

Nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente l'amministrazione è tenuta non soltanto a rispettare le regole dettate nell'interesse pubblico (la cui violazione implica l'annullamento o la revoca dell'attività autoritativa) ma anche le norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune (regole la cui violazione assume significato e rilevanza, ovviamente, solo dopo che gli atti della fase pubblicistica attributiva degli effetti vantaggiosi sono venuti meno e questi ultimi effetti si sono trasformati in affidamenti restati senza seguito)

La responsabilità precontrattuale è tuttora ricondotta dal prevalente orientamento giurisprudenziale al genus della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. (ex multis, Cass., sez. I, 29 aprile 1999 n. 4299). Ed invero, costituisce principio generale che la responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione è configurabile in tutti i casi in cui l'ente pubblico, nelle trattative e nelle relazioni con i terzi, abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti con i principi della correttezza e della buona fede, alla cui puntuale osservanza anch'essa è tenuta, nell'ambito del rispetto dei doveri primari garantiti dall'art. 2043 cod. civ. (cfr. per una recente applicazione Cass., sez. III, 10 giugno 2005, n. 12313).

in tema di possibilità del giudice amministrativo a decidere sulla lesione sia di interessi legittimi che di diritti soggettivi, molto significativo appare il pensiero espresso dal Consiglio di Stato con la decisione numero 7194 del 6 dicembre 2006:

<La giurisdizione esclusiva, configurata da quest'ultima disposizione (le procedure di evidenza pubblica tese alla ricerca dell'aggiudicatario negli appalti di lavori, servizi e forniture) conduce alla identificazione di un'area nella quale sono in campo interessi legittimi e diritti soggettivi in correlazione tra di loro. Ed invero il legislatore del 2000, dando vita, con l'art. 6, ad una disciplina non dissimile da quella prevista per i provvedimenti in area di urbanistica e di edilizia (l'art. 34 del D.L.vo n. 80 del 1998 nella versione di cui all'art. 7 della legge n. 205 del 2000), prevede la cognizione, da parte del giudice amministrativo, sia delle controversie relative a interessi legittimi della fase pubblicistica sia delle controversie di carattere risarcitorio relative a diritti soggettivi traenti origine dalla caducazione di provvedimenti della fase pubblicistica (le pretese per responsabilità precontrattuale).>

ma vi è di più.

<anche in caso di rigetto della domanda di annullamento dell'atto gravato (perché esente dai vizi denunciati), è accoglibile la domanda di risarcimento del danno ex articolo 1337 c.c., per "violazione del principio che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede anche nelle attività precontrattuali".>

e ancora:

<la rimozione in sede di autotutela dell'aggiudicazione e degli atti della relativa procedura vale a porre al riparo l'interesse pubblico; **residua però - dopo tale rimozione caducatoria - il fatto incancellabile degli "affidamenti" suscitati nell'impresa dagli atti della procedura di evidenza pubblica poi rimossi.**

Ed invero l'impresa non poteva non confidare, durante il procedimento di evidenza pubblica, dapprima sulla "possibilità" di diventare affidataria del contratto e più tardi - ad aggiudicazione intervenuta - sulla disponibilità di un titolo che l'abilitava ad accedere alla stipula del contratto stesso.>

In conclusione quindi:

<In conclusione il Collegio, aderendo a tale ultimo orientamento, **ritiene ammissibile la risarcibilità del danno, a titolo di responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione**, nell'ipotesi – quale è quella oggetto della presente controversia – **in cui l'amministrazione procedente, rilevando un errore nel procedimento di gara già esperito, rimuova in autotutela la gara stessa, ancorché fosse già intervenuta l'aggiudicazione in capo all'impresa vincitrice della selezione.**

Ed invero, l'obbligo giuridico sancito dall'art. 1337 cod. civ. di comportarsi secondo buona fede durante lo svolgimento delle trattative è stabilito perchè con l'instaurarsi delle medesime sorge tra le parti un rapporto di affidamento che l'ordinamento ritiene meritevole di tutela. Pertanto, se durante tale fase formativa del negozio, una parte viola il dovere di lealtà e correttezza ponendo in essere comportamenti che non salvaguardano l'affidamento della controparte - anche colposamente, in quanto non occorre un particolare comportamento oggettivo di malafede, nè la prova dell'intenzione di arrecare pregiudizio all'altro contraente - in modo da sorprendere la sua fiducia sulla conclusione del contratto risponde per responsabilità precontrattuale>

In tema di quantificazione del danno risarcibile, infine:

<Al riguardo per pacifica giurisprudenza, il danno risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale, in relazione alla mancata stipula del contratto o in relazione alla invalidità dello stesso, si limita all'interesse negativo, rappresentato – com'è noto – **sia dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto (danno emergente), sia della perdita di ulteriori occasioni di stipulazione con altri di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso (lucro cessante), con esclusione dei danni che si sarebbero evitati e dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione e l'esecuzione del contratto** (cfr. Cass. Civ., sez. III, 14 febbraio 2000, n. 1632). L'indirizzo maggioritario - al quale il Collegio intende aderire (ex plurimis: Cass., n. 11243/2003; Cass., n. 1632/2000; Cass., n. 9157/95) evidenzia, infatti, che, in tema di responsabilità ex art. 1337 cod. civ., l'ammontare del danno va determinato tenendo conto della peculiarità dell'illecito e delle caratteristiche della responsabilità stessa.

Infatti, sia argomentando dall'art. 1338 c.c., che dagli artt. 2056 e 1223 c.c. il lucro cessante, quale conseguenza immediata e diretta della rottura delle trattative, può essere soltanto quello innanzi detto.

Quanto al lucro cessante, va ribadito che l'ambito della tutela dell'art. 1337 cod. civ. è più propriamente non tanto la violazione dell'interesse a perfezionare la trattativa quanto quello a non averla proprio iniziata, con conseguente perdita di altre occasioni favorevoli. Detto in altri termini, in caso di culpa in contrahendo, **i danni risarcibili comprendono (oltre alle spese sostenute in previsione della conclusione del contratto) le perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni per la mancata conclusione di un altro contratto dello stesso oggetto, mentre resta escluso il risarcimento dei danni che si sarebbero evitati e dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione ed esecuzione del contratto** (id quod interest contractus in initum non fuisset).

E', dunque, senz'altro risarcibile (come, peraltro, ammette la stessa Amministrazione) il danno a titolo di spese sostenute per la partecipazione alla procedura di gara in ragione della pacifica circostanza della avvenuta partecipazione dell'impresa ricorrente alla procedura poi annullata, con un'offerta ritenuta dalla stessa amministrazione valida e meritevole di aggiudicazione>

Quindi

<Conclusivamente il danno risarcibile nei confronti dell'odierna ricorrente, alla stregua di quanto precedentemente indicato costituisce la risultante dalla sommatoria degli importi relativi alle spese inutilmente sostenute per la partecipazione alla gara in discorso e alla somma dovuta a titolo di lucro cessante per perdita di chance derivante dal precluso conseguimento di altre occasioni. Pertanto l'amministrazione intimata dovrà corrispondere all'odierna appellante il risarcimento del danno come sopra indicato, oltre accessori secondo la natura ed il regime dell'obbligazione risarcitoria considerata>

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 3177 REG:RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione ANNO 2005

ha pronunciato la seguente

decisione

sul ricorso nr. 3177/2005 R.G. proposto dalla Società "**** S.A.S. di *** Claudio & C.", in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Laura Sofia Allamprese ed elettivamente domiciliata presso lo studio Abbamonte - Soprano, in Roma, Via degli Avignonesi n. 5;

CONTRO

La Provincia di Chieti, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dal prof. Lucio V. Moscarini, elettivamente domiciliata presso il suo studio, in Roma, Via Sesto Rufo 23;

per l'annullamento e la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale dell'Abruzzo - Pescara, I, 16 dicembre 2004, n. 1102;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Vista la costituzione in giudizio della parte appellata;

Viste le memorie prodotte dalle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n.1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n.205;

Alla pubblica udienza del 31 gennaio 2006, relatore il Consigliere Michele Corradino ed uditi, altresì, gli avvocati L. S. Allamprese e L. S. Moscarini;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con sentenza del TAR dell'Abruzzo n. 1102/2004, fu dichiarato inammissibile il ricorso (iscritto al nr. 588/2004 R.G.) proposto dalla Società "**** S.A.S. di *** Claudio & C." per l'annullamento, previa adozione di misura cautelare, del provvedimento 288 del 9.7.2004 – Aggiudicazione appalto e per la condanna della Provincia di Chieti al risarcimento del danno ingiusto subito ex art. 35 del d.lgs. n. 80/1998.

La sentenza è stata appellata dalla Società "**** S.A.S. di *** Claudio & C.", che contrasta le argomentazioni del giudice di primo grado.

La Provincia di Chieti si è costituita per resistere all'appello.

Alla pubblica udienza del 31 gennaio 2006, il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

DIRITTO

L'appello è fondato e merita di essere accolto.

Preliminarmente il Collegio ritiene di dover evidenziare che il giudice di prime cure ha dichiarato inammissibile il ricorso di primo grado per superamento del prescritto termine dimezzato atteso che il gravame, notificato in data 27 ottobre 2004, risultava poi depositato in data 23 novembre 2004.

L'esito ricostruttivo e decisorio cui è pervenuto il giudice di primo grado può essere condiviso solo in parte.

Correttamente il Giudice di primo grado ha dichiarato inammissibile il gravame per il mancato rispetto del termine dimezzato di quindici giorni per il deposito del ricorso introduttivo del giudizio nella parte in cui questo conteneva una domanda di annullamento dell'atto gravato (nella specie il provvedimento 288 del 9.7.2004 – Aggiudicazione appalto). E' necessario ribadire, infatti, che nei giudizi di cui all'art. 23 bis il termine di deposito del ricorso - che normalmente è di 30 giorni dall'ultima notifica (artt. 21 e 28 L. n. 1034/1971) - è ridotto a 15 giorni, rientrando tra i termini processuali dimezzati (cfr. la giurisprudenza dominante dalla quale non v'è motivo di discostarsi: Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2005 n. 3268; Cons. Stato, Sez. IV, n. 3050 del 14 maggio 2004; Cons. Stato, sez. V, 06/10/2003, n. 5897; Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2003, n. 1074; Cons. Stato, 18 settembre 2003, n. 5320; Cons. Stato, 6 ottobre 2003, n. 8897; Cons. Stato, Sez. IV, n. 3043 del 31 maggio 2002; Cons. Stato, Sez. IV, 28 marzo 2001 n. 4562).

Tuttavia il ricorso di prime cure conteneva, altresì, una domanda di risarcimento dei danni asseritamente subiti dalla ricorrente (c.d. cumulo oggettivo eterogeneo); e su tale domanda non poteva il Giudice dichiarare la inammissibilità del gravame per il superamento dei termini dimezzati.

Ed invero, questo Consesso (cfr. Consiglio di Stato, Sezione IV, 27 dicembre 2004, n. 8244), in una fattispecie nella quale era stata sollevata l'eccezione di tardività con riguardo alla violazione del termine di 120 dalla pubblicazione della sentenza la cui osservanza è disciplinata nel comma 7 dell'art. 23 bis l. 6 dicembre 1971 n. 1034, introdotto dall'art. 4 della legge 21 luglio 2000 n. 205, ha osservato che «la norma poiché si riferisce tuttavia alle controversie tassativamente elencate al punto I precedente, si offre ad una lettura che porta ad escludere l'inserimento in essa anche dei giudizi risarcitori. Quest'ultimi del resto non soltanto non sono stati in essa inseriti, ma rispetto ad

essi chiaramente neppure ricorre la ratio per la quale il legislatore ha ritenuto di favorire, in deroga ai termini processuali ordinari, una più rapida tutela degli interessi pubblici>>.

In una più recente decisione (Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2005 n. 8660) si è osservato che in realtà la norma di cui all'articolo 23 bis della legge n. 1034 del 1971 si riferisce ai giudizi aventi ad oggetto "i provvedimenti relativi alle procedure di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, ivi compresi i bandi di gara e gli atti di esclusione dei concorrenti, nonché quelli relativi alle procedure di occupazione e di espropriazione delle aree destinate alle predette opere", ed ha come scopo quello di contenere, nei limiti del possibile e senza eccessivo pregiudizio per le ragioni individuali di tutela giurisdizionale, i tempi dell'azione giudiziaria per ridurre il disagio che inevitabilmente deriva alla collettività dal ritardo nella realizzazione delle opere pubbliche. Ed è, inoltre, una norma che incidendo, in via di eccezione e restrittiva, su una disciplina giuridica che dà concreta attuazione a diritti fondamentali del cittadino (articolo 24 della Costituzione), non può che essere interpretata in senso stretto e, quindi, applicata solo ai casi tassativamente considerati dal legislatore. Dopo aver svolto le riportate considerazioni il Decidente ha affermato – in relazione al caso concreto - che <<l'oggetto del giudizio di primo grado è rappresentato dall'azione di condanna al risarcimento del danno per equivalente proposta in via autonoma, dopo che si era esaurita la vicenda giudiziaria relativa non solo all'impugnazione dell'aggiudicazione e degli atti amministrativi che l'avevano preceduta ma anche alla fase del giudizio di ottemperanza mediante il quale il pregiudizio economico subito dal ricorrente era stato reintegrato in forma specifica solo parzialmente (con l'affidamento dell'appalto solo relativamente a due edifici scolastici sui sei cui esso aveva titolo). Pertanto, la norma richiamata dall'appellante non è applicabile al presente giudizio in quanto l'oggetto dell'impugnazione di primo grado non solo è estraneo ai casi considerati tassativamente la norma ma, per di più, neppure incide in via indiretta sugli interessi che l'articolo 23 bis, comma uno lettera c, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, ha voluto tutelare>>>.

E' ben vero, come osserva l'Amministrazione appellata, che la giurisprudenza, con le citate pronunce, si è riferita a casi di azioni risarcitorie proposte in via autonoma (e non cumulate ad azioni costitutive).

Tuttavia, il Collegio, nell'aderire al superiore indirizzo interpretativo, ritiene che dalla portata applicativa del rito speciale dell'art. 23 bis c.d. legge TAR (e, dunque, dalla regola processuale che impone termini processuali dimezzati) rimangano, comunque, estranee le questioni risarcitorie (non sussistendo – rispetto a queste – le esigenze di contenimento dei tempi dell'azione giudiziaria).

Con riguardo al caso concreto, poi, il Collegio ritiene di dover precisare (ciò che formerà oggetto di specifico scrutinio al punto 6 della parte in diritto della decisione) che la questione risarcitoria posta dall'attuale appellante prescinde dalla demolizione giuridica di determinazioni amministrative, in quanto ciò sul quale si controverte attiene al danno (asseritamente) subito dalla Società "**** S.A.S. di *** Claudio & C." in base ad un contegno posto dall'Amministrazione in violazione delle regole che tutelano il legittimo affidamento delle parti di una trattativa precontrattuale.

Il Collegio deve, pertanto, acclarare l'ammissibilità (rectius: la ricevibilità) del ricorso di prime cure nella parte in cui l'attuale appellante ha proposto domanda per la condanna della Provincia di Chieti al risarcimento del danno ingiusto subito ex art. 35 del d.lgs. n. 80/1998 e, conseguentemente, esaminare nel merito la domanda medesima.

In successione, e sempre in via preliminare, il Collegio reputa necessario occuparsi della questione della sussistenza o meno della giurisdizione amministrativa nella fattispecie che ci occupa (cfr. la pronuncia del Cons. Giust. Amm., sez. giur., 29 agosto 2005 n. 573 che ha condiviso la decisione

del Giudice di primo grado il quale aveva ritenuto demandata alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo la fattispecie della responsabilità precontrattuale, <<trattandosi di responsabilità per fatto verificatosi all'interno della procedura di affidamento>>).

In tal senso, il Collegio intende subito precisare di condividere la recente statuizione resa dall'Adunanza Plenaria (Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005 n. 6) su ordinanza di rimessione n. 920/2005 della Sezione IV di questo Consesso.

Il caso scrutinato in quella vicenda riguardava il danno subito da una impresa a causa della condotta tenuta dall'amministrazione che aveva dato vita ad una procedura pubblicistica di cui si era resa poi inevitabile la revoca; si disquisiva, dunque, di un comportamento (trascurare di vigilare perché restino ferme le risorse finanziarie necessarie per la stipula del contratto e la sua esecuzione, rendendo così inevitabile la rimozione degli atti della fase pubblicistica) divergente da quelle regole di buona fede e correttezza (art. 1337 cod. civ.) che vanno osservate anche dall'Amministrazione nella fase precontrattuale.

La Sezione IV aveva rimesso, dunque, alla Adunanza Plenaria la questione se la controversia avente ad oggetto i danni provocati dalla revoca dell'aggiudicazione e degli atti della procedura doveva essere conosciuta dal giudice amministrativo (in sede di giurisdizione esclusiva) o - come pure si adombrava nell'ordinanza con richiamo a taluni orientamenti giurisprudenziali - dal giudice ordinario.

Come nel caso recentemente esaminato e deciso dall'Adunanza Plenaria, anche nella vicenda che ci occupa non è di ostacolo ad una tale indagine la circostanza che, in primo grado, è stata adottata, pur se in forma implicita, una statuizione sulla giurisdizione (procedendosi ad una definizione in rito della controversia: declaratoria di inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio, che presuppone il riconoscimento della giurisdizione amministrativa; è noto, infatti, che la giurisdizione è il primo dei presupposti processuali: cfr. Cons. Stato, IV, 21 gennaio 2005, n. 99). Ed invero (come riconosciuto dalla prevalente giurisprudenza: cfr. la decisione n. 4 del 29 luglio 2005 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che ha aderito alla cd. opzione mediana secondo la quale il giudice d'appello può procedere alla valutazione di ufficio della giurisdizione solo in presenza di una statuizione implicita: le statuizioni esplicite sulla giurisdizione richiederebbero, invece, apposita impugnativa: cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 10 aprile 2002, n. 1039 e Cons. Stato, Sez. VI, 15 dicembre 2003, n. 8212) quando il giudice amministrativo di primo grado non abbia (come nella specie) espressamente statuito sulla giurisdizione è consentito all'organo giurisdizionale di appello - anche in assenza di gravame - di ritornare ex officio sul punto della giurisdizione valutando se debba, o meno, ritenersi sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo riconosciuta in prime cure.

L'Adunanza Plenaria - nella citata decisione n. 6/2005 - ha espressamente riconosciuto la sussistenza della giurisdizione amministrativa, osservando che l'art. 6 della legge 21 luglio 2000 n. 205 ha dato vita ad una nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo attribuendo a quest'ultima "tutte" le controversie tra privato e pubblica amministrazione riguardanti la fase anteriore alla stipula dei contratti di lavori, forniture e servizi (la fase di evidenza pubblica rivolta alla scelta del contraente privato): e ciò sia che tali controversie concernino interessi che diritti soggettivi. Si è ampliato, così, il campo di azione del giudice amministrativo concernente, prima della nuova giurisdizione esclusiva di cui all'art. 6 della legge n. 205/2000 citato, solo le questioni concernenti interessi legittimi in sede di giurisdizione generale di legittimità.

Il giudice amministrativo non è oggi più chiamato a conoscere delle sole le controversie rivolte a garantire la tutela degli interessi legittimi (di regola pretensivi) del privato attraverso l'annullamento di atti (o di silenzi rifiuti) e la successiva attività di conformazione dell'amministrazione (e se

quest'ultima attività non risulti possibile il ristoro per equivalente degli interessi pretensivi). Al giudice amministrativo è stata infatti conferita – dopo la caducazione degli atti della fase pubblicistica che hanno costituito in capo all'interessato effetti vantaggiosi (dall'ammissione alla procedura all'aggiudicazione del contratto) - la cognizione, secondo il diritto comune, degli affidamenti suscitati nel privato da tali effetti vantaggiosi ormai venuti meno. Ed invero nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente l'amministrazione è tenuta non soltanto a rispettare le regole dettate nell'interesse pubblico (la cui violazione implica l'annullamento o la revoca dell'attività autoritativa) ma anche le norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune (regole la cui violazione assume significato e rilevanza, ovviamente, solo dopo che gli atti della fase pubblicistica attributiva degli effetti vantaggiosi sono venuti meno e questi ultimi effetti si sono trasformati in affidamenti restati senza seguito).

E' del tutto evidente, poi, che – diversamente da quanto argomentato . in atti - nessuna influenza esercita in relazione alla giurisdizione esclusiva in tema di scelta del contraente di cui all'art. 6 della legge n. 205/2000 la sentenza n. 204/2004 della Corte Costituzionale. Va rilevato, anzitutto, che la detta pronuncia investe tutt'altra normativa: non l'art. 6, ma l'art. 7 della legge n. 205/2000 che ha modificato l'originaria versione negli artt. 33 e 34 del decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80 relativi alla giurisdizione esclusiva in materia di edilizia, urbanistica e servizi pubblici. Ne' i principi, di rango costituzionale, in tema di giurisdizione esclusiva enunciati dalla citata sentenza della Corte possono indurre a sospettare di illegittimità costituzionale il richiamato art. 6 della legge n. 205/2000.

La giurisdizione esclusiva, configurata da quest'ultima disposizione (le procedure di evidenza pubblica tese alla ricerca dell'aggiudicatario negli appalti di lavori, servizi e forniture) conduce alla identificazione di un'area nella quale sono in campo interessi legittimi e diritti soggettivi in correlazione tra di loro. Ed invero il legislatore del 2000, dando vita, con l'art. 6, ad una disciplina non dissimile da quella prevista per i provvedimenti in area di urbanistica e di edilizia (l'art. 34 del D.L.vo n. 80 del 1998 nella versione di cui all'art. 7 della legge n. 205 del 2000), prevede la cognizione, da parte del giudice amministrativo, sia delle controversie relative a interessi legittimi della fase pubblicistica sia delle controversie di carattere risarcitorio relative a diritti soggettivi traenti origine dalla caducazione di provvedimenti della fase pubblicistica (le pretese per responsabilità precontrattuale).

Deve, pertanto, affermarsi la giurisdizione amministrativa relativamente alla controversia che ci occupa.

Il Collegio ritiene, a questo punto, di doversi soffermare brevemente sulla questione relativa alla cd. "pregiudiziale amministrativa", concernente la necessità (o meno) che l'azione di risarcimento del danno per illegittima attività della Pubblica amministrazione sia preceduta dall'accertamento giurisdizionale dell'illegittimità del provvedimento e dalla pronuncia costitutiva dell'annullamento. E' noto l'indirizzo ermeneutico, diffuso in settori della dottrina e collegato ad un obiter dictum racchiuso nella sentenza n. 500/1999 delle Sezioni Unite della Cassazione secondo cui "rispetto al giudizio che, nei termini suindicati, può svolgersi davanti al giudice ordinario, non sembra ravvisabile la necessaria pregiudizialità del giudizio di annullamento". Merita di essere evidenziato che la Suprema Corte formulò la tesi del superamento della pregiudizialità (peraltro in via ipotetica: "...non sembra ravvisabile la necessaria pregiudizialità del giudizio di annullamento..."), con riguardo alle norme previgenti l'entrata in vigore della legge n. 205/2000, in quanto sulla base dell'originaria versione dell'art. 35 del D. Lgs. n. 80/1998 la concentrazione delle azioni (di annullamento e risarcitoria) davanti al giudice amministrativo era stata attuata solo per le materie attribuite alla giurisdizione esclusiva di quest'ultimo, mentre nelle materie in cui il giudice amministrativo aveva la sola giurisdizione di legittimità la domanda risarcitoria doveva essere

proposta davanti al giudice ordinario. La riformulazione dell'art. 35, ad opera dell'art. 7 della legge n. 205/2000 ha attribuito al G.A. in sede di giurisdizione esclusiva e di legittimità, tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali (si ricordi, peraltro, che secondo la decisione dell'Adunanza plenaria n. 2 del 9 febbraio 2006 e come già statuito in precedenza – cfr. Adunanza plenaria, 18 ottobre 2004, n. 10 - la regola della concentrazione - davanti al giudice dell'impugnazione – id est il giudice amministrativo - anche della cognizione della pretesa riparatoria, non può condurre ad una diversa soluzione - in punto di potestas iudicandi - quando la controversia sul risarcimento sia prospettata dalla parte lesa con autonomo e successivo ricorso, ossia dopo che il giudizio sul provvedimento si sia concluso e la relativa decisione sia passata in giudicato; ciò in quanto il nesso fra illegittimità dell'atto e la responsabilità dell'autorità amministrativa che lo ha posto in essere non potrebbe assumersi di diversa natura, né è meno stretto o di diversa intensità, se le due questioni dibattute – quella di non conformità a legge della misura autoritativa e quella di responsabilità per i danni che ne sono derivati – sono esaminate e risolte in un unico o in separati giudizi; (in senso contrario cfr., tuttavia, Corte Cass. – SS. UU. Civili - 23 gennaio 2006, n. 1207, secondo la quale nel caso in cui sia stata proposta una azione di risarcimento dei danni nei confronti della Pubblica amministrazione e non venga in contestazione il legittimo esercizio dell'attività amministrativa - come avviene nel caso in cui l'atto amministrativo sia stato annullato o revocato dall'Amministrazione nell'esercizio del suo potere di autotutela, ovvero sia stato rimosso a seguito di pronuncia definitiva del giudice amministrativo, ovvero ancora abbia esaurito i suoi effetti per il decorso del termine di efficacia ad esso assegnato dalla legge - l'azione risarcitoria rientra nella giurisdizione generale del giudice ordinario, non operando nella specie la connessione legale fra tutela demolitoria e tutela risarcitoria). La tesi sostenuta dalle Sezioni Unite n. 500/1999 del superamento della pregiudiziale appare dettata principalmente dall'intento sostanziale di eliminare il regime del necessario ricorso a due forme di tutela per ottenere da un giudice l'annullamento dell'atto e da altro giudice il risarcimento del danno.

Proseguendo sulla scia tracciata dalla citata sentenza delle Sezioni Unite n. 500/1999, parte della giurisprudenza di legittimità ha sostenuto la tesi che tende a disancorare l'azione di risarcimento del danno dal previo annullamento dell'atto amministrativo (cfr., per una applicazione, Cass. S.U. 25 maggio 2004, n. 10180). Altra parte della giurisprudenza di legittimità, tuttavia, ha ridimensionato tale orientamento ritenendo che il giudice ordinario sia titolare del potere di disapplicazione dell'atto amministrativo solo quando l'oggetto della controversia al suo esame concerna la pretesa di un diritto soggettivo perfetto e quando la valutazione della legittimità dell'atto debba avvenire solo in via incidentale, ossia quando l'atto non assume rilievo come causa della lesione del diritto del privato, ma come mero antecedente, sicchè la questione della sua legittimità verrebbe a prospettarsi come pregiudiziale in senso tecnico e non come principale. Con la conseguenza che, in ossequio al principio fondamentale di certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico, a cui presidio è posto il breve termine di decadenza per l'impugnativa, l'interessato avrebbe l'onere di impugnare davanti al giudice amministrativo nel prescritto termine di decadenza l'atto amministrativo, nel caso in cui l'accertamento della sua illegittimità debba avvenire in via principale, per poter azionare la domanda di risarcimento del danno (cfr. Cass., Sez. III, 22 febbraio 2002, n. 2588 e Cass., sez. II, 27 marzo 2003, n. 4538).

Di recente, tuttavia, la Suprema Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, con due ordinanze coeve del 13 giugno 2006 nn. 13659 e 13660 ha affermato che “il giudice amministrativo rifiuta di esercitare la giurisdizione e la sua decisione, a norma dell'art. 362, primo comma c.p.c, si presta a cassazione da parte delle sezioni unite quale giudice del riparto della giurisdizione, se l'esame del merito della domanda autonoma di risarcimento del danno è rifiutato per la ragione che nel termine per ciò stabilito non sono stati chiesti l'annullamento dell'atto e la conseguente rimozione dei suoi effetti”; con tale perentoria affermazione il Giudice regolatore della giurisdizione sembra aver voluto superare definitivamente l'”ostacolo” della c.d. pregiudiziale amministrativa che finora era stato opposto a chi chiedeva tutela risarcitoria senza aver pregiudizialmente impugnato nei termini

di decadenza all'uopo previsti il (e coltivato con successo il giudizio relativo al) provvedimento amministrativo illegittimo.

In seno alla giurisprudenza amministrativa la tesi prevalente si è mostrata favorevole alla conservazione della cd. pregiudiziale amministrativa ("interna"), nonostante alcune voci dissenzienti da parte di alcuni giudici di prime cure. In particolare, con la decisione del Cons. Stato, Ad Plen., 26 febbraio 2003, n.4 è stato affermato che una volta concentrata presso il giudice amministrativo la tutela impugnatoria dell'atto illegittimo e quella risarcitoria conseguente, non è possibile l'accertamento incidentale da parte del giudice amministrativo della illegittimità dell'atto non impugnato nei termini decadenziali al solo fine di un giudizio risarcitorio. L'azione di risarcimento del danno, infatti, può essere proposta sia unitamente all'azione di annullamento che in via autonoma, ma l'azione di risarcimento è da reputare ammissibile solo a condizione che sia stato impugnato tempestivamente il provvedimento illegittimo e che sia stato coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento, in quanto al giudice amministrativo non è dato di poter disapplicare atti amministrativi non regolamentari.

Il Collegio ritiene – comunque – che (in concreto) la problematica relativa alla c.d. pregiudiziale non ricorra nella fattispecie che ci occupa, in cui l'atto è già rimosso in via amministrativa (a seguito dell'esercizio dei poteri di autotutela; analogamente ove fosse stato caducato all'esito di un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica o sia stato). In tal senso si è espressa la citata Adunanza Plenaria (Cons. Stato, Ad Plen., 26 febbraio 2003, n.4), secondo cui poiché l'esercizio del potere di autotutela sull'atto amministrativo, con il suo conseguente annullamento, risolve in radice il problema della presunzione di legittimità dell'atto stesso, ed elimina ogni ostacolo all'esame della (eventuale) ingiustizia del danno da parte del giudice. E, a tali fini, non assume alcun rilievo il fatto che tale annullamento giunga dopo la scadenza del termine per proporre l'impugnazione, quando l'atto, cioè, è ormai divenuto inoppugnabile.

Merita di essere osservato (rectius: ribadito), inoltre, che la questione risarcitoria che ci occupa prescinde dalla demolizione di provvedimenti amministrativi, in quanto il danno asseritamente subito dall'appellante discende da un contegno posto in violazione delle regole che tutelano il legittimo affidamento delle parti di una trattativa precontrattuale (si rinvia, ancora, al punto 6). Sul punto si richiama la giurisprudenza di questo Consesso (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2003 n. 1457) secondo la quale anche in caso di rigetto della domanda di annullamento dell'atto gravato (perché esente dai vizi denunciati), è accoglibile la domanda di risarcimento del danno ex articolo 1337 c.c., per "violazione del principio che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede anche nelle attività precontrattuali".

Si osserva, altresì, sulla scorta del più recente ed autorevole indirizzo (citt. Consiglio di Stato, sezione IV, ord. 7 marzo 2005 n. 920; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 16 maggio 2005 n. 6), che la rimozione in sede di autotutela dell'aggiudicazione e degli atti della relativa procedura vale a porre al riparo l'interesse pubblico; residua però - dopo tale rimozione caducatoria - il fatto incancellabile degli "affidamenti" suscitati nell'impresa dagli atti della procedura di evidenza pubblica poi rimossi. Ed invero l'impresa non poteva non confidare, durante il procedimento di evidenza pubblica, dapprima sulla "possibilità" di diventare affidataria del contratto e più tardi - ad aggiudicazione intervenuta - sulla disponibilità di un titolo che l'abilitava ad accedere alla stipula del contratto stesso.

Nel caso di specie, il Collegio ritiene che sussistano tutte le condizioni perché debba riconoscersi il diritto al risarcimento del danno subito dalla ricorrente Società "**** S.A.S. di *** Claudio & C.", con conseguente condanna della Provincia di Chieti al pagamento di quanto spettante a tale titolo, nei sensi e limiti di seguito esposti.

E' noto l'ampio dibattito sviluppatosi in giurisprudenza e in dottrina circa il titolo giuridico entro il quale inscrivere la responsabilità dell'amministrazione per lesione degli interessi legittimi pretensivi (sul punto si ricordi che il Cons. Giust. Amm. Reg. sic., con ord. 8 maggio 2002 n. 3796, ha rimesso all'Adunanza plenaria la questione di quale sia il titolo della responsabilità civile della Pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi pretensivi nelle procedure di gara; su tale quesito

il Cons. Stato, Ad. Plen., 14 febbraio 2003 n. 2 non ha tuttavia fornito una risposta nel merito; per una ricognizione sul punto cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 aprile 2003 n. 1945).

Non vi è dubbio che, in una fattispecie quale quella in esame, poco utile appare il modello risarcitorio riconducibile allo schema degli articoli 2043 e ss. c.c., il quale postula l'accertamento prognostico della spettanza del bene della vita perseguito dal soggetto (cfr. Cass., SS. UU. civ., n. 500/1999).

Più utile, ma non pienamente soddisfacente, potrebbe rivelarsi il richiamo all'alternativo modello basato sulla violazione degli obblighi di protezione gravanti sull'amministrazione, in base al generale canone di correttezza del suo agire procedimentale, nell'ambito del "contatto sociale qualificato" costituito dal procedimento di evidenza pubblica (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001 n. 4239, 8 luglio 2002 n. 3796; sez. VI, 20 gennaio 2003 n. 204 e 15 aprile 2003 n. 1945).

Più appropriato alla fattispecie in esame si palesa – ad avviso del Collegio – il modello della responsabilità precontrattuale mutuato dalle disposizioni ex artt. 1337 - 1338 c.c..

L'evoluzione in materia di responsabilità della Pubblica amministrazione per colpa in contrahendo è stata lunga e travagliata.

La dottrina, almeno fino alla fine degli anni '50 dello scorso secolo, riteneva che non si potesse affermare la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione per due ragioni: 1) la Pubblica amministrazione non poteva, nel corso della sua attività, compiere atti illeciti; 2) l'indagine del giudice ordinario, al fine di affermare la responsabilità della Pubblica amministrazione, si sarebbe trasformato in un (inammissibile) sindacato giudiziale sulle modalità di esercizio dei poteri discrezionali.

La giurisprudenza solo con la sentenza n. 1675/1961 delle SS. UU. della Cassazione riconobbe la configurabilità della responsabilità precontrattuale in capo alla Pubblica amministrazione, affermando che compito del giudice di merito non è quello di valutare se il soggetto amministrativo sia stato un corretto amministratore, bensì se sia stato un corretto contraente. Il limite fondamentale di questa prima – pur importante – pronuncia fu quello di ritenere sussistente la colpa in contrahendo della Pubblica amministrazione in caso di recesso senza giustificato motivo da una trattativa privata (cd. pura), cioè solo nei casi in cui la Pubblica amministrazione si spoglia dei propri poteri pubblicistici ed opera come un qualunque altro soggetto (con la conseguenza che nelle ipotesi successivamente sempre più ricorrenti – a seguito delle impostazioni di matrice comunitaria – di trattativa privata preceduta da gara informale non potevano applicarsi i principi civilistici della culpa in contrahendo). Per le procedure di gara (aperte o ristrette), invece, la giurisprudenza continuava ad operare un distinguo: in particolare, se l'illecito era avvenuto prima o dopo l'aggiudicazione. La giurisprudenza riteneva, infatti, che la responsabilità poteva essere affermata solo dopo l'aggiudicazione di una gara. Ed invero, pur negando l'opinione prevalente agli atti della serie procedimentale dell'evidenza pubblica valore di trattative contrattuali in senso proprio (Cass., ss.uu. civ., n. 9892 del 1993), la giurisprudenza tende a svalutare la portata della norma (ritenuta dispositiva) di cui all'articolo 16, comma 4, del r.d. 18 novembre 1923 2440. Nuova disposizione sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato; (a mente della quale "i processi verbali di aggiudicazione definitiva, in seguito ad incanti pubblici o a private licitazioni, equivalgono per ogni effetto legale al contratto") sul rilievo per cui occorrerebbe sempre la stipulazione del contratto, almeno in tutti i casi in cui, dopo l'aggiudicazione, sia necessario ancora acquisire la cd. "liberatoria" antimafia di cui al d.lg. 490 del 1994 (cfr., in tal senso, Aut. Vig. Il. pp., det. n. 24 del 2 ottobre 2002 e Cons. Stato, sez. IV, 25 luglio 2001 n. 4065).

E' altresì innegabile che l'impresa che ha conseguito l'aggiudicazione è ormai soggetto individuato quale contraente dell'amministrazione, la cui offerta ha già ottenuto – da parte dell'amministrazione – un principio rilevante di accettazione, sicché egli vanta (non un diritto di obbligazione derivante dal contratto, che non si è ancora concluso) un legittimo affidamento protetto dalla tutela apprestata per il contraente in buona fede: in questi termini si è già da tempo pronunciata la giurisprudenza civile, anteriormente alle innovazioni introdotte dal d.lgs. n. 80/1998 e della legge n. 205/2000.

La Cassazione civile, nel negare la qualità di contraente al mero partecipante alla gara, anteriormente all'aggiudicazione (dove l'affermazione della normale non applicabilità, in tale fase, della responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione ai sensi dell'articolo 1337 c.c.) ha tuttavia ammesso che, una volta intervenuta l'aggiudicazione, l'aggiudicatario dovesse ormai ritenersi parte a tutti gli effetti (Cass., SS.UU. civ., 26 maggio 1997 n. 4673).

Già prima delle innovazioni del 1998-2000 la giurisprudenza era, dunque, approdata alla conclusione della possibilità dell'applicazione delle regole in tema di responsabilità precontrattuale alla Pubblica amministrazione committente, ancorché solo dopo l'aggiudicazione, nella fase intercorrente tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto.

Il dibattito sull'ammissibilità della responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione nell'ambito dell'attività negoziale si è arricchito a seguito delle note riforme del 1998-2000. Un'ulteriore spinta innovativa è derivata dalla nota pronuncia n. 500/1999 delle sezioni unite della Cassazione sulla risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi pretesi (cfr. supra).

A seguito di tali innovazioni taluni giudici amministrativi di primo grado, nella specifica materia delle procedure di gara d'appalto, hanno ammesso la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante (ad esempio, in un caso di mancata aggiudicazione di un appalto di lavori per omessa esclusione automatica di offerte anormalmente basse; ovvero facendo applicazione della responsabilità precontrattuale in un caso di illegittima revoca del bando, giudicata alla stregua di un'ingiustificata e arbitraria interruzione delle trattative).

Il Consiglio di Stato ha, in un primo momento, manifestato una posizione fortemente critica rispetto a tali aperture giurisprudenziali (cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2002 n. 6389, che ha affermato l'estraneità dei parametri della buona fede e della correttezza rispetto al controllo di legalità dell'azione amministrativa, trattandosi, secondo detta sentenza, di canoni dettati dal legislatore per la risoluzione di conflitti intersoggettivi di natura privatistica esclusivi dell'autonomia privata); tuttavia, successivamente, si è orientato in senso favorevole (cfr. cit. Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2003 n. 1457 che, in un caso di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione provvisoria, pur avendo rigettato la domanda di annullamento dell'atto gravato, ha invece accolto la domanda di risarcimento del danno ex articolo 1337 c.c.).

In conclusione il Collegio, aderendo a tale ultimo orientamento, ritiene ammissibile la risarcibilità del danno, a titolo di responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione, nell'ipotesi – quale è quella oggetto della presente controversia – in cui l'amministrazione procedente, rilevando un errore nel procedimento di gara già esperito, rimuova in autotutela la gara stessa, ancorché fosse già intervenuta l'aggiudicazione in capo all'impresa vincitrice della selezione. Ed invero, l'obbligo giuridico sancito dall'art. 1337 cod. civ. di comportarsi secondo buona fede durante lo svolgimento delle trattative è stabilito perché con l'instaurarsi delle medesime sorge tra le parti un rapporto di affidamento che l'ordinamento ritiene meritevole di tutela. Pertanto, se durante tale fase formativa del negozio, una parte viola il dovere di lealtà e correttezza ponendo in essere comportamenti che non salvaguardano l'affidamento della controparte - anche colposamente, in quanto non occorre un particolare comportamento oggettivo di malafede, nè la prova dell'intenzione di arrecare pregiudizio all'altro contraente - in modo da sorprendere la sua fiducia sulla conclusione del contratto risponde per responsabilità precontrattuale.

La soluzione accolta, giova evidenziare, sarebbe stata a rigore raggiungibile già in base alla tradizionale giurisprudenza della Cassazione – sopra richiamata – a mente della quale la responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione, pur non configurabile nel corso della procedura di evidenza pubblica, fosse invece applicabile allorquando, avutasi, con l'aggiudicazione, l'individuazione del soggetto contraente, l'impresa aggiudicataria avesse assunto la qualità di "parte" nella trattativa negoziale, donde la sua tutelabilità ai sensi degli articoli 1337 e 1338 del codice civile.

La responsabilità precontrattuale è tuttora ricondotta dal prevalente orientamento giurisprudenziale al genus della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. (ex multis, Cass., sez. I, 29 aprile 1999 n. 4299). Ed invero, costituisce principio generale che la responsabilità precontrattuale della Pubblica

Amministrazione è configurabile in tutti i casi in cui l'ente pubblico, nelle trattative e nelle relazioni con i terzi, abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti con i principi della correttezza e della buona fede, alla cui puntuale osservanza anch'essa è tenuta, nell'ambito del rispetto dei doveri primari garantiti dall'art. 2043 cod. civ. (cfr. per una recente applicazione Cass., sez. III, 10 giugno 2005, n. 12313).

L'elemento soggettivo di tale forma di responsabilità si risolve, frequentemente, nell'accertamento della violazione di regole obiettive concernenti il rispetto dei criteri della correttezza e della buona fede (in senso oggettivo).

Nella fattispecie in esame è positivamente riscontrato che la lesione della libertà negoziale della parte appellante, che si è vista indotta a contrattare e a confidare in buona fede nella validità della procedura poi rimossa in sede di autotutela, è avvenuta per colpa dell'amministrazione (la quale è incorsa in un macroscopico errore, ponendo a base di un bando un progetto non appaltabile perché privo di copertura finanziaria).

Quanto alla sussistenza del nesso di causalità e dell'effettiva esistenza di un danno patrimoniale, appare del tutto evidente che, per effetto della illegittima attività procedimentale della Provincia di Chieti, la Società "**** S.A.S. di *** Claudio & C." ha dovuto sostenere - inutilmente - le spese di partecipazione alla gara poi rimossa in sede di autotutela e ha dovuto rinunciare ad occasioni di stipulazione di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso.

Affermata, dunque, la sussistenza della responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione appellata nell'an, si tratta ora di definire il quantum del danno risarcibile (in tal senso l'appellante ha depositato una perizia giurata).

Al riguardo per pacifica giurisprudenza, il danno risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale, in relazione alla mancata stipula del contratto o in relazione alla invalidità dello stesso, si limita all'interesse negativo, rappresentato - com'è noto - sia dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto (danno emergente), sia della perdita di ulteriori occasioni di stipulazione con altri di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso (lucro cessante), con esclusione dei danni che si sarebbero evitati e dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione e l'esecuzione del contratto (cfr. Cass. Civ., sez. III, 14 febbraio 2000, n. 1632). L'indirizzo maggioritario - al quale il Collegio intende aderire (ex plurimis: Cass., n. 11243/2003; Cass., n. 1632/2000; Cass., n. 9157/95) evidenzia, infatti, che, in tema di responsabilità ex art. 1337 cod. civ., l'ammontare del danno va determinato tenendo conto della peculiarità dell'illecito e delle caratteristiche della responsabilità stessa.

Infatti, sia argomentando dall'art. 1338 c.c., che dagli artt. 2056 e 1223 c.c. il lucro cessante, quale conseguenza immediata e diretta della rottura delle trattative, può essere soltanto quello innanzi detto.

Quanto al lucro cessante, va ribadito che l'ambito della tutela dell'art. 1337 cod. civ. è più propriamente non tanto la violazione dell'interesse a perfezionare la trattativa quanto quello a non averla proprio iniziata, con conseguente perdita di altre occasioni favorevoli. Detto in altri termini, in caso di culpa in contrahendo, i danni risarcibili comprendono (oltre alle spese sostenute in previsione della conclusione del contratto) le perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni per la mancata conclusione di un altro contratto dello stesso oggetto, mentre resta escluso il risarcimento dei danni che si sarebbero evitati e dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione ed esecuzione del contratto (id quod interest contractus initum non fuisset).

E', dunque, senz'altro risarcibile (come, peraltro, ammette la stessa Amministrazione) il danno a titolo di spese sostenute per la partecipazione alla procedura di gara in ragione della pacifica circostanza della avvenuta partecipazione dell'impresa ricorrente alla procedura poi annullata, con un'offerta ritenuta dalla stessa amministrazione valida e meritevole di aggiudicazione.

Non è, invece, risarcibile, il "mancato guadagno dell'utile d'impresa". Ed invero, questa seconda voce di danno corrisponde alla componente del lucro cessante nel danno per lesione del c.d. interesse positivo, quale interesse all'esecuzione del contratto, e come tale (come già detto) non può essere risarcita in una fattispecie di responsabilità precontrattuale.

In ordine alla richiesta di risarcimento del danno da perdita di chance (perdita di favorevoli occasioni contrattuali che è cosa ontologicamente diversa dal vantaggio derivante dall'esecuzione del contratto invalido), appare necessario operare delle considerazioni preliminari.

La perdita di chance, diversamente dal danno futuro, che riguarda un pregiudizio di là da venire soggetto a ristoro purché certo e altamente probabile e fondato su una causa efficiente già in atto, costituisce un danno attuale non irrealizzato, che non si identifica con la perdita di un risultato utile bensì con la perdita della possibilità di conseguirlo, e richiede, a tal fine, che siano stati posti in essere concreti presupposti per il realizzarsi del risultato sperato (ossia una probabilità di successo maggiore del cinquanta per cento statisticamente valutabile con giudizio prognostico ex ante secondo l'id quod plerumque accidit sulla base di elementi di fatto forniti dal danneggiato (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2002 n. 686).

Al fine di ottenere il risarcimento per perdita di una chance, è quindi necessario che il danneggiato dimostri, anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, la sussistenza di un valido nesso causale tra il danno e la ragionevole probabilità della verifica futura del danno, e provi, conseguentemente, la realizzazione in concreto almeno di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta.

Tanto precisato, rileva il Collegio, con riferimento al caso in esame, che le quattro diverse pubbliche procedure di affidamento indicate dalla ricorrente non avrebbero comunque potuto formare oggetto di contestuale esecuzione, anche se la medesima società avesse presentato domanda di partecipazione a tutte le gare, tanto è vero che la suddetta azienda, proprio in relazione al vincolo assunto a seguito dell'aggiudicazione della presente gara, ha ammesso di non aver potuto presentare domanda di partecipazione alle gare come sopra indicate in vista dell'avvio dell'appalto aggiudicato, non disponendo di sufficienti risorse umane e mezzi da distrarre per l'affidamento di ulteriori appalti.

La perdita di chance lamentata deve allora essere concentrata, sia pure nell'ambito di un giudizio prognostico, su una soltanto delle procedure alle quali la ricorrente avrebbe potuto, astrattamente, prendere parte.

Peraltro, stante la valenza aleatoria di una valutazione con carattere probabilistico, ritiene il Collegio di ragguagliare il relativo pregiudizio con un criterio equitativo, consentito laddove, come appunto nel caso di specie, non sia possibile conseguire altrimenti una puntuale determinazione dell'ammontare del pregiudizio dalla parte fondatamente lamentato, non essendo conoscibili, ex ante, non solo della procedura di gara alla quale la ricorrente avrebbe potuto prendere parte, nell'ambito delle selezioni da essa indicate, nè, per altrettanto, del novero dei relativi partecipanti, e, quindi, delle concrete possibilità di aggiudicazione dell'odierna ricorrente.

Ritiene conclusivamente il Collegio che, in virtù dei poteri equitativi di determinazione del lamentato pregiudizio, esercitabili ai sensi dell'art. 1226 c.c., il danno riconoscibile a titolo di lucro cessante per perdita di chance (concernente l'impossibilità di far valere nelle future contrattazioni il requisito economico legato all'esecuzione dei lavori) in favore dell'appellante debba essere calcolato prendendo in considerazione la gara avente maggiore importo presunto fra quelle indicate dalla "**** S.A.S. di *** Claudio & C.", ed applicando a quell'importo il coefficiente del 7 (sette) %.

Conclusivamente il danno risarcibile nei confronti dell'odierna ricorrente, alla stregua di quanto precedentemente indicato costituisce la risultante dalla sommatoria degli importi relativi alle spese inutilmente sostenute per la partecipazione alla gara in discorso e alla somma dovuta a titolo di

lucro cessante per perdita di chance derivante dal precluso conseguimento di altre occasioni. Pertanto l'amministrazione intimata dovrà corrispondere all'odierna appellante il risarcimento del danno come sopra indicato, oltre accessori secondo la natura ed il regime dell'obbligazione risarcitoria considerata.

Accertata la fondatezza dell'azione risarcitoria nei limiti predetti, si assegna alla Amministrazione della Provincia di Chieti, in applicazione di quanto previsto dall'art.35, comma 2, del D. Lgs. 31 marzo 1998, n.80, il termine di sessanta giorni dalla comunicazione o notificazione della presente decisione per la formulazione di un'offerta di risarcimento secondo i criteri sopra stabiliti. Alla luce delle esposte considerazioni il ricorso in appello deve essere accolto e, in riforma della sentenza gravata, deve essere accolto in parte il ricorso di primo grado.

La complessità delle questioni trattate consente di ravvisare la sussistenza di giusti motivi per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello e in riforma della sentenza impugnata accoglie in parte il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, palazzo Spada, sede del Consiglio di Stato, nella camera di consiglio del 31 gennaio 2006

DEPOSITATA IN SEGRETERIA - Il 6 dicembre 2006