



Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
ANTHONY MICHAEL COLLINS
presentate il 7 dicembre 2023¹

Causa C-547/22

INGSTEEL spol. s. r. o.
contro
Úrad pre verejné obstarávanie

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Okresný súd Bratislava II (Tribunale circoscrizionale, Bratislava II, Slovacchia)]

«Rinvio pregiudiziale – Appalti pubblici – Procedure di ricorso – Direttiva 89/665/CEE – Responsabilità extracontrattuale degli Stati membri – Ricorso per risarcimento danni per violazione del diritto dell'Unione proposto da un offerente escluso – Quantificazione – Lucro cessante – Perdita di opportunità»

I. Introduzione

1. Il diritto dell'Unione impone agli Stati membri di consentire a un offerente illegittimamente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di proporre una domanda di risarcimento danni per perdita di opportunità, qualora detta procedura sia terminata e sia stato stipulato un contratto con l'aggiudicatario? La risposta a tale questione esige che la Corte di giustizia stabilisca se il diritto degli Stati membri disciplini la concessione del risarcimento danni di cui all'articolo 2, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori². In caso affermativo, la Corte dovrà esaminare le conseguenze del requisito che tale diritto rispetti il principio di effettività.

¹ Lingua originale: l'inglese.

² GU 1989, L 395, pag. 33, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007 (GU 2007, L 335, pag. 31) e dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 (GU 2014, L 94, pag. 1).

II. Contesto normativo

A. Diritto dell'Unione

2. Il preambolo della direttiva 89/665 è formulato come segue:

«considerando che l'assenza o l'insufficienza di mezzi di ricorso efficaci in vari Stati membri dissuade le imprese comunitarie dal concorrere nello Stato dell'autorità aggiudicatrice interessata; che è pertanto necessario che gli Stati membri interessati pongano rimedio a tale situazione;

(...)

considerando la necessità di garantire in tutti gli Stati membri procedure adeguate che permettano l'annullamento delle decisioni illegittime e l'indennizzo delle persone lese da una violazione».

3. L'articolo 1, paragrafo 1, quarto comma, della direttiva 89/665 così dispone:

«Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva 2014/24/UE o dalla direttiva 2014/23/UE, le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace (...)».

4. L'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 prevede quanto segue:

«Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione».

5. L'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 89/665 così dispone:

«Gli Stati membri provvedono affinché i provvedimenti presi in merito alle procedure di ricorso di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che consentono di:

(...)

c) accordare un risarcimento danni ai soggetti lesi dalla violazione».

B. Diritto slovacco

6. L'articolo 3, paragrafo 1, lettera a), dello Zákon č. 514/2003 Z. z. o zodpovednosti za škodu spôsobenú pri výkone verejnej moci (legge n. 514/2003 sulla responsabilità per i danni causati nell'esercizio dei pubblici poteri; in prosieguo: la «legge n. 514/2003») stabilisce che lo Stato è responsabile per i danni causati da una decisione illegittima di un'autorità pubblica.

7. Ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, della legge n. 514/2003, la parte di un procedimento che abbia subito un danno a causa di una decisione illegittima adottata nell'ambito di detto procedimento ha diritto a risarcimento.

8. L'articolo 17, paragrafo 1, della legge n. 514/2003 stabilisce che sono oggetto di risarcimento il danno effettivo e il lucro cessante, salvo che disposizioni di legge speciale stabiliscano diversamente.

9. L'articolo 442, paragrafo 1, dello Zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník (legge n. 40/1964 recante approvazione del codice civile; in prosieguo: il «codice civile») stabilisce che, nei ricorsi per risarcimento danni, il risarcimento comprende il danno effettivo e il lucro cessante.

10. Lo zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní (legge n. 25/2006 sulle gare pubbliche) non sembra contenere alcuna disposizione specifica che disciplini i ricorsi per il risarcimento dei danni derivanti dall'aggiudicazione di appalti pubblici.

III. Controversia nel procedimento principale, domanda di pronuncia pregiudiziale e procedimento dinanzi alla Corte

11. Nel 2013 la Federazione calcistica slovacca ha pubblicato un bando di gara per l'aggiudicazione di un appalto per la costruzione, la ristrutturazione e l'ammodernamento di stadi calcistici. La INGSTEEL spol s.r.o. (in prosieguo: la «Ingsteel»), un'impresa operante nel settore edilizio, ha partecipato a tale procedura di aggiudicazione. La Federazione calcistica slovacca ha escluso la Ingsteel da detta procedura a motivo del fatto che essa non soddisfaceva i requisiti economici e finanziari del bando di gara. La Ingsteel ha proposto un ricorso per contestare la legittimità di tale decisione, nell'ambito del quale il Najvyšší súd Slovenskej republiky (Corte suprema della Repubblica slovacca) ha sottoposto alla Corte di giustizia una domanda di pronuncia pregiudiziale.

12. Nella sua sentenza del 13 luglio 2017, nella causa Ingsteel e Metrostav (C-76/16, EU:C:2017:549), la Corte ha statuito che la direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi³, deve essere interpretata nel senso che, qualora un bando di gara richieda di produrre una dichiarazione di un istituto bancario ai termini della quale quest'ultimo si impegna a concedere un credito a un offerente, e gli istituti bancari ai quali l'offerente si è rivolto si siano rifiutati di fornirgli siffatta dichiarazione, detto offerente può essere autorizzato a dimostrare la propria capacità economica e finanziaria mediante altri mezzi idonei. Alla luce della sentenza della Corte, il Najvyšší súd Slovenskej republiky (Corte suprema della Repubblica slovacca) ha dichiarato illegittima la decisione di esclusione della Ingsteel e la ha annullata. Esso ha quindi rinviato la causa dinanzi all'Úrad pre verejné obstarávanie (Ufficio per gli appalti pubblici, Slovacchia) affinché adottasse i provvedimenti del caso.

13. Poiché la procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico si era conclusa e l'amministrazione aggiudicatrice aveva stipulato un contratto-quadro con l'aggiudicatario, la ricorrente ha proposto un ricorso dinanzi all'Úrad pre verejné obstarávanie (Ufficio per gli appalti pubblici) chiedendo, in particolare, il risarcimento dei danni subiti a causa della perdita dell'opportunità di aggiudicarsi l'appalto. Essa ha sostenuto che la perdita di opportunità e il lucro cessante sono due titoli distinti. A quanto risulta, nel diritto slovacco il livello di prova richiesto per dimostrare che un danno è sufficientemente prevedibile è meno elevato per le domande relative a una perdita di opportunità rispetto a quelle concernenti un lucro cessante.

³ GU 2004, L 134, pag. 114.

14. L'Úrad pre verejné obstarávanie (Ufficio per gli appalti pubblici) ritiene che la domanda di risarcimento danni della Ingsteel sia ipotetica. Non vi era alcuna garanzia che la Ingsteel sarebbe stata selezionata come aggiudicataria o che, se fosse stata selezionata, l'amministrazione aggiudicatrice avrebbe stipulato un contratto con essa.

15. L'Okresný súd Bratislava II (Tribunale circoscrizionale, Bratislava II, Slovacchia) chiede se la direttiva 89/665 lo obblighi ad ammettere una domanda di risarcimento danni per perdita di opportunità proposta da un offerente, qualora un giudice abbia annullato la decisione che lo ha escluso da una procedura sfociata nell'aggiudicazione di un appalto pubblico e l'amministrazione aggiudicatrice abbia stipulato un contratto con un altro offerente. Esso ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

- «1) Se agisca conformemente all'articolo 2, paragrafo 1, lettera c), in combinato disposto con i paragrafi 6 e 7 [dello stesso articolo 2] della [direttiva 89/665], il giudice nazionale investito di una domanda di risarcimento danni da parte di un offerente illegittimamente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, qualora rifiuti di accordare il risarcimento danni a titolo della perdita di opportunità (loss of opportunity).
- 2) Se agisca conformemente all'articolo 2, paragrafo 1, lettera c), in combinato disposto con i paragrafi 6 e 7 [dello stesso articolo 2] della [direttiva 89/665], il giudice nazionale investito di una domanda di risarcimento danni da parte di un offerente illegittimamente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, qualora non consideri come danno risarcibile il lucro cessante dovuto alla mancata possibilità di partecipare alla gara d'appalto».

16. L'Úrad pre verejné obstarávanie (Ufficio per gli appalti pubblici), i governi ceco, francese e slovacco nonché la Commissione europea hanno presentato osservazioni scritte. All'udienza del 20 settembre 2023 i governi ceco e austriaco e la Commissione hanno svolto difese orali e risposto ai quesiti dalla Corte.

IV. Analisi

A. Ricevibilità

17. L'Úrad pre verejné obstarávanie (Ufficio per gli appalti pubblici) deduce due motivi per i quali la Corte dovrebbe dichiarare irricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale. In primo luogo, poiché la Ingsteel aveva partecipato alla procedura di aggiudicazione congiuntamente con la Metrostav a.s., che non è parte del procedimento dinanzi al giudice del rinvio, essa non è legittimata a proporre una domanda di risarcimento danni. In secondo luogo, poiché la Ingsteel aveva chiesto, inizialmente, di essere risarcita del lucro cessante, e non della perdita di opportunità, essa non può formulare tale domanda in questa fase del procedimento dinanzi al giudice del rinvio.

18. Anche il governo slovacco nutre dubbi sulla ricevibilità delle questioni, poiché il giudice del rinvio sembra chiedere alla Corte di giustizia se la domanda di risarcimento della Ingsteel debba essere accolta. Sia l'Úrad pre verejné obstarávanie (Ufficio per gli appalti pubblici) sia il governo slovacco sottolineano che spetta unicamente al giudice del rinvio statuire sulla fondatezza della domanda della Ingsteel.

19. Secondo una giurisprudenza costante, nell'ambito della cooperazione istituita dall'articolo 267 TFUE, spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumere la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolarità del caso, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emettere la propria decisione, sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte di giustizia. Di conseguenza, allorché le questioni sollevate dal giudice nazionale riguardano l'interpretazione del diritto dell'Unione, la Corte, in via di principio, è tenuta a statuire⁴. Il diniego della Corte di giustizia di statuire su una questione pregiudiziale proposta da un giudice nazionale è possibile solo quando appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non ha alcuna relazione con la realtà effettiva o con l'oggetto del procedimento principale, qualora il problema sia di natura ipotetica oppure, ancora, qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una risposta utile alle questioni che le vengono sottoposte⁵.

20. Mediante le sue questioni il giudice del rinvio chiede un'interpretazione dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 89/665. Alla luce dei fatti della causa, gli interrogativi sollevati nella decisione di rinvio quanto alla disponibilità di un ricorso per il risarcimento dei danni a titolo della perdita dell'opportunità di aggiudicarsi un appalto pubblico non appaiono ipotetici. Spetta al giudice del rinvio stabilire se, ai sensi del diritto nazionale, la Ingsteel sia legittimata ad agire per il risarcimento del danno consistente nella perdita di opportunità e quali conseguenze, se del caso, possano derivare dal modo in cui essa ha impostato la sua domanda. Per queste ragioni, suggerisco alla Corte di respingere le eccezioni di irricevibilità delle questioni pregiudiziali.

B. Merito

1. Osservazioni delle parti

21. L'Úrad pre verejné obstarávanie (Ufficio per gli appalti pubblici) e i governi austriaco, ceco, francese e slovacco sostengono che la determinazione dei criteri per la valutazione dei danni derivanti da una violazione del diritto dell'Unione in una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro. Tali parti riconoscono inoltre che le relative norme nazionali devono rispettare i principi di equivalenza e di effettività. Poiché la direttiva 89/665 prevede soltanto un'armonizzazione minima, essa non contiene alcuna indicazione sui criteri che i giudici nazionali devono prendere in considerazione quando procedono a tale valutazione. Ne consegue che la direttiva 89/665 non obbliga gli Stati membri a prevedere un risarcimento dei danni derivanti dalla perdita dell'opportunità di aggiudicarsi un appalto pubblico.

22. Il governo ceco suggerisce che la nozione di danno ai sensi della direttiva 89/665 non è una nozione autonoma del diritto dell'Unione. Il governo francese condivide tale posizione. A suo avviso, si tratta di un approccio conforme alla giurisprudenza in materia di responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione, ai sensi della quale le normative di ciascuno Stato membro determinano la portata del risarcimento e i criteri per la valutazione delle perdite e dei danni eventualmente causati da una violazione di tal genere.

⁴ V. sentenza del 13 gennaio 2022, Regione Puglia (C-110/20, EU:C:2022:5, punto 23 e giurisprudenza ivi citata).

⁵ *Ibidem* (punto 24 e giurisprudenza ivi citata).

23. L'Úrad pre verejné obstarávanie (Ufficio per gli appalti pubblici) concorda con la Ingsteel sul fatto che il lucro cessante e la perdita di opportunità siano nozioni distinte, e che quest'ultima consista nella perdita dell'opportunità di aggiudicarsi un appalto pubblico⁶. Esso sostiene che, ai sensi del diritto slovacco, a un offerente illegittimamente escluso il quale sia in grado di dimostrare che vantava una possibilità reale e sufficientemente elevata di aggiudicarsi un appalto pubblico può essere concesso il risarcimento del danno a titolo di perdita di tale opportunità. Di converso, il governo ceco e il governo slovacco ritengono che la perdita di opportunità possa essere considerata un tipo di lucro cessante. La differenza principale tra le due nozioni risiede nel livello di prova richiesto per stabilire l'esistenza di un danno e il risarcimento che può essere concesso.

24. I governi austriaco, ceco e slovacco sostengono che, pur potendo fornire alcune indicazioni, la giurisprudenza relativa alla responsabilità extracontrattuale dell'Unione europea in materia di appalti pubblici non può essere trasposta all'applicazione della direttiva 89/665. Sebbene i giudici dell'Unione, in alcuni casi, abbiano concesso un risarcimento per perdita di opportunità a offerenti che le istituzioni dell'Unione avevano illegittimamente escluso da procedure di aggiudicazione, nella maggior parte dei casi essi hanno respinto siffatte domande, statuendo che, al fine di ottenere un risarcimento dei danni, la perdita di opportunità deve essere reale e non ipotetica.

25. La Commissione osserva che l'articolo 2, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 89/665, pur imponendo agli Stati membri di prevedere la concessione di un risarcimento ai soggetti lesi da una violazione delle norme dell'Unione in materia di appalti pubblici, non contiene condizioni dettagliate quanto al modo in cui tale requisito deve essere soddisfatto. Poiché la direttiva 89/665 prevede un'armonizzazione minima, gli Stati membri restano liberi di accordare un livello di tutela più elevato ai soggetti lesi da una violazione delle norme in materia di appalti pubblici. Spetta a ciascuno Stato membro, conformemente al principio dell'autonomia procedurale, stabilire le modalità dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione, purché tali modalità siano conformi ai principi di equivalenza e di effettività. Poiché la direttiva 89/665 mira a garantire l'esistenza di procedure di ricorso efficaci al fine di assicurare il rispetto dei principi sottesi alle norme in materia di appalti pubblici e, in definitiva, del mercato interno, il principio di effettività è centrale ai fini della risposta alla domanda di pronuncia pregiudiziale in esame.

26. Secondo la Commissione, poiché l'amministrazione aggiudicatrice ha stipulato un contratto quadro con un altro offerente, nel procedimento dinanzi al giudice del rinvio non è più possibile correggere l'illegittimità che ha inficiato la procedura di aggiudicazione. In tali circostanze, la concessione di un risarcimento costituisce l'unico rimedio effettivo a disposizione di un offerente che abbia subito un danno a causa di tale illegittimità. Normative nazionali che non prevedano la possibilità di ottenere il risarcimento del danno derivante dalla perdita dell'opportunità di aggiudicarsi un appalto a causa di detta illegittimità priverebbero la Ingsteel dell'accesso a un ricorso effettivo, il che sarebbe in contrasto con la direttiva 89/665.

⁶ V., in tal senso, sentenze del 21 maggio 2008, Belfass/Consiglio (T-495/04, EU:T:2008:160, punto 124); del 20 settembre 2011, Evropaiki Dynamiki/BEI (T-461/08, EU:T:2011:494, punto 210), e del 28 febbraio 2018, Vakakis kai Synergates/Commissione (T-292/15, EU:T:2018:103, punto 187).

2. *Analisi*

27. Le parti del procedimento dinanzi alla Corte concordano nel ritenere che le questioni del giudice del rinvio debbano ricevere una risposta unica. Poiché detto suggerimento è valido, propongo alla Corte di riformulare le questioni del giudice del rinvio come dirette a stabilire se l'articolo 2, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 89/665 osti a una prassi dei giudici nazionali in base alla quale un offerente illegittimamente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico disciplinata da detta direttiva non può ottenere un risarcimento danni a titolo di perdita dell'opportunità di aggiudicarsi l'appalto in questione. Sebbene il giudice del rinvio chieda alla Corte di interpretare l'articolo 2, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 89/665 in combinato disposto con l'articolo 2, paragrafi 6 e 7, della stessa, nella decisione di rinvio non si precisa l'eventuale incidenza di queste ultime disposizioni sulla soluzione delle questioni proposte. Nella decisione di rinvio non si precisa neppure se la Repubblica slovacca si sia avvalsa della facoltà prevista all'articolo 2, paragrafo 6, della direttiva 89/665, ossia di prevedere che l'organo giurisdizionale sia tenuto ad annullare la decisione illegittima prima della concessione di un risarcimento danni⁷. L'articolo 2, paragrafo 7, della direttiva 89/665, il quale prevede che il diritto nazionale determina gli effetti dell'esercizio dei poteri di cui all'articolo 2, paragrafo 1, di detta direttiva sul contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione di un appalto, sembra avere una rilevanza marginale⁸. Nessuna delle parti che hanno presentato osservazioni scritte o orali dinanzi alla Corte ha richiamato l'articolo 2, paragrafi 6 o 7, della direttiva 89/665, né ha dedotto alcun argomento in riferimento a dette disposizioni. Ritengo pertanto che la questione riformulata conservi appieno la sua rilevanza anche ad omettere tali disposizioni.

28. Conformemente a una giurisprudenza costante della Corte, dall'esigenza di un'applicazione uniforme del diritto dell'Unione discende che, salvo i casi in cui una disposizione del diritto dell'Unione definisce una nozione giuridica mediante un rinvio al diritto degli Stati membri, detta nozione, di norma, deve essere oggetto di un'interpretazione autonoma ed uniforme. Tale interpretazione deve essere ricercata tenendo conto dei termini della disposizione di cui trattasi, del contesto e della finalità perseguita dalla normativa in cui si inserisce⁹.

29. È importante sottolineare che tale approccio non si applica in tutti i casi. Più Stati membri sostengono in questa sede che la nozione di danno ai sensi della direttiva 89/665 non è una nozione autonoma del diritto dell'Unione. Condivido tale argomento per i motivi che seguono.

30. L'articolo 2, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 89/665 chiarisce che gli Stati membri sono tenuti a provvedere affinché le procedure di ricorso prevedano il potere di accordare un risarcimento danni ai soggetti lesi da una violazione. Esso non descrive in che cosa consistano tali danni, né fornisce alcun criterio quanto al modo in cui essi possono essere valutati¹⁰. Esso non prevede neppure le condizioni alle quali un'amministrazione aggiudicatrice può essere considerata responsabile per il risarcimento dei danni, né indica le modalità di calcolo del risarcimento¹¹.

⁷ Dalla decisione di rinvio risulta che il Najvyšší súd Slovenskej republiky (Corte suprema della Repubblica slovacca) ha annullato la decisione di escludere la Ingsteel dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi.

⁸ Fatte salve le situazioni contemplate agli articoli 2 *quinquies*, 2 *sexies* e 2 *septies* della direttiva 89/665, che non hanno alcuna incidenza sulla presente causa: sentenza dell'11 settembre 2014, *Fastweb* (C-19/13, EU:C:2014:2194, punto 52). V. anche le conclusioni dell'avvocato generale Campos Sánchez-Bordona nella causa *Ingsteel e Metrostav* (C-76/16, EU:C:2017:226, paragrafo 69).

⁹ Sentenza del 25 ottobre 2018, *Anodiki Services EPE* (C-260/17, EU:C:2018:864, punto 25 e giurisprudenza ivi citata).

¹⁰ Conclusioni dell'avvocato generale Cruz Villalón nella causa *Combinatie Spijker Infrabouw/De Jonge Konstruktie e a.* (C-568/08, EU:C:2010:515, paragrafo 106).

¹¹ V., in tal senso, sentenza del 9 dicembre 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw/De Jonge Konstruktie e a.* (C-568/08, EU:C:2010:751, punto 86).

31. Il contesto in cui si inserisce l'articolo 2, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 89/665 include il suo preambolo, ai sensi del quale spetta agli Stati membri porre rimedio all'assenza o all'insufficienza dei mezzi di ricorso disponibili nel loro ordinamento giuridico. L'articolo 1, paragrafo 1, quarto comma, della direttiva in parola stabilisce che gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici siano oggetto di un ricorso efficace. L'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 enuncia che gli Stati membri provvedono a rendere accessibili procedure di ricorso, secondo modalità che essi stessi possono determinare. Tali disposizioni dimostrano che la direttiva 89/665 istituisce un sistema di armonizzazione minima, nell'ambito del quale gli Stati membri 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 pubblici¹². Le parti che hanno presentato osservazioni concordano sul fatto che la giurisprudenza corrobora tale conclusione¹³. La direttiva 89/665 impone quindi agli Stati membri di prevedere determinati mezzi di ricorso, che devono essere effettivi, ma non va a stabilire in che cosa consistano detti mezzi¹⁴.

32. Per quanto riguarda gli obiettivi della direttiva 89/665, l'articolo 1, paragrafo 1, di quest'ultima, interpretato in combinato disposto con il suo preambolo, indica che detta direttiva mira a garantire l'esistenza di procedure di ricorso efficaci avverso le decisioni in materia di appalti pubblici. 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 ai sensi del diritto nazionale, in modo che l'apertura alla concorrenza dell'Unione delle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici sia seguita da effetti concreti.

33. Ne consegue che la concessione di un risarcimento danni ai fini della direttiva 89/665 non è concepita come una nozione autonoma e uniforme del diritto dell'Unione, bensì come una nozione definita dalle normative degli Stati membri. La direttiva 89/665 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 il legislatore dell'Unione si è astenuto dal modificare l'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 89/665¹⁵. Inoltre, la giurisprudenza non 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 di appalti pubblici.

34. In mancanza di disposizioni di diritto dell'Unione a tal fine, spetta quindi all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro stabilire i criteri sulla base dei quali il danno causato dalla violazione del diritto dell'Unione nelle procedure che conducono all'aggiudicazione di appalti pubblici deve essere valutato¹⁶. Come sottolineato, a mio avviso correttamente, da diverse parti del presente procedimento pregiudiziale, tali questioni rientrano nell'autonomia procedurale degli Stati membri¹⁷. Da una giurisprudenza costante risulta che le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti derivanti dal diritto dell'Unione non devono essere

¹² V., in tal senso, sentenze del 21 ottobre 2010, *Symvoulío Apochetefseon Lefkosias* (C-570/08, EU:C:2010:621, punto 37), e del 26 marzo 2020, *Hungeod e a.* (C-496/18 e C-497/18, EU:C:2020:240, punto 73), nonché conclusioni dell'avvocato generale Bobek nella causa *Marina del Mediterraneo e a.* (C-391/15, EU:C:2016:651, paragrafo 38).

¹³ V., in tal senso, sentenze del 30 settembre 2010, *Strabag e a.* (C-314/09, EU:C:2010:567, punto 33), e del 7 agosto 2018, *Hochtief* (C-300/17, EU:C:2018:635, punto 35).

¹⁴ Sentenza del 18 giugno 2002, *HI* (C92/00, EU:C:2002:379, punto 58). V. anche, per analogia, sentenza dell'11 luglio 1985, *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark* (105/84, EU:C:1985:331, punto 26), in cui la Corte ha dichiarato che una nozione contenuta in una direttiva di armonizzazione parziale non poteva costituire una nozione autonoma del diritto dell'Unione, poiché tale direttiva non mirava ad instaurare un livello di tutela uniforme secondo criteri comuni.

¹⁵ V. direttiva 2007/66 e direttiva 2014/23.

¹⁶ Sentenza del 9 dicembre 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie e a.* (C-568/08, EU:C:2010:751, punto 90).

¹⁷ Sentenza del 30 settembre 2010, *Strabag e a.* (C-314/09, EU:C:2010:567, punto 34).

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)¹⁸.

35. Vi sono due ulteriori considerazioni a sostegno della conclusione secondo cui la valutazione del risarcimento danni concesso ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 89/665 deve svolgersi nel contesto dell'autonomia procedurale degli Stati membri. In primo luogo, tale autonomia è un'espressione concreta del principio di sussidiarietà di cui all'articolo 5 TUE, ai sensi del quale, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva, l'Unione europea interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri. L'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, ai sensi del quale gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione, riconosce implicitamente l'importanza di detto principio. In secondo luogo, le tradizioni giuridiche, le procedure e i rimedi giurisdizionali possono variare notevolmente da uno Stato membro all'altro, e così è. Allo stato attuale dello sviluppo del diritto dell'Unione, è difficile predisporre un regime omogeneo di rimedi giurisdizionali che funzioni in modo egualmente efficace in tutti gli Stati membri nel settore del diritto degli appalti pubblici¹⁹. Non mi sorprende quindi che, come rilevato al paragrafo 33 delle presenti conclusioni, il legislatore dell'Unione non abbia, ad oggi, inteso concepire un siffatto sistema.

36. Nelle sue osservazioni scritte e orali, la Commissione ha richiamato le sentenze della Corte EFTA nelle cause Fosen-Linjen I²⁰ e Fosen-Linjen II²¹, nelle quali è stata esaminata la natura del risarcimento ai sensi della direttiva 89/665 nel contesto di una domanda di risarcimento danni a titolo di lucro cessante. La Corte EFTA ha statuito che, sebbene le procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665 debbano essere il più possibile uniformi per tutte le imprese nel mercato interno, non si impone che esse siano omogenee, né identiche, poiché la direttiva 89/665 prevede un'armonizzazione minima²². Essa ha osservato che il risarcimento danni ha un triplice obiettivo: i) compensare le perdite subite; ii) ripristinare la fiducia nell'efficacia del quadro giuridico applicabile, e iii) dissuadere le amministrazioni aggiudicatrici dall'agire illegalmente, migliorando così l'osservanza delle norme²³. Poiché la direttiva 89/665 non prevede condizioni per la concessione di un risarcimento danni, in linea di principio spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro del SEE determinare i criteri per la valutazione dei danni causati da una violazione del diritto degli appalti pubblici²⁴. In tale contesto, l'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro del SEE deve prevedere le proprie norme, comprese quelle che disciplinano il nesso di causalità e l'onere della prova²⁵. Tali norme nazionali devono sempre rispettare i principi di

¹⁸ Sentenze del 9 dicembre 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie e a.* (C-568/08, EU:C:2010:751, punto 91 e giurisprudenza ivi citata), e del 26 novembre 2015, *MedEval* (C-166/14, EU:C:2015:779, punto 37).

¹⁹ Tale circostanza può in parte spiegare il motivo per cui le norme in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici contenute nel regolamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 luglio 2018, che stabilisce le regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell'Unione, che modifica i regolamenti (UE) n. 1296/2013, (UE) n. 1301/2013, (UE) n. 1303/2013, (UE) n. 1304/2013, (UE) n. 1309/2013, (UE) n. 1316/2013, (UE) n. 223/2014, (UE) n. 283/2014 e la decisione n. 541/2014/UE e abroga il regolamento (UE, Euratom) n. 966/2012 (GU 2018, L 193, pag. 1; in prosieguo: il «regolamento finanziario»), non sono identiche a quelle della direttiva 89/665. V., in tal senso, sentenza del 23 maggio 2014, *European Dynamics Luxembourg/BCE* (T-553/11, EU:T:2014:275, punto 110), nella quale il Tribunale ha dichiarato che il regime istituito dalla direttiva 89/665 non poteva essere applicato in via analogica all'aggiudicazione di appalti pubblici da parte delle istituzioni dell'Unione.

²⁰ Sentenza della Corte EFTA del 31 ottobre 2017, *Fosen-Linjen/AtB* (E-16/16, EFTA Court Report 2017, punto 90).

²¹ Sentenza della Corte EFTA del 1° agosto 2019, *Fosen-Linjen/AtB* (E-7/18, EFTA Court Report 2019).

²² V., in tal senso, sentenze della Corte EFTA del 31 ottobre 2017, *Fosen-Linjen/AtB* (E-16/16, EFTA Court Report 2017, punto 67), e del 1° agosto 2019, *Fosen-Linjen/AtB* (E-7/18, EFTA Court Report 2019, punto 109).

²³ Sentenza della Corte EFTA del 31 ottobre 2017, *Fosen-Linjen/AtB* (E-16/16, EFTA Court Report 2017, punto 76).

²⁴ *Ibidem* (punti 69 e 70).

²⁵ V., in tal senso, *ibidem* (punti 89 e 108).

equivalenza e di effettività²⁶. Sebbene sia preferibile che le violazioni del diritto degli appalti pubblici siano corrette prima della stipula di un contratto, in alcuni casi la concessione di un risarcimento costituisce l'unico mezzo per rimediare a tali violazioni²⁷. Per questi motivi, anche se la direttiva 89/665 non menziona voci di danno specifiche, la Corte EFTA la ha interpretata nel senso che essa impone agli Stati membri del SEE di consentire ai soggetti lesi da una violazione del diritto degli appalti pubblici nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di ottenere un risarcimento danni a titolo di lucro cessante²⁸. Da tali sentenze risulta che il principio di effettività può operare nel senso di ostare a che le normative di uno Stato membro escludano, in limine, domande relative a determinate voci di danno.

37. Poiché la Corte ha statuito che l'articolo 2, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 89/665 costituisce espressione del principio della responsabilità dello Stato membro per danni causati ai soggetti dell'ordinamento da violazioni del diritto dell'Unione ad esso imputabili, che è inerente all'ordinamento giuridico dell'Unione europea²⁹, si rende necessario esaminare, come suggerito dal governo francese nelle sue osservazioni scritte, anche la giurisprudenza della Corte relativa alle condizioni generali per il sorgere della responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione.

38. A partire dalla storica sentenza nella causa Francovich, è pacifico che ai soggetti lesi da una violazione del diritto dell'Unione da parte di uno Stato membro o di una delle sue emanazioni è riconosciuto un diritto al risarcimento, purché siano soddisfatte tre condizioni: i) la norma giuridica dell'Unione violata deve essere preordinata a conferire loro diritti; ii) la violazione di tale norma deve essere sufficientemente qualificata, e iii) deve esistere un nesso causale diretto tra la violazione in parola e l'asserito danno³⁰. In tale sentenza, la Corte ha altresì statuito che, sebbene il diritto dei singoli al risarcimento sia direttamente fondato sul diritto dell'Unione, è sulla base delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità che lo Stato ripara le conseguenze del danno provocato dalla violazione da esso commessa³¹. Spetta al diritto degli Stati membri stabilire le condizioni sostanziali e procedurali per il risarcimento dei danni, fatto salvo in ogni caso il rispetto del principio di effettività³².

39. Nella sentenza *Brasserie du pêcheur*, la Corte ha esaminato più dettagliatamente i criteri che disciplinano il risarcimento³³. Essa ha concluso che il diritto dell'Unione non impone criteri specifici quanto alle diverse voci di danno individuate dai giudici del rinvio³⁴, che devono essere

²⁶ Sentenze della Corte EFTA del 31 ottobre 2017, *Fosen-Linjen/AtB* (E-16/16, EFTA Court Report 2017, punto 70), e del 1° agosto 2019, *Fosen-Linjen/AtB* (E-7/18, EFTA Court Report 2019, punto 114).

²⁷ Sentenza della Corte EFTA del 31 ottobre 2017, *Fosen-Linjen/AtB* (E-16/16, EFTA Court Report 2017, punto 73).

²⁸ Sentenze della Corte EFTA del 31 ottobre 2017, *Fosen-Linjen/AtB* (E-16/16, EFTA Court Report 2017, punto 90), e del 1° agosto 2019, *Fosen-Linjen/AtB* (E-7/18, EFTA Court Report 2019, punti 115 e 116).

²⁹ Sentenza del 9 dicembre 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie e a.* (C-568/08, EU:C:2010:751, punto 87).

³⁰ Sentenze del 19 novembre 1991, *Francovich e a.* (C-6/90 e C-9/90, EU:C:1991:428, punto 40; in prosieguo: la «sentenza *Francovich*»), e del 5 marzo 1996, *Brasserie du pêcheur e Factortame* (C-46/93 e C-48/93, EU:C:1996:79, punto 51; in prosieguo: la «sentenza *Brasserie du pêcheur*»).

³¹ Sentenza del 19 novembre 1991, *Francovich e a.* (C-6/90 e C-9/90, EU:C:1991:428, punto 42). V. anche sentenze del 5 marzo 1996, *Brasserie du pêcheur e Factortame* (C-46/93 e C-48/93, EU:C:1996:79, punto 67); del 30 settembre 2003, *Köbler* (C-224/01, EU:C:2003:513, punto 58), e del 13 marzo 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C-524/04, EU:C:2007:161, punto 123).

³² Sentenza del 19 novembre 1991, *Francovich e a.* (C-6/90 e C-9/90, EU:C:1991:428, punto 43). V. anche, in tal senso, sentenza del 17 aprile 2007, *AGM-COS.MET* (C-470/03, EU:C:2007:213, punto 89), e conclusioni dell'avvocato generale Geelhoed nella causa *GAT* (C-315/01, EU:C:2002:573, paragrafo 64).

³³ Sentenza del 5 marzo 1996, *Brasserie du pêcheur e Factortame* (C-46/93 e C-48/93, EU:C:1996:79, punto 81).

³⁴ In quel contesto, il giudice del rinvio aveva espressamente richiamato le spese sostenute, i mancati introiti e le perdite derivanti da vendite sottocosto (*ibidem*, punto 14).

stabilite dal diritto nazionale, fatto salvo il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività³⁵. Essa ha aggiunto che il diritto dell'Unione non ammette l'esclusione totale del lucro cessante dal danno risarcibile, poiché detta esclusione sarebbe contraria al principio di effettività³⁶. In un'altra causa concernente la responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione, l'avvocato generale Léger ha suggerito che il danno risarcibile può consistere non soltanto in un lucro cessante, ma anche in una perdita di opportunità, purché quest'ultima costituisca una conseguenza sufficientemente certa dell'asserita violazione³⁷. Nel settore del diritto del lavoro, la Corte ha dichiarato che il diritto al risarcimento per perdita di opportunità può essere sufficiente per cancellare le conseguenze di una violazione del diritto dell'Unione, e conforme al principio di effettività³⁸. Tali considerazioni dimostrano che la portata dell'autonomia procedurale degli Stati membri non è illimitata, poiché la Corte può stabilire obblighi specifici volti a garantire che i singoli lesi da una violazione del diritto dell'Unione ottengano un livello minimo di tutela.

40. I governi austriaco, ceco e slovacco sostengono che la giurisprudenza dei giudici dell'Unione in materia di perdita di opportunità in conseguenza di illegalità nell'aggiudicazione di appalti pubblici da parte delle istituzioni dell'Unione non è automaticamente applicabile alle circostanze che hanno dato origine al rinvio pregiudiziale in esame. Condivido tale affermazione. Vi sono ragioni per cui le norme che disciplinano i ricorsi in materia di aggiudicazione di appalti pubblici da parte delle istituzioni dell'Unione e quelle che disciplinano l'aggiudicazione di appalti pubblici da parte di amministrazioni aggiudicatrici differiscono³⁹. Sebbene il Tribunale abbia statuito che un offerente illegittimamente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico da parte di un'istituzione dell'Unione può chiedere il risarcimento del danno per perdita di

³⁵ V. *ibidem* (punti 83, 84 e 88).

La dottrina accademica sulla responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazioni del diritto dell'Unione sembra concorde nel ritenere che, se il diritto dell'Unione sancisce il diritto al risarcimento, il contenuto preciso di ogni rimedio è una questione rimessa agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, fatto salvo il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività. È stato altresì osservato che, astenendosi dal definire la nozione di danno, la Corte ha rimesso tale questione ai diritti nazionali. V. Van Gerven, W., «Of rights, remedies and procedures», *Common Market Law Review*, vol. 37, Issue 3, 2000, pagg. 511 e 512. V. anche Christ, H., «Compensation for damage: The non-contractual liability of Member States and EU institutions for breaches of EU law», in Colcelli, V., e Arnold, R. (a cura di), *Europeanization Through Private Law Instruments*, Universitätsverlag Regensburg, 2016, pag. 213; Biondi, A., e Farley, M., *The Right to Damages in European Law*, Kluwer Law International, 2009, pagg. da 76 a 83; Gutman, K., «Liability for breach of EU law by the Union, Member States and individuals: Damages, enforcement and effective judicial protection», in Lazowski, A., e Blockmans, S. (a cura di), *Research Handbook on EU Institutional Law*, Edward Elgar Law, 2016, pag. 460.

Vari autori che si sono occupati del tema del risarcimento danni nel settore degli appalti pubblici ritengono, analogamente, che sia più opportuno lasciare la definizione del danno alle normative degli Stati membri, sulla base del principio dell'autonomia procedurale nazionale, fatto salvo il rispetto dei principi di effettività e di equivalenza. V. Treumer, S., «Basis and conditions for a damages claim for breach of the EU public procurement rules», in Fairgrieve, D., e Lichère, F., *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy*, Hart, 2011, pag. 150. V. anche Caranta, R., «Damages for breaches of EU public procurement law: Issues of causation and recoverable losses», in Fairgrieve, D., e Lichère, F., *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy*, Hart, 2011, pagg. da 167 a 184; Schebesta, H., *Damages in EU Public Procurement Law*, Springer International Publishing Switzerland, 2016, pagg. da 52 a 60.

³⁶ Sentenza del 5 marzo 1996, *Brasserie du pêcheur e Factortame* (C-46/93 e C-48/93, EU:C:1996:79, punto 87). V. anche sentenza del 17 aprile 2007, *AGM-COS.MET* (C-470/03, EU:C:2007:213, punto 89). La Corte è giunta alla medesima conclusione per quanto riguarda la responsabilità extracontrattuale dei singoli per violazione del diritto dell'Unione (sentenza del 13 luglio 2006, *Manfredi e a.*, da C-295/04 a C-298/04, EU:C:2006:461, punti 95 e 96).

Secondo alcuni autori, la giurisprudenza della Corte in materia di responsabilità extracontrattuale degli Stati membri riflette il delicato equilibrio (e la tensione) tra l'unità e la diversità, attraverso l'interazione tra l'autonomia procedurale nazionale e i principi di equivalenza e di effettività. V. Gutman, K., «Liability for breach of EU law by the Union, Member States and individuals: Damages, enforcement and effective judicial protection», in Lazowski, A., e Blockmans, S. (a cura di), *Research Handbook on EU Institutional Law*, Edward Elgar Law, 2016, pag. 465.

³⁷ Conclusioni dell'avvocato generale Léger nella causa *Hedley Lomas* (C-5/94, EU:C:1995:193, paragrafo 183).

³⁸ Sentenza del 7 marzo 2018, *Santoro* (C-494/16, EU:C:2018:166, punto 50).

³⁹ V., in tal senso, sentenze del 21 maggio 2008, *Belfass/Consiglio* (T-495/04, EU:T:2008:160, punto 43); del 3 marzo 2011, *Evropaïki Dynamiki/Commissione* (T-589/08, EU:T:2011:73, punti 22 e 23), e del 12 luglio 2012, *Evropaïki Dynamiki/Frontex* (T-476/07, EU:T:2012:366, punti da 39 a 41).

opportunità⁴⁰, tale giurisprudenza riguarda la responsabilità extracontrattuale dell'Unione europea, e non quella dei suoi Stati membri⁴¹. Occorre tenere a mente che il ruolo svolto dai giudici dell'Unione in tali circostanze è simile a quello svolto dai giudici degli Stati membri quando applicano le loro rispettive norme procedurali nazionali. È in tale contesto specifico che il diritto dell'Unione è chiamato a regolare tutti gli aspetti delle norme che disciplinano l'aggiudicazione di appalti pubblici da parte delle istituzioni dell'Unione, compresa la questione della responsabilità extracontrattuale che ne potrebbe derivare. La giurisprudenza in materia di risarcimento dei danni per violazione, da parte delle istituzioni dell'Unione, del diritto che disciplina l'aggiudicazione di appalti pubblici tende a dimostrare che il lucro cessante e la perdita di opportunità sono nozioni distinte. Mentre il lucro cessante è valutato con riferimento all'indennizzo della perdita di un appalto, la perdita di opportunità consiste nella compensazione della perdita di un'opportunità di concludere un appalto⁴². La nozione di perdita di opportunità sembra essere riconosciuta anche nell'ambito dei ricorsi per risarcimento danni nel contesto dello statuto dei funzionari dell'Unione europea e della responsabilità extracontrattuale dell'Unione⁴³.

41. Sulla base della formulazione dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 89/665 e degli obiettivi da quest'ultima perseguiti, considerati nel contesto dei principi generali che disciplinano la responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazioni del diritto dell'Unione, si può concludere che spetta agli Stati membri definire nelle loro norme le voci di danno che un offerente illegittimamente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico può invocare a fini risarcitori, purché tali norme nazionali rispettino i principi di equivalenza e di effettività.

42. Nessun elemento nel fascicolo dinanzi alla Corte suggerisce che la presente causa riguardi una violazione del principio di equivalenza. Resta la questione di stabilire se l'interpretazione giurisprudenziale di una normativa nazionale nel senso che essa non contempla la concessione di un risarcimento danni per perdita di opportunità sia conforme al principio di effettività, quale definito al paragrafo 34 delle presenti conclusioni. In tale contesto, l'efficacia della direttiva 89/665 e i diritti che essa conferisce ai singoli non possono essere messi in pericolo⁴⁴. La Corte ha statuito che norme nazionali che subordinano la concessione di un risarcimento danni alla prova di colpa o dolo imputabile all'amministrazione aggiudicatrice viola la direttiva 89/665, poiché norme del genere sono di ostacolo alla piena efficacia della politica dell'Unione europea in materia di appalti pubblici⁴⁵.

⁴⁰ V., ad esempio, sentenze del 20 settembre 2011, *Evropaïki Dynamiki/BEI* (T-461/08, EU:T:2011:494, punto 66); del 28 febbraio 2018, *Vakakis kai Synergates/Commissione* (T-292/15, EU:T:2018:103, punti da 186 a 193); del 14 dicembre 2018, *East West Consulting/Commissione* (T-298/16, EU:T:2018:967, punto 176), e del 12 febbraio 2019, *Vakakis kai Synergates/Commissione* (T-292/15, EU:T:2019:84, punto 53).

⁴¹ Il regolamento finanziario disciplina l'aggiudicazione di appalti pubblici da parte delle istituzioni dell'Unione. Esso non si applica all'aggiudicazione di appalti pubblici da parte delle amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri, che trova la sua disciplina sostanziale nella direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, pag. 114).

⁴² Sentenza del 28 febbraio 2018, *Vakakis kai Synergates/Commissione* (T-292/15, EU:T:2018:103, punto 188).

⁴³ Nel contesto delle cause in materia di funzione pubblica, v. sentenze del 21 febbraio 2008, *Commissione/Girardot* (C-348/06 P, EU:C:2008:107, punto 55), e del 27 ottobre 1994, *C/Commissione* (T-47/93, EU:T:1994:262, punti 54 e 55). V. anche le conclusioni dell'avvocato generale Cruz Villalón nella causa *Giordano/Commissione* (C-611/12 P, EU:C:2014:195), il quale spiega che la nozione di perdita di opportunità nel diritto in materia di risarcimento dei danni è legata all'emergere della «teoria del rischio», che consente di quantificare il grado di probabilità di avvenimenti futuri. Per quanto riguarda la responsabilità extracontrattuale generale dell'Unione europea per violazione del diritto dell'Unione, v. sentenza dell'8 maggio 2007, *Citymo/Commissione* (T-271/04, EU:T:2007:128, punti da 180 a 182).

⁴⁴ V., in tal senso, sentenza del 7 agosto 2018, *Hochtief* (C-300/17, EU:C:2018:635, punto 38).

⁴⁵ Sentenza del 10 gennaio 2008, *Commissione/Portogallo* (C-70/06, EU:C:2008:3, punto 42).

43. Qualora un offerente ottenga una decisione giudiziaria in cui si statuisce che esso è stato illegittimamente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico e l'amministrazione aggiudicatrice abbia aggiudicato l'appalto di cui trattasi a un altro offerente, escludere qualsiasi possibilità di ottenere il risarcimento dei danni a titolo di perdita dell'opportunità di aggiudicarsi detto appalto appare violare il principio di effettività. Tale situazione è in contrasto con l'obiettivo della direttiva 89/665, che consiste nel garantire mezzi di ricorso efficaci avverso le decisioni di amministrazioni aggiudicatrici adottate in violazione del diritto dell'Unione, poiché un soggetto in tal modo leso sarebbe privato del rimedio supplementare di cui all'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 89/665, ossia la concessione di un risarcimento danni. Spetta al diritto degli Stati membri stabilire le condizioni alle quali la relativa domanda può essere proposta, ivi compresi l'onere e il livello della prova, il nesso di causalità e il calcolo dell'importo dell'eventuale risarcimento⁴⁶.

44. L'articolo 442, paragrafo 1, del codice civile prevede che, nei ricorsi per risarcimento danni, il risarcimento comprende il danno effettivo e il lucro cessante. Nell'ordinanza di rinvio sembra suggerirsi che la giurisprudenza dei giudici nazionali non contempli la concessione di un risarcimento a titolo di perdita dell'opportunità di aggiudicarsi un appalto pubblico. Il governo slovacco ha sostenuto, in udienza, che, ai sensi del diritto di tale Stato membro, la perdita di opportunità è parte della nozione di lucro cessante, idonea a giustificare la concessione di un risarcimento danni, purché il soggetto leso possa dimostrare che vantava un'elevata probabilità di aggiudicarsi l'appalto pubblico.

45. Poiché solamente il giudice *a quo* è competente a interpretare e applicare la normativa nazionale, spetta ad esso interpretare, per quanto possibile, le norme che disciplinano le domande di risarcimento danni in modo da garantire il rispetto del principio di effettività. Spetta al giudice nazionale conferire alla legge nazionale che è chiamato ad applicare un'interpretazione per quanto possibile conforme al diritto dell'Unione. Siffatta interpretazione è subordinata al rispetto dei limiti assodati, segnatamente al divieto di un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale. Qualora un giudice nazionale non possa giungere a siffatta interpretazione, esso ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto dell'Unione, in modo da tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, eventualmente disapplicando ogni disposizione nazionale la cui applicazione condurrebbe a un risultato contrario al diritto dell'Unione, purché la pertinente disposizione di diritto dell'Unione abbia effetto diretto⁴⁷. In tale contesto, la Corte ha già dichiarato che l'obbligo di interpretazione conforme può imporre ai giudici nazionali di modificare una giurisprudenza consolidata se questa si basa su un'interpretazione incompatibile con il diritto dell'Unione⁴⁸.

⁴⁶ Secondo Schebesta, la teoria della perdita di opportunità potrebbe rappresentare una soluzione al problema ricorrente della natura ipotetica delle perdite dell'offerente escluso. V. Schebesta, H., *Damages in EU Public Procurement Law*, Springer International Publishing Switzerland, 2016, pag. 205.

⁴⁷ V., in tal senso, sentenze del 27 febbraio 2003, Santex (C-327/00, EU:C:2003:109, punti da 62 a 64), e dell'11 ottobre 2007, Lämmerzahl (C-241/06, EU:C:2007:597, punti 62 e 63). V. anche sentenza del 24 giugno 2019, Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530, punti 55, 61 e 62).

⁴⁸ Sentenza del 24 giugno 2019, Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530, punto 78).

V. Conclusione

46. Suggestisco alla Corte di rispondere alle questioni pregiudiziali proposte dall'Okresný súd Bratislava II (Tribunale circoscrizionale, Bratislava II, Slovacchia) nei seguenti termini:

L'articolo 2, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, deve essere interpretata nel senso che

spetta al diritto degli Stati membri determinare le condizioni alle quali un giudice nazionale può statuire su una domanda di risarcimento danni proposta da un offerente illegittimamente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico disciplinata da detta direttiva. Tali condizioni comprendono l'onere e il livello della prova, il nesso di causalità e il calcolo dell'importo dell'eventuale risarcimento. Le norme adottate dagli Stati membri a tal fine devono rispettare i principi di equivalenza e di effettività. Il principio di effettività esige che il giudice nazionale non possa fondarsi su una prassi che impedisce a un offerente illegittimamente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di chiedere il risarcimento dei danni a titolo di perdita dell'opportunità di aggiudicarsi detto appalto.