

Appalti pubblici

Il risarcimento del “danno curriculare” alle imprese negli appalti pubblici

29 aprile 2015

L’impresa partecipante ad una gara, illegittimamente privata del diritto all’esecuzione di un appalto pubblico, ha titolo ad ottenere in sede giurisdizionale, non solo la liquidazione del “mancato guadagno” inteso come l’utile non percepito, ma anche il risarcimento del “danno curriculare”.

Tale voce di danno (intesa come specificazione del “mancato guadagno”) è direttamente collegata al mancato arricchimento del *curriculum* professionale di tale impresa – e, pertanto, dei suoi requisiti di partecipazione alle gare –, nonché al pregiudizio arrecato alla sua capacità di competere nei mercati di riferimento, con la conseguente diminuzione delle *chances* di aggiudicazione di ulteriori affidamenti.

Lo ha stabilito il Consiglio di Stato con la sentenza n. 1839 del 10 aprile 2015, chiarendo per di più i criteri di determinazione del risarcimento da

“mancato guadagno”.

I fatti sui quali il Consiglio di Stato è stato chiamato ad esprimersi risalgono al 2013, quando un Consorzio impugnava la determinazione della Azienda Ospedaliera San Carlo di Potenza (la “*Stazione Appaltante*”) di aggiudicazione definitiva, in favore di un RTI, dell’appalto per la progettazione e l’esecuzione di lavori di adeguamento sismico e funzionale di alcuni padiglioni per la costruzione di una nuova piastra poliambutoriale e per la ristrutturazione della unità operativa di nefrologia e di dialisi. In particolare, il Consorzio chiedeva al giudice amministrativo la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato fra la Stazione Appaltante e l’RTI, nonché il subentro nel medesimo. Dopo il rigetto del giudice di prime cure, il Consiglio di Stato accoglieva il ricorso in appello del Consorzio. Tuttavia, nelle more di tale giudizio, l’amministrazione aveva

già stipulato il contratto di appalto con l’RTI.

Passata in giudicato la sentenza di secondo grado, a fronte della mancata esecuzione dell’ordine del giudice da parte della Stazione Appaltante, il Consorzio promuoveva giudizio per l’ottemperanza, chiedendo al giudice amministrativo, non solo la dichiarazione di inefficacia del contratto (con immediato affidamento dell’appalto in suo favore a titolo di risarcimento in forma specifica), ma anche il risarcimento per equivalente mediante il ristoro di diverse voci di danno, tra le quali la “perdita subita” (spese di progettazione e spese di giustizia) nonché il “mancato guadagno”, comprensivo anche del “danno curriculare”.

Dopo aver escluso la possibilità di subentro nel contratto di appalto in questione a causa dell’avanzato stato di esecuzione dei lavori e della pres-

Highlights

sante urgenza della realizzazione dei medesimi, i giudici di Palazzo Spada si sono soffermati sul concetto di “danno curriculare”.

In particolare, secondo il Consiglio di Stato, tale voce di danno costituisce una diversa specificazione del danno da perdita di *chance* e si correla necessariamente alla qualità di impresa operante nel settore degli appalti pubblici. La qualità imprenditoriale può essere fonte di un vantaggio economico autonomamente valutabile, in quanto accresce la capacità dell'impresa pregiudicata di competere sul mercato e, quindi, la *chance* di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti.

Pertanto, nella vita di un operatore economico l'interesse all'aggiudicazione di un appalto va ben oltre l'interesse alla solta esecuzione dell'opera in sé e all'ottenimento ricavi diretti. Tanto che **alla mancata esecuzione da parte di un'impresa di un'opera pubblica illegittimamente appaltata a terzi si ricollegano altri pregiudizi indiretti, tra i quali – in particolare – quelli all'immagine della società, al**

suo radicamento nel mercato, all'ampliamento della qualità industriale o commerciale dell'azienda, al suo avviamento, oltre al pregiudizio collegato al più generale interesse pubblico al rispetto della concorrenza, in conseguenza del potenziamento indebito della impresa concorrente operante sul medesimo mercato, risultata (illegittimamente) aggiudicataria della gara.

Nella sentenza in commento il Consiglio di Stato ha liquidato i danni conseguenti all'illegittimo affidamento della gara *de qua* sulla base dell'assunto per cui l'impresa ingiustamente privata della esecuzione dell'appalto può rivendicare, a titolo di “mancato guadagno”, anche la perdita della possibilità concreta di incrementare il proprio avviamento per la parte relativa al *curriculum* professionale.

Viene quindi ribadito il più recente orientamento giurisprudenziale, secondo cui **l'impresa che agisce per ottenere il risarcimento del “mancato guadagno” non ha titolo alla liquidazione in via automatica del 10% dell'importo base riparamen-**

trato secondo l'offerta al ribasso, come invece predicato da un orientamento giurisprudenziale più risalente. È necessario invece fare riferimento all'utile effettivo che l'impresa avrebbe realizzato qualora avesse essa stessa eseguito l'appalto, tenendo conto delle diverse voci di costo. Pertanto, sull'impresa grava anche l'onere di provare l'assenza dell'*aliunde perceptum vel percepiendum* (i.e., il fatturato generato mediante altri affidamenti), ossia di non aver generato alcun guadagno in virtù dello svolgimento di ulteriori commesse nel periodo in cui avrebbe dovuto eseguire l'appalto, pena la riduzione in via equitativa del risarcimento richiesto.

In applicazione dei principi illustrati, il Consiglio di Stato ha ritenuto che in relazione al “mancato guadagno” il Consorzio non avesse assolto all'onere di produrre la prova contraria alla presunzione dell'*aliunde perceptum vel percepiendum* (i.e., il fatturato generato mediante altri affidamenti). Ciò ha determinato la riduzione in via equitativa (pari al 20%) dal risarcimento

Highlights

integrale richiesto dal Consorzio (ridotto pertanto da Euro 333.713,56 a Euro 266.970,85). Inoltre, rilevata la mancanza di una prova diretta del pregiudizio subito a

titolo di “danno curriculare”, questa voce è stata determinata in via equitativa, riducendo, anche in questo caso, del 20% l’importo originaria mente richiesto dal Consorzio (da

Euro 166.856,78 a Euro 133.485,42).

Ughi e Nunziante – Studio legale