

Escluso l'utilizzo dell'art. 345 della legge n. 2248/1865 all. F (risarcimento del danno pari al 10% dell'offerta presentata) ove non sia fornito un principio di prova sulle opportunità alternative alle quali l'interessato ha dovuto rinunciare

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

L'art. 345 della L. n. 2248/1865, all. F ora riprodotto dall'art. 122 del regolamento emanato con dpr n. 554/99), è applicabile solo nel caso in cui "l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare le maestranze ed i mezzi, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi nell'ipotesi in cui l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri analoghi lavori o di servizi o di forniture, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità; il risarcimento può essere ridotto in via equitativa, in misura pari al 5% dell'offerta dell'impresa

Merita di essere riportato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 23 del 9 gennaio 2009, emessa dal Consiglio di Stato

Al riguardo si rileva che, come già precisato da questa sezione (C.S. n. 6302/04), l'utile economico che sarebbe derivato dall'esecuzione dell'appalto e che, come rilevato in primo grado, sarebbe spettato sicuramente all'impresa ricorrente e che la giuri-sprudenza riconosce nella misura del 10% (con riferimento all'art. 345 della L. n. 2248/1865, all. F ora riprodotto dall'art. 122 del regolamento emanato con dpr n. 554/99), è applicabile solo nel caso in cui "l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare le maestranze ed i mezzi, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi. Nel caso in cui, invece, tale dimostrazione non sia stata offerta - come nella specie è avvenuto - è da ritenere che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri analoghi lavori o di servizi o di forniture, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità; in tale ipotesi il risarcimento può essere ridotto in via equitativa, in misura pari al 5% dell'offerta dell'impresa (cfr. Cons. St., 8 luglio 2002, n. 3796; Cons. St., Sez. V, 24 ottobre 2002, n. 5860; v. pure Cons. St., Sez. V, 18 novembre 2002, n. 6393, che esclude l'utilizzo dell'art. 345 della legge n. 2248/1865 all. F ove non sia fornito un principio di prova sulle opportunità alternative alle quali l'interessato ha dovuto rinuncia-

re).”(cfr sent. cit.)

In relazione a quanto esposto, l’appello va accolto in parte, nei sensi di cui motivazione.

In relazione alle questioni dedotte in causa il collegio ritiene di dover compensare le spese del doppio grado di giudizio.

Giurisprudenza correlata

la giurisprudenza riconosce la spettanza nella sua interezza dell’utile di impresa nella misura del 10% qualora l’impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare le maestranze ed i mezzi

la giurisprudenza riconosce la spettanza nella sua interezza dell’utile di impresa nella misura del 10% qualora l’impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare le maestranze ed i mezzi, lasciati disponibili, per l’espletamento di altri servizi: ove tale dimostrazione non sia stata offerta è da ritenere che l’impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri analoghi lavori o di servizi o di forniture (anche per servizi e forniture essendo ritenuti estensibili i criteri ora detti), così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità; in tale ipotesi il risarcimento può essere ridotto in via equitativa, in misura pari al 5% dell’offerta dell’impresa

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 6302 del 27 settembre 2004 estende, anche agli appalti di servizi, il valore del risarcimento del danno da riconoscere alle imprese a seguito di un provvimento illegittimo e ci insegna che:

In proposito, va, invero, rilevato (cfr. tra le altre, sul punto, Sezione IV, 27 ottobre 2003, n. 6666) che il lucro cessante di cui qui si discute, vale a dire l’utile economico che sarebbe derivato dall’esecuzione dell’appalto in caso di aggiudicazione non avvenuta per illegittimità dell’azione amministrativa - generalmente reputato pari al 10% del valore dell’appalto, criterio cui fa riferimento la giurisprudenza in applicazione analogica dell’art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F, sulle opere pubbliche, ora sostanzialmente riprodotto dall’art. 122 del regolamento emanato con D.P.R. n. 554/99, che quantifica in tale misura il danno risarcibile a favore dell’appaltatore in caso di recesso della P.A. (ciò sia allo scopo

di avviare ad indagini alquanto difficoltose ed aleatorie sia allo scopo di cautelare la P.A. da eventuali richieste di liquidazioni eccessive) - la giurisprudenza riconosce la spettanza nella sua interezza dell'utile di impresa nella misura del 10% qualora l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare le maestranze ed i mezzi, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi. Nel caso in cui, invece, tale dimostrazione non sia stata offerta - come nella specie è avvenuto - è da ritenere che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera **per lo svolgimento di altri analoghi lavori o di servizi o di forniture (anche per servizi e forniture essendo ritenuti estensibili i criteri ora detti)**, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità; in tale ipotesi il risarcimento può essere ridotto in via equitativa, in misura pari al 5% dell'offerta dell'impresa.>

ma non solo

Sulle somme così liquidate, che riguardano tutte il risarcimento del danno e che consistono, perciò, in un debito di valore, deve riconoscersi la rivalutazione monetaria, secondo gli indici ISTAT, da computarsi dalla data della stipula del contratto da parte dell'impresa che è rimasta illegittimamente aggiudicataria e fino alla data di deposito della presente decisione (data quest'ultima che costituisce il momento in cui, per effetto della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta).

Il debito di valore

E' pacifica la natura di debito di valore dell'importo del risarcimento del danno da responsabilità extra contrattuale, e quindi il relativo credito va maggiorato degli accessori destinati a conservarne la consistenza.

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 3796 dell' 8 luglio 2002 ci insegna che:

La giurisprudenza amministrativa, confortata dall'avviso della Corte di Cassazione (Sez. I Civ. n. 1115 del 1995), ha ritenuto, infatti, che, sebbene sia previsto per l'ipotesi di esercizio da parte della amministrazione committente della facoltà di recesso, e quindi per pregiudizio da atto legittimo, la corresponsione del 10% come utile presunto possa essere utilizzato come parametro del lucro cessante dell'appaltatore anche nelle ipotesi di responsabilità risarcitoria per inadempimento.

Il riferimento all'inadempimento rende, poi, irrilevante che nella specie si trattasse di un appalto di servizi e non di opera pubblica, come sottolineato dall'Amministrazione.

Merita invece accoglimento la doglianza con la quale si lamenta che la decisione non rechi la statuizione relativa alla condanna al pagamento degli interessi e della svalutazione monetaria sulla somma dovuta a titolo risarcitorio. **E' pacifica la natura di debito di valore dell'importo del risarcimento del danno da responsabilità extra contrattuale, e quindi il relativo credito va maggiorato degli accessori destinati a conservarne la consistenza.**

Il computo degli interessi e della svalutazione va effettuato con decorrenza dalla data di inizio del servizio da parte della impresa originariamente aggiudicataria, a seguito del provvedimento successivamente annullato

Eccezionale negli appalti di servizi il ricorso alla trattativa privata

Una mera indagine conoscitiva non presuppone un obbligo a contrarre, lasciando libera la stazione appaltante di intraprendere idonea procedura concorrenziale

Illegittima individuazione del contraente - necessità di comparazione di carattere organizzativo e non solo esclusivamente economico - utilizzazione dei servizi di una società mista a prevalente capitale pubblico, costituita da un Consorzio di Comuni - per ragioni di economia - normali criteri di contabilità pubblica

Non corretta individuazione della procedura - modello della trattativa privata senza previa pubblicazione di un bando di gara - scelta non conforme direttiva comunitaria né legislazione nazionale di recepimento

Risarcimento del danno - solo se si crea un affidamento di sicura consistenza in merito al rinnovo contrattuale - utile d'impresa quantificabile nel 10% del prezzo offerto - dovuto previa dimostrazione, dopo averli lasciati all'uopo disponibili, della non utilizzazione di mezzi e maestranze - ridotta l'entità del risarcimento per possibile riutilizzo

Così nella massima ufficiale di Consiglio di Stato, sez. V, 24 ottobre 2002, n. 5860

Le norme comunitarie sugli appalti di servizi (direttiva 92/50/CEE) e a quelle nazionali di recepimento (d.lgs.n.157/1995 e successive modifiche e integrazioni) ammettono il ricorso alla trattativa privata, non preceduta dalla pubblicazione di un bando, solo in ipotesi eccezionali.

Ben può l'Amministrazione, prima di definire le proprie scelte, chiedere all'affidatario uscente se e a quali condizioni di maggior favore potrebbe eventualmente accettare il rinnovo contrattuale, senza dovere, per ciò solo, poi assumere puntuali determinazioni di ritiro degli atti a ciò preordinati qualora ritenga di non avvalersi più di tale prestatore di servizi, trattandosi, in questo caso, di mera indagine conoscitiva; sicché, una volta conosciute le condizioni offerte, è libera di valutarle sia ai fini della loro accettazione, sia per determinarsi diversamente, eventualmente attraverso una apposita procedura concorrenziale; con la conseguenza che nessuna certezza di affidamento poteva ricondursi alla richiesta anzidetta.

inoltre in tema di risarcimento del danno, utile appare il seguente pensiero:

Al contempo, l'eventuale utile d'impresa, normalmente quantificabile nel 10% del prezzo offerto, potrebbe essere riconosciuto spettante nella sua interezza se e in quanto l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi; nella specie, nessuna dimostrazione è stata offerta in tal senso, sicché è da ritenere che, in effetti, l'appellante possa avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri, analoghi servizi, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità.

In questa situazione, sembra potersi equitativamente riconoscere spettante un compenso per una percentuale globale del 5% dell'offerta dalla stessa appellante formulata>

Il criterio forfetario di cui all'art.345 della legge n.2248 del 1865,all.F e all'art.122 del dpr n.544 del 21.12.1999, non è utilizzabile per il solo fatto che l'aggiudicazione è stata annullata:

soccorre in quanto non si riesca a determinare in modo attendibile un danno per la cui quantificazione deve comunque essere offerto qualche principio
di prova in ordine alle opportunità alternative alle quali l'impresa in questione ha dovuto rinunciare

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 6393 del 18 novembre 2002 in tema di riconoscimento del danno da parte della pa, ci insegna che:

la quantificazione presuntiva della perdita di possibilità alternative, a cui ha fatto ricorso il giudice di prime cure, applicando l'art.345 della legge n.2248 del 1865,all.F e l'art.122 del dpr n.544 del 21.12.1999, (determinazione forfettaria del profitto normalmente conseguibile) non prescinde dalla necessità di fornire un principio

di prova in ordine a tale perdita di possibilità alternative. Questo criterio forfetario , in altri termini, non è utilizzabile per il solo fatto che l'aggiudicazione è stata annullata: soccorre in quanto non si riesca a determinare in modo attendibile un danno per la cui quantificazione deve comunque essere offerto qualche principio

di prova in ordine alle opportunità alternative alle quali l'impresa in questione ha dovuto rinunciare.

Così nella massima ufficiale:

18/11/2002 200206393

Consiglio di Stato, sez. V, 18 novembre 2002, n. 6393

RISARCIMENTO DEL DANNO

Nel giudizio amministrativo, la declaratoria giurisdizionale della illegittimità di un atto amministrativo non costituisce un elemento sul quale la parte interessata può innestare una domanda di risarcimento del danno, senza dare puntuale e ragionevole dimostrazione del rapporto di causa ed effetto che si instaura

tra atto illegittimo e danno , senza fornire una sua plausibile quantificazione. (vedi: *****, V sez.n3863 dell'11 luglio 2001) e , quindi, senza cercare di ricostruire gli elementi che configurano un comportamento colpevole di tale gravità, tenuto anche conto del contesto in cui si sviluppa l'azione amministrativa, da rendere risarcibile il danno proprio in quanto sussiste la colpa dalla pubblica amministrazione, sul piano della violazione delle regole di normale diligenza e perizia amministrativa.(C d S. n.6281,VI sez, del 18 dicembre 2001). In sostanza non è possibile costruire uno schema di automatica equivalenza giuridica tra annullamento di un atto amministrativo, comportamento illegittimo della pubblica amministrazione e risarcibilità del danno ingiusto ricevuto dal soggetto destinatario degli effetti lesivi dell'atto annullato. Il risarcimento presuppone la ricostruzione: a) del nesso causale tra atto annullato e danno, b) la ragionevole quantificabilità del danno;c) l'enucleazione di un elemento di colpa che emerge in quanto l'errore commesso dall'apparato amministrativo non sia scusabile , tenuto anche conto del contesto in cui si è sviluppata l'azione amministrativa (***** n.3169,IV sez. 14 giugno 2001).

A cura di *****

N. 23/09
REG. DEC.

N.6124 REG. RIC.

ANNO: 2007

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale

Quinta Sezione

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 6124/2007 del 20/07/2007, proposto dalla REGIONE PUGLIA rappresentato e difeso dall'avv. ***** con domicilio eletto in Roma, VIA BRESCIA N. 29 presso l'avv. *****

contro

la sig.ra ALFA LUISA GIACOMINA non costituitasi;

la sig.ra BETA ***** non costituitasi;

il sig. BETA GIUSEPPE non costituitosi;

per la riforma

della sentenza del TAR PUGLIA - BARI :Sezione I n. 1015/2007, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE LAVORI DI COSTRUZIONE AMBULATORIO SPECIALISTICO;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 15 Aprile 2008, relatore il Consigliere ***** ed uditi, altresì, l'avvocato ***** per delega dell'avvocato *****;

FATTO

Il dante causa degli odierni ricorrenti, già vincitore di una gara per la costruzione di un ambulatorio specialistico, era stato illegittimamente escluso dalla stessa, come accertato dal giudice di primo grado con sentenza n. 488/91.

Successivamente, con sentenza di ottemperanza n. 1156/93 veniva disposto l'obbligo dell'amministrazione di conformarsi al giudicato, che doveva concretarsi "nell'adozione di un atto di aggiudicazione in favore della ditta ricorrente".

Non essendo stato possibile procedere a tale aggiudicazione per la morte del ricorrente e non essendo possibile trasmettere il contratto agli eredi, avendo questo ad oggetto un "facere" per il quale risultava essenziale "l'intuitu personae", gli stessi chiedevano il risarcimento del danno, che veniva quantificato, con sentenza del Tar Puglia n. 1015/07, nella percentuale del 10% del valore dell'appalto così come ribassato, a suo tempo, dall'offerta del ricorrente.

Avverso tale sentenza propone appello la Regione Puglia, che sostiene i vizi di violazione e falsa applicazione dell'art. 2043 c.c., mancanza di colpa dell'amministrazione e difetto di motivazione in quanto la sentenza, nel disporre l'obbligo di conformarsi al giudicato, aveva fatto salve "eventuali sopravvenienze che impediscano l'esecuzione della sentenza nei termini prospettati", come, in effetti, è avvenuto per la sopravvenuta mancanza di fondi disponibili.

In subordine, si sostiene l'eccessiva onerosità della somma corrisposta a titolo di risarcimento, riferita al 10% dell'offerta, sostenendosi che l'impresa non avrebbe dimostrato la mancata utilizzazione, nel periodo di riferimento, delle maestranze e dei mezzi per lo svolgimento di altri lavori.

DIRITTO

L'appello deve ritenersi parzialmente fondato.

Va respinto il primo motivo di appello, riferito alla sopravvenuta mancanza di fondi disponibili per far fronte ai programmati lavori, come sarebbe desumibile dalle note n. 12864/90 e n. 5717/96 dell'Assessorato ai Lavori Pubblici, da cui risultava la mancata concessione del mutuo per il finanziamento dell'opera; tali note, infatti, risultano essere rimaste atti interni dell'amministrazione, non essendo richiamato, agli atti, alcuna eccezione o provvedimento da cui possa desumersi la comunicazione, all'impresa interessata, di una tale sopravvenienza, lesiva dell'interesse della ricorrente e che avrebbe potuto costituire oggetto di specifica impugnazione.

L'eccezione deve, pertanto, ritenersi inammissibile.

Va, invece, accolto il secondo motivo di appello.

Al riguardo si rileva che, come già precisato da questa sezione (C.S. n. 6302/04), l'utile economico che sarebbe derivato dall'esecuzione dell'appalto e che, come rilevato in primo grado, sarebbe spettato sicuramente all'impresa ricorrente e che la giurisprudenza riconosce nella misura del 10% (con

riferimento all'art. 345 della L. n. 2248/1865, all. F ora riprodotto dall'art. 122 del regolamento emanato con dpr n. 554/99), è applicabile solo nel caso in cui "l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare le maestranze ed i mezzi, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi. Nel caso in cui, invece, tale dimostrazione non sia stata offerta - come nella specie è avvenuto - è da ritenere che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri analoghi lavori o di servizi o di forniture, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità; in tale ipotesi il risarcimento può essere ridotto in via equitativa, in misura pari al 5% dell'offerta dell'impresa (cfr. Cons. St., 8 luglio 2002, n. 3796; Cons. St., Sez. V, 24 ottobre 2002, n. 5860; v. pure Cons. St., Sez. V, 18 novembre 2002, n. 6393, che esclude l'utilizzo dell'art. 345 della legge n. 2248/1865 all. F ove non sia fornito un principio di prova sulle opportunità alternative alle quali l'interessato ha dovuto rinunciare)."(cfr sent. cit.)

In relazione a quanto esposto, l'appello va accolto in parte, nei sensi di cui motivazione.

In relazione alle questioni dedotte in causa il collegio ritiene di dover compensare le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso 6124/07, meglio specificato in epigrafe, lo accoglie in parte, nei sensi di cui in motivazione; compensa tra le parti, le spese del doppio grado del giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 15 Aprile 2008 con l'intervento dei seguenti magistrati:

Pres. *****

Cons. *****

Cons. *****

Cons. *****

Cons. *****.

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to *****

f.to *****

IL SEGRETARIO

f.to *****

<https://www.diritto.it/escluso-l-utilizzo-dell-art-345-della-legge-n-22481865-all-f-risarcimento-del-danno-pa-ri-al-10-dell-offerta-presentata-ove-non-sia-fornito-un-principio-di-prova-sulle-opportunita-alternative-all/>