

## **Quando il soggetto onerato della allegazione e prova dei fatti non vi adempie non può darsi ingresso alla valutazione equitativa del danno ex art. 1226 c.c., perché tale norma presuppone l'impossibilità di provare l'ammontare preciso del pregiudizio subito**

In tema di entità del danno da riconoscere in caso di lesione di interessi legittimi e di onere della prova a carico del danneggiato: l'utile conseguibile dall'impresa nella misura forfetaria del 10% deve essere decurtato ove l'impresa non dimostri di non aver potuto utilizzare diversamente le maestranze ed i propri mezzi per l'espletamento di altri servizi?

Nel rispetto del principio basilare sancito dall'art. 2697 c.c., secondo cui chi agisce in giudizio deve fornire la prova dei fatti costitutivi della domanda, si è affermato, in linea generale, che ai fini del risarcimento dei danni provocati da illegittimo esercizio del potere amministrativo il ricorrente debba fornire in modo rigoroso la prova dell'esistenza del danno, non potendosi invocare il c.d. principio acquisitivo perché tale principio attiene allo svolgimento dell'istruttoria e non all'allegazione dei fatti. L'importanza dell'assolvimento dell'onere allegatorio è fondamentale perché, come noto, il diritto entra nel processo attraverso le prove ma queste ultime devono avere ad oggetto fatti circostanziati. Sotto tale angolazione ben si comprende che se anche può ammettersi il ricorso alle presunzioni semplici ex art. 2729 c.c. per fornire la prova del danno subito e della sua entità, è comunque ineludibile l'obbligo, a monte, di allegare circostanze di fatto precise. Appare preferibile l'indirizzo minoritario che esige la prova rigorosa, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto; prova desumibile, in primis, dall'esibizione dell'offerta economica presentata al seggio di gara

Merita di essere segnalata la decisione numero 5098 del 17 ottobre 2008 emessa dal Consiglio di Stato

Orbene mentre nel caso di accertamento di danni non patrimoniali l'unica forma possibile di liquidazione è quella equitativa, per quelli patrimoniali è vero il contrario, specie se subiti da imprese nell'esercizio della propria attività.

Sotto tale angolazione, proprio in tema di appalti, si è negato il risarcimento a titolo di danno emergente delle spese sostenute dall'impresa per la partecipazione alla gara in mancanza di una specifica allegazione e prova delle singole voci.

Ma vi è di più

Per quanto specificamente attiene al risarcimento del lucro cessante la sezione osserva quanto segue.

In primo luogo deve ribadirsi, in una con la giurisprudenza più rigorosa, che il mancato guadagno dell'utile d'impresa corrispondendo al c.d. interesse positivo (quale interesse all'esecuzione del contratto), a rigore non potrebbe mai essere risarcito in una fattispecie di responsabilità precontrattuale; il sistema della responsabilità precontrattuale mal si presta ad essere utilizzato per chiedere il risarcimento dei danni che in via meramente presuntiva si sarebbero evitati o dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione ed esecuzione del contratto (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 4 ottobre 2007, n. 5174; sez. V, n. 7194 del 2006 cit.; sez. V, 10 ottobre 2006, n. 6026; Cass., sez. I, 26 maggio 2006, n. 12629).

Deve darsi atto però della esistenza di un prevalente orientamento di questo Consiglio, espressamente invocato dalla difesa appellante, secondo cui al fine di quantificare il lucro cessante subito dall'impresa per la mancata aggiudicazione di un appalto (ovvero il mancato utile che avrebbe ritratto dal contratto), in caso di giudicato che riconosca la lesione di interessi legittimi c.d. <<a risultato garantito>>, sarebbe

ammissibile liquidare, a titolo di danno presunto ed in via equitativa, una percentuale pari al 10% del prezzo a base d'asta, ai sensi dell'art. 345, l. n. 2248 del 1865 All. F.

Tale tesi non può essere condivisa.

Il criterio del dieci per cento è desunto da alcune disposizioni in tema di lavori pubblici, che riguardano però altri istituti, come l'indennizzo dell'appaltatore nel caso di recesso dell'amministrazione committente o la determinazione del prezzo a base d'asta.

Tale riferimento, pur evocato come criterio residuale in una logica equitativa, conduce di regola al risultato che il risarcimento dei danni è per l'imprenditore ben più favorevole dell'impiego del capitale.

In tal modo il ricorrente non ha più interesse a provare in modo puntuale il danno subito quanto al lucro cessante, perché presumibilmente otterrebbe di meno.

Ulteriore difetto di tale tecnica risarcitoria (come si registra nella prassi giudiziaria, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1513) è che obbliga i giudici più sensibili a moltiplicare gli sforzi per trovare correttivi che rendano meno evidenti gli ingiustificati esborsi a carico della finanza pubblica; in quest'ottica, a titolo di esempio, è ricorrente la massima secondo cui l'utile conseguibile dall'impresa nella misura forfetaria del 10% deve essere decurtato ove l'impresa non dimostri di non aver potuto utilizzare diversamente le maestranze ed i propri mezzi per l'espletamento di altri servizi.

Tali escamotage offrono un rimedio inappagante perché scontano il vizio d'origine del costrutto argomentativo che nasce all'interno della logica indennitaria e non si concilia affatto con il regime della prova nel sistema della responsabilità civile in genere e della p.a. amministrazione in particolare.

Appare preferibile l'indirizzo minoritario che esige la prova rigorosa, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto; prova desumibile, in primis, dall'esibizione dell'offerta economica presentata al seggio di gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2005, n. 1563; sez. VI, 4 aprile 2003, n. 478).

Parimenti deve essere precisato l'ambito di applicazione dell'art. 35, co. 2, d.lgs. n. 80 del 1998.

Premesso che nel processo amministrativo non sono ammissibili domande di condanna generica ex art. 278 c.p.c. (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2004, n. 942), il ricorso alla c.d. <<sentenza sui criteri>> di liquidazione del danno postula che sia stata accertata l'esistenza del danno stesso e che il giudice sia in grado di individuare i criteri generali che saranno di guida per la formulazione dell'offerta da parte della p.a.

E' evidente pertanto che il meccanismo processuale divisato dal menzionato art. 35 non può essere strumentalizzato per eludere l'obbligo di allegazione dei fatti costitutivi del proprio diritto.

Alle stesse conclusioni si giunge in relazione all'utilizzo, da parte del giudice, della c.t.u. che non è mezzo di prova in senso proprio e non può supplire all'onere probatorio della parte>

In conclusione quindi

Discende da quanto sopra che alla ALFA dovrà essere liquidata, a titolo di risarcimento del danno, una somma pari ad euro 84.392 vale a dire alla metà di quanto determinato dal primo giudice nell'impugnata sentenza; si precisa che su tale somma non decorreranno accessori fino alla pubblicazione della presente decisione, in quanto il primo giudice, sul punto, non si è pronunciato e non è stato proposto dalla ALFA appello incidentale>

SI LEGGA ANCHE

***La responsabilità (precontrattuale per culpa in contrahendo ) della stazione appaltante davanti al giudice amministrativo in caso di annullamento illegittimo di un'aggiudicazione (mancanza dell'adeguata copertura finanziaria)***

Nel momento in cui un'impresa partecipa ad un appalto, è legittimo che la sua aspettativa sia quella di aggiudicarsi l'appalto.

Nella fase successiva, qualora l'impresa riesca effettivamente ad aggiudicarsi l'appalto, è legittima la sua aspettativa a sottoscrivere il contratto.

Pertanto qualora l'amministrazione decida, ingiustamente, di annullare l'aggiudicazione, è corretto che l'impresa richieda il risarcimento del danno davanti al Tar per responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione

***Nella fattispecie in esame è positivamente riscontrato che la lesione della libertà negoziale della parte appellante, che si è vista indotta a contrattare e a confidare in buona fede nella validità della procedura poi rimossa in sede di autotutela, è avvenuta per colpa dell'amministrazione (la quale è incorsa in un macroscopico errore, ponendo a base di un bando un progetto non appaltabile perché privo di copertura finanziaria).***

Infatti:

il Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, n. 7194 del 6 dicembre 2006) ritiene ammissibile la risarcibilità del danno, a titolo di responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione, nell'ipotesi – quale è quella oggetto della presente controversia – in cui l'amministrazione procedente, rilevando un errore nel procedimento di gara già esperito, rimuova in autotutela la gara stessa, ancorché fosse già intervenuta l'aggiudicazione in capo all'impresa vincitrice della selezione.

Ed invero, l'obbligo giuridico sancito dall'art. 1337 cod. civ. di comportarsi secondo buona fede durante lo svolgimento delle trattative è stabilito perché con l'instaurarsi delle medesime sorge tra le parti un rapporto di affidamento che l'ordinamento ritiene meritevole di tutela.

Pertanto, se durante tale fase formativa del negozio, una parte viola il dovere di lealtà e correttezza ponendo in essere comportamenti che non salvaguardano l'affidamento della controparte - anche colposamente, in quanto non occorre un particolare comportamento oggettivo di malafede, nè la prova dell'intenzione di arrecare pregiudizio all'altro contraente - in modo da sorprendere la sua fiducia sulla conclusione del contratto risponde per responsabilità precontrattuale.

In altre parole quindi:

## **Mancando il rispetto dei criteri della correttezza e della buona fede da parte della pa, è giusto che l'impresa ottenga il risarcimento del danno**

Le domande a cui l'emarginata sentenza risponde sono le seguenti:

### **domanda:**

Per quali controversie ci si può rivolgere ai Tar, competenti per territorio, o in appello, al Consiglio di Stato (supremo organo amministrativo)

### **Risposta:**

Ci si può rivolgere al giudice amministrativo per "tutte" le controversie tra privato e pubblica amministrazione riguardanti la fase anteriore alla stipula dei contratti di lavori, forniture e servizi (la fase di evidenza pubblica rivolta alla scelta del contraente privato).

### **Questa affermazione si basa sul fatto che:**

Ed invero nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente l'amministrazione è tenuta non soltanto a rispettare le regole dettate nell'interesse pubblico (la cui violazione implica l'annullamento o la revoca dell'attività autoritativa) ma anche le norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune (regole la cui violazione assume significato e rilevanza, ovviamente, solo dopo che gli atti della fase pubblicistica attributiva degli effetti vantaggiosi sono venuti meno e questi ultimi effetti si sono trasformati in affidamenti restati senza seguito).

### **Domanda.**

A quale giudice bisogna rivolgersi nel caso in cui un'impresa si aggiudichi un appalto successivamente annullato in tutte le sue fasi da parte dell'amministrazione pubblica?

### **Risposta**

Il giudice competente è sempre il Tar in quanto la Legge prevede la cognizione, da parte del giudice amministrativo, sia delle controversie relative a interessi legittimi della fase pubblicistica sia delle controversie di carattere risarcitorio relative a diritti soggettivi traenti origine dalla caducazione di provvedimenti della fase pubblicistica (le pretese per responsabilità precontrattuale).

### **Domanda**

E' possibile quindi che l'amministrazione pubblica risponda per la propria responsabilità anche prima della sottoscrizione del contratto di appalto?

## Risposta

La risposta non può che essere, oggi, affermativa anche se l'evoluzione in materia di responsabilità della Pubblica amministrazione per culpa in contrahendo è stata lunga e travagliata

E' altresì innegabile che l'impresa che ha conseguito l'aggiudicazione è ormai soggetto individuato quale contraente dell'amministrazione, la cui offerta ha già ottenuto - da parte dell'amministrazione - un principio rilevante di accettazione, sicché egli vanta (non un diritto di obbligazione derivante dal contratto, che non si è ancora concluso) un legittimo affidamento protetto dalla tutela apprestata per il contraente in buona fede: in questi termini si è già da tempo pronunciata la giurisprudenza civile, anteriormente alle innovazioni introdotte dal d.lgs. n. 80/1998 e della legge n. 205/2000.

La Cassazione civile, nel negare la qualità di contraente al mero partecipante alla gara, anteriormente all'aggiudicazione (dove l'affermazione della normale non applicabilità, in tale fase, della responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione ai sensi dell'articolo 1337 c.c.) ha tuttavia ammesso che, una volta intervenuta l'aggiudicazione, l'aggiudicatario dovesse ormai ritenersi parte a tutti gli effetti (Cass., SS.UU. civ., 26 maggio 1997 n. 4673).

Già prima delle innovazioni del 1998-2000 la giurisprudenza era, dunque, approdata alla conclusione della possibilità dell'applicazione delle regole in tema di responsabilità precontrattuale alla Pubblica amministrazione committente, ancorché solo dopo l'aggiudicazione, nella fase intercorrente tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto.

A seguito di tali innovazioni taluni giudici amministrativi di primo grado, nella specifica materia delle procedure di gara d'appalto, hanno ammesso la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante **(ad esempio, in un caso di mancata aggiudicazione di un appalto di lavori per omessa esclusione automatica di offerte anormalmente basse; ovvero facendo applicazione della responsabilità precontrattuale in un caso di illegittima revoca del bando, giudicata alla stregua di un'ingiustificata e arbitraria interruzione delle trattative**

## Domanda

A quanto può quindi ammontare la richiesta del risarcimento del danno?

## Risposta

Al riguardo per pacifica giurisprudenza, il danno risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale, in relazione alla mancata stipula del contratto o in relazione alla invalidità dello stesso, si limita all'interesse negativo, rappresentato - com'è noto - sia dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto (danno emergente), sia della perdita di ulteriori occasioni di stipulazione con altri di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso (lucro cessante), con esclusione dei danni che si sarebbero evitati e dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione e l'esecuzione del contratto

in caso di culpa in contrahendo, i danni risarcibili comprendono (oltre alle spese sostenute in previsione della conclusione del contratto) le perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni per la mancata conclusione di un altro contratto dello stesso oggetto, mentre resta escluso il risarcimento dei danni che si sarebbero evitati e dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione ed esecuzione del contratto .

E', dunque, senz'altro risarcibile (come, peraltro, ammette la stessa Amministrazione) il danno a titolo di spese sostenute per la partecipazione alla procedura di gara in ragione della pacifica circostanza della avvenuta partecipazione dell'impresa ricorrente alla procedura poi annullata, con un'offerta ritenuta dalla stessa amministrazione valida e meritevole di aggiudicazione

**Conclusivamente il danno risarcibile nei confronti dell'odierna ricorrente, alla stregua di quanto precedentemente indicato costituisce la risultante dalla sommatoria degli importi relativi alle spese inutilmente sostenute per la partecipazione alla gara in discorso e alla somma dovuta a titolo di lucro cessante per perdita di chance derivante dal precluso conseguimento di altre occasioni**

A cura di Sonia Lazzini

N. 5098/08 REG.DEC.

N.6858 REG. RIC.

ANNO 2007

**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale

Quinta Sezione

ha pronunciato la seguente

**DECISIONE**

sul ricorso iscritto al NRG 6858\2007, proposto dall'Azienda Ospedaliera Sant'Andrea, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Sigillò Massara e Giovanni Candido Di Gioia ed elettivamente domiciliato presso il primo in Roma, via Po n. 25/B;

***contro***

ALFA s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Maurizio Spinella e Marco Valerio Santonocito, domiciliato presso il primo in Roma, via C. Mirabello n. 7;

***e nei confronti di***

BETA s.r.l., già \*, non costituita.

***per l'annullamento***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sezione III, n. 3878 del 3 maggio 2007.

Visto il ricorso in appello;

visto l'atto di costituzione in giudizio della ALFAa s.p.a.;

vista la memoria – in data 23 aprile 2008 - prodotta dalla parte appellante a sostegno delle proprie difese;

visti gli atti tutti della causa;

data per letta alla pubblica udienza del 6 maggio 2008 la relazione del consigliere Vito Poli, uditi gli avvocati Di Gioia e Santonocito;

ritenuto e considerato quanto segue:

**FATTO e DIRITTO**

**1.** L'Azienda ospedaliera Sant'Andrea (in prosieguo l'Azienda) ha indetto una **gara** per la fornitura di strumenti e reagenti chimici necessari per le indagini diagnostiche dei laboratori di patologia clinica (cfr. delibera n. 1157 del 12 novembre 2003).

Relativamente al lotto 15 – Allergologia e Autoanticorpi – il capitolato tecnico ha previsto che il sistema automatico per la processazione e la lettura dei campioni dovesse avere, fra gli altri, i seguenti requisiti indispensabili <<numero di campioni a bordo non meno di 240; almeno 12 test in linea>> (cfr. Allegato A/15).

Per il lotto 15 hanno presentato offerte la Pharmacia s.p.a. e la ALFA s.p.a.

Nella seduta del 6 maggio 2004 la commissione di **gara**, dopo aver accertato (senza motivazione alcuna), che entrambe le apparecchiature delle ditte concorrenti presentavano i requisiti minimi indispensabili previsti dal capitolato, ha attribuito i relativi punteggi.

Nella seduta del 22 giugno 2006, appresi i risultati delle attività di valutazione e attribuzione dei punteggi relativi alla qualità del servizio offerto, il rappresentante della ditta ALFA contestava immediatamente la presenza, nella fornitura offerta dalla rivale Pharmacia s.p.a. (sistema "Immuno Cap 250"), dei requisiti minimi (cfr. nota scritta allegata al verbale di pari data); seguivano due ulteriori puntuali lettere di contestazione nelle quali si metteva in luce la carenza dei due requisiti sopra descritti (in data 24 giugno e 30 luglio 2004); l'Azienda non forniva alcuna risposta.

Successivamente il direttore generale dell'Azienda, dopo aver approvato tutta l'attività svolta dal seggio di **gara**, aggiudicava in via definitiva l'appalto per il lotto 15 alla Pharmacia s.p.a. (cfr. deliberazione prot. n. 1008 15 settembre 2004).

**1.1.** Avverso quest'ultimo provvedimento è insorta la ALFA avanti il T.a.r. del Lazio lamentando, con un unico complesso motivo, l'eccesso di potere per palese illogicità ed il difetto di congrua istruttoria, sotto il profilo che dal semplice esame della scheda descrittiva del sistema "Immuno Cap 250" proveniente dalla medesima società Pharmacia, emergesse la difformità con le caratteristiche tecniche minimali richieste dalla *lex specialis*; ha chiesto, quindi, il risarcimento del danno per equivalente monetario, a solo titolo di lucro cessante, commisurato all'entità della propria offerta economica quale risultante dagli atti di **gara** (pari ad euro 1.687.784/00); nulla ha preteso per interessi legali, rivalutazione monetaria ed altri accessori.

**2.** L'impugnata sentenza – T.a.r. del Lazio, sezione III, n. 3878 del 3 maggio 2007, notificata il 10 luglio 2007 -:

a) ha accertato, con dovizia di argomenti, l'erroneità dell'istruttoria e del conseguente giudizio formulato dalla commissione in sede di riscontro della conformità del sistema "Immuno Cap 250" ai requisiti indispensabili imposti dal capitolato tecnico;

b) ha liquidato, a titolo di lucro cessante, in applicazione degli artt. 1226 c.c., 345, l. n. 2248 del 1865 e 35, co.2, d.lgs. n. 80 del 1998, la complessiva somma di euro 168.784/00, pari al 10% dell'offerta economica della ALFA, senza pronunciarsi su eventuali accessori;

c) ha condannato l'Azienda al pagamento delle spese di lite.

**3.** Con atto consegnato all'ufficiale giudiziario in data 9 agosto 2007, notificato il 10 agosto alla ALFA, e depositato il successivo 20 agosto, l'Azienda ha interposto appello avverso la sentenza del T.A.R. articolando i seguenti motivi:

a) inammissibilità del ricorso di primo grado a cagione dell'omessa impugnativa della attestazione di conformità delle offerte per il lotto 15 e della attribuzione dei punteggi;

b) rispondenza dei requisiti tecnici dell'apparecchio "Immuno Cap 250" a quelli prescritti come indispensabili dal capitolato, da accertarsi anche a mezzo di c.t.u.;

c) insussistenza del diritto al risarcimento sotto il duplice profilo della mancanza della colpa della stazione appaltante e della eccessività della liquidazione, dovendosi ridurre l'importo risarcitorio al 5% dell'offerta formulata dalla ALFA.

**4.** Si costituiva la ALFA deducendo l'irricevibilità, l'inammissibilità e l'infondatezza del gravame in fatto e diritto.



**5.** Con ordinanza cautelare di questa sezione - n. 5117 del 2 ottobre 2007 - è stata respinta la domanda di sospensione degli effetti dell'impugnata sentenza.

La causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 6 maggio 2008.

**6.** L'appello è parzialmente fondato e va accolto nei limiti meglio precisati in prosieguo.

**7.** In ordine logico devono essere esaminate e disattese tutte le eccezioni pregiudiziali sollevate dalla difesa della ALFA.

L'eccezione di tardività dell'appello è palesemente infondata sulla scorta del semplice esame della scansione cronologica dei fatti processuali dianzi descritti.

Con una seconda eccezione si deduce l'inammissibilità del gravame perché l'Azienda si sarebbe limitata a riproporre i motivi di primo grado.

L'eccezione è priva di pregio atteso che il principio in questione si attaglia alla condotta processuale della parte che non abbia speso alcun argomento critico per confutare le argomentazioni poste a base dei capi di sentenza sfavorevoli; circostanza questa che non ricorre nel caso di specie.

Miglior sorte non tocca alla terza eccezione di inammissibilità del gravame sollevata sotto il profilo che avrebbe violato il divieto dei *nova* in appello per aver proposto motivi ed eccezioni nuove.

Anche tale tesi è mal richiamata; quanto ai motivi nuovi, essa si attaglia alla condotta processuale della parte, originaria ricorrente e soccombente, che, in violazione del divieto sancito dall'art. 345, co.1, c.p.c., abbia proposto in appello motivi nuovi.

In relazione al divieto di proporre nuove eccezioni o nuove prove ex art. 345. co. 2 e 3, c.p.c. osserva il collegio che, nel particolare caso di specie, non si configura la proposizione, da parte dell'Azienda, di eccezioni e prove in senso stretto, tali dunque da potersi considerare effettivamente assoggettate al divieto dei *nova*; in realtà l'Azienda ha sollecitato l'esame di questioni (e l'esercizio di poteri) rilevabili o esercitabili d'ufficio.

**8.** Può scendersi all'esame dell'appello proposto dall'Azienda.

**8.1.** Il primo motivo, nella parte in cui reitera l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado, è infondato.

Come emerso dalla precedente ricostruzione in fatto, già nella seduta del 22 giugno 2004 il rappresentante della ALFA ha fatto allegare a verbale una analitica contestazione della valutazione operata dalla commissione in ordine alla sussistenza, in capo all'offerta della Pharmacia, dei requisiti minimi indispensabili richiesti dalla *lex specialis*.

A sua volta, Il ricorso introduttivo del giudizio in prime cure, proposto tempestivamente avverso l'atto conclusivo della procedura di evidenza pubblica effettivamente lesivo della posizione soggettiva della ALFA, ha puntualmente censurato l'errore in cui è incorsa la stazione appaltante nel non giudicare come carente dei requisiti minimi l'offerta della aggiudicataria; sotto tale angolazione è del tutto irrilevante che quest'ultima non abbia contestato i punteggi attribuiti dalla commissione alla Pharmacia, dato che la strategia difensiva dell'odierna appellata era imperniata sulla illegittimità della valutazione espressa dalla commissione a monte dell'attribuzione dei punteggi, in sede di riscontro dei requisiti minimi.

**8.2.** Parimenti infondato è il secondo motivo di gravame.

Le argomentazioni di carattere tecnico sviluppate nel ricorso in appello (ed illustrate nella successiva memoria conclusionale), non scalfiscono le conclusioni cui è giunta l'impugnata sentenza, ancorate all'oggettiva difformità riscontrata fra le prestazioni minime richieste dal capitolato per il sistema automatico di processazione e lettura dei campioni, e le caratteristiche tecniche del sistema offerto dalla Pharmacia.

Il collegio prende atto, inoltre, che:

- le deduzioni difensive dell'Azienda sono prive del supporto di una relazione scientifica redatta da qualificati organi tecnici interni o esterni all'amministrazione;
- le argomentazioni tecniche spese per dimostrare tale conformità non sono corroborate dalla documentazione depositata nel fascicolo d'ufficio, asseritamente esibita dalla ditta Pharmacia in sede di **gara** ed in concreto utilizzata dalla commissione.

Del tutto irrilevante è che, successivamente alla proposizione del ricorso di primo grado, il sistema acquisito dall'Azienda sia stato positivamente collaudato (in data 3 gennaio 2006); il buon funzionamento delle apparecchiature fornite non influisce, logicamente, sul giudizio che il giudice è chiamato ad effettuare per riscontrare la conformità del modello offerto in concreto con quello ideale posto a paradigma di **gara** dalla *lex specialis*.

Le conclusioni raggiunte dal collegio rendono superflua la richiesta di c.t.u. avanzata dalla difesa dell'Azienda.

**8.3.** E' viceversa parzialmente fondato l'ultimo motivo di gravame.

Il motivo si scinde in due autonome censure.

Con il primo mezzo si nega la sussistenza della colpa in capo all'amministrazione.

La doglianza è infondata.

Il seggio di **gara** ha negligenemente trascurato di rispettare le regole che la stessa stazione appaltante si era data nell'individuare i requisiti tecnici indispensabili della fornitura oggetto di contestazione; senza alcuna spiegazione, infatti, ha ritenuto che il servizio offerto dalla Pharmacia offrisse i requisiti richiesti dal capitolato.

**8.3.1.** E' viceversa fondata la seconda censura nella parte in cui contesta l'entità del risarcimento del danno liquidato dal T.a.r.

Nel rispetto del principio basilare sancito dall'art. 2697 c.c., secondo cui chi agisce in giudizio deve fornire la prova dei fatti costitutivi della domanda, si è affermato, in linea generale, che ai fini del risarcimento dei danni provocati da illegittimo esercizio del potere amministrativo il ricorrente debba fornire in modo rigoroso la prova dell'esistenza del danno, non potendosi invocare il c.d. principio acquisitivo perché tale principio attiene allo svolgimento dell'istruttoria e non all'allegazione dei fatti (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 30 luglio 2007, n. 10; sez. VI, 2 marzo 2004, n. 973).

L'importanza dell'assolvimento dell'onere allegatorio è fondamentale perché, come noto, il diritto entra nel processo attraverso le prove ma queste ultime devono avere ad oggetto fatti circostanziati.

Sotto tale angolazione ben si comprende che se anche può ammettersi il ricorso alle presunzioni semplici ex art. 2729 c.c. per fornire la prova del danno subito e della sua entità, è comunque ineludibile l'obbligo, a monte, di allegare circostanze di fatto precise.

Va al riguardo ribadito l'orientamento di questo Consiglio per il quale è inammissibile e comunque infondata la domanda risarcitoria formulata in maniera del tutto generica senza alcuna allegazione dei fatti costitutivi (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 2008, n. 306).

Anche la liquidazione del danno con il ricorso all'equità c.d. integrativa ex art. 1226 c.c. è soggetta a stringenti limiti.

In linea generale la sezione non intende discostarsi, sul punto, dalle acquisizioni teoriche della consolidata giurisprudenza della Cassazione (cfr. da ultimo Cass., sez. II, 17 marzo 2006, n. 6067).

Quando il soggetto onerato della allegazione e prova dei fatti non vi adempie non può darsi ingresso alla valutazione equitativa del danno ex art. 1226 c.c., perché tale norma presuppone l'impossibilità di provare l'ammontare preciso del pregiudizio subito.

Orbene mentre nel caso di accertamento di danni non patrimoniali l'unica forma possibile di liquidazione è quella equitativa, per quelli patrimoniali è vero il contrario, specie se subiti da imprese nell'esercizio della propria attività.

Sotto tale angolazione, proprio in tema di appalti, si è negato il risarcimento a titolo di danno emergente delle spese sostenute dall'impresa per la partecipazione

alla **gara** in mancanza di una specifica allegazione e prova delle singole voci (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194; sez. IV, 19 giugno 2006, n. 3601).

Per quanto specificamente attiene al risarcimento del lucro cessante la sezione osserva quanto segue.

In primo luogo deve ribadirsi, in una con la giurisprudenza più rigorosa, che il mancato guadagno dell'utile d'impresa corrispondendo al c.d. interesse positivo (quale interesse all'esecuzione del contratto), a rigore non potrebbe mai essere risarcito in una fattispecie di responsabilità precontrattuale; il sistema della responsabilità precontrattuale mal si presta ad essere utilizzato per chiedere il risarcimento dei danni che in via meramente presuntiva si sarebbero evitati o dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione ed esecuzione del contratto (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 4 ottobre 2007, n. 5174; sez. V, n. 7194 del 2006 cit.; sez. V, 10 ottobre 2006, n. 6026; Cass., sez. I, 26 maggio 2006, n. 12629).

Deve darsi atto però della esistenza di un prevalente orientamento di questo Consiglio, espressamente invocato dalla difesa appellante, secondo cui al fine di quantificare il lucro cessante subito dall'impresa per la mancata aggiudicazione di un appalto (ovvero il mancato utile che avrebbe ritratto dal contratto), in caso di giudicato che riconosca la lesione di interessi legittimi c.d. <<a risultato garantito>>, sarebbe ammissibile liquidare, a titolo di danno presunto ed in via equitativa, una percentuale pari al 10% del prezzo a base d'asta, ai sensi dell'art. 345, l. n. 2248 del 1865 All. F.

Tale tesi non può essere condivisa.

Il criterio del dieci per cento è desunto da alcune disposizioni in tema di lavori pubblici, che riguardano però altri istituti, come l'indennizzo dell'appaltatore nel caso di recesso dell'amministrazione committente o la determinazione del prezzo a base d'asta.

Tale riferimento, pur evocato come criterio residuale in una logica equitativa, conduce di regola al risultato che il risarcimento dei danni è per l'imprenditore ben più favorevole dell'impiego del capitale.

In tal modo il ricorrente non ha più interesse a provare in modo puntuale il danno subito quanto al lucro cessante, perché presumibilmente otterrebbe di meno.

Ulteriore difetto di tale tecnica risarcitoria (come si registra nella prassi giudiziaria, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1513) è che obbliga i giudici più sensibili a moltiplicare gli sforzi per trovare correttivi che rendano meno evidenti gli ingiustificati esborsi a carico della finanza pubblica; in quest'ottica, a titolo di esempio, è ricorrente la massima secondo cui l'utile conseguibile dall'impresa nella misura forfetaria del 10% deve essere decurtato ove l'impresa non dimostri di non aver potuto utilizzare diversamente le maestranze ed i propri mezzi per l'espletamento di altri servizi.

Tali *escamotage* offrono un rimedio inappagante perché scontano il vizio d'origine del costrutto argomentativo che nasce all'interno della logica indennitaria e non si concilia affatto con il regime della prova nel sistema della responsabilità civile in genere e della p.a. amministrazione in particolare.

Appare preferibile l'indirizzo minoritario che esige la prova rigorosa, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto; prova desumibile, *in primis*, dall'esibizione dell'offerta economica presentata al seggio di **gara** (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2005, n. 1563; sez. VI, 4 aprile 2003, n. 478).

Parimenti deve essere precisato l'ambito di applicazione dell'art. 35, co. 2, d.lgs. n. 80 del 1998.

Premesso che nel processo amministrativo non sono ammissibili domande di condanna generica ex art. 278 c.p.c. (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2004, n. 942), il ricorso alla c.d. <<sentenza sui criteri>> di liquidazione del danno postula che sia stata accertata l'esistenza del danno stesso e che il giudice sia in grado di individuare i criteri generali che saranno di guida per la formulazione dell'offerta da parte della p.a.

E' evidente pertanto che il meccanismo processuale diviso dal menzionato art. 35 non può essere strumentalizzato per eludere l'obbligo di allegazione dei fatti costitutivi del proprio diritto.

Alle stesse conclusioni si giunge in relazione all'utilizzo, da parte del giudice, della c.t.u. che non è mezzo di prova in senso proprio e non può supplire all'onere probatorio della parte (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2005, n. 1563; sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5012).

**8.3.2.** Scendendo alla determinazione in concreto del danno patrimoniale subito dall'odierna appellata, sul punto la sezione evidenzia che:

a) l'appellante (nel ricorso al Consiglio di Stato, essendo irrilevante quanto affermato in comparsa conclusionale atteso il valore meramente illustrativo di quest'ultima), non ha negato in radice l'esistenza del danno in concreto subito da ALFA o il difetto assoluto di prova, ma ha offerto un criterio liquidatorio autonomo, vincolante per il giudice in sede di gravame, che è tenuto a decidere, nei limiti di quanto devoluto, sulla scorta del contenuto dell'impugnazione effettivamente articolata;

b) l'intimata ALFA non ha, neppure indirettamente, contestato la quantificazione proposta dall'Azienda (in concreto una percentuale pari al 5% dell'offerta economica complessiva formulata in sede di gara e, come già visto, pari ad euro 1.687.845).

Discende da quanto sopra che alla ALFA dovrà essere liquidata, a titolo di risarcimento del danno, una somma pari ad euro 84.392 vale a dire alla metà di quanto determinato dal primo giudice nell'impugnata sentenza; si precisa che su tale somma non decorreranno accessori fino alla pubblicazione della presente

decisione, in quanto il primo giudice, sul punto, non si è pronunciato e non è stato proposto dalla ALFA appello incidentale.

**9.** In conclusione l'appello dell'Azienda deve essere accolto in parte, nei limiti meglio precisati in motivazione.

Nel particolare andamento del processo e nel contegno processuale delle parti, il collegio ravvisa giusti motivi per compensare integralmente fra le stesse le spese di entrambi i gradi di giudizio.

### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso meglio specificato in epigrafe:

- accoglie in parte l'appello e per l'effetto, in riforma parziale della sentenza impugnata, condanna l'Azienda Ospedaliera Sant'Andrea a pagare in favore della ALFA s.p.a. la complessiva somma di euro 84.392/00;

- dichiara integralmente compensate fra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 6 maggio 2008, con la partecipazione di:

Emidio Frascione - Presidente

Giuseppe Severini - Consigliere

Marco Lipari - Consigliere

Vito Poli Rel. Estensore - Consigliere

Francesco Caringella - Consigliere

**ESTENSORE IL PRESIDENTE**

f.to Vito Poli

f.to Emidio Frascione

**IL SEGRETARIO**

f.to Agatina Maria Vilaro

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

**II 17/10/2008**

**(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)**

p.IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi

6858/07

DCCC