

Gare d'appalto. Il Consiglio di Stato cambia linea sulle controversie: non basta l'annullamento dell'aggiudicazione

Esclusioni illegittime, nuove tutele

Spazio al risarcimento per gli utili che non sono stati conseguiti dall'azienda

Marcello Clarich

La tutela giurisdizionale in materia di appalti pubblici diventa più incisiva per l'impresa che è stata illegittimamente penalizzata in una procedura di gara. Una sentenza del Consiglio di Stato pubblicata pochi giorni fa (VI Sezione, n. 213/2008) enuncia, infatti, alcuni principi innovativi di tipo sia processuale che sostanziale.

Il caso concreto riguardava una gara bandita nel 2005 per l'affidamento di servizi di mappatura e recupero delle perdite di una rete idrica. L'impresa seconda classificata impugnava la procedura contestando, tra l'altro, l'erronea attribuzione dei punteggi e la mancata esclusione dell'associazione temporanea di imprese (Ati) aggiudicataria perché priva dei requisiti di fatturato e per violazione del principio di imparzialità. Oltre all'annullamento la ricorrente chiedeva il risarcimento del danno.

Il Tar Abruzzo (Sezione di Pescara, 3 aprile 2007, n. 373), ritenuta fondata la censura relativa ai punteggi, non ha esaminato gli altri motivi perché, come si dice in gergo, assorbiti. Ha dunque annullato l'aggiudicazione e condannato la stazione appaltante a un risarcimento modesto, a titolo di responsabilità

LA REALIZZAZIONE PARZIALE

Se il contratto non è stato eseguito completamente possibile scegliere fra il «ristoro»

e la prosecuzione dei lavori

precontrattuale.

In sede di appello, il Consiglio di Stato ha seguito una strada più garantista. Si è posta, anzitutto, una questione processuale e, cioè, se il Tar poteva omettere di esaminare le censure riferite alla mancata esclusione dell'Ati aggiudicataria. Il giudice di appello ha osservato in proposito che l'accoglimento di queste censure avrebbe comportato l'aggiudicazione della gara all'impresa ricorren-

te seconda classificata. Un risultato senza dubbio preferibile per quest'ultima rispetto all'annullamento della procedura che lascia comunque incerto se l'impresa ricorrente avrebbe vinto la gara.

La differenza si apprezza soprattutto in sede di quantificazione del danno. Nel primo caso, esso è commisurato all'utile che l'impresa avrebbe conseguito ove avesse stipulato il contratto (mediamente il 10% del valore della commessa). Nel caso di annullamento dell'intera procedura, invece, esso è riferito alla cosiddetta perdita di chance, difficile da valutare e che il giudice liquida di solito con criteri equitativi.

Per queste ragioni il Consiglio di Stato ha posto un freno alla prassi dell'"assorbimento dei motivi" nella quale indulgeva spesso il giudice amministrativo. Quest'ultimo, accolto un motivo di ricorso, annullava il provvedimento impugnato senza accertare gli altri vizi dedotti nel ricorso. Secondo i giudici di Palazzo Spada, questa prassi è ammessa solo se dall'accoglimento della censura assorbita «non possa derivare alcun vantaggio al ricorrente, neanche sotto il profilo risarcitorio».

La sentenza di appello corregge, dunque, l'errore compiuto dal Tar Abruzzo. Accertata la fondatezza dei motivi assorbiti e, dunque, la pretesa dell'impresa seconda classificata a vedersi aggiudicata la gara, la pronuncia procede all'esame della domanda di risarcimento assumendo come criterio di quantificazione il mancato conseguimento dell'utile d'impresa.

Nel caso di specie, però, il contratto era già stato eseguito in parte. E qui la sentenza offre un chiarimento in tema di rapporti tra annullamento dell'aggiudicazione e contratto stipulato. In linea di principio è ammesso il subentro nel contratto per la parte non eseguita. Tuttavia l'impresa cui è data questa facoltà è libera di scegliere, in alternativa, il risarcimento del danno. Ciò perché, in base ai principi del diritto civile, il creditore può rifiutare l'offerta di

un adempimento parziale (articolo 1181 del Codice civile), situazione, appunto, «equiparabile alla possibilità di consentire l'esecuzione solo parziale del contratto». Comunque sia, per la parte del contratto già eseguita, ma anche per quella non eseguita se non viene richiesto il subentro del contratto, il risarcimento deve essere pieno.

L'effettività della tutela giurisdizionale fa dunque un passo avanti nel settore degli appalti pubblici, con implicazioni più generali anche per altri tipi di contenzioso. Altri traguardi sembrano ora a portata di mano.

I principi

Il risarcimento

■ Il Consiglio di Stato ha ampliato i margini di tutela per le imprese che vengono illegittimamente "sconfitte" nell'aggiudicazione delle gare di appalto. Il Consiglio di Stato impone ai giudici di valutare il danno effettivamente subito dalle imprese concorrenti al di là del meccanismo dell'assorbimento dei motivi di ricorso

L'alternativa

■ Secondo i giudici amministrativi, inoltre, nel caso in cui il contratto sia eseguito in parte è ammesso il subentro nel rapporto. Tuttavia l'azienda esclusa può scegliere fra il subentro e il risarcimento del danno

