

## **Pronuncia sulla richiesta di risarcimento del danno da perdita di *chance* per mancata ammissione della proroga tecnica**

**Per il riconoscimento del danno da perdita di *chance*, anche se sussiste una condotta illegittima dell'Amministrazione nella scelta della modalità dell'affidamento diretto, occorre dimostrare la sussistenza di un valido nesso causale tra la condotta lesiva e la ragionevole probabilità del conseguimento del vantaggio perduto.**

La sentenza 18 giugno 2024, n. 155 del T.A.R. Emilia Romagna affronta il tema della mancata concessione della proroga tecnica e altri argomenti d'interesse tra cui: il mancato ricorso alla procedura ad evidenza pubblica e l'illegittimità dell'affidamento diretto nonché il risarcimento del danno per perdita di *chance*.

### **1. Mancata concessione della proroga tecnica.**

La pronuncia evidenzia che, nel quadro delineato dal d. lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (sostanzialmente confermato dal d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36), **la c.d. proroga tecnica è ipotizzabile solo in via del tutto eccezionale**, poiché costituisce una violazione dei principi eurounitari di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza. Pertanto è configurabile solo per esigenze di continuità dell'azione amministrativa, qualora, per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione, vi sia l'effettiva necessità di assicurare provvisoriamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 24 marzo 2022, n. 3344).

Inoltre, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, la c.d. proroga tecnica **non può essere considerata un diritto dell'operatore uscente**, né comunque un'opzione che l'Amministrazione è tenuta a reputare preferibile rispetto all'affidamento in via di urgenza al nuovo operatore (cfr. T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, 16 ottobre 2023 n. 281; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 15 febbraio 2022 n. 467; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 7 ottobre 2019 n. 11594).

Secondo il TAR Emilia Romagna, pertanto, devono essere disattese le censure prospettate dalla parte ricorrente per contestare il mancato ricorso, da parte del Comune, all'istituto della c.d. proroga tecnica, non sussistendo in tal senso né alcun diritto in capo all'operatore economico uscente né alcun obbligo per l'Amministrazione precedente che, nell'esercizio di una scelta discrezionale può considerare preferibile l'opzione di affidamento del servizio ad un nuovo operatore economico, secondo le regole dettate dalla normativa in materia.

### **2. Mancato ricorso alla procedura ad evidenza pubblica e illegittimità dell'affidamento diretto ex art. 50 del decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36.**

La parte ricorrente contestava inoltre che l'Amministrazione precedente avrebbe strumentalizzato la riduzione temporale della concessione di servizi affidati, per eludere la procedura ad evidenza pubblica e procedere ad affidamento diretto ex art. 50 del decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36 al solo fine di escludere la partecipazione dell'operatore uscente.

Ai sensi dell'art. 50 del d.lgs. 36/2023 **l'affidamento diretto riguarda i soli contratti di appalto di lavori di importo inferiore a € 150.000 e i contratti di forniture e servizi (inclusi quelli di ingegneria, architettura e progettazione) di importo inferiore ad € 140.000,00**. In tali casi l'affidamento dell'appalto può avvenire anche senza previa consultazione e ad operatori

eventualmente tratti da elenchi della stazione appaltante, ma previa verifica di esperienze documentate.

La procedura di affidamento delle concessioni sotto la soglia di rilevanza europea può avvenire secondo le modalità delineate dall'art. 187, comma 1 del Codice dei Contratti, ovvero mediante **procedura negoziata**, senza pubblicazione di un bando di gara, previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici, ferma restando l'opzione dell'ente concedente di utilizzare le procedure di gara disciplinate, per le concessioni, dalle altre disposizioni del Titolo II, della Parte II del Libro IV del Codice.

La disposizione di cui all'art. 187 citato:

- da un lato, risponde alle stesse finalità di flessibilità e semplificazione cui è ispirato l'art. 50 del decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36 (ulteriormente ribadite dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza);

- dall'altro sembra valorizzare in maniera più spiccatamente garantista le esigenze pro-concorrenziali, intendendo coinvolgere il maggior numero possibile degli operatori economici (dieci), anche con evidenti asimmetrie rispetto a quanto previsto dall'art. 50 che, per i lavori di importo pari o superiore a 150.000,00 euro e inferiore a 1 milione di euro prevede una procedura negoziata senza bando previa consultazione di almeno cinque operatori economici (art. 50, comma 1, lett. c), per l'affidamento di servizi e forniture da 140.000,00 euro sino alle soglie europee, prevede la consultazione di almeno cinque operatori economici (art. 50, comma 1, lett. e) e solo per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all'art. 14 impone la previa consultazione di almeno dieci operatori economici.

Alla luce delle suddette considerazioni, il TAR ritiene **fondate le censure** della parte ricorrente in ordine alla **procedura prescelta dal Comune per l'affidamento del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale** compromesse a seguito del verificarsi di incidenti stradali, atteso che, nel caso di specie, trattandosi di concessione di servizi di importo inferiore alla soglia europea, **la disciplina applicabile è quella dettata dall'art. 187 del decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36**, che prevede la procedura negoziata senza bando con la previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici, ferma restando la possibilità per l'ente concedente di optare per le procedure ad evidenza pubblica dettate specificamente per le concessioni dal Titolo II, della Parte II del Libro IV del Codice.

Il TAR ritiene, pertanto, illegittimo l'affidamento diretto, in quanto disposto in violazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36, che non contengono alcuna previsione di ultrattività dell'art. 50 nel settore autonomamente disciplinato del partenariato pubblico-privato contrattuale e, in particolare, in quello delle concessioni

### **3. Risarcimento del danno per perdita di chance.**

Riguardo al profilo risarcitorio per danno da perdita di *chance*, derivante dall'impossibilità di concorrere per ottenere l'aggiudicazione del servizio, il TAR ritiene che, nella fattispecie, la richiesta risarcitoria deve essere disattesa.

La **risarcibilità della *chance* di aggiudicazione è ammissibile solo** quando il **danno sia collegato alla dimostrazione di una seria probabilità di conseguire il vantaggio sperato**, dovendosi, per converso, escludere la risarcibilità allorché la *chance* di ottenere l'utilità perduta resti nel novero della mera possibilità.

Per ottenere il risarcimento del danno anche per perdita di una «*chance*» è, comunque, **necessario che il danneggiato dimostri**, seppur presuntivamente ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, **la sussistenza di un valido nesso causale tra la condotta lesiva e la ragionevole probabilità del conseguimento del vantaggio alternativo perduto e provi, conseguentemente, la sussistenza, in concreto, dei presupposti e delle condizioni del**

**raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita, della quale il danno risarcibile deve configurarsi come conseguenza immediata e diretta** (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 06 novembre 2019, n. 12735).

Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, *“in particolare, il risarcimento del danno cagionato dalla lesione della chance è riconosciuto quando la chance abbia raggiunto un’ apprezzabile consistenza, di solito indicata come probabilità seria e concreta o anche elevata probabilità di conseguire il bene della vita sperato, che sicuramente può essere integrata dalla prova che il danneggiato avesse una probabilità pari (almeno) al 50 per cento di aggiudicarsi l’ utilità cui aspira”* (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 29 aprile 2024 n. 3911).

Nella fattispecie, la chance di cui è invocata la lesione consiste nella situazione giuridica soggettiva, tutelabile anche con lo strumento del risarcimento per equivalente, il cui contenuto è rappresentato non dal diritto al bene della vita ma dalla concreta probabilità di acquisire il bene della vita, che nel caso di specie è l’aggiudicazione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale compromesse da sinistri, probabilità compromessa o pregiudicata dalla scelta dell’Amministrazione di procedere ad affidamento diretto a favore della controinteressata.

**Pur sussistendo, nella fattispecie, una condotta illegittima dell’Amministrazione nella scelta della modalità dell’affidamento diretto, in palese violazione del disposto di cui all’art. 187 del d.lgs. 36/2023**, non risultano tuttavia sussistenti i presupposti per il riconoscimento del danno da perdita di chance, dal momento che la parte ricorrente non ha fornito alcuna prova o principio di prova circa l’ apprezzabile consistenza, di solito indicata dalle formule «**probabilità seria e concreta**» o «**elevata probabilità**» o anche «**probabilità pari ad almeno il 50%**», di conseguire il bene della vita sperato, limitandosi ad una prospettazione meramente ipotetica dell’affidamento del servizio di che trattasi, senza per esempio fornire elementi attendibili circa l’eventualità di un numero particolarmente basso di imprese che avrebbero potuto partecipare alla selezione.