p.a. convenuta di bandire ad horas una gara, ovvero per equivalente, comprensivo del danno da responsabilità precontrattuale, ex art. 1337 c.c., nonché del danno per mancato guadagno, in relazione alla possibilità di aggiudicarsi la gara, quantificato nell'utile conseguibile per ogni lotto nel periodo intercorrente dall'1° luglio 2019 ad oggi, ovvero in ogni altra misura ritenuta di giustizia;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 2 dicembre 2021:

a) della determina del Ministero della giustizia prot. m_dg.DOG.24.09.2021.0012135.ID in data 24 settembre 2021, pubblicata sulla pagina ministeriale "sigeg amministrazione trasparente" il 28 dicembre 2021, recante ad oggetto "differimento termine di scadenza al 30.06.2022 dei contratti per il servizio di documentazione degli atti processuali penali stipulati con il consorzio C.i.c.l.a.t. in data 14 giugno 2017, lotti 1, 2, 3, 4, 5 e 6";

b) degli atti preordinati, conseguenti e/o comunque connessi con quello che precede tra i quali, nei limiti di quanto possa occorrere, gli allegati alla determina di proroga impugnata sub a) tra cui, in particolare

- la Comunicazione ministeriale prot. 186466 del 17 settembre 2021 rivolta a Consip di invito alla prosecuzione della gara ID2227;
- la nota Consip di riscontro del 23 settembre 2021;
- la richiesta del Ministero della giustizia a C.I.C.L.A.T. di prosecuzione dei contratti fino al 30 giugno 2022;
- la nota di disponibilità C.I.C.L.A.T. alla proroga fino al 30 giugno 2022;

nonché per l'accertamento del diritto al risarcimento del danno subito dal ricorrente consorzio per perdita di chance riconducibile al reiterato rinvio nella indizione della gara e nella individuazione del nuovo aggiudicatario a causa del ritardo nella indizione della nuova gara comprensivo del danno da responsabilità precontrattuale, ex art. 1337 c.c., nonché per perdita di chance per la mancata individuazione di un nuovo contraente in sede di gara ponte ex art. 63 del codice degli appalti nonché del danno per mancato guadagno, in relazione alla possibilità di aggiudicarsi la gara, quantificato in base all'utile conseguibile per ogni lotto nel periodo intercorrente dall'1° luglio 2019 ad oggi secondo la misura ritenuta di giustizia.

7. La decisione del primo Giudice si articola, in sintesi, nei seguenti punti:

- a) quello di cui si discorre è un servizio essenziale e irrinunciabile (v. art. 51 disp. att. c.p.p.) che deve essere garantito senza soluzione di continuità sull'intero territorio nazionale; ciò implica la necessità per l'amministrazione di individuare correttamente le modalità per evitare l'interruzione della prestazione oggetto del contratto
- b) dopo la scadenza contrattuale, il Ministero si determinava per la proroga del contratto, non essendo ancora conclusa la procedura per l'individuazione del soggetto cui affidare il servizio; alla luce delle evidenze versate in atti, la decisione dell'amministrazione appare legittima;
- c) la gara, alla quale ineriscono le proroghe, giungeva ad aggiudicazione solo quattro anni dopo l'indizione anche in ragione del notevole contenzioso che aveva interessato la procedura; il consorzio Astrea era il gestore uscente del servizio, aggiudicatario in forza della gara biennale del 2009, che legittimamente aveva agito in giudizio gravando vari provvedimenti della procedura, tant'è che l'ultima pronuncia giurisdizionale sulla gara è del giugno 2018;
- d) una volta cristallizzato il quadro giuridico relativo alle modalità di affidamento del servizio (le pronunce del Consiglio di Stato, infatti, investivano anche profili relativi alla legittimità del bando), l'amministrazione si attivava per l'indizione della nuova procedura ad evidenza pubblica; tuttavia, va al contempo aggiunto che la procedura di gara andava coordinata con le novità informatiche suggerite dalla Direzione generale per i sistemi informativi automatizzati (Dgsia), di cui alle prodromiche riunioni avviate nell'autunno 2017 con i capi degli uffici giudiziari romani e delle direzioni generali competenti in materia;

- e) essendo ancora in divenire gli aggiornamenti tecnologici, la Direzione generale delle risorse materiali e delle tecnologie (Dgrmt) predisponessa – già nel dicembre 2018 – una bozza di capitolato tecnico senza tener conto delle novità provenienti dalla Dgsia; avvicinandosi la scadenza contrattuale, la Dgrmt sollecitava la Dgsia a fornire chiarimenti sull'implementazione delle novità informatiche e, al contempo, investiva la Consip al fine di delegarle la gestione della gara;
- f) la centrale di committenza riscontrava positivamente la richiesta solamente il 12 giugno 2019 e il giorno successivo la Dgrmt domandava la prescritta autorizzazione al Ministero dell'economia e delle finanze (Mef) che provvedeva a rilasciarla in data 18 giugno 2019; in seguito, la Consip avviava le operazioni di gara di sua competenza;
- g) l'amministrazione ha celermente e tempestivamente intrapreso tutte le operazioni necessarie all'indizione, nel minor tempo possibile (date le condizioni obiettive nelle quali si è trovata ad agire), della gara per l'affidamento del servizio; è evidente l'assenza di responsabilità del Ministero della giustizia per il ritardo;
- h) tutte le proroghe disposte dal Ministero della giustizia sono legittime, in quanto giustificate dalla necessità di garantire la continuità dell'azione amministrativa nel tempo strettamente necessario alla conclusione della gara per l'affidamento del servizio, risultando i ritardi collegati a circostanze non imputabili all'amministrazione

8. L'appellante, in sintesi, contesta la ricostruzione del TAR sulla base dei seguenti argomenti:

- a) la stazione appaltante può disporre la proroga tecnica dell'appalto concluso, per il tempo strettamente necessario al completamento delle operazioni di individuazione del nuovo contraente;
- a.1.) sarebbe errato affermare che il Ministero, dopo la scadenza contrattuale, si è determinato per la proroga “non essendo ancora conclusa la procedura” dato che la procedura non era stata neppure avviata; il mancato avvio sarebbe stato tutto a carico della inefficace organizzazione del Ministero;
- a.2.) mancherebbe il carattere di temporaneità della proroga; il Ministero della Giustizia in prossimità della data di scadenza dei contratti oggetto di proroga si era limitato esclusivamente a richiedere il consenso della Consip a curare la procedura di affidamento;
- b) non vi sarebbe stata alcuna emergenza o contingenza tale da integrare una eccezionalità imprevista e infronteggiabile; nelle note ministeriali si legge che gli argomenti di cui si discorre tra le Direzioni ministeriali competenti concernono meri adempimenti di aggiornamento software nell'ambito delle ordinarie attività di adeguamento telematico;
- b.1.) la sentenza, dunque, sarebbe viziata da errore di giudizio per aver ritenuto che le routinarie, ordinarie, attività di aggiornamento delle prestazioni informatiche fossero “condizioni obiettive” di ostacolo al dispiegare di una nuova gara, che fossero così “eccezionali” (secondo la eccezionalità di

cui all'art. 106 d.lgs. n. 50 del 2016) da legittimare il lungo procrastinare degli effetti di una gara ormai scaduta

c) i ritardi che il TAR non ha ritenuto imputabili all'amministrazione, al contrario, lo sarebbero;

c.1.) un corretto operato amministrativo avrebbe imposto di procedere a una nuova gara (e alla sua conclusione) prima che venissero a conclusione i vecchi contratti;

d) le illegittime proroghe avrebbero integrato il fatto illecito produttivo del danno ingiusto;

d.1.) il Consorzio appellante si duole di un danno da mancata aggiudicazione concretatosi nell'aver ritardato arbitrariamente la nuova indizione ed aggiudicazione, sotto il profilo del danno emergente per i costi inutilmente sostenuti per la futura partecipazione alla gara che la P.A. ha ritardato di proroga in proroga, nonché, sotto il profilo del lucro cessante che si identifica con il c.d. interesse positivo e che ricomprende il mancato utile ed il danno cd. curriculare.

d.2.) si profila un danno da perdita di chances di aggiudicazione subito proprio a causa del ritardo nell'indizione della nuova gara (danni da far risalire fin dal primo rinvio, quando l'Amministrazione ha escluso di optare per una procedura abbreviata o per un servizio ponte bandito alle medesime condizioni di base del precedente);

d.3.) sarebbe integrato, altresì, il danno da responsabilità precontrattuale; in base all'orientamento giurisprudenziale maggioritario, può affermarsi la sussistenza della responsabilità precontrattuale anche prima della concreta individuazione dell'aggiudicatario, e quindi prima e a prescindere dall'aggiudicazione, osservandosi che la circostanza che la procedura pubblicistica di scelta del contraente non sia sfociata nell'aggiudicazione di chi chiede il risarcimento non valga, di per sé sola, ad escludere la configurabilità di una responsabilità precontrattuale in capo all'amministrazione;

d.4.) il legittimo affidamento che ha riposto il Consorzio Astrea nella indizione nella nuova gara in vista della conclusione dei vecchi contratti, fissata per il 30 giugno 2019, in un settore altamente specializzato ed in cui opera una ristrettissima cerchia di operatori sarebbe tale da qualificare in concreto una ipotesi di responsabilità precontrattuale della P.A. la quale avrebbe agito contra lex non soltanto per non aver rinvenuto un nuovo aggiudicatario entro il termine di scadenza della vecchia commessa, ma altresì per aver illegittimamente assunto la decisione di prorogare più e più volte il vecchio affidamento piuttosto che ricorrere ad una gara ponte con la quale "coprire" in urgenza il proprio (comunque colpevole) ritardo;

d.4.) dovrebbe essere riconosciuta all'appellante la c.d. chance ontologica, consistente in un'aspettativa già presente nel patrimonio dell'impresa danneggiata, insita nel rispetto degli obblighi di evidenza pubblica e/o concorsualità imposti dalla legislazione in materia, di cui la stessa non ha potuto giovare a causa dell'illegittimità dell'operato dell'amministrazione.

9. Le censure così sintetizzate possono a questo punto essere esaminate.

10. Le questioni da affrontare sono due:

- a) la legittimità delle “proroghe tecniche”;
- b) la domanda risarcitoria.

11. Quanto al primo aspetto, le conclusioni cui è giunto il TAR non possono essere condivise.

11.1. Pur comprendendo la particolarissima situazione in cui l’Amministrazione si è trovata, il dato normativo è insuperabile. La cd. “proroga tecnica” - istituto volto ad assicurare che, nelle more dello svolgimento di una gara per il nuovo affidamento di un servizio, l’erogazione dello stesso non subisca soluzioni di continuità - rappresenta un’ipotesi del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali (tra le tante, Consiglio di Stato sez. V, 23 settembre 2019, n. 6326). Essa è ammessa solo nei casi eccezionali in cui, per ragioni oggettive estranee all’Amministrazione, vi sia l’effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente.

11.2. In questo caso, non di fatti eccezionali si è trattato bensì di difficoltà, che non potevano in ogni caso legittimare il ricorso alle numerose proroghe che sono state decise.

11.3. Sotto questo profilo il ricorso è fondato e la sentenza deve essere riformata con conseguente annullamento degli atti impugnati.

12. Si tratta di comprendere se tale annullamento possa giovare all’appellante dal punto di vista della proposta domanda risarcitoria.

12.1. La risposta è negativa per le ragioni che si vanno a esporre.

12.2. Non essendo configurabile un danno da mancata aggiudicazione né tantomeno una responsabilità di tipo precontrattuale, che presuppone la violazione imputabile a colpa dell’amministrazione dei canoni generali di correttezza e di buona fede e che postula che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto, da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura, la questione si pone solo per la perdita di chance. Intanto, la perdita di chance risulta risarcibile soltanto nel caso in cui il danno sia collegato alla dimostrazione di una seria probabilità di conseguire il vantaggio sperato, non essendo sufficiente la mera possibilità (Consiglio di Stato sez. V, 18 ottobre 2022, n. 8860).

12.3. È vero che quando a un operatore è preclusa in radice la partecipazione a una gara (di tal che non sia possibile dimostrare, ex post, né la certezza della sua vittoria, né la certezza della non vittoria), la sola situazione soggettiva tutelabile è la chance, e cioè l’astratta possibilità di un esito favorevole (Consiglio di Stato sez. V, 29 luglio 2019, n. 5307 che cita Consiglio di Stato, sez. V 2 novembre 2011 n. 5837 e Consiglio di Stato sez. V, 18 aprile 2012 n. 2256).

12.4. In tali situazioni, si è talora ritenuto di utilizzare il criterio per cui il quantum del risarcimento per equivalente vada determinato ipotizzando, in via di medie e di presunzioni, quale sarebbe stato il

numero di partecipanti alla gara se gara vi fosse stata (sulla base dei dati relativi a gare simili indette dal medesimo ente) e dividendo l'utile d'impresa (quantificato in via forfettaria) per il numero di partecipanti, il quoziente ottenuto costituendo, in tale prospettiva, la misura del danno risarcibile. Il fatto è che la mancata allegazione di dati utilizzabili allo scopo (che – giusta i principi generali in tema di onere della prova – gravava sulla parte danneggiata), rende inutilizzabile quel criterio. Né, in mancanza della minima prova, si può procedere in via equitativa.

12.5. La perdita di chance si configura come danno attuale e risarcibile, sempre che ne sia provata la sussistenza anche secondo un calcolo di probabilità o per presunzioni. Ne consegue, altresì, che alla mancanza di tale prova non è possibile sopperire con una valutazione equitativa ai sensi dell'art. 1226 cod. civ. diretta a fronteggiare l'impossibilità di provare non l'esistenza del danno risarcibile, bensì il suo esatto ammontare. In altri termini, la perdita di chance di rilievo risarcitorio, in quanto entità patrimoniale giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione e non mera aspettativa di fatto o generiche ed astratte aspirazioni di lucro, deve correlarsi a dati reali, senza i quali risulta impossibile il calcolo percentuale di possibilità delle concrete occasioni di conseguire un determinato bene (Consiglio di Stato sez. V, 28 gennaio 2019, n. 697).

12.6. Non va peraltro dimenticato che la lesione della chance integra un evento di danno in termini di possibilità perduta di un risultato migliore e soltanto eventuale, senza escludere la necessaria e preliminare indagine sulla relazione eziologica tra la condotta del danneggiante e l'evento (Cassazione civile, 11 novembre 2019 n. 28993).

12.7. Il giudice può scrutinare ogni elemento di valutazione e di prova ritualmente introdotto nel processo, nonché trarre argomenti di convincimento circa il grado di probabilità di un esito favorevole dal comportamento delle parti nell'assolvimento dei rispettivi oneri probatori in relazione ai fatti di causa. Ma, in questo caso, la parte appellante non ha fornito la minima prova, limitandosi nella sostanza a citare, a sostegno delle proprie ragioni, il precedente di questa Sezione del 27 novembre 2023, n. 8559, riferito a un caso del tutto differente rispetto a quello qui esaminato.

12.8. Il soggetto che si ritiene danneggiato che non ha potuto ottenere una tutela in forma specifica deve:

- a) dimostrare la concreta possibilità di conseguire l'aggiudicazione (s'intende, non l'ottenimento dell'aggiudicazione);
- b) provare il nesso di causa tra la perdita di tale possibilità e la condotta illegittima;
- c) quantificare le possibilità di raggiungimento del bene finale (per la determinazione del quantum del risarcimento).

12.9. In caso di gara non svolta il soggetto danneggiato deve dimostrare attraverso un giudizio controfattuale che, laddove una procedura di gara fosse stata espletata, esso avrebbe potuto parteciparvi, dimostrando quindi di avere una chance di vedersi aggiudicato l'appalto

12.10. L'appellante, seppure a seguito delle proroghe, ha partecipato alla gara per l'affidamento del servizio di documentazione degli atti processuali penali, effettuata da Consip s.p.a., risultando non vincitore. A pagina 24 del ricorso in appello riferisce di essere stato "partecipante non vincitore della nuova gara conclusasi con l'aggiudicazione in data 28 aprile 2022 nuovamente in favore di C.I.C.L.A.T."

12.11. La domanda risarcitoria va pertanto respinta poiché:

a) non sussiste alcun danno da mancata aggiudicazione

b) non è stata fornita la minima prova del danno subito neppure secondo un calcolo di probabilità o per presunzioni.

12.12. La chance è considerata una posizione giuridica autonomamente tutelabile - morfologicamente intesa come evento di danno rappresentato dalla perdita della possibilità di un risultato più favorevole - purché ne sia provata una consistenza probabilistica adeguata (Consiglio di Stato, Adunanza Plen., 23 aprile 2021, n. 7).

Nel caso di specie, lo si deve ribadire, manca del tutto questa prova; la tecnica risarcitoria della perdita di chance garantisce l'accesso al risarcimento per equivalente solo se la chance abbia effettivamente raggiunto un'apprezzabile consistenza, di solito indicata dalle formule "probabilità seria e concreta" o anche "elevata probabilità" di conseguire il bene della vita sperato.

L'accoglimento della domanda esige, pertanto, che sia stata fornita la prova, anche presuntiva, dell'esistenza di elementi oggettivi dai quali desumere, in termini di certezza o di elevata probabilità, ma non di mera potenzialità, l'esistenza di un pregiudizio economicamente valutabile. Per danno ingiusto risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c. si intende non qualsiasi perdita economica, ma solo la perdita economica ingiusta, ovvero verificatasi con modalità contrarie al diritto; ne consegue quindi la necessità, per chiunque pretenda un risarcimento, di dimostrare la c.d. spettanza del bene della vita, ovvero la necessità di allegare e provare di essere titolare, in base ad una norma giuridica, del bene della vita che ha perduto od al quale anela, e di cui attraverso la domanda giudiziale vorrebbe ottenere l'equivalente economico (Consiglio di Stato, Sez. V, 21 aprile 2020, n. 2534)

13. Per tutte le ragioni esposte, l'appello deve essere solo parzialmente accolto.

Le spese, stante la assoluta particolarità della controversia, possono essere compensate tra le parti in causa.

P.Q.M

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, come da motivazione e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio n. 15511/2023, accoglie il ricorso di primo grado quanto alle domande di annullamento e respinge la domanda risarcitoria.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Gianluca Rovelli

IL PRESIDENTE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti