

Importante sentenza del Consiglio di Stato sul risarcimento del danno per illegittima esclusione

11 Marzo 2008

In merito, nella sentenza in commento viene affermato anzitutto che, per quanto concerne le prestazioni contrattuali già eseguite, l'impresa può esclusivamente ottenere un risarcimento del danno in forma economica, secondo taluni specifici criteri di calcolo, cui si accennerà oltre.

Per quanto attiene alle prestazioni contrattuali ancora da eseguire, il supremo collegio conferma l'indirizzo giurisprudenziale prevalente, (su cui, v. da ultimo, Cons. Stato, VI, n. 1523/2007 e Cass. Civ., I, n. 7481/2007) a tenore del quale, in omaggio al principio di effettività della tutela sancito a livello comunitario e costituzionale, l'intervenuta stipula del contratto non impedisce in alcun modo la condanna della stazione appaltante ad un risarcimento in forma specifica, rappresentato dal subentro dell'impresa vittoriosa nel contratto stesso.

Il passaggio più innovativo della pronuncia in commento si rinviene, però, nella parte in cui viene rimesso alla scelta dell'impresa vittoriosa se procedere al subentro nel contratto di appalto, al fine di proseguire nel rapporto contrattuale fino al suo esaurimento, ovvero se optare per il risarcimento del danno per equivalente monetario anche in relazione alla parte del contratto non eseguita.

Secondo i giudici di Palazzo Spada, infatti, l'interesse originario della impresa era indirizzato all'esecuzione dell'appalto per il suo complessivo valore, come identificato dal bando di gara; la sua esecuzione per un periodo di durata inferiore, invece, introducendo nuove condizioni economico-organizzative, implica, conseguentemente, un impegno di mezzi ed attrezzature ed un livello di remunerazione diversi rispetto all'offerta presentata in sede di gara, talchè l'esecuzione parziale potrebbe non essere obiettivamente soddisfattiva del danno subito dall'impresa per la mancata aggiudicazione.

Ad avviso del supremo collegio, peraltro, la possibilità di optare per il risarcimento per equivalente e di rifiutare l'esecuzione solo parziale del contratto deriverebbe anche dall'applicazione di un principio di carattere generale, desumibile dall'art. 1181 c.c., secondo cui il creditore (nella specie: l'impresa illegittimamente esclusa dall'aggiudicazione) può sempre rifiutare l'offerta di un adempimento parziale rispetto all'originaria configurazione del rapporto obbligatorio (ad un adempimento parziale è equiparabile la possibilità di consentire l'esecuzione solo parziale del contratto).

Sulla base di tali argomentazioni, la sentenza in esame riconosce, quindi, all'impresa vittoriosa la possibilità di scegliere per il solo risarcimento economico del danno, rinunciando al subentro nel contratto.

Nella pronuncia vengono, infine, precisati i criteri in base ai quali la stazione appaltante dovrà effettuare la proposta di pagamento a titolo risarcitorio, riassumibili come segue:

- a) nel caso in cui l'impresa opti per il subentro nel contratto, dovrà essere corrisposta una somma pari al 10% del valore della parte di contratto già eseguita, calcolata in base all'offerta presentata in sede di gara dalla ricorrente;
- b) nel caso, invece, che la ricorrente scelga il solo risarcimento del danno, la suddetta percentuale del 10% dovrà essere rapportata all'intero valore del contratto, come determinato alla luce dell'offerta presentata in sede di gara dalla stessa ricorrente.

La percentuale del 10% viene peraltro giustificata quale utile presuntivo dell'utile economico che sarebbe derivato all'impresa dall'esecuzione dell'appalto (Cons. Stato, IV, 6 luglio 2004 n. 5012).

2672-Sentenza Consiglio di Stato n. 213 del 25 gen 2008.pdf [Apri](#)