

La quinta sezione del Consiglio di Stato, con sentenza n. 2201 del 25 marzo 2022, ha ribadito che le norme sull'evidenza pubblica si traducono in vincoli alla capacità negoziale delle amministrazioni, con le quali si perseguono – da un lato – interessi di queste ultime, quali *“qualità delle prestazioni”* e rispetto *“dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza”* e – dall'altro – interessi degli operatori economici, quali *“principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità”* (ex multis, Cons. Stato, V, 17 dicembre 2018, n. 7117).

La sintesi di queste contrapposte esigenze è data dall'interesse generale alla concorrenza, attraverso cui si attua la massima partecipazione degli operatori economici privati al fine di individuare quello maggiormente idoneo ad aggiudicarsi il contratto affidato dall'amministrazione.

Non può dunque revocarsi in dubbio che le norme sull'evidenza pubblica attribuiscono posizioni individuali ai privati e che la loro violazione è fonte di lesione della chance di concorrere all'affidamento del contratto ad esse correlata. Al riguardo, come già statuito dal precedente richiamato, va ribadito che la chance è già presente nel patrimonio dell'operatore economico, poiché insita nell'aspettativa, giuridicamente tutelata in base alle norme sull'evidenza pubblica ed ai principi ad essa sottesi, al rispetto degli obblighi di evidenza pubblica da parte delle amministrazioni ad essi soggette; sotto il profilo ora evidenziato, detta chance costituisce una posizione giuridica soggettiva qualificata dalla legge e dunque suscettibile, se lesa, di integrare il presupposto del danno ingiusto (contra ius) richiesto dall'art. 2043 c.c.. Nello specifico, la lesione derivante dalla mancata attivazione dei moduli dell'evidenza pubblica consiste nel fatto illecito produttivo del danno ingiusto di tale aspettativa giuridicamente qualificata. L'impossibilità, da parte dell'operatore economico, di dimostrare una chance superiore ad altri possibili concorrenti, ovvero un grado più o meno elevato di probabilità di conseguire l'aggiudicazione, è imputabile all'amministrazione che abbia violato tali schemi di azione. Non è pertanto esigibile dall'operatore economico danneggiato, se non attraverso una prova diabolica tale da vanificare i principi eurounitari di effettività e non discriminazione dei rimedi previsti in materia di procedure di affidamento di contratti pubblici poc'anzi richiamati, una dimostrazione ulteriore rispetto alla propria qualità di soggetto in grado di eseguire il contratto (scorrettamente) affidato senza gara; in tale prospettiva il mancato rispetto degli obblighi di evidenza pubblica costituisce addirittura la violazione più grave nel settore dei contratti della pubblica amministrazione, a termini del medesimo diritto sovranazionale. Anche sotto questo profilo, dunque, il rimedio risarcitorio – quando non possono essere accordati quelli maggiormente dissuasivi della privazione degli effetti del contratto o delle sanzioni pecuniarie nei confronti dell'amministrazione – si pone come strumento fondamentale per assicurare l'effettività dei rimedi giurisdizionali in materia, in assenza del quale vi sarebbe un vuoto di tutela per una situazione giuridica che, come esposto in precedenza, è qualificata dalla legge. In ordine alle esigenze di effettività dei ricorsi in materia di procedure di aggiudicazione di contratti pubblici vanno poi richiamati i principi affermati dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nella sentenza 30 settembre 2010, C- 314/09, Stadt Graz. In ciò non è ravvisabile alcuna iperprotezione della chance di aggiudicazione rispetto al diritto all'aggiudicazione in sé, ottenibile invece in caso di affidamento all'esito di procedura di gara dichiarata illegittima: infatti in tale ultima ipotesi l'equivalente monetario può giungere fino al 100% del mancato utile ritraibile dall'esecuzione del contratto, mentre nel primo caso va inevitabilmente scontato in base al grado di incertezza degli esiti di una gara mai esperita a causa e per colpa dell'amministrazione. Il fattore di correzione quantitativa che rende la chance di aggiudicazione un *minus* rispetto al diritto all'aggiudicazione è dato proprio dal numero di operatori economici potenziali aspiranti alla commessa pubblica affidata senza gara e che invece a quest'ultima avrebbero potuto concorrere se l'amministrazione non si fosse sottratta agli obblighi su di essa gravanti.

Riferimenti Normativi:

- art. 2043 c.c.
- D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici)