

Il risarcimento del danno spettante ad un'impresa illegittimamente esclusa dall'aggiudicazione di una gara nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato

1.1. Premessa

Il Consiglio di Stato è più volte intervenuto sulla questione del risarcimento del danno spettante ad un'impresa illegittimamente esclusa dall'aggiudicazione di una gara, ancorché il contratto di appalto sia stato stipulato ed, in parte, già eseguito¹.

Più recentemente i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che le imprese escluse possano ottenere oltre al risarcimento per il danno patrimoniale subito anche il risarcimento del danno per la lesione all'immagine e ciò in quanto esso non può essere considerato appannaggio esclusivo della persona fisica ma deve essere riconosciuto anche alle persone giuridiche.

1.2. Il risarcimento per il danno patrimoniale

Come è noto, in base all'orientamento giurisprudenziale prevalente, per quanto concerne le prestazioni contrattuali già eseguite, l'impresa può esclusivamente ottenere un risarcimento del danno in forma economica.

Per quanto attiene alle prestazioni contrattuali ancora da eseguire, l'intervenuta stipula del contratto non impedisce in alcun modo la condanna della stazione appaltante ad un risarcimento in forma specifica, rappresentato dal subentro dell'impresa vittoriosa nel contratto stesso².

Per ciò che concerne la possibilità dell'impresa vittoriosa se procedere al subentro nel contratto di appalto, al fine di proseguire nel rapporto contrattuale fino al suo esaurimento, ovvero se optare per il risarcimento del danno per equivalente monetario anche in relazione alla parte del contratto non eseguita i giudici di Palazzo Spada hanno recentemente ritenuto che se l'interesse originario dell'impresa era indirizzato all'esecuzione dell'appalto per il suo complessivo valore, come identificato dal bando di gara la sua esecuzione per un periodo di durata inferiore, invece, introducendo nuove condizioni economico-organizzative, implica, conseguentemente, un impegno di mezzi ed attrezzature ed un livello di remunerazione diversi rispetto all'offerta presentata in sede di gara, talché l'esecuzione parziale potrebbe non essere obiettivamente soddisfacente del danno subito dall'impresa per la mancata aggiudicazione³.

Sulla base di tali argomentazioni viene riconosciuta all'impresa vittoriosa la possibilità di scegliere per il solo risarcimento economico del danno, rinunciando al subentro nel contratto. Nella pronuncia vengono, infine, precisati i criteri in base ai quali la stazione appaltante dovrà effettuare la proposta di pagamento a titolo risarcitorio, riassumibili come segue:

- nel caso in cui l'impresa 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 ricorrente⁴;

- 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.

1.3. Il riconoscimento del danno esistenziale

Ultimamente il Consiglio di Stato è andato ancora più a fondo sull'argomento approfondendo tutte le forme risarcitorie concesse alle imprese illegittimamente escluse da gara, rinvenendole nei tradizionali mezzi di reintegrazione in forma specifica e risarcimento per equivalente⁵.

In ossequio a principi di derivazione anche comunitaria va privilegiata, ove possibile (se del caso previa presa d'atto della caducazione di rapporti eventualmente costituiti per sostituire quello revocato) la reintegrazione in forma specifica.

Nell'ipotesi in cui la reintegrazione in forma specifica non sia possibile, occorre condannare al risarcimento per equivalente⁶.

1.4. Criteri di quantificazione del danno

L'importo della commessa da assumere a base del calcolo dell'entità del risarcimento andrebbe identificato, secondo i giudici amministrativi, nell'intero importo del contratto per il periodo previsto più il solo 80% dell'importo degli ulteriori tre anni previsti sia in sede di gara che dal contratto: a tale decurtazione equitativa si può pervenire tenuto anche conto del dato che la prosecuzione del rapporto per un ulteriore triennio, pur non essendo tecnicamente vincolata, era legata al verificarsi di presupposti che la rendevano pressoché scontata (id est, mantenimento del prezzo pattuito tre anni prima).

Il danno emergente è costituito dalle spese e dai costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla procedura. Viene fissato in via equitativa un risarcimento pari al 2% del valore dell'appalto, beninteso come sopra quantificato.

Il danno per lucro cessante viene individuato nel 10% del valore dell'appalto.

Infine viene riconosciuto un importo pari al 3% del valore dell'appalto a titolo di perdita di chance, legata alla impossibilità di far valere, nelle future contrattazioni, il requisito economico pari al valore dell'appalto non eseguito⁷.

Ai fini dell'integrale ristoro della sfera patrimoniale va, da ultimo, riconosciuto un ulteriore importo, equitativamente individuato nel 3% del valore dell'appalto, per il mancato ammortamento di attrezzature e macchinari. Le somme così liquidate costituiscono debito di valore, per cui va progressivamente effettuata la rivalutazione e poi applicati gli interessi dalla data della risoluzione fino al deposito della sentenza. La somma dovuta, dalla data di deposito e fino al soddisfo, costituisce debito di valuta, per cui sulla stessa dovranno essere corrisposti i soli interessi legali.

1.5. Il danno all'immagine

La recentissima sentenza del Consiglio di Stato numero 491 del 12 febbraio 2008 ha, come si è detto in preambolo, riconosciuto il risarcimento del danno all'immagine anche alle persone giuridiche in quanto danno esistenziale che trae fondamento dall'art. 2 della Costituzione e che va riconosciuto tanto a persone fisiche che giuridiche a prescindere dal risarcimento in forma specifica. L'istituto di cui all'art. 35, secondo comma, del d.lgs. 80/98, secondo i giudici amministrativi demanda alle Amministrazioni di formulare nel termine di 180 giorni una proposta di risarcimento che tenga conto delle conseguenze pregiudizievoli che un'informativa prefettizia negativa nonché la revoca di un appalto regolarmente aggiudicato sono suscettibili di arrecare alla sfera giuridica di un'impresa, dal punto di vista della sua esistenza e della sua capacità di operare sul mercato. Trattandosi di debito di valore, le somme individuate, previamente rivalutate, devono essere maggiorate degli interessi legali.

Dott. Antonello Floris

¹ Con la sentenza della VI sezione 25 gennaio 2008, n. 213.

² da ultimo, Cons. Stato, VI, n. 1523/2007 e Cass. Civ., I, n. 7481/2007

³ sentenza della VI sezione 25 gennaio 2008, n. 213. cit. Ad avviso del supremo collegio, peraltro, la possibilità di optare per il risarcimento per equivalente e di rifiutare l'esecuzione solo parziale del contratto deriverebbe anche dall'applicazione di un principio di carattere generale, desumibile dall'art. 1181 c.c., secondo cui il creditore (nella specie: l'impresa illegittimamente esclusa dall'aggiudicazione) 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).

⁴La percentuale del 10% viene peraltro giustificata quale utile presuntivo dell'utile economico che sarebbe derivato all'impresa dall'esecuzione dell'appalto (Cons. Stato, IV, 6 luglio 2004 n. 5012).

⁵ Sentenza Consiglio di Stato, V sezione 12 febbraio 2008 numero 491

⁶ L'importo della commessa da assumere a base del calcolo dell'entità del risarcimento va identificato nell'intero importo del contratto per il periodo previsto più il solo 80% dell'importo degli ulteriori tre anni previsti sia in sede di gara che dal contratto: a tale decurtazione equitativa si può pervenire tenuto anche conto del dato che la prosecuzione del rapporto per un ulteriore triennio, pur non essendo tecnicamente vincolata, era legata al verificarsi di presupposti che la rendevano pressoché scontata (id est, mantenimento del prezzo pattuito tre anni prima).

⁷ Sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5592