

Consiglio di Stato, Sezione IV - Sentenza 15/02/2005 n. 478
legge 109/94 Articoli 21, 31bis - Codici 21.2.1, 21.4, 31/bis.1

La dimostrazione della spettanza dell'appalto all'impresa danneggiata risulta ovviamente configurabile nei soli casi in cui il criterio di aggiudicazione si fonda su parametri vincolati e matematici (come, ad esempio, nel caso del massimo ribasso in un pubblico incanto in cui l'impresa vincitrice avrebbe dovuto essere esclusa), mentre si rivela impossibile là dove la selezione del contraente viene operata sulla base di un apprezzamento tecnico-discrezionale dell'offerta (come nel caso dell'offerta economicamente più vantaggiosa). L'impresa danneggiata che dimostra la spettanza dell'appalto ha diritto ad un risarcimento pari al 10% del valore dell'appalto (come eventualmente ribassato dalla sua offerta), ferma restando la possibilità di conseguire una somma superiore in presenza della dimostrazione che il margine di utile sarebbe stato maggiore di quello presunto. Viceversa, quando l'impresa danneggiata adduce a sostegno della pretesa risarcitoria solo la perdita di una chance (cioè quando non riesce a provare che l'aggiudicazione dell'appalto le spettava secondo le regole di gara), la somma commisurata all'utile di impresa deve essere proporzionalmente ridotta in ragione delle concrete possibilità di vittoria risultanti dagli atti della procedura.