

Consiglio di Stato, sez. VI, 19 aprile 2011, 2427.

Sul criterio di quantificazione del danno da perdita di chance nell'ipotesi di illegittima aggiudicazione di una gara d'appalto.

Il danno da perdita di chance viene in rilievo nell'ambito dei procedimenti caratterizzati dalla partecipazione di più soggetti interessati ad ottenere il medesimo risultato, come nei concorsi pubblici o nelle gare d'appalto, in cui risulta particolarmente gravoso per il soggetto escluso dalla procedura selettiva dimostrare che, ove l'Amministrazione si fosse comportata legittimamente, egli avrebbe ottenuto il bene a cui aspirava.

L'elaborazione giurisprudenziale del danno da perdita di chance è, dunque, finalizzata ad evitare al ricorrente oneri probatori particolarmente onerosi sotto il profilo del collegamento eziologico, ossia della dimostrazione del nesso causale tra il comportamento illegittimo della P.A. e il danno subito, nell'ipotesi in cui il ricorrente intenda contestare in giudizio la determinazione amministrativa di estrometterlo dalla selezione pubblica o di non aggiudicargli il bene finale cui la medesima era diretta. La chance, infatti, è da intendersi come "consistente possibilità di successo" e la risarcibilità della perdita di chance presuppone, secondo unanime giurisprudenza, l'indimostrabilità della futura realizzazione della medesima.

Orbene, con particolare riferimento all'ipotesi di illegittima aggiudicazione di una gara d'appalto, i giudici amministrativi distinguono a seconda che la perdita di

chance sia dipesa dalla illegittima esclusione dell'impresa danneggiata o dalla aggiudicazione della gara ad impresa diversa.

In ciascuna di queste due ipotesi la giurisprudenza utilizza un diverso criterio di ristoro della chance perduta.

Nel primo caso, la stazione appaltante viene condannata a risarcire il danno emergente (ossia le spese sostenute per la partecipazione alla gara) o in forma specifica (riedizione della procedura selettiva) o per equivalente.

Nell'ipotesi in cui l'impresa concorrente, correttamente ammessa in gara, non sia risultata aggiudicataria della medesima, potrà chiedere in giudizio, oltre all'annullamento degli atti di gara la rifusione del lucro cessante consistente nel mancato utile economico che le sarebbe derivato dall'esecuzione dell'appalto.

In tale ipotesi, infatti, la giurisprudenza amministrativa è concorde nell'escludere la risarcibilità del c.d. danno emergente, ossia la restituzione delle somme spese dall'impresa per la partecipazione alla gara in quanto, si afferma, in caso contrario si darebbe al ricorrente più di quanto egli avrebbe ottenuto con l'aggiudicazione. Si ritiene, invece, risarcibile il lucro cessante che però, a differenza delle ipotesi di responsabilità precontrattuale sarà costituito solamente dall'interesse positivo, ossia dall'utile economico che sarebbe derivato all'impresa dall'esecuzione dell'appalto. In particolare, detto profilo di danno potrà essere risarcito o in forma specifica, con la riedizione del potere amministrativo in modo tale da ricostituire in capo al concorrente la chance dell'aggiudicazione, ovvero per equivalente, corrispondendo all'impresa il valore economico della chance perduta, laddove non sia più possibile la riedizione della procedura in quanto l'appalto risulta interamente eseguito.

Il risarcimento per equivalente, commisurato alla perdita della chance di aggiudicazione della gara, ha dato adito a contrasti giurisprudenziali sotto il profilo della sua quantificazione: secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, poiché si tratta di un tipo di danno che non può essere provato nel suo preciso ammontare, deve essere quantificato in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c., in misura pari all'utile che sarebbe stato possibile conseguire in caso di vittoria.

Si ritiene, inoltre, che tale utile possa essere presuntivamente quantificato nella misura del 10% del prezzo posto a base della gara, depurato del ribasso offerto dalla ricorrente, in applicazione dell'art. 134 Codice dei contratti (prima art. 345 legge n. 2248/1865 all. F) disciplinante il recesso unilaterale della P.A. Tale 10%, inoltre, va ulteriormente ridotto al 5% se il ricorrente non dimostra di non aver potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, tenuti a disposizione in vista dell'aggiudicazione; in difetto di tale dimostrazione, è da ritenere, infatti, che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori o servizi, e di qui la decurtazione del risarcimento di una misura per *aliunde perceptum vel percipiendum*.

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 è per l'imprenditore più favorevole dell'impiego del capitale. Invero, si osserva, l'esecuzione dell'appalto potrebbe rendere all'impresa un utile minore del 10% dell'importo contrattuale e, in tal caso, il criterio presuntivo del 10% produrrebbe l'inaccettabile paradosso di consentire all'impresa non aggiudicataria di ottenere un vanataggio patrimoniale maggiore di quello che avrebbe conseguito tramite l'aggiudicazione della gara.

La decisione indicata in epigrafe sostiene la maggiore condivisibilità della prima delle tesi sopra riportate. In essa il Collegio ha precisato: *“L'appello principale è invece fondato nella parte in cui contesta la misura del risarcimento riconosciuto dalla sentenza impugnata alla impresa ricorrente per mancato guadagno nella percentuale del 10% dell'utile posto a base d'asta. Come sostenuto dall'appellante, tale misura non appare adeguata. La consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (per tutte, sez. VI, 21 settembre 2010, n. 7004) afferma che il mancato utile spetta, in caso di annullamento dell'aggiudicazione e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, nella misura integrale solo se il ricorrente dimostri di non aver potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, tenuti a disposizione in vista dell'aggiudicazione; in difetto di tale dimostrazione, è da ritenere che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori o servizi, e di qui la decurtazione del risarcimento di una misura per aliunde perceptum vel percipiendum. In secondo luogo, ai sensi dell'art. 1227 cod.civ., il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad*

*aggravare il danno. Nelle gare di appalto, l'impresa non aggiudicataria, ancorché proponga ricorso e possa ragionevolmente confidare che riuscirà vittoriosa, non può mai nutrire la matematica certezza che le verrà aggiudicato il contratto, atteso che sono molteplici le possibili sopravvenienze ostative. Pertanto, non costituisce, normalmente, e salvi casi particolari, condotta ragionevole immobilizzare tutti i mezzi di impresa nelle more del giudizio, nell'attesa dell'aggiudicazione in proprio favore, essendo invece ragionevole che l'impresa si attivi per svolgere altre attività. Di qui la piena ragionevolezza della detrazione, affermata dalla giurisprudenza, dal risarcimento del mancato utile, nella misura del 50%, sia dell'*aliunde perceptum*, sia dell'*aliunde percipiendum* con l'*originaria diligenza*. Inoltre, nel caso specifico, come sostiene l'Amministrazione appellante e riconosce la stessa sentenza impugnata, la ricorrente in primo grado non ha fornito alcuna prova puntuale di non aver potuto eseguire altrove incarichi lucrativi, nonostante la mancata aggiudicazione della gara, né ha fornito, di ciò, alcuna giustificazione plausibile, non valendo a tanto il generico calo di fatturato lamentato per l'anno 2007 (ed in tal senso infondato si appalesa l'appello incidentale proposto dalla impresa resistente, non essendo condivisibile l'asserita inapplicabilità del principio al settore degli appalti di forniture, al quale appare, invece, perfettamente attinente). Pertanto la somma spettante a Pedacta a titolo di risarcimento per lucro cessante deve essere determinata nel 10% dell'importo dell'offerta economica da quest'ultima presentata, ridotto al 5% tenendo conto dell'*aliunde perceptum* presumibile dell'impresa e secondo un criterio di riduzione in via equitativa sovente applicato nella giurisprudenza di questo Consiglio (sez. IV, 07 settembre 2010 , n. 6485; sez. VI, 9 marzo 2007 , n. 1114; sez. VI, 9 novembre 2006 n. 6607)".*