

**Direzione
Legislazione
Opere Pubbliche**

**Principali novità
normative e
giurisprudenziali**

Dal 9 al 13 ottobre

Provvedimenti e Atti Normativi

MIT: l'applicazione del bando-tipo ANAC esclude la colpa grave.

Con parere n. 2159 del 19.7.2023, il Servizio Supporto Giuridico del MIT si è espresso sul tema della **violazione del principio della fiducia di cui all'art. 2**, comma 3, del D.lgs. n. 36/2023, con particolare riferimento alle **"autorità competenti"** a cui si riferisce il legislatore nella suddetta disposizione.

In particolare, secondo il MIT, ai fini dell'individuazione di violazioni al principio di fiducia, **viene esclusa la colpa grave per la stazione appaltante che abbia applicato i contenuti dei bandi-tipo** e dei pareri dell'ANAC o di altre Autorità, quali ad esempio la Corte dei conti nell'esercizio della funzione consultiva. Dunque, la nozione di "autorità competenti" sembra **piuttosto ampia**, tanto da ricomprendere non solo l'ANAC, ma anche altre Autorità operanti nel settore.

In ogni caso, nel parere viene rammentato che i bandi-tipo **sono vincolanti per le stazioni appaltanti ai sensi dell'art. 83, comma 3 del codice**, di talché nell'ipotesi in cui queste ultime intendano discostarsene sono tenute a motivare le deroghe adottate con la delibera a contrarre.

Per maggiori dettagli, cliccare [qui](#).

Rapporto quadrimestrale Anac: frenata dei contratti pubblici rispetto ai mesi precedenti

Da gennaio ad aprile 2023 la Banca dati nazionale dei contratti pubblici ha registrato, rispetto al quadrimestre precedente, a livello di importo, una importante **riduzione dei lavori** (-40% circa), secondo quanto risulta dal Rapporto sul mercato dei contratti pubblici riferito al primo quadrimestre 2023 elaborato da Anac.

In termini di numerosità degli appalti si ha una diminuzione rispetto al quadrimestre precedente per i lavori del 37%, **un valore quasi dimezzato quello degli appalti per i lavori rispetto ai due quadrimestri precedenti** maggio-agosto 2022 e settembre-dicembre 2022 che hanno fatto registrare, con circa 51,6 miliardi e 46,0 miliardi di importo, i valori più alti di sempre.

Per una lettura integrale del rapporto ANAC, cliccare [qui](#).

Focus Giurisprudenza

Consiglio di Stato, Sez. V, 28.09.2023, n. 8568.

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato è tornata a pronunciarsi in materia di risarcimento del danno derivante da mancata aggiudicazione della gara in particolare sui relativi criteri di valorizzazione e quantificazione, chiarendo che **la possibilità di operare una valutazione equitativa**, ai sensi dell'art. 1226 Cod. Civ. è **ammessa soltanto in presenza di oggettive situazioni di impossibilità**, o di estrema difficoltà, di fornire una precisa prova sull'ammontare del danno.

In primo grado, TAR Toscana aveva escluso di poter quantificare in via equitativa il mancato utile che il concorrente avrebbe conseguito con l'aggiudicazione della gara e l'esecuzione dell'appalto nella misura forfettaria indicata in ricorso (10% dell'importo a base d'asta).

Al fine di superare i rilievi del TAR, l'appellante ha rilevato che, nel caso di specie, è necessario fare applicazione dell'art. 1226 c.c., in quanto la prova dell'esatta quantificazione del danno e, dunque, dell'utile conseguibile non sia stata concretamente possibile in considerazione dei fattori e delle voci di costo che contraddistinguono l'attività della società, sfuggendo ad una loro precisa indicazione.

Ciononostante, i giudici della V Sezione hanno ritenuto di aderire al filone giurisprudenziale che ritiene **non meritevole di accoglimento la domanda risarcitoria rimasta del tutto sfornita di prova** in ordine alla sussistenza del pregiudizio sofferto, atteso che, in ogni caso, spetta al danneggiato, ai sensi degli artt. 30 e 40, c.p.a. e 2697 c.c., provare offrire la prova dell'*an* e del *quantum* del pregiudizio che assume di aver patito.

In particolare, la Quinta Sezione ha ritenuto di aderire e fare propri i principi già elaborati dalla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – Cons. Stat., Ad. Plen., 12 maggio 2017, n. 2 -, osservando che **“spetta all'impresa danneggiata offrire la prova dell'utile che in concreto avrebbe conseguito, qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (ex art. 64 commi 1 e 3 Cod. proc. amm.); quest'ultimo, infatti, in tanto si giustifica in quanto sussista la necessità di equilibrare l'asimmetria informativa tra amministrazione e privato che contraddistingue l'esercizio del pubblico potere e il correlato rimedio dell'azione di impugnazione, mentre non si riscontra nell'azione di risarcimento dei danni, per la quale il criterio della c.d. vicinanza della prova determina il riespandersi del principio dispositivo sancito in generale dall'art. 2697 primo comma Cod. civ.”** e precisando ulteriormente che **“va esclusa la pretesa di ottenere l'equivalente del 10% dell'importo a base d'asta, sia perché detto criterio esula storicamente dalla materia risarcitoria, sia perché esso non può essere oggetto di applicazione automatica e**

indifferenziata (non potendo formularsi un giudizio di probabilità fondato sull'id quod plerumque accidit secondo il quale, allegato l'importo a base d'asta, può presumersi che il danno da lucro cessante del danneggiato sia commisurabile al 10% del detto importo)".

Per una lettura integrale della sentenza, cliccare [qui](#).

TAR Campania-Napoli, Sez. III, 10 ottobre 2013, n. 5528.

Il TAR Campania si è pronunciato in tema di immediata impugnazione della clausole escludenti, ricordando che, in seguito alla sentenza dell'Adunanza plenaria (26 aprile 2018, n. 4) si deve procedere all'immediata **impugnazione del bando** quando si contestano **clausole immediatamente escludenti o che impediscono la partecipazione alla gara** e la presentazione di un'offerta, dovendo tutte le altre essere impugnate, a valle e all'esito della gara, unitamente all'atto lesivo dell'interesse azionato (Cons. St., sez. V, 27 luglio 2020, n. 4758; id. 22 novembre 2019, n. 7978).

È stato altresì chiarito che la **lesione lamentata deve conseguire in via immediata e diretta**, e non soltanto potenziale e meramente eventuale, alle determinazioni dell'amministrazione e all'assetto di interessi delineato dagli atti di gara, in relazione a profili del tutto indipendenti dalle vicende successive della procedura e dai correlati adempimenti (Cons. St., sez. V, 20 gennaio 2020, n. 441).

Di qui si è affermato come diventa irrilevante la circostanza che l'operatore economico abbia o meno presentato la domanda di partecipazione alla gara, essendo soltanto l'immediata lesione della posizione giuridica qualificata a legittimare l'impugnazione del bando. **Non sarebbe dunque condivisibile l'assunto secondo cui l'aver partecipato alla gara preclude la proposizione del ricorso**, potendo al più essere la dimostrazione – in punto di fatto e non di diritto – che non era materialmente preclusa la presentazione di una offerta seria.

Ciò offre, secondo il giudice di appello, un primo principio di prova in ordine alla possibilità di formulare una offerta seria.

In altri termini, l'aver presentato la domanda di partecipazione alla gara non è ex se preclusivo della proposizione del gravame, costituendo una sorta di acquiescenza alle regole che presiedono la procedura – ma è la prova, in punto di fatto, che era ben possibile presentare una offerta remunerativa.

Per una lettura integrale della sentenza, cliccare [qui](#).