

Mancata aggiudicazione e quantificazione dell'utile di impresa  
Consiglio di Stato, sez. V, decisione 08.01.2009 n. 23 ([Alessandro Del Dotto](#))

*L'utile economico che sarebbe derivato dall'esecuzione dell'appalto, che sarebbe spettato sicuramente all'impresa ricorrente e che la giurisprudenza riconosce nella misura del 10%, è applicabile solo nel caso in cui l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare le maestranze ed i mezzi, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi. Nel caso in cui, invece, tale dimostrazione non sia offerta è da ritenere che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri analoghi lavori o di servizi o di forniture, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità; in tale ipotesi il risarcimento può essere ridotto in via equitativa, in misura pari al 5% dell'offerta dell'impresa.*

Con questa decisione, Il Giudice amministrativo ha ribadito il discrimine fra "utile di impresa" di cui è data dimostrazione di perdita tramite documentazione attestante l'inutilizzo delle risorse economiche e tecniche inizialmente a disposizione per l'esecuzione dell'appalto non aggiudicato (risarcito nella misura del 10% visto l'art. 345 della L. n. 2248/1865, all. F, ora art. 122 del d.P.R. n. 554/1999) e "utile di impresa" il cui venir meno non è idoneamente provato, per il quale la giurisprudenza - pur senza precisi e circostanziati dati normativi - accorda un risarcimento in via equitativa pari non al 10% bensì al 5%.

(Altalex, 16 marzo 2009. Nota di [Alessandro Del Dotto](#))

Consiglio di Stato

Sezione V

Sentenza 8 gennaio 2009, n. 23

(Pres. Frascione, Est. Metro)

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 6124/2007 del 20/07/2007, proposto dalla REGIONE PUGLIA rappresentato e difeso dall'avv. FERNANDO CARACUTA con domicilio eletto in Roma, VIA BRESCIA N. 29 presso l'avv. FRANCESCO ZACHEO

contro

la sig.ra VENTRELLA LUISA GIACOMINA non costituitasi;

la sig.ra DALESSANDRO MARIA ELENA non costituitasi;

il sig. DALESSANDRO GIUSEPPE non costituitosi;

per la riforma

della sentenza del TAR PUGLIA - BARI :Sezione I n. 1015/2007, resa tra le parti, concernente  
AGGIUDICAZIONE LAVORI DI COSTRUZIONE AMBULATORIO SPECIALISTICO;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 15 Aprile 2008, relatore il Consigliere Adolfo Metro ed uditi, altresì,  
l'avvocato Caggiula per delega dell'avvocato Caracuta;

#### FATTO

Il dante causa degli odierni ricorrenti, già vincitore di una gara per la costruzione di un ambulatorio specialistico, era stato illegittimamente escluso dalla stessa, come accertato dal giudice di primo grado con sentenza n. 488/91.

Successivamente, con sentenza di ottemperanza n. 1156/93 veniva disposto l'obbligo dell'amministrazione di conformarsi al giudicato, che doveva concretarsi "nell'adozione di un atto di aggiudicazione in favore della ditta ricorrente".

Non essendo stato possibile procedere a tale aggiudicazione per la morte del ricorrente e non essendo possibile trasmettere il contratto agli eredi, avendo questo ad oggetto un "facere" per il quale risultava essenziale "l'intuitu personae", gli stessi chiedevano il risarcimento del danno, che veniva quantificato, con sentenza del Tar Puglia n. 1015/07, nella percentuale del 10% del valore dell'appalto così come ribassato, a suo tempo, dall'offerta del ricorrente.

Avverso tale sentenza propone appello la Regione Puglia, che sostiene i vizi di violazione e falsa applicazione dell'art. 2043 c.c., mancanza di colpa dell'amministrazione e difetto di motivazione in quanto la sentenza, nel disporre l'obbligo di conformarsi al giudicato, aveva fatto salve "eventuali sopravvenienze che impediscano l'esecuzione della sentenza nei termini prospettati", come, in effetti, è avvenuto per la sopravvenuta mancanza di fondi disponibili.

In subordine, si sostiene l'eccessiva onerosità della somma corrisposta a titolo di risarcimento, riferita al 10% dell'offerta, sostenendosi che l'impresa non avrebbe dimostrato la mancata utilizzazione, nel periodo di riferimento, delle maestranze e dei mezzi per lo svolgimento di altri lavori.

#### DIRITTO

L'appello deve ritenersi parzialmente fondato.

Va respinto il primo motivo di appello, riferito alla sopravvenuta mancanza di fondi disponibili per far fronte ai programmati lavori, come sarebbe desumibile dalle note n. 12864/90 e n. 5717/96 dell'Assessorato ai Lavori Pubblici, da cui risultava la mancata concessione del mutuo per il finanziamento dell'opera; tali note, infatti, risultano essere rimaste atti interni dell'amministrazione, non essendo richiamato, agli atti, alcuna eccezione o provvedimento da cui possa desumersi la comunicazione, all'impresa interessata, di una tale sopravvenienza, lesiva dell'interesse della ricorrente e che avrebbe potuto costituire oggetto di specifica impugnazione.

L'eccezione deve, pertanto, ritenersi inammissibile.

Va, invece, accolto il secondo motivo di appello.

Al riguardo si rileva che, come già precisato da questa sezione (C.S. n. 6302/04), l'utile economico che sarebbe derivato dall'esecuzione dell'appalto e che, come rilevato in primo grado, sarebbe spettato sicuramente all'impresa ricorrente e che la giurisprudenza riconosce nella misura del 10% (con riferimento all'art. 345 della L. n. 2248/1865, all. F ora riprodotto dall'art. 122 del regolamento emanato con dpr n. 554/99), è applicabile solo nel caso in cui "l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare le maestranze ed i mezzi, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi. Nel caso in cui, invece, tale dimostrazione non sia stata offerta - come nella specie è avvenuto - è da ritenere che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri analoghi lavori o di servizi o di forniture, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità; in tale ipotesi il risarcimento può essere ridotto in via equitativa, in misura pari al 5% dell'offerta dell'impresa (cfr. Cons. St., 8 luglio 2002, n. 3796; Cons. St., Sez. V, 24 ottobre 2002, n. 5860; v. pure Cons. St., Sez. V, 18 novembre 2002, n. 6393, che esclude l'utilizzo dell'art. 345 della legge n. 2248/1865 all. F ove non sia fornito un principio di prova sulle opportunità alternative alle quali l'interessato ha dovuto rinunciare)."(cfr sent. cit.)

In relazione a quanto esposto, l'appello va accolto in parte, nei sensi di cui motivazione.

In relazione alle questioni dedotte in causa il collegio ritiene di dover compensare le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso 6124/07, meglio specificato in epigrafe, lo accoglie in parte, nei sensi di cui in motivazione; compensa tra le parti, le spese del doppio grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 15 Aprile 2008 con l'intervento dei seguenti magistrati:

Pres. Emidio Frascione

Cons. Claudio Marchitello

Cons. Marco Lipari

Cons. Aniello Cerreto

Cons. Adolfo Metro Est.

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

f.to Adolfo Metro f.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO

f.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 08.01.2009

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

IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi

( da [www.altalex.it](http://www.altalex.it) )