

Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo presuppone una verifica sul caso concreto

Autore: Lazzini Sonia

In: Appalti pubblici

Ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., il danno è risarcibile soltanto laddove esso consiste in un danno/evento ingiusto, tale essendo quello consistente nella lesione di un interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, che fonda la sussistenza di una posizione soggettiva.

Deve trattarsi di un danno che presuppone la titolarità di un interesse apprezzabile, differenziato, giuridicamente rilevante e meritevole di tutela e che inerisce al contenuto stesso della posizione sostanziale.

Tale danno ingiusto deve essere inoltre ricollegabile, con nesso di causalità immediato e diretto, al provvedimento impugnato, e, nel caso in cui la posizione di interesse legittimo appartenga alla species del cd. interesse pretensivo, esso deve concernere l'ingiusto diniego o la ritardata emanazione di un provvedimento amministrativo richiesto.

Secondo questo Consiglio di Stato (sez. V, 2 febbraio 2008 n. 490) "il danno, per essere risarcibile, deve essere certo e non meramente probabile, o comunque deve esservi una rilevante probabilità del risultato utile" e ciò è quello che "distingue la chance risarcibile dalla mera e astratta possibilità del risultato utile, che costituisce aspettativa di fatto, come tale irrisarcibile".

Tratto dalla decisione numero 2974 del 22 maggio 2012 pronunciata dal Consiglio di Stato

In tal senso, la giurisprudenza ha ancorato il risarcimento del danno cd. “da perdita di chance” a indefettibili presupposti di certezza dello stesso, escludendo il caso in cui l’atto, ancorché illegittimo, abbia determinato solo la perdita di una “eventualità” di conseguimento del bene della vita. Ed infatti, in tale ultimo caso, risulta pienamente esaustiva la tutela ripristinatoria offerta dall’annullamento e dalle sue conseguenze (in tal senso, Cons. Stato, sez. V, 3 agosto 2004 n. 5440; sez. V, 25 febbraio 2003 n. 1014; sez. VI, 23 luglio 2009 n. 4628; Cass. civ., sez. I, 17 luglio 2007 n. 15947).

In ogni caso, non si è ritenuto configurabile un danno risarcibile per equivalente, allorché, per effetto dell’annullamento del provvedimento amministrativo (nel caso considerato, aggiudicazione), vi sia ripetizione della attività amministrativa, e quindi il ripristino della chance del concorrente (Cons. Stato, sez. V, 28 agosto 2009 n. 5105).

In definitiva, può affermarsi che, nelle ipotesi di risarcimento del danno da provvedimento illegittimo, la prova dell’esistenza del medesimo interviene in base ad una verifica del caso concreto che faccia concludere per la sua “certezza”, la quale presuppone:

- l’esistenza di una posizione giuridica sostanziale della quale possa assumersi essere intervenuta una lesione; e, laddove vi sia esercizio di potere, tale posizione sostanziale è l’interesse legittimo;
- quindi, l’esistenza di una lesione, che sussiste sia laddove questo possa essere a tutta evidenza e concretamente riscontrato, sia laddove vi sia “una rilevante probabilità del risultato utile” frustrata dall’agire illegittimo dell’amministrazione.

Quanto a questo secondo aspetto, l’esame della sussistenza del danno da perdita di chance interviene:

- o attraverso la constatazione in concreto della sua esistenza, ottenuta attraverso elementi probatori (ad

esempio, con riferimento alle gare d'appalto, si è in presenza di un contratto eseguito o in esecuzione, che avrebbe dovuto essere certamente eseguito da una diversa impresa partecipante alla gara, in luogo di quella beneficiaria di aggiudicazione illegittima);

- o attraverso una articolazione di argomentazioni logiche, che, sulla base di un processo deduttivo rigorosamente sorvegliato, inducano a concludere per la sua sussistenza;

- ovvero ancora attraverso un processo deduttivo secondo il criterio, elaborato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, del c.d. "più probabile che non" (Cass. civ., n. 22022/2010), e cioè "alla luce di una regola di giudizio che ben può essere integrata dai dati della comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali" (Cass., sez. III civ., n. 22837/2010).

Nel caso dei procedimenti di gara o di concorso, la posizione giuridica sostanziale del partecipante assurge sicuramente ad interesse legittimo (pretensivo) con riferimento all'ammissione a partecipare al procedimento, ovvero in relazione ad una valutazione delle prove svolte o dell'offerta presentata immune da vizi di legittimità.

Tali situazioni giuridiche, tuttavia, possono ricevere tutela - sol che il titolare la richieda onerandosi del rispetto delle norme procedurali previste - eminentemente sul piano ripristinatorio, mediante annullamento del provvedimento illegittimo e, prima ancora, mediante l'adozione di provvedimenti cautelari da parte del giudice.

Ciò in quanto, nell'interesse legittimo pretensivo, l'oggetto della posizione, tale da definirne il contenuto sostanziale (nel cd. lato interno della relazione), non è un "bene" già esistente nel patrimonio giuridico del titolare, bensì la stessa possibilità di conseguimento di un'utilitas per il tramite dell'esercizio del potere amministrativo (Cons. Stato, sez. IV, 3 agosto 2011 n. 4644).

E' del tutto evidente che l'illegittimo esercizio del potere comporta un "vulnus" per la posizione giuridica di interesse legittimo. Ma tale vulnus - afferendo, in tutta evidenza, ad una situazione dinamica di possibilità di conseguimento di una utilitas - non può che ricevere riparazione se non per il tramite di una tutela del tipo ripristinatorio, per mezzo, cioè, dell'annullamento dell'atto, che consente il riesercizio del potere amministrativo, e quindi il ristabilirsi della "chance di conseguimento dell'utilità finale".

E ciò con la sola eccezione - come affermano le stesse Sezioni Unite della Cassazione (sent. n. 6594/2011 cit.; ma in tal senso già la sent. n. 500/1999) - di ipotesi di istanze obiettivamente fondate, tali definibili sulla base della situazione concreta dell'istante, dell'assetto normativo applicabile al caso di specie, e del concreto modus agendi, in ipotesi analoghe, della Pubblica Amministrazione.

A maggior ragione, il mero interesse procedimentale, l'interesse alla correttezza della complessiva gestione del procedimento da parte dell'amministrazione secondo le regole che lo governano, si pone come situazione meramente strumentale alla tutela di una posizione di interesse legittimo. Pertanto, esso non solo non è risarcibile in sé (in quanto, diversamente opinando, si costruirebbe l'interesse legittimo come generica pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa), ma rifluisce nella più generale considerazione dell'interesse legittimo pretensivo (al quale è strumentale), e degli strumenti di tutela per questo esperibili.

Per tutte le ragioni sin qui esposte, la domanda di risarcimento del danno proposta dalla De Ricorrente - in disparte ogni ulteriore considerazione in ordine al difetto di prova sia di un concreto pregiudizio subito sia della quantificazione del medesimo - deve essere rigettata, proprio perché essa, afferendo ad un prospettato danno da presunta perdita di chance da mancato invito alla partecipazione alla gara, non integra gli estremi della chance risarcibile.

Al contrario, ciò che si prospetta è una mera e astratta possibilità del risultato utile, che costituisce aspettativa di fatto, come tale "irrisarcibile", ma tutelabile solo (ed eventualmente) sul piano ripristinatorio.

Per le ragioni esposte, il motivo di appello concernente la domanda di risarcimento del danno deve essere rigettato.

Riportiamo qui di seguito il testo integrale della decisione numero 2974 del 22 maggio 2012 pronunciata dal Consiglio di Stato.

<https://www.diritto.it/il-risarcimento-del-danno-da-provvedimento-illegittimo-presuppone-una-verifica-sul-caso-concreto/>