

# 9 LA RESPONSABILITÀ DELLA STAZIONE APPALTANTE PER LA VIOLAZIONE DELLE REGOLE DELL'EVIDENZA PUBBLICA: IL PROBLEMA DELLA QUANTIFICAZIONE DEL DANNO E LA POSSIBILITÀ PER L'IMPRESA PRETERMESSA DI SUBENTRARE NEL RAPPORTO CONTRATTUALE\*

Estratto dal volume di R. GIOVAGNOLI, [LA RESPONSABILITÀ EXTRA E PRE-CONTRATTUALE DELLA P.A.](#), GIUFFRÈ, 2009.

## Indice tematico

**9.1** Premessa. **9.2** Il problema della quantificazione del danno da mancata aggiudicazione. Casistica: risposte ai quesiti.

### CODICE CIVILE

**Regio decreto 16 marzo 1942, n. 262**

(G.U. 4 aprile 1942, nn. 79 e 79-bis)

#### **Art. 1223 Risarcimento del danno**

Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta.

#### **Art. 1227 Concorso del fatto colposo del creditore**

Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

#### **Art. 2043 Risarcimento per fatto illecito**

Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.

#### **Art. 2056 Valutazione dei danni**

Il risarcimento dovuto al danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227. Il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso.

---

### 9.1 Premessa

Uno dei settori in cui la giurisprudenza ha fatto più spesso applicazione del principio della risarcibilità degli interessi legittimi pretensivi è, senza dubbio, quello degli appalti pubblici.

---

\*L'indice del volume è disponibile a questo link:

[http://www.giuffre.it/pls/portal30/age\\_portal.age\\_gotopage?p\\_page=AGEP\\_SCHEDAPROD&p\\_parameters=%26APCodVolume%3D230245](http://www.giuffre.it/pls/portal30/age_portal.age_gotopage?p_page=AGEP_SCHEDAPROD&p_parameters=%26APCodVolume%3D230245).

Aggiornamento on line su [www.scenari.giuffre.it](http://www.scenari.giuffre.it)", con questo link: <http://www.scenari.giuffre.it/psixsite/default.aspx>

È frequente, invero, che **di fronte a illegittimità commesse dalla stazione appaltante in sede di gara**, l'impresa, che a causa di tali illegittimità abbia visto definitivamente sfumare la possibilità di aggiudicarsi l'appalto, proponga, innanzi al Giudice amministrativo, una domanda diretta di ottenere il **risarcimento del pregiudizio patrimoniale patito a causa della mancata aggiudicazione**. Il risarcimento per equivalente, del resto, rappresenta per legge la forma principale di tutela in caso di infrastrutture strategiche (cfr. art. 246, comma 3, d.lgs. n. 163/2006, ai sensi del quale, nelle controversie relative a infrastrutture e insediamenti produttivi, "*il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente*").

## 9.2 Il problema della quantificazione del danno da mancata aggiudicazione

In questi casi, uno dei problemi più delicati che la giurisprudenza amministrativa è stata chiamata ad affrontare è quello concernente le modalità di quantificazione del danno patito dall'impresa.

La casistica giurisprudenziale consente di distinguere il **danno emergente**, il **lucro cessante** e la **perdita della chance**.

### 9.2.1 Il danno emergente

Il **danno emergente** consiste nei costi sostenuti dall'impresa per partecipare alla gara d'appalto. In linea di principio, la tesi prevalente in giurisprudenza ritiene che tale voce di danno non sia risarcibile all'impresa che lamenti la mancata aggiudicazione dell'appalto (o anche solo la perdita della *chance* di aggiudicarselo).

Occorre, infatti, puntualizzare che la partecipazione alle gare di appalto comporta per le imprese dei costi che, ordinariamente, restano a carico delle imprese medesime, sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione. Detti costi di partecipazione come la giurisprudenza ha avuto modo di precisare (Cons. Stato, sez. VI, n. 4435/2002), si colorano come **danno emergente** solo qualora l'impresa subisca una illegittima esclusione, perché in tal caso viene in considerazione il diritto soggettivo del contraente a non essere coinvolto in trattative inutili. Essi, peraltro, vanno, in via prioritaria e preferenziale, ristorati in forma specifica, mediante rinnovo delle operazioni di gara e solo ove tale rinnovo non sia possibile, vanno ristorati per equivalente.

Per converso, nel caso in cui l'impresa ottenga il risarcimento del danno per **mancata aggiudicazione** (o per la perdita della possibilità di aggiudicazione) non sembra vi siano i presupposti per il risarcimento per equivalente dei costi di partecipazione alla gara, atteso che mediante il risarcimento non può **farsi conseguire**

**all'impresa un beneficio maggiore di quello che deriverebbe dall'aggiudicazione** (Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751).

Sul punto si registra, tuttavia, in senso **parzialmente difforme**, un recente arresto della V Sezione del Consiglio di Stato (**sentenza n. 5476/2007**) che riconosce all'impresa illegittimamente estromessa, oltre al danno da perdita della chance di aggiudicarsi l'appalto, un'**ulteriore somma** (quantificata in misura pari al 2% dell'importo dell'offerta dalla stessa presentata) a titolo di **spese generali sostenute per la partecipazione alla gara**. La decisione solleva, tuttavia, alcune perplessità perché finisce per collocare l'impresa pretermessa in una situazione migliore in quella in cui si sarebbe trovata in assenza della illegittimità (in questo caso avrebbe vinto l'appalto, ma i costi di partecipazione sarebbero rimasti a suo carico).

### ALL'IMPRESA CHE LAMENTA LA MANCATA AGGIUDICAZIONE NON SONO RISARCIBILI I COSTI PER PARTECIPARE ALLA GARA

*I costi sostenuti per la partecipazione alla gara non sono risarcibili all'impresa che lamenti la mancata aggiudicazione dell'appalto (o anche solo la perdita della chance di aggiudicarselo) ma costituiscono danno emergente solo qualora l'impresa subisca una illegittima esclusione, perché solo in tal caso viene in considerazione la pretesa del contraente a non essere coinvolto in trattative inutili.*

CONS. STATO, SEZ. VI, 9 GIUGNO 2008, N. 2751

### NON SONO RISARCIBILI LE SPESE LEGALI SOSTENUTE NEL GIUDIZIO PER OTTENERE L'ANNULLAMENTO DELL'AGGIUDICAZIONE

*In sede di risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi, per ciò che concerne le spese processuali, non trova applicazione la disciplina generale dell'illecito aquiliano dettata dall'art. 2043 c.c., ma la disciplina contenuta negli artt. 90-97 c.p.c., norme che trovano indiscussa applicazione anche nel giudizio amministrativo.*

CONS. STATO, SEZ. VI, 9 GIUGNO 2008, N. 2751

### 9.2.2 Il lucro cessante

Per quanto riguarda, invece, il **lucro cessante**, la giurisprudenza prevalente ritiene che l'utile economico che sarebbe derivato all'impresa dall'esecuzione dell'appalto debba essere presuntivamente **quantificato nel 10% dell'importo a base d'asta**, come ribassato dall'offerta presentata (in considerazione del tradizionale criterio evincibile dall'art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F, e ribadito dall'art. 37-*septies*, comma 1, lett. c, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, aggiunto dall'art. 11 della legge 18 novembre 1998, n. 415).

Il criterio del 10% viene, tuttavia, respinto da una **parte minoritaria della giurisprudenza**, il quale richiede, invece, la prova rigorosa, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se

fosse risultata aggiudicataria; prova desumibile in primis dall'esibizione dell'offerta economica presentata al seggio di gara.

Si osserva, a tal proposito, che il criterio del dieci per cento è desunto da alcune disposizioni in tema di lavori pubblici, che riguardano però altri istituti, come l'indennizzo dell'appaltatore nel caso di recesso dell'amministrazione committente o la determinazione del prezzo a base d'asta.

Tale riferimento, pur evocato come criterio residuale in una logica equitativa, conduce di regola al risultato che il risarcimento dei danni è per l'imprenditore ben più favorevole dell'impiego del capitale.

In tal modo – sostiene l'indirizzo giurisprudenziale in esame – il ricorrente non ha più interesse a provare in modo puntuale il danno subito quanto al lucro cessante, perché presumibilmente otterrebbe di meno.

Espressione di tale posizione è la recente sentenza della V Sezione del **Consiglio di Stato 17 ottobre 2008, n. 5098**, della quale appare opportuno riportare il pregevole apparato motivazionale.

#### **IL CONSIGLIO DI STATO VERSO UN REVIREMENT? IL LUCRO CESSANTE VA PROVATO E NON VALE LA REGOLA DEL 10%**

*In base al principio basilare sancito dall'art. 2697 c.c. (secondo cui chi agisce in giudizio deve fornire la prova dei fatti costitutivi della domanda), deve ritenersi, in linea generale, che ai fini del risarcimento dei danni provocati da illegittimo esercizio del potere amministrativo il ricorrente debba fornire in modo rigoroso la prova dell'esistenza del danno, non potendosi invocare il c.d. principio acquisitivo, perché tale principio attiene allo svolgimento dell'istruttoria e non all'allegazione dei fatti.*

*In sede di risarcimento dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi, anche se può ammettersi il ricorso alle presunzioni semplici ex art. 2729 c.c. per fornire la prova del danno subito e della sua entità, è comunque ineludibile l'obbligo, a monte, di allegare circostanze di fatto precise. È pertanto inammissibile e comunque infondata la domanda risarcitoria formulata in maniera del tutto generica senza alcuna allegazione dei fatti costitutivi.*

*Quando il soggetto onerato della allegazione e prova dei fatti non vi adempie, non può darsi ingresso alla valutazione equitativa del danno ex art. 1226 c.p.c., perché tale norma presuppone l'impossibilità di provare l'ammontare preciso del pregiudizio subito.*

*Non può essere condiviso il prevalente orientamento del Consiglio di Stato secondo cui, al fine di quantificare il lucro cessante subito dall'impresa per la mancata aggiudicazione di un appalto (ovvero il mancato utile che avrebbe ritratto dal contratto), in caso di giudicato che riconosca la lesione di interessi legittimi c.d. "a risultato garantito", sarebbe ammissibile liquidare, a titolo di danno presunto ed in via equitativa, una percentuale pari al 10% del prezzo a base d'asta, ai sensi dell'art. 345 della L. n. 2248 del 1865 all. F). Appare invece preferibile l'indirizzo minoritario che esige la prova rigorosa, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto; prova desumibile, in primis, dall'esibizione dell'offerta economica presentata al seggio di gara.*

#### **MOTIVAZIONE**

*È viceversa fondata la seconda censura nella parte in cui contesta l'entità del risarcimento del danno liquidato dal T.a.r.*

*Nel rispetto del principio basilare sancito dall'art. 2697 c.c., secondo cui chi agisce in giudizio deve fornire la prova dei fatti costitutivi della domanda, si è affermato, in linea generale, che ai fini del risarcimento dei danni provocati da illegittimo esercizio del potere amministrativo il ricorrente debba fornire in modo rigoroso la prova dell'esistenza del danno, non potendosi invocare il c.d. principio acquisitivo perché tale principio attiene allo svolgimento dell'istruttoria e non all'allegazione dei fatti (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 30 luglio 2007, n. 10; sez. VI, 2 marzo 2004, n. 973).*

*L'importanza dell'assolvimento dell'onere allegatorio è fondamentale perché, come noto, il diritto entra nel processo attraverso le prove ma queste ultime devono avere ad oggetto fatti circostanziati.*

*Sotto tale angolazione ben si comprende che se anche può ammettersi il ricorso alle presunzioni semplici ex art. 2729 c.c. per fornire la prova del danno subito e della sua entità, è comunque ineludibile l'obbligo, a monte, di allegare circostanze di fatto precise.*

*Va al riguardo ribadito l'orientamento di questo Consiglio per il quale è inammissibile e comunque infondata la domanda risarcitoria formulata in maniera del tutto generica senza alcuna allegazione dei fatti costitutivi (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 2008, n. 306).*

*Anche la liquidazione del danno con il ricorso all'equità c.d. integrativa ex art. 1226 c.c. è soggetta a stringenti limiti.*

*In linea generale la sezione non intende discostarsi, sul punto, dalle acquisizioni teoriche della consolidata giurisprudenza della Cassazione (cfr. da ultimo Cass., sez. II, 17 marzo 2006, n. 6067).*

*Quando il soggetto onerato della allegazione e prova dei fatti non vi adempie non può darsi ingresso alla valutazione equitativa del danno ex art. 1226 c.c., perché tale norma presuppone l'impossibilità di provare l'ammontare preciso del pregiudizio subito.*

*Orbene mentre nel caso di accertamento di danni non patrimoniali l'unica forma possibile di liquidazione è quella equitativa, per quelli patrimoniali è vero il contrario, specie se subiti da imprese nell'esercizio della propria attività.*

*Sotto tale angolazione, proprio in tema di appalti, si è negato il risarcimento a titolo di danno emergente delle spese sostenute dall'impresa per la partecipazione alla gara in mancanza di una specifica allegazione e prova delle singole voci (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194; sez. IV, 19 giugno 2006, n. 3601).*

*Per quanto specificamente attiene al risarcimento del lucro cessante la sezione osserva quanto segue.*

*In primo luogo deve ribadirsi, in una con la giurisprudenza più rigorosa, che il mancato guadagno dell'utile d'impresa corrispondendo al c.d. interesse positivo (quale interesse all'esecuzione del contratto), a rigore non potrebbe mai essere risarcito in una fattispecie di responsabilità precontrattuale; il sistema della responsabilità precontrattuale mal si presta ad essere utilizzato per chiedere il risarcimento dei danni che in via meramente presuntiva si sarebbero evitati o dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione ed esecuzione del contratto (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 4 ottobre 2007, n. 5174; sez. V, n. 7194 del 2006 cit.; sez. V, 10 ottobre 2006, n. 6026; Cass., sez. I, 26 maggio 2006, n. 12629).*

*Deve darsi atto però della esistenza di un prevalente orientamento di questo Consiglio, espressamente invocato dalla difesa appellante, secondo cui al fine di quantificare il lucro cessante subito dall'impresa per la mancata aggiudicazione di un appalto (ovvero il mancato utile che avrebbe ritratto dal contratto), in caso di giudicato che riconosca la lesione di interessi legittimi c.d. « a risultato garantito », sarebbe ammissibile liquidare, a titolo di danno presunto ed in via equitativa, una percentuale pari al 10% del prezzo a base d'asta, ai sensi dell'art. 345, l. n. 2248 del 1865 All. F).*

*Tale tesi non può essere condivisa.*

*Il criterio del dieci per cento è desunto da alcune disposizioni in tema di lavori pubblici, che riguardano però altri istituti, come l'indennizzo*

dell'appaltatore nel caso di recesso dell'amministrazione committente o la determinazione del prezzo a base d'asta.

Tale riferimento, pur evocato come criterio residuale in una logica equitativa, conduce di regola al risultato che il risarcimento dei danni è per l'imprenditore ben più favorevole dell'impiego del capitale.

In tal modo il ricorrente non ha più interesse a provare in modo puntuale il danno subito quanto al lucro cessante, perché presumibilmente otterrebbe di meno.

Ulteriore difetto di tale tecnica risarcitoria (come si registra nella prassi giudiziaria, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1513) è che obbliga i giudici più sensibili a moltiplicare gli sforzi per trovare correttivi che rendano meno evidenti gli ingiustificati esborsi a carico della finanza pubblica; in quest'ottica, a titolo di esempio, è ricorrente la massima secondo cui l'utile conseguibile dall'impresa nella misura forfetaria del 10% deve essere decurtato ove l'impresa non dimostri di non aver potuto utilizzare diversamente le maestranze ed i propri mezzi per l'espletamento di altri servizi.

Tali escamotage offrono un rimedio inappagante perché scontano il vizio d'origine del costrutto argomentativo che nasce all'interno della logica indennitaria e non si concilia affatto con il regime della prova nel sistema della responsabilità civile in genere e della p.a. amministrazione in particolare.

Appare preferibile l'indirizzo minoritario che esige la prova rigorosa, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto; prova desumibile, in primis, dall'esibizione dell'offerta economica presentata al seggio di gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2005, n. 1563; sez. VI, 4 aprile 2003, n. 478).

Parimenti deve essere precisato l'ambito di applicazione dell'art. 35, co. 2, d.lgs. n. 80 del 1998.

Premesso che nel processo amministrativo non sono ammissibili domande di condanna generica ex art. 278 c.p.c. (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2004, n. 942), il ricorso alla c.d. « sentenza sui criteri » di liquidazione del danno postula che sia stata accertata l'esistenza del danno stesso e che il giudice sia in grado di individuare i criteri generali che saranno di guida per la formulazione dell'offerta da parte della p.a.

È evidente pertanto che il meccanismo processuale diviso dal menzionato art. 35 non può essere strumentalizzato per eludere l'obbligo di allegazione dei fatti costitutivi del proprio diritto.

Alle stesse conclusioni si giunge in relazione all'utilizzo, da parte del giudice, della c.t.u. che non è mezzo di prova in senso proprio e non può supplire all'onere probatorio della parte (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2005, n. 1563; sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5012).

CONS. STATO, SEZ. V, 17 OTTOBRE 2008, N. 5098  
(www.lexitalia.it)

Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, il lucro cessante da mancata aggiudicazione, viene risarcito per intero se e in quanto l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi, mentre quando tale dimostrazione non sia stata offerta è da ritenere che l'impresa possa avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri, analoghi servizi, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità, con conseguente riduzione in via equitativa del danno risarcibile.

Si tratta di una applicazione del principio dell'**aliunde perceptum** (ben noto alla giurisprudenza civilistica: basti pensare all'**aliunde perceptum** del lavoratore licenziato), in base al quale, onde evitare che a seguito del

risarcimento il danneggiato possa trovarsi in una situazione addirittura migliore rispetto a quella in cui si sarebbe trovata in assenza dell'illecito, va detratto dall'importo dovuto a titolo risarcitorio, quanto da lui percepito grazie allo svolgimento di diverse attività lucrative, nel periodo in cui avrebbe dovuto eseguire l'appalto in contestazione.

#### 9.2.2.1 L'onere di provare l'**aliunde perceptum**

Secondo la giurisprudenza amministrativa, tuttavia, grava sull'impresa l'**onere di provare** (l'assenza del) l'**aliunde perceptum** grava non sull'Amministrazione, ma sull'impresa.

Tale assunto solleva qualche perplessità, che la migliore dottrina (v. in particolare BACCARINI) non ha mancato di evidenziare.

In primo luogo, occorre precisare che la riduzione del risarcimento può giustificarsi solo se l'impresa **sia al limite delle proprie capacità produttive**. Se un'impresa ha, infatti, la **capacità produttiva attuale** di eseguire più contratti **contemporaneamente** viene a mancare il nesso di incompatibilità tra prestazioni contrattuali che può far sì che la nuova occasione di profitto interagisca con il lucro cessante determinato dall'illegittima esclusione.

In altre parole, in tanto il **lucro cessante** del contratto mancato può **essere diminuito o escluso dal guadagno del contratto acquisito** in quanto si tratti di prestazioni contrattuali incompatibili: se così non fosse e l'impresa avesse la capacità produttiva di eseguire entrambe le prestazioni contrattuali, non è dato comprendere perché le dovrebbe esser negato o ridotto il lucro cessante del contratto mancato, che sarebbe stato aggiuntivo e non alternativo a quello del contratto acquisito.

Inoltre, l'esecuzione di prestazioni contrattuali incompatibili dovrebbe assumere rilievo non come fatto costitutivo del diritto, con conseguente onere della prova a carico dell'impresa, bensì come fatto impeditivo, con conseguente **onere della prova a carico della P.A.**

Tale evenienza, in altre parole, qualora siano provati l'esistenza del contratto e la sua incompatibilità, integra un **fatto in senso lato impeditivo** del diritto al risarcimento del danno, che incide sul nesso di causalità giuridica e che può **diminuire o escludere il credito risarcitorio**

Anche secondo la giurisprudenza della Cassazione, del resto, l'**aliunde perceptum** rappresenta un fatto impeditivo del diritto al risarcimento del danno, e non un fatto costitutivo del risarcimento.

La tesi secondo cui l'onere di provare l'**aliunde perceptum** grava sull'impresa è stato, tuttavia, recentemente ribadito da **Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751**.

Secondo il Consiglio, tale ripartizione dell'onere probatorio, che ha sollevato in dottrina alcune perplessità, muove, tuttavia, dalla presunzione, a sua volta fondata sull'*id quod plerumque accidit*, secondo cui l'imprenditore (specie se in forma societaria), in quanto soggetto che esercita professionalmente una attività economica organizzata

finalizzata alla produzione di utili, normalmente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma si procura prestazioni contrattuali alternative che dalla cui esecuzione trae utili.

Si riporta di seguito il testo della decisione che contiene interessanti considerazioni sulla voci di danno risarcibili all'impresa che lamenta la mancata aggiudicazione dell'appalto.

#### **SPETTA ALL'IMPRESA L'ONERE DI PROVARE L'ASSENZA DELL'*aliunde perceptum***

*L'onere di provare (l'assenza del)l'aliunde perceptum grava non sull'Amministrazione, ma sull'impresa. Tale ripartizione dell'onere probatorio, che ha sollevato in dottrina alcune perplessità (si è sostenuto che l'aliunde perceptum verrebbe in considerazione come fatto impeditivo del diritto al risarcimento del danno e non come fatto costitutivo, con la conseguenza che la relativa prova dovrebbe gravare sulla stazione appaltante e non sul privato), muove, tuttavia, come sopra si evidenziava, dalla presunzione, a sua volta fondata sull'id quod plerumque accidit, secondo cui l'imprenditore (specie se in forma societaria), in quanto soggetto che esercita professionalmente una attività economica organizzata finalizzata alla produzione di utili, normalmente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma si procura prestazioni contrattuali alternative che dalla cui esecuzione trae utili.*

cons. stato, sez. vi, 9 giugno 2008, n. 2751

#### **IL DANNO DA MANCATA AGGIUDICAZIONE DI UN APPALTO**

**5.** Occorre ora esaminare l'appello incidentale proposto dalla società ICI s.r.l.

*Questa contesta la sentenza del T.A.R. nella parte in cui non ha riconosciuto:*

*la somma di € 77.114,84 a titolo di spese legali sostenute in relazione alla mancata aggiudicazione dell'appalto; la somma di € 369.566,64 relativa alle varianti eseguite da Castelli nel corso dell'esecuzione dell'opera;*

*la somma di € 774.6835,35 a titolo di mancato incremento del volume di affari ed impossibilità di partecipare a determinate gare d'appalto.*

*L'ICI contesta, inoltre, la determinazione in via equitativa operata dal T.A.R. delle spese sostenute per la partecipazione alla gara, sostenendo che la documentazione presentata consentiva una puntuale quantificazione di tale spesa.*

**6.** Nessuna delle censure risulta fondata.

**6.1.** Per quanto riguarda i costi sostenuti da ICI per difendersi nel giudizio instaurato avverso la mancata aggiudicazione dell'appalto, il Collegio osserva come tale somma non costituisca un danno emergente di cui può essere chiesto un risarcimento in via autonoma ex art. 2043 c.c.

*In materia di spese processuali, invero, non trova applicazione la disciplina generale dell'illecito aquiliano dettata dall'art. 2043 c.c., ma la disciplina contenuta negli artt. 90-97 c.p.c., norme che trovano indiscussa applicazione anche nel giudizio amministrativo.*

**6.2.** Gli articoli del c.p.c. appena richiamati, nel disciplinare il rimborso delle spese di giudizio, pongono principi sensibilmente differenti rispetto a quelli che regolano la responsabilità aquiliana.

*Ciò dipende dal fatto che la difesa in giudizio, pure quando avvenga a sostegno di una presta infondata, non rappresenta, in quanto tale, un illecito, tanto che la pronuncia sulle spese, prescinde dall'accertamento dell'elemento soggettivo del soccombente.*

**6.3.** Dall'art. 91, comma 1, c.p.c. si evince certamente la regola secondo cui la parte soccombente (in questo caso il Ministero) deve rimborsare alla parte vittoriosa (l'ICI s.r.l.) le spese che questa ha incontrato, dando così attuazione al principio – di rilevanza costituzionale – secondo cui la necessità di agire o resistere in giudizio non deve andare a danno della parte che ha ragione.

**6.4.** L'art. 92 c.p.c. fissa, tuttavia, una serie di criteri che consentono di correggere o mitigare il rigore della regola fondamentale della soccombenza contenuta nell'art. 91, comma 1, c.p.c., quanto l'applicazione di essa possa apparire iniqua o inopportuna. In tale ambito assume particolare rilievo l'art. 92 c.p.c., in forza del quale il giudice può, nonostante la soccombenza esclusiva di una delle parti, disporre la compensazione totale o parziale delle spese qualora sussistano giusti motivi (che ora, in seguito alla riforma attuata con l'art. 2 l. n. 263/2005, devono essere esplicitamente indicati nella motivazione della sentenza).

**6.5.** Da tali norme emerge chiaramente come la regolamentazione delle spese processuali spetti, in via esclusiva, al giudice che definisce il giudizio nel cui ambito quelle spese sono state sostenute. La condanna sulle spese è, infatti, pronuncia consequenziale ad accessoria alla definizione del giudizio, ammissibile nei soli rapporti tra soggetti titolari di un rapporto processuale basato con la proposizione di una domanda.

**6.6.** Non può esservi alcun dubbio, allora, sul fatto che la pretesa fatta valere nel presente giudizio dalla ICI s.r.l. relativa al rimborso delle spese legali sostenute a causa della mancata aggiudicazione poteva essere avanzata solo nell'ambito del giudizio avente ad oggetto il provvedimento di aggiudicazione. Le somme sostenute per difendersi contro la mancata aggiudicazione, nella misura in cui non sono state riconosciute dalla sentenza che ha definito quel processo, non possono essere richieste proponendo un'autonoma azione risarcitoria fondata sull'art. 2043 c.c., in quanto, se ciò fosse possibile, si avrebbe un'evidente elusione del regime delle spese processuali dettato dagli artt. 90-97 c.p.c. e, soprattutto, del principio dell'accessorietà della pronuncia sulle spese legali.

**7.** Non è fondato neanche il motivo con cui l'appellante reclama la somma di € 369.566,64 relativa alle varianti eseguite da Castelli nel corso dell'esecuzione dell'opera. Non vi è, infatti, alcuna prova che tali varianti sarebbero state eseguite anche dall'ICI in caso di aggiudicazione dell'appalto.

**8.** Con il terzo motivo dell'appello incidentale l'ICI lamenta che la mancata aggiudicazione dell'appalto ha impedito alla stessa di eseguire un lavoro c.d. di punta e, quindi, di partecipare, grazie al conseguente arricchimento del curriculum professionale, a gare di appalto di una determinata categoria.

**8.1.** Anche tale motivo è infondato.

**8.2.** Con esso si reclama una particolare voce di danno, di recente emersione in giurisprudenza, il c.d. "danno curriculare", che consiste nel pregiudizio subito dall'im-presa a causa del mancato arricchimento del curriculum professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto sfumato a causa del comportamento illegittimo dell'Amministrazione.

**8.3.** Il Collegio ritiene che, in linea di principio, tale tipologia di danno sia risarcibile. **8.3.1.** Non è seriamente dubitabile, invero, che il fatto stesso di eseguire un appalto pubblico (anche a prescindere dal lucro che l'impresa ne ricava grazie al corrispettivo pagato dalla stazione appaltante), possa essere comunque fonte per l'impresa di un vantaggio economicamente valutabile, perché accresce la capacità di competere sul mercato e quindi la *chance* di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti.

*L'interesse alla vittoria di un appalto, nella vita di un'impresa, va, invero, ben oltre l'interesse all'esecuzione dell'opera in sé, e al relativo incasso. Alla mancata esecuzione di un'opera appaltata si ricollegano, infatti, indiretti nocimenti all'immagine della società ed al suo radicamento nel mercato, per non dire del potenziamento di imprese*

concorrenti che operino su medesimo target di mercato, in modo illegittimo dichiarate aggiudicatarie della gara.

*In linea di massima, allora, deve ammettersi che l'impresa illegittimamente privata dell'esecuzione di un appalto possa rivendicare a titolo di lucro cessante anche la perdita della possibilità di arricchire il proprio curriculum professionale.*

**8.3.2.** Qui il terreno della prova si fa evidentemente molto scivoloso, posto che, come è stato evidenziato, ammettendo una sorta di « danno per immagine depotenziata », si entra nelle sabbie mobili di un danno non surrogabile patrimonialmente e non agevolmente quantificabile.

*La quantificazione di tale voce di danno è stata, infatti, sino ad ora operata dal giudice amministrativo in via equitativa, riconoscendo una somma pari ad una percentuale (variabile dall'1% al 5%) applicata in alcuni casi sull'importo globale dell'appalto, in altri sulla somma già liquidata a titolo di lucro cessante (la seconda soluzione è seguita da Cons. Stato, sez. VI, n. 1514/2007).*

**8.4.** Pur dovendo riconoscersi in linea di principio la risarcibilità del c.d. danno curriculare, il motivo di appello incidentale formulato dalla ICI s.r.l. non può tuttavia essere accolto. Ciò in considerazione del fatto che nel caso di specie, il c.d. danno curriculare (che peraltro l'ICI quantifica in maniera manifestamente eccessiva, richiedendo £ 1.500.000 a fronte di un appalto di un importo complessivo di £ 6.000.000) già risulta incluso nella somma riconosciuta dal T.A.R. a titolo di risarcimento del danno.

**8.6.** Ed invero, la sentenza appellata, ha riconosciuto alla ICI s.r.l.: a) *il lucro cessante quantificato nel 10% dell'ammontare della base d'asta come ribassato dall'offerta presentata dalla ricorrente, senza apportare alcuna riduzione;* b) *le spese sostenute per la presentazione della domanda per la partecipazione alla gara.*

*Tale somma si discosta per eccesso rispetto ai criteri generalmente praticati dal giurisprudenza di questo Consiglio in casi analoghi a quello in esame.*

**8.6.1.** Da un lato, infatti, non è stata operata alcuna decurtazione per il c.d. aliunde perceptum, cioè per l'utile alternativo che l'impresa – in quanto soggetto istituzionalmente deputato a produrre profitto operando sul mercato – presumibilmente può aver acquisito grazie allo svolgimento di una prestazione incompatibile con quella che avrebbe dovuto eseguire ove si fosse aggiudicato l'appalto.

*In particolare, come più volte precisato da questo Consiglio, il lucro cessante da mancata aggiudicazione, può essere risarcito per intero se e in quanto l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi, mentre quando tale dimostrazione non sia stata offerta è da ritenere che l'impresa possa avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri, analoghi servizi, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità, con conseguente riduzione in via equitativa del danno risarcibile.*

*Si tratta, appunto, di una applicazione del principio dell'aliunde perceptum (ben nota alla giurisprudenza civilistica: basti pensare all'aliunde perceptum del lavoratore illegittimamente licenziato e poi reintegrato), in base al quale, onde evitare che a seguito del risarcimento il danneggiato possa trovarsi in una situazione addirittura migliore rispetto a quella in cui si sarebbe trovata in assenza dell'illegittimo, va detratto dall'importo dovuto a titolo risarcitorio, quanto da lui percepito grazie allo svolgimento di diverse attività lucrative, nel periodo in cui avrebbe dovuto eseguire l'appalto in contestazione.*

**8.6.2.** Come questo Consiglio ha avuto modo di precisare, tuttavia, l'onere di provare (l'assenza del) aliunde perceptum grava non sull'Amministrazione, ma sull'impresa.

*Tale ripartizione dell'onere probatorio, che ha sollevato in dottrina alcune perplessità (si è sostenuto che l'aliunde perceptum verrebbe in considerazione come fatto impeditivo del diritto al risarcimento del danno e non come fatto costitutivo, con la conseguenza che la relativa prova dovrebbe gravare sulla stazione appaltante e non sul privato),*

muove, tuttavia, come sopra si evidenzia, dalla presunzione, a sua volta fondata sull'id quod plerumque accidit, secondo cui l'imprenditore (specie se in forma societaria), in quanto soggetto che esercita professionalmente una attività economica organizzata finalizzata alla produzione di utili, normalmente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma si procura prestazioni contrattuali alternative che dalla cui esecuzione trae utili.

**8.7.** Il T.A.R., quindi, in assenza di prova contraria rispetto alla presunzione di aliunde perceptum, avrebbe dovuto ridurre la somma riconosciuta a titolo di lucro cessante rispetto al 10% riconosciuto alla ICI. Questa mancata decurtazione ha portato, allora, a concedere un risarcimento verosimilmente superiore rispetto al danno subito.

**8.8.** La somma liquidata dal T.A.R. risulta particolarmente vantaggiosa per l'ICI anche sotto un diverso profilo.

*Il giudice di primo grado, invero, dopo aver riconosciuto il lucro cessante senza alcuna decurtazione, ha aggiunto, a titolo di danno emergente, anche le spese sostenute dall'impresa per la partecipazione alla gara.*

**8.8.1.** Ebbene, il Collegio ritiene che il riconoscimento di tale voce di danno in aggiunta al lucro cessante non sia corretta. Conformemente alla tesi prevalente in giurisprudenza, deve ritenersi, invero, che i costi sostenuti per la partecipazione alla gara non siano risarcibili all'impresa che lamenta la mancata aggiudicazione dell'appalto (o anche solo la perdita della chance di aggiudicarselo).

*Occorre, infatti, puntualizzare che la partecipazione alle gare di appalto comporta per le imprese dei costi che, ordinariamente, restano a carico delle imprese medesime, sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione. Detti costi di partecipazione, come questa Sezione ha avuto modo di precisare (Cons. Stato, sez. VI, n. 4435/2002), si colorano come danno emergente solo qualora l'impresa subisca una illegittima esclusione, perché in tal caso viene in considerazione la pretesa del contraente a non essere coinvolto in trattative inutili. Essi, peraltro, vanno, in via prioritaria e preferenziale, ristorati in forma specifica, mediante rinnovo delle operazioni di gara e solo ove tale rinnovo non sia possibile, vanno ristorati per equivalente.*

*Per converso, nel caso in cui l'impresa ottenga il risarcimento del danno per mancata aggiudicazione (o per la perdita della possibilità di aggiudicazione) non vi sono i presupposti per il risarcimento per equivalente dei costi di partecipazione alla gara, atteso che mediante il risarcimento non può farsi conseguire all'impresa un beneficio maggiore di quello che deriverebbe dall'aggiudicazione.*

**8.9.** Entrambi gli aspetti ora segnalati (mancata decurtazione dell'aliunde perceptum e riconoscimento delle spese di partecipazione alla gara in aggiunta all'utile che sarebbe derivato dall'aggiudicazione dell'appalto), pur non essendo stati specificamente contestati dal Ministero nei suoi motivi di appello, valgono, tuttavia, ad impedire che all'ICI possa essere riconosciuta un'ulteriore voce di danno (il danno curriculare), in quanto il relativo importo deve ritenersi già incluso nella somma riconosciuta dal T.A.R. in misura superiore rispetto al danno effettivamente patito. Il riconoscimento del danno curriculare comporterebbe, infatti, un'ulteriore ed ingiustificato incremento di un risarcimento già liquidato in termini molto ampi dal primo Giudice.

**9.** Le considerazioni svolte in ordine all'erroneo riconoscimento delle spese di partecipazione alla gara consentono di respingere anche il quarto motivo di appello incidentale, con cui si contesta che il T.a.r avrebbe erroneamente liquidato in via equitativa di tali spese, nonostante le stesse fossero state puntualmente documentate.

**10.** Alla luce delle considerazioni che precedono anche l'appello incidentale deve, in definitiva, essere respinto.

CONS. STATO, SEZ. VI, 9 GIUGNO 2008, N. 2751

### 9.2.2.2 Il risarcimento della chance

La somma così individuata spetta per intero se l'impresa dimostra la **certezza della vittoria**. Al contrario, in mancanza di tale prova potrà essere risarcita solo la chance di aggiudicazione dell'appalto.

È, infatti, ormai consolidato il principio giurisprudenziale secondo cui quando il ricorrente **allega solo la perdita di una chance** a sostegno della pretesa risarcitoria, la somma commisurata all'utile d'impresa deve essere proporzionalmente ridotta in ragione delle concrete possibilità di vittoria (cfr., in tal senso, già Cons. Stato, sez. VI, 8 maggio 2002 n. 2485).

Normalmente, sul presupposto che ciascuna impresa concorrente abbia **le stesse possibilità di aggiudicarsi la gara**, la perdita della *chance* viene quantificata dividendo l'utile dell'impresa (stimato nella misura del 10% dell'importo dei lavori) per il numero di imprese partecipanti alla gara.

La *chance* è risarcibile, come ha recentemente precisato il Consiglio di Stato anche nel caso in cui una **gara non si sia mai svolta** (ad esempio, perché, l'amministrazione ha illegittimamente fatto ricorso ad un affidamento diretto, non ricorrendone i presupposti di ammissibilità).

Ciò è avvenuto con la sentenza della **sesta Sezione n. 1507/2007 relativa al caso Zetema**. La vicenda su cui interviene la sesta Sezione è nota. Il Consiglio di Stato annulla gli atti con cui il Comune di Roma ha affidato, senza gara, secondo il modello dell'*in house*, alla società Zetema alcuni appalti aventi ad oggetto le attività di progettazione, conservazione e manutenzione dei beni culturali del Comune.

Ritenuti insussistenti i presupposti per ricorrere all'*in house* e annullata, quindi, la delibera di affidamento diretto, il Consiglio di Stato esamina la domanda risarcitoria dei restauratori, che si lamentano dei danni subiti, a causa del mancato svolgimento delle gare, per la contrazione del mercato dei lavori sui beni culturali in un comune particolarmente importante sotto tale profilo, come quello di Roma.

La Sezione premette che, non essendosi mai svolte le gare (e non potendo quindi nessuna impresa vantare la certezza dell'aggiudicazione), **l'unico tipo di danno risarcibile è quello consistente nella perdita della chance di aggiudicazione**.

Normalmente, come si diceva, sul presupposto che ciascuna impresa concorrente abbia le stesse possibilità di aggiudicarsi la gara, la perdita della *chance* viene quantificata dividendo l'utile dell'impresa (stimato nella misura del 10% dell'importo dei lavori) per il numero di imprese partecipanti alla gara.

Nella fattispecie, poiché la gara non vi è mai stata, il Consiglio fa riferimento al numero medio di imprese (accertato a seguito di istruttoria) **normalmente partecipanti al tipo di gare illegittimamente non bandite dal Comune**.

#### IL DANNO DA PERDITA DELLA CHANCE

*La chance è la concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene della vita, che costituisce un'entità patrimoniale giuridicamente ed economico-micamente suscettibile di autonoma valutazione, così che la sua perdita, ossia la perdita della possibilità consistente di conseguire il risultato utile del qual risulti provata la sussistenza, configura un danno concreto e attuale, e chi subisce un danno da perdita di chance può chiederne il ristoro o mediante la ripetizione dell'occasione perduta o per equivalente monetario.*

CONS. STATO, SEZ. V, 23 OTTOBRE 2007, N. 5592

#### SI POSSONO AFFIDARE IN HOUSE I LAVORI DI MANUTENZIONE E RESTAURO DI BENI CULTURALI?

*È illegittima una delibera con la quale un Comune affida ad una società in mano interamente pubblica oltre ai servizi di valorizzazione dei beni culturali, anche lavori di manutenzione e restauro, compresa la progettazione. Queste ultime attività, infatti, non sono sicuramente ascrivibili alla valorizzazione dei beni culturali, con la conseguenza che non possono essere affidate in house in assenza di espressa disposizione di legge, idonea a consentirlo.*

CONS. STATO, SEZ. VI, 3 APRILE 2007, N. 1514

#### QUANTIFICAZIONE DELLA CHANCE IN CASO DI ILLEGITTIMO AFFIDAMENTO IN HOUSE?

*In caso di illegittimo affidamento senza gara di lavori pubblici, alle imprese normalmente operanti sul mercato va risarcito il danno consistente nella perdita della chance di aggiudicarsi le gare mai bandite dall'Amministrazione. Con riguardo ai criteri da seguire, la perdita di chance va rapportata in termini percentuali all'utile in astratto conseguibile in ipotesi di aggiudicazione delle gare non svolte. L'utile economico che sarebbe derivato all'impresa dall'esecuzione dell'appalto viene presuntivamente quantificato nel 10% dell'importo a base d'asta, come ribassato dall'offerta presentata, ma tale percentuale deve essere ridotta al 5% nel caso in cui l'impresa non dimostra di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze per l'espletamento di altri servizi. Il danno da perdita di chance viene calcolato dividendo l'utile di impresa per il numero dei concorrenti che, presumibilmente, avrebbero partecipato alle gare non bandite dall'Amministrazione, in quanto si presume che ogni concorrente avesse le stesse possibilità di aggiudicarsi la gara.*

CONS. STATO, SEZ. VI, 3 APRILE 2007, N. 1514

#### 9.2.2.3 Il c.d. danno curriculare

Con sempre maggiore frequenza la giurisprudenza amministrativa riconosce, nel quantificare il danno subito da una impresa illegittimamente pretermessa nell'aggiudicazione di un appalto pubblico, una particolare voce di danno, il così detto **danno curriculare**, che consiste nel pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto sfumato a causa del comportamento illegittimo dell'Amministrazione.

Alla base del riconoscimento di questa posta risarcitoria vi è la consapevolezza che il fatto stesso di **eseguire un appalto pubblico** (anche a prescindere dal lucro che l'impresa ne ricava grazie al corrispettivo pagato dalla stazione appaltante), è comunque fonte per l'impresa di

un vantaggio economicamente valutabile, perché accresce **la capacità di competere sul mercato e quindi la chance di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti**.

In altri termini, il Consiglio di Stato riconosce che l'interesse alla vittoria di un appalto, nella vita di un'impresa, va ben oltre l'**interesse all'esecuzione dell'opera in sé, e al relativo incasso**. Alla mancata esecuzione di un'opera appaltata si ricollegano, infatti, indiretti nocuenti all'immagine della società ed al suo radicamento nel mercato, per non dire del potenziamento di imprese concorrenti che operino su medesimo *target* di mercato, in modo illegittimo dichiarate aggiudicatrici della gara.

Non vi è dubbio, quindi, che un'ulteriore voce di danno che l'impresa illegittimamente privata dell'esecuzione di un appalto può rivendicare a titolo di lucro cessante è rappresentata dalla perdita della possibilità di arricchire il proprio *curriculum* professionale.

Qui il terreno della prova si fa evidentemente molto scivoloso, posto che, ammettendo una sorta di « danno per immagine depotenziata », si entra nelle sabbie mobili di un danno non surrogabile patrimonialmente e non agevolmente quantificabile.

La quantificazione di tale voce di danno viene, infatti, operata dal Giudice amministrativo in **via equitativa**, riconoscendo una somma pari ad una percentuale (variabile, come vedremo, dall'1% al 5%) applicata in alcuni casi sull'importo globale dell'appalto, in altri sulla somma già liquidata a titolo di lucro cessante (questa soluzione è seguita da **Cons. Stato, sez. VI, n. 1514/2007**).

Il Consiglio di Stato ha, invece, escluso che all'Amministrazione appaltante possa essere imposto l'**obbligo di non riconoscere ed attestare la prestazione resa dall'impresa che, seppur illegittimamente, ha eseguito l'appalto**: si tratta comunque di una prestazione eseguita e l'effetto retroattivo della sentenza si ferma di fronte a questo dato in linea con il principio del "factum infectum fieri nequit" (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 1980/2004). Secondo i Magistrati di Palazzo Spada, tuttavia, l'Amministrazione dovrà accompagnare le relative certificazioni con la precisazione che la prestazione è stata eseguita ma che, in esito all'annullamento dell'aggiudicazione, è risultato essere aggiudicataria un'altra impresa, risolvendo, in tal modo, in termini di assoluta trasparenza anche il possibile conflitto concorrenziale con riguardo alla partecipazione di entrambe le imprese ad altre gare.

Il più ampio riconoscimento di questa tipologia di danno si trova ancora nella già citata decisione della VI Sezione, 3 aprile 2007 n. 1514, relativa al caso Zetema, prima citata con riferimento alla risarcibilità della chance pur in assenza di gara.

Il Comune, in base al *dictum* della Sesta Sezione, dovrà:  
— indicare l'importo dei lavori, affidati a Zetema in esecuzione della deliberazione annullata, che sarebbero

stati invece affidati mediante gara in applicazione delle statuizioni della presente decisione;

— applicare la percentuale di utile pari al 10% dell'importi dei lavori;

— quantificare la *chance* dividendo tale somma per il numero delle imprese che avrebbero verosimilmente preso parte alla gara;

— stabilire così l'importo spettante a ciascun restauratore ricorrente, da considerarsi già attualizzato,

Tale somma, tuttavia, secondo la Sesta Sezione non è ancora sufficiente per reintegrare pienamente il pregiudizio subito dall'impresa. Essa, infatti, va ulteriormente aumentata dell'1% per risarcire il c.d. danno curriculare, cioè la perdita subita dalle imprese per il mancato arricchimento del curriculum professionale a causa dell'impossibilità di indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto. Si tratta di un danno, precisa la sentenza, "consistente nell'incidenza del perdita della *chance* anche in relazione ai requisiti di qualificazione e di valutazione, invocabili in successive gare".

#### **IL DANNO DA MANCATO ARRICCHIMENTO DEL CURRICULUM PROFESSIONALE**

*In sede di determinazione del danno derivante dalla illegittima aggiudicazione di una gara di appalto, va riconosciuto anche il c.d. "danno curriculare", che consiste nel pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto sfumato a causa del comportamento illegittimo dell'Amministrazione. L'interesse alla vittoria di un appalto, nella vita di un'impresa, va, infatti, ben oltre l'interesse all'esecuzione dell'opera in sé, e al relativo incasso; alla mancata esecuzione di un'opera appaltata si ricollegano, infatti, indiretti nocuenti all'immagine della società ed al suo radicamento nel mercato, per non dire del potenziamento di imprese concorrenti che operino su medesimo target di mercato, in modo illegittimo dichiarate aggiudicatrici della gara.*

*Il c.d. "danno curriculare" – e cioè il danno derivante all'impresa dalla perdita della possibilità di arricchire il proprio curriculum professionale – va liquidato in via equitativa, riconoscendo all'impresa danneggiata una somma pari ad una percentuale (variabile dall'1% al 5%) applicata in alcuni casi dalla giurisprudenza sull'importo globale dell'appalto, in altri sulla somma già liquidata a titolo di lucro cessante*

**CONS. STATO, SEZ. VI, 9 GIUGNO 2008, N. 2751**

*Il pregiudizio lamentato per il danno c.d. curriculare è risarcibile solo in caso di certezza che l'impresa avrebbe ottenuto l'aggiudicazione e non anche nel caso in cui sussista soltanto una concreta possibilità di aggiudicazione.*

**CONS. STATO, SEZ. V, 23 OTTOBRE 2007, N. 5592**

Secondo Cons. Stato n. 1514/2007, il danno curriculare può essere risarcito non solo nel caso in cui l'impresa dimostri con certezza che si sarebbe aggiudicata la gara, ma anche laddove possa vantare, come nella fattispecie, una mera chance di aggiudicazione.

Sotto tale profilo la sentenza n. 1514/2007 pare porsi in contrasto con una successiva decisione della V Sezione (la n. **5592/2007**), nella quale si afferma, invece, che il c.d. **danno curriculare** è configurabile solo in presenza di

pieno diritto all'aggiudicazione, cioè solo nel caso in cui l'impresa dimostri con certezza che avrebbe ottenuto l'aggiudicazione dell'appalto.

Sembra a chi scrive che sia preferibile la prima delle due soluzioni.

Giova premettere, a tal proposito, che, come ormai è pacificamente riconosciuto in giurisprudenza (anche della Corte di Cassazione) la *chance*, in quanto concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene, non è una **mera aspettativa di fatto**, ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione.

Il danno da perdita di chance è quindi un danno emergente, che consiste nel venir meno di un bene che esiste nel patrimonio del danneggiato, e non in un lucro cessante (mancato conseguimento di una utilità futura).

La **consistenza patrimoniale della chance** (che va tenuta distinta dal bene futuro – nella specie l'aggiudicazione – che si aveva la possibilità di conseguire) va alloradeterminata tenendo in considerazione due elementi: da un lato, il grado di probabilità che il danneggiato aveva di conseguire il bene futuro; dall'altro, il **valore economico del bene futuro**.

Ebbene, una volta che si ammette che l'aggiudicazione (e la conseguente esecuzione di un appalto pubblico) consente all'impresa non solo di conseguire un profitto immediato grazie al pagamento del corrispettivo da parte della stazione appaltante, ma anche di arricchire il proprio curriculum professionale, appare difficile non riconoscere che in sede di quantificazione della *chance* debba tenersi conto di entrambi i suddetti profili, cioè del fatto che l'impresa ha perso la possibilità non solo di conseguire un utile economico, ma anche di potenziare la propria immagine professionale, valorizzando i propri requisiti di qualificazione e di valutazione, invocabili in successive gare.

In altri termini, la *chance* di aggiudicazione, illegittimamente conculcata dal comportamento illegittimo dell'Amministrazione, consiste non solo nella *chance* di conseguire il lucro dell'appalto, ma anche in quella, ugualmente rilevante, di eseguire l'appalto arricchendo il bagaglio professionale e la capacità competitiva nel mercato.

Il danno curriculare, quindi, dovrebbe essere liquidato sia in caso di aggiudicazione certa, sia nel caso in cui vi sia una *chance* (giuridicamente rilevante) di aggiudicazione. Ciò che cambia sarà, semmai, il criterio di quantificazione. Significativo rilevare che nel caso Zetema il danno curriculare viene quantificato in una percentuale pari all'1% della somma già liquidata a titolo risarcitorio, mentre in passato, a fronte di una aggiudicazione certa, il Consiglio di Stato aveva liquidato una somma pari al 5% dell'importo dei lavori (Cons. Stato, V sezione, 7 aprile 2004, n. 1980), modificando sensibilmente sia l'aliquota, sia la base per il calcolo del risarcimento.

#### **ANCHE SENZA CERTEZZA SULLA VITTORIA DELLA GARA SI PUÒ RISARCIRE IL DANNO CURRICULARE**

*In caso di affidamento illegittimo di lavori pubblici senza gara, alle imprese operanti nel settore va riconosciuto anche il danno curriculare, consistente nell'incidenza della perdita della chance in relazione ai requisiti di qualificazione e di valutazione invocabili in successive gare. Tale danno va quantificato nella misura dell'1% della somma liquidata a titolo di perdita della chance di aggiudicazione.*

CONS. STATO, SEZ. VI, 3 APRILE 2007, N. 1514

Un indiretto ma significativo riconoscimento delle ragioni su cui si fonda il danno curriculare si trova in un recente arresto del **Cons. Stato n. 5476/2007**.

Nel caso di specie viene impugnato un bando di gara che nella parte in cui riconosce un "bonus" di 5 punti alle cooperative e alle imprese che abbiano già operato nel territorio comunale relativamente a precedenti piani di zona senza contestazioni da parte dell'Amministrazione. Capovolgendo le conclusioni cui era giunto il Giudice di primo grado, il Consiglio di Stato riconosce la legittimità di tale clausola. Osserva al riguardo il Collegio che non contrasta con i limiti di discrezionalità una previsione che, in sede di gara pubblica, sia intesa ad attribuire un punteggio di ben limitato rilievo (appena 5 punti su 95) alla pregressa attività positivamente espletata nella realizzazione di analoghi interventi sul territorio comunale. Ciò in ragione della preminente considerazione che tale limitato punteggio valorizza un fattore di **pregresso merito** (e quindi un requisito di capacità del partecipante alla gara) e non reca discriminazioni rispetto ad operatori non locali (non rilevando al detto fine la provenienza geografica).

Si tratta di una affermazione importante, come di accennava, anche ai fini della risarcibilità del c.d. danno curriculare, perché conferma che **l'esecuzione di un appalto pubblico rappresenta, di per sé, un fattore di merito**, a fronte del quale l'Amministrazione può legittimamente prevedere un punteggio aggiuntivo in sede di predisposizione della clausole del bando.

Clausole di questo tipo, riconosciute legittime dal Consiglio di Stato, confermano che l'impresa illegittimamente pretermessa dall'aggiudicazione di una gara di appalto potrà certamente pretendere il risarcimento anche del danno subito per la mancata esecuzione dell'appalto in sé considerata, perché tale esecuzione rappresenta un titolo che l'impresa avrebbe potuto spendere in successive gare di appalto.

#### **ATTRIBUZIONE IN SEDE DI BANDO DI UN PUNTEGGIO AGGIUNTIVO IN CONSIDERAZIONE DELLA PREGRESSA ESECUZIONE DI APPALTI NEL TERRITORIO COMUNALE**

*Non contrasta con i limiti di discrezionalità una previsione che, in sede di gara pubblica, sia intesa ad attribuire un punteggio di ben limitato rilievo (appena 5 punti su 95) alla pregressa attività positivamente espletata nella realizzazione di analoghi interventi sul territorio comunale. Ciò in ragione della preminente considerazione che tale*

limitato punteggio valorizza un fattore di progresso merito (e quindi un requisito di capacità del partecipante alla gara) e non reca discriminazioni rispetto ad operatori non locali (non rilevando al detto fine la provenienza geografica).

CONS. STATO, SEZ. IV, 19 OTTOBRE 2007, N. 5476

### 9.3 La possibilità di subentrare nel rapporto contrattuale: risarcimento in forma specifica o attuazione dell'effetto demolitorio-conformativo del giudicato?

In alternativa al risarcimento per equivalente, ci si chiede se l'impresa, che dimostri, con certezza la spettanza del bene della vita, abbia anche la possibilità di invocare una **tutela in forma specifica**, chiedendo al G.a. di condannare l'Amministrazione ad aggiudicarle l'appalto. Il problema, tradizionalmente risolto in senso negativo (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 18 maggio 1998, n. 612) sulla base del rilievo ostativo della riserva di amministrazione che impedisce la sostituzione del giudice in valutazioni di esclusiva spettanza dei pubblici poteri, presenta profili inediti in seguito alla recente attribuzione al giudice amministrativo, da parte dell'**art. 7 della legge n. 205 del 2000** (che ha modificato l'art. 7 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034), del potere di condannare l'amministrazione al risarcimento del danno, non solo per equivalente ma anche **mediante reintegrazione in forma specifica**.

Tale ultima tecnica di riparazione del danno pare, infatti, presupporre la possibilità che il danno patito in conseguenza di un'attività amministrativa illegittima venga risarcito con l'assegnazione al ricorrente, che postula spesso un'ulteriore intermediazione provvedimentoale, del medesimo bene della vita sacrificato o danneggiato dall'attività illegale.

Si deve premettere, in via generale, che la tutela risarcitoria, nei cui confini si iscrive la reintegrazione in forma specifica, serve ad assicurare al danneggiato la *restitutio in integrum* del suo patrimonio e, quindi, a garantire l'eliminazione delle conseguenze pregiudizievoli dell'attività illecita ascritta al soggetto responsabile.

La riparazione delle conseguenze dannose viene garantita dall'ordinamento mediante due modelli di tutela, tra loro alternativi: quello del **risarcimento per equivalente**, che riconosce al danneggiato il diritto ad una somma di denaro equivalente al valore della lesione patita e quello della **reintegrazione in forma specifica**, che attribuisce al soggetto passivo la medesima utilità, giuridica od economica, sacrificata o danneggiata dalla condotta illecita.

Occorre, al riguardo, ulteriormente precisare che, secondo la tesi prevalente in giurisprudenza, quest'ultima modalità ripristinatoria postula, evidentemente, la preesistenza nel patrimonio del danneggiato della

**situazione soggettiva della quale si chiede la restituzione in forma specifica**, sicché l'ammissibilità di tale tecnica di risarcimento va coordinata con la tradizionale distinzione degli interessi legittimi nella duplice categoria di interessi oppositivi e pretensivi.

Ora, mentre per i primi (così come per i diritti soggettivi, nelle fattispecie di giurisdizione esclusiva), che postulano la titolarità in capo all'interessato del bene della vita al quale è collegato l'interesse legittimo leso, risulta configurabile la reintegrazione in forma specifica, trattandosi di restituire al danneggiato **la medesima utilità pregiudicata dall'attività amministrativa illegittima**, per i secondi, che presuppongono, invece, la mancanza del bene della vita al conseguimento del quale l'interesse legittimo si pone come strumentale, appare **più dubbia l'ammissibilità dell'assegnazione di una posizione di vantaggio** che l'interessato non aveva ancora acquisito nella sua sfera patrimoniale e che, quindi, non poteva essere sacrificata dall'azione amministrativa.

#### 9.3.1 L'ordinanza di rimessione alla Plenaria della V Sezione del Consiglio di Stato n. 1328/2008

In particolare, (come ha recentemente ricordato la **V Sezione del Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 1328/2008** che ha rimesso alla Plenaria la relativa questione) all'indirizzo del quesito dell'ammissibilità della tecnica riparatoria in esame per la lesione di **interessi pretensivi** possono ipotizzarsi **tre risposte**: **1)** non è mai possibile accordare tale tipo di tutela – che si risolverebbe in un'inammissibile sostituzione del giudice alla pubblica amministrazione; **2)** è sempre possibile – in quanto strumento di tutela ammesso dal legislatore in via generale per la lesione degli interessi legittimi; **3)** è possibile solo nei riguardi di attività amministrativa vincolata, quando l'esito, cioè, dell'ulteriore azione provvedimentoale risulta pronosticabile sulla base di parametri certi e di criteri matematici (come, ad esempio, l'aggiudicazione alla seconda classificata di una procedura di gara indetta con il criterio del massimo ribasso, quando l'impresa vincitrice avrebbe dovuto essere esclusa).

Le **prime due** soluzioni, **sottolinea la V Sezione**, vanno rifiutate in quanto, per il carattere assoluto delle rispettive conclusioni, impediscono di discernere, in concreto, i presupposti e gli esiti dell'attività amministrativa incisa dalla condanna reintegratoria.

Anche la **terza**, tuttavia, nonostante lo sforzo di conformare le relative conclusioni alla duplice esigenza di rispetto della sfera di competenze riservata all'amministrazione e di garanzia dell'utilità e dell'efficacia della tecnica risarcitoria in esame, si presta a rilievi critici.

A ben vedere, si legge nell'ordinanza in esame, l'estensione della forma di risarcimento in esame anche agli interessi legittimi pretensivi si risolve nella surrettizia introduzione nel nostro sistema della **c.d. azione di**

**adempimento** (la *vertglichtungsklage* dell'ordinamento giuridico tedesco), allo stato sconosciuta al nostro sistema positivo di tutela delle posizioni soggettive connesse all'esercizio delle funzioni amministrative. La condanna dell'amministrazione all'adozione di un provvedimento favorevole al ricorrente postula, infatti, logicamente la **configurabilità in capo al privato di un vero e proprio diritto a quell'atto** ed in capo all'amministrazione un vero e proprio obbligo alla soddisfazione di quella pretesa. Sennonché, precisa il Consiglio di Stato, la ricostruzione dei rapporti tra cittadino ed amministrazione in termini di rapporto obbligatorio, anche con riguardo alle tecniche di tutela giurisdizionale, esigerebbe una precisa ed univoca innovazione normativa, che la mera previsione della possibilità di risarcire il danno nelle forme della reintegrazione in forma specifica non risulta idonea ad introdurre, e non si presta ad essere validamente sostenuta senza un adeguato e puntuale riscontro positivo.

La modalità risarcitoria della reintegrazione in forma specifica, a ben vedere, non introduce, conclude allora la V Sezione, **una forma generalizzata di azione di adempimento** (che avrebbe richiesto una coerente qualificazione positiva del relativo strumento di tutela ed una maggiore chiarezza nei suoi contenuti), ma si **limita a consentire una forma ripristinatoria della posizione soggettiva tutelata**, quando questa risulti compatibile con la natura di quest'ultima, come nei casi di **lesione di interessi oppositivi** o di **diritti soggettivi** (nelle controversie di giurisdizione esclusiva).

Se si ammettesse, in definitiva, la tecnica riparatoria in esame per la lesione degli interessi pretensivi si finirebbe per accordare al ricorrente un beneficio superiore a quello che egli avrebbe avuto se non si fosse svolta l'attività lesiva; e ciò in contrasto con tutti i principi che presiedono al risarcimento del danno.

Quanto alle forme di risarcimento dei danni cagionati dall'attività amministrativa lesiva di interessi pretensivi, l'ordinanza in esame svolge, allora, le seguenti considerazioni.

La forma più immediata e, probabilmente, satisfattiva degli interessi pretensivi è data dal **giudicato demolitorio-conformativo** che, rimuovendo l'attività amministrativa illegittima ed imponendo la sua rinnovazione nel rispetto della legalità, assicura all'interessato la soddisfazione più pregnante della sua posizione soggettiva, così come ritenuto da quell'indirizzo giurisprudenziale (Cons. Stato, sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 6281) che reputa implicita nella domanda di annullamento dell'atto impugnato quella di reintegrazione in forma specifica, per mezzo della riedizione dell'attività amministrativa giudicata illegittima.

L'**effetto conformativo** insito nella statuizione di annullamento offre, infatti, al ricorrente l'occasione di tutela maggiormente efficace ed utile del suo interesse legittimo, potendo servire, con la semplice rinnovazione

dell'attività giudicata illegittima, ad assicurargli in via sostanziale quel bene della vita al quale egli aspira.

Se, tuttavia, l'interessato resta privo di soddisfazione anche in esito alla ripetizione del procedimento, potrà attivare lo **strumento di tutela costituito dal ricorso per esecuzione del giudicato** che, assegnando al giudice potestà valutative di merito e poteri di sostituzione dell'amministrazione inadempiente, si rivela la fase processuale più idonea a garantire quella reintegrazione in forma specifica, anche degli interessi pretensivi, che, nella sede ordinaria di cognizione, resta preclusa dai rilievi sopra formulati.

Lo strumento di tutela in questione va ricondotto, in definitiva, nell'ambito dell'attuazione del giudicato, se inteso come finalizzato a garantire il rilascio del provvedimento favorevole (nel caso di specie: l'aggiudicazione dell'appalto), ed in quello della cognizione ordinaria, se inteso come funzionale a garantire l'utilità (minore) dell'effetto conformativo nell'attività rinnovatoria riservata all'amministrazione.

Secondo la ricostruzione prospettata, il **risarcimento per equivalente, che, per la lesione degli interessi legittimi pretensivi, si rivela sussidiario e residuale rispetto alla reintegrazione in forma specifica**, risulta, invece, configurabile solo nei casi in cui il conseguimento del bene della vita non è più possibile mediante la riedizione dell'attività provvedimentale lesiva (ad esempio, perché l'appalto è stato integralmente eseguito) o nelle ipotesi in cui il mero ritardo nel rilascio del provvedimento favorevole (per esempio, di una concessione edilizia o di un'autorizzazione commerciale) ha prodotto, di per sé, un pregiudizio patrimoniale (non eliminabile dalla sola, successiva adozione dell'atto ampliativo).

Ciò che, ad oggi, la tesi prevalente esclude, in sintesi, è l'ammissibilità, ad ordinamento vigente, di una condanna dell'amministrazione ad un *facere*, da ritenersi circoscritta alle limitate ipotesi del rito speciale sull'accesso ai documenti amministrativi (art. 25, comma 6, legge 7 agosto 1990, n. 241) e sul silenzio (art. 21-*bis*, comma 2, legge n. 1034/1971).

Resta ancora da precisare, secondo quali parametri deve essere valutato, nel giudizio ordinario (se si ammette *ivi* la condanna dell'amministrazione ad un *facere*) o in quello di attuazione del giudicato (se si ammette, il cumulo delle relative azioni), il limite stabilito dall'**art. 2058 cod. civ. alla praticabilità della reintegrazione in forma specifica** e, in particolare, se l'**eccessiva onerosità per l'amministrazione della sostituzione dell'appaltatore** in corso di rapporto debba essere valutata sulla base delle sole allegazioni della parte committente e dell'interesse pubblico alla corretta esecuzione dell'appalto (come ritenuto da T.A.R. Lazio, sez. III *ter*, 13 febbraio 2003, n. 962), ovvero se tali apprezzamenti competano al sindacato discrezionale del giudice (svincolato, come tale, dalle – altrimenti stringenti – valutazioni espresse dall'amministrazione interessata) e

se debbano comprendere tutti gli interessi coinvolti (e non solo quello pubblico).

Su tali questioni, come si diceva, l'ordinanza della V sezione chiama a pronunciarsi l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. In realtà, sembra a chi scrive, che se si accoglie la tesi secondo cui la sostituzione dell'appaltatore non rappresenta una forma di risarcimento in offra specifica, ma un effetto conformativo del giudicato di annullamento dell'aggiudicazione, il limite della eccessiva onerosità di cui all'**art. 2058 c.c. dovrebbe ritenersi inoperante**, considerato che la tutela invocata non è risarcitoria, ma di esecuzione del giudicato.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, ed in attesa dell'intervento chiarificatore della Plenaria, occorre comunque evidenziare che secondo la prevalente giurisprudenza (di cui si sono sommariamente riportati i tratti essenziali) il subentro nel rapporto contrattuale da parte dell'impresa pretermessa è senz'altro possibile. Si tratta solo di stabilire se si tratta di un risarcimento in forma specifica (con conseguente applicazione dell'art. 2058 c.c.) o, come appare più corretto, dell'attuazione dell'effetto conformativo del giudicato (con possibilità, in caso di inadempimento, di agire in sede di ottemperanza). Va, ancora precisato, che, secondo alcuni recenti arresti del Consiglio di Stato (cfr. in particolare, **Sez. VI, 3 marzo 2008, n. 796**), l'ottemperanza non può essere preclusa dalla circostanza che, nelle more della definizione del giudizio di cognizione, il contratto è già stato stipulato e che pende davanti al giudice ordinario un giudizio per l'impugnativa negoziale dello stesso. Ferma infatti restando la giurisdizione del giudice ordinario sulla sorte del contratto, l'eventuale nullità o inefficacia del contratto stipulato può comunque essere valutata incidentalmente tantum dall'Amministrazione chiamata a dare esecuzione al giudicato e, di conseguenza, può essere incidentalmente valutata dal giudice amministrativo in sede di ottemperanza, in quanto in tale sede egli si sostituisce all'amministrazione rimasta inerte ed esercita una giurisdizione di merito.

### **9.3.2 La decisione dell'Adunanza Plenaria 30 luglio 2008, n. 9**

Sulle questioni rimesse dalla V Sezione la Plenaria è pronunciata con la **decisione 30 luglio 2008, n. 9**.

Rinviano per un esame più approfondito di tale decisione alle considerazioni già svolte nel capitolo 8, par. 8.4., i principi espressi dalla Plenaria possono essere così sintetizzati:

- 1) la giurisdizione sulla sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione spetta al G.O.;
- 2) annullata l'aggiudicazione, la stazione appaltante ha l'obbligo di prenderne atto e di procedere o al rinnovo della gara o alla stipula del contratto con l'impresa che ha ottenuto la statuizione di annullamento (la scelta tra l'una

e l'altra opzione dipenderà dal contenuto della decisione che ha annullato l'aggiudicazione)

3) se la P.A. rimane inerte, l'impresa che ha ottenuto la statuizione di annullamento può instaurare il giudizio di ottemperanza nell'ambito del quale il G.A. esercita una giurisdizione di merito: egli, quindi, sostituendosi alla P.A., ha la possibilità di valutare, incidentalmente, la sorte del contratto e di ordinare, a seconda dei casi, alla P.A. o di rifare la gara o di sostituire l'aggiudicatario (illegittimo) con chi ha ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione;

### **9.3.3 La possibilità per l'impresa di scegliere se procedere tra il subentro nel contratto e il risarcimento per equivalente**

Il Consiglio di Stato ha, altresì, precisato che **ove il contratto abbia avuto già un inizio di esecuzione, la stipula del contratto**, al ricorrere deve essere riconosciuta la possibilità di **decidere se procedere al subentro nel contratto, o se optare per il risarcimento del danno** anche in relazione alla parte del contratto non eseguita.

In tal senso si segnala una recente decisione della VI Sezione (**Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 213**), secondo cui spetta al ricorrente la scelta tra il **conseguimento degli effetti della tutela demolitorio-conformativa e la tutela risarcitoria**, nel caso in cui comunque il bene della vita controverso è ormai conseguibile solo in parte.

Infatti, mentre l'interesse originario della impresa è indirizzato all'esecuzione dell'appalto per il suo complessivo valore, quale identificato dal bando di gara, la prestazione del servizio per un periodo di limitata durata introduce, invece, condizioni nuove negli aspetti economici ed organizzativi, che l'impresa può valutare con la più ampia sfera di autonomia con riguardo sia al diverso impegno di mezzi ed attrezzature, sia al mutato livello di remunerazione che ne può conseguire in relazione all'offerta presentata in sede di gara.

Del resto, ricorda il Consiglio di Stato, la possibilità di optare per il risarcimento per equivalente e di rifiutare l'esecuzione, ormai solo parziale, del giudicato deriva anche dall'applicazione del principio di carattere generale, desumibile **dall'art. 1181 c.c.**, secondo cui il creditore può sempre rifiutare l'offerta di un adempimento parziale rispetto all'originaria configurazione del rapporto obbligatorio (ad un adempimento parziale è equiparabile la possibilità di consentire l'esecuzione solo parziale del contratto).

### **L'IMPRESA PUÒ SCEGLIERE TRA IL SUBENTRO NEL RAPPORTO CONTRATTUALE E IL RISARCIMENTO PER EQUIVALENTE**

*La stipula del contratto di appalto nelle more del giudizio non è di ostacolo al subentro del ricorrente in caso di annullamento dell'aggiudicazione; d'altra parte, nel caso in cui il contratto non sia stato ancora interamente eseguito, il ricorrente vittorioso può scegliere*

se procedere al subentro nel contratto o se optare per il risarcimento del danno anche in relazione alla parte del contratto non eseguita.

## MOTIVAZIONE

1. Con bando di gara pubblicato sulla G.U.C.E. del 6 aprile 2005, l'Ente Ambito n. 6 – Chietino ha indetto un pubblico incanto per l'affidamento dei servizi inerenti la mappatura delle reti idriche, la ricerca ed il recupero delle perdite nei Comuni di Lanciano, Ortona, Vasto, Casoli e Casalbordino, da aggiudicarsi a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 23, I comma, lettera b), del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, con i criteri specificati al punto 5 del Disciplinare di Gara.

Con determinazione del 19 aprile 2006, n. 21, il Responsabile dei servizi dell'Ente Ambito n. 6 – Chietino ha aggiudicato la gara in via definitiva all'a.t.i. costituita tra le società Idrosfera s.r.l. (mandataria), Idrostrade Ingegneria s.r.l. e S.I.F. s.r.l. (punti 84,09), mentre la Società C. Lotti & Ass.ti Società di Ingegneria P.A. si è classificata al secondo posto della graduatoria (punti 80,50).

Con sentenza n. 373/2007 il T.A.R. per l'Abruzzo, dopo aver respinto alcune eccezioni pregiudiziali, ha accolto il ricorso della società Lotti, ritenendo assorbente e fondato il motivo relativo alla carenza di motivazione in ordine all'attribuzione dei punteggi, ed ha accolto la domanda di risarcimento del danno, quantificato, a titolo di responsabilità precontrattuale, in Euro 35.000.

L'Ente Ambito n. 6 – Chietino ha impugnato tale decisione e si sono costituite in giudizio, proponendo entrambe ricorso in appello incidentale, la società Idrosfera s.r.l., in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. con Idrostrade Ingegneria s.r.l. e S.I.F. s.r.l. e la Società C. Lotti & Ass.ti Società di Ingegneria P.A..

Con ordinanza n. 4085/2007 questa Sezione ha respinto la domanda di sospensione dell'efficacia dell'impugnata sentenza ed ha disposto in via istruttoria l'acquisizione del fascicolo di primo grado e di una relazione dall'Ente appellante, comprensiva dei seguenti elementi: a) il nominativo della persona fisica che ha predisposto gli elaborati di gara e i relativi files (con dichiarazione attestante tale circostanza resa da tale soggetto); b) le modalità di pubblicazione degli atti di gara on line; c) una spiegazione in ordine alle contestazioni mosse con riguardo alla "proprietà" dei file in questione; d) una dichiarazione del responsabile del procedimento attestante l'assenza di rapporti tra l'Ente e la società Idroservizi.

Espletata l'istruttoria, alla odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

2. L'oggetto del presente giudizio è costituito dal contestato esito di una procedura di gara per l'affidamento di servizi inerenti la mappatura delle reti idriche e la ricerca ed il recupero delle perdite di tali reti.

La sentenza con cui il Tar ha accolto il ricorso della seconda classificata, condannando l'Ente al risarcimento del danno è stata contestata da tutte le tre parti del giudizio di primo grado.

Si tratta di tre appelli autonomi, i quali hanno assunto la sola forma dell'appello incidentale perché proposti dopo la notificazione dell'appello principale dell'Ente Ambito n. 6 – Chietino.

Deve, quindi, essere seguito un ordine logico per stabilire il criterio di priorità nell'esame delle censure.

3. Seguendo l'ordine logico, è prioritario l'esame del primo motivo proposto in appello dalla società Lotti, avente ad oggetto l'ordine seguito dal Tar nell'esaminare i motivi del ricorso di primo grado e l'erroneo assorbimento dei motivi ulteriori rispetto a quello accolto.

Da tale ordine di esame delle censure dipende, infatti, anche la rilevanza delle diverse censure di tardività del ricorso di primo grado e dei motivi aggiunti, sollevate dalle altre due parti appellanti.

Il motivo è fondato.

Il giudice di primo grado ha esaminato una sola censura proposta dalla società Lotti, relativa al difetto di motivazione nell'attribuzione dei punteggi, ritenendola fondata ed assorbendo gli altri motivi.

La società Lotti aveva proposto diverse altre censure, riguardanti la mancata esclusione della prima classificata ed aveva indicato tali censure in ricorso prima di quella accolta (IV motivo).

L'ordine del giudice di esaminare le censure non può prescindere dal principio dispositivo, che regola anche il processo amministrativo e comporta la necessità di esaminare prima quelle censure, da cui deriva un effetto pienamente satisfattivo della pretesa del ricorrente.

È evidente che in presenza di un motivo diretto ad escludere il primo classificato di una gara di appalto e di altro motivo tendente ad una rinnovazione (parziale o totale) delle operazioni di gara, solo l'accoglimento della prima censura soddisfa l'interesse della seconda classificata ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto.

Tali censure dovevano quindi essere esaminate per prime.

Peraltro, anche seguendo un diverso ordine, risulta errato il disposto assorbimento degli ulteriori motivi di ricorso; infatti, quale sia l'ordine di esame dei motivi, il giudice è tenuto a proseguire tale esame finché è certo che dall'accoglimento di un ulteriore motivo non deriva più alcuna utilità al ricorrente.

Non era proprio questo il caso, come dimostra il fatto che la domanda risarcitoria sia stata poi solo in parte accolta in quanto "avendo il vizio in parola travolto l'intera gara, non [può] ritenersi che la ricorrente sarebbe risultata di certo aggiudicataria della gara".

Ma il mancato accertamento dell'aggiudicazione della gara in favore della ricorrente è dipeso proprio dall'omesso esame delle censure, con cui questa, seconda classificata, intendeva contestare la non avvenuta esclusione della prima in graduatoria.

La prassi del giudice amministrativo di assorbire alcuni motivi del ricorso, che già in precedenza poteva condurre a risultati errati, deve essere del tutto riconsiderata ora che è ammesso il risarcimento del danno derivante dall'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa, in quanto, per assorbire un motivo, deve essere evidente che dall'eventuale accoglimento della censura assorbita non possa derivare alcun vantaggio al ricorrente, neanche sotto il profilo risarcitorio.

Va, infine, rilevato che il mancato esame delle prime censure non può essere escluso in quanto – come affermato dal T.A.R. – "occorrerebbe svolgere un'ulteriore attività istruttoria", in quanto in alcun modo difficoltà istruttorie o esigenze di economia processuale possono condurre ad una limitazione della tutela.

Avrebbe, quindi, dovuto il giudice di primo grado svolgere quell'attività istruttoria, che è stata poi disposta in questa sede di appello con la già richiamata ordinanza.

La fondatezza di tale motivo conduce ad esaminare in via prioritaria le censure attinenti alla mancata esclusione dell'aggiudicataria, con la conseguenza che il motivo del ricorso di primo grado relativo ai punteggi sarà esaminato, unitamente alle contestazioni delle appellanti sul punto, solo in caso di rilevanza all'esito delle statuizioni sulle precedenti censure.

4. In relazione a tali motivi è prioritario l'esame dei motivi di appello con cui l'Ente Ambito n. 6 e l'aggiudicataria hanno eccepito la tardività dell'impugnativa di primo grado.

L'eccezione di tardività è infondata in relazione alle censure relative all'omessa esclusione dell'aggiudicataria.

Tali censure sono state in parte proposte con il ricorso introduttivo di primo grado (questione della asserita predisposizione degli elaborati di gara da parte della società Idroservizi) ed in parte con i motivi aggiunti (assenza del requisito del fatturato e violazione dell'art. 6, comma 8 della legge n. 415/98 e mancata produzione di documenti entro il termine di 15 giorni).

Con riferimento al ricorso introduttivo, premesso che correttamente la contestazione è stata mossa avverso l'aggiudicazione e non avverso l'atto, ancora non lesivo, dell'ammissione dell'aggiudicataria alla procedura, è infondata l'eccezione secondo cui il ricorso sarebbe tardivo perché la notificazione si è perfezionata dopo il termine di

sessanta giorni decorrente dalla pubblicazione dell'atto impugnato all'albo dell'ente.

Infatti, anche senza dover entrare nel merito della questione dell'effettiva data di perfezionamento della notificazione, è sufficiente rilevare che costituisce principio pacifico quello secondo cui la conoscenza del provvedimento di aggiudicazione definitiva non può essere ricondotta alla data di pubblicazione dello stesso, sussistendo un onere per le stazioni appaltanti di portare gli esiti delle procedure di gara a conoscenza dei concorrenti per mezzo di apposite comunicazioni (cfr., fra tutte, Cons. Stato, sez. VI, n. 2445/2006; principio poi codificato dall'art. 11, comma 10, del d.lgs. n. 163/2006).

Essendo richiesta la comunicazione individuale dell'atto di aggiudicazione, il termine per l'impugnazione non può farsi decorrere dal giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione.

Nessun rilievo assumono, quindi, le argomentazioni dell'aggiudicataria relative alla dedotta mancata annotazione delle ragioni per cui non era andato a buon fine il primo tentativo di notificazione nei suoi confronti.

Alcuna prova dell'effettiva conoscenza del provvedimento impugnato in data antecedente di sessanta giorni a quella della notificazione è stata data dalle parti, che hanno eccepito la tardività del ricorso e ciò è sufficiente per respingere l'eccezione e il relativo motivo di appello proposto dalla controinteressata.

5. Entrambe le parti hanno invocato la tardività dei motivi aggiunti proposti dalla società Lotti in primo grado.

Anche questa eccezione è infondata, quanto meno con riferimento all'aspetto – che qui ora interessa – delle contestazioni mosse alla mancata esclusione dell'aggiudicataria.

Infatti, la presenza del rappresentante dell'impresa Lotti alla seduta della Commissione dell'11 novembre 2005 (verbale n. 8) e l'avvenuta lettura in tale sede del verbale n. 7 non hanno determinato alcuna conoscenza dei profili di censura, sopra sintetizzati e relativi all'omessa esclusione dell'ATI Idrosfera.

Da tali verbali si ricavano elementi relativi all'attribuzione dei punteggi, ma non anche i suddetti ulteriori profili.

Né le controparti hanno dimostrato che la conoscenza di tali profili sia avvenuta prima dell'accesso agli atti di gara esercitato dalla società Lotti nel giugno del 2006.

6. Si può ora passare ad esaminare i motivi proposti dalla società Lotti e relativi all'omessa esclusione dell'ATI aggiudicataria.

Con una prima censura è stato dedotto che dalla consultazione del bando di gara pubblicato on line, è emerso che nella schermata relativa alle "proprietà" dei file in questione appariva "autore" del testo la società Idroservizi, che verserebbe in una situazione di "intreccio tecnico ed amministrativo" con la società aggiudicataria Idrosfera, con alterazione, quindi, della par condicio e dei principi di imparzialità, trasparenza e buon andamento.

La Commissione di gara avrebbe superato tali rilievi senza svolgere un'adeguata istruttoria, ma limitandosi ad affermare che non era stato conferito un incarico esterno per la redazione del bando e che non risulterebbe alcun collegamento tra la società Idroservizi con le società partecipanti all'ATI vincitrice della gara.

Tale questione è stata oggetto di specifica richiesta istruttoria con la richiamata ordinanza della Sezione.

Gli elementi richiesti erano: a) il nominativo della persona fisica che ha predisposto gli elaborati di gara e i relativi files (con dichiarazione attestante tale circostanza resa da tale soggetto); b) le modalità di pubblicazione degli atti di gara on line; c) una spiegazione in ordine alle contestazioni mosse con riguardo alla "proprietà" dei file in questione; d) una dichiarazione del responsabile del procedimento attestante l'assenza di rapporti tra l'Ente e la società Idroservizi.

La circostanza dedotta dalla società Lotti è, infatti, del tutto anomala in una procedura di gara, dovendo essere attentamente verificato per quale motivo nella schermata autore dei file degli atti di gara appaia il

nominativo di una società, di cui si deduce il collegamento con la vincitrice e che comunque nulla dovrebbe a che fare con la stazione appaltante.

Non è dubitabile che nel file degli atti di gara, pubblicato on line, dalla schermata proprietà emerge come autore del file "Idroservizi".

Tale elemento non era stato posto in dubbio in sede di gara e la commissione – come detto – si era limitata a contestare il collegamento tra l'aggiudicataria e la società risultante come autore del file.

Solo nell'ultima memoria, la controinteressata avanza l'ipotesi che il file non avesse tale nome nella schermata proprietà, che è modificabile da chiunque; sennonché, tale giustificazione appare debole di fronte al fatto che già in sede di gara ben due concorrenti avevano rilevato tale elemento (v. verbale n. 8).

Le spiegazioni, peraltro solo parziali, fornite dall'Ente in risposta alla richiesta istruttoria della Sezione non sono idonee a fornire una giustificazione del suddetto elemento.

Secondo tali spiegazioni, gli atti di gara sarebbero stati redatti personalmente dal responsabile del procedimento e successivamente la pubblicazione sarebbe stata affidata alla ditta Info s.r.l., cui gli atti sarebbero stati consegnati nella sola versione cartacea. La pubblicazione on line sarebbe quindi avvenuta per iniziativa della Info s.r.l., che avrebbe anche provveduto a formare il file.

Si rileva innanzitutto come la risposta all'istruttoria sia stata solo parziale, non essendo stato allegato quanto richiesto al punto d) e non essendo a tal fine sufficiente la dichiarazione del responsabile unico del procedimento ing. Palmerio, che nel frattempo ha interrotto i rapporti con l'Ente.

Tale parziale risposta può essere valutata ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c. come elemento a carico dell'ente appellante.

Inoltre, è irrilevante il soggetto che ha provveduto alla pubblicazione su internet, in quanto l'inserimento on line degli atti di gara è comunque avvenuto per conto dell'ente, come dimostra la fattura del 31-5-2006, che include tra i servizi resi dalla Info s.r.l. all'ente l'inserimento dell'avviso sul sito internet "infopubblica".

Le prestazioni indicate in tale fattura non sono idonee a dimostrare che la formazione del file sia avvenuta da parte della Info s.r.l., essendo più ragionevole ritenere che l'ente, come avviene nei normali rapporti di collaborazione, abbia messo a disposizione della Info s.r.l. anche i file degli atti di gara.

In base a tali elementi continua a mancare una spiegazione del nome "Idroservizi" nella schermata autore del file.

Peraltro, la Commissione non sembra aver approfondito tale elemento, ma si è limitata a negare l'esistenza di un rapporto di collegamento tra aggiudicataria ed Idroservizi.

La società Lotti aveva, invece, introdotto specifici elementi idonei a dimostrare l'esistenza di rapporti tra Idroservizi e Idrosfera: entrambe le società, con sede in Campobasso, hanno come socio la Tecnosud s.r.l.; l'altro socio (nonché amministratore delegato e direttore tecnico) della Idrosfera (Tucci) ha svolto rilevanti compiti tecnici nella Idroservizi; altro soggetto (Luciani) è stato, seppur in periodi diversi, ai vertici societari delle due s.r.l. (v. nota della società Lotti del 22 novembre 2005 e il prospetto riepilogativo all. 11, prodotto in primo grado con i relativi allegati, non smentiti dalle produzioni delle controparti).

Non si trattava in questo caso di verificare ai fini della partecipazione alla gara un collegamento tra le due società, ma di accertare rapporti tra le stesse, tenuto conto del fatto che una compariva come autore del file degli atti di gara con la conseguenza che la società Idrosfera avrebbe potuto conoscere anzitempo, e con vantaggio rispetto agli altri concorrenti, gli elementi necessari per la formulazione dell'offerta.

L'Ente appellante avrebbe dovuto o procedere ad escludere l'ATI, risultata poi aggiudicataria, o quanto meno accertare in via istruttoria in modo maggiormente approfondito le circostanze sopra indicate.

Ciò che non era consentito fare era ritenere legittima la partecipazione dell'ATI Idrosfera, in presenza dei gravi elementi dedotti dalla società Lotti.

Il motivo del ricorso in appello è, quindi, fondato.

7. Parimenti fondata è la censura, con cui la società Lotti ha dedotto la violazione dell'art. 3, lettere h) ed i) del disciplinare di gara, non possedendo l'ATI aggiudicataria i requisiti di fatturato, dichiarati attraverso l'illegittimo utilizzo dei requisiti di professionisti soci e direttori tecnici delle società. Ed ha anche dedotto la violazione dell'art. 6, comma 8, della L. 18 novembre 1998, n. 415 in considerazione della inapplicabilità della norma alla gara in questione.

Il bando di gara richiedeva una determinata soglia di fatturato globale negli ultimi cinque esercizi e di fatturato per prestazioni simili negli ultimi dieci esercizi.

Per raggiungere il fatturato minimo le società dell'ATI aggiudicataria si sono avvalse della disposizione dell'art. 6, comma 8, della L. 18 novembre 1998, n. 415, che prevede che "ai fini della partecipazione alla gara per gli affidamenti di cui all'art. 17 della legge n. 109, come modificato dal presente articolo, le società costituite dopo la data di entrata in vigore della presente legge, per un periodo di tre anni dalla loro costituzione, possono documentare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara anche con riferimento ai requisiti dei soci delle società, qualora costituite nella forma di società di persone o di società cooperativa, e dei direttori tecnici o dei professionisti dipendenti della società con rapporto a tempo indeterminato e con qualifica di dirigente o con funzioni di collaborazione coordinata e continuativa, qualora costituite nella forma di società di capitali; per le società costituite fino a tre anni prima della data di entrata in vigore della presente legge detta facoltà è esercitabile per un periodo massimo di tre anni da tale data".

Gli affidamenti di cui all'art. 17 della legge n. 109, cui si applica la disposizione, sono quelli inerenti le attività di progettazione, direzione dei lavori e accessorie (Cons. Stato, V, n. 1996/03), mentre nel caso in esame si è al di fuori di tale ambito, trattandosi di attività di rilevazione (servizio di mappatura e ricerca perdite); né l'applicabilità della norma deriva dalla lex specialis della procedura, che in alcun modo richiama tale disposizione.

A tale elemento, che già determina l'insussistenza del requisito in capo all'ATI aggiudicataria e la sua conseguente necessaria esclusione dalla gara, si aggiunge che comunque la norma non determina l'acquisizione in via permanente dei requisiti dei direttori tecnici, ma consente ciò solo nel limitato periodo di un triennio dalla data di costituzione delle nuove società, già decorso nel caso di specie per la società Idrostrade, costituita il 31-1-2001 in relazione al bando pubblicato il 6-4-2005 (in senso conforme, v. Cons. Stato, sez. V, n. 3840/2007).

Tenuto conto che non è contestato che l'ATI aggiudicataria non possedeva i requisiti di fatturato senza considerare quello del direttore dei lavori, la stessa andava esclusa dalla gara per l'assenza del predetto requisito, oltre che per la questione dei rapporti con la Idroservizi, in relazione alla quale – come già detto – l'Ente avrebbe quanto meno dovuto procedere ad accertamenti istruttori.

8. L'accoglimento di tali motivi del ricorso della società Lotti conduce ad accertare la fondatezza della pretesa di tale impresa, seconda classificata, a risultare aggiudicataria in conseguenza dell'esclusione della prima in graduatoria.

Il pieno effetto satisfattivo dell'accoglimento dei due motivi rende superfluo esaminare le altre censure, che devono, quindi, essere assorbite, non potendo derivare dall'esame di queste alcuna ulteriore utilità alla ricorrente.

Resta, quindi, assorbita anche la questione della motivazione dei punteggi attribuiti in sede di gara, che non avrebbe dovuto essere esaminata dal Tar, se avesse proceduto all'esame delle censure nell'ordine corretto; si ricorda che la statuizione del Tar in ordine alla censura della motivazione del punteggio è da ritenersi caducata a

seguito dell'accoglimento del primo motivo dell'appello incidentale della società Lotti.

Ciò determina anche l'improcedibilità degli ulteriori motivi proposti con il ricorso in appello dall'Ente ambito n. 6 (ad eccezione di quello relativo al risarcimento del danno trattato di seguito) e con il ricorso in appello incidentale dell'ATI Idrosfera.

9. Passando appunto alla domanda risarcitoria, si rileva come a seguito dell'accertamento della fondatezza della pretesa della società Lotti ad essere l'aggiudicataria della gara sia venuto meno il presupposto su cui il Tar aveva fondato il parziale accoglimento della domanda a titolo di responsabilità precontrattuale (impossibilità di accertare che la ricorrente sarebbe risultata aggiudicataria della gara).

Ora tale prova è stata acquisita e si deve, quindi, esaminare la domanda risarcitoria per il danno derivante dalla mancata aggiudicazione della gara.

Tale danno si pone in rapporto di diretta causalità con illegittima mancata esclusione dell'ATI aggiudicataria e, anche sotto il profilo soggettivo, non può che rilevarsi la sussistenza della colpa dell'amministrazione appellante, con conseguente reiezione del relativo motivo di appello proposto dall'Ente Ambito n. 6.

Al riguardo, si ricorda che, secondo l'orientamento prevalente, al privato non è chiesto un particolare sforzo probatorio per dimostrare la colpa della P.A.: può invocare l'illegittimità del provvedimento quale presunzione (semplice) della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che non si è trattato di un errore non scusabile. Spetterà a quel punto all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata (Cons. Stato, sez. VI, 3 giugno 2006 n. 3981; 9 marzo 2007 n. 1114).

Nessuna di tali circostanze idonee ad integrare l'errore scusabile è presente nel caso di specie, dove anzi l'ente appellante si è reso responsabile quanto meno di una grave negligenza in sede di formazione degli atti di gara, oltre ad aver valutato in modo superficiale la sussistenza del requisito del fatturato in capo alla ATI aggiudicataria.

Con riferimento al rapporto tra l'azione risarcitoria e gli effetti conformativi dell'annullamento dell'aggiudicazione si rileva il contratto stipulato con l'aggiudicataria è stato (certamente almeno in parte) eseguito e che per la parte già eseguita non può che residuare la tutela risarcitoria, secondo i criteri che saranno di seguito indicati ai sensi dell'art. 35, comma 2, del d.lgs. n. 80/1998.

La possibilità di indicare i criteri del risarcimento consente di prescindere dall'accertamento dell'esatto stato di esecuzione del contratto.

Tenuto conto che secondo la prevalente giurisprudenza la stipula del contratto non è di ostacolo al subentro del ricorrente in caso di annullamento dell'aggiudicazione (v., da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, n. 1523/2007 e Cass. civ., I, n. 7481/2007) e non essendo rilevante in questa sede approfondire la questione del tipo di vizio da cui è affetto il contratto, né quella di giurisdizione commessa, spetterà alla ricorrente Lotti scegliere se procedere al subentro nel contratto, qualora questo non sia stato ancora interamente eseguito, o se optare per il risarcimento del danno anche in relazione alla parte del contratto non eseguito.

Infatti, questa Sezione ha già affermato che spetta al ricorrente la scelta tra il conseguimento degli effetti della tutela demolitorio-conformativa e la tutela risarcitoria, nel caso, che qui ricorre, in cui comunque il bene della vita controverso è ormai conseguibile solo in parte (Cons. Stato, sez. VI, 10 novembre 2004, n. 7256).

Infatti, mentre l'interesse originario della impresa è indirizzato all'esecuzione dell'appalto per il suo complessivo valore, quale identificato dal bando di gara, la prestazione del servizio per un periodo di limitata durata introduce, invece, condizioni nuove negli aspetti economici ed organizzativi, che l'impresa può valutare con la più ampia sfera di autonomia con riguardo sia al diverso impegno di mezzi ed attrezzature, sia al mutato livello di remunerazione che ne può conseguire in relazione all'offerta presentata in sede di gara.

Del resto, la possibilità di optare per il risarcimento per equivalente e di rifiutare l'esecuzione, ormai solo parziale, del giudicato deriva anche dall'applicazione del principio di carattere generale, desumibile dall'art. 1181 c.c., secondo cui il creditore può sempre rifiutare l'offerta di un adempimento parziale rispetto all'originaria configurazione del rapporto obbligatorio (ad un adempimento parziale è equiparabile la possibilità di consentire l'esecuzione solo parziale del contratto).

Deve, quindi, riconoscersi la possibilità per la ricorrente Lotti di optare per il solo risarcimento del danno, rinunciando ad avvalersi degli effetti conformativi del giudicato, non essendo l'esecuzione del giudicato più possibile in modo pieno.

Sulla base di tali ponderazioni questi sono i criteri, in base ai quali, l'ente appellante dovrà effettuare, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione della presente decisione, la proposta di pagamento alla società Lotti a titolo risarcitorio:

a) nel caso in cui la società Lotti opti per il subentro nel contratto, dovrà essere corrisposta una somma pari al 10 % del valore della parte di contratto già eseguita, calcolata in base all'offerta presentata in sede di gara dalla ricorrente;

b) nel caso, invece, che la ricorrente scelga il solo risarcimento del danno, la suddetta percentuale del 10 % dovrà essere rapportata all'intero valore del contratto, come determinato alla luce dell'offerta presentata in sede di gara dalla stessa ricorrente.

La percentuale del 10 % si giustifica quale utile presunto dell'utile economico che sarebbe derivato all'impresa dall'esecuzione dell'appalto (Cons. Stato, IV, 6 luglio 2004 n. 5012), non ricorrendo, in considerazione della peculiarità della fattispecie, i presupposti che hanno condotto questa Sezione in altre occasioni a ridurre tale percentuale (Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 2006 n. 6607).

Tenuto conto del riconoscimento della percentuale "piena" del 10 %, l'importo dovrà ritenersi comprensivo di ogni voce di danno (compresa la lamentata mancata acquisizione dei requisiti di qualificazione e di valutazione invocabili in successive gare) e già attualizzato alla data di pubblicazione della sentenza e su tale importo dovranno essere riconosciuti gli interessi legali da tale data di pubblicazione fino all'effettivo soddisfo.

CONS. STATO, SEZ. VI, 25 GENNAIO 2008, N. 213

considerazione la pretesa del contraente a non essere coinvolto in trattative inutili.

CONS. STATO, SEZ. VI, 9 GIUGNO 2008, N. 2751

### **9.B Sono risarcibili le SPESE LEGALI sostenute nel giudizio per ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione?**

In sede di risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi, per ciò che concerne le spese processuali, non trova applicazione la disciplina generale dell'illecito aquiliano dettata dall'art. 2043 c.c., ma la disciplina contenuta negli artt. 90-97 c.p.c., norme che trovano indiscussa applicazione anche nel giudizio amministrativo.

CONS. STATO, SEZ. VI, 9 GIUGNO 2008, N. 2751

### **9.C Come si quantifica il LUCRO CESSANTE nel caso in cui l'impresa lamenti la mancata aggiudicazione dell'appalto e dimostri che in assenza della illegittimità avrebbe vinto la gara?**

Secondo la prevalente giurisprudenza, il lucro cessante subito dall'impresa per la mancata aggiudicazione di un appalto (ovvero il mancato utile che avrebbe ritratto dal contratto), in caso di giudicato che riconosca la lesione di interessi legittimi c.d. « a risultato garantito », deve essere quantificato in una misura pari al 10% del prezzo a base d'asta, ai sensi dell'art. 345, l. n. 2248 del 1865 All. F.

Tale tesi non è condivisa unanimemente.

Secondo una giurisprudenza allo stato minoritaria, è necessaria la prova rigorosa, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto; prova desumibile, *in primis*, dall'esibizione dell'offerta economica presentata al seggio di gara.

per la tesi maggioritaria

cons. stato, sez. vi, 3 aprile 2007, n. 1513

per la tesi minoritaria

CONS. STATO, SEZ. V, 17 OTTOBRE 2008, N. 5098

### **9.D Spetta all'impresa l'onere di provare l'assenza dell'ALIUNDE PERCEPTUM?**

L'onere di provare (l'assenza del)l'*aliunde perceptum* grava non sull'Amministrazione, ma sull'impresa. Tale ripartizione dell'onere probatorio, che ha sollevato in dottrina alcune perplessità (si è sostenuto che l'*aliunde perceptum* verrebbe in considerazione come fatto impeditivo del diritto al risarcimento del danno e non come fatto costitutivo, con la conseguenza che la relativa prova dovrebbe gravare sulla stazione appaltante e non sul privato), muove, tuttavia, come sopra si evidenziava, dalla presunzione, a sua volta fondata sull'*id quod plerumque accidit*, secondo cui l'imprenditore (specie se in forma societaria), in quanto soggetto che esercita professionalmente una attività economica organizzata finalizzata alla produzione di utili, normalmente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un

## Casistica: risposte ai quesiti

### **9.A All'impresa che lamenta la mancata aggiudicazione sono risarcibili i COSTI PER PARTECIPARE ALLA GARA?**

I costi sostenuti per la partecipazione alla gara non sono risarcibili all'impresa che lamenti la mancata aggiudicazione dell'appalto (o anche solo la perdita della chance di aggiudicarselo) ma costituiscono danno emergente solo qualora l'impresa subisca una illegittima esclusione, perché solo in tal caso viene in

appalto, ma si procura prestazioni contrattuali alternative che dalla cui esecuzione trae utili.

CONS. STATO, SEZ. VI, 9 GIUGNO 2008, N. 2751

#### **9.E In cosa consiste il danno da PERDITA DELLA CHANCE?**

La chance è la concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene della vita, che costituisce un'entità patrimoniale giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, così che la sua perdita, ossia la perdita della possibilità consistente di conseguire il risultato utile del qual risulti provata la sussistenza, configura un danno concreto e attuale, e chi subisce un danno da perdita di chance può chiederne il ristoro o mediante la ripetizione dell'occasione perduta o per equivalente monetario.

cons. stato, 23 ottobre 2007, n. 5592

#### **9.F IL DANNO DA PERDITA DI CHANCE è risarcibile anche IN CASO DI LAVORI AFFIDATI ILLEGITTIMAMENTE IN HOUSE?**

In caso di illegittimo affidamento senza gara di lavori pubblici, alle imprese normalmente operanti sul mercato va risarcito il danno consistente nella perdita della chance di aggiudicarsi le gare mai bandite dall'Amministrazione. Con riguardo ai criteri da seguire, la perdita di *chance* va rapportata in termini percentuali all'utile in astratto conseguibile in ipotesi di aggiudicazione delle gare non svolte. L'utile economico che sarebbe derivato all'impresa dall'esecuzione dell'appalto viene presuntivamente quantificato nel 10% dell'importo a base d'asta, come ribassato dall'offerta presentata, ma tale percentuale deve essere ridotta al 5 % nel caso in cui l'impresa non dimostra di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze per l'espletamento di altri servizi. Il danno da perdita di chance viene calcolato dividendo l'utile di impresa per il numero dei concorrenti che, presumibilmente, avrebbero partecipato alle gare non bandite dall'Amministrazione, in quanto si presume che ogni concorrente avesse le stesse possibilità di aggiudicarsi la gara.

CONS. STATO, SEZ. VI, 3 APRILE 2007, N. 1514

#### **9.G È risarcibile il c.d. DANNO CURRICULARE?**

In sede di determinazione del danno derivante dalla illegittima aggiudicazione di una gara di appalto, va riconosciuto anche il c.d. "danno curriculare", che consiste nel pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del *curriculum* professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto sfumato a causa del comportamento illegittimo dell'Amministrazione. L'interesse alla vittoria di un appalto, nella vita di un'impresa, va, infatti, ben oltre l'interesse all'esecuzione dell'opera in sé, e al relativo incasso; alla mancata esecuzione di un'opera appaltata si ricollegano, infatti, indiretti nocuenti all'immagine della società ed al suo radicamento nel mercato, per non dire del potenziamento di imprese concorrenti che operino su

medesimo *target* di mercato, in modo illegittimo dichiarate aggiudicatarie della gara.

CON. STATO, SEZ. VI, 9 GIUGNO 2008 N. 2751

#### **9.H COME SI QUANTIFICA il danno curriculare?**

Il c.d. "danno curriculare" – e cioè il danno derivante all'impresa dalla perdita della possibilità di arricchire il proprio *curriculum* professionale – va liquidato in via equitativa, riconoscendo all'impresa danneggiata una somma pari ad una percentuale (variabile dall'1% al 5%) applicata in alcuni casi dalla giurisprudenza sull'importo globale dell'appalto, in altri sulla somma già liquidata a titolo di lucro cessante.

CONS. STATO, SEZ. VI, 9 GIUGNO 2008, N. 2751

#### **9.K Il danno curriculare è risarcibile anche se MANCA LA CERTEZZA CIRCA LA VITTORIA della gara?**

In caso di affidamento illegittimo di lavori pubblici senza gara, alle imprese operanti nel settore va riconosciuto anche il danno curriculare, consistente nell'incidenza della perdita della *chance* in relazione ai requisiti di qualificazione e di valutazione invocabili in successive gare. Tale danno va quantificato nella misura dell'1% della somma liquidata a titolo di perdita della chance di aggiudicazione.

CONS. STATO, SEZ. VI, 3 APRILE 2007, N. 1514

#### **9.J È legittimo attribuire, in sede di bando, un punteggio aggiuntivo in considerazione della PREGRESSA ESECUZIONE DI APPALTI nel territorio comunale?**

Non contrasta con i limiti di discrezionalità una previsione che, in sede di gara pubblica, sia intesa ad attribuire un punteggio di ben limitato rilievo (appena 5 punti su 95) alla pregressa attività positivamente espletata nella realizzazione di analoghi interventi sul territorio comunale. Ciò in ragione della preminente considerazione che tale limitato punteggio valorizza un fattore di pregresso merito (e quindi un requisito di capacità del partecipante alla gara) e non reca discriminazioni rispetto ad operatori non locali (non rilevando al detto fine la provenienza geografica).

CONS. STATO, SEZ. IV, 19 OTTOBRE 2007, N. 5476

#### **9.L II SUBENTRO NEL RAPPORTO CONTRATTUALE rappresenta una ipotesi di risarcimento in forma specifica o di attuazione dell'effetto conformativo del giudicato?**

Annullata l'aggiudicazione, la stazione appaltante ha l'obbligo di prenderne atto e di procedere o al rinnovo della gara o alla stipula del contratto con l'impresa che ha ottenuto la statuizione di annullamento (la scelta tra l'una e l'altra opzione dipenderà dal contenuto della decisione che ha annullato l'aggiudicazione).

Se la P.A. rimane inerte, l'impresa che ha ottenuto la statuizione di annullamento può instaurare il giudizio di

ottemperanza nell'ambito del quale il G.A. esercita una giurisdizione di merito: egli, quindi, sostituendosi alla p.a., ha la possibilità di valutare, incidentalmente, la sorte del contratto e ordinare, a seconda dei casi, alla P.A. o di rifare la gara o di sostituire l'aggiudicatario (illegittimo) con chi ha ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione.

CONS. STATO, AD. PLEN., 30 LUGLIO 2008, N. 9

**9.M L'impresa PUÒ SCEGLIERE tra il subentro nel rapporto contrattuale e il risarcimento per equivalente?**

La stipula del contratto di appalto nelle more del giudizio non è di ostacolo al subentro del ricorrente in caso di annullamento dell'aggiudicazione; d'altra parte, nel caso in cui il contratto non sia stato ancora interamente eseguito, il ricorrente vittorioso può scegliere se procedere al subentro nel contratto o se optare per il risarcimento del danno anche in relazione alla parte del contratto non eseguita.

CONS. STATO, SEZ. VI, 25 GENNAIO 2008, N. 213