

RESPONSABILITA' DELLA P.A.: T.A.R. Lozio -Roma, Sezione IV-ter, Sentenza 7 maggio 2025, n. 8785.

Giustizia amministrativa – Processo amministrativo – Azione risarcitoria –Danno da mancato conseguimento del bene della vita finale e Danno per perdita di chance –Differenza ontologica – Sussiste - Esatta qualificazione della domanda - Corrispondenza tra chiesto e pronunciato – Necessità - Impossibilità di formulare in nuce il giudizio di spettanza del bene della vita - Danno da mancato conseguimento del bene della vita finale -Infondatezza.

Qualora la domanda del ricorrente abbia ad oggetto il danno - evento costituito dal mancato conseguimento del bene della vita finale e non già quello per perdita di chance per la definitiva perdita della possibilità di raggiungerlo e, dopo l'annullamento dell'atto, alla pubblica amministrazione sia oggettivamente impedita la riedizione del potere amministrativo, in ragione del quadro di irrisolvibile «incertezza eventistica», e, conseguentemente, della impossibilità di formulare in nuce il giudizio di spettanza del bene della vita, la domanda risarcitoria non può essere accolta. (1).

La questione esaminata riguardava una richiesta di risarcimento dei danni conseguente alla illegittimità del piano di assegnazione delle numerazioni degli LCN (logical channel numbering). In motivazione, la sezione ha esaminato approfonditamente la nozione di perdita di chance alla luce della più recente giurisprudenza della Cassazione (Cass. civ., sez. III, ordinanza 5 settembre 2023, n. 25910; Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2019, n. 28993, in Foro it., 2020, I, 187, con note di TASSONE, LA BATTAGLIA) che la configura come danno autonomo basato sulla «incertezza eventistica». Ha poi precisato che la domanda risarcitoria per la perdita di chance è, per l'oggetto, ontologicamente diversa dalla pretesa di risarcimento del pregiudizio derivante dal mancato raggiungimento del risultato sperato.

- (1) Conformi: in parte, sulla ontologica differenza fra la domanda di risarcimento del pregiudizio derivante dal mancato conseguimento del bene della vita e quella per perdita di chance: Cass. civ., sez. III, ordinanza 31 gennaio 2024, n. 2892.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Imprese e del Made in Italy e dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 aprile 2025 il dott. Valentino Battiloro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

I. La controversia in esame si inserisce in un più ampio contenzioso giudiziario che ha riguardato i provvedimenti assunti dalle Amministrazioni resistenti in sede di definizione del piano di numerazione automatica dei canali della tv digitale terrestre e assegnazione degli LCN (acronimo di *Logical channel numbering*) ai fornitori di servizi di media audiovisivi.

I.1. Le principali tappe di detto contenzioso possono così sintetizzarsi:

- la società Italiana Televisioni S.r.l., titolare del marchio “Canale 34 TeleNapoli”, partecipava al bando per l’attribuzione delle numerazioni automatiche indetto dall’allora Ministero dello Sviluppo Economico in data 11 agosto 2010, collocandosi nell’arco di numerazione 171-199, con assegnazione del canale 187;
- con ricorso n. R.G. 10449/2010 impugnava gli esiti della procedura, contestando la legittimità del piano di numerazione automatica di cui alla Delibera 366/10/CONS che, per l’assegnazione dei canali, aveva utilizzato le sole graduatorie predisposte dai Comitati regionali delle Comunicazioni (Corecom) senza prendere in considerazione i criteri alternativi dati dalla storicità delle emittenti e dalle preferenze e abitudini degli utenti;
- questo Tribunale, con sentenza n. 6901/2011, accoglieva il ricorso e annullava gli atti gravati;
- il Consiglio di Stato, con sentenza n. 4658/2012, nel confermare la pronuncia del giudice di prime cure, demandava all’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (d’ora in poi solo Agcom), nelle more della definizione del nuovo piano di numerazione automatica dei canali, l’adozione di ogni misura transitoria ritenuta utile allo scopo di consentire l’ordinata fruizione della programmazione televisiva da parte degli utenti e degli operatori del settore, ivi inclusa la possibilità di prorogare eccezionalmente il piano LCN annullato;
- in seguito, l’Agcom prorogava eccezionalmente il piano LCN del 2010 e adottava la delibera 237/13/CONS, recante il nuovo piano di numerazione automatica, senza tuttavia dare seguito alla procedura di assegnazione, tanto che la ricorrente risulta ancora assegnataria del canale 187;
- stante l’inerzia dell’Agcom, la società ricorrente agiva per l’ottemperanza della sentenza n. 4658/2012;
- il Consiglio di Stato, con sentenza n. 8392 del 9 dicembre 2019 (in riforma della decisione assunta in primo grado da questo Tribunale), considerata l’impossibilità di eseguire il giudicato (in ragione di quanto statuito dalla Corte di Cassazione che, con sentenza dell’1 febbraio 2016, n. 1836, aveva escluso che le conseguenze del giudicato di annullamento, in termini di ottemperanza, potessero “*tradursi nell’obbligo, per l’Autorità delle Telecomunicazioni, di procedere ad un esame "virtuale" e retrospettivo della situazione da regolamentare invece *híc et nunc**”), condannava, ai sensi dell’art. 34 c.p.a., le Amministrazioni resistenti a formulare una proposta risarcitoria alla società nel termine di 180 giorni dalla comunicazione della sentenza;
- in particolare, il giudice d’appello stabiliva che, ai fini della proposta, l’Amministrazione avrebbe dovuto:

“[...] tenere presente unicamente il lasso di tempo intercorrente dalla effettiva assegnazione alla Italiana Televisioni s.r.l., in attuazione della delibera n. 366 del 2010, del numero di canale 187 fino al momento della conclusione del processo di passaggio dalla tecnica analogica a quella digitale,

definitivamente completato il 4 luglio 2012 (come sopra evidenziato dalla più volte menzionata Cass. S.U. 1 febbraio 2016 n. 1836);

b) verificare se, alla stregua dei criteri desumibili dalla delibera n. 237 del 2013, l'appellante Italiana Televisioni s.r.l. avrebbe conseguito una posizione diversa e migliore rispetto all'assegnazione del numero di canale 187;

c) accertare, anche sulla base di documentazione fornita dall'appellante, le conseguenze dell'eventuale deteriore collocazione nella numerazione dei canali in termini di dati di ascolto, confrontando: i. i volumi di ascolto conseguiti prima dell'assegnazione del numero di canale 187; ii. i volumi effettivamente raggiunti dopo l'assegnazione del canale 187; iii. i volumi ipoteticamente conseguibili qualora la numerazione fosse stata quella derivante dai criteri contenuti nella delibera n. 237 del 2013;

d) quantificare, anche sulla base di documentazione fornita dall'appellante, il danno derivante direttamente o indirettamente dall'eventuale divario tra: i. i volumi di ascolto effettivamente raggiunti dopo l'assegnazione del canale 187; ii. i volumi ipoteticamente conseguibili qualora la numerazione fosse stata quella derivante dai criteri contenuti nella delibera n. 237 del 2013";

- a fronte della mancata definizione dell'ulteriore fase procedimentale scaturita dalla sentenza n. 8392/2019, la ricorrente adiva nuovamente il Consiglio di Stato in sede di ottemperanza, chiedendo di determinare, anche attraverso CTU, le somme dovute dall'Amministrazione, la nomina di un Commissario *ad acta* in caso di persistente inerzia oppure la concessione di un ulteriore termine di adempimento all'Amministrazione;

- con sentenza n. 4692/2022 il Consiglio di Stato assegnava all'Amministrazione il termine di 60 giorni (seguito da due proroghe, di 60 e 180 giorni) per l'esecuzione del giudicato.

II. Dopo il descritto *iter giudiziario*, il Ministero, all'esito dell'istruttoria condotta con la partecipazione della ricorrente, ha adottato la nota prot. n. 70872 del 6 aprile 2023 con la quale ha escluso la sussistenza di un danno risarcibile in quanto, nella graduatoria formulata "ora per allora", la ricorrente avrebbe conseguito una posizione più alta nell'arco di numerazione 171-199 (nella specie, l'LCN 198 in luogo dell'originario LCN 187).

II.1. La società Italiana Televisioni S.r.l. ha quindi impugnato detta nota innanzi al Consiglio di Stato con ricorso *ex art. 34 comma 4, c.p.a.*, assistito da sette motivi di gravame, chiedendone l'annullamento ovvero la declaratoria di nullità per elusione o violazione del giudicato, ed ha altresì domandato il risarcimento dei danni subiti, eventualmente anche con liquidazione equitativa *ex art. 1226 c.c.*;

II.2. Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 9950 del 20 novembre 2023, ha in primo luogo precisato che "*l'azione proposta non è, a rigore, inquadrabile nello schema dell'art. 34 comma 4 c.p.a.*".

Secondo il giudice d'appello, in particolare, sebbene nel dispositivo della sentenza n. 8392/2019 si facesse esplicito riferimento all'art. 34, comma 4, c.p.a., in detta pronuncia sarebbe mancata una pronuncia sull'*an* della responsabilità da attività provvedimento illegittima del Ministero (cfr. il punto 3.1. della sentenza, ove il Consiglio di Stato chiarisce in motivazione quanto segue: *“Ciò è desumibile dai criteri dettati, al par. 5, dalla sentenza n. 8392 del 2019 e, segnatamente, dai criteri di cui alle lett. b) e c), a mente del quale l'amministrazione è stata chiamata, rispettivamente, a: - “verificare se, alla stregua dei criteri desumibili dalla delibera n. 237 del 2013, l'appellante Italiana Televisioni s.r.l. avrebbe conseguito una posizione diversa e migliore rispetto all'assegnazione del numero di canale 187”; - “accertare, anche sulla base di documentazione fornita dall'appellante, le conseguenze dell'eventuale deteriorata collocazione nella numerazione dei canali in termini di dati di ascolto, confrontando: i. i volumi di ascolto conseguiti prima dell'assegnazione del numero di canale 187; ii. i volumi effettivamente raggiunti dopo l'assegnazione del canale 187; iii. i volumi ipoteticamente conseguibili qualora la numerazione fosse stata quella derivante dai criteri contenuti nella delibera n. 237 del 2013”.* Così statuendo questa Sezione ha implicitamente (ma inequivocabilmente) lasciato intendere di non aver appurato nè ricorrenza del requisito della ingiustizia del danno sofferto ex art. 2043 c.c. (sub specie di spettanza del bene della vita a cui aspirava la società ricorrente) né, addirittura, ab imis, la sussistenza in sé di un pregiudizio economicamente apprezzabile alla sfera giuridica della Italiana Televisioni S.r.l. Ne discende che la sentenza n. 8392 del 2019 non ha reso una pronuncia di condanna “sui criteri” in senso tecnico ma ha rimesso, sempre in sede di ottemperanza, l'accertamento dell'“an” della responsabilità ad un'ulteriore attività amministrativa di verifica a carattere solo parzialmente esecutivo dei dicta giudiziali”).

Muovendo da tale premessa, il Consiglio di Stato ha rigettato l'azione di ottemperanza per violazione e/o elusione del giudicato (articolata dalla ricorrente con i primi due motivi di ricorso), in quanto l'Amministrazione si sarebbe trovata innanzi all'oggettiva impossibilità di comporre la graduatoria “virtuale”, stante la carenza di tutte le informazioni per procedere alla sua redazione; ha quindi ritenuto che *“tutti gli ulteriori profili di doglianza (dal terzo al settimo) non attengono, a ben vedere, all'ottemperanza ma hanno a che fare con il prosieguo dell'azione amministrativa e, in particolare, con l'ulteriore attività amministrativa istruttoria e di accertamento non direttamente coperta dai criteri delineati dalla sentenza n. 8392 del 2019”*, disponendo, in parte qua, la riassunzione dell'azione di annullamento innanzi a questo Tribunale.

III. Il presente gravame, dunque, ritualmente notificato e depositato in riassunzione, ha ad oggetto le doglianze (dalla terza alla settima), non coperte dalla statuizione del giudice d'appello, con le quali parte ricorrente deduce sotto molteplici profili il difetto di motivazione della gravata nota ministeriale.

In particolare, in merito ai punteggi attribuiti in sede di redazione della graduatoria “virtuale”, vengono formulati i seguenti rilievi:

II.1. *“Sul punteggio relativo alla qualità della programmazione e sui dati di ascolto Auditel”.*

In relazione al parametro della programmazione, si contestano le valutazioni del Ministero che, affermata l’assenza di informazioni per effettuare uno scrutinio “ora per allora” della qualità del servizio offerto, ha deciso di assegnare a tutte le emittenti 25 punti.

Secondo parte ricorrente detta motivazione sarebbe assolutamente perplessa e contraddittoria nella parte in cui, da un lato, ha escluso la rilevanza, ai fini della verifica della qualità della programmazione, di premi conseguiti dall'emittente e, dall’altro, ha sminuito il valore dei programmi di informazione ed intrattenimento a carattere sportivo offerti dalla stessa.

Per quanto concerne invece la valutazione dei dati di ascolto, si contesta al Ministero la mancata considerazione degli ascolti del 2007 e 2008, che, in base alla perizia di parte, collocavano la ricorrente al terzo posto, nonché l’utilizzo dei dati relativi all’annualità 2013, quando ormai era già stata registrata una flessione degli ascolti quale conseguenza dell’assegnazione della numerazione LCN 187;

II.2. *“Sul punteggio relativo alla storicità del marchio”.*

Sotto tale profilo, si censura la nota del Ministero nella parte in cui la stessa ha determinato il punteggio relativo alla storicità del marchio nella misura massima di 20 punti a tutte le emittenti, fondando detta valutazione su un dato considerato “certo”, ovvero il numero di anni di irradiazione a partire dal 1990, anno di emanazione della legge n. 223 del 6 agosto 1990 (recante la “*Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato*”).

Il Ministero avrebbe quindi irragionevolmente disatteso le considerazioni espresse dal consulente della ricorrente che aveva evidenziato come *“Il punteggio per la storicità del marchio è un altro parametro che non è corretto valorizzare indistintamente, per tutti i soggetti in graduatoria, al punteggio massimo di 20 punti. Ciò perché molti marchi sono effettivamente storici come Canale 21, Canale Otto, Canale 34 Tele A, Televomero, TV Oggi ecc. in quanto operano ininterrottamente dal 1978 o prima. Altri però non hanno la stessa anzianità, operando come ad esempio Canale 9 (ex Teleoggi) dal 1982, Lira TV (ex Telereporter) dal 1981, mentre altri marchi più recenti sono attivi invece dal censimento 1990 L.223, è il caso di Telecapri News e Telecapri Sport, ed altri ancora dopo come ad esempio Julie e Tele A+. Quindi imputando il massimo valore di 20 punti alle emittenti con più anzianità, i punteggi delle altre emittenti devono essere ricavati proporzionalmente agli anni di rispettive attività”* (pagg. 4-5 della relazione del dott. Lombardi);

III.3. *“Sul punteggio relativo alla copertura del segnale”.*

In relazione a detto parametro, si censura la nota del Ministero nella parte in cui ha determinato il punteggio relativo alla copertura del segnale, osservandosi che: *“Quanto alle modalità di valorizzazione del grado di copertura del canale, il Ministero si è basato sull'estensione territoriale del titolo autorizzatorio, attribuendo un punteggio variabile in base al numero di Province ricomprese nell'autorizzazione rilasciata a ciascuna emittente, non avendo a disposizione il dato di copertura radioelettrica dell'epoca e non potendolo ricavare «ora per allora». In ogni caso la ricorrente ha comunque ottenuto il massimo del punteggio attribuibile”*.

Secondo parte ricorrente, con l'attribuzione del medesimo punteggio a quasi tutte le emittenti concorrenti il Ministero ha di fatto neutralizzato anche tale valore.

Diversamente il dott. Lombardi, prendendo in considerazione il dato di copertura anche analogica dell'epoca, sarebbe stato in grado di attribuire un differente punteggio alle emittenti (cfr. pag. 4 della relazione ove si afferma che: *“nella simulazione eseguita per conto del Ministero di cui alla tabella I anche il punteggio massimo di copertura pari a 10 è stato attribuito a diverse emittenti in base al tipo di autorizzazione FSMA rilasciato, ovvero provinciale o regionale. Ma ciò è avvenuto in un secondo momento rispetto all'epoca dei fatti contestati da Canale 34 Telenapoli, ovvero in base alla delibera AGCOM 237/13/CONS, mentre il ricorso di Canale 34 Telenapoli risale al 2010 e il TAR si era già pronunciato con sentenza 6901/2011 ovvero antecedentemente alla pubblicazione della citata delibera 237/13. Poiché la simulazione prevede di valutare “ora per allora” il posizionamento in graduatoria è del tutto evidente che bisogna tenere in debita considerazione la copertura anche analogica dei rispettivi soggetti. Anche con questo ulteriore criterio si determina che a Canale 34 Telenapoli spetterebbe, di fatto, un posizionamento più favorevole nella graduatoria. Infatti alcune emittenti provinciali hanno ricevuto una autorizzazione FSMA regionale mentre all'epoca dei fatti contestati, quindi della prima graduatoria per cui vi è stato ricorso, diversi soggetti erano operanti a livello provinciale o locale. Ciò accade per i seguenti soggetti: Telecolore, Julie, Lira TV, Teleluna, Televomero, Tele Torre, Telelibera 63, TV Oggi, Irpinia TV, Teleischia, Videonola, Telediocesi, Telenostra e Telenuova. A diverse di queste emittenti nella simulazione esperita dal Consulente per conto del Ministero, è stato attribuito il punteggio massimo di 10 punti, circostanza che modifica ingiustamente la collocazione di questi soggetti non tenendo in considerazione il criterio “ora per allora”*).

III.4. “Sull'utilizzo dei dati di ascolto del 2013”

Con tale doglianza, la ricorrente contesta nuovamente al Ministero l'utilizzo dati di ascolto del 2013, osservando che lo stesso consulente dell'Amministrazione avrebbe riconosciuto alla società la quinta posizione in graduatoria in relazione ai soli dati di ascolto del 2010.

III.5. *“Sui risultati delle simulazioni effettuate dal Dott. Lombardi nella relazione del 13 marzo 2023 che attribuiscono all'Italiana Televisioni s.r.l. per l'emittente Canale 34 la numerazione LCN 14 o, nel peggiore dei casi, la numerazione LCN 18”.*

Da ultimo, si censura la nota del Ministero nella parte in cui vengono disattesi i risultati delle simulazioni effettuate dal consulente della società ricorrente dott. Lombardi nella propria relazione del 13 marzo 2023.

Più segnatamente, questi ha elaborato due simulazioni: la prima, al netto del dato relativo ai dipendenti, che vedrebbe Canale 34 Telenapoli collocarsi al quinto posto con un punteggio totale di 59,42, con conseguente attribuzione del canale LCN 14; la seconda, comprensiva anche del dato relativo ai dipendenti come risultante dalla simulazione ministeriale, che vedrebbe Canale 34 Telenapoli collocarsi al quinto posto con un punteggio totale di 60,30, con conseguente attribuzione del canale LCN 18 (nonostante il punteggio superiore, la ricorrente si troverebbe invero in una posizione deteriore per effetto del maggior punteggio conseguito dalle emittenti inserite nelle graduatorie Corecom).

L'Amministrazione, dal suo canto, attribuendo il medesimo punteggio a tutte le emittenti per la qualità della programmazione e la storicità del marchio e a quasi tutte per la copertura del segnale, avrebbe erroneamente assegnato rilievo centrale e, di fatto, dirimente, al dato riferibile ai dipendenti ottenuto servendosi delle graduatorie Corecom, il cui uso esclusivo era già stato censurato da questo Tribunale (sent. 6901/2011 cit.) e dal Consiglio di Stato (sent. 4658/2012 cit.).

IV. La ricorrente ha altresì proposto un'azione risarcitoria per i danni subiti, allegando apposita perizia ai fini della quantificazione del danno.

V. Le Amministrazioni resistenti, costituitesi in giudizio, hanno chiesto il rigetto del ricorso ripercorrendo, in sostanza, gli esiti dell'istruttoria procedimentale e ribadendo la correttezza dell'operato del Ministero che, non avendo a disposizione tutti i documenti e le informazioni per procedere alla “simulazione”, avrebbe assunto le proprie determinazioni riconoscendo anche alla ricorrente un punteggio massimo in relazione ai parametri di valutazione sforniti di “dati certi”.

VI. Con successiva memoria di replica la ricorrente ha ribadito le argomentazioni poste a fondamento del ricorso.

VII. Alla pubblica udienza dell'1 aprile 2025 la causa è stata chiamata e trattenuta in decisione, come da verbale.

DIRITTO

1. Il presente giudizio ha ad oggetto il provvedimento con il quale il Ministero delle Imprese e del Made in Italy, in attuazione delle pronunce rese dal Consiglio di Stato (la sentenza n. 4658/2012, che ha confermato l'annullamento del piano di assegnazione di cui alla Delibera 366/10/CONS, e la

sentenza d'ottemperanza n. 8392/19, che, preso atto dell'impossibilità di eseguire il giudicato amministrativo, ha invitato l'Amministrazione a formulare una nuova graduatoria, da redigersi "ora per allora" sulla base dei criteri di cui alla Delibera 237/13/CONS, ai fini della formulazione di una proposta di risarcimento per equivalente), ha assegnato alla ricorrente la numerazione LCN 198 ed ha pertanto escluso la sussistenza di un danno economicamente apprezzabile.

1.1. Nella nota impugnata, in particolare, il Ministero, evidenziato in premessa che l'applicazione in senso stretto dei criteri di cui alla Delibera 237/13/CONS "*è risultata essere un'operazione impossibile*" perché presupporrebbe "*la conoscenza di dati ed informazioni (cioè quelli richiesti dalla Delibera 237/2013) di cui non si ha (né si potrebbe avere in altro modo) disponibilità*", ha quindi svolto un'ulteriore attività amministrativa istruttoria e di accertamento, non direttamente coperta dai criteri delineati dalla sentenza n. 8392 del 2019, che è dunque sottoposta al vaglio giudiziario per la prima volta in questa sede.

2. Tanto premesso, è possibile passare alla trattazione congiunta delle doglianze con le quali la società ricorrente censura, sotto molteplici profili, i criteri con i quali il Ministero ha ritenuto di effettuare la simulazione della graduatoria.

2.1. Un profilo comune delle censure mosse dalla ricorrente concerne la scelta del Ministero, stante l'assenza dei dati e delle informazioni necessari per procedere a un effettivo giudizio individualizzante, di assegnare il medesimo punteggio a tutte le emittenti per la qualità della programmazione e la storicità del marchio.

2.2. Ritiene il Collegio che detta scelta, per quanto scaturita dall'oggettiva impossibilità di recuperare le informazioni per procedere ad un'effettiva comparazione tra le emittenti, è destinata irrimediabilmente a inficiare gli esiti della competizione "virtuale", rivelandosi intrinsecamente inidonea a disvelare la potenziale posizione raggiungibile dalla ricorrente.

Al riguardo va infatti osservato che l'attività del Ministero doveva comunque essere orientata al perseguimento del vincolo teleologico derivante dalle statuizioni contenute nella sentenza n. 8392/2019, che imponevano all'Amministrazione di verificare l'esatta collocazione della ricorrente nella graduatoria da redigersi "ora per allora".

Di fronte pertanto alle difficoltà di applicare i criteri di cui alla Delibera 237/13/CONS, l'Amministrazione avrebbe dovuto prendere atto dell'impossibilità di procedere ad una valutazione comparativa, e non già procedere a una competizione ove, di fatto, sono stati "neutralizzati" due criteri che consentivano l'assegnazione di complessivi 70 punti.

L'irragionevolezza di fondo di detto *modus operandi* emerge in modo ancor più evidente se si consultano i punteggi assegnati alle emittenti nella simulazione.

La ricorrente è infatti preceduta in graduatoria da emittenti che hanno conseguito un punteggio di pochi decimali superiore, con la conseguenza che una minima differenziazione del punteggio assegnato per i due criteri su menzionati avrebbe potuto comportare veri e propri stravolgimenti della graduatoria.

In questo senso non può condividersi l'assunto del Ministero, secondo il quale l'assegnazione del medesimo punteggio alle emittenti per i criteri in discorso risponderebbe a una logica di *favor* per la ricorrente: ciò sarebbe vero soltanto ove detto giudizio fosse conseguito all'impossibilità di risalire ai dati della sola ricorrente, mentre in realtà detta decisione è scaturita dall'impossibilità di recuperare le informazioni delle altre emittenti.

In altri termini, mentre la ricorrente nel corso dell'istruttoria procedimentale si è prodigata nell'offrire al Ministero le informazioni necessarie per l'esatta attribuzione dei punteggi, le altre emittenti non sono state coinvolte ed hanno "beneficiato", grazie alla "neutralizzazione" di due criteri fondamentali, di un trattamento senza dubbio più favorevole.

L'ulteriore irrazionalità di fondo che ne è derivata è stata quella di assegnare rilievo preminente al dato dei dipendenti: l'effetto finale è stato infatti quello di dare prevalenza al criterio posto a fondamento del caducato piano LCN del 2010.

Ritiene pertanto il Collegio che siano fondate le articolate doglianze con le quali la ricorrente ha contestato la "neutralizzazione" di due criteri fondamentali per la simulazione della graduatoria "ora per allora" e che la determina del Ministero vada per ciò solo annullata.

3. Venendo all'esame della domanda risarcitoria formulata da parte ricorrente, occorre evidenziare le peculiarità della fattispecie in esame:

- il fatto illecito posto a fondamento della pretesa risarcitoria è rappresentato dalla illegittimità del piano di assegnazione delle numerazioni LCN del 2010, così come già accertata dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 4569/2012;
- il bene della vita cui aspirava la ricorrente in quel giudizio non era rappresentato solo dal mero annullamento del piano di assegnazione (c.d. bene della vita strumentale), ma si identificava anche nell'ottenimento di una migliore collocazione in graduatoria (c.d. bene della vita finale);
- nella successiva sentenza n. 8392/2019, il Consiglio di Stato, preso atto dell'impossibilità di dare esecuzione al giudicato, ammetteva la sola possibilità di riconoscere alla ricorrente un risarcimento del danno per equivalente, rimettendo tuttavia all'Amministrazione la valutazione di un profilo dell'*an* della responsabilità risarcitoria (ovvero quello relativo al c.d. giudizio pronostico sulla spettanza del bene della vita finale, da effettuarsi applicando i criteri di cui alla Delibera 237/13/CONS);

- in particolare, sebbene la sentenza n. 8392/2019 non possa essere considerata una pronuncia di condanna *ex art. 34, comma 4, c.p.a.*, è evidente che la stessa abbia rimesso al Ministero la sola valutazione del nesso eziologico tra la condotta e il danno-evento (ciò per l'evidente impossibilità per il giudice di sostituirsi all'Amministrazione nell'esercizio di un potere tecnico-discrezionale), con la conseguenza che deve ritenersi formato il giudicato sugli altri elementi della responsabilità aquiliana, ovvero la condotta illecita e l'elemento soggettivo;
- l'Amministrazione, tuttavia, nonostante l'impossibilità di avvalersi dei criteri indicati dal giudice, ha comunque formulato un giudizio negativo in ordine alla spettanza del bene della vita finale ed ha adottato il provvedimento sfavorevole, ritenuto da questo Collegio illegittimo per le ragioni in precedenza espresse;
- la ricorrente, dal suo canto, non è parimenti riuscita a dimostrare la sicura spettanza del bene della vita (nella specie il miglior posizionamento in graduatoria);
- in particolare, la graduatoria "virtuale" stilata quest'ultima, con il supporto del perito di parte, incorre nel medesimo "vizio" del provvedimento gravato: di fronte all'impossibilità di un'applicazione puntuale dei criteri di cui alla Delibera 237/13/CONS, ha ritenuto infatti di poter ricorrere a criteri "alternativi", meramente presuntivi, che non consentono anch'essi di operare un'effettiva comparazione tra le emittenti (si veda ad esempio quanto dedotto in merito al criterio della programmazione, in relazione al quale la ricorrente si è "autoassegnata" il punteggio massimo di 25 punti, mentre ha diversificato i punteggi tra le varie emittenti, senza tuttavia chiarire le ragioni e, soprattutto, i dati probatori da porre a sostegno di una simile differenziazione).

Così ricostruiti i termini della questione, attesa l'impossibilità oggettiva (dunque non derivante da un fatto ascrivibile alle parti) di formulare un giudizio prognostico di spettanza del bene della vita, è evidente che nella fattispecie la domanda risarcitoria, avente ad oggetto l'equivalente monetario di una migliore numerazione LCN, non possa essere accolta.

4. L'impossibilità di esprimere detto giudizio, tuttavia, necessita di ulteriori precisazioni, dovendo valutarsi se residuino spazi per il riconoscimento di forme alternative di ristoro, *sub specie* di risarcimento del danno da c.d. perdita di *chance*, e se detto particolare strumento di tutela possa dirsi incluso nella domanda formulata da parte ricorrente.

4.1. Nella struttura dell'illecito civile, la *chance* si colloca nell'ambito dell'accertamento nesso di causalità materiale ed è una figura sostanzialmente elaborata per garantire una forma di ristoro nei casi in cui, applicando la regola del "più probabile che non" (c.d. probabilità cruciale), non sia raggiunta (o non sia possibile raggiungere) la prova che quella determinata condotta è causa dell'evento di evento.

La giurisprudenza civile ha affrontato il tema della *chance*, soprattutto nel campo della responsabilità medica, seguendo impostazioni ermeneutiche differenti.

La prima impostazione è costituita dalla tesi cd. eziologica che identifica la *chance* con un “bene astratto” e futuro, ossia un bene che il danneggiato avrebbe probabilmente ottenuto se non vi fosse stato il comportamento illecito altrui, appunto un’occasione persa: essa si configurerebbe, pertanto, come un mezzo per dimostrare in modo meno rigoroso, ove sia particolarmente difficile fornire la prova, il nesso intercorrente tra la condotta illecita e l’evento.

In questa logica, la *chance* viene pertanto riportata nell’ambito del lucro cessante, e non del danno emergente, e viene ad integrare, oltre ad una particolare tipologia del cd. “danno futuro”, anche un sostanziale *escamotage* per superare le difficoltà dell’accertamento del nesso di causalità in ordine ad un evento finale auspicato dal danneggiato.

Del tutto diversa l’impostazione della cd. tesi ontologica che, al contrario, identifica la *chance* con un bene che esiste nel patrimonio del danneggiato e che va risarcito quale danno attuale da tenere distinto dal bene finale che l’interessato aspira a ottenere o a conservare; in questo caso, il danno sarà pertanto da riportare alle categorie del danno attuale e del danno emergente ed il danneggiato dovrà provare, sotto il profilo causale, la lesione della *chance*, nella sua effettiva consistenza e nella sua derivazione causale dal comportamento del danneggiante e non la probabilità del cd. danno finale (in questi termini, sarebbe risarcibile, quale bene giuridico autonomo, la mera possibilità di raggiungere il risultato sperato).

Entrambe le tesi non sono esenti da critiche.

Ai sostenitori della c.d. *chance* eziologica si obietta di aver sovrapposto inammissibilmente la dimensione della causalità con quella dell’evento di danno, mentre a quelli della c.d. *chance* ontologica si contesta la creazione di una imprevedibile fattispecie di danno in *re ipsa*, che prescinde del tutto dall’esistenza e dalla prova di un danno-conseguenza risarcibile.

In questo contesto si inserisce una terza tesi, sostenuta recentemente dalla Suprema Corte (Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2019, n. 28993), che, nel condividere le critiche mosse alla teoria eziologica ed ontologica, ha proposto un nuovo sistema di classificazione della *chance*, introducendo la dicotomia *chance* patrimoniale - *chance* non patrimoniale:

- la *chance* patrimoniale presuppone un interesse pretensivo e postula la preesistenza di un *quid* su cui incide la condotta sfavorevole del danneggiante impedendone la possibile evoluzione in senso migliorativo (il partecipante ad un concorso, ad esempio, è portatore di una preparazione che preesiste all’intervento soppressivo del preposto esame).
- la *chance* non patrimoniale è connessa a diritti della persona, ha natura non pretensiva e opera in particolare nell’ambito della responsabilità sanitaria (l’intervento del sanitario sul quadro patologico

del paziente crea una *chance* prima ancora che, eventualmente, pregiudicarla colpevolmente e, quindi, la condotta dell'agente si colloca su un piano di pregressa condizione sfavorevole non suscettibile di costituire un *quid* inteso quale preesistenza favorevole)

Per integrare gli estremi del danno risarcibile, secondo la Suprema Corte, *“la perdita di chance dovrà peraltro attingere ai parametri della apprezzabilità, serietà, consistenza, rispetto ai quali il valore statistico/percentuale - se in concreto accertabile - potrà costituire al più criterio orientativo, in considerazione della infungibile specificità del caso concreto, onde distinguere la concreta possibilità dalla mera speranza (la sottrazione di un biglietto della lotteria appare irrilevante a fini risarcitori), senza che ciò costituisca (come erroneamente opinato talvolta in dottrina) una "contraddizione in termini costituita dalla possibilità di istituire un nesso causale fondato sul più probabile che non con un evento di danno rappresentato da una possibilità non probabile", essendo evidente, in tale ricostruzione, la confusione concettuale tra l'analisi del nesso eziologico e quella dell'evento di danno lamentato. La connotazione della chance - intesa, al pari di ogni altra conseguenza della condotta illecita, non come regola (a)causale, ma come evento di danno - in termini di possibilità perduta di un risultato migliore e soltanto eventuale non esclude nè elide, difatti, la necessaria e preliminare indagine sulla relazione eziologica tra la condotta e l'evento”* (sent. n. 28993/18 cit).

La Suprema Corte, dunque, dopo aver superato la distinzione tra *chance* ontologica e *chance* ontologica, ha chiarito che la *chance* di tipo patrimoniale si caratterizza per la presenza degli ordinari elementi costitutivi della responsabilità civile, ma con la rilevante particolarità rappresentata dal fatto che essa trae origine, in presenza di peculiari fattispecie, da quella che la Cassazione definisce “incertezza eventistica”.

Nel solco di detta nuova impostazione, la Suprema Corte ha ulteriormente chiarito che *“la prova del danno da perdita di chance si sostanzia: a) nella dimostrazione della esistenza e della apprezzabile consistenza di tale possibilità perduta, da valutarsi non in termini di certezza, ma di apprezzabile probabilità, prova che può essere data con ogni mezzo, e quindi anche a mezzo di presunzioni; b) nell'accertamento del nesso causale tra la condotta colpevole e l'evento di danno, con la precisazione che il nesso tra condotta ed evento si caratterizza, nel territorio della perdita di chance, per la sua sostanziale certezza eziologica (i. e., dovrà risultare causalmente certo che, alla condotta colpevole, sia conseguita la perdita di quella migliore possibilità), mentre l'incertezza si colloca esclusivamente sul piano eventistico (è incerto, in altri termini, che, anche in assenza della condotta colpevole, la migliore possibilità si sarebbe comunque realizzata)”* (così, Cass. civ., sez. III, 5 settembre 2023, n. 25910).

4.2. Mentre nel diritto privato le ipotesi più ricorrenti riguardano la responsabilità medica (quando si imputa la mancata attivazione di una cura o intervento sanitario il cui esito sarebbe stato tuttavia incerto), nel campo del diritto amministrativo la lesione della *chance* viene invocata per riconoscere uno sbocco di tutela (sia pure per equivalente) a quelle delle aspettative andate irrimediabilmente deluse a seguito dell'illegittimo espletamento (ovvero del mancato espletamento) di un procedimento amministrativo (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 settembre 2021, n. 6268).

In particolare, il tema della *chance* è stato affrontato in diritto amministrativo, tenendo conto della specificità dell'illecito civile della pubblica amministrazione che, sotto il profilo strutturale, si caratterizza per le particolari modalità di prova del danno ingiusto, ovvero la dimostrazione della spettanza del bene della vita, da accertare secondo la logica del "più probabile che non" (sono ancora attuali le "parole" della Suprema Corte che, nella storica sentenza n. 500/99, subordinò la ristorabilità dell'interesse legittimo, oltre che al riscontro dell'illegittimità dell'atto lesivo, alla formulabilità di *"un giudizio prognostico, da condurre in riferimento alla normativa di settore, sulla fondatezza o meno dell'istanza, onde stabilire se il pretendente fosse titolare non già di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione suscettibile di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva, e cioè una situazione che, secondo la disciplina applicabile, era destinata, secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole, e risultava quindi giuridicamente protetta"*).

In caso di illegittimità del provvedimento vincolato (salvo che per vizi meramente formali o procedurali), il giudizio di spettanza del bene della vita è senza dubbio più agevole, non incontrando il giudice i limiti del sindacato di merito dell'atto amministrativo.

In caso di annullamento di un provvedimento discrezionale o tecnico-discrezionale, invece, laddove residuino margini valutativi in capo alla pubblica amministrazione procedente, al giudice è impedito il c.d. giudizio prognostico e, solo all'esito del satisfattivo riesercizio del potere, potrà dirsi accertata la spettanza del bene della vita.

Vi sono tuttavia dei casi in cui, dopo l'annullamento dell'atto, alla pubblica amministrazione è oggettivamente impedita la riedizione del potere amministrativo, con conseguente impossibilità di effettuare il giudizio di spettanza del bene della vita.

Di fronte a tale evenienza, la giurisprudenza amministrativa è, parimenti a quella civile, divisa tra la teoria ontologica ed eziologica (la questione era stata portata anche all'attenzione dell'Adunanza Plenaria, che, tuttavia, con sent. n. 7/2018, non l'ha definita, restituendo gli atti alla Sezione remittente).

Ritiene tuttavia il Collegio che il tema della risarcibilità della *chance* andrebbe vagliato alla luce dei più recenti orientamenti della Corte di Cassazione, che, come su osservato, individuano l'*ubi*

consistam della particolare figura giuridica in esame nella c.d. incertezza eventistica (in questi termini, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2024, n. 2647).

L'icastica espressione utilizzata dalla Suprema Corte può essere "calata" nel diritto amministrativo, per vagliare profili di ristorabilità dell'interesse legittimo nei casi in cui, *in nuce*, sia impossibile effettuare il giudizio prognostico di spettanza del bene della vita secondo il rigido schema causalistico del "più probabile che non".

Questa nuova "dimensione" del danno da perdita di *chance* può trovare cittadinanza anche nel settore della responsabilità civile della pubblica amministrazione, sempre che ricorrano i seguenti elementi costitutivi:

- a) una condotta colpevole dell'agente;
- b) un evento di danno, consistente nella dimostrazione della esistenza e della apprezzabile consistenza della possibilità perduta di conseguire il bene della vita finale;
- c) la relazione causale tra tale condotta e l'evento di danno (dovrà risultare causalmente certo che, alla condotta colpevole, sia conseguita la perdita di quella migliore possibilità; in altri termini, deve essere possibile formulare un giudizio di "spettanza della chance"), mentre l'incertezza si colloca esclusivamente sul piano eventistico (è incerto, in altri termini, che, anche in assenza della condotta colpevole, la migliore possibilità di conseguire il bene della vita si sarebbe comunque realizzata; dunque può dirsi che è incerto, sul piano eventistico, il giudizio di spettanza del bene della vita finale);
- d) una o più conseguenze dannose risarcibili, patrimoniali e non, che devono essere derivanti in modo diretto e immediato dal fatto lesivo (c.d. causalità giuridica).

Così ricostruiti i termini del dibattito, va altresì osservato che la domanda risarcitoria per la perdita di *chance* è, per l'oggetto, ontologicamente diversa dalla pretesa di risarcimento del pregiudizio derivante dal mancato raggiungimento del risultato sperato (la posizione della giurisprudenza, limitatamente a detto aspetto, appare ormai consolidata, come da ultimo affermato da Cass. civ., sez. III, 31 gennaio 2024, n. 2892).

4.3. Tornando dunque all'esame dell'azione risarcitoria, occorre evidenziare che la domanda della ricorrente ha ad oggetto il danno evento identificato nel mancato conseguimento del bene della vita finale (ovvero il conseguimento di una miglior canale) e non già quello derivante dalla definitiva perdita della possibilità di raggiungerlo.

Del resto, soltanto con l'adozione della gravata nota, che di fatto ha definitivamente consumato il potere del Ministero di pronunciarsi sulla travagliata vicenda in esame, si è cristallizzata l'impossibilità di formulare il giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita, nei termini in precedenza chiariti dal Collegio.

Pertanto, in questo quadro di irrisolvibile “incertezza eventistica”, stante l’assenza di una base conoscitiva solida che consenta di effettuare una gara virtuale vera e propria, e, conseguentemente, di formulare *in nuce* il giudizio di spettanza del bene della vita, la domanda risarcitoria, così come allo stato formulata dalla ricorrente, non può essere accolta.

5. In conclusione:

- l’azione di annullamento della nota prot. n. 70872 del 6 aprile 2023 va accolta;
- l’azione di condanna al risarcimento del danno va respinta.

6. Le spese di lite possono essere compensate in ragione della complessità della controversia e della reciproca soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- accoglie l’azione di annullamento della nota prot. n. 70872 del 6 aprile 2023 va accolta;
- respinge l’azione di condanna al risarcimento del danno va respinta.
- compensa integralmente le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 aprile 2025 con l'intervento dei magistrati:

Rita Tricarico, Presidente

Monica Gallo, Referendario

Valentino Battiloro, Referendario, Estensore