

Luigi Prosperetti (*)

Lucro cessante ed esclusione da una gara di appalto: alcune riflessioni

(versione preliminare)

1 Premessa

In questa relazione vorrei presentare alcune riflessioni, esclusivamente in chiave economica, sulla determinazione del lucro cessante patito da un'impresa che venga illegittimamente esclusa da un appalto¹ di lavori o opere pubbliche.

Esse, a valle di un lavoro più ampio che ho condotto in passato sul tema², sono stimulate dalla constatazione che permane una certa differenziazione nelle decisioni della giustizia amministrativa, vuoi sotto il profilo della definizione del danno risarcibile, che sotto quello della sua pratica misura, e dalla convinzione che l'analisi economica possa offrire in questo quadro qualche utile spunto di riflessione.

2 Due strade diverse per la valutazione del lucro cessante?

La giurisprudenza sul punto è estremamente ricca, e non è questa la sede per condurne una sintesi ragionata, né del resto ne avrei la capacità. Ai fini di questa relazione, mi è peraltro sufficiente riferirmi a titolo esemplificativo soltanto ad alcune sentenze, che mi paiono adeguatamente rappresentare i diversi punti di vista della giurisprudenza.

(*) Ordinario di Politica Economica, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Milano. Ringrazio Barbara Boschetti ed Alessia Ghelfi per l'aiuto nella raccolta delle sentenze, e le preziose discussioni.

Relazione presentata al convegno "La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione", Villa Monastero, Varenna, 17-19 Settembre 2015.

¹ L'analisi che segue è generalizzabile a vari tipi di contratto pubblico, ma per semplicità nel testo ci riferiremo al caso dell'esclusione da un appalto. Per la sua importanza, tra le diverse voci di danno che in questo caso può subire l'impresa, ci concentreremo qui soltanto sul lucro cessante.

² Prosperetti (2013), "La quantificazione del lucro cessante da illegittima esclusione dalla gara: una prospettiva economica", in "Urbanistica e Appalti", IPSOA Editore, n. 7, luglio 2013.

La liquidazione del lucro cessante è per lungo tempo avvenuta per via equitativa, basandosi in via analogica su un “criterio” risalente che stimava l’utile perso nel 10% dell’importo a base d’asta³, come eventualmente ribassato nell’offerta presentata dall’impresa illegittimamente esclusa. In pratica, tuttavia, solo in qualche occasione la giustizia amministrativa riconosceva per intero il 10%, più spesso prendendo questo valore come punto di partenza, cui applicare vari correttivi⁴.

Nel tempo, è tuttavia emerso nella giurisprudenza un crescente disagio nei confronti di un tale valore, sempre più frequentemente ritenuto troppo elevato, e tale da rendere il risarcimento dei danni più favorevole per l’imprenditore dell’impiego del capitale⁵. Si riteneva preferibile “*l’indirizzo ... 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*”⁶. L’utile perduto così valutato andava poi decurtato in base al principio del *aliunde perceptum vel percipiendum*.

Il sostanziale rifiuto del criterio forfetario come parametro “*di applicazione automatica e indifferenziata*”⁷ si è ulteriormente cristallizzato con l’approvazione del nuovo testo del c.p.a., che fa riferimento, all’art. 124, c. 1, al “*danno...subito e provato*”.

Permangono tuttavia nella giurisprudenza significative differenze, come possiamo facilmente rilevare confrontando alcune sentenze del Consiglio di Stato rese a poche settimane di distanza l’una dall’altra.

La Sezione V – con due sentenze a cavallo dei mesi di luglio e agosto 2015⁸ – ha confermato il più recente orientamento⁹, ed ha inoltre statuito che “*al fine di vagliare la fondatezza [del danno lamentato] può farsi ricorso ... al procedimento di verifica dell’utile di impresa incorporato nel ribasso offerto*

³ Come noto, basato sull’art. 345, l. 20 marzo 1865, n. 2248, ed in seguito consolidato da varie previsioni normative, anche recenti, relative alla determinazione del prezzo a base d’asta (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), ed ai contratti di fornitura di servizi (D.L. 6 luglio 2012, n. 95), che fissa nel “*decimo delle prestazioni non ancora eseguite*” il pagamento dovuto all’appaltatore dalle amministrazioni pubbliche che decidano di recedere da un contratto.

⁴ Si veda ad esempio: Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1513; Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751; Cons. Stato, sez. VI, 21 settembre 2010, n. 7004; Cons. Stato, sez. III, 12 maggio 2011, n. 285.

⁵ Si veda in particolare, tra le sentenze citate alla nota precedente, Cons. Stato, sez. V, 13 giugno 2008, n. 2967.

⁶ Per l’indirizzo passato cui si riferisce la sentenza, si veda ad esempio Cons. Stato, sez. VI, 4 aprile 2003, n. 478; Cons. Stato, 5 aprile 2005, n. 1563.

⁷ Cons. Stato, sez. V, 16 gennaio 2013, n.240.

⁸ Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2015, n. 3716 e 1 agosto 2015, n. 3769.

⁹ Nello stesso senso si è espressa la Sezione III nella sentenza 10 aprile 2015, n. 1839.

*in sede di gara sulla falsariga di quanto avviene nel sub-procedimento di verifica dell'anomalia". Essa ha inoltre ritenuto che, in ogni caso, "il mancato utile spetta nella misura integrale solo se l'impresa concorrente dimostra di non aver potuto altrimenti utilizzare mezzi e maestranze, in quanto tenuti a disposizione in vista dell'aggiudicazione; in mancanza di tale dimostrazione, è da ritenere che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori o servizi, con la conseguente decurtazione del risarcimento di una misura equitativamente determinata a titolo di aliunde perceptum vel percipiendum"*¹⁰.

La Sezione VI, a pochi giorni di distanza¹¹, ha però ritenuto che *"a titolo di mancato utile, in difetto di altri concreti elementi probatori, può riconoscersi, in via equitativa, una percentuale del 10% sull'offerta economica formulata dall'a.t.p. ricorrente"*, non riferendosi ad una decurtazione per un *aliunde perceptum*. Il 16 luglio 2015 con sentenza n. 3568, la stessa Sezione aveva ritenuto congrua *"una liquidazione nella misura del 5% del prezzo medio ribassato risultante delle offerte delle imprese rimaste in gara"*.

3 Cosa può dire l'economia

In un tale complesso quadro giurisprudenziale, tre aspetti mi paiono suscettibili di analisi dal punto di vista economico¹²:

- se, quando, e come, il lucro cessante derivante da una illegittima esclusione dalla gara possa essere effettivamente determinato in modo analitico in base all'offerta economica presentata dall'impresa in sede di gara;
- in quali casi possa invece essere ragionevole ricorrere ad una determinazione sintetica, su base forfettaria, e se – in tale eventualità – sia possibile adottare un valore di riferimento dotato di qualche base empirica;
- se vi sia una adeguata motivazione economica per un'applicazione stringente e generalizzata, ai casi che discutiamo, del principio dell'*aliunde perceptum vel percipiendum*.

¹⁰ Cons. Stato, sez. V, 21 luglio 2015, n. 3605.

¹¹ Cons. Stato, sez. VI, 28 luglio 2015, n. 3728.

¹² Occupandomi nel seguito di tali questioni, dato che mi concentro sulla determinazione del *quantum*, ipotizzerò per semplicità che l'impresa abbia già dimostrato che – in assenza dell'illegittima esclusione – l'appalto le sarebbe stato assegnato, e ragionerò dunque all'interno di un quadro giuridico semplificato, per meglio far emergere la dimensione economica dei problemi trattati.

Prima di affrontarli, è però necessario riflettere brevemente su quale sia esattamente il valore che l'impresa viene a perdere quando sia esclusa da un appalto.

4 Lucro cessante, utile e margine di contribuzione

Venendo esclusa, l'impresa non consegue il *ricavo incrementale* che sarebbe stato generato dalla commessa perduta, e naturalmente non sostiene i corrispondenti *costi incrementali* (in larga parte costituiti da costi variabili per materiali e lavoro)¹³.

La definizione aziendalistica di questa differenza è *margine di contribuzione*, il cui valore è *superiore a quello dell'utile di commessa*, poiché quest'ultimo è calcolato sottraendo al margine della commessa il contributo che questa deve dare alla copertura dei costi di struttura dell'impresa (quali i costi di sede, per personale amministrativo, per ufficio acquisti, oneri finanziari e fiscali).

Una prima conclusione cui possiamo giungere è che *non è corretto* dal punto di vista economico identificare il lucro cessante con l'utile di commessa perduto. A tale utile deve essere sommato il contributo che essa avrebbe dato alla copertura delle spese generali d'impresa.

5 Determinazione analitica del margine di contribuzione perduto

La determinazione del margine di contribuzione, se è quindi semplice sotto il profilo teorico, presenta spesso difficoltà, che derivano da una previsione normativa che appare confusa dal punto di vista economico.

L'art. 32 comma 2, lettera c, del d.P.R. n. 207 prescrive infatti che, tra le voci di costo della commessa, l'offerta debba computare una quota variabile tra il 13 ed il 17% del costo totale quale ricarico a copertura delle "spese generali", ma un'analisi delle voci cui tale norma esplicitamente si riferisce, rivela come le voci di costo ivi elencate¹⁴ siano un coacervo di costi fissi di

¹³ Essa non perde i costi fissi che avrebbe comunque sostenuto anche se non avesse vinto la gara: questa mi pare la spiegazione economica del principio giurisprudenziale che nega la risarcibilità dei costi sostenuti per parteciparvi.

¹⁴ Cfr. Art. 32, comma 4, "Per spese generali comprese nel prezzo dei lavori e perciò a carico dell'esecutore, si intendono:

a) le spese di contratto ed accessorie e l'imposta di registro; b) gli oneri finanziari generali e particolari, ivi comprese la cauzione definitiva o la garanzia globale di esecuzione, ove prevista, e le polizze assicurative; c) la quota delle spese di organizzazione e gestione tecnico-amministrativa di sede dell'esecutore; d) la gestione amministrativa del personale di cantiere e la direzione tecnica di cantiere; e) le spese per l'impianto, la manutenzione, l'illuminazione e il ripiegamento finale dei cantieri, ivi inclusi i costi per la utilizzazione di aree diverse da quelle poste a disposizione dal committente; sono escluse le spese relative

commessa (allestimento, gestione e smobilizzo del cantiere; oneri finanziari specifici di commessa¹⁵, che non possono essere considerate spese generali), e di costi fissi dell'impresa (costi di sede, per personale amministrativo, per ufficio acquisti, nonché oneri finanziari e fiscali d'impresa, tutti da considerare come spese generali).

Poiché la norma dispone solo che sia indicato il coacervo di queste voci, è in pratica spesso difficile isolare quelle che effettivamente devono essere considerate come spese generali d'impresa, e dunque sommate all'utile di commessa per ottenere una corretta valutazione del lucro cessante.

Alla luce di quanto precede, appare dunque lecito dubitare che sia sempre possibile dedurre il lucro cessante dai documenti di gara, come ritiene la giurisprudenza amministrativa più recente: se infatti da quei documenti è in genere possibile ricavare l'utile che ha perduto la commessa, non sempre può esserlo l'utile che ha perduto l'attrice, che è l'impresa, pari come abbiamo visto alla somma dell'utile di commessa e del contributo che la commessa avrebbe dato alla copertura dei costi di struttura.

Non mi pare dunque che i documenti di gara possano di regola fornire, in assenza di un esame tecnico approfondito, quella *“prova rigorosa, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto”*¹⁶, richiesta dalla giurisprudenza.

6 Determinazione sintetica del margine di contribuzione perduto

Nei casi in cui un esame tecnico approfondito non sia giustificato dalla complessità della lite, o sia per altri motivi non praticabile, occorre valutare

alla sicurezza nei cantieri stessi non assoggettate a ribasso; f) le spese per trasporto di qualsiasi materiale o mezzo d'opera; g) le spese per attrezzi e opere provvisoriale e per quanto altro occorre alla esecuzione piena e perfetta dei lavori; h) le spese per rilievi, tracciati, verifiche, esplorazioni, capisaldi e simili che possono occorrere, anche su motivata richiesta del direttore dei lavori o del responsabile del procedimento o dell'organo di collaudo, dal giorno in cui comincia la consegna fino all'emissione del certificato di collaudo provvisorio o all'emissione del certificato di regolare esecuzione; i) le spese per le vie di accesso al cantiere, l'istallazione e l'esercizio delle attrezzature e dei mezzi d'opera di cantiere; l) le spese per idonei locali e per la necessaria attrezzatura da mettere a disposizione per l'ufficio di direzione lavori; m) le spese per passaggio, per occupazioni temporanee e per risarcimento di danni per abbattimento di piante, per depositi od estrazioni di materiali; n) le spese per la custodia e la buona conservazione delle opere fino all'emissione del certificato di collaudo provvisorio o all'emissione del certificato di regolare esecuzione; o) le spese di adeguamento del cantiere in osservanza del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, di cui è indicata la quota di incidenza sul totale delle spese generali, ai fini degli adempimenti previsti dall'articolo 86, comma 3-bis, del codice; p) gli oneri generali e particolari previsti dal capitolato speciale di appalto”.

¹⁵ Cfr. Articolo 32, comma 4, lettere a); b), limitatamente alla parte relativa agli oneri finanziari particolari; e); h); i); l); m); n) e o).

¹⁶ Cons. Stato, sez. VI, 9.12.2010, n. 8646.

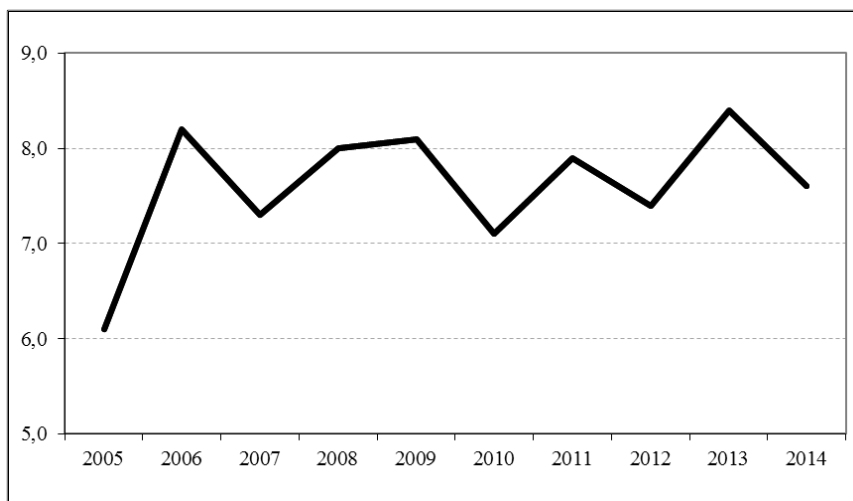
se sia ragionevole una determinazione sintetica del margine di contribuzione perduto.

A tale domanda, l'economia fornisce una risposta positiva, perché – nel bilancio di una società – è possibile, con qualche approssimazione, calcolare una grandezza analoga al margine di contribuzione, come differenza tra il fatturato ed i costi variabili: tale posta è normalmente nota come Margine Operativo Lordo (MOL).

Il valore del rapporto tra MOL e fatturato fornisce quindi una stima del rapporto medio a livello d'impresa del rapporto tra margine di contribuzione e fatturato. Il valore di tale rapporto può essere calcolato esaminando i bilanci.

Figura 1 - Rapporto tra MOL e fatturato delle imprese di costruzione italiane, 2005-2014

(Valori percentuali)



Fonte: nostre elaborazioni su dati di conto economico riferiti a un campione di imprese di costruzione rilevati nella pubblicazione “Dati cumulativi di società italiane” – edizione 2015 – di Mediobanca.

Se, a titolo esemplificativo, consideriamo quelli delle principali società italiane di costruzione annualmente censite da Mediobanca, vediamo (Figura 1) come tale valore sia, negli anni, poco variabile, rimanendo compreso tra un valore massimo di circa 8,8% ed un minimo di poco inferiore al 6%, e presentando nel triennio più recente un valore medio pari a 7,8%.

In base all'analisi empirica dei dati per le imprese italiane, possiamo dunque concludere che un'impresa di costruzioni illegittimamente esclusa da un appalto, registri in media un lucro cessante pari a circa il 7-8% del valore dell'appalto.

Questa osservazione, naturalmente empirica, suggerisce come lo storico "criterio" del 10% fornisca sì un valore più elevato di quello che sarebbe oggi corretto considerare dal punto di vista economico, ma anche come tale scostamento abbia valori contenuti.

Concludo pertanto che, nei casi in cui sia ragionevole ricorrere ad una determinazione sintetica, un valore di riferimento da adottare dovrebbe essere intorno al 7-8%. Qualora non si ritenesse ragionevole ricorrere a un dato medio di mercato, naturalmente il rapporto tra MOL e fatturato potrebbe essere agevolmente calcolato a partire dal bilancio dell'impresa. Così facendo, mi sembra difficile che si potrebbe configurare un indebito arricchimento dell'impresa esclusa.

7 *Aliunde perceptum*

Come abbiamo visto più sopra, il principio secondo il quale occorra sottrarre dal lucro cessante, comunque determinato, il reddito *aliunde perceptum vel percipiendum*, appare frequentemente nella giurisprudenza, sia in quella che adotta una valutazione equitativa (e qui il principio è invocato tra i fattori che portano ad una riduzione dell'iniziale 10%), sia in quella che ritiene necessaria una determinazione analitica del lucro cessante.

In quest'ultima, tuttavia, il principio mi pare portato ad estreme conseguenze, quando si ritiene che "*l'onere di provar[ne l'esistenza]...grava non sull'Amministrazione, ma sull'impresa: e ciò in ragione della presunzione, secondo l'id quod plerumque accidit, che l'imprenditore normalmente diligente (art. 1227 c.c.) non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma persegue occasioni contrattuali alternative, dalla cui esecuzione trae il relativo utile*"¹⁷.

Ora, se non vi è dubbio che sia ragionevole presumere che l'imprenditore, per così dire, *naturaliter* intraprenda, e dunque presumere che, in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, egli cerchi di intraprendere progetti sostitutivi che gli consentano di rimpiazzare il lucro cessante determinato dall'illecita esclusione dall'appalto, da un punto di vista economico mi pare irragionevole ritenere che la probabilità di successo di tale ricerca sia così elevata da invertire l'onere della prova.

Perché ciò si verifichi *plerumque*, è infatti necessario che ricorrano due condizioni cumulative:

¹⁷ Cons. Stato, sez. IV, 13 gennaio 2012, n. 115, *cit.*

- vi è, nell'economia, una domanda così abbondante di lavori (per rimanere nell'esempio) nel settore delle costruzioni e opere pubbliche, che l'impresa troverà, comportandosi secondo la normale diligenza, un altro cliente;
- i lavori richiesti dal nuovo cliente avranno caratteristiche (natura, localizzazione) tali da rendere concretamente possibile per l'impresa concorrere alla loro realizzazione.

Purtroppo non sono, queste, condizioni che si rinvengano nel nostro sistema economico, come è facile mostrare considerando pochi, semplici, dati: dal 2008 al 2014 la spesa per investimenti ed opere pubbliche in Italia si è ridotta del 26%¹⁸.

Pressoché nello stesso periodo (2008-2013), il 33%¹⁹ delle imprese di costruzione ha chiuso i battenti, e delle 39 grandi imprese di costruzione che Mediobanca rilevava nel 2010²⁰, quasi il 20% risulta oggi fallita o in amministrazione controllata.

Id quod plerumque accidit non è dunque la sostituzione di una nuova commessa con una commessa perduta. La realtà è ben diversa, e dunque non mi pare giustificato presumere in astratto che vi sia una tale domanda alternativa di lavori da far ritenere “normale” che l'impresa trovi una commessa alternativa.

Non mi sembra pertanto giustificato dal punto di vista economico nutrire una tale presunzione, ed a maggior ragione considerarla talmente assoluta da ribaltare sull'impresa l'onere di provare che progetti sostitutivi non ve ne fossero.

8 Conclusioni

Quanto precede credo abbia chiarito come sia possibile in generale determinare il lucro cessante patito dall'impresa illegittimamente esclusa da un appalto in base ai documenti di gara.

Per farlo, come abbiamo visto, non è però corretto riferirsi all'utile derivante da tali documenti, ma occorre aggiungere ad esso una parte della voce “ricarico per la copertura di spese generali”.

Quale parte di questa voce occorra aggiungere è però incerto, poiché il dettaglio delle voci indicato dalla normativa risulta, dal punto di vista

¹⁸ ISTAT, ‘conti nazionali’, ‘totale costruzioni’, <http://dati.istat.it/>.

¹⁹ Cfr. Il Sole 24 Ore, “Costruzioni, boom di imprese in crisi: i nomi e le storie”, “Edilizia e Territorio”, 7 marzo 2014.

²⁰ Mediobanca, “Le principali società italiane”, ed. ottobre 2012.

aziendale, errato, mescolando costi di commessa a costi di struttura, relativi all'impresa nel suo complesso.

Pertanto, quando tale voce sia significativa, è probabile che la valutazione analitica del lucro cessante a partire dai documenti di gara richieda una consulenza tecnica.

Quando, per qualche motivo, ciò non sia possibile o utile, fare riferimento ad un parametro generale appare una alternativa ragionevole. Disponendo oggi di dati di bilancio per molte società, non è più necessario partire da un criterio storico che fissi al 10% del valore di tale parametro, ma è possibile partire da dati concreti. Come abbiamo visto, per le maggiori imprese di costruzioni italiane, questo dovrebbe risultare pari a circa l'8%, ma nulla vieta che tale parametro sia calcolato con riferimento allo specifico bilancio dell'impresa esclusa.

Se infine il principio del *id quod plerumque accidit* appare in astratto senza dubbio ragionevole, le condizioni che ormai prevalgono da quasi un decennio nell'economia italiana non sono certamente tali da considerare elevata la probabilità che un'impresa esclusa trovi una commessa sostitutiva: se circa un terzo delle imprese edili italiane hanno cessato l'attività negli ultimi cinque anni, la probabilità che venga reperita una commessa sostitutiva non mi pare sufficientemente elevata da meritare l'avverbio *plerumque*.