

Luigi Prosperetti (*)

La quantificazione del lucro cessante da illegittima esclusione da una gara di appalto lavori: una prospettiva economica

Sommario

1	Premessa	2
2	L'impresa esclusa non perde l'utile, ma il margine di contribuzione.....	5
3	Determinazione analitica del margine di contribuzione perduto	8
4	Determinazione forfetaria del margine di contribuzione perduto.....	11
5	Aliunde perceptum: teoria e pratica.....	15
6	Conclusioni	17

(*) Ordinario di Politica Economica, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Milano. Ringrazio Alessia Ghelfi e Federica Riva per le proficue discussioni e l'aiuto nell'elaborazione dei dati.

1 Premessa

In questa relazione vorrei presentare alcune riflessioni – in chiave strettamente economica – sulla determinazione del lucro cessante patito da un'impresa che venga illegittimamente esclusa da un appalto¹ di lavori o opere pubbliche, in particolare alla luce delle rilevanti innovazioni introdotte nel 2010 dal Codice del Processo Amministrativo², e della giurisprudenza più recente.

Questa presenta una significativa evoluzione.

La liquidazione del lucro cessante è infatti per lungo tempo avvenuta per via equitativa, e si è basata – in via analogica – su un “criterio” risalente che stimava l'utile perso nel 10% dell'importo a base d'asta³, come eventualmente ribassato nell'offerta presentata dall'impresa illegittimamente esclusa.

Nel tempo, è tuttavia emerso nella giurisprudenza un crescente disagio nei confronti di un tale valore, comunemente ritenuto troppo elevato. Secondo un indirizzo giurisprudenziale che è venuto consolidandosi⁴, tale criterio presuntivo non poteva comunque essere oggetto di applicazione automatica e indifferenziata, poiché si sarebbe rischiato in tal modo di rendere il risarcimento dei danni più favorevole per l'imprenditore dell'impiego del

¹ L'analisi che segue è generalizzabile a vari tipi di contratto pubblico: per l'importanza della questione, l'abbondanza della giurisprudenza, nel testo ci riferiremo per semplicità all'esclusione da un appalto. In seguito ad una tale esclusione, l'impresa può subire diverse voci di danno, quali danno emergente, lucro cessante, perdita di chance e danni alla reputazione commerciale. Ci concentreremo però qui soltanto sul lucro cessante, voce spesso più rilevante sotto il profilo quantitativo, e che ha dato luogo ad una giurisprudenza complessa.

² D. Lgs. 104/2010.

³ Il “criterio” era storicamente basato sull'art. 345, l. 20 marzo 1865, n. 2248, che – per il caso dell'indennizzo dell'appaltatore in caso di recesso dell'amministrazione committente – recita: “È facoltativo all'Amministrazione di risolvere in qualunque tempo il contratto, mediante il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importare delle opere non eseguite”. La nozione che il 10% dell'appalto rappresentasse, in qualche modo, una ragionevole misura dell'utile dell'appaltatore veniva poi consolidata da previsioni normative – anche molto recenti – relative alla determinazione del prezzo a base d'asta: si veda ad esempio l'art. 32, comma 2, lettera c, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, entrato in vigore l'8 giugno 2011, che abroga e sostituisce l'art. 34 del d.P.R., 21 dicembre 1999, n. 554. La resilienza del 10% come ipotesi circa l'utile perduto, seppure nel contesto parzialmente diverso dei contratti di fornitura o dei servizi, è confermato dall'art. 1, c. 13, del D.L. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 135, che fissa nel “decimo delle prestazioni non ancora eseguite” il pagamento dovuto all'appaltatore dalle amministrazioni pubbliche che decidano di recedere da un contratto, nel caso intenda avvalersi di più favorevoli condizioni in base a convenzioni stipulate da Consip.

⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 giugno 2008, n. 2967; Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3144; Cons. Stato, sez. IV, 7 settembre 2010, n. 6485; Cons. Stato, 9 dicembre 2010, n. 8646.

capitale⁵. In pratica, solo in qualche occasione la giustizia amministrativa riconosceva per intero il 10%, ma prendeva questo valore come punto di partenza, cui applicare vari correttivi⁶, con l'obiettivo di *“rendere meno evidenti gli ingiustificati esborsi a carico della finanza pubblica”*⁷. Sul piano quantitativo, il correttivo più rilevante utilizzato è stata la decurtazione dell'utile perduto in base al principio del *aliunde perceptum vel percipiendum*.

D'altra parte – come rimarca ancora il Consiglio di Stato⁸ – l'introduzione di correttivi ad una determinazione forfettaria del lucro cessante costituisce *“un rimedio inappagante perché sconta[...] il vizio d'origine del costrutto argomentativo che nasce all'interno della logica indennitaria e non si concilia affatto con il regime della prova nel sistema della responsabilità civile in genere e della p.a. amministrazione in particolare”*⁹.

Partendo da questi rilievi critici nei confronti della giurisprudenza precedente, con la sentenza 2008 appena citata, il Consiglio di Stato viene dunque a mutare radicalmente il proprio indirizzo, ritenendo che non possa più *“essere condiviso il prevalente orientamento del Consiglio di Stato secondo cui, al fine di quantificare il lucro cessante subito dall'impresa per la mancata aggiudicazione di un appalto...sarebbe ammissibile liquidare, a titolo di danno presunto ed in via equitativa, una percentuale pari al 10% del prezzo a base d'asta... Appare invece preferibile l'indirizzo minoritario che esige la prova rigorosa, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto; prova desumibile, in primis, dall'esibizione dell'offerta economica presentata al seggio di gara”*¹⁰: da una logica indennitaria, basata su un parametro di riferimento di tipo analogico, occorre passare ad una logica risarcitoria¹¹, nella quale deve riconoscersi una fondamentale valenza probatoria alla documentazione contabile¹².

⁵ Si veda in particolare, tra le sentenze citate alla nota precedente, Cons. Stato, sez. V, 13 giugno 2008, n. 2967.

⁶ Si veda ad esempio: Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1513; Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751; Cons. Stato, sez. VI, 21 settembre 2010, n. 7004; Cons. Stato, sez. III, 12 maggio 2011, n. 285.

⁷ Come sintetizzato da Cons. Stato, Sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5098, sentenza che riprenderemo tra breve.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Per l'indirizzo minoritario cui si riferisce la sentenza, si veda ad esempio Cons. Stato, sez. VI, 4 aprile 2003, n. 478; Cons. Stato, 5 aprile 2005, n. 1563.

¹¹ Cfr. M. Clarich, *La quantificazione del danno patrimoniale nel rapporto tra privato e pubblica amministrazione*, Danno e Responsabilità, 75 e ss.

¹² Approccio del resto divenuto nel tempo sempre più frequente, si veda ad esempio: Cons. Stato, Sez. V, 6 aprile 2009, n. 2143; Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686; Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2012, n. 5846.

Il sostanziale rifiuto del criterio forfetario come parametro “*di applicazione automatica e indifferenziata*”¹³ si è infine completato con l’approvazione del nuovo testo del c.p.a., che fa riferimento, all’art. 124, c. 1, al “*danno...subito e provato*”: come ha subito osservato il TAR Lombardia¹⁴, dunque, “*il ricorrente deve fornire la prova del danno subito ai sensi dell’art. 2697 c.c., risultando oggi non più applicabile, in base all’art. 124 c.p.a., il criterio forfetario del 10% del valore dell’appalto, al quale deve sostituirsi il criterio dell’utile effettivo. Laddove la quantificazione del danno avvenga ai sensi dell’art. 34, comma 4, c.p.a., questa deve assumere criterio primario, ma non esclusivo, quello dell’offerta presentata in sede di gara*”.

Lo stato attuale dell’arte è chiaramente sintetizzato dalla recentissima sentenza¹⁵ del Consiglio di Stato, sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686, la cui massima recita: “*3. In sede di determinazione del quantum risarcitorio, esclusa la pretesa di ottenere l’equivalente del 10% dell’importo a base d’asta, non essendo oggetto di applicazione automatica e indifferenziata, è necessaria la prova, a carico dell’impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell’appalto, prova desumibile in primis dall’esibizione dell’offerta economica presentata al seggio di gara; tale principio trova, infatti, conferma nell’art. 124 del codice del processo amministrativo che, nel rito degli appalti, prevede il risarcimento del danno (per equivalente) subito e provato. 4. Nel caso di annullamento dell’aggiudicazione di appalto pubblico e di certezza dell’aggiudicazione in favore del ricorrente il mancato utile spetta nella misura integrale solo se si dimostra di non aver potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista dell’aggiudicazione. In difetto di tale dimostrazione, che compete comunque al concorrente fornire, è da ritenere¹⁶ che l’impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori o servizi e da qui la decurtazione del risarcimento di una misura a titolo di aliunde perceptum vel percipiendum, considerato anche che, ai sensi dell’art. 1227 c.c., il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno*”¹⁷.

¹³ Cons. Stato, sez. V, 16 gennaio 2013, n.240.

¹⁴ Sede di Brescia, sez. II, 4 novembre 2010, n. 4552.

¹⁵ Per un commento si veda B. Boschetti, *Natura oggettiva della responsabilità per danni in materia di appalti: nuovi fondamenti tra norme e principi* (CdS, 8 novembre 2012, n. 5686), Urbanistica e appalti, n. 2, 2013, 162 e ss.

¹⁶ L’applicazione del principio giuridico dell’*aliunde perceptum* è stata più recentemente confermata dal TAR Abruzzo, sez. I, 11 ottobre 2012, n.670 e dal Cons. Stato, sez. VI, 13 gennaio 2012, n. 115.

¹⁷ Tale indirizzo è stato ulteriormente confermato in varie sentenze, tra cui si segnala Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2013, n. 966.

In un tale complesso quadro evolutivo la determinazione di questa importante tipologia di risarcimento esce dunque da una pura sfera giuridica e si interseca, come avviene spesso nel campo della responsabilità civile, con quella economica¹⁸.

Nella prospettiva di un economista, l'analisi della giurisprudenza appena riassunta, e dei problemi economici che la sottendono, suscita almeno tre riflessioni, che saranno sviluppate in questa sede:

- se sia corretto considerare l'utile per una valutazione del lucro cessante o non sia invece opportuno riferirsi a qualche altra posta contabile;
- se, e in quali circostanze, tale grandezza possa essere analiticamente determinata in base all'offerta economica presentata dall'impresa in sede di gara; in quali casi possa invece essere ancora opportuno ricorrere ad una determinazione forfettaria, e se -
- in tale eventualità - non sia possibile dedurre un valore di riferimento da concreti dati di mercato, piuttosto che da normative risalenti;
- se vi sia una adeguata base economica per un'applicazione talmente stringente del principio giuridico di *aliunde perceptum vel percipiendum* da determinare, sempre e comunque, un considerevole abbattimento del lucro cessante.

Occupandomi nel seguito di tali questioni, dato che mi concentro sulla determinazione del *quantum*, ipotizzo per semplicità che l'impresa abbia già dimostrato che – in assenza dell'illegittima esclusione – l'appalto le sarebbe stato assegnato, e ragionerò dunque all'interno di un quadro giuridico semplificato, per meglio far emergere la dimensione economica dei problemi trattati.

2 L'impresa esclusa non perde l'utile, ma il margine di contribuzione

Il risarcimento deve naturalmente porre l'impresa illegittimamente esclusa nella situazione in cui essa si sarebbe trovata se l'esclusione non si fosse verificata, e richiede dunque una breve analisi del suo conto economico. Se l'impresa (come normalmente avviene nei lavori) opera su commessa, questo avrà¹⁹ la struttura sintetizzata nella Tavola 1: a fronte dei *ricavi di*

¹⁸ Cfr. M. Clarich, *cit.*, B. Boschetti, *Danno e responsabilità nella funzione amministrativa*, CEDAM, 2012.

¹⁹ Cfr., *ex multis*, Horngren, Foster, Datar, *Contabilità per la direzione*, IX edizione, ISEDI, 1998, cap. 4; L. Brusa, *Contabilità dei costi, Contabilità per centri di costo e Activity Based Costing*, Giuffrè, 1995, cap. 1; P. Collini, *Analisi dei costi. Un approccio orientato alle*

commessa generati (poniamo) dalla costruzione di una strada, vi saranno *costi di commessa*, che consteranno sia di costi diretti (ghiaia, bitume, lavoro), che di costi indiretti specificamente imputabili alla commessa (l'ammortamento dei macchinari di proprietà utilizzati per la realizzazione dell'opera, o il costo di quelli affittati).

Tavola 1 – Conto economico della commessa

		Ricavi di commessa	100
costi di commessa	}	- Costi variabili di commessa (materiali, lavoro)	80
		- Costi fissi di commessa (progettazione, ammortamento impianti)	8
	=	Margine di contribuzione della commessa	12
	-	Contributo alla copertura dei costi di struttura e dei costi fissi comuni	5
	=	Utile di commessa	7

Tuttavia, per realizzare la commessa, l'impresa dovrà avvalersi anche di una serie di servizi (ufficio acquisti, amministrazione, ufficio tecnico, gestione del personale, e così via), che non sono direttamente “causati” dalla commessa, ma che l'appaltatore sostiene congiuntamente per realizzare una pluralità di commesse, e dunque sono *costi indiretti di impresa*, che per semplicità, d'ora in poi chiamerò *costi di struttura dell'impresa*.

È per questo che, nella contabilità, l'utile della commessa non è semplicemente dato dalla differenza tra ricavi di commessa e costi di commessa: tale differenza fornisce solo il *marginale di contribuzione*, che prima di diventare utile deve contribuire alla copertura dei costi di struttura dell'impresa.

decisioni, Franco Angeli, 2008, cap. 2. Più specificamente, per le imprese di costruzione, si veda anche G. Utica, *La stima sintetica del costo di costruzione*, Maggioli, 2012, cap. 1.

Se è così²⁰, il lucro cessante derivante dall'esclusione dall'appalto non coincide con l'utile che la commessa avrebbe generato, ma è superiore ad esso: la quota di costi di struttura dell'impresa che la commessa, non essendo realizzata, non ha assorbito, saranno infatti comunque sostenuti, e ridurranno l'utile d'impresa rispetto allo scenario nel quale l'evento dannoso non si fosse verificato. Fanno dunque parte del lucro cessante.

Tavola 2 – Conto economico semplificato in assenza di evento dannoso (“scenario controfattuale”) e in sua presenza (“scenario effettivo”)

		Scenario controfattuale	Scenario effettivo
	Ricavi da commessa	300	200
costi di commessa	- Costi diretti di commessa	240	160
	- Costi indiretti di commessa	24	16
	= Margine di contribuzione	36	24
	- Costi di struttura dell'impresa	15	15
	= Utile di impresa	21	9

La Tavola 2 illustra questa conclusione seguendo l'esempio numerico di quella precedente, considerando il conto economico dell'impresa illegittimamente esclusa.

Per semplicità, supponiamo che questa avesse vinto tre gare per la realizzazione di commesse tra loro identiche, ciascuna avente il conto economico esposto nella Tavola 1. La prima colonna della Tavola 2

²⁰ Quanto sopra sintetizzato è pacifico della letteratura aziendalistica: si veda ad esempio F. Crosta, *Il Controllo di Gestione nelle piccole imprese di servizi su commessa*, Franco Angeli, 2012, pag. 43 in cui si legge che “*dopo aver sottratto tutti i costi variabili dal prezzo di vendita del servizio [...] [per ricavare il margine di contribuzione di commessa] va accertato se esistono costi fissi sostenuti esclusivamente per un determinato servizio/prodotto o commessa*”. Si veda anche Bracci, Crepaldi, *Il controller nelle imprese di costruzione*, Maggioli, 2012, in cui a pag. 42 si riporta uno schema di conto economico per commessa in cui il margine di contribuzione è ottenuto come differenza tra valore della produzione e costi diretti e indiretti esclusivamente imputabili alla commessa; mentre sottraendo anche le “spese generali di sede” (che, nel nostro esempio, abbiamo indicato come costi di struttura dell'impresa) si ottiene il risultato lordo.

presenta quindi lo ‘scenario controfattuale’, ovvero in assenza di evento dannoso. A seguito dell’illegittima esclusione da una delle tre gare, l’impresa si trova a poter realizzare soltanto due delle tre commesse (seconda colonna, ‘scenario effettivo’).

Come possiamo vedere confrontando le due colonne di Tavola 2, con la perdita di una commessa, sia ricavi che costi di commessa si riducono di un terzo, e così il margine di contribuzione generato dalle commesse.

I costi di struttura dell’impresa però rimangono costanti, e dunque l’impresa esclusa vede ridursi da 21 a 9 il proprio utile prima delle imposte, e tale differenza (12) è esattamente identica alla somma tra l’utile di commessa che è stato perduto (7) e il contributo alla copertura dei costi di struttura dell’impresa che quella commessa non è più in grado di assicurare (5). Un modo più semplice di esprimere l’effetto dell’evento dannoso è naturalmente quello che ho utilizzato più sopra: l’impresa perde il margine di contribuzione che la commessa avrebbe assicurato (pari a 12, come abbiamo visto nella Tavola 1).

Qualunque terminologia si decida di utilizzare, l’impresa perde una somma superiore all’utile della commessa²¹: un risarcimento del lucro cessante basato sull’utile perduto è dunque inadeguato. Esso si dovrebbe invece basare sul margine di contribuzione.

Come determinarlo? Ed in particolare, come determinarlo a partire dall’offerta economica presentata dall’impresa esclusa, ed eventualmente dall’ulteriore documentazione presentata nella gara, come suggerisce la giurisprudenza più recente?

Come vedremo nel prossimo paragrafo, per rispondere a questa domanda è necessario un approfondimento della nozione di “spese generali”.

3 Determinazione analitica del margine di contribuzione perduto

Per la determinazione analitica del margine di contribuzione perduto occorre superare l’evidente difficoltà che, mentre l’utile della commessa è frequentemente deducibile dalla documentazione di gara, questo non è vero per il margine di contribuzione, dato che non è frequente che da quella documentazione sia riscontrabile il contributo alla copertura dei costi di struttura che dalla commessa sarebbe derivato per l’impresa esclusa.

²¹ Si noti che in ogni caso il termine "utile" appare usato impropriamente dalla giurisprudenza qualora si adotti un punto di vista economico-aziendale: l’utile infatti è quanto si ottiene dal risultato operativo di un’attività (impresa nel suo complesso, o commessa che sia) sottraendovi gli oneri finanziari, e le eventuali poste straordinarie. Anche qualora si volesse ignorare l’argomentazione sviluppata nel testo, ci si dovrebbe comunque riferire non ad una nozione di "utile", ma ad una di "risultato operativo".

Prima facie, per appalti relativi a lavori e opere pubbliche, è la stessa normativa²² che sembrerebbe offrire un termine di riferimento, quando dispone che l'impresa, nella formulazione dell'offerta economica, includa nei costi un ricarico a copertura delle "spese generali", compreso, secondo l'art. 32 comma 2, lettera c, del d.P.R. n. 207, tra il 13 ed il 17% del costo totale che l'impresa prevede di sostenere. Ma in realtà la nozione di "spese generali" del legislatore non è congruente con quella aziendalistica, in quanto le voci di costo ivi elencate²³ sono un coacervo di costi indiretti di commessa²⁴ (allestimento, gestione e smobilizzo del cantiere; oneri finanziari specifici di commessa²⁵), e di costi di struttura dell'impresa (costi

²² Cfr. d.P.R., 5 ottobre 2010, n. 207, art. 32, comma 2, lettera c).

²³ Cfr. Art. 32, comma 4, "Per spese generali comprese nel prezzo dei lavori e perciò a carico dell'esecutore, si intendono:

- a) le spese di contratto ed accessorie e l'imposta di registro;
- b) gli oneri finanziari generali e particolari, ivi comprese la cauzione definitiva o la garanzia globale di esecuzione, ove prevista, e le polizze assicurative;
- c) la quota delle spese di organizzazione e gestione tecnico-amministrativa di sede dell'esecutore;
- d) la gestione amministrativa del personale di cantiere e la direzione tecnica di cantiere;
- e) le spese per l'impianto, la manutenzione, l'illuminazione e il ripiegamento finale dei cantieri, ivi inclusi i costi per la utilizzazione di aree diverse da quelle poste a disposizione dal committente; sono escluse le spese relative alla sicurezza nei cantieri stessi non assoggettate a ribasso;
- f) le spese per trasporto di qualsiasi materiale o mezzo d'opera;
- g) le spese per attrezzi e opere provvisoriale e per quanto altro occorre alla esecuzione piena e perfetta dei lavori;
- h) le spese per rilievi, tracciati, verifiche, esplorazioni, capisaldi e simili che possono occorrere, anche su motivata richiesta del direttore dei lavori o del responsabile del procedimento o dell'organo di collaudo, dal giorno in cui comincia la consegna fino all'emissione del certificato di collaudo provvisorio o all'emissione del certificato di regolare esecuzione;
- i) le spese per le vie di accesso al cantiere, l'istallazione e l'esercizio delle attrezzature e dei mezzi d'opera di cantiere;
- l) le spese per idonei locali e per la necessaria attrezzatura da mettere a disposizione per l'ufficio di direzione lavori;
- m) le spese per passaggio, per occupazioni temporanee e per risarcimento di danni per abbattimento di piante, per depositi od estrazioni di materiali;
- n) le spese per la custodia e la buona conservazione delle opere fino all'emissione del certificato di collaudo provvisorio o all'emissione del certificato di regolare esecuzione;
- o) le spese di adeguamento del cantiere in osservanza del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, di cui è indicata la quota di incidenza sul totale delle spese generali, ai fini degli adempimenti previsti dall'articolo 86, comma 3-bis, del codice;
- p) gli oneri generali e particolari previsti dal capitolato speciale di appalto".

²⁴ Che si sommano ai costi diretti di commessa per i quali l'appaltatore è in genere in grado di fornire una descrizione puntuale delle attività cui essi si riferiscono e del loro ammontare.

²⁵ Cfr. Articolo 32, comma 4, lettere a); b), limitatamente alla parte relativa agli oneri finanziari particolari; e); h); i); l); m); n) e o).

di sede, per personale amministrativo, per ufficio acquisti, nonché oneri finanziari e fiscali d'impresa²⁶).

Si noti poi come non sia possibile in generale separare gli uni dagli altri, né dal punto di vista generale, stante il silenzio sul punto della normativa, né dal punto di vista concreto, perché una tale disaggregazione della voce "spese generali", non essendo richiesta ai partecipanti alla gara, non viene di regola fornita.

Alla luce di quanto precede, appare lecito dubitare che sia davvero possibile dedurre il lucro cessante dai documenti di gara, come ritiene la giurisprudenza amministrativa più recente: da quei documenti è possibile dedurre l'utile che ha perduto la commessa, ma non l'utile che ha perduto l'attrice, che è l'impresa: come abbiamo visto, tale utile è pari alla somma dell'utile di commessa e del contributo che la commessa avrebbe dato alla copertura dei costi di struttura.

Si noti peraltro come neppure un esame della contabilità analitica dell'impresa, ad esempio affidato ad un consulente tecnico, potrebbe essere sufficiente a risolvere il problema. Com'è noto, nella redazione della propria contabilità analitica le imprese non devono sottostare ad alcuna regola particolare, ed è normale osservare notevoli differenze tra imprese del medesimo settore, che possono allocare costi indiretti (di commessa o di impresa) in modo assai diverso tra loro, a seconda delle preferenze del proprio management²⁷. In secondo luogo, la contabilità analitica consta di documenti interni all'impresa, che non sono sottoposti ad alcuna forma di revisione contabile, e la cui data di redazione può non essere facilmente accertabile.

Se dunque appare senz'altro corretto sul piano generale quanto statuito dal Consiglio di Stato, secondo il quale *“deve esigersi la prova rigorosa, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto”*²⁸, in pratica

²⁶ Cfr. Articolo 32, comma 4, lettere b), limitatamente alla parte relativa agli oneri finanziari generali; c), d), e p).

²⁷ Infatti, per le imprese di costruzione *“non tutti i costi di sede possono essere allocati in maniera oggettiva sulle commesse. In alcuni casi il driver cost scelto può essere aleatorio o non tenere conto di tutte le sfaccettature dell'attività di cui si tiene conto, ovvero la metodologia di ribalto può non essere oggettiva e quindi dare adito a fraintendimenti. Facciamo un esempio pratico: i costi dell'ufficio appalti relativi alle gare non andate a buon fine. L'indice di redemption medio del settore delle gare è il 5% (media nazionale del numero di gare vinte sul totale numero di gare partecipate). Resta evidente che solo i costi relativi alle gare effettivamente acquisite possono essere correttamente ed oggettivamente imputabili alle relative commesse. I limiti dell'[attività di allocazione dei costi indiretti] in un settore come quello delle costruzioni [...] scoraggiano molte imprese ad adottare un sistema [di allocazione dei costi]”*. Si veda Bracci, Crepaldi, *Il controller nelle imprese di costruzione*, Maggioli, 2012, pag. 44.

²⁸ Cons. Stato, sez. VI, 9.12.2010, n. 8646, cit.

spesso per motivi tecnico-contabili può non essere possibile soddisfare pienamente un simile onere probatorio: l'impresa potrebbe produrre dati ed analisi, ma questi potrebbero non essere considerati come una "prova rigorosa".

Alla luce delle osservazioni che precedono, dobbiamo quindi concludere che, almeno in alcuni casi, possa essere ancora opportuno ricorrere ad una determinazione forfetaria del lucro cessante dell'impresa illegittimamente esclusa. Come vedremo nel prossimo paragrafo, ciò non implica tornare al "criterio" del 10%: i dati disponibili ci consentono di fare di meglio.

4 Determinazione forfetaria del margine di contribuzione perduto

Quale percentuale del prezzo offerto debba essere scelto come punto di partenza per determinare in via forfetaria, una volta che si sia abbandonata una prospettiva indennitaria, è una questione empirica.

Prima di valutarla riferendoci ai dati di bilancio delle imprese di costruzione italiane²⁹ è necessario sottolineare che, da un bilancio, è possibile soltanto approssimare il dato che ci interessa, ovvero il rapporto tra margine di contribuzione (MDC) e fatturato. Il primo margine ottenibile da un bilancio, sottraendo acquisti e costo del lavoro dai ricavi di esercizio è infatti il margine operativo lordo (MOL). Questo misura quanto residua all'impresa dopo avere speso gli acquisti di materie prime, lavoro, energia ed altri fattori produttivi, e prima di contabilizzare il costo degli ammortamenti, e degli oneri finanziari: tale variabile è quindi al netto di *buona parte* dei costi variabili, e al lordo di *buona parte* dei costi fissi, degli oneri finanziari oltre che naturalmente dell'utile dell'impresa, e dunque, rapportato al fatturato, approssima il margine di contribuzione medio che l'impresa consegue sulle sue commesse.

L'approssimazione non è perfetta, perché una parte degli acquisti, del costo del personale, dei costi per servizi o godimento di beni di terzi comprende costi di struttura di impresa³⁰, che come abbiamo visto non dovrebbero essere sottratti nel calcolo del margine di contribuzione: il rapporto tra MOL e fatturato sottostima dunque quello tra MDC e fatturato³¹.

²⁹ Mi riferisco in particolare alla pubblicazione "*Dati cumulativi di società italiane*" di Mediobanca, edizione agosto 2012 per gli anni 2002-2011, che fornisce il bilancio aggregato delle 49 principali società del settore.

³⁰ Ricordo che per costi di struttura di impresa si intendono quei costi fissi e comuni che l'impresa sosterebbe in egual misura anche se non risultasse aggiudicataria della commessa.

³¹ Un punto maggiormente tecnico, che non influisce sull'analisi, e che quindi tratto in nota è che – poiché intendo valutare l'effetto sui conti dell'impresa del venir meno di una commessa – la grandezza da approssimare è il rapporto tra margine di contribuzione *incrementale* e fatturato *incrementale*, ed il rapporto tra MOL e fatturato è un rapporto *medio*. Tuttavia, se i costi fissi sono una quota molto bassa del fatturato, il rapporto medio è

D'altro lato, i costi variabili da sottrarre al fatturato per determinare il MDC dovrebbero comprendere gli oneri finanziari derivanti dalla commessa. Per valutarli, non è tuttavia corretto prendere gli oneri finanziari risultanti dai bilanci, in quanto questi derivano non soltanto da attività industriali, ma anche da acquisti di cespiti (terreni, fabbricati, partecipazioni), spesso verificatisi in esercizi passati, e comunque non direttamente correlati a commesse. Peraltro, la contabilizzazione³² in bilancio di tali oneri può essere realizzata sia con riferimento all'esercizio nel quale essi vengono sostenuti, che mediante una loro capitalizzazione.

Si deve poi tener presente che non è infrequente il caso in cui, specie per i lavori su ordinazione, l'aggiudicatario potrebbe finanziarsi attraverso l'erogazione da parte del committente di anticipi o acconti in corso d'opera in funzione dello stato di avanzamento dei lavori. In questi casi, l'esecuzione di commesse, anche pluriennali, può comportare per l'impresa oneri finanziari specifici poco significativi, e comunque diversi da commessa a commessa.

Di tutto ciò si trae una empirica conferma dall'analisi dei bilanci delle 9 società di costruzione, sopra considerate³³. Confrontandone l'andamento della posta oneri finanziari lordi nel periodo 2006-2010 con quello del fatturato ritratto nel medesimo periodo si osserva infatti che non esiste di fatto alcuna relazione tra le due grandezze (Figura 1)³⁴. In altri termini, considerando nel suo insieme il conto economico, per le imprese di costruzione non necessariamente un aumento dei ricavi conseguente alla realizzazione di maggiori commesse si traduce in maggiori oneri finanziari:

molto vicino al rapporto incrementale, e quindi l'errore di approssimazione risulta senz'altro trascurabile. Questo è senz'altro il caso delle imprese di costruzioni: come mostra infatti un esame dei bilanci di alcune tra le principali società di costruzione italiane, i costi di natura fissa che le imprese attive in questo settore sostengono, hanno nel complesso un peso limitato, risultando compresi tra il 2 e il 10% del fatturato. In secondo luogo, buona parte di questi costi fissi sono rappresentati da ammortamenti, che ovviamente non sono compresi nel calcolo del MOL. Nel nostro caso, è dunque ragionevole attendersi che l'errore di approssimazione sia trascurabile. Sono giunto a questa conclusione analizzando 9 delle 49 società prese in esame dall'Ufficio Studi di Mediobanca nella pubblicazione "*Le principali società italiane*", pubblicata nell'ottobre 2012, suddividendole dapprima in tre classi dimensionali di fatturato (fatturato sopra i 500 milioni, fatturato compreso tra 200 e 500 milioni, e fatturato inferiore ai 200 milioni), selezionandone 3 per ciascuna di esse ed analizzandone la struttura di costi. Si noti che non si segnalano differenze tra imprese appartenenti a diverse classi di fatturato, ciò significa che anche le imprese di più piccole dimensione ricorrono in misura sensibile a lavorazioni esterne (o subappalti) o comunque non si dotano di strutture fisse (gli impianti e macchinari risultano spesso affittati).

³² Si veda, sul punto, *ex multis*: Giunta, Pisani, *Il bilancio*, Apogeo, cap. 20.

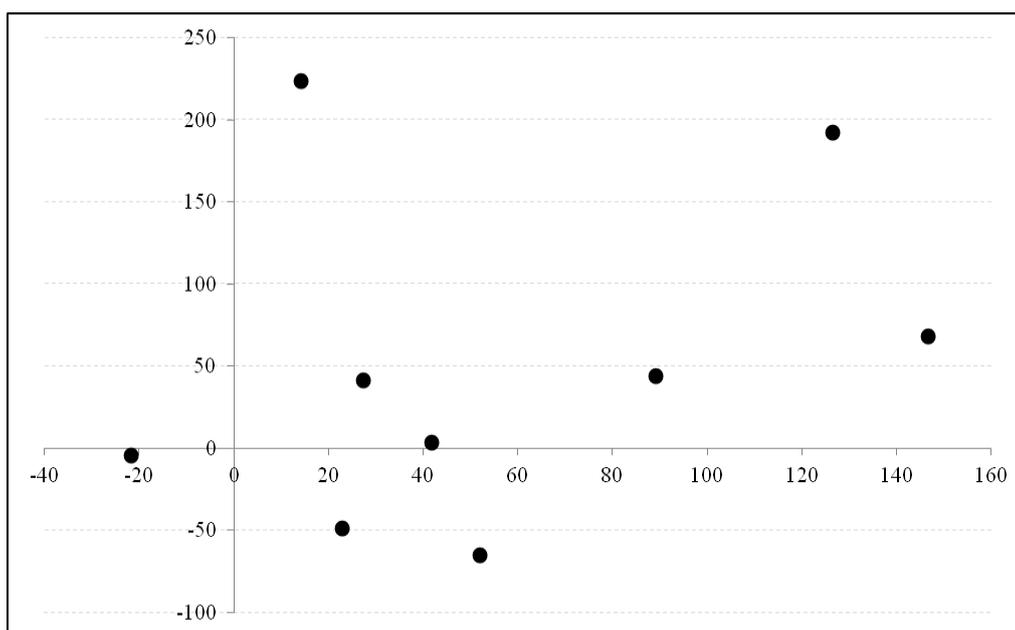
³³ Si veda la nota 32.

³⁴ Il medesimo risultato si ottiene considerando periodi più brevi, ovvero il 2006-2007 e il 2009-2010.

gli oneri finanziari, a livello di impresa sono quindi un costo essenzialmente fisso, e non un costo variabile.

Figura 1 - Variazione degli oneri finanziari totali in relazione alla variazione del fatturato delle principali 9 imprese di costruzione analizzate, 2006 – 2010.

(valori percentuali)



Fonte: nostre elaborazioni su dati di conto economico riferiti ad un campione di 9 imprese delle 49 analizzate nella pubblicazione di Mediobanca, “Le principali società italiane”, ottobre 2012.

Per questi motivi, è ragionevole considerare il rapporto tra MOL e fatturato, grandezza al lordo e non al netto degli oneri finanziari di bilancio, come una ragionevole approssimazione del MDC, grandezza che è invece al netto degli oneri finanziari: naturalmente, il rapporto tra MOL e fatturato tenderà a sovrastimare il rapporto tra MDC e fatturato.

Alla luce di quanto precede, concludiamo che, a livello di bilancio, il MOL potrebbe *da un lato sottostimare* il MDC per effetto dell’inclusione di tutti i costi di struttura dell’impresa³⁵, ma *dall’altro potrebbe sovrastimarlo* per effetto dell’esclusione degli oneri finanziari³⁶. I due effetti quindi operano in direzione opposta l’uno all’altro, e si può dunque considerare il rapporto

³⁵ Ricordo infatti che il MOL è ottenuto sottraendo ai ricavi tutti i costi diretti ed indiretti di commessa ed i costi di struttura di impresa ad esclusione degli ammortamenti.

³⁶ Come discusso il MOL è al lordo degli oneri finanziari.

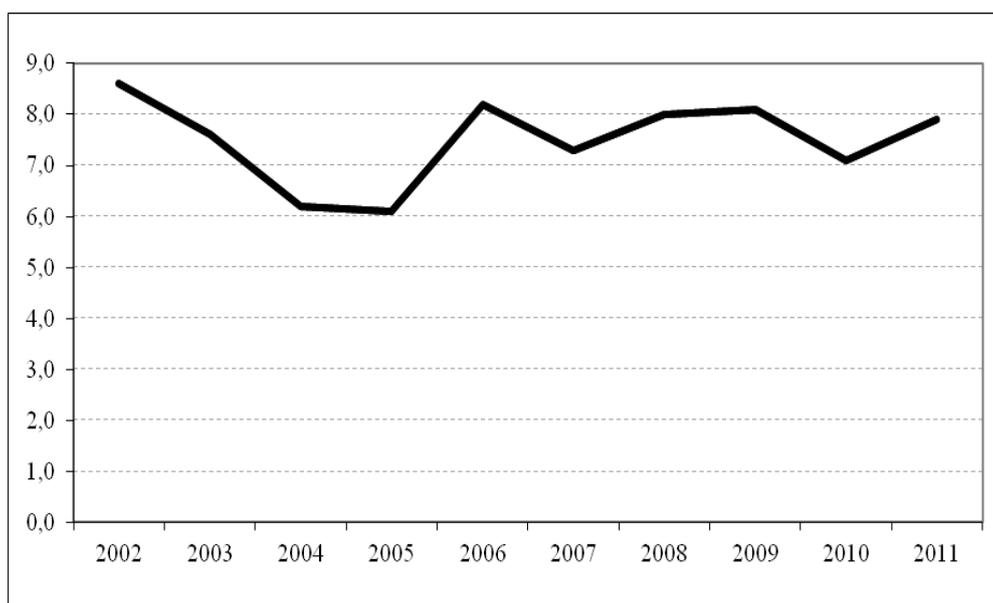
medio tra MOL e fatturato una ragionevole *proxy* per il rapporto tra margine di contribuzione e fatturato.

Per ricercarne un ragionevole valore – da utilizzare come punto di partenza per una valutazione equitativa – dobbiamo considerare sia l'andamento nel tempo di tale rapporto, sia i valori che esso assume per imprese diverse.

Come mostra la Figura 2, per l'aggregato delle imprese analizzate da Mediobanca tale rapporto è variato nel decennio più recente in misura contenuta, ed è compreso tra un valore massimo di circa 8,5 ed un minimo di poco superiore a 6, presentando nel triennio più recente un valore medio di 7,5%.

Figura 2 - Rapporto tra MOL e fatturato delle imprese di costruzione italiane, 2002-2011

(Valori percentuali)



Fonte: nostre elaborazioni su dati di conto economico riferiti a un campione di imprese di costruzione rilevati nella pubblicazione "Dati cumulativi di società italiane" – edizione agosto 2012 – di Mediobanca.

Esaminando i valori che tale rapporto assume per le singole imprese del campione Mediobanca nel 2010³⁷, anno di moderata ripresa dopo la crisi

³⁷ Mi riferisco in particolare alla pubblicazione "*Le principali società italiane*" di Mediobanca, edizione ottobre 2012. Nel dettaglio, ho calcolato il rapporto MOL/fatturato per 39 società, incluse nel campione di 49 società di Mediobanca – si veda a tale proposito la nota a piè di pagina n. 30. Ho escluso dalla nostra analisi le società con MOL negativo e

finanziaria, calcolo poi che la mediana del rapporto tra MOL e fatturato (valore che meglio della media rappresenta la tendenza centrale di dati che presentano valori estremi) risulta pari all'8%.

In base all'analisi empirica dei dati per le imprese italiane, concludo quindi che il valore che la giurisprudenza amministrativa ha storicamente posto a base della determinazione equitativa del lucro cessante dell'impresa esclusa, pari al 10%, risulta effettivamente troppo elevato, come – abbiamo visto – una crescente giurisprudenza sospettava.

D'altro lato, il valore che appare ragionevole assumere non è molto inferiore ad esso, e risulta pari ad un 7,5-8%.

5 Aliunde perceptum: teoria e pratica

Come abbiamo visto più sopra, il principio che occorra sottrarre dal lucro cessante, comunque determinato, il reddito *aliunde perceptum vel percipiendum*, appare consolidato nella giurisprudenza più recente. Inoltre, *“l'onere di provar[ne l'esistenza]...grava non sull'Amministrazione, ma sull'impresa: e ciò in ragione della presunzione, secondo l'id quod plerumque accidit, che l'imprenditore normalmente diligente (art. 1227 c.c.) non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma persegue occasioni contrattuali alternative, dalla cui esecuzione trae il relativo utile”*³⁸.

Una presunzione così radicale da determinare l'inversione dell'onere della prova offre certamente spunti di riflessione dal punto di vista giuridico³⁹, ma ne offre anche dal punto di vista economico, poiché essa può risultare corretta solo in casi alquanto particolari, ed è soltanto questo aspetto di cui mi occupo in questa sede.

In una prospettiva economica non vi è dubbio che l'imprenditore, per così dire, *naturaliter* intraprenda, ed è corretto presumere che, in caso di mancata

quelle aventi un *core business* meno focalizzato sul comparto edilizio (quali società operanti nel settore energetico).

³⁸ Cons. Stato, sez. IV, 13 gennaio 2012, n. 115, *cit.*

³⁹ *“Qualora portata alle estreme conseguenze logiche, la suddetta regola [dell'aliunde perceptum vel percipiendum] finirebbe ... per precludere in ogni caso il risarcimento del danno per mancato utile e ciò perché, anche nell'ipotesi in cui l'impresa non avesse percepito alcunché per attività lucrative diverse da quelle derivanti dall'esecuzione del contratto non aggiudicato, nondimeno la stessa non potrebbe mai sperare nell'attribuzione giurisdizionale di un qualunque ristoro in ragione dell'impossibilità di provare un fatto negativo (consistente, per l'appunto, nel non aver beneficiato di alcun aliunde perceptum). ...Si perverrebbe al riconoscimento di una legittimazione sostanziale al risarcimento soltanto in capo a quelle imprese le quali, durante l'intero svolgimento della vicenda procedimentale e del processo, siano rimaste del tutto inattive (o, peggio, siano fallite; soltanto in questo caso difatti sarebbe, forse, dimostrabile il mancato guadagno)”*, Cons. Giust. Amm. Sic., Sent., 21-09-2010, n. 1226.

aggiudicazione di un appalto, egli cerchi di intraprendere progetti sostitutivi che gli consentano di rimpiazzare il lucro cessante determinato dall'illecita esclusione dall'appalto. Dare per scontato *il successo* di questa ricerca di progetti sostitutivi appare però irragionevole dal punto di vista economico, perché esso non potrà che dipendere dalla situazione del mercato, e dalla capacità produttiva dell'impresa.

Perché ciò si verifichi, deve anzitutto esservi sul mercato una domanda sufficiente da consentire all'impresa di rimpiazzare la commessa perduta. Se questo può essere vero nelle fasi di espansione del ciclo economico, non lo è in quelle di recessione, che sono appunto caratterizzate da un'insufficienza di domanda.

In secondo luogo, le caratteristiche dell'impresa devono essere tali da permetterle di cogliere le occasioni che può offrirle il mercato che le sue caratteristiche tecnico-produttive, e la sua localizzazione, le consentono di servire.

La necessità di valutare un *aliunde perceptum vel percipiendum* alla luce delle concrete condizioni di domanda e di offerta risulta chiaramente da un interessante precedente della Corte di giustizia dell'Unione Europea in materia di *Francovich liability* della Commissione, per la mancata corresponsione di quote latte a produttori olandesi.

Nel caso *Mulder I*⁴⁰, la Corte ha riconosciuto il “*principio generale.. secondo il quale [un danneggiato] deve dimostrare di aver agito con ragionevole diligenza onde limitare l'entità del danno*”⁴¹, stabilendo che “*il lucro cessante [consiste] nella differenza tra gli introiti che i ricorrenti avrebbero ricavato, in una situazione normale, [in un dato periodo] ... e, rispettivamente, gli introiti effettivi ottenuti oltre a quelli ottenuti, od ottenibili, durante lo stesso periodo, da eventuali attività sostitutive (in prosieguo: i «redditi alternativi»)»*⁴².

La Corte concludeva invitando le parti a trovare un accordo sulla determinazione del danno, ma era costretta in seguito ad intervenire nuovamente perché l'accordo non era stato raggiunto, disponendo una dettagliata consulenza tecnica d'ufficio, che esaminava in maniera minuziosa i redditi alternativi che potevano conseguire gli allevatori, dedicandosi alla produzione di carne anziché a quella di latte.

Come ben chiariva nella sua Opinione l'Avvocato Generale Van Gerven, “*spetta alle istituzioni [convenute] dimostrare, producendo dati statistici*

⁴⁰ Si veda Van Gerven (2005), *Private enforcement of EC Competition rules*, Joint EU Commission / IBA Conference, Marzo, Bruxelles.

⁴¹ Cfr. *Mulder e altri c. Commissione*, sentenza del 19 maggio 1992, cause riunite C-104/89 e C 37/90, para 33.

⁴² Cfr. *Ibidem*, para. 26.

attendibili, quali vantaggi... avrebbero potuto venir ottenuti, secondo il corso normale delle cose, nel settore nel quale rientra l'attività di sostituzione... Spetta ai ricorrenti apportare la prova contraria producendo mezzi attendibili e dimostrare, se ... il risultato della gestione non ha raggiunto un livello normale”⁴³.

Non addentrandoci oltre negli aspetti giuridici del caso, pare rilevante sottolineare come dal punto di vista economico sia ragionevole ritenere che non necessariamente dall'accettazione di un principio generale di *aliunde perceptum* possa conseguire la presunzione che tali redditi siano stati effettivamente conseguiti, tanto più in un settore come le costruzioni e opere pubbliche ove la domanda risulta da scelte di investimento private, e da decisioni di spesa pubblica, e è quindi, per sua natura, irregolare, a differenza della domanda di consumo di carne e di latte.

Per questo, l'eventuale esistenza di redditi alternativi andrebbe attentamente esaminata sotto il profilo fattuale, ricorrendo ove occorresse ad una consulenza tecnica d'ufficio⁴⁴.

6 Conclusioni

In questo lavoro ho sviluppato alcune riflessioni in chiave economica sul danno patito dall'impresa illegittimamente esclusa da un appalto pubblico che le sarebbe stato altrimenti affidato.

Come abbiamo visto, non è corretto ritenere che l'impresa perda l'utile che avrebbe percepito dall'appalto, perché essa perde una cifra superiore, pari al margine di contribuzione: questo è pari alla somma dell'utile derivante dalla commessa, e del contributo che la commessa avrebbe dato alla copertura dei costi di struttura dell'impresa nel suo complesso.

Per quanto riguarda la quantificazione del lucro cessante, ho mostrato come esso possa non essere determinabile a partire dalla documentazione di gara, che può consentire di accertare l'utile di commessa, ma non il suo contributo ai costi di struttura.

In terzo luogo, ho mostrato come, qualora si riveli opportuno ricorrere ad una determinazione forfettaria del lucro cessante, considerando l'andamento del conto economico dell'ampio campione di imprese di costruzione italiane annualmente esaminate da Mediobanca, sarebbe in effetti eccessivo continuare ad adottare il risalente "criterio" del 10%: l'analisi dei dati concreti, indica che un parametro presuntivo dovrebbe semmai attestarsi intorno ad un valore compreso tra il 7,5 e l'8%.

⁴³ Conclusioni dell'Avv. Gen. Van Gerven – Cause riunite C-104/89 E C-37/90, para. 50.

⁴⁴ Come fatto recentemente dal TAR Abruzzo sez. I, 11 ottobre 2012, n. 670, cit., che si è avvalso di una CTU che ha riguardato anche l'esistenza di un *aliunde perceptum*.

Infine, ho esaminato criticamente se sia opportuno ritenere, dal punto di vista economico, che l'esistenza di un criterio dell'*aliunde perceptum vel percipiendum* debba portare ad una presunzione che un reddito alternativo vi sia effettivamente stato, o avrebbe potuto essere conseguito. La risposta mi pare negativa, perché il conseguimento di tale reddito dipende dalle concrete condizioni della domanda di mercato, e dalle caratteristiche dell'impresa, ed è pertanto una questione che dovrebbe essere – più che presunta - analizzata in sede di consulenza tecnica.