

**Ai sensi dell'art. 1227 c.c., il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno: non costituisce, normalmente, e salvi casi particolari, condotta ragionevole immobilizzare tutti i mezzi di impresa nelle more del giudizio, nell'a**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Coperture assicurative, Giurisprudenza commentata

Risarcimento per equivalente - non vi è alcuna necessità di accertare la componente soggettiva dell'illecito \_ applicazione della sentenza della Corte di Giustizia delle Comunita' Europee, Sezione III 30 settembre 2010, n. C- 314/09 - riconosciuto alla seconda classificata il risarcimento dei danni costituiti dal mancato utile - spetta integralmente se il ricorrente dimostri di non aver potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi - non costituisce condotta ragionevole immobilizzare tutti i mezzi di impresa nelle more del giudizio - dimezzato il risarcimento del danno

ai sensi dell'art. 1227 c.c., il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno: 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.

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

Va rilevato, peraltro, che, nelle more del giudizio, la fornitura ha avuto integrale esecuzione.

Pertanto, non sussiste più l'interesse dell'appellante alla pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione e alla declaratoria di inefficacia del contratto, ai sensi dell'articolo 122 del codice del processo.

Sussiste, peraltro, l'interesse alla declaratoria di illegittimità degli atti impugnati in primo grado, ai fini della domanda di risarcimento del danno, ai sensi dell'articolo 34, comma 3.

L'azione risarcitoria è stata ritualmente proposta in primo grado e reiterata nel presente giudizio di appello.

La domanda risarcitoria è fondata.

Al riguardo, la Sezione rileva, anzitutto, che non vi è 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).

Con riferimento alla misura del risarcimento del danno spettante all'appellante, è sufficiente osservare che, qualora la procedura fosse stata svolta correttamente, la Controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura e l'appalto avrebbe dovuto essere assegnato all'attuale appellante, collocata al secondo posto della graduatoria.

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 società Ricorrente. La misura dell'utile può essere equitativamente stimato, in assenza di diverse deduzioni difensive delle parti, 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 l'orientamento espresso della più recente 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.

Infatti, si è condivisibilmente evidenziato 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."

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.

Sulla somma così determinata andranno applicati interessi e rivalutazione, dal momento della pubblicazione della sentenza, fino all'effettivo soddisfo,

Le spese dei due gradi seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

Si legga anche la decisione numero 7004 del 21 settembre 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

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 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.

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, la parte, al di là della generica affermazione di aver immobilizzato i mezzi d'opera nelle more nel giudizio, non ne ha fornito alcuna prova puntuale, né alcuna giustificazione plausibile.

Quanto al danno curriculare, è innegabile che esso sia, in astratto risarcibile. Ma la sentenza appellata ne ha in concreto negato il ristoro per mancanza di prova del danno, che era onere dell'interessato fornire.

Su tale statuizione l'atto di appello non spende alcuna puntuale censura, limitandosi a discettare dell'astratta risarcibilità di tale voce di danno (che non è in discussione) sicché il mezzo, oltre che infondato per difetto di dimostrazione, appare comunque inammissibile per mancanza di specificità.

Riportiamo la sentenza di primo grado Tar Campania, Salerno, 15.02.2008 n. 203

Viene adesso in rilievo la domanda intesa ad ottenere la condanna dell'amministrazione intimata al risarcimento dei danni sofferti dalle società ricorrenti e conseguenti all'adozione dei provvedimenti impugnati: danni essenzialmente relativi al mancato conseguimento dell'utile di imprese, alle spese sostenute per partecipare alla gara ed alla preclusione della possibilità di far valere in futuro la qualificazione professionale derivante dall'esecuzione dell'appalto de quo.

Deve in primo luogo evidenziarsi che, come dedotto dalle società ricorrenti e non contestato dalle parti intime, l'esclusione della società Controinteressata avrebbe inevitabilmente condotto all'aggiudicazione dell'appalto in discorso alle società ricorrenti, avendo esse offerto una percentuale di ribasso immediatamente superiore alla rideterminata soglia di anomalia: resta in tal modo dimostrato il danno ingiusto subito dalle società ricorrenti, illegittimamente private del bene della vita rappresentato dall'aggiudicazione dell'appalto in discorso.

Quanto agli elementi soggettivi dell'illecito, ritiene il giudicante che essi siano insiti nella particolare evidenza caratterizzante l'illegittimità inficiante i provvedimenti impugnati, scaturendo essa dalla violazione di comuni e generalmente condivisi principi regolatori delle procedure di gara in relazione ad una fattispecie priva, nei suoi elementi fattuali, di profili di oggettiva incertezza.

A tanto deve aggiungersi che la sollecitazione rivolta all'amministrazione intimata dalle società ricorrenti, con nota del 4.1.2007, affinché rivedesse il suo operato alla luce delle deduzioni poi articolate con il presente gravame, è tale da rendere vieppiù manifesti i profili colposi della condotta della medesima amministrazione, la quale, benché avvertita delle illegittimità consumate e senza assumere una precisa posizione in ordine alle stesse (non essendo prodotto alcun atto dimostrativo della considerazione data, anche in senso negativo, alla nota succitata), ha ugualmente portato a termine il procedimento di aggiudicazione mediante la stipula del contratto di appalto con le società controinteressate.

Quanto al contenuto della misura risarcitoria, deve premettersi che la forma di ristoro invocata in via principale dalle società ricorrenti, e consistente nella aggiudicazione dell'appalto, non può essere somministrata.

Come emerge dalla documentazione prodotta dall'amministrazione intimata in data 7.12.2007, infatti, i lavori de quibus "sono in fase di avanzata e regolare esecuzione nel rispetto dei termini perentori fissati dalla Regione Campania a pena di revoca del finanziamento regionale" (cfr. l'attestato del Responsabile del Servizio Lavori Pubblici del Comune di Montecorice del 27.11.2007).

Ebbene, ritiene il Tribunale che tale circostanza si traduca nella impossibilità e comunque eccessiva difficoltà di soddisfacimento, in forma specifica, dell'interesse pregiudicato dai provvedimenti impugnati: ciò sia ex parte creditoris, non essendo espressamente allegato l'interesse delle società ricorrenti all'esecuzione solo parziale dei lavori, relativamente cioè alle opere ancora non eseguite (interesse non presumibile alla luce delle difficoltà organizzative insite nella sostituzione della propria struttura imprenditoriale ad altra già operante), sia ex parte debitoris, non potendo omettersi di considerare i gravi pregiudizi derivanti dalla sospensione dei lavori, resa necessaria dal subingresso delle società ricorrenti nell'attività esecutiva attualmente svolta da quelle aggiudicatarie, e consistenti nel rischio di perdere i finanziamenti regionali destinati alla realizzazione dell'opera di cui si tratta.

Residua, quindi, la possibilità di risarcimento in forma equivalente della lesione subita dall'interesse delle società ricorrenti all'aggiudicazione dell'appalto.

In proposito, il giudicante ritiene di condividere l'indirizzo giurisprudenziale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 31 ottobre 2006, n. 6456; Sez. IV, 27 dicembre 2004, n. 8244; Sez. V, 27 settembre 2004, n. 6302 e 24 ottobre 2002, n. 5860) secondo cui, "in caso di annullamento dell'aggiudicazione di un appalto già esaurito o comunque pervenuto ad un punto di esecuzione tale da impedire il soddisfacimento in forma specifica dell'interesse del soggetto illegittimamente pretermesso dalla procedura di aggiudicazione, il lucro cessante, ovvero sia l'utile economico che sarebbe derivato dall'esecuzione dell'appalto in caso di aggiudicazione non avvenuta per illegittimità dell'azione amministrativa, deve essere risarcito riconoscendo 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, mentre nel caso in cui 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, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità, con la

conseguenza che il risarcimento può essere ridotto in via equitativa, in misura pari al 5% dell'offerta dell'impresa. Sulla somma spettano gli interessi legali decorrenti dal momento della presentazione della domanda giudiziale”.

Quanto invece al danno emergente, relativo essenzialmente alle spese sostenute per la partecipazione all'appalto, la relativa domanda di condanna può essere accolta limitatamente all'onere economico derivante dal versamento del contributo a favore dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, non essendo stata fornita alcuna documentazione probatoria delle ulteriori spese eventualmente affrontate (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 22 marzo 2007, n. 1377).

Inammissibile, infine, è la richiesta di condanna dell'amministrazione intimata al risarcimento del danno conseguente alla impossibilità di utilizzare le referenze derivanti dall'esecuzione dell'appalto in discorso nell'ambito di futuri ed eventuali procedimenti di gara ai quali le società ricorrenti potrebbero partecipare.

Basti al riguardo evidenziare che la voce di danno in questione, sebbene suscettibile di apprezzamento in via equitativa, esige l'allegazione, da parte del soggetto interessato, di tutti gli elementi atti a concretizzarla, onde evitare che la relativa quantificazione giudiziaria si risolva nel riconoscimento di un ristoro eccedente quello necessario alla compensazione patrimoniale del pregiudizio effettivamente subito: elementi relativi, ad esempio, al peso delle referenze correlate all'esecuzione dell'appalto in questione nell'ambito di quelle complessivamente maturate dalle società interessate, onde apprezzare la misura in cui l'impossibilità di allegare le prime incida, in futuro, sulle chances di aggiudicazione di ulteriori appalti.

In conclusione, quindi, il Comune intimato deve essere condannato alla corresponsione, a favore delle società ricorrenti, di una somma pari al 5% dell'offerta economica presentata in sede di partecipazione alla gara, nonché della somma di € 81 (pari a quella versata a titolo di contributo a favore dell'Autorità di vigilanza), integrate con gli interessi legali decorrenti dalla data di presentazione del ricorso.



Il Comune di Montecorice deve essere inoltre condannato al rimborso delle spese di giudizio sostenute dalle società ricorrenti, nella misura complessiva di € 1.000.

La medesima statuizione deve essere adottata nei confronti della \*. s.p.a. e dell'Impresa \*s.p.a., siccome soccombenti in relazione al ricorso incidentale dalle stesse proposto.

<https://www.diritto.it/ai-sensi-dell-art-1227-c-c-il-danneggiato-ha-un-puntuale-dovere-di-non-concorrere-ad-aggravare-il-danno-non-costituisce-normalmente-e-salvi-casi-particolari-condotta-ragionevole-immobilizzare-t/>