

La Corte di Giustizia traccia la rotta per la risarcibilità della perdita di *chance* per mancata aggiudicazione di appalti europei

di Federico Ponte

Title: The Court of Justice sets new direction for the damages in the field of loss of chance, in case of failure of European procurement award

Keywords: Public procurement, Loss of chance, Substantial form.

1. – Con sentenza resa il 3 maggio 2018 nella causa causa C-376/16 la Corte di Giustizia dell'Unione europea, quarta sezione, ha definito, a mente dell'art. 56 del proprio Statuto, l'impugnazione della decisione resa dal Tribunale con sentenza del 27 aprile 2016, *European Dynamics Luxembourg e a./EUIPO* (T-556/11). La materia oggetto della controversia è quella degli appalti pubblici dell'Unione europea, disciplinata dal Regolamento (UE, EURATOM) n. 966/2012, ovvero il “regolamento finanziario generale dell'Unione europea” e il Regolamento delegato (UE) n. 1268/2012, recante le modalità di applicazione del predetto regolamento che, nel regolare la materia del bilancio, stabilisce le norme di base in materia di *procurement*.

2. – Per un'opportuna comprensione della decisione, si rende preliminarmente necessario dar conto dei fatti che hanno originato il giudizio dinanzi al Tribunale, oggetto poi di impugnazione innanzi alla Corte di Giustizia. L'EUIPO, ovvero l'Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale è l'Agenzia preposta alla gestione dei marchi e del design industriale per il mercato interno dell'Unione europea che, a mente dell'art. 115, par. 1 e 2, del regolamento (CE) n. 207/2009 sul marchio dell'Unione europea, ha personalità giuridica e gode della più ampia capacità giuridica riconosciuta alle persone giuridiche dalle legislazioni nazionali. Esso ha, in data 15 gennaio 2011, pubblicato un bando per una gara d'appalto per la fornitura di servizi informatici per la produzione di prototipi, analisi, progettazione, progettazione e grafica, lo sviluppo, il collaudo e l'installazione di sistemi d'informazione, nonché nel mettere a disposizione la documentazione tecnica, la formazione e la manutenzione di tali sistemi. Scopo dell'appalto era la conclusione di contratti quadro con tre fornitori dei suddetti servizi, con un sistema a cascata: se l'offerente classificato al primo posto non fosse stato in grado di fornire i servizi richiesti, l'EUIPO si sarebbe rivolto al secondo e dunque al terzo. L'appalto sarebbe stato aggiudicato secondo il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, secondo il miglior rapporto qualità-prezzo.

Le società *European Dynamics Luxembourg SA*, *European Dynamics Belgium SA* e *Evropaïki Dynamiki* (di seguito, per brevità, *European Dynamics*), che hanno

partecipato insieme alla gara d'appalto, non si sono aggiudicate la procedura, classificandosi quarte. Da notare che esse, pur avendo conseguito il miglior punteggio per quanto riguarda le offerte tecniche (basate su criteri qualitativi, ovvero discrezionali), conseguivano il peggiore per quanto riguarda la offerte economiche. Lo scarto tra European Dynamics e il consorzio Drasis, terzo classificato, era di appena 0,93/100.

A seguito del rigetto della propria offerta European Dynamics ritiene di dover ricorrere al Tribunale, impugnando il medesimo rigetto al fine di ottenere il suo annullamento e quello di tutte le decisioni corellate ed il conseguente risarcimento dei danni, per tre motivi principali:

- (1) Violazione dell'obbligo di motivazione, in quanto le informazioni e spiegazioni fornite dall'EUIPO a seguito del rigetto dell'offerta non sarebbero state sufficienti per consentire alle ricorrenti di comprendere il ragionamento che ha condotto l'amministrazione aggiudicatrice ad adottare la decisione di attribuzione dell'appalto.
- (2) Errore manifesto di valutazione riguardanti l'uso di criteri di aggiudicazione non previsti nel capitolato d'oneri, l'uso di una formula di valutazione economica errata, la sua manipolazione da parte degli aggiudicatari e la modifica dell'oggetto dell'appalto.
- (3) Violazione del principio della parità di trattamento, in quanto taluni degli aggiudicatari si trovavano in situazione di conflitto di interessi (in quanto partecipanti alla redazione del capitolato) o rientravano in cause di esclusione (in quanto implicati in casi di frode, corruzione e pagamento di tangenti).

Pur non essendo questa la sede deputata per conoscere in maniera analitica del giudizio innanzi al Tribunale, si rende necessario prenderne contezza nella misura in cui ciò è necessario a prendere in esame il successivo giudizio della Corte di Giustizia.

Con riferimento al terzo motivo, esaminato per primo, il Tribunale ritiene che un soggetto parte del consorzio Drasis, sebbene non direttamente implicato in casi di frode, corruzione e pagamenti di tangenti era all'epoca dei fatti legato da vincoli strutturali a una società la cui responsabilità era stata accertata mediante accordi bonari. L'EUIPO, venendo meno ai suoi obblighi di cui all'art. 134, par. 3, primo comma, delle modalità di esecuzione del regolamento finanziario generale, non ha infatti richiesto un estratto recente del casellario giudiziale o documento equivalente. Questa sola ragione basta per annullare la decisione di rigetto dell'offerta del ricorrente.

Con riferimento al secondo motivo, concernente gli errori di valutazione, il Tribunale rileva una pluralità di violazioni alle regole degli appalti europei, la maggior parte dei quali attengono al *drafting* sostanziale del capitolato. A tal proposito si ritiene che formule che richiedono ai partecipanti di descrivere «i punti principali», o gli «aspetti chiave» dei loro sistemi di gestione risulta vago e dunque inidoneo, in quanto non potrà essere interpretato da tutti gli offerenti allo stesso modo, e conseguentemente l'amministrazione aggiudicatrice non potrà effettuare una valutazione comparativa. A ciò si collega, ed è noto nella giurisprudenza europea, che un'amministrazione aggiudicatrice non può applicare sottocriteri per i criteri di aggiudicazione che non abbia preventivamente portato a conoscenza degli offerenti (v., in tal senso, sentenze del 24 gennaio 2008, *Lianakis e a.*, C-532/06, punti da 36 a 38, e del 21 luglio 2011, *Evropaïki Dynamiki/EMSA*, C-252/10, punti 30 e 31), nel caso di specie infatti i sottocriteri erano stati forniti solo nella relazione di valutazione fornita successivamente.

Per quanto riguarda il primo motivo, il vizio di motivazione, il Tribunale riconosce non è necessario che l'amministrazione aggiudicatrice trasmetta nè una sintesi minuziosa del modo in cui ciascun dettaglio dell'offerta è stato presa in considerazione, nè un'analisi comparativa minuziosa tra le offerte, e neppure una copia della valutazione (ordinanze del 20 settembre 2011, *Evropaïki Dynamiki/Commissione*, C-561/10, punto 27; del 29 novembre 2011, *Evropaïki Dynamiki/Commissione*, C-235/11, punti 50 e 51, e sentenza del 4 ottobre 2012, *Evropaïki Dynamiki/Commissione*, C-629/11, punti da 21 a 23). Ciò nonostante il Tribunale precisa che la motivazione fornita deve contenere

indicazioni tali per comprendere sia la valutazione della qualità tecnica dell'offerta, che la valutazione comparativa di detta offerta con quella degli aggiudicatari. Laddove, come in questo caso, la formula di calcolo preveda che la sottrazione dei punti ad un'offerta implichi l'arricchimento di quella altrui, l'obbligo di motivazione la spiegazione del modo in cui le valutazioni negative hanno determinato la detrazione di punti.

Alla luce dei motivi esposti, risolvendo il quarto motivo, il Tribunale non solo dispone l'annullamento della decisione dell'EUIPO di rigetto dell'offerta di European Dynamics e di quelle connesse, ma condanna altresì al risarcimento dei danni per perdita dell'opportunità di vedersi aggiudicare il contratto quadro.

3. – Venendo al giudizio innanzi alla Corte di Giustizia, il primo motivo di impugnazione da parte dell'EUIPO muove dal presupposto che il Tribunale, nel momento in cui ha rilevato una violazione del principio di parità di trattamento e dell'obbligo di diligenza, ha statuito *ultra petita*. La doglianza deriva dal fatto che, in udienza, European Dynamics avrebbe rinunciato all'argomento.

Simens AG, che per un certo periodo aveva il controllo indiretto su Siemens SA e SL, membri del consorzio Drasis, era risultata implicata in accertati casi di frode, corruzione e pagamento di tangenti. Ed è dall'analisi e dall'accertamento dei vincoli strutturali intercorrenti che il Tribunale arriva ad affermare la violazione dell'obbligo di diligenza da parte dell'EUIPO. Essendo questo vincolo strutturale ciò su cui si fonda l'asserita violazione dell'Agenzia, rileva la Corte, una volta rinunciato, non può più sorreggere il motivo dedotto. Ciò sulla base di una consolidata giurisprudenza, per cui la controversia è determinata e circoscritta dalle parti e che il giudice dell'Unione non può statuire *ultra petita* (sentenza del 3 luglio 2014, *Electrabel/Commissione*, C-84/13, punto 49; sentenza del 10 dicembre 2013, *Commissione/Irlanda*, C-272/12, punto 27).

Da questa regola esulano i motivi di ordine pubblico, che impongono l'esame d'ufficio da parte del giudice. I giudici liquidano tuttavia rapidamente il motivo, sostenendo che, pur avendo il tema dell'esclusione (segnatamente artt. 93 e 94 del regolamento finanziario e artt. 133 bis e 134 ter delle modalità di esecuzione) importanza rilevante nel settore degli appalti pubblici, la violazione non configura una violazione di forma sostanziale.

Questa è una categoria dai contorni assai sfumati, che da un lato trova ancoraggio nelle limitate disposizioni che prescrivono requisiti di forma per certi atti, e dall'altro patisce del principio della libertà delle forme. Non è pertanto dato comprendere quale gravità, nell'ambito di una violazione di obbligo di motivazione attribuita all'EUIPO, dovrebbe raggiungersi affinché si concretizzi in motivi di ordine pubblico (sul tema P. Provenzano, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2015, pp. 35-37). Ad esempio è stata ritenuta violazione della forma sostanziale la mancata valutazione della configurabilità quali «aiuti già esistenti» di esenzioni già previste (sentenza del 2 dicembre 2009, C-89/08, *Commissione/Irlanda e a.*, punto 34), o ancora, nella giurisprudenza citata dalla stessa sentenza in commento (sentenza del 4 aprile 2017, *Mediatore/Staelen*, C-337/15, punto 85), era stato il Tribunale stesso a non offrire motivazioni a sostegno di una qualificazione dal medesimo compiuta, cosa che ha reso impossibile per la Corte valutare la sua eventuale commissione di un errore di diritto.

Su tali argomenti, la Corte di Giustizia accoglie il primo motivo dell'EUIPO.

Col secondo motivo l'EUIPO si duole che il Tribunale, che ha rilevato errori di valutazione nella sua decisione, non ha valutato l'incidenza concreta dei medesimi sul risultato finale della procedura. Ciò in quanto i voti attribuiti a ciascun criterio non sono stati tutti contestati e, peraltro, non sono nemmeno stati tutti esaminati. Ma quest'onere non può, di per sé, esser richiesto al Tribunale: l'insegnamento della Corte è infatti che spetta al ricorrente che ha proposto l'impugnazione indicare e dimostrare che la

decisione di rigetto dell'offerta non avrebbe potuto essere più favorevole per l'operatore economico escluso in assenza di detti errori.

Peraltro l'EUIPO sostiene altresì che, nel valutare la decisione di rigetto dell'offerta, il Tribunale avrebbe applicato un controllo troppo esteso della decisione di rigetto dell'offerta, interferendo col margine di valutazione a questa spettante. La Corte in questo caso non si addentra nelle analitiche argomentazioni svolte dal Tribunale, che vanno dai punti 88 a 214 della sentenza impugnata, ma si limita a rilevare come di questi, l'EUIPO, ha omesso di impugnare quello concernente il criterio n. 1, sottocriterio n. 1.4, punto 1.4.4.10, del capitolato d'oneri. Questo è, ad avviso dei giudici di Lussemburgo, sufficiente a respingere il capo del motivo senza esaminarlo, in quanto il solo punto 1.4.4.10 sarebbe stato di per sé astrattamente idoneo, ove viziato, a comportare l'annullamento del rigetto dell'offerta. Ne deriva, per il Tribunale, l'impossibilità di accogliere il motivo in discorso.

Il terzo motivo concerne la critica delle asserite carenze di motivazione per quanto riguarda la correlazione tra, da una parte, le valutazioni negative specifiche enunciate nel rapporto di valutazione, e, dall'altra, le detrazioni di punti netti operate. Qui viene in gioco l'art. 100, par. 2, del regolamento finanziario, in quanto esso prescrive che debbano essere comunicati solamente «i motivi del rifiuto», non essendo dovuta né una sintesi minuziosa del modo in cui i singoli elementi dell'offerta sono stati presi in considerazione, né una copia della relazione di valutazione (sentenza del 4 ottobre 2012, *Evropaiki Dynamiki/Commissione*, C-629/11, punti 21 e 22).

Tuttavia, nel caso in cui ci siano pesi quantitativi specifici collegati a criteri e sottocriteri, come nel caso di specie, gli operatori economici devono poter conoscere il peso dei medesimi, al fine di comprendere l'impatto delle singole valutazioni sul punteggio finale: per tale ragione il terzo motivo dell'EUIPO non è accolto.

In sintesi e fino a questo punto, la Corte si trova a riconoscere che il Tribunale ha reso una decisione viziata da errore di diritto, statuendo *ultra petita*, per quanto riguarda la presenza di cause di esclusione in capo a un aggiudicatario, ma che per quanto riguarda gli altri due motivi di ricorso innanzi alla Corte medesima, ossia errori manifesti di valutazione e vizi di valutazione) essa è da considerarsi legittima.

4. – Le più importanti suggestioni della sentenza in discorso provengono da ciò che concerne la richiesta di risarcimento per danno extracontrattuale concessa dal Tribunale all'European Dynamics e che l'EUIPO contesta, ritenendo che la sentenza sia viziata da errori di diritto e da difetto di motivazione.

La base da cui prendere le mosse è l'art. 340 del TFUE che, in materia di responsabilità extracontrattuale, prevede che «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.»

Secondo la costante giurisprudenza poi sono tre i requisiti che devono sussistere affinché possa configurarsi questo tipo di responsabilità: (1) l'illegittimità del comportamento contestato, (2) l'effettività del danno e (3) il nesso di causalità tra il comportamento e il danno lamentato. Detta responsabilità non è confinata alle sole istituzioni dell'Unione espressamente considerate tali dai Trattati, ma si estende anche ai suoi organismi (*ex multis*, sentenza 10 aprile 2002, *Lamberts/Mediatore*, T 209/00, punto 49). A ulteriore conferma, l'art. 118, par. 3, del Regolamento (CE) n. 207/2009 sul marchio comunitario, prevede espressamente che «in materia di responsabilità extracontrattuale l'Ufficio risarcisce, conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri, i danni cagionati dai suoi servizi o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni.»

L'EUIPO sostiene che l'illiceità del proprio comportamento non è stata dimostrata e che parimenti indimostrato è che la concessione di un indennizzo sulla base della perdita di un'opportunità in materia di appalti pubblici è un principio di diritto dell'Unione o un principio comune agli Stati membri.

Per propria parte, European Dynamics richiama a sostegno l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, invocando una tutela giurisdizionale effettiva: l'annullamento della decisione infatti, di per sé e senza che sia stata ammessa una misura sospensiva nel corso del procedimento sommario, non offre alcun vantaggio all'offerente escluso: in assenza di un ristoro patrimoniale non sarebbe ipotizzabile alcuna tutela effettiva. Le divergenze all'interno degli Stati membri sono da ritenersi esclusivamente attinenti all'*an* e non al *quantum* dei risarcimenti, atteso che in taluni ordinamenti questo è limitato alle sole spese sostenute per la partecipazione alla procedura d'appalto.

Già per stessa ammissione del Tribunale il risarcimento non si fondava sui vizi di motivazione, in quanto per costante giurisprudenza questi non sono idonei a dimostrare che in presenza di una motivazione adeguata l'appalto sarebbe stato assegnato alla parte ricorrente (sentenza del 17 ottobre 2012, *Evropaiki Dynamiki/Corte di giustizia*, T-447/10, punto 123).

Pertanto esso dev'essere ora valutato – dalla Corte di Giustizia, a mente dell'art. 61 del proprio Statuto – alla luce del solo secondo motivo di ricorso, ossia quello che riguarda gli errori manifesti di valutazione, considerato che il motivo attinente al principio di parità di trattamento è stato dichiarato viziato da errore di diritto.

La Corte, richiamando la sua giurisprudenza, accanto tre requisiti suesposti, ribadisce che il danno dev'essere reale e certo, e derivare in maniera sufficientemente diretta dal comportamento illegittimo delle istituzioni (sentenza del 30 maggio 2017, *Safa Nicu Sepahan/Consiglio*, C-45/15, punto 61).

La discrezionalità amministrativa che spetta alla stazione appaltante non è sufficiente a escludere *a priori* la sussistenza di un danno risarcibile rendendolo ipotetico o incerto ma, casomai, a gettare nell'incertezza la determinazione del *quantum* (sentenza del 9 novembre 2006, *Agraz e a./Commissione*, C-243/05 P, punti da 26 a 42). Ciò è più vero laddove vi siano elementi atti a limitare la discrezionalità: nel caso di specie infatti la stazione appaltante aveva già attribuito all'European Dynamics il punteggio più elevato per l'offerta tecnica e l'aveva classificata al quarto posto: è evidente che, in seguito al rigetto dell'offerta di un concorrente, la sua collocazione al terzo posto – e dunque tra gli aggiudicatari – sarebbe di difficile smentita.

Tuttavia, la Corte pone l'onere della prova in capo alla parte che adduce la responsabilità extracontrattuale dell'Unione, che sarà chiamata a provare l'*an*, il *quantum* e un nesso sufficientemente diretto di causa-effetto tra comportamento dell'istituzione e danno dedotto (sentenza del 20 dicembre 2017, *EU IPO/European Dynamics Luxembourg e a.*, C-677/15, punto 100). E' a questo punto evidente che ricorso di European Dynamics non soddisfa i requisiti prescritti: pur avendo essa in linea teorica affermato che dall'applicazione corretta della gara d'appalto avrebbe ricavato una migliore classificazione per la propria offerta, essa non è riuscita a provare concretamente se e in che misura sarebbe stata classificata in una posizione migliore o avrebbe ottenuto l'appalto di cui trattasi.

5. – I ragionamenti finora riportati offrono l'occasione per dare conto di come, ad oggi, si collochi la perdita di chance in materia di appalti nel nostro ordinamento. La figura della perdita di chance, che può essere invocata «quando l'impresa non riesce a provare che avrebbe avuto diritto all'aggiudicazione dell'appalto secondo le regole di gara» (TAR Sicilia, Sez. IV, 13 novembre 2015, n. 2616), è stata variamente declinata nel nostro ordinamento (sul tema L. Parona, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione nel settore degli appalti pubblici. Profili teorici e questioni applicative*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2017, fasc. 4, pagg. 1181 e ss.), per spaziare da una teoria eziologica a una teoria ontologica.

La prima, com'è noto, vede la perdita di chance come fosse lucro cessante, configurando la chance medesima come un diritto potenzialmente raggiungibile ma non

ancora acquisito, considerandola pertanto alla stregua di un nesso di causalità attenuato che permette, nell'impossibilità di dimostrare pienamente questo, strumento per descrivere una sequenza causale.

La teoria ontologica al contrario configura la perdita come danno emergente, in quanto perdita di un bene – la prospettiva favorevole – già nel possesso del patrimonio del soggetto, e caratterizzato dall'indimostrabilità della futura realizzazione della medesima, restando sempre confinata nell'ambito del potenzialmente idoneo.

E' evidente pertanto la sponda di maggior rigore che offre la teoria eziologica, in quanto impone l'onere di dimostrare che in assenza di un fatto lesivo altrui il risultato vantaggioso si sarebbe sicuramente verificato. Non sono infatti mancati casi in cui il danno è stato ritenuto risarcibile solo in presenza di probabilità di aggiudicazione dell'appalto «almeno pari al 50 per cento» (Cons. di Stato, Sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4952), con tutte le complicazioni che derivano dalla partecipazione di più di due operatori alla procedura, a fronte di una giurisprudenza più risalente che ha richiesto – dando prevalenza alla teoria ontologica – atteso che il soggetto è chiamato a dimostrare la mera possibilità di raggiungere il risultato sperato, la ristorazione del danno sulla base di un giudizio di mera congruità e verosimiglianza.

Orbene, alla luce di quanto sopra descritto sembra che la Corte di Giustizia propenda, allineandosi con la giurisprudenza amministrativa italiana, per una tesi di tipo eziologico. Intanto, perché la prova che si richiede a chi vuole vedere risarcita la propria perdita di chance è significativamente onerosa: non può limitarsi a dimostrare gli specifici vizi in cui la stazione appaltante è incorsa, ma anche in che misura ne avrebbe giovato la propria posizione.

Anche i criteri che il Tribunale, nel giudizio impugnato (punti 275 – 280), aveva proposto affinché EUIPO e European Dynamics addivenissero ad un accordo sul risarcimento, si pongono sul fronte eziologico: (1) valore del contratto quadro, (2) grado di probabilità di successo dell'offerta del ricorrente al netto degli errori di valutazione commessi, (3) utile netto che la ricorrente avrebbe potuto realizzare, (4) detrazione degli utili altrimenti realizzati, (5) rapportazione dell'utile netto accertato al grado di probabilità di successo. Infatti, se questi criteri sono – come vorrebbe la teoria ontologica – utilizzati per la quantificazione del danno, l'attezione che si pone alla probabilità di successo, quale elemento escludente per l'*an* del medesimo, lasciano propendere per un'impostazione di tipo eziologico. D'altra parte anche la normativa europea, e segnatamente la Direttiva 89/665/CEE in materia di ricorso per gli appalti pubblici, al suo art. 2, co. 1, lett. c), prevedendo un «risarcimento danni alle persone lese dalla violazione» in materia di procedure di aggiudicazione, sembra lasciar intendere una concreta lesione, ben al di là della mera astratta possibilità caratteristica della tesi ontologica. Infine, anche nella giurisprudenza europea non mancano casi in cui si è espressamente qualificata la perdita di chance come una forma di lucro cessante (ordinanza del Presidente del Tribunale del 20 gennaio 2010, causa T-443/09, *Agriconsulting Europe/Commissione*, punto 32).