

**DIRITTO AMMINISTRATIVO**

Anno VI Fasc. 1 - 1998

Gabriella Racca

---

**LA QUANTIFICAZIONE DEL DANNO  
SUBITO DAI PARTECIPANTI ALLE GARE  
PER L'AFFIDAMENTO DI APPALTI  
PUBBLICI**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

GABRIELLA RACCA

LA QUANTIFICAZIONE DEL DANNO  
SUBITO DAI PARTECIPANTI ALLE GARE  
PER L'AFFIDAMENTO DI APPALTI PUBBLICI (\*)

La consapevolezza che i partecipanti alle procedure concorsuali possano subire un danno risarcibile anche prima della stipulazione del contratto è stata riportata in luce dalle norme europee in materia di appalti pubblici (1).

La pubblica amministrazione è obbligata a risarcire il danno arrecato in violazione delle norme che disciplinano la scelta del contraente e di quelle nazionali di recepimento (2).

Il danno subito dai partecipanti a procedimenti di selezione

(\*) Comunicazione al 43° Convegno di Studi amministrativi, *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, Varenna, Villa Monastero 18-20 settembre 1997.

(1) Sulla configurabilità di un danno precontrattuale giuridicamente rilevante si rinvia ad un più ampio lavoro di prossima pubblicazione, ove si sostiene l'ipotesi che il danno sia determinato dall'inadempimento da parte della pubblica amministrazione di norme che regolano il suo rapporto con gli aspiranti contraenti. L'interpretazione della norma comunitaria porta a ritenere che un comportamento difforme da quello imposto dalla disciplina del procedimento di scelta del contraente vale scorrettezza nelle trattative fra le parti e determina la risarcibilità del danno causalmente collegato ad esso.

(2) Art. 2, lett. c, della direttiva del Consiglio delle Comunità Europee del 21 dicembre 1989 (89/665/CEE) che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, in *G.U.C.E.*, n. L 395 del 30 dicembre 1989, 33 e art. 2 lett. d), della direttiva del Consiglio delle Comunità Europee del 25 febbraio 1992 (92/13/CEE) che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, in *G.U.C.E.*, n. L 76 del 23 marzo 1992, 14, recepito dall'art. 13, l. 19 febbraio 1992, n. 442, *Disposizioni per l'adem-*

del contraente appare riconducibile al cosiddetto interesse negativo, inteso come interesse a non essere indotti a partecipare a procedure concorsuali che si realizzino in violazione di regole predefinite e paritarie, conosciute ed accettate dalle parti.

Non è risarcibile un ipotetico affidamento nella conclusione del contratto (3), bensì la « tradita fiducia » circa il rispetto delle regole che specificano il comportamento dovuto dalle parti ed a fortiori dalla pubblica amministrazione in conformità alla disciplina sugli atti amministrativi.

Il riferimento all'interesse negativo individua il danno conseguente a violazioni di obblighi rilevanti nella fase precontrattuale, senza pregiudicare l'entità di tale danno, né i criteri per la sua quantificazione. D'altra parte, l'idea che l'interesse negativo debba necessariamente essere di ammontare inferiore a quello positivo non ha trovato un valido fondamento giuridico (4).

Quando anteriormente all'aggiudicazione non sia stata possi-

*pimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (legge comunitaria per il 1991). Il citato art. 13 è stato, ora, abrogato dal comma 5 dell'art. 35 del d.l. 31 marzo 1998, n. 80, recante « Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'art. 11, comma 1, della legge 15 marzo 1997, n. 59 ».*

(3) È sempre possibile un'interruzione corretta della procedura selettiva: art. 8, comma 2, direttiva del Consiglio delle Comunità Europee del 14 giugno 1993 (93/37/CEE) che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, « L'amministrazione aggiudicatrice comunica ai candidati o offerenti che lo richiedano i motivi per cui ha deciso di rinunciare all'aggiudicazione di un appalto posto in concorrenza o di ricominciare la procedura » e il relativo recepimento attuato con l'art. 31, comma 2, d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406, *Attuazione della direttiva 89/440/CEE, in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*.

(4) Cfr. F. BENAFIL, *Colpa in contrahendo*, in *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale* diretti da F. GALGANO, Padova, 1987, 307; D. CARUSO, *Note in tema di danni precontrattuali*, nota a Corte di cassazione, Sez. I, 11 maggio 1990, n. 4051, in *Foro it.*, 1991, I, 184; *Id.*, *La culpa in contrahendo - L'esperienza statunitense e quella italiana*, Milano, 1993, 170 e s.; C. TARCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 716. Cfr. altresì Pret. Maccrta 7 giugno 1988, Daenens c. Università degli Studi di Maccrta, in *Giust. civ.*, 1988, I, 3007, con nota di G. TIRRE, concernente il rinnovo di un contratto a tempo determinato di un lettore collocato al primo posto nella graduatoria.

bile la correzione delle violazioni (5), occorre attribuire al soggetto leso un risarcimento che, seppur per equivalente, lo riporti nella condizione patrimoniale in cui si sarebbe trovato ove la violazione non fosse avvenuta.

L'interesse negativo, al pari di quello positivo, è formato da due componenti: il danno emergente o, secondo l'espressione dell'art. 1223 c.e., « la perdita subita » ed il lucro cessante o « mancato guadagno ». La distinzione ha una mera funzione descrittiva del contenuto del danno risarcibile, in relazione alle utilità preesistenti nel patrimonio del danneggiato ed a quelle che presumibilmente sarebbero state acquisite in assenza di comportamenti lesivi (6).

Le regole civilistiche prevedono che il danno sia risarcibile solo in quanto conseguenza immediata e diretta del comportamento lesivo (art. 1223 c.e.); normalmente il risarcimento si limita al danno prevedibile e soltanto ove si riscontri un comportamento doloso si estende anche a quello imprevedibile (art. 1225 c.e.).

Il mancato sollecito della correzione di una violazione delle disposizioni comunitarie nel corso del procedimento selettivo potrebbe essere valutato come concorso del fatto colposo della controparte nella determinazione del danno, ovvero come mancanza di diligenza, con la possibile conseguente diminuzione o addirittura negazione del risarcimento (art. 1227 c.e.) (7).

(5) V. art. 3, comma 2, della direttiva 89/665/CEE, cit. recepita dall'art. 12, l. 19 febbraio 1992, n. 142, cit. Per limitare le possibili richieste di risarcimento dei danni, i più recenti interventi normativi tendono ad accelerare la decisione dei ricorsi in materia di appalti al fine di favorire la « correzione » delle procedure concorsuali: art. 19 del d.l. 25 marzo 1997, n. 67, convertito con la l. 23 maggio 1997, n. 135, *Disposizioni urgenti per favorire l'occupazione*.

(6) Cfr. G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, Cedam, 1996, 511; A. LAGOSTENA-BASSI-L. RUBINI, *La liquidazione del danno*, Milano, 1974, 89 e s.

(7) La determinazione quantitativa globale del danno è tendenzialmente approssimata a danno del creditore, benché tale approssimazione talora trascuri la valutazione delle concause che potrebbero essere svantaggiose per il creditore stesso: Coll. arb., 24 luglio 1993, Impr. Melpi c. Prov. Benevento, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1995, 150; Coll. arb., 6 giugno 1984, Soc. impr. Edina c. Iacp Firenze, *Id.*, 1985, 837.

Come è noto, la normativa nazionale di recepimento delle citate « direttive ricorsi » non fornisce alcuna indicazione in ordine alla quantificazione del danno (8), né ad oggi si ha notizia di pronunce giurisprudenziali che abbiano liquidato tali danni (9).

In assenza di parametri per la determinazione del danno soccorre la valutazione equitativa (artt. 1226, 2056 c.c.), che esclude una rigorosa ripartizione dell'onere della prova, poiché si consente al giudice di ricavare dalle prove fornite elementi ulteriori per definire il danno risarcibile (10).

La peculiarità del danno arrecato per violazione delle norme di scelta del contraente deriva dal fatto che esso riguarda non la violazione di un obbligo di prestazione concernente l'oggetto del contratto, ma regole di comportamento.

In ogni caso, l'oggetto e il valore del contratto sembrano costituire dati sui quali fondare la quantificazione del danno: non pare dunque possibile determinare in via generale la somma liquidabile a favore di un singolo o dei più numerosi danneggiati.

Per procedere alla definizione del danno appare necessario distinguere l'ipotesi in cui sia possibile la prova che la scorrettezza dell'amministrazione ha impedito al concorrente di risultare ag-

(8) Art. 13, l. 19 febbraio 1992, n. 142, cit.

(9) Per un caso di violazione delle norme comunitarie consistente nell'esclusione automatica di un'impresa che aveva presentato un'offerta ritenuta anormalmente bassa: TAR Lombardia, 25 novembre 1989, n. 544, Elli Costanzo s.p.a. c. Com. di Milano, in *Foro it.*, 1991, III, 503, confermata da Consiglio di Stato, Sezione V, 6 aprile 1991, n. 452, Elli Costanzo s.p.a. c. Com. di Milano, in *Cons. St.*, 1991, I, 659, la sentenza del TAR, confermata in appello, ha annullato il provvedimento del comune di Milano con il quale la società Costanzo era stata esclusa dalla gara d'appalto. Sul caso è intervenuta per risolvere una questione pregiudiziale con sentenza interpretativa: Corte di giustizia CEE, sentenza 22 giugno 1989, in causa 103/88, Elli Costanzo s.p.a. c. Com. di Milano, in *Foro it.*, 1991, IV, 129. In seguito alla decisione del ricorso preventivo di giurisdizione sollevato dal Tribunale di Milano e risolto nel senso della sussistenza della giurisdizione ordinaria da Corte di cassazione, sez. III, 10 novembre 1993, n. 11077, Com. di Milano c. Elli Costanzo s.p.a., in *Corr. giur.*, 1994, 620, la causa è tornata all'esame dello stesso Tribunale, il quale deve pronunciarsi in merito alla sussistenza e liquidazione del danno.

(10) Corte di cassazione, sez. I, 28 settembre 1984, n. 4820, in *Foro it.*, 1985, I, 816; Coll. arb., 25 febbraio 1992, Soc. edil. convenz. Catanese c. Com. di Catania, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1993, 119.

giudicatario da quella in cui si dimostri unicamente l'esistenza di un pregiudizio.

Una volta acquisiti dalla pubblica amministrazione tutti i dati necessari, l'avvio della procedura predefinita di selezione del contraente consente di prevedere l'esito corretto della trattativa, quantomeno nei casi in cui il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso o siano specificamente valutabili, secondo coefficienti matematici, gli elementi dell'offerta più vantaggiosa (11).

In tale ipotesi, il danno subito dal concorrente nella fase precontrattuale, pur sempre risarcibile come interesse negativo, può corrispondere all'ammontare del guadagno che egli avrebbe potuto conseguire con l'adempimento del contratto, oltre alle spese sostenute.

La presentazione dell'offerta più conveniente consente di conoscere con anticipo rispetto alla stipulazione del contratto sia la volontà di concludere il contratto stesso, sia il soggetto che in esito alla sequenza procedimentale dovrebbe verosimilmente aggiudicarsi il contratto.

L'obiezione circa la facoltà dell'amministrazione di non stipulare il contratto per sopravvenuti motivi di interesse pubblico è superabile notando che si tratterebbe di un caso di recesso giustificato dalle trattative, che, ove correttamente realizzato e motivato (12), eliminerebbe ogni obbligo di risarcimento.

Nei rapporti fra privati, normalmente, non è possibile prevedere l'esito delle trattative e perciò per l'individuazione del danno si ricorre alla prova della perdita della possibilità di stipulare il contratto stesso, ovvero uno diverso con altri soggetti, mentre nel caso in esame si può prendere in considerazione il medesimo contratto in gara.

È possibile rinvenire, nel nostro ordinamento, norme che forniscono criteri di quantificazione del danno risarcibile da parte della pubblica amministrazione. Esse appaiono utilizzabili solo in quanto suggeriscono parametri utili per definire il danno real-

(11) Così il d.p.c.m. 27 febbraio 1997, n. 116.

(12) Sull'obbligo di comunicazione della motivazione: art. 8, comma 2, dir. 93/37/CEE, cit. e art. 31, comma 2, d.lgs. 406/91, cit.

mente provocato e non come norme di limitazione dello stesso, dal momento che la giurisprudenza comunitaria impone un risarcimento adeguato ed effettivo che, per equivalente, compensi integralmente il danno arrecato (13).

In tal senso pare di interesse l'art. 345 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F., *legge sulle opere pubbliche*, che prevede la facoltà di recesso dal contratto di appalto, quantificando direttamente il danno risarcibile a favore dell'appaltatore: « è facoltativo all'Amministrazione di risolvere in qualunque tempo il contratto, mediante il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importare delle opere non eseguite ».

Si tratta di un potere di recesso unilaterale, noto alla disciplina del codice civile del 1865, art. 1641 e del 1942, art. 1671 (14), ove peraltro non si ritrovano indicazioni né sulla somma da riconoscere all'appaltatore, né sulle ragioni che inducono al recesso.

« Presunzione vuole che l'Amministrazione non addivenga ad un tal passo, se non per legittimi motivi, ma di fronte all'esplicito contenuto di detto articolo, non è possibile formulare limitazione alcuna » (15), sicché è stato applicato anche in casi di inadempimento dell'amministrazione stessa (16).

Può ritenersi che la norma fissi « una tantum, un criterio di liquidazione uniforme ed automatico, giustificato secondo la dottrina sia dal fatto di ovviare ad indagini alquanto difficoltose ed

(13) Cfr. da ult. sulle conseguenze della violazione del principio di parità di trattamento tra uomini e donne: Corte giustizia Comunità europee, 22 aprile 1997, causa 180/95, Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice oHG, in *Raccolta*, 1997.

(14) Sulla equiparazione fra l'art. 1671 c.c. e l'art. 345, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F. C. Stato, sez. IV, 9 gennaio 1996, n. 41, Anas c. Soc. impr. Pizzarotti, in *Giur. it.*, 1996, III, I, 496, con nota di E. CASSADA BARTEOLI.

(15) Così A. COSTO, *Appalti di opere pubbliche*, II ed., Milano, 1924, 513, il quale considera che anche in caso di inadempimento dell'amministrazione « in pratica, colla risoluzione ai sensi dell'art. 345 si concede sempre una indennità costituita dal noto 10% e quindi il risarcimento si opera ».

(16) Cfr. Corte di cassazione, 1 febbraio 1995, n. 1114, Spa Dott. C. Agnese c. Consorzio interprovinciale cooperative di produzione e lavoro, in *Riv. giur. edilizia*, 1995, I, 622.

aleatorie, sia dallo scopo di cautelare la p.a. da eventuali richieste di liquidazioni eccessive » (17).

Il danno causato al concorrente che in ragione della sua offerta avrebbe dovuto essere aggiudicatario, potrebbe dunque quantificarsi nel dieci per cento dell'ammontare della base d'asta come ribassata dall'offerta in questione; a tale somma si aggiungono le spese sopportate per la partecipazione alla procedura selettiva.

La ricordata percentuale può ritenersi indicativa dell'utile medio ricavabile dall'appaltatore con l'impiego dei mezzi produttivi dell'impresa e non un parametro limitativo del danno risarcibile (18).

Non parrebbe applicabile al caso in questione la limitazione del danno risarcibile attuata calcolando il decimo sui « quattro quinti del prezzo che è servito di base al contratto, depurato del ribasso d'asta » (19), giustificata dal fatto che l'appaltatore è tenuto ad assoggettarsi ad una diminuzione delle opere fino ad un quinto dell'importo dell'appalto (20).

Neppure sembra applicabile la norma (21) che quantifica i

(17) E. CARACCIOLO, nota a Corte di cassazione, sez. un., 20 aprile 1991, n. 4289, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2996; E. G. SCOCIA-A. POLICE, *La risoluzione del contratto di appalto di opere pubbliche*, in *Riv. trim. appalti*, 1997, 46.

(18) Coll. arb., 17 giugno 1993, Impr. Muni c. Com. Motta S. Anastasia, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1995, 67; Coll. arb., 15 febbraio 1989, Impr. costruz. Minerì c. Com. di Messina, *Id.*, 1990, 128; Coll. arb., 20 ottobre 1987, Soc. Icim c. Anas, *Id.*, 1988, 1297; Coll. arb., 25 gennaio 1990, Soc. Coopep c. Com. di Sperlinga, *Id.*, 1991, 555.

(19) Art. 41, comma 2, del d.p.r. 16 luglio 1962 n. 1063, *approvazione del capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici*. Cfr.: Coll. arb., 8 giugno 1991, Impr. Calveri c. Com. Galatò, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1992, 324; Coll. arb., 06-02-1990, Impr. Grassi c. Com. Sciacca, *Id.*, 1991, 635; Coll. arb., 15 febbraio 1989, Impr. costruz. Minerì c. Com. di Messina, *cit.*, 128; Coll. arb., 7 dicembre 1988, Impr. Anzà c. Com. di Gioiosa Marea, *Id.*, 1989, 814.

(20) Art. 344 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F., *cit.*

(21) Art. 10, comma 8, d.p.r. 16 luglio 1962 n. 1063, *cit.*, « se la consegna non avvenga nel termine stabilito per fatto dell'Amministrazione, l'appaltatore può chiedere di recedere dal contratto. Nel caso di accoglimento dell'istanza di recesso l'appaltatore ha diritto al rimborso dall'Amministrazione appaltante delle spese di cui al precedente art. 9 nonché ad un rimborso delle altre spese da lui effettiva-



danni per il recesso causato da ritardo nella consegna dei lavori, fissando una quota di risarcimento inferiore all'1% del valore del contratto (22).

Altro argomento che consente di ritenere la percentuale del dieci per cento come utile medio conseguibile dall'appaltatore si ritrova nelle valutazioni compiute della stessa amministrazione pubblica per determinare la base d'asta: il regolamento del 1895 (23) prevede che « se il lavoro deve essere appaltato, si aggunderà un decimo di beneficio dell'appaltatore ».

Mentre la percentuale di maggiorazione sui « prezzi unitari della manodopera, dei mezzi di trasporto, dei materiali, e di quanto altro occorre alla formazione del costo delle singole categorie di opere » (24), è aumentata nel tempo, passando da una percentuale compresa fra l'8 e il 12% a seconda dell'importanza e della natura dei lavori, ad una percentuale fra il 13 ed il 15%, il « beneficio per l'appaltatore » è rimasto immutato al dieci per cento (25).

Anche la giurisprudenza comunitaria in assenza di indicazioni normative giunge a quantificare il lucro cessante dell'imprenditore nel decimo del valore residuo dell'appalto in esecuzione (26).

mente sostenute, e comunque non superiori alle seguenti percentuali, calcolate sull'importo netto dell'appalto: 1,50% per la parte di importo fino a 50 milioni; 1% per la eccedenza fino ai 500 milioni e 0,50% per la parte eccedente i 500 milioni ».

(22) Sui limiti di applicazione della norma: Corte di cassazione, 25 luglio 1990, n. 7536, Soc. comp. merid. costruz. c. Iacp Bari, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 302; Corte di cassazione, sez. I, 4 luglio 1986, n. 4392, Nicolosi c. Com. di Catania, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1986, 1750; Coll. arb., 17 giugno 1993, Impr. Muni c. Com. Motta S. Anastasia, *Id.*, 1995, 67; Coll. arb., 12 febbraio 1988, Soc. auto Mec prefabbricati c. Min. protezione civile, *Id.*, 1988, 1692; Coll. arb., 6 luglio 1989, Soc. Isidori c. Usl 4, Chieti, *Id.*, 1991, 1.

(23) D.m. 29 maggio 1895, *regolamento per la compilazione dei progetti di opere dello Stato che sono nelle attribuzioni del Ministro dei Lavori Pubblici*, art. 20, u.c.

(24) Art. 20, d. m. 29 maggio 1895, cit.

(25) Art. 14, l. 10 dicembre 1981, n. 741, *Ulteriori norme per l'accelerazione delle procedure per l'esecuzione di opere pubbliche*.

(26) Cfr. ad es.: Corte giustizia Comunità europee, 1 giugno 1995, causa 42/94, Heidemij Advies BV c. Parlamento Europeo, in *Raccolta*, 1995, I, 1417, pto 22, concernente le conseguenze della « risoluzione unilaterale » del contratto di appalto

In ogni caso non sarebbe esclusa la prova della possibilità di conseguire un utile maggiore in relazione alle caratteristiche dell'appalto e soprattutto per l'organizzazione dell'impresa (27).

Si potrà inoltre tener conto del fatto che con la presentazione di un'offerta il concorrente rimane vincolato fino alla conclusione del procedimento selettivo, con la conseguente limitazione della disponibilità dei mezzi dell'impresa, poiché, sebbene possa liberamente partecipare ad altre gare, deve valutarne l'opportunità in relazione ai vincoli assunti (28).

Infine, voce di danno che può essere invocata dal concorrente deluso potrebbe essere la lesione della propria immagine, il discredito commerciale subito ad esempio per l'erronea qualificazione come anomala della sua offerta, che ingiustamente qualifica l'impresa come inaffidabile (29). Inoltre, avere eseguito correttamente determinati contratti costituisce requisito di qualificazione per ulteriori appalti (30).

per la sorveglianza della costruzione di edifici nell'ambito dell'ampliamento del Parlamento a Bruxelles. L'ammontare dovuto all'impresa per l'esercizio del diritto di recesso viene quantificato nel « 10% del valore dei lavori che rimangono da eseguire », calcolato sulla base del compenso forfettario annuo previsto nel contratto. Analoghe indicazioni si rinvengono in altri Stati membri della Comunità europea: S. ARROWSMITH, *Remedies for enforcing public procurement rules*, Acrystwyth, 1993, 73, 107.

(27) Cfr. Coll. arb., 6 febbraio 1990, Impresa Ing. A. Grassi c. Com. di Sciacca, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1991, 653, ove si cerca di provare che il guadagno netto dell'impresa non sarebbe stato inferiore al 14-15%; Corte giustizia Comunità europee, 14 gennaio 1993, causa 257/90, Italsolar s.p.a. c. Commissione Ce, in *Raccolta*, 1993, I, 9, ove un'impresa italiana, sostenendo di essere stata illegittimamente esclusa da una gara, disciplinata dalla terza convenzione di Lomé, quantifica il danno subito in 478.624.000 lire come spese di partecipazione alla gara d'appalto e richiede il 15% del prezzo offerto per ciascun lotto quale mancato guadagno; la sua domanda viene peraltro integralmente respinta.

(28) Il credito del concorrente escluso a causa della violazione di una norma di definizione del comportamento dovuto dall'amministrazione pare debba considerarsi per l'amministrazione pubblica un debito di valore quindi soggetto a rivalutazione. Cfr. Coll. arb., 30 dicembre 1993, Soc. Iela c. Agenzia promozione sviluppo Mezzogiorno, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1995, 592; Coll. arb., 26 luglio 1993, Soc. Vargin c. Com. di Nuoro, *Ibid.*, 178; Coll. arb., 27 novembre 1989, Soc. impr. edilstradale Calderoni c. Cons. auton. porto Genova, *Id.*, 1991, 265.

(29) V. Coll. arb., 14 settembre 1993, Impresa Holzmann c. Consorzio di bonifica alto e medio Belice, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1995, 254.

(30) Cfr. ad es. art. 21, comma 1, lett. b), del d. lg. 19 dicembre 1991, n.

La quantificazione del danno appare anche più problematica quando non sia possibile la prova che in assenza di violazione il concorrente escluso sarebbe risultato aggiudicatario, ma solamente l'esistenza di un pregiudizio.

Si tratta di casi in cui non è possibile conoscere l'esito della gara perché, ad esempio, l'esclusione è avvenuta nella fase di preselezione, ovvero la scorrettezza ha pregiudicato la partecipazione alla gara a causa della previsione di specifiche tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie (31), ovvero si contesta la legittimità del criterio di aggiudicazione in violazione di norme sulla concorrenza sicché l'amministrazione dovrà porne altro.

Anche nella fase iniziale della gara l'amministrazione deve comportarsi correttamente e non favorire taluni concorrenti mediante l'introduzione di specificazioni discriminatorie « nei documenti di gara, nei capitoli d'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto » (32).

La giurisprudenza comunitaria ammette la possibilità di contestare l'avvio di una trattativa privata fuori dai casi previsti, al fine di ottenere l'indizione della gara pubblica ed evitare le discriminazioni (33). Tuttavia sembra possibile ipotizzare una richiesta di risarcimento del danno solo da parte di chi abbia presentato un'offerta o quantomeno la domanda di invito.

406. *Attuazione della direttiva 89/440/CEE, in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici.*

(31) Cfr.: Corte giustizia Comunità europee, 24 gennaio 1995, causa 359/93, *Commis. Ce e. Gov. Paesi Bassi*, cit., 157, che ammette l'indicazione di marche, brevetti o tipi, nonché la specificazione di un'origine o di una produzione determinata solo se accompagnata dalla menzione « o equivalente », quando l'oggetto dell'appalto non possa essere descritto « diversamente mediante specificazioni sufficientemente precise e perfettamente intelleggibili per tutti gli interessati ».

(32) Art. 2 comma 1, lett. b, dir. 89/665, cit.

(33) Cfr. sulla violazione dell'obbligo di indire di una gara pubblica: Corte di giustizia Ce, sentenza 10 marzo 1987, in causa 199/85, *Commissione Cee e. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1987, 1039 e in *Riv. trim. appalti*, 1989, 99, con nota di G. MASCINI. Cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, 22 marzo 1995, n. 454, *Consorzio sistema direzionale orientale e Com. di Roma e. Consorzio gruppo Roma capitale* in *Giornale di dir. amm.*, 1995, 1067, con commento di V. DOMENICHELLI, ove si riconosce « un interesse strumentale volto ad ottenere l'annullamento e a far seguire l'indizione della gara pubblica » anche in capo a terzi estranei alla trattativa, ma interessati a partecipare alla gara.

In tali casi il danneggiato potrà richiedere una somma corrispondente all'ammontare delle spese sostenute per partecipare alla gara, qualificabile come componente di danno emergente dell'interesse negativo.

Accanto alla previsione di un integrale risarcimento del danno le norme comunitarie consentono infatti il risarcimento dei soli « costi di preparazione di un'offerta o di partecipazione ad una procedura di aggiudicazione » (34).

È sufficiente la prova dell'esistenza di una « violazione del diritto comunitario in materia di appalti o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto » e di una « possibilità concreta di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, possibilità che, in seguito a tale violazione, è stata compromessa ».

Questa indicazione viene peraltro chiarita con la specificazione che in tale ipotesi la persona lesa « non deve essere tenuta, allo scopo di ottenere il rimborso delle spese in questione, a provare che in assenza della violazione di cui trattasi l'appalto le sarebbe stato aggiudicato » (35).

La prova della possibilità concreta di aggiudicazione parrebbe dunque potersi limitare alla sussistenza dei requisiti di capacità tecnica economica finanziaria e morale che avrebbero consentito l'accoglimento della domanda di partecipazione o dell'offerta (36). L'amministrazione aggiudicatrice potrebbe viceversa provare l'inesistenza di un danno risarcibile a favore del concorrente.

Ove ciò non avvenga il danno potrà essere liquidato equitativamente (37), presumibilmente in relazione all'appalto in que-

(34) Art. 2, comma 7, della direttiva comunitaria 92/13, cit. S. ARROWSMITH, *Remedies for enforcing public procurement rules*, cit., 73, n. 228, ricorda che i costi di preparazione di un'offerta nella proposta della Commissione, poi lasciata cadere, erano quantificati nell'1% del valore del contratto.

(35) XI considerando della direttiva 92/13, cit.

(36) Il risarcimento potrebbe essere dovuto anche nel caso in cui l'offerta presentata dal concorrente che subisce la violazione delle norme di gara sia tale da poter prevedere che non sarebbe risultata la migliore, perché superata da altre offerte accoglibili, cfr. Corte giustizia Comunità europee, 22 aprile 1997, causa 180/95, *Drachmpaehl e. Urania Immobilienservice ohG*, cit.

(37) In relazione alle trattative volte alla costituzione di un rapporto di lavoro: Cass., sez. lav., 25 febbraio 1994, n. 1897, *Grillo e. Banca pop. Belpasso*, in

stione, ai costi sopportati e al tipo di violazione commessa, mentre appare dubbio il riferimento alle probabilità di aggiudicazione (38).

*Riv. giur. lav.*, 1994, II, 1006; Cass., sez. lav., 22 ottobre 1994, n. 8682, Soc. Montedison c. Di Pietro, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 524, con nota di A. BOLLANI, *A proposito di responsabilità precontrattuale, corsi precollocativi e mancate assunzioni*; Cass., sez. lav., 29 aprile 1993, n. 5026, Cassa Centrale di Risparmio Vittorio Emanuele II per le Province Siciliane c. Chimici, in *Giur. it.*, 1994, I, I, 234, con nota di A. MUSY, *Sicilcasse ed il danno da perdita di una « chance »*. Cfr. altresì A. PIAZZA, *Risarcimento del danno in materia di appalti pubblici (art. 13 legge n. 142/1992) e tutela cautelare avanti al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 38; L. PIRELLI, *La responsabilità per lesione di interessi legittimi nella disciplina degli appalti pubblici*, in *Ammin. it.*, 1995, 179. Per una diversa impostazione della questione: M. CALABRO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Milano, 1996, 23 e s.

(38) Cfr. S. ARROWSMITH, *Remedies for enforcing public procurement rules*, cit., 72, ove si valuta la possibilità di stimare percentualmente le probabilità di successo del danneggiato e attribuirgli quella percentuale sull'utile conseguibile dall'appalto.