

**IL RISARCIMENTO DEL DANNO NEGLI APPALTI PUBBLICI:
TRA EFFETTIVITÀ E AUTONOMIA DEGLI STATI MEMBRI**

Alexander DI DONATO¹

INDICE

**1. LA VICENDA PROCESSUALE: GLI INTERROGATIVI
SULL'INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO UE**

1.1. Sulla ricevibilità della domanda pregiudiziale

**2. L'INESISTENZA DI UNA AUTONOMA DEFINIZIONE DEL DANNO
NELL'ORDINAMENTO EUROUNITARIO**

3. LE ORIGINI E AFFERMAZIONE DELLA PERDITA DI OPPORTUNITÀ

3.1. L'interpretazione degli Stati membri sulla risarcibilità da perdita di opportunità

**4. L'EFFETTIVITÀ DEI MEZZI DI RICORSO PER VIOLAZIONE DELLE
DISPOSIZIONI SUGLI APPALTI**

¹ Laurea in Giurisprudenza, Università degli Studi di Torino.

1. LA VICENDA PROCESSUALE: GLI INTERROGATIVI SULL'INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO UE

Nel 2013, la Federazione Calciistica Slovacca ha indetto una procedura di gara - pubblicata nel Supplemento alla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea²- finalizzata all'assegnazione di un appalto di costruzione, ristrutturazione e ammodernamento di stadi calcistici.

Dopo un primo rinvio pregiudiziale presso la CGUE a individuare quali fossero i legittimi mezzi idonei a comprovare la capacità economica e finanziaria di un offerente³, il

² C. giust. UE, 13 luglio 2017, C-76/16, *Ingsteel spol. S.r.o. e Metrostav a.s. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, par. 14, "Con bando di gara pubblicato il 16 novembre 2013 nel Supplemento alla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea n. 223/2013 e nella Gazzetta ufficiale per gli appalti pubblici slovacca dello stesso giorno con il riferimento 18627-MSP, l'amministrazione aggiudicatrice ha indetto una gara d'appalto per l'aggiudicazione di un appalto pubblico relativo a lavori di ristrutturazione, di ammodernamento e di costruzione di sedici stadi calcistici".

³ Conclusioni dell'Avvocato generale Anthony Michael Collins presentate il 7 dicembre 2023, C-547/22, *INGSTEEL spol. s. r. o. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, in *Curia.europa.eu*, consultate il 13 dicembre 2023, par. 11, 12, e C. giust. UE, 13 luglio 2017, C-76/16, *Ingsteel spol. S.r.o. e Metrostav a.s. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, par. 16 ss., l'impresa - esclusa dall'appaltatore a causa della mancata soddisfazione dei requisiti di partecipazione sia economici sia finanziari di bando - ha impugnato tale decisione attraverso la presentazione di un ricorso alla Corte Suprema della Repubblica Slovacca (*Najvyšší súd Slovenskej republiky*), da cui il rinvio pregiudiziale presso la Corte di Giustizia dell'Unione Europea. I requisiti in materia di capacità economica e finanziaria, il bando di gara richiedevano ai partecipanti alla gara d'appalto di produrre una dichiarazione della banca slovacca o di una filiale slovacca di una banca estera che attestasse che veniva loro concesso un credito di un valore minimo di EUR 3000000, importo di cui essi dovevano disporre per tutta la durata dell'esecuzione dell'appalto pubblico. Tale attestazione doveva presentarsi sotto forma di un contratto di credito o di un contratto preliminare di credito ed essere stata emessa da una persona autorizzata ad impegnare l'istituto bancario a cui il credito era stato richiesto. La CGUE ha risposto che la Direttiva 2004/18/CE (Art. 47, paragrafo 1, lettera a), paragrafo 4 e paragrafo 5, 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*), concernente il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, consente all'aspirante contraente di dimostrare la sua capacità economica tramite altri mezzi idonei diversi da una dichiarazione di un istituto bancario (come richiesto nel caso specifico) che si impegni a concedere un credito a un offerente, qualora gli istituti bancari neghino tale garanzia ai

giudice dello Stato membro ha annullato l'illegittima esclusione dell'impresa⁴, ma nel frattempo l'amministrazione pubblica aveva concluso e stipulato un contratto quadro con un diverso aggiudicatario. L'impresa illegittimamente esclusa ha, dunque, presentato un ricorso amministrativo per danni da perdita di opportunità, che non è accolto, perché non vi era certezza che la ricorrente sarebbe stata selezionata come aggiudicataria⁵.

Il tribunale Okresný súd Bratislava II⁶ investito, sottopone due questioni pregiudiziali alla CGUE, l'una sulla conformità al diritto UE⁷ dell'agere del giudice

partecipanti del bando. L'offerente escluso aveva presentato una dichiarazione di un istituto bancario (la quale prevedeva l'ottenimento di un credito destinato all'esecuzione di un appalto) da considerarsi oggettivamente idonea a fornire informazioni sulla capacità economica dell'offerente di portare a termine l'esecuzione del contratto di appalto. Per quanto i contratti pubblici e la qualificazione degli operatori economici si v. M. CLARICH, *Le innovazioni per la qualificazione degli operatori economici*, in *Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo Codice. Trasformazioni sostanziali e processuali*, a cura di R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G. M. RACCA, Napoli, Jovene, 2024, 87 ss.; G. M. RACCA, *Le piattaforme digitali per i contratti pubblici e la qualificazione degli operatori economici*, in *L'amministrazione digitale. Quotidiana efficienza e intelligenza delle scelte. Atti del Convegno di Napoli, 9-10 maggio 2022*, a cura di J. B. AUBY, G. DE MINICO, G. ORSONI, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, 131-148; EAD., *La "fiducia digitale" nei contratti pubblici tra piattaforme e data analysis*, in *Ist. del Federalismo*, 2023, II, 357-388; EAD., *Le innovazioni necessarie per la trasformazione digitale e sostenibile dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 1 giugno 2022; M. MATTALIA, *Appalti pubblici e capacità d'impresa. I requisiti economico finanziari e tecnico professionali negli appalti di servizi e forniture*, Napoli, Jovene, 2015, 23.

⁴ INGSTEEL spol s.r.o, impresa operante nel settore edilizio. In prosiegua impresa. La causa viene rinviata all'Ufficio per gli appalti pubblici slovacco (Úrad pre verejné obstarávanie). In prosiegua "Ufficio per gli appalti pubblici" o "Úrad pre verejné obstarávanie".

⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Anthony Michael Collins presentate il 7 dicembre 2023, in *Curia.europa.eu*, consultate il 13 dicembre 2023, par. 14.

⁶ Tribunale circoscrizionale, Bratislava II, Slovacchia.

⁷ Art. 2, par. 1, lettera c), in comb. disp. con i parr. 6 e 7, Direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, 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, come modificata dalla direttiva

del Consiglio del 18 giugno 1992, 92/50/CEE. Art. 2, Direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, 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, come modificata dalla direttiva del Consiglio del 18 giugno 1992, 92/50/CEE, "Gli Stati membri fanno sì che i provvedimenti presi ai fini dei ricorsi di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che permettano di:

- a) prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici;*
- b) annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specificazioni tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nei documenti di gara, nei capitolati d'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione;*
- c) accordare un risarcimento danni alle persone lese dalla violazione.*

I poteri di cui al paragrafo 1 possono essere conferiti ad organi distinti responsabili di aspetti differenti della procedura di ricorso. Le procedure di ricorso non devono necessariamente esercitare, di per sé stesse, effetti sospensivi automatici sulle procedure di aggiudicazione cui si riferiscono. Gli Stati membri possono prevedere che l'organo responsabile, quando esamina l'opportunità di prendere provvedimenti provvisori, possa tener conto delle probabili conseguenze dei provvedimenti stessi per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché dell'interesse pubblico e decidere di non accordare tali provvedimenti qualora le conseguenze negative possano superare quelle positive. La decisione di non accordare provvedimenti provvisori non reca pregiudizio agli altri diritti rivendicati dalla persona che chiede tali provvedimenti. Gli Stati membri possono prevedere che, se un risarcimento danni viene domandato a causa di una decisione presa illegalmente, per prima cosa l'organo che ha la competenza necessaria a tal fine annulli la decisione contestata. Gli effetti dell'esercizio dei poteri di cui al paragrafo 1 sul contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione dell'appalto sono determinati dal diritto nazionale. Inoltre, salvo nel caso in cui una decisione debba essere annullata prima della concessione di un risarcimento danni, uno Stato membro può prevedere che, dopo la stipulazione di un contratto in seguito all'aggiudicazione dell'appalto, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso si limitino alla concessione di un risarcimento danni a qualsiasi persona lesa da una violazione. Gli Stati membri fanno sì che le decisioni prese dagli organi responsabili delle procedure di ricorso possano essere attuate in maniera efficace. Se gli organi responsabili delle procedure di ricorso non sono organi giudiziari, le loro decisioni devono essere sempre motivate per iscritto. In questo caso inoltre devono essere adottate disposizioni mediante cui ogni misura presunta illegittima presa dall'organo di base competente oppure ogni presunta infrazione nell'esercizio dei poteri che gli sono conferiti possa essere oggetto di un ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un altro organo che sia una giurisdizione ai sensi dell'articolo 177 del trattato e che sia indipendente dalle autorità aggiudicatrici e dall'organo di base. La nomina dei membri di tale organo indipendente e la cessazione del loro mandato sono soggetti a condizioni uguali a quelle applicabili ai giudici, per quanto concerne l'autorità responsabile della nomina, la durata del loro mandato e la loro revocabilità.

nazionale, consistente nel respingere la richiesta di risarcimento danni per *loss of opportunity*⁸ di un offerente illegittimamente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico; l'altra se sia risarcibile il lucro cessante derivante dall'impossibilità di partecipare al bando di gara⁹ e, in caso affermativo, a quali condizioni sorgerà l'effettività della tutela.

1.1. Sulla ricevibilità della domanda pregiudiziale

Si è detto che l'*Úrad pre verejné obstarávanie* ritiene inammissibile la richiesta di pronuncia pregiudiziale e sostiene che l'impresa difetti della legittimazione attiva per presentare una richiesta di risarcimento danni, dal momento che ha partecipato alla procedura di aggiudicazione congiuntamente alla società Metrostav a.s. e quest'ultima non è coinvolta

Per lo meno il presidente di tale organo indipendente deve avere le stesse qualifiche giuridiche e professionali di un giudice. L'organo indipendente prende le proprie decisioni all'esito di una procedura in contraddittorio e tali decisioni producono, tramite i mezzi determinati da ciascuno Stato membro, effetti giuridici vincolanti".

⁸ Un'applicazione della *loss of opportunity* si trova nel diritto statunitense e in particolare in *The Nevada Supreme Court in Perez v. Las Vegas Medical Center*, 107 Nev. 1, n. 19905, 1991, causa riguardante il decesso di un detenuto per una grave emorragia cerebrale, dovuta dalla negligenza del personale medico che non aveva fatto alcuna diagnosi, nonostante le lamentele del paziente per i suoi persistenti mal di testa. Per quanto concerne l'ordinamento interno, la nozione nei contratti pubblici deriva dall'interesse negativo, ossia l'interesse a non essere coinvolto in trattative infruttuose. Quest'ultimo si articola in danno emergente e lucro cessante, il quale si divide a sua volta nella perdita dell'occasione di eseguire quello stesso contratto (peculiarità del settore appalti per la formalizzazione delle trattative ove la prova del "diritto di aggiudicazione" può essere talora fornita) o di altra opportunità, c.d. *chance*. V. par. 3. Le origini e affermazione della perdita di opportunità.

⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale Anthony Michael Collins presentate il 7 dicembre 2023, C-547/22, *INGSTEEL spol. s. r. o. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, in *Curia.europa.eu*, consultate il 13 dicembre 2023, par. 15.

nel procedimento davanti al giudice del rinvio¹⁰. L'impresa non può, inoltre, avanzare una domanda di risarcimento per la perdita di opportunità in questa fase del procedimento davanti al giudice del rinvio, poiché aveva inizialmente richiesto il risarcimento del lucro cessante, e non della perdita di opportunità¹¹. Anche il governo slovacco manifesta perplessità circa la ricevibilità della domanda pregiudiziale, poiché il tribunale Okresný súd Bratislava II sembra chiedere alla CGUE se la richiesta di risarcimento danni dell'impresa debba essere accolta. In altri termini, l'Ufficio per gli appalti pubblici e il potere esecutivo slovacco evidenziano che il giudice del rinvio ha competenza esclusiva sulla fondatezza del ricorso dell'impresa¹². Secondo giurisprudenza consolidata¹³, la valutazione della necessità di sollevare una

¹⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Anthony Michael Collins presentate il 7 dicembre 2023, C-547/22, *INGSTEEL spol. s. r. o. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, in *Curia.europa.eu*, consultate il 13 dicembre 2023, par. 16. L'Ufficio per gli appalti pubblici, i governi ceco, francese e slovacco, nonché la Commissione europea, hanno presentato osservazioni scritte. Durante l'udienza del 20 settembre 2023, i governi ceco e austriaco e la Commissione hanno difeso le loro posizioni oralmente e risposto alle domande della Corte.

¹¹ Conclusioni dell'Avvocato generale Anthony Michael Collins presentate il 7 dicembre 2023, C-547/22, *INGSTEEL spol. s. r. o. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, in *Curia.europa.eu*, consultate il 13 dicembre 2023, par. 17.

¹² Conclusioni dell'Avvocato generale Anthony Michael Collins presentate il 7 dicembre 2023, C-547/22, *INGSTEEL spol. s. r. o. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, in *Curia.europa.eu*, consultate il 13 dicembre 2023, par. 18; Corte Giust. UE, 13 gennaio 2022, C-110/20, *Regione Puglia c. Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e altri*, par. 23.

¹³ Corte Giust. UE, 13 gennaio 2022, C-110/20, *Regione Puglia c. Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e altri*, par. 23; Corte Giust. UE, 15 luglio 2021, C-709/20, *CG c. The Department for Communities in Northern Ireland*, par. 54; Corte Giust. UE, 10 dicembre 2020, C-620/19, *Land Nordrhein-Westfalen c. D.-H.T.*, par. 31; Corte Giust. UE, 18 ottobre 1990, C-297/88 e C-197/89, *Massam Dzodzi c. Stato belga*, par. 34 e 35; Corte Giust. UE, 14 febbraio 2019, C-630/17, *Anica Milivojević c. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen*, par. 47; Corte Giust. UE, 6 marzo 2018, C-52/16 e C-113/16 «*SEGRO*» Kft. c. *Vas Megyei Kormányhivatal Sárospatai Járási Földhivatala e Günther Horváth c. Vas Megyei Kormányhivatal*, par. 42; Corte Giust. UE, 24 aprile 2012, C-571/10, *Servet Kamberaj c. Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES), Giunta della Provincia autonoma di Bolzano*, par. 40, "Occorre, in limine, rammentare che,

domanda pregiudiziale e la relativa rilevanza delle questioni da sottoporre alla CGUE costituiscono prerogative esclusive del giudice nazionale, titolare della competenza giurisdizionale. Secondo tale orientamento, la Corte di Giustizia è tenuta a decidere nelle ipotesi in cui le perplessità sollevate riguardino l'ermeneutica del diritto dell'Unione europea. Sicché, l'eventuale diniego della CGUE di statuire è ammissibile in presenza di manifesta incongruenza tra l'interpretazione richiesta del diritto UE con la realtà effettiva o con l'oggetto del procedimento principale, oppure nelle questioni di natura ipotetica o, ancora, qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una risposta utile alle domande sottoposte¹⁴.

secondo costante giurisprudenza, nell'ambito della cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali istituita dall'articolo 267 TFUE, spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi 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 conseguenza, allorché le questioni sollevate riguardano l'interpretazione del diritto dell'Unione, la Corte, in via di principio, è tenuta a statuire". Per quanto riguarda il rinvio pregiudiziale si noti l'art. 267 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, "La Corte di Giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale:

a) sull'interpretazione dei trattati;
b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione. Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile".

¹⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Anthony Michael Collins presentate il 7 dicembre 2023, C-547/22, INGSTEEL spol. s. r. o. c. Úrad pre verejné obstarávanie, in Curia.europa.eu, consultate il 13 dicembre 2023, par. 19; Corte Giust. UE, 15 luglio 2021, C- 709/20, CG c. The Department for Communities in Northern Ireland; Corte Giust. UE, 13 gennaio 2022, C-110/20, Regione Puglia c. Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e altri, par. 24, "Il diniego della Corte di statuire su una questione pregiudiziale proposta da un giudice

Secondo l'Avvocato generale, le questioni sollevate dal giudice *a quo* rispetto alla risarcibilità della perdita dell'opportunità di aggiudicarsi un contratto pubblico non sembrano essere di natura ipotetica¹⁵. Nello specifico, compete al giudice del rinvio determinare se, in conformità al diritto nazionale, l'impresa possa ottenere il risarcimento del danno derivante dalla *loss of opportunity*. La Corte dovrebbe, pertanto, respingere le eccezioni di irricevibilità delle questioni pregiudiziali.

2. L'INESISTENZA DI UNA AUTONOMA DEFINIZIONE DEL DANNO NELL'ORDINAMENTO EUROUNITARIO

Coesistono varie definizioni di danno nelle disposizioni degli Stati membri, dal momento che l'ordinamento eurounitario non fornisce una nozione autonoma dello stesso¹⁶. Tale fenomeno è la conseguenza della mancanza di una chiara definizione e valutazione del danno

nazionale è possibile solo quando appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non ha alcuna relazione con l'effettività 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 sottoposte”.

¹⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Anthony Michael Collins presentate il 7 dicembre 2023, C-547/22, *INGSTEEL spol. s. r. o. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, in *Curia.europa.eu*, consultate il 13 dicembre 2023, par. 20.

¹⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale Anthony Michael Collins presentate il 7 dicembre 2023, C-547/22, *INGSTEEL spol. s. r. o. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, in *Curia.europa.eu*, consultate il 13 dicembre 2023, par. 29, 31, 33, 34. Per Approfondire il risarcimento danni si v. C. VAN DAM, *European Tort Law*, II, Oxford, Oxford University Press, 2013; B. S. MARKESINIS, S. F. DEAKIN, *Tort Law*, IV, Oxford, Clarendon Press, 1999.

nella Direttiva 89/665¹⁷, la quale¹⁸ stabilisce l'istituzione da parte dell'ordinamento dell'Unione Europea di un sistema di armonizzazione minima¹⁹ dove gli Stati membri possono determinare la forma e la natura dei mezzi di ricorso disponibili per le controversie in materia di aggiudicazione di appalti pubblici²⁰. Suddetta interpretazione, proposta precedentemente dall'Avvocato generale nella causa *Combinatie Spijker Infrabouw - De*

¹⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale Anthony Michael Collins presentate il 7 dicembre 2023, in *Curia.europa.eu*, consultate il 13 dicembre 2023, par. 29, 31, 33, 34; art. 2, paragrafo 1, lettera c) della Direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, 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, come modificata dalla direttiva del Consiglio del 18 giugno 1992, 92/50/CEE. Si v. supra nota 6.

¹⁸ Preambolo e l'art. 1, paragrafo 1 e paragrafo 3, della Direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, 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, come modificata dalla direttiva del Consiglio del 18 giugno 1992, 92/50/CEE.

¹⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale Anthony Michael Collins presentate il 7 dicembre 2023, C-547/22, *INGSTEEL spol. s. r. o. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, in *Curia.europa.eu*, consultate il 13 dicembre 2023, par. 25 e 26. Per approfondire l'armonizzazione minima v. Corte giust. UE, 26 marzo 2020, C-496/18 e C-497/18, *Hungeod Közlekedésfejlesztési, Földmérési, Út- és Vasúttervezési Kft. (C-496/18)*, *Sixsense Soldata (C-496/18)*, *Budapesti Közlekedési Zrt. (C-496/18 e C-497/18)*, c. *Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság, nei confronti di: Közbeszerzési Hatóság Elnöke*, par. 73; Corte giust. UE, 21 ottobre 2010, C-570/08, *Symvoulia Apochetefseon Lefkosias contro Anatheoritiki Archi Prosforon*, par. 37. Per la dottrina *ex multis*, R. SCHÜTZE, *European Union Law*, III, Oxford, Oxford University Press, 2021, 820.

²⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Anthony Michael Collins presentate il 7 dicembre 2023, C-547/22, *INGSTEEL spol. s. r. o. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, in *Curia.europa.eu*, consultate il 13 dicembre 2023, par. 31.

Jonge Konstruktie e altri c. Provincie Drenthe²¹, evidenzia che la Direttiva ricorsi²² non specifica le condizioni in cui un'amministrazione aggiudicatrice può essere considerata responsabile per il risarcimento dei danni, né le modalità di calcolo del risarcimento²³.

La Direttiva 89/665 richiede di assicurare il principio di responsabilità dello Stato per i danni provocati ai soggetti dell'ordinamento a condizione che la norma giuridica dell'Unione violata sia concepita per conferire loro diritti e che tale violazione sia sufficientemente qualificata. Deve, inoltre, sussistere un nesso causale diretto tra la violazione in questione e il danno subito dai soggetti lesi²⁴. La non corretta attuazione delle norme dell'Unione europea

²¹ Conclusioni dell'Avvocato generale Pedro Cruz Villalón presentate il 14 settembre 2010, C-568/08, *Combinatie Spijker Infrabouw - De Jonge Konstruktie, Van Spijker Infrabouw BV, De Jonge Konstruktie BV c. Provincie Drenthe*, in eur-lex.europa.eu, consultate il 22 dicembre 2023, par. 106 e 107 “La direttiva 89/665 non fornisce alcun criterio nemmeno riguardo agli elementi che possono costituire la nozione di «danni»; pertanto tutto ciò che riguarda la loro portata deve essere considerato rientrante nell'ambito nazionale. Nondimeno, in determinate circostanze, la Corte ha stabilito obblighi specifici anche a tale proposito, soprattutto nell'ambito della concorrenza relativamente al risarcimento dei danni, ai fini della tutela degli interessi lesi da una violazione del diritto dell'Unione”.

²² Art. 2, paragrafo 1, lettera c) della Direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, 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, come modificata dalla direttiva del Consiglio del 18 giugno 1992, 92/50/CEE. Si v. *supra* nota 6.

²³ Conclusioni dell'Avvocato generale Anthony Michael Collins presentate il 7 dicembre 2023, C-547/22, *INGSTEEL spol. s. r. o. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, in Curia.europa.eu, consultate il 13 dicembre 2023, par. 30; C. giust. UE, 9 dicembre 2010, C-568/08, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie, Van Spijker Infrabouw BV, De Jonge Konstruktie BV c. Provincie Drenthe*, par. 86.

²⁴ Corte giust. UE, 24 marzo 2009, C-445/06, *Danske Slagterier c. Bundesrepublik Deutschland*, par. 19 e 20; Corte giust. Comunità europee, 5 marzo 1996, cause riunite n. 46 e 48 del 1993, *Brasserie du pêcheur SA c. Repubblica federale di Germania e The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factorame Ltd e altri*, par. 31 e 51; C. giust. Comunità europee, 19 novembre 1991, C-6/90 e C-/90, *Andrea Francovich c. Repubblica italiana e Danila Bonifaci e altri c. Repubblica italiana*, par. 35. Per quanto riguarda la dottrina v. R. CARANTA, *La responsabilità oggettiva dei pubblici poteri per violazioni del diritto comunitario*, in *Giur. It.*, 1992, VII; L. ANTONIOLI

o, al contrario, l'aver prestato esecuzione a disposizioni di diritto eurounitario illegittime per violazione di una fonte superiore da parte delle amministrazioni nazionali nei confronti dei cittadini, comporta la riparazione del danno secondo le norme e le modalità proprie del diritto nazionale²⁵.

DEFLORIAN, *Francovich e le frontiere del diritto europeo*, in *Giur. It.*, 1993, VI; M. CAFAGNO, M. CARTABIA, *Omissioni del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni (a proposito della sentenza Francovich della Corte di giustizia delle Comunità europee)*, in *GIC*, 1992, 505; G. PONZANELLI, *L'Europa e la responsabilità civile*, nota al caso Francovich, in *Foro It.*, 1992, IV, 150.

²⁵ Corte giust. Comunità europee, 22 gennaio 1976, C- 60/75, *Antonio Russo c. Azienda di Stato per gli interventi sul mercato agricolo (AIMA)* in *Foro It.*, 1976, IV, 204, con nota di richiami di A. TIZZANO, in ottemperanza a una legislazione comunitaria volta a sostenere i redditi agricoli e stabilizzare i prezzi, l'Azienda di Stato per gli Interventi sul Mercato Agricolo ha effettuato l'acquisto di notevoli quantità di grano duro dai mercati internazionali. Questa azione era parte di una strategia nazionale volta a controllare l'inflazione, con l'obiettivo di successivamente rivendere il grano a prezzi più bassi ai produttori di paste alimentari, ai quali era richiesto di mantenere stabilità nei prezzi. Di fronte a una situazione di concorrenza sleale derivante da tali azioni statali, il signor Russo, produttore di grano duro, si è trovato costretto a vendere il proprio prodotto a prezzi inferiori rispetto a quelli che avrebbe dovuto ricevere secondo le regole della concorrenza. Di conseguenza, ha avanzato una richiesta di risarcimento nei confronti dell'Azienda di Stato per gli Interventi sul Mercato Agricolo. Il giudice competente ha sollevato una questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 177 del TFUE, essenzialmente chiedendo se una politica come quella adottata dal governo italiano fosse compatibile con le normative comunitarie in materia di politica agricola. Nel caso in cui la risposta fosse negativa, si è interrogato se tali normative conferissero il diritto di non subire interferenze nel regolare funzionamento dei meccanismi di formazione dei prezzi previsti da tale politica, diritto che potrebbe essere immediatamente difeso contro l'amministrazione nazionale anche tramite azione risarcitoria. Per tutti, R. CARANTA, *La responsabilità oggettiva dei pubblici poteri per violazioni del diritto comunitario*, cit., 1173. Per quanto riguarda la responsabilità dello Stato membro, Nell'ipotesi "che il danno derivi dalla violazione di una norma di diritto comunitario da parte dello Stato, questo dovrà rispondere, nei confronti del soggetto leso, in conformità alle disposizioni interne relative alla responsabilità della pubblica amministrazione" (Corte giust. Comunità europee, 22 gennaio 1976, C- 60/75, *Antonio Russo c. Azienda di Stato per gli interventi sul mercato agricolo (AIMA)* in *Foro It.*, 1976, IV, 204, con nota di richiami di A. TIZZANO). Trattasi di un orientamento suscettibile di attuazione ogni volta che viene perpetrata una violazione di qualsiasi fonte del diritto UE, inclusi i Trattati, Regolamenti e, infine, di ogni Direttiva per la quale la violazione sia di un enunciato sufficientemente preciso e siano scaduti i termini per la ricezione della stessa. La trasgressione può derivare anche dall'emanazione di disposizioni in contrasto con una di tali fonti o, più semplicemente, dal mancato rispetto delle stesse nell'ambito dell'ordinaria attività

La CGUE non ha, però, cercato di stabilire criteri dettagliati per determinare l'esistenza di un danno e la sua valutazione in caso di violazioni delle norme in materia di aggiudicazione di appalti pubblici²⁶. Poiché sinora è ritenuto che competa all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro stabilire i criteri in base ai quali il danno, derivante dalla violazione del diritto dell'Unione nelle procedure che conducono all'aggiudicazione di appalti pubblici, debba essere risarcito²⁷. Ciononostante, la Corte di Giustizia impone di disapplicare le norme del diritto nazionale difformi al diritto eurounitario, assicurando, così, la correzione della violazione nella procedura di aggiudicazione di un appalto e valutando solo successivamente la responsabilità²⁸.

amministrativa, dunque, anche nella fase delle trattative. La natura dell'atto nazionale lesivo, che può essere di carattere legislativo, amministrativo o giudiziario, e che può essere di natura omissiva o commissiva, non è determinante; al contrario, è necessario che tale atto comporti una violazione di un obbligo Ue, con conseguente danno a un diritto individuale. Avvenuta tale valutazione, la responsabilità sorge indipendentemente dalla presenza di comportamenti colposi, trattandosi di una forma di responsabilità oggettiva. Dal punto di vista dell'imputabilità soggettiva, si può affermare che possono essere ritenuti responsabili tutti gli enti di uno Stato membro, oltre alle pubbliche amministrazioni²⁵ anche il legislatore o i giudici.

²⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale Anthony Michael Collins presentate il 7 dicembre 2023, C-547/22, *INGSTEEL spol. s. r. o. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, in *Curia.europa.eu*, consultate il 13 dicembre 2023, par. 33.

²⁷ C. giust. UE, 9 dicembre 2010, C-568/08, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie, Van Spijker Infrabouw BV, De Jonge Konstruktie BV c. Provincie Drenth*, par. 90, "In assenza di disposizioni dell'Unione in tale ambito, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i criteri sulla base dei quali il danno derivante da una violazione del diritto dell'Unione in materia di aggiudicazione di appalti pubblici deve essere accertato e valutato". Nelle loro osservazioni scritte e nelle difese orali, i governi degli Stati membri (Austria, Francia, Repubblica Ceca e Slovacchia) hanno condiviso tale orientamento Conclusioni dell'Avvocato generale Anthony Michael Collins presentate il 7 dicembre 2023, in *Curia.europa.eu*, consultate il 13 dicembre 2023, par. 21, 22, 29.

²⁸ Corte giust. Comunità europee, 22 giugno 1989, C-103/88, *Fratelli Costanzo Spa c. Comune di Milano*, par. 28 e 31. L'obbligo di applicare correttamente il diritto comunitario [oggi UE] per tutte le P.A., comprese quelle locali,

Anche la Commissione europea rileva che la Direttiva 89/665²⁹ opta per un sistema di armonizzazione minima, dal momento che non fornisce dettagli sulle condizioni necessarie per fornire ai soggetti lesi la possibilità di ottenere un risarcimento in forma specifica con la correzione della violazione o per equivalente con il risarcimento del danno. Gli Stati membri conservano, quindi, la facoltà di conferire al danneggiato un livello di tutela superiore rispetto a quanto stabilito nell'ordinamento sovranazionale³⁰. Spetta a ciascuno Stato membro determinare le modalità dei ricorsi volti a garantire la tutela dei diritti conferiti agli individui dal diritto dell'Unione Europea, purché tali modalità siano conformi ai principi di equivalenza ed effettività.

Nelle sue osservazioni scritte e orali, la Commissione ha richiamato alcune pronunce³¹ della Corte EFTA³², la quale aveva statuito che, sebbene le procedure di ricorso previste dalla

è stato sancito dalla Corte giust. Comunità europee, 22 giugno 1989; C-103/88, *Fratelli Costanzo SPA c. Comune di Milano*, in *Foro It.*, 4, 1991, 129 ss., con nota di A. Barone, e in *Foro Amm.*, 1990, 1367 ss., con nota di R. CARANTA, 1385, l'A. afferma che “la responsabilità risarcitoria dell'amministrazione deriverà direttamente dall'essere l'atto illegittimo, senza necessità di indagini sull'elemento soggettivo dell'illecito”.

²⁹ Art. 2, paragrafo 1, lettera c) della Direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, 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, come modificata dalla direttiva del Consiglio del 18 giugno 1992, 92/50/CEE. Si v. *supra* nota 6.

³⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Anthony Michael Collins presentate il 7 dicembre 2023, C-547/22, *INGSTEEL spol. s. r. o. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, in *Curia.europa.eu*, consultate il 13 dicembre 2023, par. 25.

³¹ Corte EFTA, 1° agosto 2019, E-7/18, *Fosen-Linjen c. AtB*; Corte EFTA, 31 ottobre 2017, E-16/16, *Fosen-Linjen c. AtB*.

³² La Corte EFTA svolge la funzione giudiziaria per le controversie relative all'attuazione, all'applicazione o all'interpretazione dell'accordo SEE all'interno del sistema EFTA, organizzazione intergovernativa istituita nel 1960 con lo scopo di promuovere il libero scambio e l'integrazione economica fra i suoi membri (Islanda, Liechtenstein, Norvegia e Svezia) non solo a livello europeo, ma globale. Ancora P. MARIANI, *La partecipazione esterna al mercato interno: ripensare ai modelli di cooperazione economica in Europa con Stati che non intendono*

Direttiva 89/665 debbano essere il più uniforme possibile per tutte le imprese nel mercato interno, non è obbligatorio che siano omogenee o identiche, poiché il diritto UE mira a un'armonizzazione minima³³ e, di conseguenza, 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 pubblici³⁴. La Corte EFTA ha, inoltre, osservato che il

aderire al progetto europeo, in *Eurojus*, 2022, IV, 77, l'A. afferma che "La Corte EFTA decide sui ricorsi per infrazione presentati dall'Autorità contro gli Stati EFTA e risolve le controversie tra gli Stati EFTA, esamina i ricorsi contro le decisioni dell'Autorità e fornisce pareri consultivi ai tribunali nazionali degli Stati EFTA sull'interpretazione delle norme SEE". Per approfondire la sua struttura, le sue funzione e le sua relazione con l'Unione europea si v. R. SPANÓ, *The EFTA Court and Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review*, 2017, III; C. BAUDENBACHER, *The Handbook of EEA Law*, Berlino, Springer, 2015; D. GALLO, *From Autonomy to full Deference in the Relationship between the EFTA Court and the ECJ: The Case of the International Exhaustion of the Rights Conferred by a Trademark*, in *European University institute. Robert Schuman centre for advanced studies*, 2010; H. H. FREDRIKSEN, *One Market, Two Courts: Legal Pluralism vs. Homogeneity in the European Economic Area*, in *Nordic Journal of International Law*, 2010; C. BAUDENBACHER, *If Not EEA State Liability, Then What? Reflections Ten Years after the EFTA Court's Sveinbjörnsdóttir Ruling*, in *Chicago Journal of International Law*, 2009, I; P. CHRISTIANSEN, *The Efta Court*, in *European Law Review*, 1997, 539 ss.; L. FUMAGALLI, *Spazio economico europeo e garanzie giurisdizionali: la corte EFTA (1° gennaio 1994 - 30 giugno 1995)*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1997, 487 ss.; C. BAUDENBACHER, *The Implementation of Decisions of the EC and the EFTA Court in Member's States Domestic Legal Orders*, in *Texas International Law Journal*, 2005, 383 ss.

³³ Conclusioni dell'Avvocato generale Anthony Michael Collins presentate il 7 dicembre 2023, C-547/22, *INGSTEEL spol. s. r. o. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, in *Curia.europa.eu*, consultate il 13 dicembre 2023, par 36; Corte EFTA, 1° agosto 2019, E-7/18, *Fosen-Linjen c. AtB*, par.109; Corte EFTA, 31 ottobre 2017, E-16/16, *Fosen-Linjen c. AtB*, par. 67.

³⁴ Corte EFTA, 31 ottobre 2017, E-16/16, *Fosen-Linjen c. AtB*, parr. 69 e 70, "In order to achieve this outcome, Article 1(1) of the Remedies Directive obliges the EEA States to take the measures necessary to ensure that contracting authorities' decisions may be reviewed effectively and as rapidly as possible. Article 2(1)(c) of the Remedies Directive states that the measures taken concerning such review procedures must include provision for powers to award damages to those harmed by an infringement of public procurement law. However, neither Articles 1(1), 2(1)(c) nor any other provisions of the Remedies Directive lay down any conditions for the award of damages as a remedy in the field of public procurement. Therefore, in the absence of EEA rules on this matter it is for the

risarcimento danni ha il triplice scopo di “*compensare le perdite subite, ripristinare la fiducia nell’efficacia del quadro giuridico applicabile e dissuadere le amministrazioni aggiudicatrici dall’agire illegalmente, migliorando così l’osservanza delle norme*”³⁵. L’ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro del SEE deve definire le proprie norme, comprese quelle che disciplinano il nesso di causalità e l’onere della prova³⁶.

3. LE ORIGINI E AFFERMAZIONE DELLA PERDITA DI OPPORTUNITÀ

La nozione di perdita di opportunità³⁷ è stata riconosciuta come parte del risarcimento del danno in particolare dalla fine del ventesimo secolo, in parallelo all’emergere delle cc.dd. teorie del rischio nelle scienze sociali, che hanno contribuito notevolmente alla configurazione e sviluppo di varie ipotesi di danno³⁸. La perdita di *chance*

legal order of each EEA State, in principle, to determine the criteria on the basis of which harm caused by an infringement of EEA law on the award of public contracts must be assessed. The national rules laying down these conditions must nevertheless comply with the principles of equivalence and effectiveness”. CFR. C. giust. UE, 9 dicembre 2010, C-568/08, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie, Van Spijker Infrabouw BV, De Jonge Konstruktie BV c. Provincie Drenth*, par. 90 (v. nota *supra* 26).

³⁵ Corte EFTA, 31 ottobre 2017, E-16/16, *Fosen-Linjen c. AtB.*, par. 76, Cfr. *Relazione speciale 28/2023: Appalti pubblici nell’UE - Meno concorrenza per i contratti di lavori, beni e servizi aggiudicati nel periodo 2011-2021*.

³⁶ Corte EFTA, 31 ottobre 2017, E-16/16, *Fosen-Linjen c. AtB*, parr. 89 e 108.

³⁷ Si v. nota *supra* 6.

³⁸ C. DE FERRA, *De Finetti, la rivoluzione della probabilità*, in *Intervento al Solvency II: Challenging Issues for Insurance Industry – Banca Intesa Milano*, 23 novembre 2005, 185 ss.; G. MAJONE, *Foundations of Risk Regulation: Science, Decision-Making, Policy Learning and Institutional Reform*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2010, I, 5 ss. Si riporta la definizione del Professore Cerchiara “*La Teoria del Rischio può essere definita come la disciplina delle scienze attuariali che, superando le eccessive semplificazioni dei modelli matematici non probabilistici, studia*

si distingue da altre componenti del danno risarcibile, poiché riguarda un beneficio probabile e futuro e non è, pertanto, associata a guadagni certi, bensì a opportunità di guadagno intrinsecamente reali. Tali possibilità non possono essere puramente ipotetiche, ma devono presentare un'elevata probabilità di trasformarsi in un vantaggio patrimoniale effettivo. L'elemento probabilistico caratterizza la perdita di opportunità, distinguendola dal lucro cessante³⁹, ma allo stesso tempo può generare un considerevole livello di incertezza giuridica.

Perciò, la perdita di opportunità non ha inizialmente trovato spazio negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, né in quelli di Stati terzi quali i Paesi con una tradizione giuridica di *common law* o quelli soggetti all'influenza della tradizione giuridica europea continentale, come i paesi dell'America latina⁴⁰. L'avvento delle teorie del rischio, che consentono la quantificazione del grado di probabilità di eventi futuri in specifici contesti fattuali, ha permesso al potere giudiziario, così come quello legislativo, di trasformare - per ciò che qui interessa - la mera probabilità di una perdita di *chance* in una componente del patrimonio attuale di una persona fisica o giuridica⁴¹. Sicché, la possibilità di un futuro guadagno deve essere ritenuta una componente integrante del danno risarcibile, qualora sia dimostrabile e quantificabile con precisione mediante, ad esempio, una percentuale⁴².

gli scostamenti dei risultati di una compagnia rispetto ai valori attesi, esaminando e proponendo al decisore le strategie per la gestione del rischio più propriamente assicurativo”.

³⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale Pedro Cruz Villalón presentate il 20 marzo 2014, C-611/12 P, Jean François Giordano c. Commissione europea, consultate il 10 gennaio 2024, par. 43.

⁴⁰ L. MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, 127 ss.

⁴¹ L. LOEVINGER, *Jurimetrics: Science and Prediction in the Field of Law*, in *Minnesota Law Review*, 1961-1962, XLVI, 269 ss.

⁴² Conclusioni dell'Avvocato generale Pedro Cruz Villalón presentate il 20 marzo 2014, C-611/12 P, Jean François Giordano c. Commissione europea, in *eur-lex.europa.eu*, consultate il 10 gennaio 2024, par. 45.

Si ritiene che la perdita di opportunità abbia trovato la sua prima applicazione nella responsabilità medica⁴³, ove il decesso di un paziente conseguente alla mancata diagnosi da parte del personale medico di una malattia (alla quale secondo le statistiche ufficiali corrisponde l'80% di probabilità di sopravvivenza) ha comportato la risarcibilità del danno. Ipotesi di questo genere, caratterizzate dalla convergenza di un elemento probabilistico tecnicamente accertabile con un esito pregiudizievole, hanno permesso il riconoscimento della risarcibilità della perdita di *chance*. Secondo altri, la responsabilità civile segue principalmente la regola del "tutto o niente", per cui il risarcimento è "completo", ma il suo ottenimento è subordinato alla dimostrazione di una soglia percentuale di probabilità - solitamente il 51% - che la condotta del danneggiante abbia causato il danno⁴⁴. Tale orientamento, di origine anglosassone⁴⁵, fonda le sue radici nella necessità di stabilire un limite netto per garantire la certezza del diritto e trova applicazione sia nella normativa

⁴³ *The Nevada Supreme Court in Perez v. Las Vegas Medical Center*, 107 Nev. 1, n. 19905, 1991; M. L. TRUCKOR, *The Loss of Chance Doctrine: Legal Recovery for Patients on the Edge of Survival*, in *University of Dayton Law Review*, 1999, XXIV, 358, "Rather than determine whether the patient's physical injury was caused by the physician's negligence, courts adopting the pure loss of chance doctrine examine whether the physician was probably responsible for the patient's lost chance for survival. This lost chance then becomes the injury for which damages are sought, rather than the actual physical injury or death the patient suffered. Because pure loss of chance recognizes a lost chance of recovery, however small, as the compensable interest, traditional rules for proving causation are preserved: the plaintiff must prove that the physician was the cause in fact of the patient's injury or lost chance of recovery. The Nevada Supreme Court in *Perez v. Las Vegas Medical Center* applied pure loss of chance to a case involving a prisoner who died of a massive brain hemorrhage after physicians made no attempt to diagnose his persistent headaches"; D. A. FISCHER, *Tort Recovery for Loss of a Chance*, in *Wake Forest Law Review*, 2001 XXXVI, 608 ss.

⁴⁴ G. CRICENTI, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, Torino, Giappichelli, 2019. Per approfondire l'origine negli U.S.A. si v. M. L. TRUCKOR, *The Loss of Chance Doctrine: Legal Recovery for Patients on the Edge of Survival*, in *University of Dayton Law Review*, 1999, XXIV, 354, *Cooper v. Sister of Charity of Cincinnati, Inc.*

⁴⁵ B. S. MARKESINIS, S. F. DEAKIN, *Tort Law*, cit., 200; *Chaplin v. Hicks* [1911] 2 KB 786, 792, 796.

tedesca sull'illecito civile⁴⁶, sia in Svizzera, dove l'influenza francese ha permesso il suo riconoscimento da parte dell'Obergericht Zürich nella responsabilità medica⁴⁷.

Tuttavia, è innegabile che tale procedimento logico, fondato sulla *preponderance of evidence*⁴⁸, lascia più di una frustrazione al giudice. È inesatto affermare che una probabilità, oscillante tra il 40% e il 60% equivalga a una certezza assoluta e allo stesso modo è ancora più erroneo subordinare l'ottenimento del risarcimento nel momento in cui sussista il 51% di probabilità che la condotta del danneggiante abbia causato il danno e, invece, negarlo quando risulta probabile che il danneggiante abbia causato il danno solo al 49%. Concedere l'intero risarcimento nel momento in cui viene raggiunta una probabilità del 51% significa sovra-indennizzare la vittima e nell'ipotesi contraria non fornirle una tutela effettiva⁴⁹. Tuttavia, il ricorso al limite del 50% più 1 è particolarmente necessario in alcune tipologie di danni, come quelli sanitari o ambientali, caratterizzati da una conoscenza parziale dei processi causali⁵⁰.

Per quanto riguarda gli Stati membri dell'Unione Europea, il risarcimento da perdita di *chances* si rinviene nel diritto civile francese⁵¹, ove le richieste di risarcimento danni da

⁴⁶ H. FLEISCHER, *Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht*, cit., 768, l'onere della prova è alleggerito.

⁴⁷ Cass. civ. Ière, 31. 5. 1960, J. C. P. 1961, II, 11914; Cass. civ. Ière, 14. 12. 1965, J. C. P. 1966, II, 14753; Cass. civ. Ière, 17. 11. 1970, Bull. civ. I, n. 301, S. 247.

⁴⁸ Per approfondire si v. L. VIOLA, *Il danno da perdita di chances nel diritto amministrativo*, cit.

⁴⁹ L. VIOLA, *Il danno da perdita di chances nel diritto amministrativo*, cit. 574 ss.

⁵⁰ G. CRICENTI, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, Torino, Giappichelli, 2019.

⁵¹ F. CHABAS, *La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 1996, 227; si trovano sentenze riguardanti la *perte d'une chance* già a fine XIX secolo cfr. Cass Req, 17 luglio 1889, S 1891 I S. 399. Cfr. ordinamento italiano nota 56.

*perte d'une chance*⁵² possono avere sia natura contrattuale⁵³ sia extracontrattuale⁵⁴. Si diffonde successivamente nei paesi anglosassoni, in Germania⁵⁵ e in Italia⁵⁶, ove si è riconosciuta la risarcibilità della “*perdita della possibilità di conseguire un risultato utile, possibilità esistente nei loro patrimoni al momento in cui hanno subito il comportamento illecito dell'azienda e la lesione del diritto*”⁵⁷. La Cassazione⁵⁸ considera la perdita di opportunità non come una semplice aspettativa, ma come una possibilità concreta e effettiva

⁵² Cass. civ., 4 marzo 1980, Bull Civ I n. 72; Cass. civ., 7 giugno 1934, Gaz Pal 1934, 2, 821.

⁵³ art. 1147 *code civil*.

⁵⁴ Art 1382 *code civil*. Gli elementi dell'illecito contrattuale di cui agli artt. 1382 e 1383 *code civil* sono *faute*, *dommage* (danno effettivo) e *lien de causalité*.

⁵⁵ H. FLEISCHER, *Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht*, in *Juristen Zeitung*, 1999, XV-XVI, 7770 ss., il §126 concede alle imprese di richiedere il risarcimento danni da perdita di opportunità in caso di violazione delle norme sugli appalti a condizione che siano state private di una reale possibilità (*echte Chance*) di aggiudicarsi tale contratto pubblico.

⁵⁶ L. VIOLA, *Il danno da perdita di chances nel diritto amministrativo*, in *Foro Amministrativo (II)*, 2020, III, 574 ss.

⁵⁷ Cass. civ., sez. lav., 19 novembre 1983, n. 6906, in *Giur. comm.*, 1983, II, 85; Per la dottrina v. V. ANTONELLI, *La tutela della chance ovvero alla ricerca del bene sperato*, in *La giuridificazione*, a cura di B. MARCHETTI, M. RENNA, Firenze, Firenze University press, 2016, 74. Sul tema si consiglia, Cass. civ., 19 dicembre 1985, n. 6506, in *Foro it.*, 1986, I, 383 e in *Leggi d'Italia*, “*Ai fini della dimostrazione del verificarsi di un danno certo, consistente nella perdita della possibilità di conseguire un risultato utile, è sufficiente che il danneggiato provi che la possibilità sia superiore al cinquanta per cento (nella specie: l'ente convenuto aveva impedito al lavoratore, che aveva superato la prova scritta di un concorso, di presentarsi a quella orale, privandolo della possibilità di ottenere un posto più remunerativo)*”.

⁵⁸ Cass. civ., sez. lav., 25 agosto 2014, n. 18207, nel caso specifico, la Corte Suprema ha annullato la sentenza d'appello in cui, nel calcolare il danno derivante da un atto di avviamento al lavoro illegittimo, erano stati esclusi esplicitamente i salari che il lavoratore avrebbe percepito se avesse effettivamente beneficiato di tale atto illegittimo.

di conseguire un determinato vantaggio e, quindi, come un bene patrimoniale distinto, suscettibile di valutazione autonoma tanto dal punto di vista giuridico quanto economico.

Trattasi del venir meno di un'opportunità favorevole oppure della perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale di raggiungere un risultato desiderato o evitarne uno indesiderato⁵⁹. Altri distinguono tra *chance* al singolare, che assume un significato simile ad alea o rischio, e *chances* al plurale, coincidente con la probabilità con cui un evento possa verificarsi⁶⁰. Gli orientamenti testé riportati, caratterizzati da un approccio praticamente opposto e simmetrico, hanno delineato diverse tesi: il primo orientamento noto come tesi eziologica o della “falsa chance”⁶¹, considera la perdita di opportunità come un “bene astratto” e futuro, ossia un bene che il danneggiato avrebbe verosimilmente ottenuto in assenza del comportamento illecito altrui e, pertanto, un'opportunità persa. In questo modo, la *chance* diventa una *species* del *genus* lucro cessante piuttosto che del danno emergente⁶².

La tesi “ontologica” o della “vera chance” identifica, invece, la *chance* come un bene preesistente nel patrimonio del danneggiato, da risarcire come un danno attuale e

⁵⁹ “Il danno da perdita di chance come la perdita di un'occasione favorevole o, il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale che consiste — in termini fenomenologici — nel venir meno per l'appunto di una ragionevole probabilità di raggiungere un risultato auspicato o di evitarne uno non desiderato”. Così V. NERI, *La chance nel diritto amministrativo: una timida proposta*, in *Urb. E App.*, 2018, 293, L'A. richiama le due definizioni di C. M. BIANCA, *Diritto civile — vol. V: La responsabilità*, II, Milano, Giuffrè, Milano, 2012, 179 e S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Europa e dir. privato*, 2010, 49.

⁶⁰ G. CRICENTI, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, Torino, Giappichelli, 2019.

⁶¹ F. CHABAS, *La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile*, in *Resp. Civ. e prev.*, 1996, 227.

⁶² V. NERI, *La chance nel diritto amministrativo: una timida proposta*, in *Urb. e App.*, 2018, 296, il Consigliere di Stato afferma che si configurerebbe come un mezzo per dimostrare in modo meno rigoroso, ove sia particolarmente difficile fornire la prova, il nesso intercorrente tra la condotta illecita e l'evento. Per quanto riguarda la giurisprudenza Cass. civ., sez. lav., 8 novembre 2003, n. 16792; Cass. civ., sez. II, 18 marzo 2003, n. 3999.

distinto dal bene finale che l'interessato mira a ottenere o mantenere⁶³. Secondo tale orientamento, si configura un danno attuale e emergente, che obbliga il soggetto leso a dimostrare la lesione della *chance* “nella sua effettiva consistenza e nella sua derivazione causale dal comportamento del danneggiante”, anziché la probabilità del danno finale⁶⁴.

Si è proposto in diritto amministrativo una “terza posizione mediana”, la quale riconosce la risarcibilità della perdita di opportunità in presenza di una reale probabilità di successo, anche se non necessariamente vicina alla certezza, ma valutata in termini di probabilità logica (più probabile che non) che il ricorrente avesse una seria possibilità di raggiungere il bene della vita desiderato⁶⁵. Attraverso la teoria del “terzo orientamento intermedio” si afferma, invece, l'autonomia della perdita di opportunità, considerata come un bene giuridico a sé stante e facente parte del patrimonio del danneggiato (tesi ontologica), ma risarcibile solamente al conseguimento di una probabilità di aggiudicazione del contratto pubblico superiore al 50%⁶⁶.

⁶³ L. VIOLA, *Il danno da perdita di chances nel diritto amministrativo*, cit. 574 ss.; F. CHABAS, *La perdita di Chance nel diritto francese della responsabilità civile*, cit., 227 ss.

⁶⁴ V. NERI, *La chance nel diritto amministrativo: una timida proposta*, cit., 296.

⁶⁵ S. INGEGNATTI, *Risarcibilità del danno da perdita di chance nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2015, XI, 2508.

⁶⁶ L. GIAGNONI, *Il risarcimento del danno da perdita di chance in caso di selezione competitiva non svolta approda, senza successo, all'adunanza plenaria*, in *Urb. e App.*, 2018, 368.

Nei contratti pubblici⁶⁷, la peculiarità del danno risiede nella violazione degli obblighi di correttezza nella selezione del contraente⁶⁸. L'adozione della Direttiva 2007/66⁶⁹ nell'ordinamento italiano non fornisce indicazioni specifiche sulla quantificazione del danno, lasciando la risoluzione della questione alla legislazione e alla magistratura nazionale. Una volta che la pubblica amministrazione ha acquisito le offerte delle imprese, l'avvio della procedura *standard* per la selezione del contraente consente di prevedere l'esito corretto della trattativa, almeno nei casi in cui il criterio di aggiudicazione sia il prezzo più basso o quando

⁶⁷ Per quanto riguarda la responsabilità precontrattuale v. G. M. RACCA, *L'evoluzione del principio di buona fede nella trasformazione digitale dei contratti pubblici*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2022, II, 201-226; EAD., *La responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Dir. Amm.*, 2022, II, 601-639; EAD., S. PONZIO, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, 1963 - 1977; EAD., *Le responsabilità delle pubbliche amministrazioni nella fase che precede la stipulazione del contratto pubblico*, in *Scritti in onore di Giuseppe Palma*, III, Torino, Giappichelli, 2011, 2639-2715; EAD., *Voce Correttezza (diritto amministrativo)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, vol. II, Milano, Giuffrè editore, 2006, 1529-1536; EAD., *Sindacato sulla decisione di non procedere all'aggiudicazione di un appalto pubblico (recesso dalle trattative) e responsabilità precontrattuale*, nota a C. Giust. UE, sez. VI, 18 giugno 2002, C-9/2000, *Hospital Ingenieure Krankenhaus-Planungs- Gesellschaft mbH (HI) c. Stadt Wien*, in *Foro amm.*, 2002, IX; EAD., *Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della P.A.*, in *Urbanistica e Appalti*, 2002, II; EAD., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, I, Napoli, Jovene, 2000; EAD., *Il danno risarcibile*, in *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, I, Napoli, Jovene, 2000; EAD., *La quantificazione del danno subito dai partecipanti alle procedure selettive per l'affidamento di appalti pubblici*, in *Atti del 43° Convegno di studi amministrativi, "Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi"*, Varenna, Villa Monastero 18 – 20 settembre 1997, Giuffrè editore, Milano, 1998, e in *Diritto amministrativo*, 1998, 156-166; P. G. MONATERI, *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*, Torino, Utet, 1998.

⁶⁸ G. M. RACCA, *Le responsabilità delle pubbliche amministrazioni nella fase che precede la stipulazione del contratto pubblico*, cit., 40.

⁶⁹ Direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici.

gli elementi dell'offerta economicamente più vantaggiosa siano valutabili in base a coefficienti matematici⁷⁰. Il danno che il concorrente può subire nella fase precedente la stipula del contratto coincide con l'interesse negativo⁷¹, comprendente il lucro cessante, ossia il guadagno che avrebbe potuto ottenere con la conclusione di quel contratto o con l'aggiudicazione di un altro appalto, nonché il danno emergente, coincidente con le spese inutilmente sostenute⁷². In tali ipotesi, l'interesse negativo può coincidere quantitativamente

⁷⁰ D.p.c.m. 27 febbraio 1997, n. 116.

⁷¹ Per approfondire si v. Cons. St., sez. V Sent., 23 febbraio 2015, n. 857; Cons. Stato, sez. IV, 20 febbraio 2014, n. 790; Cons. St., sez. VI, 1° febbraio 2013, n. 633; Cons. St., sez. VI, 5 settembre 2011, n. 5002; Cons. St., sez. IV, 7 luglio 2008, n. 3380. Tuttavia, la risarcibilità dell'interesse positivo mancato o della mancata opportunità di conseguirlo è stata affermata in alcune pronunce giurisprudenziali. Per approfondire si v. Cons. St., sez. V, 15 febbraio 2016, n. 625; Cons. St., sez. IV, 12 febbraio 2014, n. 674; Cons. St., sez. IV, 20 febbraio 2014, n. 786; Cons. St. sez. VI, 03 settembre 2013, n. 4392; Cons. St., sez. III, 25 giugno 2013, n. 3437; Cons. St., sez. V, 7 giugno 2013, n. 3135; Cons. St., sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686; Cons. St., sez. VI, 15 ottobre 2012, n. 5279; Cons. St., sez. VI Sent., 16 settembre 2011, n. 5168. Cfr. P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, III, Milano, Giuffrè, 2021, 275- 279, l'A. afferma che “*sei si considera che di regola (anche se non sempre e necessariamente) l'interesse positivo è maggiore, e più facile da provare, dell'interesse negativo, commisurare il risarcimento all'interesse positivo nel caso di violazioni anteriori all'aggiudicazione e all'interesse negativo nel caso di violazioni successive, implicherebbe che la posizione di chi ha ottenuto l'aggiudicazione sia più debole di quella di chi non l'ha ottenuta, ma ne aveva solo la speranza: il che è paradossale. [...] Dimostrazione esemplare di come l'argomentazione deduttiva da concetti arbitrariamente presupposti, senza riguardo alla sostanza degli interessi gioco, porti a risultati assurdi [...] attribuendo all'aggiudicazione gli effetti di un impegno a stipulare, nonostante che per legge essa sia un antecedente della stipulazione, che potrebbe tuttavia legittimamente non seguire. [...] In realtà, attribuire alla controparte privata il profitto di un contratto non solo non eseguito, ma neppure stipulato, non è altro che un premio ingiustificato*”.

⁷² Negli appalti pubblici la disciplina è peculiare, poiché si può dimostrare talora la perdita del contratto di gara (ad esempio se si annulla la validità per anomalia dell'offerta) oppure perdita di altre opportunità. Per la dottrina si v. G. M. RACCA, *Le responsabilità delle pubbliche amministrazioni nella fase che precede la stipulazione del contratto pubblico*, cit., 41. Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7, il danno da perdita di chance è risarcito nel limite dell'interesse negativo, il quale comprende danno emergente e lucro cessante. Tale esame assume la natura di un giudizio di verosimiglianza, più precisamente di probabilità, nel quale è necessario valutare se il vantaggio futuro e

con l'interesse positivo⁷³. Quanto prospettato non comporta sempre il diritto ad ottenere la conclusione del contratto, piuttosto rende risarcibili i danni subiti dal contraente in ragione della condotta scorretta tenuta dell'ente pubblico. Infatti, a rendere risarcibile il danno è la frustrazione dell'affidamento legittimo, riposto nel corretto svolgimento del rapporto. Tale danno corrisponde all'interesse negativo (*id quod interest contractus initum non fuisset*) e trova conferma nell'ordinamento eurounitario, dove nelle ipotesi di violazioni del norme in materia di contratti pubblici si prevede la possibilità di richiedere il risarcimento danni in relazione ai costi di presentazione di un'offerta o di partecipazione a una procedura di aggiudicazione da parte di coloro che avevano una probabilità concreta di aggiudicarsi l'appalto, opportunità compromessa a seguito di tale violazione⁷⁴.

La presentazione dell'offerta più vantaggiosa permette di conoscere, preventivamente alla stipulazione del contratto, tanto la volontà dell'ente pubblico di concludere l'atto negoziale quanto il soggetto aggiudicatario⁷⁵. L'amministrazione ha,

solo prevedibile si sarebbe concretizzato con un grado di probabilità ragionevole in assenza dell'intervento del fatto ingiusto altrui; Cass., sez. I, 30 agosto 1995, n. 9157, in *Arch. civ.*, 1996, 189.

⁷³ *Ibidem*, l'A. afferma che "Anche nel caso in cui l'ammontare del risarcimento giungesse a corrispondere - nella quantificazione - all'interesse positivo, non sarebbe risarcito il diritto al contratto o all'atto, ma sempre le conseguenze della scorrettezza del comportamento".

⁷⁴ Art. 2, comma VII, Direttiva 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, "possibilità concreta di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, possibilità che, in seguito a tale violazione, è stata compromessa". Cfr. P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, op. cit., 280; A. ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. Amm.*, 1997, 50 ss.

⁷⁵ G. M. RACCA, *Le responsabilità delle pubbliche amministrazioni nella fase che precede la stipulazione del contratto pubblico*, cit., 41.

tuttavia, la possibilità di non stipulare il contratto per sopravvenuti motivi di interesse pubblico e tale decisione non costituisce una condotta scorretta, poiché si tratta di un recesso dalle trattative, che, se effettuato correttamente, può escludere l'obbligo di risarcire il danno⁷⁶.

Le trattative tra privati non permettono sempre di prevedere l'esito⁷⁷ delle negoziazioni e la determinazione del danno deriva dalla prova della perdita della possibilità di stipulare lo stesso contratto o un contratto diverso con altri soggetti⁷⁸. Nelle ipotesi di trattative con le pubbliche amministrazioni, invece, la disciplina definita nel bando di gara, consente al soggetto privato di contestare, in sede del risarcimento del danno, la perdita dell'opportunità di ottenere il contratto oggetto della gara (o di un altro contratto pubblico) e di richiedere la quantificazione del danno in relazione alla mancata stipula⁷⁹. Il risarcimento concerne la condotta scorretta dell'ente pubblico, la quale pregiudica l'affidamento legittimo del cittadino. La prova da parte del soggetto leso della possibilità di aggiudicarsi il contratto

⁷⁶ Cfr. Art. 1373 c.c. *“Se a una delle parti è attribuita la facoltà di recedere dal contratto, tale facoltà può essere esercitata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, tale facoltà può essere esercitata anche successivamente, ma il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione. Qualora sia stata stipulata la prestazione di un corrispettivo per il recesso, questo ha effetto quando la prestazione è eseguita. È salvo in ogni caso il patto contrario”* e Art. 1386 c.c. *“Se nel contratto è stipulato il diritto di recesso per una o per entrambe le parti, la caparra ha la sola funzione di corrispettivo del recesso. In questo caso, il recedente perde la caparra data o deve restituire il doppio di quella che ha ricevuta”*.

⁷⁷ Corte App. Firenze, 20 febbraio 1996, in *Toscana giur.*, 1996, 315.

⁷⁸ F. D. BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi: dal “muro di sbarramento” alla “rete di contenimento”*, in *Danno e responsabilità*, 1997, 269; *ID.*, *Perdita di chance e risarcimento del danno*, in *Foro it.* 1965, IV, 50.

⁷⁹ Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1667; G. M. RACCA, *Le responsabilità delle pubbliche amministrazioni nella fase che precede la stipulazione del contratto pubblico*, cit., 43.

è rilevante solo ai fini della quantificazione del danno⁸⁰. Il “criterio probabilistico” opera in tutte le ipotesi in cui il valore della posizione negata o sottratta non può essere quantificata con certezza, soprattutto dove alla pubblica amministrazione sia riservato un ambito di apprezzamento discrezionale⁸¹.

In situazioni in cui non è possibile conoscere l’esito della gara a seguito dell’esclusione nella fase di preselezione, o quando la scorrettezza ha compromesso la partecipazione al bando a causa di specifiche disposizioni tecniche, economiche o finanziarie, o ancora nell’ipotesi in cui si contesta la legittimità del criterio di aggiudicazione in violazione delle norme sulla concorrenza, è necessario valutare il danno precontrattuale⁸². La presentazione di un’offerta è considerata parte integrante delle trattative con l’amministrazione aggiudicatrice, e, pertanto, anche nella fase iniziale della gara, la sfera giuridica dei potenziali contraenti è protetta⁸³. L’amministrazione deve agire in modo corretto e non favorire determinati concorrenti introducendo “*specifiche a carattere discriminatorio*”⁸⁴ nei documenti di gara, nei capitolati d’oneri o in qualsiasi altro documento collegato alla

⁸⁰ Cons. Stato, 22 marzo 2007, n. 1377; G. M. RACCA, *Le responsabilità delle pubbliche amministrazioni nella fase che precede la stipulazione del contratto pubblico*, cit., 43.

⁸¹ P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, op. cit., 281, al contrario se il provvedimento dell’ente pubblico è vincolato il risarcimento “spetta”, dal momento che il metodo di valutazione è vincolato dalle norme e comporta risultati “*univocamente determinati e identificabili in base agli atti del procedimento*”.

⁸² G. M. RACCA, *Le responsabilità delle pubbliche amministrazioni nella fase che precede la stipulazione del contratto pubblico*, cit., 44.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ G. M. RACCA, *Le responsabilità delle pubbliche amministrazioni nella fase che precede la stipulazione del contratto pubblico*, cit., 44.

procedura di aggiudicazione dell'appalto⁸⁵. Nelle ipotesi, in cui non è possibile ricostruire l'esito della gara, il danneggiato può richiedere un importo corrispondente ai costi sostenuti per la preparazione dell'offerta o per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione⁸⁶, ossia la componente del danno emergente dell'interesse negativo. Per ottenere tale risarcimento, è sufficiente dimostrare la violazione delle norme dell'Unione europea o nazionali in materia di appalti⁸⁷ e provare che ci fosse la concreta possibilità di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, opportunità compromessa a seguito di tale violazione⁸⁸.

⁸⁵ Art. 2 comma I, lett. b, *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*, "documenti di gara, nei capitolati d'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto".

⁸⁶ Art. 2 comma VII, *Direttiva 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni*, "costi di preparazione di un'offerta o di partecipazione a una procedura di aggiudicazione". S. ARROWSMITH, *Remedies for enforcing public procurement rules*, Aerystwyth, 1993, 73, n. 228, l'A. sottolinea che i costi di preparazione di un'offerta nella proposta della Commissione erano quantificati nell'1% del valore del contratto.

⁸⁷ Art. 2, comma VII, *Direttiva 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni*, "violazione del diritto comunitario in materia di appalti o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto".

⁸⁸ Art. 2, comma VII, *Direttiva 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni*, "possibilità concreta di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, possibilità che, in seguito a tale violazione, è stata compromessa". Cfr. A. ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. Amm.*, 1997, 50 ss.

Le disposizioni⁸⁹, identificate per quantificare i danni causati dalle pubbliche amministrazioni in caso di inadempimento e recesso da contratti conclusi, hanno fornito il punto di partenza per identificare parametri utili a determinare il danno subito anche nelle trattative o in rapporti giuridici che abbiano leso le parti⁹⁰. Nello specifico, il giudice amministrativo è incaricato di stabilire i “criteri”⁹¹ per determinare l’importo da offrire al soggetto leso dalla violazione delle norme sulle procedure selettive o per comportamenti scorretti nei rapporti giuridici instaurati con soggetti privati⁹². La norma - ormai abrogata - concernente la facoltà per l’amministrazione di risolvere il contratto in qualsiasi momento

⁸⁹ Art. 345, l. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F.

⁹⁰ A. PIAZZA, *Risarcimento del danno in materia di appalti pubblici (art. 13 legge n. 142/1992) e tutela cautelare avanti al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 38.

⁹¹ Art. 35, comma II, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, “*Nei casi previsti dal comma 1, il giudice amministrativo può stabilire i criteri in base ai quali l’amministrazione pubblica o il gestore del pubblico servizio devono proporre a favore dell’avente titolo il pagamento di una somma entro un congruo termine. Se le parti non giungono a un accordo, col ricorso previsto dall’articolo 27, primo comma, n. 4, del testo unico approvato col regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, può essere chiesta la determinazione della somma dovuta*”. Si veda: TAR Lombardia Milano, sez. III, 9 marzo 2000, n. 1869, ove in applicazione dell’art. 35, comma II, d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80, in relazione all’annullamento di una gara di appalto per l’affidamento dei servizi di trasporti di malati, assegna all’Azienda appaltatrice “*il termine di giorni 90 per la proposizione alla ricorrente di un’offerta di risarcimento del danno da ragguagliarsi esclusivamente al parametro della responsabilità precontrattuale di cui all’art. 1337 cod. civ.*”. *A tal fine dovranno essere considerati: “1) tutti i danni riconoscibili nei limiti del cosiddetto interesse negativo e, cioè, di quello che la ricorrente aveva a che la suindicata procedura ad evidenza pubblica non avesse inizio, consistenti sia nelle spese inutilmente effettuate in vista dell’aggiudicazione sia nell’eventuale perdita, adeguatamente documentata, di ulteriori occasioni contrattuali della stessa natura; 2) gli interessi e la rivalutazione della relativa somma a decorrere dalla data di invito della ricorrente alla gara, in quanto, dando luogo la violazione dei doveri di cui agli art. 1337 e 1338 cod. civ. a responsabilità extracontrattuale, il conseguente debito deve ritenersi di valore e non di valuta, comporta la maturazione di interessi dal fatto illecito e non solo dalla domanda, ed è sottratto, in linea di principio, quanto al riconoscimento della rivalutazione monetaria, alla regola posta dall’art. 1224, 2° comma, cod. civ.”.*

⁹² Cfr. R. GAROFOLI, *Il risarcimento del danno in forma specifica e per equivalente*, cit., 667 ss.

(pagando i lavori eseguiti e il valore dei materiali utili presenti in cantiere, oltre a un decimo dell'importo delle opere non realizzate) è considerata come punto di riferimento per la quantificazione del danno precontrattuale⁹³. In linea con tale disposizione, il vigente Codice dei contratti pubblici⁹⁴ stabilisce il diritto di recesso della stazione appaltante dal contratto in qualsiasi momento⁹⁵, ma in caso di mancato guadagno dovuto al mancato completamento dell'opera, è previsto il pagamento del *“decimo dell'importo delle opere non realizzate”*⁹⁶. Nonostante tale norma sia rivolta alla fase di esecuzione dell'appalto, sembra indicare il limite massimo del risarcimento che può essere ottenuto anche da parte di un concorrente che, durante la fase di selezione, è stato scorrettamente privato dell'aggiudicazione e non ha

⁹³ Art. 345, l. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F.

⁹⁴ D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, *Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici*.

⁹⁵ G. M. RACCA, *Le responsabilità delle pubbliche amministrazioni nella fase che precede la stipulazione del contratto pubblico*, cit., 46.

⁹⁶ Art. 123, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, *Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici*, “Fermo restando quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-ter e 92, comma 4, del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, la stazione appaltante può recedere dal contratto in qualunque momento purché tenga indenne l'appaltatore mediante il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti nonché del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavori o in magazzino nel caso di servizi o forniture, oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite, calcolato secondo quanto previsto nell'allegato II.14. L'esercizio del diritto di recesso è manifestato dalla stazione appaltante mediante una formale comunicazione all'appaltatore da darsi per iscritto con un preavviso non inferiore a venti giorni, decorsi i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori, servizi o forniture ed effettua il collaudo definitivo o verifica la regolarità dei servizi e delle forniture. L'allegato II.14 disciplina il rimborso dei materiali, la facoltà di ritenzione della stazione appaltante e gli obblighi di rimozione e sgombero dell'appaltatore”.

avuto l'opportunità di iniziare i lavori⁹⁷. Tale risarcimento comprende il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni di servizi e forniture, nonché il valore dei materiali eventualmente presenti in cantiere o in magazzino⁹⁸. Viene, inoltre, stabilito il pagamento del decimo dell'importo relativo alle opere, servizi o forniture non eseguite⁹⁹. Rispetto alla formulazione precedente viene adottata la locuzione "*purché tenga indenne l'appaltatore mediante pagamento*", in luogo dell'espressione "*previo il pagamento*". Tale modifica si ispira all'analogo istituto del recesso unilaterale del committente¹⁰⁰ e elimina l'implicazione di una priorità temporale del pagamento rispetto al recesso¹⁰¹. Il rinvio all'allegato II.14 per il calcolo del decimo dell'importo comporta, inoltre, l'abrogazione della "*differenza tra l'importo dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso d'asta, e*

⁹⁷ G. M. RACCA, *Le responsabilità delle pubbliche amministrazioni nella fase che precede la stipulazione del contratto pubblico*, cit., 47.

⁹⁸ Relazione all'art. 123, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, in *Codice Appalti.it*.

⁹⁹ Allegato II. 14, *Direzione dei lavori e direzione dell'esecuzione dei contratti. Modalità di svolgimento delle attività della fase esecutiva. Collaudo e verifica di conformità*, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, *Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici*.

¹⁰⁰ Art. 1671 c.c. "*Il committente può recedere dal contratto, anche se è stata iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio, purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno*".

¹⁰¹ Relazione all'art. 123, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, in *Codice Appalti.it*.

*l'ammontare netto dei lavori eseguiti*¹⁰² per il calcolo di tale percentuale¹⁰³. Tuttavia, alcuni¹⁰⁴ ha criticato l'uso di criteri presuntivi e forfettari per calcolare il mancato guadagno preferendo, invece, il risarcimento subito e provato per equivalente, nel caso in cui non dichiari l'inefficacia del contratto¹⁰⁵.

¹⁰² La proposta di modifica del comma 2, riferita all'attuale comma 3 dell'art. 109, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 si prefigge di chiarire che la comunicazione di recesso deve essere scritta e che l'atto di recesso consiste nella stessa comunicazione. Questa precisazione è necessaria, poiché l'atto di recesso non è soggetto alle formalità procedurali degli atti amministrativi, trattandosi di un atto negoziale privato. Va, inoltre, sottolineato che si tratta di un recesso *ad nutum*, attraverso il quale il contraente committente si libera dal contratto garantendo l'indennità alla controparte. Anche in questo caso, la formulazione della disposizione sul recesso è stata semplificata, delegando all'allegato II.14 le specifiche disposizioni, comprese quelle riguardanti il rimborso dei materiali, la facoltà di ritenzione della stazione appaltante e gli obblighi di rimozione e sgombero dell'appaltatore.

¹⁰³ Relazione all'art. 123, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, in *Codice Appalti.it*.

¹⁰⁴ D. ALFONSI, *Nuovi spunti in tema di Responsabilità dell'Amministrazione in materia di contratti pubblici*. *New food for thought in theme of Administration liability in public contract*, in *Foro Amministrativo (il)*, 2014, I, 100.

¹⁰⁵ Art 124 c.p.a. *“L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e di stipulare il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122. Se non dichiara l'inefficacia del contratto, il giudice dispone il risarcimento per equivalente del danno subito e provato. Il giudice conosce anche delle azioni risarcitorie e di quelle di rivalsa proposte dalla stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico che, con un comportamento illecito, ha concorso a determinare un esito della gara illegittimo. La condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile. Ai sensi dell'articolo 34, comma 4, il giudice individua i criteri di liquidazione del danno e assegna un termine entro il quale la parte danneggiante deve formulare una proposta risarcitoria. La mancata formulazione della proposta nel termine assegnato o la significativa differenza tra l'importo indicato nella proposta e quello liquidato nella sentenza resa sull'eventuale giudizio di ottemperanza costituiscono elementi valutativi ai fini della regolamentazione delle spese di lite in tale giudizio, fatto salvo quanto disposto dall'articolo 91, primo comma, del codice di procedura civile”*. Cfr. F. G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.* 2000, 27 ss., l'A. evidenzia la capacità del danno di fungere da limitazione della responsabilità della P.A. Il danno sembra assumere la funzione di una sorta di rete di contenimento, finalizzata a circoscrivere le possibili ipotesi di responsabilità. Tuttavia, è importante sottolineare che il principio della prova rigorosa del danno non costituisce

3.1. L'interpretazione degli Stati membri sulla risarcibilità da perdita di opportunità

L'Úrad pre verejné obstarávanie e l'impresa definiscono la perdita di opportunità - differenziandola dal lucro cessante - come il venir meno di una possibilità di aggiudicarsi un appalto pubblico¹⁰⁶. Nel diritto slovacco è più agevole provare la perdita di opportunità

un'innovazione nel nostro ordinamento, ma è già presente e può essere dedotto dal principio dell'onere della prova (art. 2697 c.c.). Per approfondire il tema si v. M. RENNA, *Il risarcimento dei danni in materia di appalti pubblici dopo il recepimento della "direttiva ricorsi"*, in www.giustamm.it, 2010. Il concorrente, comportatosi correttamente e che avrebbe meritato l'aggiudicazione, potrebbe invocare la protezione del diritto alla propria immagine d'impresa, lesa dall'ingiustificata esclusione dalle trattative o dalla scorretta conclusione delle negoziazioni, determinando un discredito commerciale per l'azienda, dovuto sia dall'erronea valutazione della sua offerta, come l'esclusione automatica, sia perché la condotta scorretta dell'ente pubblico contribuisce a qualificare l'impresa come inaffidabile. Il danno curriculare consiste nel pregiudizio subito dall'impresa - indipendentemente dal mancato arricchimento finanziario - consistente nell'impossibilità di includere nell'elenco delle esperienze professionali dell'azienda l'esecuzione di un appalto sfumato a causa di un comportamento illegittimo dell'ente pubblico. Tale risarcimento si fonda sulla consapevolezza che l'esecuzione di un appalto pubblico, al di là dei profitti derivanti dal pagamento della stazione appaltante, rappresenta un vantaggio economico in quanto aumenta la capacità dell'impresa di competere sul mercato e, pertanto, le possibilità di ottenere ulteriori appalti in futuro. In altri termini, la mancata aggiudicazione di un appalto a causa di un comportamento illegittimo della pubblica amministrazione può comportare non solo danni diretti legati alla perdita di incasso, ma anche danni indiretti associati all'immagine dell'impresa, alla sua presenza sul mercato, al suo sviluppo e alla concorrenza in generale. L'impresa potrà richiedere il risarcimento del danno subito all'immagine e al prestigio professionale a causa della mancata aggiudicazione ed esecuzione dell'appalto.

¹⁰⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale Anthony Michael Collins presentate il 7 dicembre 2023, in Curia.europa.eu, consultate il 13 dicembre 2023, par. 23. CFR. Tribunale UE, 28 febbraio 2018, T-292/15, *Vakakis kai Synergates – Symvouloi gia Agrotiki Anaptixi AE Meleton c. Commissione europea*, parr. 187 e 188, "Infatti, sostenendo che il Tribunale, in diverse occasioni, avrebbe respinto domande risarcitorie attinenti al lucro cessante o alla perdita di un'opportunità a causa dell'ampio margine discrezionale di cui dispone l'amministrazione aggiudicatrice per decidere dell'aggiudicazione di un appalto, la Commissione assimila in modo errato i danni relativi al lucro cessante e quelli attinenti alla perdita di un'opportunità. Orbene, da un lato, tali due danni non si confondono. Infatti, il lucro cessante è volto all'indennizzo della perdita dell'appalto stesso, mentre la perdita di un'opportunità è volta ad ottenere la compensazione della perdita di un'opportunità di concludere il suddetto contratto di appalto"

rispetto al lucro cessante e, perciò, il risarcimento danni da perdita di *chance* viene concesso a un offerente illegittimamente escluso a condizione che dimostri di aver avuto una possibilità reale e sufficientemente elevata di stipulare un contratto pubblico¹⁰⁷. Al contrario, i governi di alcuni Stati membri (Slovacchia, Austria, Repubblica Ceca) ritengono che la perdita di opportunità rientri nel lucro cessante e che non sia direttamente applicabile la giurisprudenza UE¹⁰⁸, la quale ha stabilito che la perdita di opportunità debba essere concreta e non solo ipotetica.

Il Tribunale dell'Unione Europea ha statuito che un offerente, illegittimamente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, possa richiedere il risarcimento danni da perdita di opportunità¹⁰⁹ solamente nelle ipotesi in cui il danno ingiusto

e Tribunale UE, 20 settembre 2011, T-461/08, *Evropaiki Dynamiki - Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE v European Investment Bank*, par. 210.

¹⁰⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale Anthony Michael Collins presentate il 7 dicembre 2023, C-547/22, *INGSTEEL spol. s. r. o. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, in *Curia.europa.eu*, consultate il 13 dicembre 2023, par. 13.

¹⁰⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale Anthony Michael Collins presentate il 7 dicembre 2023, C-547/22, *INGSTEEL spol. s. r. o. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, in *Curia.europa.eu*, consultate il 13 dicembre 2023, par. 24 e 40.

¹⁰⁹ Tribunale UE, 12 febbraio 2019, T-292/15, *Vakakis kai Synergates - Symvouloi gia Agrotiki Anaptixi AE Meleton, anciennement Vakakis International - Symvouloi gia Agrotiki Anaptixi AE contro Commissione europea*, par. 53; Tribunale UE, 14 dicembre 2018, T-298/16, *East West Consulting SPRL c. Commissione europea*, par. 176; Tribunale UE, 28 febbraio 2018, T-292/15, *Vakakis kai Synergates - Symvouloi gia Agrotiki Anaptixi AE Meleton, anciennement Vakakis International - Symvouloi gia Agrotiki Anaptixi AE contro Commissione europea*, par. 186 - 193; Tribunale UE, 20 settembre 2011, T-461/08, *Evropaiki Dynamiki - Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE v European Investment Bank*, par. 66, "Se, a seguito del ricorso di un offerente escluso da un pubblico appalto, la decisione di attribuzione viene annullata, ma l'autorità aggiudicatrice non è più in grado di riaprire la gara relativa all'appalto di cui trattasi, gli interessi di tale offerente possono essere salvaguardati, per esempio, mediante una compensazione in denaro corrispondente alla perdita dell'opportunità di

sia cagionato dalle Istituzioni dell'Unione europea¹¹⁰. In tali occasioni, la perdita di opportunità consiste nel risarcimento per il venir meno di una possibilità di concludere il medesimo appalto, mentre il lucro cessante corrisponde all'indennizzo della perdita dello stesso appalto¹¹¹.

L'Avvocato generale nella causa Jean François Giordano c. Commissione europea sottolinea che la perdita di opportunità non è soltanto una prerogativa risarcitoria delle Istituzioni, ma si configura come *“una categoria autonoma con ramificazioni in vari settori del diritto”*¹¹². La perdita di *chance*, elemento costitutivo del danno risarcibile, rientra tra i principi generali comuni ai diritti degli Stati membri¹¹³. Emerge, tuttavia, una notevole cautela nel riconoscerla, dal momento che è subordinata alla sua serietà (*sérieuse*)¹¹⁴ e, come

conseguire l'attribuzione dell'appalto, o al mancato guadagno qualora sia possibile accertare con sicurezza che all'offerente doveva essere attribuito l'appalto”.

¹¹⁰ Il regolamento finanziario disciplina il processo di aggiudicazione degli appalti pubblici da parte delle istituzioni dell'Unione. Esso non si estende ai contratti pubblici degli enti pubblici degli Stati membri, disciplinati dalla Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 31 marzo 2004, *relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*.

¹¹¹ Tribunale UE, 28 febbraio 2018, T-292/15, *Vakakis kai Synergates – Symvouloi gia Agrotiki Anaptixi AE Meleton c. Commissione europea*, par. 188. Si forniscono alcune traduzioni di perdita di opportunità fornite da “EUR-lex”, *“entgangener Gewinn und entgangene Chance”* [testo tedesco] *“manque à gagner et de perte de chance”* [testo in francese] *“ušlý zisk a strata príležitosti”* [diritto slovacco].

¹¹² *Conclusioni dell'Avvocato generale Pedro Cruz Villalón presentate il 20 marzo 2014, C-611/12 P, Jean François Giordano c. Commissione europea*, consultate il 10 gennaio 2024, par. 62 ss.

¹¹³ Art. 340 TFUE, comma 2, *“In materia di responsabilità extracontrattuale, l'Unione deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni”.*

¹¹⁴ *Conclusioni dell'Avvocato generale Pedro Cruz Villalón presentate il 20 marzo 2014, C-611/12 P, Jean François Giordano c. Commissione europea*, consultate il 10 gennaio 2024, par. 63; Tribunale UE, 6 giugno 2006, T-10/02,

evidenziato dall'Avvocato generale nella causa *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd*, la perdita di opportunità è riconosciuta a patto che sia “una conseguenza sufficientemente certa dell'asserita violazione”¹¹⁵. La Corte è tenuta a selezionare un criterio che si fondi sulla certezza dell'esistenza di uno svantaggio futuro e la conseguente perdita di *chance* deve risultare sufficientemente prevedibile da poter essere dimostrata attraverso gli ordinari mezzi di prova¹¹⁶. Tuttavia, la perdita di opportunità *sérieuse* non corrisponde a un danno le cui probabilità di conferma siano assolute, poiché in tale circostanza si tratterebbe di un lucro cessante. Perciò, essa non conferisce “un diritto al risarcimento per la perdita integrale del

Marie-Claude Girardot c. Commissione delle Comunità Europee, par. 115, “Eu égard aux éléments de fait qui précèdent, il ne peut être considéré que, à l'issue de la première phase de la procédure de pourvoi d'emplois vacants prévue par l'article 29, paragraphe 1, du statut, la Commission, qui pouvait préférer élargir son choix (arrêt interlocutoire, point 57), aurait assurément retenu une des candidatures de Mme Girardot et, en conséquence, que cette dernière avait toutes chances de se voir attribuer un contrat d'agent temporaire au sens de l'article 2, sous d), du RAA et de retirer le bénéfice pécuniaire de son exécution. Pour autant, il peut être considéré que Mme Girardot n'en avait pas moins une chance sérieuse à cet égard, dont elle a été privée du fait du rejet de ses candidatures, sans examen prouvé, par la Commission”.

¹¹⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale P. Léger presentate il 20 giugno 1995, C-5/94, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd*, in eur-lex.europa.eu, consultate il 17 gennaio 2024, par. 183, “Il danno può consistere in un lucro cessante o addirittura nella «(...) perdita di un'occasione», ma deve essere certo. Un danno che riposi «(...) su eventi di natura essenzialmente speculativa» non è risarcibile”. Cfr. Corte giust. UE, 14 luglio 1967, C-5, 7 e 13 a 24/66, *Firma E. Kampffmeyer e altri c. Commissione della CEE*.

¹¹⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale Pedro Cruz Villalón presentate il 20 marzo 2014, C-611/12 P, *Jean François Giordano c. Commissione europea*, consultate il 10 gennaio 2024, par. 64.

*guadagno per il quale si nutrivano aspettative rimaste disattese*¹¹⁷ ed è allo stesso tempo considerato un danno inferiore rispetto a quello derivante dal mancato guadagno¹¹⁸.

L'Avvocato generale ha evidenziato che la Corte non ha avuto molte occasioni per sviluppare la sua interpretazione della perdita di opportunità, poiché ha delegato principalmente la sua quantificazione a sentenze interlocutorie o, nell'ipotesi di impugnazione, a nuove sentenze di primo grado previo rinvio degli atti¹¹⁹.

¹¹⁷ La signora Girardot non poteva richiedere l'intero importo delle retribuzioni che avrebbe percepito se fosse stata assunta. Per approfondire v. Tribunale UE, 6 giugno 2006, T-10/02, *Marie-Claude Girardot c. Commissione delle Comunità Europee*.

¹¹⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale Pedro Cruz Villalón presentate il 20 marzo 2014, C-611/12 P, *Jean François Giordano c. Commissione europea*, consultate il 10 gennaio 2024, par. 66, 67, l'onere della prova ricade sul ricorrente, evidenziando tanto la serietà dell'occasione persa quanto il grado effettivo di probabilità. L'introduzione di metodi altamente sofisticati, capaci di valutare le probabilità di futuri guadagni e persino di mancati guadagni futuri, agevola tale compito per le parti coinvolte, specialmente nel contesto del diritto dell'economia, al fine di determinare con precisione il valore economico dell'opportunità persa. Tribunale UE, 6 giugno 2006, T-10/02, *Marie-Claude Girardot c. Commissione delle Comunità Europee*, il Tribunale ha adottato un metodo, ratificato dalla CGUE, fondato sull'applicazione di un coefficiente moltiplicatore pari al 0,5% sull'importo delle retribuzioni perse dalla signora Girardot. Tale coefficiente costituisce una stima della percentuale di probabilità che la signora Girardot avrebbe ottenuto uno dei posti di lavoro, nello specifico coincide al 50%. Cfr. G. M. RACCA, *Le responsabilità delle pubbliche amministrazioni nella fase che precede la stipulazione del contratto pubblico*, in *Scritti in onore di Giuseppe Palma*, III, Torino, Giappichelli, 2011, 2639-2715; EAD., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, I, Napoli, Jovene, 2000; EAD., *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Diritto amministrativo*, 1994, 201, poi in *La concessione di pubblico servizio*, a cura G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNUOLO VIGORITA, Milano, Giuffrè editore, 1995, 201-246.

¹¹⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale Pedro Cruz Villalón presentate il 20 marzo 2014, C-611/12 P, *Jean François Giordano c. Commissione europea*, consultate il 10 gennaio 2024, par. 65.

4. L'EFFETTIVITÀ DEI MEZZI DI RICORSO PER VIOLAZIONE DELLE DISPOSIZIONI SUGLI APPALTI

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale è il diritto del ricorrente a ricevere una decisione sostanziale rispetto alla violazione da lui lamentata¹²⁰. Nel caso specifico, il giudice nazionale non può impedire a un offerente, illegittimamente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, di richiedere il risarcimento danni da perdita di opportunità¹²¹.

Grazie alla suddetta armonizzazione minima¹²², gli Stati membri possono stabilire una tutela più elevata per i soggetti lesi nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività delle modalità e dei mezzi di ricorso¹²³. Tuttavia, gli ordinamenti giuridici nazionali devono

¹²⁰ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, ristampa anastatica, II, Napoli, Jovene, 1960, 39; *Id.* *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1911, I'A. afferma "il processo deve dare, per quanto è possibile praticamente, a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire".

¹²¹ *Conclusioni dell'Avvocato generale Anthony Michael Collins presentate il 7 dicembre 2023*, C-547/22, *INGSTEEL spol. s. r. o. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, in *Curia.europa.eu*, consultate il 13 dicembre 2023, par. 46.

¹²² *Conclusioni dell'Avvocato generale Anthony Michael Collins presentate il 7 dicembre 2023*, C-547/22, *INGSTEEL spol. s. r. o. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, in *Curia.europa.eu*, consultate il 13 dicembre 2023, par. 25 e 26. Per approfondire l'armonizzazione minima v. Corte giust. UE, 26 marzo 2020, C-496/18 e C-497/18, *Hungeod Közlekedésfejlesztési, Földmérési, Út- és Vasútervezési Kft. (C-496/18)*, *Sixsense Soldata (C-496/18)*, *Budapesti Közlekedési Zrt. (C-496/18 e C-497/18)*, c. *Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság, nei confronti di: Közbeszerzési Hatóság Elnöke*, par. 73; Corte giust. UE, 21 ottobre 2010, C-570/08, *Symvoulia Apochetefseon Lefkosias contro Anatheoritiki Archi Prosforon*, par. 37. Per la dottrina *ex multis*, R. SCHÜTZE, *European Union Law*, III, Oxford, Oxford University Press, 2021, 820.

¹²³ *Conclusioni dell'Avvocato generale Anthony Michael Collins presentate il 7 dicembre 2023*, in *Curia.europa.eu*, consultate il 13 dicembre 2023, par. 25, 26, 31 e 34.

garantire un livello di tutela per le situazioni protette dal diritto UE¹²⁴ non inferiore a quello offerto a circostanze simili nel diritto nazionale, e devono, inoltre, assicurare una tutela piena ed effettiva, che non renda difficile o impossibile la protezione delle situazioni di matrice eurounitaria¹²⁵, come stabilito dalla Commissione Europea e dalla Corte EFTA¹²⁶. Poiché l'amministrazione aggiudicatrice ha stipulato un contratto quadro con un altro offerente e nel procedimento dinanzi al giudice del rinvio non è più possibile correggere l'illegittimità che ha inficiato la procedura di aggiudicazione, la concessione di un risarcimento costituisce l'unico rimedio effettivo a disposizione dell'impresa¹²⁷.

¹²⁴ Direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, *che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici*, preambolo par. 36, "La presente direttiva mira in particolare a garantire il pieno rispetto del diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, conformemente all'articolo 47, primo e secondo comma, di detta Carta". P. SANTORO, *La nuova Direttiva ricorsi 2007/66/Cee l'impatto con il sistema di giustizia*, in *Riv. trim. app.*, 2008, III. *Conclusioni dell'Avvocato generale Anthony Michael Collins presentate il 7 dicembre 2023*, C-547/22, *INGSTEEL spol. s. r. o. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, in *Curia.europa.eu*, consultate il 13 dicembre 2023, par. 26; Corte EFTA, 1° agosto 2019, E-7/18, *Fosen-Linjen c. AtB*, par. 115 e 116; Corte EFTA, 31 ottobre 2017, E-16/16, *Fosen-Linjen c. AtB*, par. 90.

¹²⁵ M. P. CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 499 ss.; M. A. SANDULLI, *Diritto europeo e processo amministrativo*, in *www.federalismi.it*, 2007, XX; EAD., *Contratti pubblici e (in)certezza del diritto fra ordinamento interno e novità comunitarie*, in *federalismi.it*, 2008, V.

¹²⁶ *Conclusioni dell'Avvocato generale Anthony Michael Collins presentate il 7 dicembre 2023*, C-547/22, *INGSTEEL spol. s. r. o. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, in *Curia.europa.eu*, consultate il 13 dicembre 2023, par. 26; Corte EFTA, 1° agosto 2019, E-7/18, *Fosen-Linjen c. AtB*, par. 114; Corte EFTA, 31 ottobre 2017, E-16/16, *Fosen-Linjen c. AtB*, par. 70.

¹²⁷ *Conclusioni dell'Avvocato generale Anthony Michael Collins presentate il 7 dicembre 2023*, C-547/22, *INGSTEEL spol. s. r. o. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, in *Curia.europa.eu*, consultate il 13 dicembre 2023, par. 26; Corte EFTA, 31 ottobre 2017, E-16/16, *Fosen-Linjen c. AtB*, par. 73.

L'effettività della tutela è garantita in via primaria dalla tutela in forma specifica, consistente nella possibilità di ottenere la gara d'appalto; mentre la tutela per equivalente, ossia il risarcimento del danno, rappresenta l'*extrema ratio* nel caso in cui non sia possibile ottenere la prima¹²⁸. Il risarcimento del danno è un'alternativa procedurale rispetto all'aggiudicazione e non può essere soggetto a condizioni diverse e più onerose rispetto a quelle previste per la tutela specifica. Se l'accoglimento della domanda per ottenere l'aggiudicazione opera oggettivamente a seguito dell'accertamento dell'illegittimità della decisione di aggiudicazione, allora il risarcimento per equivalente non dovrebbe essere subordinato alla sussistenza di un carattere colpevole dell'ente pubblico. Tale interpretazione trova sostegno nella Direttiva 2007/66/CE¹²⁹, la quale privilegia la tutela in forma specifica

¹²⁸ E. SANTORO, *Il risarcimento del danno da aggiudicazione illegittima prescinde dall'accertamento della colpa? Riflessioni alla luce della giurisprudenza europea e del codice del processo amministrativo*, op. cit., 686. Cfr. ordinamento interno Cons.St., Ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7, "il risarcimento è quindi escluso quando l'interesse legittimo riceva tutela idonea con l'accoglimento dell'azione di annullamento, ma quest'ultimo sia determinato da una illegittimità, solitamente di carattere formale, da cui non derivi un accertamento di fondatezza della pretesa del privato ma un vincolo per l'amministrazione a rideterminarsi, senza esaurimento della discrezionalità ad essa spettante"; Cons. St., Ad. Plen., 3 dicembre 2008, n. 13, par. 3.3 - 3.5. Cfr. Ordinamento italiano, P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, op. cit., 272 - 274, secondo l'A. "Per il caso che l'illegittimità riguardi una gara per appalto pubblico, la regola ora esposta trova specifica conferma nell'art. 124, co. 2, cod. proc. amm., a norma del quale la condotta della parte danneggiata che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda per conseguire l'aggiudicazione e il contratto, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto illegittimamente stipulato dall'amministrazione con il terzo, è valutata dal giudice ai sensi dell'art. 1227 cod. civ. [...] Il mancato esperimento dell'impugnazione non sarà addebitabile al danneggiato e non giustificherà che sia ridotta la misura del risarcimento, quando gli effetti prodotti dal provvedimento illegittimo siano irreversibili, così che l'annullamento non abbia pratica utilità, o quando, per ragioni sopravvenute, conseguire ciò che a suo tempo era stato illegittimamente negato non sarebbe più utile all'interessato".

¹²⁹ E. M. BARBIERI, *Il processo amministrativo in materia di appalti e la direttiva comunitaria 11 dicembre 2007, n. 66/Ce*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2009, III, 493; A. BARTOLINI, S. FANTINI, *La nuova direttiva ricorsi*, in *Urb. e app.*, 2008, X, 1093; A. DE SIANO, F. RINALDI, *Brevi riflessioni su contratto e giurisdizione in attesa del recepimento della cd. "Direttiva Ricorsi"*, in *www.giustamm.it*, 2009, IX; G. GRECO, *La direttiva 2007/66/Ce: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *www.giustamm.it*; G. GRECO, *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, Giuffrè, 2011; M. LIPARI, *Annullamento*

e stabilisce che gli Stati membri devono garantire l'accesso alle procedure di ricorso a chiunque abbia o abbia avuto un interesse all'aggiudicazione di un appalto specifico e sia stato o rischi di essere danneggiato a causa di una presunta violazione¹³⁰. La Direttiva 2007/66 mira, inoltre, “a garantire il rispetto delle norme comunitarie [oggi eurolunitarie], specialmente in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette”¹³¹, promuovendo una tutela giurisdizionale completa ed effettiva¹³².

Anche per la Corte di Giustizia¹³³ il risarcimento danni da perdita di *chance* può essere adeguato a rimediare alle conseguenze di una violazione del diritto dell'Unione e in

dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario, su www.federalismi.it, 2008, IX; A. NOBILE, *La nuova direttiva comunitaria concernente i ricorsi in materia di aggiudicazione di appalti pubblici*, in *Appalti e contratti*, 2008, 11, 36; M. A. SANDULLI, *Contratti pubblici e (in)certezza del diritto fra ordinamento interno e novità comunitarie*, in www.federalismi.it, 2008, VII; P. SANTORO, *La nuova Direttiva ricorsi 2007/66/Cee l'impatto con il sistema di giustizia*, in *Riv. trim. app.*, 2008, III, 653.

¹³⁰ Art. 1, par.3, Direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell' 11 dicembre 2007, *che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici*, “gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri provvedono a determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione”.

¹³¹ Considerando n. 3, Direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, *che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici*.

¹³² E. SANTORO, *Il risarcimento del danno da aggiudicazione illegittima prescinde dall'accertamento della colpa? Riflessioni alla luce della giurisprudenza europea e del codice del processo amministrativo*, op. cit., 686.

¹³³ Corte giust. Comunità europee, 5 marzo 1996, cause riunite n. 46 e 48 del 1993, *Brasserie du pêcheur SA c. Repubblica federale di Germania e The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factorame Ltd e altri*, 81.

conformità con il principio di effettività¹³⁴. Tuttavia, la Corte può stabilire obblighi specifici per garantire un livello minimo di tutela per coloro che subiscono una violazione del diritto dell'Unione¹³⁵. La possibilità di ottenere un risarcimento è compatibile con il principio di effettività solo se non è subordinata alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole dell'ente pubblico aggiudicatore, configurandosi in questo modo una responsabilità precontrattuale oggettiva (*culpa in contrahendo in re ipsa*)¹³⁶. Infatti, il diritto

¹³⁴ C. Giust. UE, 7 marzo 2018, C-494/16, *Giuseppa Santoro c. Comune di Valderice e Presidenza del Consiglio dei Ministri*, par. 50, “Tenuto conto delle difficoltà inerenti alla dimostrazione dell'esistenza di una perdita di opportunità, occorre constatare che il ricorso a presunzioni dirette a garantire a un lavoratore, che abbia sofferto, a causa dell'uso abusivo di contratti a tempo determinato stipulati in successione, una perdita di opportunità di lavoro, la possibilità di cancellare le conseguenze di una siffatta violazione del diritto dell'Unione è tale da soddisfare il principio di effettività”. Cfr. *Relazione speciale 28/2023: Appalti pubblici nell'UE - Meno concorrenza per i contratti di lavori, beni e servizi aggiudicati nel periodo 2011-2021*, la Corte dei Conti EU, dopo aver valutato “il livello di concorrenza negli appalti pubblici nel mercato unico dell'UE su un periodo di 10 anni, nonché le azioni intraprese dalla Commissione e dagli Stati membri per individuare e affrontare gli ostacoli a procedure di gara competitive, al fine di ottenere un miglior rapporto qualità/prezzo”, ha invitato la Commissione Europea a chiarire gli obiettivi pubblici e definire le priorità e colmare le lacune relative ai dati raccolti sugli appalti pubblici. Ha, inoltre, consigliato di migliorare gli strumenti di monitoraggio per consentire una migliore analisi e valutare più nei dettagli le cause profonde e presentare misure per superare i principali ostacoli alla concorrenza negli appalti pubblici.

¹³⁵ *Conclusioni dell'Avvocato generale Anthony Michael Collins presentate il 7 dicembre 2023*, C-547/22, *INGSTEEL spol. s. r. o. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, in *Curia.europa.eu*, consultate il 13 dicembre 2023, par. 39.

¹³⁶ *Conclusioni dell'Avvocato generale Anthony Michael Collins presentate il 7 dicembre 2023*, C-547/22, *INGSTEEL spol. s. r. o. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, in *Curia.europa.eu*, consultate il 13 dicembre 2023, par. 38; C. giust. UE, 30 settembre 2010, C-314/09, *Stadt Graz c. Strabag AG, Teerag-Asdag AG, Bauunternehmung Granit GesmbH con l'intervento di: Land Steiermark*, par. 34, 35, 39, 45 e in particolare motivazione, “La direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, 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, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione

dell'Unione europea osta a disposizioni nazionali che condizionano il diritto ad ottenere il risarcimento dei danni per violazioni della normativa sugli appalti pubblici al carattere colpevole di tale violazione. Se il risarcimento dipendesse dalla prova dell'elemento soggettivo¹³⁷ dell'ente pubblico e la pubblica amministrazione riuscisse a dimostrare la mancanza di colpevolezza del suo *agere*, il ricorrente potrebbe venir privato del diritto di ottenere un risarcimento. Sorge, inoltre, il rischio di ottenere un risarcimento solo in ritardo, considerando la lunghezza dei tempi necessari per un procedimento giudiziario volto a stabilire la colpevolezza dell'ente pubblico¹³⁸. Tantomeno, l'amministrazione può invocare la mancanza di capacità individuali e, quindi, un difetto di imputabilità soggettiva, in quanto la P.A. e i suoi funzionari sono - per definizione - esperti nel settore in cui operano¹³⁹. Anche nelle conclusioni dell'Avvocato generale emerge l'impedimento alla piena efficacia della politica UE in materia di appalti pubblici da parte delle disposizioni nazionali che prevedono

*aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata". C. giust. Comunità europee, 19 novembre 1991, C-6/90 e C-/90, Andrea Francovich c. Repubblica italiana e Danila Bonifaci e altri c. Repubblica italiana, par. 43. Per quanto riguarda la dottrina v. R. CARANTA, *La responsabilità oggettiva dei pubblici poteri per violazioni del diritto comunitario*, cit..*

¹³⁷ L'elemento soggettivo corrisponde all'atteggiamento psichico dell'agente.

¹³⁸ C. giust. UE, 30 settembre 2010, C-314/09, *Stadt Graz c. Strabag AG e altri*, par. 41, "il rischio che l'offerente pregiudicato da una decisione illegittima di un'amministrazione aggiudicatrice venga comunque privato del diritto di ottenere un risarcimento per il danno causato da tale decisione, nel caso in cui l'amministrazione suddetta riesca a vincere la presunzione di colpevolezza su di essa gravante". [Dall'altro, vi sarebbe] "il rischio [...] di ottenere un risarcimento solo tardivamente, considerata la lunghezza dei tempi che possono rendersi necessari per un procedimento civile inteso all'accertamento del carattere colpevole della violazione lamentata".

¹³⁹ S. CIMINI, *La colpa è ancora un elemento essenziale della responsabilità da attività provvedimentale della P.A.?*, in *Giur. It.*, 2011, III, 664.

la valutazione dell'elemento soggettivo¹⁴⁰. Il principio di effettività costituisce uno dei pilastri dell'Unione europea ed è un riflesso diretto dell'applicazione del principio di legalità, dove la certezza del diritto riveste un ruolo centrale. Configurare la responsabilità oggettiva come strumento per garantire la certezza del diritto non ostacola, ma rafforza le esigenze di tutela degli individui e, più in generale, dei soggetti di diritto. Nell'ordinamento dell'Unione europea, i diritti trovano, infatti, il loro massimo riconoscimento attraverso la protezione giuridica garantita ai soggetti in conformità alle normative vigenti¹⁴¹. La certezza della norma non è un valore intrinseco, ma costituisce un mezzo per garantire i diritti degli individui.

L'ordinamento italiano riconosce il principio di effettività a livello legislativo¹⁴², assicurando una tutela piena ed effettiva in conformità ai principi costituzionali e eurounitari. Tale canone può essere perseguito attraverso l'innovazione tecnologica - promossa dal nuovo Codice dei Contratti Pubblici¹⁴³ - che può costituire l'occasione per un nuovo rapporto di fiducia e di reciproca collaborazione¹⁴⁴ e buona fede tra pubblica amministrazione e operatori

¹⁴⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Anthony Michael Collins presentate il 7 dicembre 2023, in [Curia.europa.eu](https://curia.europa.eu), consultate il 13 dicembre 2023, par. 42.

¹⁴¹ B. BOSCHETTI, *Natura oggettiva della responsabilità per danni in materia di appalti: nuovi fondamenti tra norme e principi*, in *Urb. e App.*, 2013, II, 171.

¹⁴² Art. 1 c.p.a. "La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo".

¹⁴³ Art 19 - 36, D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, *Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici*. Tale parte è denominata "Parte II - Della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti".

¹⁴⁴ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, XXI, Torino, Giappichelli, 2020, 298; T. MARTINES, *Diritto Costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2020, 712 ss., è il principio in base a cui i diversi livelli di governo devono cooperare fra loro, dal momento che fanno parte del medesimo ordinamento, nonostante le diversità di funzione e struttura. Tale principio vale anche nei rapporti tra gli Stati membri e l'Unione Europea.

economici, “nel perseguimento del comune interesse alla tempestiva aggiudicazione ed esecuzione dei contratti pubblici”¹⁴⁵. Sicché, anche i rimedi alternativi e giurisdizionali dovranno confrontarsi con la trasformazione digitale ed assicurare effettività e concentrazione della tutela nell’interesse dei cittadini.

Quanto appena prospettato si correla al principio della digitalizzazione *by default*¹⁴⁶, essenziale per l’attuazione del PNRR e delle riforme dei contratti pubblici¹⁴⁷. Le innovazioni apportate dall’informatizzazione richiedono un nuovo rapporto di fiducia tra l’amministrazione pubblica e gli operatori economici coinvolti nei contratti pubblici¹⁴⁸, i quali - in questa specifica occasione - non sono semplici cittadini, ma sono spesso dotati di maggiori competenze professionali rispetto all’amministrazione stessa. Perciò, è necessario definire un “nuovo patto collaborativo digitale” o “una nuova alleanza digitale”, fondati sulla

¹⁴⁵ R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo Codice. Trasformazioni sostanziali e processuali*, Napoli, Jovene, 2024; R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l’attuazione della legge delega*, Napoli, Jovene, 2022; Cfr. G. M. RACCA, *La responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Dir. amm.*, 2022, III, 603; E. N. FRAGALE, *Il diritto (europeo) alla buona amministrazione ed il problema dell’autonomia delle pretese partecipative*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2018, V, 824 ss.

¹⁴⁶ Principio in base al quale l’erogazione dei servizi avviene in primo luogo sui canali digitali della pubblica amministrazione.

¹⁴⁷ Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza prevede due processi di riforma nel settore dei contratti pubblici. Il primo è il d.l. 31 maggio 2021, n. 77, conv. in l. 29 luglio 2021, n. 108, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, recante governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*. Il secondo processo di riforma è attuato da d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, *Codice dei contratti pubblici in attuazione dell’articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici*.

¹⁴⁸ Cfr. D. BORTOLOTTI, *Contratti della amministrazione pubblica*, in *Dig. Disc. Pubb.*, Torino, Utet, 1989, IV, 37 ss.; A. BONONI, *Contratto amministrativo*, in *Dig. it.*, vol. III, Torino, Utet, 1898, 422 ss.

correttezza e sulla *bona fides* reciproca sin dall'inizio della procedura e per tutto il rapporto giuridico amministrativo che ne deriva¹⁴⁹.

Anche l'evoluzione dell'organizzazione e dell'attività della Pubblica amministrazione conseguenti alla transizione digitale richiedendo una revisione delle responsabilità dell'ente pubblico, affinché vengano garantiti la tutela degli interessi pubblici e dei diritti fondamentali¹⁵⁰. Attraverso l'utilizzo avanzato e approfondito delle tecnologie informatiche, l'amministrazione è in grado di svolgere un'attività conoscitiva più ampia, traslando da un approccio reattivo a uno proattivo rispetto alle richieste dei cittadini e delle imprese¹⁵¹. Si garantisce così una tutela effettiva ed efficace, volta alla rimozione di ostacoli, che impediscono il pieno sviluppo della persona umana.

Nel rapporto giuridico tra l'amministrazione pubblica e il privato (specialmente nell'ambito contrattuale quando il privato agisce come operatore economico) si è affermata - divenendo superflua la valutazione della condotta colposa della P.A - la responsabilità oggettiva derivante dalla violazione delle disposizioni eurolunitarie sulla selezione del contraente¹⁵². Ne deriva una maggior efficienza della pubblica amministrazione e una

¹⁴⁹ G. M. RACCA, *La responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., 604.

¹⁵⁰ Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, (2015/2103(INL)), considerando L). Cfr., di recente: COMMISSIONE UE, *Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale*, Bruxelles, 26 gennaio 2022 COM (2022) 28 final, spec. 4, sottolinea l'importanza di una trasformazione digitale dell'Europa entro il 2030, in linea con i valori europei. Questa trasformazione mira a creare una società digitale antropocentrica, inclusiva, prospera e sostenibile, in cui imprese innovative e cittadini autonomi e responsabili possano coesistere.

¹⁵¹ G. M. RACCA, *La responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., 614.

¹⁵² C. giust. UE, 30 settembre 2010, C-314/09, *Stadt Graz c. Strabag AG, Teerag-Asdag AG, Bauunternehmung Granit GesmbH con l'intervento di: Land Steiermark*, par. 34, 35, 39 e 45; C. Giust. CE, 14 ottobre 2004, C-275/03, *Commissione c. Repubblica portoghese*.

maggiore tutela per il contraente privato. La digitalizzazione contribuisce a tale processo grazie alla delineazione *ex ante* di condotte contrarie ai doveri di buona fede e correttezza. I due principi, infatti, richiedono oltre alla digitalizzazione, l'analisi dei dati e l'applicazione di algoritmi¹⁵³ che garantiscono imparzialità¹⁵⁴ e un buon funzionamento per la qualità dei servizi. In tale prospettiva, la responsabilità dovrebbe essere attribuita all'organizzazione, limitando quella del funzionario ai casi in cui il suo *agere* sia chiaramente deviante dagli standard funzionali o di servizio¹⁵⁵. Gli errori o i danni derivanti dall'applicazione degli *standard* rimangono una responsabilità dell'ente stesso, "*assicurato congruamente da quest'ultimo secondo gli indicatori statistici o predittivi desunti dall'intelligenza artificiale*"¹⁵⁶. L'affermazione della *culpa in contrahendo in re ipsa*, o più precisamente da scorrettezza dell'amministrazione, è stata gradualmente ricondotta alla necessità di adeguare la legislazione nazionale a quella dell'Unione europea. In materia di contratti pubblici, si è osservato che l'interesse della parte pubblica è subordinato all'interesse di un mercato concorrenziale, in cui il partecipante alla gara gode di una posizione soggettiva direttamente

¹⁵³ Per approfondire il tema si v., L. PREVITI, *Regulation issues of algorithmic administrative decisions: looking for an italian legislative model*, in *Ius publicum Network Review*, 2020, I, 73 ss.

¹⁵⁴ L'imparzialità esprime, in negativo, il dovere dell'amministrazione di non discriminare i soggetti coinvolti dalla sua azione durante il perseguimento degli interessi affidati alla cura della P.A. stessa. In positivo, il principio afferma un comportamento attivo atto alla realizzazione di un assetto imparziale dei rapporti. Per approfondire si v. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XXIV, Giuffrè, Milano, 2022, 43 ss.

¹⁵⁵ R. CAVALLO PERIN, *Dalle riforme astratte dell'amministrazione pubblica alla necessità di amministrare le riforme*, in *Diritto Pubblico*, 2021, I, 73 ss.; ID., *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, Milano, Giuffrè, 2020, II, 305 ss.

¹⁵⁶ G. M. RACCA, *La responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., 630.

tutelata, avente ad oggetto il corretto svolgimento della procedura, indipendentemente dalla sua aspettativa di un esito positivo della selezione¹⁵⁷.

A livello giurisprudenziale si è statuito che solo la *culpa in contrahendo in re ipsa* permette il rispetto del principio di effettività. Secondo il Consiglio di Stato¹⁵⁸, tale canone comporta la modellazione del diritto interno e la sua interpretazione e applicazione al diritto sovranazionale. Tale processo di progressiva armonizzazione e unificazione - sebbene sia ancora lontano da raggiungere - potrebbe volgere verso un diritto amministrativo comune tra gli Stati membri, dove i principi del diritto interno cedono il passo a quelli più ampia condivisione a livello UE¹⁵⁹. Tale evoluzione contribuisce alla costruzione di un sistema giuridico uniforme attraverso il riconoscimento degli stessi diritti ai cittadini.

Abstract: *L'articolo vuole esaminare il risarcimento del danno negli appalti pubblici dell'Unione Europea alla luce delle Conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa INGSTEEL spol. s. r. o. c. Úrad pre verejné obstarávanie. Coesistono varie definizioni di danno nelle disposizioni degli Stati membri, dal momento che l'ordinamento eurounitario non fornisce una nozione autonoma dello stesso. Vengono analizzate le origini, l'affermazione - grazie alle cc.dd. teorie del rischio - e la risarcibilità della perdita di opportunità sia negli Stati Membri sia in Stati terzi. Si afferma la compatibilità del risarcimento del danno - alternativa procedurale rispetto all'aggiudicazione - con il principio di effettività dei mezzi di ricorso a condizione che il risarcimento non sia*

¹⁵⁷ G. M. RACCA, *Sindacato sulla decisione di non procedere all'aggiudicazione di un appalto pubblico (recesso dalle trattative) e responsabilità precontrattuale*, nota a C. Giust. UE, sez. VI, 18 giugno 2002, C-9/2000, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs- Gesellschaft mbH (HI) c. Stadt Wien*, in *Foro amm.*, 2002, IX.

¹⁵⁸ Cons. St., sez V, 2 gennaio 2019, n. 14; Cons. St., sez VI, 14 luglio 2014, n. 3611; Cons. St., sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686 Cfr. "teoria oggettiva del rischio" in P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, op. cit., 3 ss., "la reintegrazione del patrimonio del danneggiato tende ad eliminare il danno per quest'ultimo, ma non lo elimina per la società, poiché si limita a spostarne l'incidenza da chi lo ha subito immediatamente a chi è obbligato a risarcirlo".

¹⁵⁹ B. BOSCHETTI, *Natura oggettiva della responsabilità per danni in materia di appalti: nuovi fondamenti tra norme e principi*, cit., 172.

subordinato alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole dell'ente pubblico aggiudicatore, configurandosi in questo modo una responsabilità precontrattuale oggettiva (culpa in contrahendo in re ipsa).