

## **Deve in definitiva considerarsi preferibile il diverso indirizzo, recentemente espresso dal Consiglio di Stato che esige la prova rigorosa, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicatari**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

In base al principio generale sancito dall'art. 2697 c.c, ai fini del risarcimento dei danni provocati da illegittimo esercizio del potere amministrativo, il ricorrente deve fornire in modo rigoroso la prova dell'esistenza del danno, non potendosi invocare il principio acquisitivo perché tale principio attiene allo svolgimento dell'istruttoria e non all'allegazione dei fatti

E' sì pacifica la possibilità di ricorrere alle presunzioni semplici ex art. 2729 c.c. per fornire la prova del danno subito e della sua entità, ma è comunque obbligatorio, allegare circostanze di fatto precise:il Consiglio di Stato ha più volte ribadito l'orientamento in base al quale è inammissibile e comunque infondata la domanda risarcitoria formulata in maniera del tutto generica senza alcuna allegazione dei fatti costitutivi

Neanche si può ricorrere alla valutazione equitativa del danno ex art. 1226 c.c., come richiesto nella memoria depositata in data 12.06.2009, perché tale norma presuppone l'impossibilità di provare l'ammontare preciso del pregiudizio subito.

Non sfugge a questo Collegio, l'orientamento secondo cui al fine di quantificare il lucro cessante subito dall'impresa per la mancata aggiudicazione di un appalto (ovvero il mancato utile che avrebbe ritratto dal contratto), sarebbe ammissibile liquidare, a titolo di danno presunto ed in via equitativa, una percentuale pari al 10% del prezzo a base d'asta. Ma, aderendo ad opposto orientamento espresso di recente dalla V Sezione del Consiglio di Stato (con la più volte citata sentenza 6 aprile 2009 n. 2143), ritiene questa Sezione di accogliere diversa tesi.

Da un lato è difatti indiscutibile che nell'ambito delle controversie aventi ad oggetto aggiudicazioni di gare di appalto, non sono configurabili sempre e comunque interessi legittimi la cui tutela porti ad un risultato garantito; in altre parole, la lesione di tali interessi, accertata nel giudizio di legittimità, non conduce necessariamente in via immediata e diretta all'aggiudicazione della gara in favore dell'impresa ricorrente.

Dall'altro, per quanto concerne la determinazione del quantum del risarcimento, non può ritenersi corretto il ricorso al criterio del c.d. 10%, mutuato da alcune disposizioni in materia di lavori pubblici, che riguardano però altri istituti, come l'indennizzo dell'appaltatore nel caso di recesso dell'amministrazione committente (art. 345 legge n. 2248/1865, all. F) oggi abrogato, art. 134 d.lgs. 163/2006).

Tale tecnica risarcitoria, utilizzata anche di recente da questa Sezione, che intende quindi rivedere il proprio orientamento, sconta il difetto di indurre, come è accaduto, a trovare correttivi quali la decurtazione del risarcimento ove l'impresa non dimostri di non aver potuto utilizzare diversamente le maestranze ed i propri mezzi per l'espletamento di altri servizi.

**In applicazione dei principi sinora esposti va in definitiva rilevato rispetto al caso di specie:**

**1) pur con l'annullamento dell'aggiudicazione all'impresa dichiarata vincitrice, non può essere affermato che l'impresa ricorrente avesse diritto all'aggiudicazione; in ogni caso, anche se la pronuncia di annullamento fosse stata resa subito dopo lo svolgimento della gara, si sarebbe dovuto attendere lo svolgimento della successiva azione amministrativa conseguente al giudicato;**

**2) l'impresa ricorrente si è limitata ad invocare la liquidazione equitativa del danno e non ha allegato specifici e circostanziati indici fattuali che consentissero, ad esempio, il ricorso a perizie contabili integrative;**

**3) non è ammissibile una domanda di condanna generica; il ricorso alla sentenza sui criteri di liquidazione del danno presuppone che sia stata accertata l'esistenza del danno stesso e che il giudice sia in grado di individuare i criteri generali che saranno di guida per la formulazione dell'offerta da parte dell'Amministrazione;**

**4) non può essere invocata neppure la consulenza tecnica d'ufficio, perché questa non è un mezzo di prova, ma strumento di valutazione delle prove già fornite dalle parti. Il Giudice non può disporre una consulenza tecnica d'ufficio per accertare l'entità del danno dedotto. In questo senso ha di recente avuto modo di esprimersi questa Sezione con sentenza 05 febbraio 2009 , n. 162.**

**La domanda risarcitoria deve pertanto essere dichiarata inammissibile.**

A cura di \*\*\*\*\*

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 1498 dell' 8 ottobre 2009, emessa dal Tar Sardegna, Cagliari

**N. 01498/2009 REG.SEN.**

**N. 01685/1998 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna**

**Sezione Prima**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1685 del 1998, proposto da:

Ditta I.P. ALFA di P. Sperandio, rappresentata e difesa dagli avv. \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\* , \*\*\*\*\* , con domicilio eletto presso \*\*\*\*\* in Cagliari, via Cugia n. 5;

**contro**

Amministrazione Provinciale di Cagliari, rappresentata e difesa dall'avv. \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\* , con domicilio eletto presso Ufficio Legale Provincia di Cagliari in Cagliari, viale Ciusa n. 19;

**nei confronti di**

Nuova BETA S.r.l.;

### **per l'annullamento**

del provvedimento in data 13.05.1998 n. 141 emanato dal Dirigente del settore Affari generali della Provincia di Cagliari, riguardante l'aggiudicazione del servizio di pulizia degli stabili provinciali per un anno a favore della Nuova BETA s.r.l., nonché di qualsiasi altro atto che sia o possa considerarsi presupposto o conseguenza dell'atto come sopra impugnato e che comunque, con lo stesso sia posto in rapporto di correlazione.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione Provinciale di Cagliari;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24/06/2009 il dott. \*\*\*\*\* e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

### **FATTO**

Espone la ricorrente che con delibera della Giunta provinciale n. 157 del 02.04.1998, veniva indetta asta pubblica per l'appalto del servizio di pulizia degli stabili provinciali per un anno, per l'importo a base d'asta di £ 330.000.000 oltre I.V.A.. L'asta pubblica si svolgeva in data 21.04.1998 e, la commissione, aggiudicava provvisoriamente l'appalto alla concorrente "Job center service di \*\*\*\*\*" quale migliore offerente con ribasso del 32 % sulla base d'asta.

In base ai dati forniti dall'Ufficio del lavoro e della massima occupazione e dallo studio incaricato di apposita consulenza, l'Amministrazione stabiliva che l'offerta più congrua fosse quella della Nuova BETA s.r.l. con un ribasso del 6,39%.

L'appalto veniva quindi aggiudicato a quest'ultima concorrente.

Avverso gli atti indicati in epigrafe insorgeva quindi la ricorrente deducendo articolate censure riconducibili ad un unico motivo in diritto di seguito sintetizzabili:

eccesso di potere, slealtà nello svolgimento della procedura, motivazione insufficiente e contraddittoria, violazione di legge.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso con conseguente annullamento degli atti impugnati e richiesta di risarcimento del danno.

Si costituiva la Provincia di Cagliari chiedendo il rigetto del ricorso.

In data 12.06.2009 la difesa della ditta ricorrente depositava memoria.

La difesa dell'Amministrazione provinciale depositava memoria in pari data.

Alla udienza pubblica del 24.06.2009 il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

## DIRITTO

Deve essere preliminarmente esaminata l'eccezione presentata dalla difesa dell'Amministrazione provinciale, volta ad ottenere la declaratoria di inammissibilità del ricorso per irrivalenza della notifica. A dire della difesa dell'Amministrazione, il ricorso sarebbe stato erroneamente notificato solo alla Avvocatura dello Stato e da questa poi trasmesso all'Ente locale Provincia di Cagliari.

L'eccezione è infondata in punto di fatto in quanto il ricorso, contrariamente a quanto sostenuto dalla Amministrazione provinciale risulta regolarmente notificato anche presso la sede dell'ente.

Del pari infondata è l'eccezione sopravvenuta carenza di interesse al ricorso perché l'appalto oggetto della vicenda controversa sarebbe da tempo esaurito. Le argomentazioni della difesa dell'Amministrazione non possono essere condivise.

Il Collegio ricorda che la decisione di improcedibilità del ricorso per sopravvenuto difetto di interesse consegue esclusivamente ad una modificazione della situazione di fatto o di diritto esistente al momento della domanda tale da rendere certa e definitiva l'inutilità della sentenza; tale verifica, esige che la presupposta, rigorosa indagine circa l'utilità conseguibile per effetto della definizione del ricorso conduca al sicuro convincimento che la modificazione della situazione di fatto e di diritto intervenuta in corso di causa impedisca di riconoscere in capo al ricorrente alcun interesse, anche meramente strumentale e morale, alla decisione (Consiglio Stato, sez. V, 01 aprile 2009, n. 2077).

Nel caso posto all'attenzione del Collegio, il mero trascorrere del tempo e l'esaurimento dell'appalto non determinano, in base ai principi sopra esposti, il venire meno dell'interesse alla pronuncia sul ricorso.

Nel merito, il ricorso è fondato per ciò che concerne l'azione impugnatoria. Deve invece essere dichiarata inammissibile la domanda risarcitoria.

Queste le motivazioni.

L'Amministrazione ha prima aggiudicato provvisoriamente la gara alla Ditta Job center che ha offerto un ribasso del 32 % sull'importo posto a base di gara, per poi procedere alla verifica delle offerte ed in particolare della paga oraria dei dipendenti. Per procedere a tale verifica ha incaricato uno studio privato di consulenza del lavoro; all'esito della consulenza, il Dirigente del settore affari generali con determinazione n. 141 del 13.05.1998, impugnata con il presente ricorso, ha aggiudicato definitivamente l'appalto alla Ditta Nuova BETA escludendo, di fatto, oltre all'aggiudicataria provvisoria, altre offerenti tra cui la ricorrente.

Il primo e unico motivo di ricorso è manifestamente fondato.

L'Amministrazione ha unilateralmente assegnato l'appalto alla Ditta nona classificata, stabilendo nella sostanza che le altre offerte fossero incongrue sulla base di una consulenza privata e senza chiedere giustificazioni o chiarimenti alle ditte partecipanti.

Sulla sussistenza dei vizi dedotti dalla ricorrente con il primo motivo di ricorso, il Collegio non ritiene necessario indulgiare stante la manifesta illegittimità del provvedimento impugnato sotto tutti i profili dedotti.

L'Amministrazione ha violato i più elementari canoni dell'evidenza pubblica oltreché i principi di trasparenza sottesi ad una qualsiasi procedura comparativa.

Difetta nel provvedimento di aggiudicazione definitiva un idoneo supporto motivazionale volto a giustificare la decisione di escludere otto concorrenti tra cui la Ditta ricorrente; tale non può essere considerato il riferimento alla consulenza redatta da uno studio privato dopo lo svolgimento della gara.

Pur tenuto conto della fondatezza del ricorso, la domanda risarcitoria, come già anticipato, deve invece essere dichiarata inammissibile.

Va anzitutto ricordato che in base al principio generale sancito dall'art. 2697 c.c., ai fini del risarcimento dei danni provocati da illegittimo esercizio del potere amministrativo, il ricorrente deve fornire in modo rigoroso la prova dell'esistenza del danno, non potendosi invocare il principio acquisitivo perché tale principio attiene allo svolgimento dell'istruttoria e non all'allegazione dei fatti (Cons. Stato, 6 aprile 2009 n. 2143, Cons. St., sez. V, 13 giugno 2008, n. 2967; sez. V, 7 maggio 2008, n. 2080; ad. plen., 30 luglio 2007, n. 10; sez. VI, 2 marzo 2004, n. 973).

E' sì pacifica la possibilità di ricorrere alle presunzioni semplici ex art. 2729 c.c. per fornire la prova del danno subito e della sua entità, ma è comunque obbligatorio, allegare circostanze di fatto precise.

Il Consiglio di Stato ha più volte ribadito l'orientamento in base al quale è inammissibile e comunque

infondata la domanda risarcitoria formulata in maniera del tutto generica senza alcuna allegazione dei fatti costitutivi (Cons. Stato, 6 aprile 2009 n. 2143, Cons. Stato, sez. V, 13 giugno 2008, n. 2967; sez. IV, 4 febbraio 2008, n. 306).

Neanche si può ricorrere alla valutazione equitativa del danno ex art. 1226 c.c., come richiesto nella memoria depositata in data 12.06.2009, perché tale norma presuppone l'impossibilità di provare l'ammontare preciso del pregiudizio subito.

Non sfugge a questo Collegio, l'orientamento secondo cui al fine di quantificare il lucro cessante subito dall'impresa per la mancata aggiudicazione di un appalto (ovvero il mancato utile che avrebbe ritratto dal contratto), sarebbe ammissibile liquidare, a titolo di danno presunto ed in via equitativa, una percentuale pari al 10% del prezzo a base d'asta. Ma, aderendo ad opposto orientamento espresso di recente dalla V Sezione del Consiglio di Stato (con la più volte citata sentenza 6 aprile 2009 n. 2143), ritiene questa Sezione di accogliere diversa tesi.

Da un lato è difatti indiscutibile che nell'ambito delle controversie aventi ad oggetto aggiudicazioni di gare di appalto, non sono configurabili sempre e comunque interessi legittimi la cui tutela porti ad un risultato garantito; in altre parole, la lesione di tali interessi, accertata nel giudizio di legittimità, non conduce necessariamente in via immediata e diretta all'aggiudicazione della gara in favore dell'impresa ricorrente.

Dall'altro, per quanto concerne la determinazione del quantum del risarcimento, non può ritenersi corretto il ricorso al criterio del c.d. 10%, mutuato da alcune disposizioni in materia di lavori pubblici, che riguardano però altri istituti, come l'indennizzo dell'appaltatore nel caso di recesso dell'amministrazione committente (art. 345 legge n. 2248/1865, all. F) oggi abrogato, art. 134 d.lgs. 163/2006).

Tale tecnica risarcitoria, utilizzata anche di recente da questa Sezione, che intende quindi rivedere il proprio orientamento, sconta il difetto di indurre, come è accaduto, a trovare correttivi quali la decurtazione del risarcimento ove l'impresa non dimostri di non aver potuto utilizzare diversamente le maestranze ed i propri mezzi per l'espletamento di altri servizi.

Deve in definitiva considerarsi preferibile il diverso indirizzo, recentemente espresso dal Consiglio di Stato nella più volte citata sentenza n. 2143 del 6 aprile 2009, che esige la prova rigorosa, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto.

In applicazione dei principi sinora esposti va in definitiva rilevato rispetto al caso di specie:

1) pur con l'annullamento dell'aggiudicazione all'impresa dichiarata vincitrice, non può essere affermato che l'impresa ricorrente avesse diritto all'aggiudicazione; in ogni caso, anche se la pronuncia di annullamento fosse stata resa subito dopo lo svolgimento della gara, si sarebbe dovuto attendere lo



svolgimento della successiva azione amministrativa conseguente al giudicato;

2) l'impresa ricorrente si è limitata ad invocare la liquidazione equitativa del danno e non ha allegato specifici e circostanziati indici fattuali che consentissero, ad esempio, il ricorso a perizie contabili integrative;

3) non è ammissibile una domanda di condanna generica; il ricorso alla sentenza sui criteri di liquidazione del danno presuppone che sia stata accertata l'esistenza del danno stesso e che il giudice sia in grado di individuare i criteri generali che saranno di guida per la formulazione dell'offerta da parte dell'Amministrazione;

4) non può essere invocata neppure la consulenza tecnica d'ufficio, perché questa non è un mezzo di prova, ma strumento di valutazione delle prove già fornite dalle parti. Il Giudice non può disporre una consulenza tecnica d'ufficio per accertare l'andamento del danno dedotto. In questo senso ha di recente avuto modo di esprimersi questa Sezione con sentenza 05 febbraio 2009 , n. 162.

La domanda risarcitoria deve pertanto essere dichiarata inammissibile.

La natura della controversia e la specificità della situazione giustificano la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sardegna, Sezione Prima, pronunciando definitivamente sul ricorso in epigrafe lo accoglie e per l'effetto annulla l'atto impugnato.

Dichiara inammissibile la domanda risarcitoria ai sensi di quanto esposto in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 24/06/2009 con l'intervento dei Magistrati:

\*\*\*\*\* , Presidente

\*\*\*\*\* , Consigliere

\*\*\*\*\* , Referendario, Estensore



**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/10/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

**IL SEGRETARIO**

<https://www.diritto.it/deve-in-definitiva-considerarsi-preferibile-il-diverso-indirizzo-recentemente-espresso-dal-consiglio-di-stato-che-esige-la-prova-rigorosa-a-carico-dell-impresa-della-percentuale-di-utile-effettivo/>