

LA RISARCIBILITÀ DEL DANNO DA PERDITA DI CHANCE PER ESCLUSIONE ILLEGITTIMA, TRA PUNTI FERMI E (INEVITABILI) INCERTEZZE

Michele COZZIO



Corte di giustizia UE, Quinta sezione, 6 giugno 2024, C 547/22, INGSTEEL spol. s r. o. contro Autorità per gli appalti pubblici della Slovacchia, Pres. E. Regan, Rel. D. Gratsias - ECLI:EU:C:2024:478

Appalti pubblici - Procedure di aggiudicazione - Offerente illegittimamente escluso - Ricorso - Risarcimento danni - Perdita di chance - Ammissibilità - Presupposti - Principi di equivalenza e di effettività

Il giudice del rinvio (Slovacchia) domanda se la cd. direttiva ricorsi (dir. 89/665) debba essere interpretato nel senso che osta a una normativa o prassi nazionali che non ammettono la possibilità, per un offerente escluso da una procedura di aggiudicazione in ragione di una decisione illegittima, di essere indennizzato per il danno subito a causa della perdita dell'opportunità di partecipare a tale procedura per aggiudicarsi l'appalto. Più specificamente, chiede alla Corte di precisare se tale disposizione debba essere interpretata nel senso che soggetti lesi da una violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici e aventi, quindi, diritto ad essere risarciti sono non solo i soggetti che hanno subito un danno per il fatto di non aver ottenuto un appalto pubblico, vale a dire quelli che hanno subito un mancato guadagno, ma anche i soggetti che hanno subito un danno in relazione alla perduta opportunità di partecipare alla procedura di aggiudicazione e di realizzare il conseguente utile.

L'art. 2, par. 1, lett. c, della dir. 89/665/CEE deve essere interpretato nel senso che osta alla normativa o prassi nazionale che non ammettono per principio la possibilità di indennizzare l'offerente escluso dalla procedura di aggiudicazione (in ragione di una decisione illegittima dell'amministrazione) per il danno subito dalla mancata opportunità di concorrere all'affidamento dell'appalto.

1. Per il diritto europeo dei contratti pubblici gli operatori economici esclusi illegittimamente dalle procedure di aggiudicazione possono chiedere il risarcimento dei danni per perdita di chance. La direttiva Ricorsi (dir. 89/665/CEE), infatti, obbliga gli Stati membri a garantire il risarcimento dei danni ai soggetti lesi dalla violazione delle regole europee in materia di appalti pubblici, senza fissare ulteriori condizioni riguardo le tipologie di danni ammissibili (art. 2, par. 1, lett. c, dir. 89/665/CEE).

La decisione della Corte di giustizia del 6 giugno 2020⁴ (causa C 547/22) è netta: la richiesta di risarcimento “può riguardare qualsiasi tipo di danno”, anche quello derivante dalla mancata opportunità per l’impresa di partecipare alla procedura di aggiudicazione (cd. perdita di *chance*) a causa di una esclusione illegittima.

I giudici europei basano la propria interpretazione facendo riferimento tanto al significato letterale della norma (art. 2, par. 1, lett. c, dir. 89/665/CEE), quanto alle finalità e agli scopi della direttiva, esplicitati nei considerando iniziali. Dalla lettura di questi emerge che l’obiettivo del legislatore europeo è quello di garantire in tutti gli Stati membri procedure per l’annullamento delle decisioni illegittime in caso di violazione delle regole europee e l’indennizzo delle persone lese. L’obiettivo, osservano i giudici della Corte, risulterebbe compromesso se per taluni danni si escludesse - in modo generale e aprioristico - la possibilità di ottenere ristoro.

In questi termini la sentenza è certamente utile per affermare che nel diritto europeo non v'è spazio per forme di esclusione "preconcetta e generalizzata" della risarcibilità del danno da perdita di chance.¹

Al contempo, la sentenza non offre certezze per quanto riguarda l'effettiva risarcibilità di questi danni. Tutt'altro.

La decisione della Corte fa emergere, infatti, i limiti della direttiva 89/665/CEE - in quanto direttiva di armonizzazione minima - per cui ogni Stato membro dispone di ampi margini di discrezionalità nel definire, all'interno del proprio ordinamento, i criteri in base ai quali un danno come quello derivante da perdita di chance deve essere accertato e valutato².

Le precisazioni svolte dalla Corte in relazione ai presupposti della risarcibilità del danno evidenziano, piuttosto, quanto sia difficile per le imprese ottenere ristoro per la perdita di chance nei casi di esclusione illegittima. Il che è particolarmente vero,

¹ Si veda il pt. 43 della sentenza. Sul tema anche P. Conio, *Appalti, risarcire o no l'illegittima esclusione: cosa dice la Corte di giustizia Ue*, in *Agenda Digitale*, 29 luglio 2024, disponibile on line.

² Sul punto si richiamano le Conclusioni (specie pt. 30-31) dell'Avvocato generale Collins presentate il 7 dicembre 2023, il quale, evidenziando la natura di armonizzazione minima della direttiva 89/665, ricorda che spetta agli Stati membri provvedere affinché nei rispettivi ordinamenti siano garantite procedure di ricorso per accordare il risarcimento danni ai soggetti lesi dalla violazione delle regole europee. Il diritto europeo, infatti, non descrive in che cosa consistano tali danni, né fornisce alcun criterio quanto al modo in cui essi possono essere valutati; neppure prevede le condizioni alle quali un'amministrazione aggiudicatrice può essere considerata responsabile per il risarcimento dei danni, né indica le modalità di calcolo del risarcimento. Del resto, ricorda l'Avv. generale, la direttiva 89/665 istituisce un sistema di armonizzazione minima, nell'ambito del quale gli Stati sono responsabili della forma e della natura dei mezzi di ricorso che devono essere messi a disposizione nel contesto di un ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici. Spetta quindi agli Stati membri prevedere determinati mezzi di ricorso, che devono essere effettivi, ma stabilisce in che cosa essi consistono.

come viene rilevato³, quando l'esclusione si verifica nelle fasi iniziali della procedura o il numero dei concorrenti è elevato ovvero quando la procedura dà ampio spazio alla discrezionalità dell'amministrazione. In tutti questi casi, infatti, può essere difficile per le imprese soddisfare non solo le condizioni per ottenere il risarcimento stabilite da norme e prassi nazionali, ma già quelle fissate dalla giurisprudenza comunitaria, vale a dire: che la norma europea violata sia preordinata a conferire loro diritti, che la violazione della norma sia sufficientemente qualificata, che esista un nesso causale diretto tra la violazione e il danno subito.

2. Risulta interessante ripercorrere le fasi salienti della vicenda che ha portato, dopo un articolato iter giudiziale durato oltre dieci anni, alla sentenza della Corte di giustizia nella causa C 547/22.

La controversia è originata dalla procedura bandita nel 2013 dalla Federazione calcistica slovacca per l'aggiudicazione dei lavori di costruzione, ristrutturazione e ammodernamento di 16 stadi calcistici per un valore complessivo di oltre 25 mln di euro. Alla procedura partecipava Ingsteel, impresa del settore edilizio, che veniva esclusa in quanto non soddisfaceva i requisiti di natura economico e finanziaria stabiliti nel bando di gara.⁴

³ Così P. Conio, *Appalti, risarcire o no l'illegittima esclusione: cosa dice la Corte di giustizia Ue*, cit., secondo la quale se per un concorrente classificatosi ingiustamente al secondo posto anziché al primo della graduatoria e/o per un concorrente vincitore che sia stato poi illegittimamente escluso, la sussistenza delle condizioni indicate dalla Corte è agevolmente verificabile, altrettanto non può dirsi per il caso dell'aspirante concorrente escluso ingiustamente dalla competizione quando la stessa non era stata ancora celebrata o non era giunta ad un grado sufficiente di maturazione, per il quale diventa assai difficile determinare se il risarcimento sia o meno dovuto.

⁴ Il bando richiedeva ai partecipanti la presentazione di una dichiarazione bancaria che attestasse la concessione di un credito del valore minimo di 3 mln di euro,

Contro la decisione di esclusione, il ricorso di Ingsteel veniva respinto rispettivamente dal Consiglio superiore della Federazione calcistica e poi dalla Corte regionale di Bratislava, approdando infine alla Corte suprema della Repubblica slovacca che presentava rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

A seguito della decisione di quest'ultima (causa C 76/16, del 13 luglio 2017)⁵ il giudice slovacco annullava il provvedimento di esclusione. Ingsteel proponeva quindi ricorso per ingiungere all'amministrazione di annullare l'esclusione dalla procedura. Tuttavia la procedura si era nel frattempo conclusa con la stipulazione del contratto con l'unico offerente rimasto in gara, a

disponibili per tutta la durata dell'esecuzione dell'appalto. L'attestazione doveva presentarsi sotto forma di un contratto di credito o di un contratto preliminare di credito. L'impresa Ingsteel presentava in gara una dichiarazione bancaria relative all'apertura di un credito in conto corrente di importo superiore a 5 mld di euro e una dichiarazione sull'onore attestante che, nel caso di aggiudicazione, la banca avrebbe accreditato suo conto corrente un importo di 3 mln di euro per tutta la durata dell'esecuzione dell'appalto. Ingsteel precisava l'impossibilità oggettiva di soddisfare in altro modo i requisiti di capacità economica e finanziaria richiesti dall'amministrazione. Tutte le banche contattate, infatti, avevano risposto che un impegno vincolante a concedere un credito, come richiesto dal bando di gara, avrebbe potuto essere emesso solo dopo che fosse stata approvata l'operazione di credito e fossero state rispettate le procedure interne della banca.

⁵ Con la sentenza del 13 luglio 2017 nella causa C 76/16 la Corte stabilisce che un'amministrazione aggiudicatrice può escludere un offerente da un appalto pubblico per il fatto di non soddisfare il requisito relativo alla capacità economica e finanziaria stabilito dal bando di gara, tenuto conto che quanto richiesto - presentazione di una dichiarazione di un istituto bancario ai sensi della quale tale istituto si impegna a concedere un credito di importo disponibile per tutta la durata dell'esecuzione dell'appalto - è un elemento idoneo e utile per fornire informazioni e valutare concretamente la capacità economica e finanziaria dell'offerente rispetto agli impegni presi. La buona esecuzione dell'appalto è infatti intrinsecamente connessa al fatto che l'offerente disponga dei mezzi finanziari per portarlo a termine.

Al contempo, la Corte stabilisce che l'impossibilità dichiarata dagli istituti bancari di fornire una dichiarazione nei termini richiesti dalla stazione appaltante costituisce fondato motivo per poter dimostrare i requisiti per mezzo di qualsiasi altro documento (nella fattispecie una dichiarazione sull'onore), la cui idoneità sarà valutata dall'amministrazione. Spetta al giudice nazionale - conclude la Corte - verificare l'impossibilità oggettiva per l'impresa di produrre le referenze richieste dall'amministrazione e se l'amministrazione fosse legittimata a ritenere che tale dichiarazione sull'onore non costituisce documento idoneo.

Ingsteel non rimaneva dunque che presentare ricorso al Tribunale circoscrizionale per ottenere il risarcimento del danno subito a seguito della illegittima esclusione (per la mancata opportunità di partecipare alla procedura). Il danno, a seguito di perizia, veniva quantificato in oltre 820 mila euro e qualificato nell'ambito del lucro cessante (inteso come perdita del beneficio atteso).

Nell'ambito di quest'ultimo, il giudice slovacco opera il rinvio pregiudiziale dal quale scaturisce la decisione della Corte qui annotata. Ai giudici di Lussemburgo si chiede se per il diritto europeo sia o no ammesso il risarcimento dei danni patiti dall'impresa illegittimamente esclusa dalla procedura di aggiudicazione, (danni) risarcibili in quanto determinati dalla perdita di chance e qualificabili come lucro cessante.

3. Come anticipato, la sentenza della Corte è certamente utile laddove stabilisce che nel diritto europeo non v'è spazio per forme di esclusione generalizzate della risarcibilità del danno da perdita di chance. Secondo i giudici di Lussemburgo per il diritto europeo deve essere garantita all'operatore - leso dalla violazione delle regole dell'Unione in materia di appalti pubblici - la possibilità di ottenere il risarcimento dei danni, e tale risarcimento copre anche il danno da perdita di chance.

L'esclusione della risarcibilità di tale danno, in caso di violazione del diritto dell'Unione, non può (*mai*) essere ammessa. Una tal soluzione, infatti, renderebbe impossibile - specie nelle controversie di ordine economico o commerciale -

garantire l'effettività del rimedio, in spregio all'obiettivo fissato dalla direttiva.⁶

4. Più articolato è il ragionamento svolto dai giudici europei sul tema della qualificazione di tale danno, se nell'ambito del lucro cessante ovvero quale distinta e autonoma fattispecie (denominata appunto danno da perdita di chance). La sussunzione nell'una o nell'altra tipologia non è priva di conseguenze pratiche, tenuto conto del diverso livello di prova che può essere richiesto per stabilire l'esistenza del danno e il risarcimento che può essere concesso.

Sul punto, la Corte non spinge il proprio ragionamento oltre il riconoscimento del fatto che la direttiva 89/665/CEE istituisce un sistema di armonizzazione minima, nell'ambito del quale spetta ai singoli Stati membri definire forma e mezzi di ricorso che devono essere garantiti nel settore degli appalti pubblici. In altri termini, il diritto europeo rimette agli Stati la previsione di mezzi di ricorso che siano effettivi, tali da garantire l'effetto utile, ma non stabilisce in che cosa consistano detti mezzi.⁷

⁶ Si veda il pt. 43 della sentenza, e il medesimo punto nelle Conclusioni dell'Avv. generale, il quale sottolinea che la soluzione che esclude qualsiasi possibilità di ottenere il risarcimento dei danni derivanti dalla perdita dell'opportunità di aggiudicarsi l'appalto "appare violare il principio di effettività" del risultato posto dal legislatore europeo con la dir. 89/665/CEE. In tal modo, infatti, il soggetto leso sarebbe privato del rimedio utile della concessione del risarcimento, posto che - nella fattispecie - l'annullamento della decisione illegittima non è sufficiente a ristorare l'impresa.

⁷ La direttiva 89/665/CEE mira a garantire l'esistenza di procedure di ricorso efficaci avverso le decisioni in materia di appalti pubblici. In tal senso, le persone lese da violazioni delle norme nazionali che recepiscono le direttive dell'Unione in materia di appalti pubblici devono disporre di mezzi di ricorso efficaci, in modo che l'apertura alla concorrenza dell'Unione delle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici sia seguita da effetti concreti (così pt. 32 delle Conclusioni dell'Avv. generale).

Al riguardo è significativo il richiamo dell'Avv. generale, secondo il quale: “la concessione del risarcimento danni ex dir. 89/665/CEE non è concepita come nozione autonoma e uniforme del diritto dell'Unione, bensì come nozione definita dalle normative degli Stati membri. La direttiva 89/665/CEE pone l'accento sul risultato che tale processo deve conseguire, e non sul contenuto delle norme da adottare a tal fine, che saranno inevitabilmente diverse nei vari Stati membri. In tale contesto osservo che né il legislatore dell'Unione è intervenuto a modificare la direttiva 89/665 (...) né la giurisprudenza ha inteso individuare criteri dettagliati per determinare l'esistenza di un danno e la sua valutazione nel contesto di violazioni delle norme in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici”.

Queste premesse indubbiamente rendono meno incisiva l'interpretazione della Corte, consapevole che spetta al diritto degli Stati membri, col solo limite del rispetto dei principi di equivalenza e di effettività⁸, stabilire le condizioni alle quali la domanda risarcitoria può essere proposta, ivi compresi l'onere e il livello della prova, il nesso di causalità e il calcolo dell'importo dell'eventuale risarcimento.

Risulta rilevante - ai fini della sentenza della Corte - l'orientamento consolidato della giurisprudenza slovacca che non contempla di fatto la concessione del risarcimento per perdita di chance. Tale circostanza, infatti, non garantisce l'effetto utile della direttiva e dei suoi obiettivi.

⁸ Il significato di tali principi è ben evidenziato nelle conclusioni dell'Avv. generale, secondo il quale “le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti derivanti dal diritto dell'Unione non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività)” (pt. 34).

Sul punto non manca il richiamo dei giudici di Lussemburgo al primato del diritto europeo, la cui applicazione impone ai giudici nazionali di interpretare, per quanto più possibile, il diritto interno in modo conforme al diritto dell'Unione. Tale obbligo - ricordano - può spingersi fino a imporre ai giudici nazionali di modificare una giurisprudenza consolidata o addirittura costante, se si basa su un'interpretazione del diritto interno incompatibile con gli obiettivi della direttiva.

5. Un'ultima osservazione riguarda l'impatto della decisione della Corte nell'ordinamento italiano. Al di là dei molti spunti di interesse presenti nelle Conclusioni dell'Avv. generale e nella sentenza, non sembrano emergere elementi tali da far ravvisare significativi *revirements* a livello normativo e giurisprudenziale.⁹

L'orientamento consolidato della giurisprudenza interna è nel senso di riconoscere la risarcibilità del danno da perdita di chance allorché essa sia collegato alla dimostrazione di una seria probabilità di conseguire il vantaggio sperato, mentre tende ad escluderlo se l'opportunità di ottenere l'utilità mancata rimanga nel novero della mera possibilità (in alcune decisioni tale indicazione trova ulteriori precisazioni fino a giungere a esplicite quotazioni quantitative)¹⁰.

⁹ Si veda, ad esempio, Consiglio di Stato, 11 gennaio 2018, n. 118, con rimessione all'Adunanza Plenaria della questione della spettanza, in favore di un'impresa del settore, del risarcimento del danno per perdita di chance, in caso di illegittimo affidamento diretto di appalto pubblico ad altra impresa concorrente. La sentenza è di interesse poiché opera una approfondita disamina dei presupposti della domanda risarcitoria così come elaborati dalla giurisprudenza interna.

¹⁰ Si veda, ad esempio, Consiglio di Stato, Sez. V, 25 febbraio 2016, n. 762 ove si evidenzia che, ai fini della risarcibilità della chance perduta, il ricorrente ha l'onere di provare gli elementi atti a dimostrare, pur se solo in modo presuntivo e basato sul calcolo delle probabilità, la possibilità concreta che egli avrebbe avuto di conseguire il risultato sperato, atteso che la valutazione equitativa del danno (...) presuppone che risulti comprovata l'esistenza di un danno risarcibile; in particolare, la lesione

Spetta al danneggiato dimostrare l'esistenza del nesso causale tra condotta lesiva, mancato raggiungimento del risultato sperato, danno.¹¹

In termini generali la giurisprudenza nazionale garantisce quindi l'accesso al risarcimento se la chance ha consistenza apprezzabile, vale a dire se v'è "probabilità seria e concreta" o "elevata probabilità" di conseguire il bene della vita sperato. Diversamente, in caso di mera "possibilità" si rinetra nel caso di danno ipotetico, non meritevole di reintegrazione. La prova dell'esistenza del pregiudizio economico deve fondarsi quindi su elementi oggettivi dai quali desumere, in termini di certezza o elevata probabilità, non di mera potenzialità.

Allo stato attuale, dunque, le condizionalità poste dalla giurisprudenza interna (i) non risultano di ostacolo alla efficacia degli obiettivi delle norme dell'Unione in tema di appalti pubblici e (ii) sono conformi al principio di effettività, posto che l'esercizio del diritto conferito dall'Unione non è reso impossibile o eccessivamente difficile.

Non mancano, per altro, spunti di miglioramento che, in aderenza allo spirito e alle finalità delle regole europee, potrebbero facilitare l'evoluzione dell'ordinamento interno.

della possibilità concreta di ottenere un risultato favorevole presuppone che sussista una probabilità di successo almeno pari al 50 per cento, poiché, diversamente, diventerebbero risarcibili anche mere possibilità di successo, statisticamente non significative.

¹¹ Si veda tra le molte Consiglio di Stato, sez. V, 11 aprile 2022, n. 2709, ove si richiamo in senso conforme TAR Lazio, Sez. I, 6 novembre 2019, n.12735; Consiglio di Stato, sez. V, 26 ottobre 2020, n. 6465; Consiglio di Stato, sez. V, 11 luglio 2018, n. 4225; Consiglio di Stato, sez. IV, 16 maggio 2018, n. 2907; Consiglio di Stato, sez. V, 25 febbraio 2016, n. 762.