

**OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA**  
**AGGIORNATO AL 31 OTTOBRE 2010**

MARIANNA CAPIZZI

**Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 6 dicembre 2010, n. 8549**

Sul criterio di quantificazione del danno da mancata aggiudicazione di una gara d'appalto.

Come noto, il tema della determinazione dei danni risarcibili in caso di mancata aggiudicazione di una gara d'appalto o di illegittima esclusione dalla stessa, costituisce oggetto di particolare attenzione nella giurisprudenza amministrativa degli ultimi periodi. Da ultimo, di particolare rilievo è stata la pronuncia della IV sezione del 27 Novembre 2010, n.8253, ove il Collegio ha condotto una puntuale disamina di tutte le possibili voci di danno in questione, evidenziandone, altresì i connessi criteri di quantificazione.

In tema di gare i danni risarcibili sono diversi e variano a seconda del tipo di responsabilità che si configura in capo alla stazione appaltante.

Qualora vi sia stata l'ingiustificata rottura delle trattative o la mancata stipulazione del contratto a causa della revoca dell'aggiudicazione e di un comportamento scorretto della P.A. che non ha, ad esempio, tempestivamente adempiuto all'obbligo di comunicare tale atto all'aggiudicatario, si profila un'ipotesi di responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione ove il danno risarcibile è costituito dal danno emergente, ossia dalle spese sostenute per partecipare alla gara, e dal lucro cessante, pari alle occasioni perse a causa dell'aver concorso ad una selezione inutile, mentre non va risarcito l'interesse positivo, costituito dall'utile d'impresa derivante dalla stipulazione del contratto.

Nel caso in cui invece, si discuta della illegittima esclusione di un partecipante o di una illegittima aggiudicazione, le regole risarcitorie sono differenti: per quanto riguarda l'*an* del risarcimento, è necessario che il ricorrente dimostri che avrebbe

sicuramente vinto la gara o che avrebbe avuto alte probabilità di successo qualora la P.A. si fosse comportata in modo legittimo. Il *quantum* del risarcimento varia, invece, a seconda che si contesti l'esclusione o la mancata aggiudicazione della gara perché per ognuna di queste ipotesi valgono criteri di quantificazione differenti.

In particolare, nel caso in cui venga accertata l'illegittima esclusione dalla gara, si dovrà risarcire il danno emergente (ossia le spese sostenute), preferibilmente in forma specifica (attraverso la ripetizione della gara) o per equivalente.

Al contrario, se richiede il risarcimento del danno da mancata aggiudicazione della gara, i costi di partecipazione non potranno essere risarciti perché si darebbe al ricorrente più di quanto egli avrebbe ottenuto con l'aggiudicazione. Per ciò che concerne, invece, il lucro cessante, a differenza delle ipotesi di responsabilità precontrattuale, esso sarà costituito non dal mero interesse negativo, ma da quello positivo e, dunque, dall'utile economico che sarebbe derivato all'impresa dall'esecuzione dell'appalto, nonché dalla perdita della *chance* di partecipazione ad altre gare d'appalto e dal pregiudizio curriculare derivante dall'appalto non aggiudicato.

In dettaglio, la prima voce di danno viene quantificata da una parte della giurisprudenza, come se fosse un danno presunto, nella percentuale del 10% del prezzo a base d'asta, ridotto al 5% qualora l'impresa non dimostri che le proprie maestranze sono rimaste inattive durante tutto il periodo della gara. Altra parte della giurisprudenza richiede, invece, una prova certa e rigorosa del danno, ritenendo che il criterio del 10% conduca all'inaccettabile risultato che il risarcimento del danno sia per l'imprenditore più favorevole dell'impiego del capitale (l'imprenditore, infatti, non avrebbe più interesse a provare in modo puntuale il danno subito quanto al lucro cessante perché presumibilmente otterrebbe di meno).

Per quanto attiene, invece, al danno da perdita di *chance* il Collegio ha più volte precisato che la *chance* rappresenta un'entità patrimoniale a sè stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione ed, in quanto tale, può ritenersi risarcibile solo se il ricorrente fornisce una prova certa ed incontrovertibile in ordine alla sua effettiva sussistenza. In particolare, nella

sentenza sopra citata, il Collegio ha sottolineato che: “...*l’impresa richiedente il risarcimento per perdita di chance deve documentare l’esistenza di proprie dichiarazioni di rinuncia alla prosecuzione della partecipazione a gare, nelle quali aveva presentato domanda, nel che consisterebbe la perdita di concrete occasioni alternative di guadagno, non essendo sufficiente la semplice indizione di procedure selettive, né la richiesta o l’acquisto della documentazione di gara, né dichiarazioni di rinuncia alla partecipazione ad esse per generici impegni in precedenza assunti, in un periodo contestuale a quello in cui si è consumato l’illecito in questione. Allegazioni di tale tipo, infatti, si rivelerebbero del tutto insufficienti a provare, con l’efficacia connessa all’esigenza di evitare fenomeni di indebita locupletazione legati al cattivo esercizio della funzione selettiva dei contraenti con la P. A., la perdita di occasioni alternative favorevoli, difettando, in essa, la dimostrazione della concretezza - costituita dalla effettiva partecipazione ad altre procedure e dal ritiro da esse per l’impegno in questione - delle opportunità contrattuali asseritamente perdute, non bastando allegazioni generiche ed equivoche (Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2010, n. 3393; C.d.S sez. IV, 6 giugno 2008, n. 2680 ed ivi ulteriori riferimenti)”. Invero, ha spiegato il Collegio, una diversa soluzione determinerebbe un’estensione smisurata ed incontrollata dell’area delle posizioni soggettive risarcibili, che sarebbero potenzialmente pari a tutte le procedure di gara cui il danneggiato avrebbe potuto ipoteticamente partecipare.*

Né, continuava il Collegio, l’eventuale mancanza di tale tipo di prova può essere sopperita richiedendo al giudice una valutazione equitativa del danno in questione ai sensi dell’art. 1226 cod. civ., atteso che “...*l’applicazione di tale norma richiede che risulti provata o comunque incontestata l’esistenza di un danno risarcibile ed è diretta a fare fronte all’impossibilità di provare l’ammontare preciso del danno (Cass. 21 giugno 2000 n. 3468, cfr. Cass. 19 febbraio 2009 n. 4052, 7 giugno n. 13288, 12 aprile 2006 n. 8615)”*”.

Per concludere il quadro dei danni risarcibili nell’ambito di cui trattasi, occorre ricordare che a titolo di lucro cessante si può inoltre chiedere il risarcimento del danno c.d. curriculare, ossia il pregiudizio subito a causa dell’impossibilità di arricchire il proprio curriculum inserendo l’esecuzione dell’appalto non aggiudicato. Con particolare riguardo a detta voce di danno, la sentenza n. 8253/2010 è stata di indubbio rilievo non soltanto per l’attenta descrizione che ha condotto in ordine al pregiudizio in cui si sostanzia il danno in questione e di cui il ricorrente può chiedere il ristoro, ma anche per l’indubbia precisione

dell'individuazione degli elementi costitutivi del c.d. danno curricolare e del diverso regime probatorio che connota ognuno di essi.

Sotto il primo profilo, il Collegio ha rilevato: *“...tale voce di danno, costituente una specificazione del danno per perdita di chance, si correla necessariamente alla qualità di impresa operante nel settore degli appalti pubblici e, più in particolare, al fatto stesso di eseguire uno di questi tipi di contratto, a prescindere dal lucro che l'impresa stessa ne ricava grazie al corrispettivo pagato dalla stazione appaltante. Questa qualità imprenditoriale può ben essere 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 operatore economico va oltre l'interesse all'esecuzione dell'opera in sé e ai relativi ricavi diretti. Alla mancata esecuzione di un'opera pubblica illegittimamente appaltata si ricollegano, infatti, indiretti nocimenti all'immagine della società, al suo radicamento nel mercato, all'ampliamento della qualità industriale o commerciale dell'azienda, al suo avviamento, per non dire, poi, della lesione al più generale interesse pubblico al rispetto della concorrenza, in conseguenza dell'indebito potenziamento di imprese concorrenti che operino sul medesimo target di mercato, in modo illegittimo dichiarate aggiudicatarie della gara. In linea di massima, allora, deve ammettersi che l'impresa ingiustamente privata dell'esecuzione di un appalto possa rivendicare, a titolo di lucro cessante, anche la perdita della specifica possibilità concreta di incrementare il proprio avviamento per la parte relativa al curriculum professionale, da intendersi anche come immagine e prestigio professionale, al di là dell'incremento degli specifici requisiti di qualificazione e di partecipazione alle singole gare”.*

Per quanto, invece, attiene all'individuazione degli elementi costitutivi del danno in questione, il Consiglio di Stato ha aggiunto: *“Il danno curricolare – da riconoscere, come detto, in via di principio - si compone quindi di due elementi: a ) la perdita di un livello di qualificazione già posseduta ovvero la mancata acquisizione di un livello superiore ( ai sensi e per gli effetti di cui al D.P.R. 25-1-2000 n. 34 ), quale conseguenza immediate e dirette della mancata aggiudicazione ; b) la mancata acquisizione di un elemento costitutivo della specifica idoneità tecnica richiesta dal bando oltre la qualificazione SOA”.*

Ebbene, ha spiegato il Collegio, entrambe tali voci di danno vanno comprovate, secondo i ricordati principi in tema di responsabilità extracontrattuale della P. A.. Tuttavia, mentre la componente di cui alla lettera b) non necessita di prova rigorosa, consistendo il danno nella stessa mancata aggiudicazione e conseguente

mancato incremento delle qualità imprenditoriali connesse alla capacità tecnica, altrettanto non è a dirsi per la voce sub a), per la quale occorre “*dimostrare rigorosamente e diligentemente gli elementi diminutivi o accrescitivi sopra evidenziati ed il relativo nesso di causalità con la mancata aggiudicazione ( cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 gennaio 2010 , n. 20 )*”.

Sicchè, si conclude, l'eventuale mancanza della prova rigorosa di una delle voci di cui sopra, ed, in particolare, della voce sub b), determina la riduzione del 50% del risarcimento preteso dal ricorrente che non potrà ricomprendere le voci di danno dallo stesso non puntualmente provate.

La sentenza indicata in epigrafe della V sezione, del 6 dicembre 2010, n. 8549 si sofferma sulla quantificazione del danno da illegittima aggiudicazione e rileva poichè, pur richiamandosi all'orientamento giurisprudenziale prevalente, applica per la liquidazione del danno in questione, criteri diversi da quelli sopra indicati. Invero e come sopra anticipato, secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato nell'ipotesi di illegittima aggiudicazione di una gara d'appalto, i costi di partecipazione non potranno essere risarciti perché si darebbe al ricorrente più di quanto egli avrebbe ottenuto con l'aggiudicazione. Per ciò che concerne, invece, il lucro cessante, a differenza delle ipotesi di responsabilità precontrattuale, esso sarà costituito non dal mero interesse negativo, ma da quello positivo e, dunque, dall'utile economico che sarebbe derivato all'impresa dall'esecuzione dell'appalto, nonché dalla perdita della *chance* di partecipazione ad altre gare d'appalto e dal pregiudizio curriculare derivante dall'appalto non aggiudicato.

Nella sentenza in esame, invece, il Collegio segue un criterio diverso: riconosce all'impresa danneggiata il risarcimento del lucro cessante che quantifica, in via equitativa nella misura del 10% del valore dell'appalto, ma ritiene detta voce di danno comprensiva delle spese di partecipazione alla gara (che, invece, per giurisprudenza consolidata costituiscono danno emergente non risarcibile) e del danno curriculare: “*Per quanto concerne il terzo motivo di gravame, il collegio osserva come correttamente il giudice di primo grado si sia attenuto al consolidato orientamento giurisprudenziale, che si intende riconfermare, secondo cui, nell'ipotesi di impresa illegittimamente pretermessa e che sicuramente sarebbe divenuta l'aggiudicataria dell'appalto, va riconosciuto il lucro cessante, rapportato all'utile che l'impresa avrebbe conseguito ove vi fosse stata*

*l'aggiudicazione in suo favore, da determinarsi in via equitativa nella misura del 10% dell'offerta effettuata dalla ricorrente, comprensiva sia dei costi affrontati dalla società per la presentazione dell'offerta, sia della diminuzione del peso imprenditoriale della società per omessa acquisizione dell'appalto, tenendo conto della mancata dimostrazione da parte della ricorrente di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze. In tali casi la quantificazione deve necessariamente fondarsi sul criterio equitativo e presuntivo, non potendosi fornire principi di prova diversi da quelli, fondamentali, dell'offerta effettuata nella procedura di gara e dal fatto di esercitare professionalmente attività d'impresa”.*

Si tratta, dunque, di una pronuncia foriera di possibili disorientamenti in quanto contenente un diverso approccio sistematico al problema in questione e determinante un diverso esito risolutivo del profilo della individuazione e quantificazione del danno da mancata aggiudicazione.

#### **Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 3 dicembre 2010, n. 8526/2010.**

Sui criteri di distinzione tra rapporto di lavoro autonomo e rapporto di lavoro subordinato.

Oggetto della pronuncia in esame è l'esatta determinazione dei criteri cui attenersi per la distinzione tra rapporto di lavoro autonomo (che, se intercorso con la Pubblica Amministrazione, è sottoposto alle norme di cui agli articoli artt. 46 e 18, comma 1 e 2-bis d.lgs. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in L. 6 agosto 2008, n. 133 nonché a quelle generali contenute nel codice civile) e rapporto di lavoro subordinato (sottoposto alla diversa disciplina contenuta nel T.U. in materia di pubblico impiego, d.lgs. n. 165/2001).

La corretta qualificazione del rapporto intercorso con la Pubblica Amministrazione viene dal Collegio risolta alla stregua dei principi enunciati dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite (n. 2286 del 19 marzo 1990), ripresi dal Consiglio di Stato nella successiva sentenza n. 2029 del 17 aprile 2002.

In particolare, nella riferita pronuncia, la Corte ha ricordato che, sotto il profilo generale l'elemento decisivo di distinzione va ricercato in quel "*particolare vincolo di natura personale..... che assoggetta il prestatore d'opera ad un potere direttivo del datore di lavoro con conseguente limitazione della sua libertà, mentre altri elementi quali la collaborazione,*