

OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA
AGGIORNATO AL 31 DICEMBRE 2011

MARIANNA CAPIZZI

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 28 dicembre 2011, n. 6951

Sui criteri di quantificazione del danno da mancata aggiudicazione, sulla colpa nella responsabilità extracontrattuale della Pubblica Amministrazione e sulla natura del provvedimento di aggiudicazione provvisoria.

Ricca di spunti critici e di argomenti di approfondimento la sentenza in esame. Le questioni che si agitano nella pronuncia del Collegio riguardano la materia degli appalti pubblici e, in particolare: il quantum risarcibile a fronte del danno da mancata aggiudicazione, la rilevanza o meno della colpa ai fini dell'accertamento della responsabilità della P.A., la natura endoprocedimentale del provvedimento di aggiudicazione provvisoria.

Come noto, in tema di gare, è possibile distinguere diversi tipi di danno risarcibile, a seconda del tipo di responsabilità che si configura in capo alla stazione appaltante.

Invero, 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 ove il danno risarcibile è costituito dal danno emergente, ossia dalle spese sostenute per partecipare, e dal lucro cessante, pari alle occasioni perse a causa dell'aver concorso ad una gara inutile, mentre non va risarcito l'interesse positivo, costituito dall'utile d'impresa derivante dalla stipulazione del contratto.

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

Se si 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.

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 dell'appalto; 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*.

Orbene, nella sentenza in esame il Consiglio di Stato ha riconosciuto in capo ad un'impresa alla quale era stato illegittimamente revocato l'atto di aggiudicazione provvisoria di una gara di appalto di servizi, sia il diritto di subentrare nel contratto per il rimanente periodo di efficacia del contratto medesimo, sia quello da mancata aggiudicazione. Il Collegio ha, infatti, anzitutto affermato la possibilità di dichiarare inefficace il contratto stipulato dalla stazione appaltante con l'impresa controinteressata e di far subentrare nel

medesimo l'impresa illegittimamente esclusa per la durata rimanente. Inoltre, con riferimento al periodo di mancata stipula del contratto, ha affermato di poter riconoscere all'impresa esclusa il risarcimento del mancato utile nella misura del 10% del prezzo offero, ridotto al 5% a titolo di aliunde perceptum vel percipiendum: *“Con riferimento alla misura del risarcimento del danno spettante all'appellante, è sufficiente osservare che, qualora la procedura fosse stata svolta correttamente, l'appalto avrebbe dovuto essere assegnato all'attuale appellante, illegittimamente dichiarata decaduta dalla disposta aggiudicazione provvisoria a suo favore. Pertanto, all'interessata compete il diritto al risarcimento dei danni costituiti dal mancato utile derivante dall'appalto in contestazione. Per la determinazione di tale somma, occorre avere riguardo al corrispettivo offerto dalla appellante. La misura dell'utile può essere equitativamente stimata nella misura del 5% dell'offerta, tenendo conto anche della presunzione di utilizzabilità delle risorse destinate all'esecuzione della fornitura in oggetto in altre operazioni commerciali. Al riguardo la Sezione ritiene di condividere il consolidato orientamento espresso dalla giurisprudenza (per tutte, Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 settembre 2010 n. 7004), secondo cui, in sede di risarcimento dei danni derivanti dalla mancata aggiudicazione di una gara di appalto, il mancato utile nella misura integrale spetta, nel caso di annullamento dell'aggiudicazione e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, 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, pertanto, in tale ipotesi deve operarsi una decurtazione del risarcimento di una misura per l'“aliunde perceptum vel percipiendum”.* Deve inoltre evidenziarsi che ai sensi dell'art. 1227 c.c., 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. Aggiungasi che nel caso che occupa va considerato che l'appellante, messa, a seguito di ordinanza cautelare, in condizione di subentrare nell'attività, ha comunicato di essere disponibile solo con mesi di ritardo. Di qui la piena ragionevolezza della detrazione, affermata dalla giurisprudenza, dal risarcimento del mancato utile, nella misura del 50% (rispetto al 10% del prezzo offerto), sia dell'"aliunde perceptum", sia dell'"aliunde percipiendum" con l'originaria diligenza. L'indicata misura del 5% dell'offerta comprende, equitativamente, anche il deprezzamento monetario".

Interessante, altresì, quanto precisato dal Collegio in punto di prova dell'elemento soggettivo della responsabilità extracontrattuale della stazione appaltante. Sull'argomento, di particolare rilievo sono stati i recenti interventi della Corte di Giustizia che, in molteplici pronunce, anche recenti, ha precisato il significato e la portata dei principi giuridici sanciti nell'ordinamento giuridico comunitario, indicando, nel contempo, i requisiti che devono connotare le discipline nazionali vertenti sul punto perché le stesse possano dirsi compatibili con la lettera e lo spirito della normativa europea.

Il primo intervento si è verificato nel 2004 ed, in dettaglio, nella sentenza della Corte di Giustizia 14 ottobre 2004 C-275/03 *Commissione c. Repubblica Portoghese* ove il giudice comunitario ha chiesto alla Repubblica Portoghese di modificare la normativa nazionale che subordinava alla prova della colpa o del dolo della P.A., fornita dal danneggiato, la concessione del risarcimento danni a favore dei soggetti lesi da una violazione del diritto comunitario sugli appalti pubblici e, successivamente, nella sentenza 10 gennaio 2008 C-70/06 *Commissione c. Repubblica Portoghese* ove, a fronte dell'inerzia opposta dalla medesima, ha rilevato la violazione degli obblighi che su di essa incombono a norma dell'art. 228 n. 1, Ce, in considerazione del tenore della direttiva n. 89/665 sui mezzi di ricorso esperibili in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici.

In entrambe le pronunce citate la Corte di Giustizia ha affermato il principio per cui, con riferimento alle controversie in tema di appalti pubblici, è incompatibile con il diritto europeo (segnatamente con la direttiva 89/665/CEE) la disciplina nazionale che pone a carico del danneggiato la prova della colpa o del dolo “dei titolari degli organi e degli agenti amministrativi” che, nella loro attività, hanno violato la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici, poiché, in questo modo, il soggetto leso da un atto illegittimo rischia di essere privato della possibilità di essere risarcito per il pregiudizio causato dal provvedimento o di ottenerlo tardivamente a motivo del fatto che non è in grado assolvere l’onere risarcitorio in questione.

Il suddetto orientamento giurisprudenziale è stato diversamente recepito dai giudici amministrativi.

In particolare, i sostenitori della tesi della responsabilità della P.A. come responsabilità da contatto “amministrativo” qualificato hanno valorizzato le pronunce su menzionate rilevando come l’applicazione del regime disciplinatorio proprio della responsabilità contrattuale, segnato dalla presunzione relativa di colpa a carico della P.A., a fronte della asserita illegittimità della condotta tenuta, rendesse lo schema del contatto amministrativo qualificato più idoneo di quello extracontrattuale a garantire la compatibilità della disciplina nazionale con la effettività della tutela risarcitoria come propugnata dalle pronunce della giurisprudenza comunitaria.

L’impostazione appena divisata è stata contestata dai sostenitori della natura aquiliana della responsabilità della P.A., i quali hanno evidenziato come i giudici comunitari con le pronunce del 2008 avessero inteso sanzionare lo Stato del Portogallo per aver subordinato la condanna al risarcimento dei soggetti lesi dalle violazioni delle disposizioni comunitarie, regolanti la materia dei pubblici appalti, alla allegazione della prova, da parte degli stessi danneggiati, del carattere colposo o doloso della violazione medesima, senza tuttavia, porre in dubbio la necessità che il carattere colposo della condotta amministrativa dovesse essere puntualmente accertato. Ciò premesso, tale ultimo indirizzo ha ritenuto compatibile con i principi comunitari in tema di responsabilità un sistema che, pur muovendo dal paradigma aquiliano, alla

stregua del quale è a carico del danneggiato l'onere di provare i diversi elementi strutturali della responsabilità (elemento soggettivo incluso), consente al privato danneggiato di utilizzare presunzioni semplici, che ammettono la prova contraria e, dunque, che pongono sostanzialmente a carico della P.A. l'onere di *“dimostrare l'esistenza di un errore scusabile, senza alcuna lesione, quindi, dei principi comunitari”*.

Rispetto alla posizione espressa dalle richiamate pronunce, la Corte di Giustizia con la sentenza *Graz Stadt* del 30 settembre 2010 ha assunto un orientamento ancora più “eversivo”.

Difatti, mentre le precedenti pronunce tendevano a stigmatizzare il profilo del riparto dell'onere della prova della colpa del contegno amministrativo (segnatamente la circostanza che gravasse sull'offerente danneggiato la prova del carattere colpevole della condotta illegittimamente tenuta dall'amministrazione aggiudicataria), diversamente, con la sentenza in rassegna, i giudici comunitari sembrano indugiare sul profilo eminentemente strutturale della responsabilità della P.A. Nella sentenza citata, invero, il giudice comunitario, pronunciandosi in materia di violazione di norme comunitarie e nazionali relative a pubblici appalti, schiude nuove prospettive di tutela in tema di responsabilità della P.A., decretando il contrasto con il diritto comunitario di quelle normative nazionali che finiscono per subordinare il risarcimento del danno, cagionato dall'Amministrazione aggiudicatrice che abbia violato la normativa in materia di appalti pubblici, al carattere “colpevole” della violazione della medesima, precisando che non sono ammesse né presunzioni di colpevolezza in capo all'Amministrazione né la possibilità di far valere un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata. Più in dettaglio, la Corte di Giustizia, movendo dall'esame della normativa comunitaria che impone agli Stati membri l'adozione di mezzi di tutela idonei a garantire sul territorio nazionale il rispetto della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici, perviene alla conclusione di escludere la possibilità di ritenere compatibile con la lettera e la *ratio* della normativa in questione qualunque normativa nazionale che subordini il

risarcimento del ricorrente alla prova del carattere colpevole della violazione amministrativa.

I giudici amministrativi nazionali si sono rivelati disposti ad accogliere la tesi in questione, sebbene la stessa sia di segno esattamente opposto rispetto a quanto fino a questo momento invalso nell'orientamento prevalente. La sentenza in esame ne è un esempio. In essa il Collegio afferma: *“Aggiungasi che non sussiste comunque alcuna necessità di accertare la componente soggettiva dell'illecito, sulla base dei più recenti indirizzi della giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sezione III 30 settembre 2010, n. C- 314/09, secondo la quale, la direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata)”*.

Degna di nota, altresì, la precisazione operata dal Collegio in punto di qualificazione del provvedimento di aggiudicazione provvisoria.

Una delle più importanti novità introdotte dal Codice degli Appalti pubblici è stata l'espressa previsione dell'articolazione della fase dell'aggiudicazione in provvisoria e definitiva. L'articolo 11 prevede, infatti, che: *“... 4. Le procedure di affidamento selezionano la migliore offerta, mediante uno dei criteri previsti dal presente codice. Al termine della procedura è dichiarata l'aggiudicazione provvisoria a favore del miglior offerente. 5. La stazione appaltante, previa verifica dell'aggiudicazione provvisoria ai sensi dell'articolo 12, comma 1,*

provvede all'aggiudicazione definitiva". L'aggiudicazione provvisoria, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, è atto della Commissione di gara con cui essa individua l'offerta migliore secondo il criterio di selezione adottato e chiude la procedura di valutazione delle offerte. L'aggiudicazione definitiva, invece, è l'atto adottato dal competente organo della stazione appaltante, previo controllo e approvazione degli atti del seggio di gara. Si tratta di un atto non meramente confermativo o esecutivo dell'aggiudicazione provvisoria, in quanto anche qualora ne condivide e ne recepisce interamente i risultati, presuppone una nuova e autonoma valutazione da parte dell'organo competente alla sua adozione.

La disciplina che connota l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva è stata più volte e sotto più profili oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza amministrativa. Per quanto qui maggiormente interessa, è unanime l'opinione giurisprudenziale volta ad affermare la non necessità di comunicare l'avvio del procedimento in caso di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione provvisoria in quanto la fase procedimentale di scelta del contraente si conclude solo con il provvedimento di aggiudicazione definitiva, per cui l'impresa provvisoriamente aggiudicataria non vanta una posizione giuridicamente qualificata, ma solo una mera aspettativa alla conclusione del procedimento. Ciò comporta che nelle procedure di appalto di opere pubbliche l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria non deve essere preceduto dalla comunicazione dell'avvio del procedimento, inserendosi nell'unica serie procedimentale in corso, non ancora conclusasi e che l'aggiudicazione definitiva non è atto meramente esecutivo e confermativo dell'aggiudicazione provvisoria, ma atto che, pur quando recepisce in toto i risultati dell'aggiudicazione provvisoria, contiene comunque una nuova e autonoma valutazione rispetto a quella provvisoria, pur facendo parte della stessa sequenza procedimentale. Conferma il riferito orientamento anche la sentenza in epigrafe che stabilisce: *“Posto che nel caso di specie era stata disposta la revoca non di una aggiudicazione definitiva, ma provvisoria, va osservato che questa ha natura di atto endoprocedimentale, inserendosi nell'ambito della procedura di scelta del contraente come momento, se pur necessario, non*

decisivo, perché la individuazione definitiva del concorrente cui affidare l'appalto risulta cristallizzata soltanto con l'aggiudicazione definitiva; pertanto, versandosi ancora nell'unico procedimento iniziato con l'istanza di partecipazione alla gara e vantando in tal caso l'aggiudicatario provvisorio solo una aspettativa alla conclusione del procedimento, non si impone la comunicazione di avvio del procedimento di annullamento in autotutela (Consiglio Stato, sez. V, 08 marzo 2011, n. 1446)''.