

IL RISARCIMENTO DEL DANNO NEGLI APPALTI

profili sostanziali e processuali

IGI Roma

21 aprile 2015

Prof. Avv. Alessandro Botto

0

Legance
AVVOCATI ASSOCIATI

- L'art. 124, comma 1, seconda parte, del c.p.a. dispone che *«se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato»*
- Quindi, il risarcimento del danno si configura quale rimedio ripristinatorio della sfera patrimoniale del danneggiato nell'ipotesi in cui non venga dichiarata l'inefficacia del contratto stipulato a favore del concorrente, forma di tutela in forma specifica a favore del ricorrente vittorioso (risarcimento in forma specifica e non azione di adempimento secondo la giur.; comunque irrilevante la distinzione in concreto alla luce della presunzione di colpevolezza della p.a.)

- L'attribuzione al giudice amministrativo della scelta tra la conservazione dell'efficacia del contratto o meno (a parte i casi più gravi di conflitto con la disciplina del codice dei contratti pubblici, ma anche in questo caso c'è la deroga a fronte di esigenze imperative connesse ad un interesse generale) rientra in una continua espansione dell'area dell'intervento del giudice (panprocessualismo anche in sede non penale).
- In precedenza, sulla base della teoria dell'annullabilità del contratto in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione da parte del giudice amministrativo) la scelta era invece in capo alla stazione appaltante.

- Il C.d.S., nel parere reso sullo schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva 66/2007), ha affermato che il giudice nel caso della valutazione sulla perdurante efficacia del contratto non esercita una giurisdizione di merito. Esprimo qualche dubbio al riguardo, anche perché storicamente viene a prendere il posto proprio di valutazioni riservate alla p.a. contraente

- Dubbio: per la dichiarazione di inefficacia del contratto occorre la domanda di parte?
- Il giudizio amministrativo è un processo di parte fondato sul principio dispositivo, quindi non rilevabilità *ex officio*.
- Occorre che la parte chieda di subentrare o comunque aspiri al bene della vita-contratto (sia nel caso dell'art. 121 che in quello dell'art. 122; nel primo caso, peraltro, la mancata domanda di parte potrebbe addirittura rifluire sull'interesse ad agire per l'annullamento).

- Altrimenti, se la parte opta per la tutela risarcitoria, il giudice non può sostituire la propria valutazione alla domanda della parte (cfr., peraltro, in una recente decisione dell'A.P., la n. 4/2015, occorre considerare come eccezione rispetto al sistema, fondato sulla domanda di parte, la possibilità per il giudice di disporre un rimedio anziché un altro, ai sensi degli artt., 121 e 122 c.p.a.).
- L'impostazione del giudizio amministrativo a livello costituzionale è quella di un giudizio di parte: art. 103 (tutela di interessi e diritti soggettivi) in coerenza con l'art. 24 Cost.

- I tentativi di configurare il giudizio amministrativo come un giudizio di diritto oggettivo (a similitudine di quello penale) tentano di riemergere periodicamente (cfr. la querelle sul rapporto tra ricorso principale e incidentale nella materia degli appalti), ma vanno qualificati come incoerenti rispetto al dettato costituzionale
- Tornano alla memoria le considerazioni di V.E. Orlando (dopo il 1889) sul giudizio amministrativo come funzione di controllo

- Non a caso finora sono naufragati i tentativi di introdurre un PM davanti al g.amm.
- Per non parlare della possibile violazione dell'art. 24 Cost: a chi sarebbe devoluta la *judicial review* dell'azione amministrativa esercitata dal giudice amm. ?
- D'altronde, se ci pensiamo bene, la valutazione inerente la comparazione d'interessi effettuata dal giudice amministrativo ai sensi degli artt. 121, 122 e 124 c.p.a. non è poi molto dissimile da quella operata dal giudice civile ai sensi dell'art. 2058 , secondo comma, c.c.

- Anche in questo caso, infatti, il giudice opera una valutazione “di merito” sulla eccessiva onerosità della tutela ripristinatoria specifica.
- Né si tratta di valutazione connotata da interessi pubblici “superiori”: più prosaicamente, è applicazione della teoria del minimo mezzo (ossia la soddisfazione dell’interesse della parte vittoriosa senza una *deminutio* della sfera soggettiva del debitore che non vada oltre lo stretto necessario) – principio di proporzionalità

- La domanda di subentro (intesa quale richiesta di inefficacia del contratto eventualmente stipulato) comprende anche la domanda risarcitoria (ove sia inopportuna/impossibile la declaratoria di inefficacia)
- La domanda risarcitoria, invece, non ricomprende quella di inefficacia
- La scelta è rimessa alla parte, anche se il richiamo all'art. 1227 c.c. operato dall'art. 124, comma 2, c.p.a. rende in pratica molto improbabile la scelta iniziale di optare direttamente per la mera tutela risarcitoria per equivalente

- Il *favor* per il subentro della parte vittoriosa, oltre che rispondere ad una esigenza di tutela più soddisfattiva della pretesa del ricorrente, risponde anche ad una esigenza di non arrecare un danno patrimoniale alla stazione appaltante.
- Infatti, nel caso di contratto ormai esaurito, oltre al pagamento del corrispettivo pattuito, la stazione appaltante è esposta al pagamento di una ulteriore somma a titolo di risarcimento per equivalente, con conseguente sussistenza dei presupposti oggettivi per un illecito erariale

- PRESUPPOSTI DELLA TUTELA RISARCITORIA (sono quelli della tutela aquiliana: C.d.S., V, 31 ottobre 2013 n. 5247 ed altre):
 - a) fatto *contra jus* che provoca danno
 - b) nesso di causalità
 - c) elemento psicologico (dolo/colpa)

- Ingiustizia del danno:
- Consiste nella illegittima mancata aggiudicazione della gara
- Qui occorre un giudizio prognostico sulla aggiudicabilità a favore del ricorrente della gara
- E' la posizione di pretesa (all'aggiudicazione) del ricorrente che viene tutelata (qualificata come interesse legittimo in ossequio alla tradizione e al disposto costituzionale)

- Elemento psicologico: presunzione di colpa *juris et de jure*
- Sul punto, recentemente, C.d.S., III, 10 aprile 2015 n. 1839: “*in materia di risarcimento da mancato affidamento di gare pubbliche di appalto, non è necessario provare la colpa dell’amministrazione aggiudicatrice, poiché il rimedio risarcitorio risponde al principio di effettività previsto dalla normativa comunitaria e le garanzie di trasparenza e non discriminazione operanti in materia di aggiudicazione dei pubblici appalti fanno sì che qualsiasi violazione degli obblighi di matrice comunitaria consente all’impresa pregiudicata di ottenere un risarcimento dei danni, a*

- *prescindere da un accertamento in ordine alla colpevolezza dell'ente e all'imputabilità soggettiva della lamentata violazione”*
- Conf. C.d.S., V, 31 dicembre 2014 n. 6450.
- Tale atteggiamento della giurispr. prende le mosse da Corte Giust., III, 30 settembre 2010, C-314/09 (Graz Stadt) (che a sua volta richiama propri precedenti del 2004-2008), secondo cui in materia di appalti vige una presunzione di colpevolezza della p.a., senza possibilità di prova contraria: cosiddetta “*colpa in re ipsa*”.

- La giur. nazionale sembra peraltro avere equivocato l'insegnamento della Corte di Giustizia: peraltro *felix culpa*, poiché in questo modo ha semplificato molto il giudizio di risarcimento
- La Corte, infatti, intendeva affermare che ove il risarcimento per equivalente sia l'unica possibilità, per ragioni non imputabili al danneggiato, questi non può essere onerato di adempimenti cui non sarebbe stato assoggettato ove avesse ottenuto una tutela demolitoria (discorso che, a sua volta, rimanda alla qualificazione della tutela in forma specifica, vedi *supra*)

- *Quantum* :
- Essenziale l'onere della prova in capo al danneggiato
- L'art. 124, comma 1, prevede espressamente che il risarcimento possa trovare fondamento ove il danno sia *subito e provato* dal danneggiato
- a) lucro cessante :
- a1) aggio (prima il 10 % sulla base dell'art. 345 della l. n. 2248/1865 all. F);

- Ora, invece, va provato; ciò in ossequio al principio generale di cui all'art. 2697 c.c.: il ricorrente deve fornire la prova dell'esistenza del danno
- No all'utilizzo del principio acquisitivo: quest'ultimo attiene allo svolgimento dell'istruttoria e non alla allegazione dei fatti. Comunque il p. acquisitivo tende a riequilibrare situazioni asimmetriche e in tema di risarcimento tale presupposto non si configura
- C.d.S., III, n. 1839/2015, cit (cfr. poi C.d.S., V, 3 settembre 2013 n. 4376).: è necessario che l'impresa fornisca la prova della percentuale di utile effettivo che avrebbe (*presumibilmente*: n.d.a.) conseguito in concreto

- a2) danno curriculare: il mancato arricchimento del curriculum professionale dell'impresa pregiudica la sua capacità di competere sul mercato e diminuisce le sue *chances* di essere aggiudicataria di altre commesse
- Trattasi di una voce di danno che costituisce una specificazione del danno da perdita di *chance*
- C.d.S., III, n. 1839/2015, cit.: può essere risarcita in via equitativa (ad esempio mediante riduzione del 20% della somma, quantificata nella percentuale del 5% dell'importo dell'appalto, richiesta dall'impresa; la giur. cmq oscilla tra l'1% e il 5%).

- Secondo C.d.S., V, 3 maggio 2012 n. 2546: tale voce di danno è *in re ipsa*; l'impresa non può ritenersi gravata da alcuno specifico onere probatorio (probabilmente il C.d.S. pensa di ricorrere alle presunzioni, anche se si tratta di un ragionamento implicito).
- *Contra*, C.d.S., V, 23 febbraio 2015 n. 856: occorre dare prova della diminuzione di redditività dell'impresa e della perdita di occasioni contrattuali (conf. C.d.S., V, 31 dicembre 2'14 n. 6450)
- C.d.S., III, 7 marzo 2013 n. 1381: nullo il danno curriculare ove l'impresa sia leader nel settore di mercato in cui opera e il valore del contratto non avrebbe arricchito in alcun modo il suo prestigio

- b) danno emergente: no, perché le spese di partecipazione sarebbero comunque state sopportate. Anche laddove l'impresa avesse vinto la gara, i costi di partecipazione non sarebbero stati comunque rimborsati (C.d.S., VI, 3 settembre 2013 n. 4392; III, 25 giugno 2013 n. 3437; V, 12 febbraio 2013 n. 799 ed altre)
- Coefficienti di abbattimento del *quantum*:
- a) *aliunde perceptum* (sulla base di presunzione)
- b) concorso del fatto colposo del danneggiato (art. 1227 c.c.)

- *Aliunde perceptum* (cfr. C.d.S., V, 20 aprile 2012 n. 2317;VI, 15 ottobre 2012 n. 5279)
- Sulla base di una presunzione (*id quod plerumque accidit*: l'impresa diligente non rimane inerte) , si ritiene che l'imprenditore si dedichi ad altra attività, da cui trae un utile
- Usualmente quantificato nel 50% dell'utile conseguibile dalla gara annullata (ma C.d.S., III, 10 aprile 2015 n. 1839: 20% di riduzione)

- Ciò per evitare che la sentenza di annullamento diventi una occasione di *iniusta locupletatio* per l'imprenditore vincitore
- Inversione dell'onere della prova: deve essere l'imprenditore a dimostrare di non avere lavorato in quel periodo (esibendo i documenti contabili)
- Altre cause di concorso del fatto colposo del danneggiato (art. 1227 c.c., richiamato dall'art. 124, comma 2, c.p.a. , nonché art. 30, comma 3, c.p.a.):
 - a) inerzia processuale (ad esempio la mancata richiesta di tutela cautelare, mancata richiesta di annullamento dell'aggiudicazione, mancata domanda di subentro ecc.)

- b) inerzia sostanziale (ossia il cd. *aliunde percipiendum*): è praticamente alternativo all' *aliunde perceptum* (nel senso che opera la presente presunzione se si riesce a provare di non avere lavorato); cfr. C.g.a.r.s., 19 giugno 2013 n. 602
- Anche in quest'ultimo caso l'abbattimento è usualmente pari alla metà dell'utile vantato
- E' un vero e proprio “ragionamento a tenaglia” per abbattere il *quantum respondeatur* (eccesso di rigidità)

- Perdita di chances:
- Nel caso in cui il ricorrente non riesca a dimostrare che sarebbe stato aggiudicatario della gara (in assenza dell'elemento perturbatore eliminato dalla pronuncia costitutiva di annullamento dell'aggiudicazione) la giur. riconosce il risarcimento della chance
- Tale criterio si traduce di un abbattimento dell'ammontare dell'utile

- La giur. (C.d.S., VI, 11 marzo 2010 n. 1443; III, 20 marzo 2014 n. 1371) utilizza il criterio del numero dei partecipanti: con 2 partecipanti viene riconosciuto il 50%, il 33% in caso di tre partecipanti ecc.
- In alcuni casi (C.d.S., VI, 11 gennaio 2012 n. 105) imposta la *gara virtuale*: nominata una nuova commissione al solo fine di individuare le *chances* di aggiudicazione (ovviamente ai soli fini risarcitori)
- Infine, viene valutato anche il comportamento del controinteressato a fini di corresponsabilità nella produzione dell'evento dannoso, ai sensi dell'art. 2055 c.c.

- C.d.S., VI, 15 ottobre 2012 n. 5279
- Talvolta, il giudice amministrativo fa uso della condanna sull'an dettando i criteri, ai sensi dell'art. 34, comma 4, c.p.a.
- In questo senso: C.d.S., V, 23 febbraio 2015 n. 856, cit.

AREE DI ATTIVITA'

FUSIONI, ACQUISIZIONI E DIRITTO SOCIETARIO
BANKING
PROJECT FINANCING
DEBT CAPITAL MARKETS
EQUITY CAPITAL MARKETS
FINANCIAL INTERMEDIARIES REGULATION
FONDI DI INVESTIMENTO
CONTENZIOSO E ARBITRATI
RISTRUTTURAZIONI E PROCEDURE CONCORDATARIE,
UE, ANTITRUST E REGOLAMENTAZIONE
DIRITTO DEL LAVORO E DELLE RELAZIONI INDUSTRIALI
DIRITTO TRIBUTARIO
DIRITTO AMMINISTRATIVO
DIRITTO IMMOBILIARE
DIRITTO DELL'ENERGIA, GAS E RISORSE NATURALI
COMPLIANCE
DIRITTO DELLA NAVIGAZIONE E DEI TRASPORTI
PROPRIETA' INTELLETTUALE
TMT (TECHNOLOGY, MEDIA, TELECOMMUNICATIONS)
DIRITTO AMBIENTALE

Legance
AVVOCATI ASSOCIATI

MILANO - 20123
Via Dante, 7
T +39 02 89 63 071

ROMA - 00187
Via di San Nicola da Tolentino, 67
T +39 06 93 18 271

LONDRA - EC4N 1TX
10-15 Queen Street
Aldermary House
T +44 (0)20 7074 2211

info@legance.it
www.legance.it

Legance - Avvocati Associati ed i suoi soci non sono sottoposti alla regolamentazione della Solicitors Regulation Authority ("SRA") ed il piano assicurativo obbligatorio previsto dalla SRA non è loro applicabile (sono viceversa coperti da un apposito piano assicurativo italiano). Una lista dei soci di Legance - Avvocati Associati è consultabile presso l'ufficio di Londra, in Aldermary House, 10-15 Queen Street Londra EC4N 1TX, oppure all'indirizzo: <http://www.legance.it/eng/index.htm>