

Causa C-568/08

**Combinatie Spijker Infrabouw/De Jonge Konstruktie
van Spijker Infrabouw BV
de Jonge Konstruktie BV
contro
Provincie Drenthe**

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Rechtbank Assen (Paesi Bassi)]

«Appalti pubblici – Procedimenti di ricorso in materia di appalti pubblici di lavori e di forniture – Provvedimenti provvisori adottati in via cautelare – Danni derivanti dalla violazione del diritto dell'Unione – Criteri di imputazione della responsabilità e di quantificazione del danno»

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Rechtbank Assen (in prosieguo: il «Rechtbank») verte sull'interpretazione della 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 (2), come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992 (3) (in prosieguo: la «direttiva 89/665»).

2. Con le sue cinque questioni, in gran parte suddivise a loro volta in varie altre questioni, il Rechtbank chiede alla Corte di pronunciarsi su due materie nettamente distinte.

3. Da un lato, si chiede se i procedimenti di ricorso previsti dalla direttiva 89/665, e specificamente dai suoi artt. 1, nn. 1 e 3, e 2, nn. 1 e 6, ostino ad una normativa processuale nazionale sui provvedimenti d'urgenza come quella dei Paesi Bassi, che di regola, in materia di appalti pubblici, attribuisce la competenza ai giudici civili, pur ponendo limiti quanto alle possibilità di presentare deduzioni e alla produzione di elementi probatori e, in definitiva, configura tali provvedimenti come misure autonome rispetto al giudizio di merito in cui vengono accertati definitivamente i rapporti giuridici, attribuendo così a detti provvedimenti un certo carattere duraturo.

4. Dall'altro, il Rechtbank chiede se, ai fini dell'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665, vale a dire, per «accordare un risarcimento danni alle persone lese dalla violazione», il diritto dell'Unione stabilisca criteri per l'imputazione di tale responsabilità, nonché per la fissazione e la quantificazione del danno.

5. In questi termini, la presente causa offre l'opportunità di precisare taluni aspetti della direttiva 89/665 di notevole interesse ai fini del mantenimento della legalità che il diritto dell'Unione europea esige in materia di appalti pubblici.

I – I fatti

6. Allo scopo di rinnovare due ponti levatoi sul canale navigabile Erica-Ter Apel nel comune di

Emmen, la Provincia di Drenthe (in prosieguo: la «Provincia») indiceva una gara per l'aggiudicazione di un appalto di lavori, il cui bando veniva pubblicato sulla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* del 18 luglio 2007 (4).

7. L'Unione europea accordava una sovvenzione al progetto, soggetta alla condizione che il lavoro fosse concluso entro un determinato termine, la cui scadenza era fissata per il 1° luglio 2008.

8. Venivano presentate offerte da quattro imprese; il prezzo più basso risultava quello della Machinefabriek Emmen B.V. (in prosieguo: la «MFE»), mentre la Combinatie Spijker Infrabouw (in prosieguo: la «Combinatie») si classificava seconda.

9. Il 2 ottobre 2007 la Provincia comunicava alla Combinatie che intendeva aggiudicare l'appalto alla MFE, avendo questa presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa.

10. Il 18 ottobre 2007 la Combinatie reagiva alla decisione di aggiudicazione chiedendo al giudice dei provvedimenti d'urgenza del Rechtbank Assen (in prosieguo: il «giudice dei provvedimenti d'urgenza») di dichiarare che l'offerta della MFE non era valida e che, pertanto, la Combinatie era l'impresa che aveva offerto il prezzo più basso, nonché di disporre che le fosse aggiudicato l'appalto qualora la Provincia avesse proceduto all'aggiudicazione.

11. Tuttavia, nelle more di tale procedimento cautelare, il 1° novembre 2007 la Provincia comunicava a tutti gli offerenti la revoca della gara e, pertanto, della propria decisione di aggiudicazione notificata il 2 ottobre 2007, in quanto riteneva che la procedura di appalto fosse inficiata da taluni vizi essenziali (5).

12. La Combinatie non rinunciava tuttavia alla propria domanda di provvedimenti d'urgenza. Il 9 novembre 2007 la MFE, aggiudicataria originaria, interveniva nel procedimento dinanzi al giudice dei provvedimenti d'urgenza chiedendo che le fosse aggiudicato l'appalto. La Provincia affermava nella sua comparsa di risposta che non intendeva aggiudicare l'appalto a nessuna delle imprese offerenti.

13. Il 28 novembre 2007 il giudice dei provvedimenti d'urgenza pronunciava un'ordinanza – provvisoriamente esecutiva – il cui passaggio decisivo ai fini della presente analisi enunciava che, poiché «con lettera 2 ottobre 2007 la Provincia ha comunicato che intendeva aggiudicare l'appalto alla Machinefabriek Emmen, qualora non fosse stato avviato un procedimento cautelare entro quindici giorni, la Provincia, in questa fase della procedura di gara, in forza del principio di uguaglianza e del principio del legittimo affidamento, nonché in base alla buona fede precontrattuale, non è più libera di aggiudicare i lavori, mediante una seconda gara, ad un offerente diverso da quello al quale dovevano essere assegnati in base alla prima gara» (6), il che, secondo il dispositivo dell'ordinanza, comportava «il divieto di aggiudicare l'appalto ad un terzo diverso dalla Machinefabriek».

14. Cinque giorni dopo, il 3 dicembre 2007, la Provincia aggiudicava il contratto alla MFE.

15. L'11 dicembre 2007 la Combinatie ricorreva in appello dinanzi al Gerechtshof Leeuwarden, chiedendo che fosse sospesa l'esecuzione della decisione del giudice dei provvedimenti d'urgenza.

16. Il Gerechtshof Leeuwarden respingeva la domanda di sospensione con sentenza interlocutoria 30 gennaio 2008, ritenendo che la MFE avesse un interesse che doveva essere ragionevolmente rispettato all'esecuzione della sentenza del giudice dei provvedimenti d'urgenza. Benché si potesse proseguire nel ricorso per le altre richieste ai fini dell'annullamento o della conferma dell'ordinanza del giudice dei provvedimenti d'urgenza (7), la Combinatie ritirava il ricorso.

17. In seguito, la Combinatie ha citato in giudizio la Provincia dinanzi al Rechtbank per ottenere il risarcimento dei danni derivanti dalla revoca della gara d'appalto. L'atto di citazione è stato notificato alla Provincia il 29 febbraio 2008. Il 22 dicembre 2008 il Rechtbank ha presentato la presente domanda di pronuncia pregiudiziale.

II – Le questioni pregiudiziali

18. Il Rechtbank premette nella sua decisione di rinvio, e tale elemento risulta particolarmente rilevante, che la decisione della Provincia di revocare la propria delibera di aggiudicazione del 2 ottobre 2007 e di indire una nuova gara costituiva, a suo parere, l'unica opzione conforme ad

un'applicazione corretta delle disposizioni in materia di appalti pubblici.

19. In base a tale premessa, detto giudice ha sospeso il procedimento e ha sottoposto alla Corte, ai sensi dell'art. 267 TFUE, le seguenti questioni pregiudiziali:

«1.a) Se gli artt. 1, nn. 1 e 3, e 2, nn. 1 e 6, della direttiva 89/665/CEE, debbano essere interpretati nel senso che tali disposizioni non vengono rispettate se la tutela giurisdizionale che il giudice nazionale deve garantire nei ricorsi in materia di appalti pubblici comunitari viene ostacolata in quanto in un sistema, in cui tanto il giudice amministrativo quanto il giudice civile possono essere competenti in merito alla stessa decisione e ai suoi effetti, possono coesistere decisioni contrastanti.

b) Se a questo riguardo sia consentito che il giudice amministrativo si limiti al giudizio e alla decisione sulla delibera di aggiudicazione e, in caso di risposta affermativa, perché e/o a quali condizioni.

c) Se a questo riguardo sia consentito che il Codice di diritto amministrativo, che disciplina in generale i ricorsi dinanzi al giudice amministrativo, escluda siffatto ricorso nel caso di decisioni aventi ad oggetto la stipula di un contratto di appalto tra l'amministrazione aggiudicatrice ed uno degli offerenti e, in caso di risposta affermativa, perché e/o a quali condizioni.

d) Se a questo riguardo sia rilevante la soluzione della questione n. 2.

2.a) Se gli artt. 1, nn. 1 e 3, e 2, nn. 1 e 6, della direttiva 89/665/CEE, debbano essere interpretati nel senso che tali disposizioni non vengono rispettate se per ottenere una decisione in tempi brevi è disponibile un unico procedimento, caratterizzato dal fatto che esso, in linea di principio, mira ad ottenere rapidamente un ordine giurisdizionale, che non esiste un diritto allo scambio di conclusioni tra avvocati, che di norma si producono solo prove scritte e che non trovano applicazione le norme di legge sulla prova.

b) In caso di soluzione negativa, se ciò valga anche nel caso in cui la sentenza non determini l'accertamento definitivo dei rapporti giuridici, né faccia parte di un processo decisionale che porti ad un siffatto giudicato.

c) Se sia rilevante che la sentenza vincoli solo le parti del processo, mentre possono esserci anche altri interessati.

3. Se sia compatibile con la direttiva 89/665/CEE che un giudice, in un procedimento sommario, ordini ad un'amministrazione aggiudicatrice di adottare una delibera di aggiudicazione che successivamente, in un giudizio di merito, viene dichiarata contraria al diritto comunitario in materia di appalti pubblici.

4.a) In caso di soluzione negativa di tale questione, se l'amministrazione aggiudicatrice debba essere considerata responsabile per questo e, in tal caso, in che senso.

b) Se ciò valga anche in caso di soluzione affermativa della medesima questione.

c) Qualora l'amministrazione aggiudicatrice debba risarcire il danno, se il diritto comunitario fissi criteri sulla base dei quali tale danno deve essere accertato e valutato e, in tal caso, quali siano siffatti criteri.

d) Qualora l'amministrazione aggiudicatrice non possa essere considerata responsabile, se, ai sensi del diritto comunitario, si possa indicare un altro responsabile, e quale sia il fondamento di tale responsabilità.

5. Qualora, ai sensi del diritto nazionale e/o in forza delle soluzioni alle questioni che precedono, risulti di fatto impossibile o estremamente difficile giungere ad un'attribuzione pratica di responsabilità, come debba agire il giudice nazionale».

III – Il procedimento dinanzi alla Corte

20. La decisione che ha dato luogo al presente procedimento pregiudiziale è pervenuta presso la Cancelleria della Corte il 22 dicembre 2008.

21. Hanno presentato osservazioni entro il termine prescritto dall'art. 23 dello Statuto CE della

Corte la Combinatie, la Provincia, il governo dei Paesi Bassi e la Commissione.

22. A seguito della riunione generale del 1° dicembre 2009, la Corte ha deciso, ai sensi dell'art. 104, n. 5, del suo regolamento di procedura, di chiedere al Rechtbank una serie di precisazioni sul valore economico dell'appalto aggiudicato dalla Provincia. Con risposta pervenuta alla cancelleria della Corte il 2 febbraio 2010, il Rechtbank ha chiarito che tale appalto rientra in un'opera più generale, riguardante il canale navigabile Erica-Ter Apel, il cui valore complessivo, al netto dell'IVA, è stimato in EUR 6 100 000.

23. In seguito ad un nuovo esame della causa nella riunione generale del 23 marzo 2010, si è deciso di rivolgere alle parti intervenute nel procedimento pregiudiziale una serie di quesiti relativi all'esecuzione dei provvedimenti d'urgenza secondo il diritto dei Paesi Bassi, alle possibilità offerte da tale diritto per ottenere l'annullamento del contratto e alle opzioni di cui disponeva la Provincia a seguito dell'ordinanza cautelare.

24. Le ultime risposte tradotte in francese sono pervenute il 7 giugno 2010, data a partire dalla quale, non essendo stata chiesta un'udienza, la causa era matura per la presentazione delle conclusioni.

IV – Sulla normativa applicabile

A – Il diritto dell'Unione

1. La direttiva 2004/18/CE (8)

25. L'art. 7, lett. c), fissa le soglie del valore degli appalti pubblici di lavori:

«La presente direttiva si applica agli appalti pubblici che non sono esclusi (...) e il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) è pari o superiore alle soglie seguenti:

(...)

5 278 000 EUR, per gli appalti pubblici di lavori» (9).

2. La direttiva 89/665

26. Conformemente all'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665, «[g]li Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalle direttive 71/305/CEE e 77/62/CEE, le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e, in particolare, quanto più rapidi possibile, secondo le condizioni previste negli articoli seguenti, in particolare l'articolo 2, paragrafo 7, qualora violino il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali lo recepiscono» (10).

27. L'art. 1, n. 3, così recita:

«Gli Stati membri garantiscono che le procedure di ricorso siano accessibili, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico di forniture o di lavori e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata. In particolare gli Stati membri possono esigere che la persona che desidera avvalersi di tale procedura abbia preventivamente informato l'autorità aggiudicatrice della pretesa violazione e della propria intenzione di presentare un ricorso».

28. Ai sensi dell'art. 2, nn. 1, 5 e 6:

«1. 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.

(...)

5. 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.

6. 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.

(...)».

3. L'art. 2, n. 7, della direttiva 92/13 [\(11\)](#)

29. Ai sensi di tale disposizione, «[q]ualora venga presentata una richiesta di risarcimento danni in relazione ai costi di preparazione di un'offerta o di partecipazione ad una procedura di aggiudicazione, la persona che avanza tale richiesta è tenuta a provare solamente che vi è violazione del diritto comunitario in materia di appalti o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto e che aveva una possibilità concreta di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, possibilità che, in seguito a tale violazione, è stata compromessa».

B – Il diritto dei Paesi Bassi

30. I Paesi Bassi non hanno adottato misure specifiche per recepire la direttiva 89/665/CEE, in quanto hanno ritenuto che la loro legislazione soddisfacesse i requisiti fissati da tale direttiva [\(12\)](#).

31. La peculiarità della normativa dei Paesi Bassi in questa materia consiste nel fatto che la stipulazione di un contratto pubblico è disciplinata dal diritto privato [\(13\)](#) e le decisioni anteriori adottate dagli organismi amministrativi rientranti nell'ambito della procedura di gara [\(14\)](#) sono considerati meri atti preliminari di un atto giuridico privato.

32. Pertanto, spetta al giudice civile [\(15\)](#) la competenza esclusiva a risolvere le controversie in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, riguardo sia all'adozione di provvedimenti d'urgenza sia al giudizio di merito, che si limita alla concessione di un risarcimento per i danni subiti.

33. Non è previsto alcun intervento, del giudice amministrativo [\(16\)](#), salvo che una legge speciale disponga altrimenti [\(17\)](#).

34. Gli artt. 254-260 del Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Codice di procedura civile olandese; in prosieguo: il «Codice di procedura civile») disciplinano il procedimento cautelare, che, essendo limitato ai casi urgenti, persegue la celerità, è caratterizzato interamente dall'oralità ed è corredato di disposizioni specifiche in materia di prova diverse da quelle dei procedimenti ordinari.

V – I problemi di ricevibilità

A – Una questione preliminare: il valore del progetto

35. La Commissione e il governo dei Paesi Bassi rilevano nelle rispettive osservazioni che l'ordinanza di rinvio non indica il valore dell'appalto di lavori progettato, il che richiede un chiarimento preliminare.

36. Infatti, nella specie, il presupposto per l'applicazione della direttiva 89/665 è che l'appalto della Provincia superi la soglia economica minima fissata dalla direttiva 2004/18, che, in base a quanto esposto in precedenza, all'epoca ammontava, per quanto riguarda gli appalti pubblici di lavori, ad EUR 5 278 000.

37. D'altro canto, conformemente all'art. 9 della direttiva 2004/18, il calcolo del valore stimato dell'appalto pubblico deve basarsi sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice (n. 1) e nessun progetto d'opera può essere frazionato «al fine di escluderlo dall'applicazione della presente direttiva» (n. 3). Qualora un'opera prevista possa dar luogo ad appalti aggiudicati contemporaneamente per lotti distinti, «è computato il valore complessivo stimato della totalità di tali lotti» [n. 5, lett. a)].

38. Alla luce delle precisazioni fornite al riguardo dal Rechtbank, i lavori oggetto della controversia principale fanno parte di un ampio progetto per la costruzione di un collegamento turistico internazionale navigabile tra la Germania e i Paesi Bassi. Tali lavori sono stati suddivisi in varie fasi, ma perseguono lo stesso obiettivo sotto il profilo funzionale, sicché, conformemente alle citate disposizioni, si deve evitare la suddivisione, ai fini della stima del suo valore, del progetto globale. Pertanto, come afferma il giudice del rinvio, e tenuto conto del fatto che l'ente competente incaricato dell'esecuzione ha fissato i costi sovvenzionabili in EUR 6 100 000, si deve ritenere che il valore dell'insieme dei progetti superi di gran lunga la suddetta soglia economica.

39. Pertanto, l'appalto di lavori destinato al rinnovo di due ponti levatoi sul collegamento navigabile Erica-Ter Apel, in ragione del suo valore, è disciplinato dalla direttiva 2004/18 e, conseguentemente, è soggetto alle garanzie di ricorso previste dalla direttiva 89/665.

B – *Il carattere ipotetico della prima questione*

40. Il Rechtbank ha rivolto alla Corte una serie articolata di questioni, la prima delle quali, come si vedrà in prosieguo e come è emerso dal procedimento, è di natura meramente ipotetica e risulta, pertanto, irricevibile.

41. Occorre ricordare, in limine, che la causa principale da cui trae origine il presente rinvio pregiudiziale è un procedimento civile avente ad oggetto una domanda di risarcimento per la mancata aggiudicazione secondo diritto di un appalto pubblico che, come ricordato, nei Paesi Bassi è disciplinata dal diritto privato. Tuttavia, il Rechtbank inserisce nel primo quesito una serie di questioni che non sono ricollegabili (se non indirettamente) alla reale natura del procedimento né alla domanda principale in esso formulata e che si espongono, pertanto, ad una censura di irricevibilità (18).

42. Infatti, il Rechtbank muove dal presupposto [prima questione, sub a)] che si possa verificare una violazione di determinate disposizioni della direttiva 89/665 qualora si renda difficile (e l'enunciato stesso della questione costituisce già di per sé un giudizio di valore) la tutela giuridica in quanto l'ordinamento giuridico dei Paesi Bassi consente sia ai giudici civili che a quelli amministrativi di adottare «decisioni contrastanti». Nei tre punti successivi della prima questione, il Rechtbank ribadisce tale premessa, come risulta dall'espressione introduttiva «a questo riguardo», che viene utilizzata all'inizio di ciascuno di essi, e chiede se sia lecito, da un lato, che il giudice amministrativo si limiti al giudizio e alla decisione sulla delibera di aggiudicazione [questione sub b)] e, dall'altro, che il codice di diritto amministrativo escluda il ricorso dinanzi a detto giudice nel caso di decisioni dell'amministrazione sull'aggiudicazione [questione sub c)] (19), e chiede, infine, [(questione sub d)], se sulla soluzione del primo quesito possa influire la circostanza che, nel contesto della prima questione, la Corte rilevi un'eventuale infrazione del diritto dell'Unione nelle modalità con cui l'ordinamento giuridico olandese disciplina i provvedimenti d'urgenza.

43. La natura ipotetica di tutti i punti della prima questione è indiscutibile. A tal riguardo, è sufficiente rilevare che sia il giudice dei provvedimenti d'urgenza, sia il Gerechtshof Leeuwarden (prima sezione civile, in qualità di giudice di appello) e il Rechtbank (giudice del rinvio, dinanzi al quale è pendente la domanda di risarcimento dei danni), vale a dire tutti gli organi giurisdizionali intervenuti da quando la Combinatie ha avviato il procedimento, appartengono alla giurisdizione civile.

44. A prescindere dal fatto che, secondo quanto riferito dalle parti a proposito della normativa dei Paesi Bassi (20), l'esame simultaneo da parte dei giudici civili e amministrativi potrebbe presentarsi solo eccezionalmente, in ogni caso tale circostanza non si è verificata nel caso di specie e, anzi, dall'ordinanza del Rechtbank si può desumere il contrario. Infatti, esso non fa assolutamente

riferimento al fatto che nella specie sia intervenuto un giudice amministrativo, dato che la stessa formulazione della prima questione, sub a), alludendo alla circostanza che «possono essere competenti», sembra riferita ad una mera ipotesi; né viene individuata la «stessa decisione» in merito alla quale possono risultare competenti entrambi i giudici, vista per di più, la diversità dell'oggetto dei ricorsi di cui sono stati investiti il giudice dei provvedimenti d'urgenza (la decisione di aggiudicare l'appalto alla MEF) e il Rechtbank, che si pronuncia solo sulla domanda di risarcimento dei danni, il che condurrebbe alla conclusione che – sempre in questo caso – non sono state adottate decisioni contraddittorie in merito ad una stessa decisione, dato che l'oggetto dell'impugnazione e le richieste formulate sono sostanzialmente diverse.

45. Dinanzi alla palese assenza di intervento, nella specie, del giudice amministrativo, intervento sul quale sono imperniati i quesiti della prima questione, considerato che l'art. 267 TFUE non consente alla Corte di esprimere pareri a carattere consultivo su questioni generali o ipotetiche (21), detta questione, a mio parere, dev'essere dichiarata irricevibile.

VI – Nel merito

46. L'esame delle altre quattro questioni formulate dal Rechtbank, a parte una certa oscurità circa il loro significato, possono essere raggruppate sotto una triplice prospettiva, al fine di analizzarle in rapporto alla direttiva 89/665: A) il sistema di tutela giurisdizionale cautelare, B) l'inesistenza di un sistema di tutela giurisdizionale nel merito diversa da quella relativa alla concessione del risarcimento e C) la determinazione della responsabilità e come essa si traduce in un risarcimento dei danni.

A – La tutela giurisdizionale cautelare: risposta alla seconda questione

47. In generale, con la seconda questione, il Rechtbank chiede se sia compatibile con gli artt. 1, nn. 1 e 3, e 2, nn. 1 e 6, della direttiva 89/665 un procedimento sommario delle misure cautelari che – autonomo rispetto all'eventuale procedimento di merito – miri ad ottenerne rapidamente l'adozione, non prevedendo lo scambio orale di conclusioni né prove diverse da quelle documentali, non essendo ad esso applicabili le norme generali in materia di prova e che si conclude, inoltre, con una pronuncia che non determina l'accertamento definitivo dei rapporti giuridici ed è priva di effetti erga omnes, ma vincola solo le parti processuali.

48. Forse per la preminenza che l'ordinamento giuridico dei Paesi Bassi sembra attribuire ai provvedimenti d'urgenza, della quale il giudice del rinvio risulta pienamente consapevole, detto giudice mette in discussione, esclusivamente per i motivi esposti nel paragrafo precedente, la configurazione processuale del sistema cautelare dal punto di vista del diritto dell'Unione.

49. Si deve anzitutto rilevare che la direttiva 89/665 attribuisce un ampio margine di discrezionalità agli Stati membri per quanto riguarda la scelta della giurisdizione competente, dinanzi alla quale devono trovare applicazione le garanzie procedurali riconosciute dalla direttiva, nonché la configurazione processuale di tale garanzie.

50. Pertanto, in mancanza di una disciplina dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione (22), sempre a condizione che la tutela di tali diritti rispetti i principi di effettività (23) e di equivalenza (24).

51. Si deve rilevare che l'unico elemento di confronto fornito dal Rechtbank è quello della direttiva 89/665, che nulla prevede al riguardo, e non vi è quindi alcun motivo di formulare la censura, dato che l'ordinanza di rinvio non precisa entro quali limiti tale particolare configurazione processuale abbia effetti negativi sui diritti fondamentali dei singoli, e soprattutto sulla tutela giurisdizionale effettiva, eventualmente derivanti dalla violazione dei principi di equivalenza e di effettività.

52. Inoltre, pur senza entrare nelle specificità della prova, nel modo in cui viene formulato il principio del contraddittorio tra le parti o negli effetti dei provvedimenti d'urgenza (25), sembra logico che, data la sua natura e la sua finalità, il procedimento per l'adozione di tali provvedimenti sia diverso da quello dei giudizi ordinari, e inoltre la direttiva 89/665 promuove precisamente una tutela cautelare rapida. Infatti, tale direttiva coordina le legislazioni degli Stati membri, tra l'altro, per assicurare l'adozione dei provvedimenti «con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza» (26).

53. D'altro canto, la seconda questione, sub b), fa riferimento alla circostanza che «la sentenza [con cui vengono adottati i provvedimenti d'urgenza] non (...) faccia parte di un processo decisionale che porta [all'accertamento definitivo dei rapporti giuridici]».

54. Tale precisazione si ricollega all'autonomia del procedimento cautelare nel contesto della struttura dei ricorsi dei Paesi Bassi che, lungi dal costituire un motivo di censura in base al diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici, costituisce un elemento necessario per la giurisprudenza che lo interpreta. Proprio perché il procedimento di concessione dei provvedimenti d'urgenza era concepito come un mero incidente del giudizio di merito, e non come un vero e proprio processo autonomo, la Corte ha accolto alcuni ricorsi per inadempimento proposti dalla Commissione (27).

55. Del pari, il fatto che i provvedimenti vengano adottati in via cautelare riflette una tendenza alla provvisorietà, illustrata espressamente dall'art. 2, n. 1, lett. a), della direttiva, che si riferisce a «*provvedimenti provvisori*» (28), il che implica, in linea di principio, che essi non incidano in maniera definitiva sui rapporti giuridici sui quali spiegano gli effetti.

56. Riassumendo, alcune di tali caratteristiche, descritte quasi come patologie dal giudice nazionale in questa seconda questione, si presentano invece come elementi intrinseci dei provvedimenti d'urgenza.

57. Suggesto quindi alla Corte di rispondere alla seconda questione nel senso che, nei limiti in cui non è dimostrato che l'effettività del diritto dell'Unione è messa in pericolo, gli artt. 1, nn. 1 e 3, e 2, nn. 1 e 6, della direttiva 89/665 non ostano ad una normativa nazionale secondo cui per ottenere una decisione d'urgenza è disponibile un unico procedimento, caratterizzato dal fatto di mirare ad ottenere la rapida adozione del provvedimento, dall'insussistenza di un diritto allo scambio di conclusioni tra avvocati, dall'inaltissibilità, di regola, di prove diverse dalle prove documentali e dall'inapplicabilità della normativa in materia di prove [(punto a)], e ciò a prescindere dalla circostanza che la decisione giudiziaria con cui vengono adottati i provvedimenti d'urgenza non comporti l'accertamento definitivo dei rapporti giuridici, non faccia parte del procedimento nel quale tali rapporti sono definitivamente accertati [(punto b)] o dalla circostanza che essa vincola solo le parti processuali [(punto c)].

B – *La tensione tra la tutela cautelare e il giudizio di merito: risposta alla terza questione*

1. Alcune osservazioni preliminari

58. Con la terza questione si chiede alla Corte di dichiarare se la direttiva 89/665 sia compatibile con il fatto che un giudice, in un procedimento sommario, ordini ad un'amministrazione aggiudicatrice di adottare una delibera di aggiudicazione che successivamente, in un giudizio di merito, viene dichiarata contraria al diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici.

59. Le parti intervenute nel presente procedimento pregiudiziale – ad eccezione della Provincia – sostengono che l'ordinanza cautelare 28 novembre 2007 in realtà non impone alla Provincia di aggiudicare l'appalto alla MFE, dal che deducono la necessità di riformulare tale questione (29), ritenendo che il Rechtbank l'abbia enunciata sulla base di una premessa errata.

60. Nell'ambito di tale questione, procedere nel modo suggerito dalla Commissione e dai Paesi Bassi comporta il rischio di snaturare il senso della questione posta dal giudice del rinvio, dato che questi, in realtà, intende approfondire quella che ho definito una tensione tra la tutela cautelare e il giudizio di merito.

61. Poiché l'art. 267 TFUE si basa sulla netta separazione di funzioni tra i giudici nazionali e la Corte di giustizia, questa può pronunciarsi unicamente sull'interpretazione o sulla validità di una norma dell'Unione in base ai fatti indicati dal giudice nazionale, al quale spetta accertare i fatti che hanno dato origine alla causa e trarne le conseguenze ai fini della sua pronuncia (30).

62. Ritengo, pertanto, che la Corte non possa sostituire la propria valutazione a quella del Rechtbank, come avverrebbe se essa procedesse a riformulare la seconda questione, considerando che l'ordinanza di rinvio contenga un errore di interpretazione di una precedente decisione giurisdizionale (31), peraltro emanato dallo stesso giudice (in veste di giudice dei provvedimenti d'urgenza). Essa deve invece limitarsi a fornirgli una risposta utile esaminando i fatti di causa nel loro complesso (32).

2. La divergenza di criteri tra il provvedimento d'urgenza e il giudizio di merito

63. Il Rechtbank, contrariamente a quanto deciso, a suo parere, dal giudice dei provvedimenti d'urgenza, considera al punto 4.18 della sua ordinanza che «la decisione della Provincia di revocare la propria delibera di aggiudicazione 2 ottobre 2007 e di indire una nuova gara [era] l'unica applicazione corretta del diritto in materia di appalti pubblici».

64. Orbene, analizzando la terza questione dal punto di vista letterale, essa non sembra sollevare, prima facie, troppe incertezze.

65. Per quanto il procedimento cautelare sia autonomo, le decisioni adottate nel suo ambito, che hanno uno status meramente transitorio (in definitiva, si tratta di provvedimenti provvisori), sono destinate ad essere revocate, modificate o confermate in un eventuale giudizio di merito, sempreché il soggetto legittimato lo promuova (33), sicché un eventuale contrasto non dovrebbe creare problemi.

66. Tale soluzione pare prendere forma all'interno della stessa ordinanza di rinvio (punto 4.18 in fine), laddove si afferma che la sentenza (definitiva) «si sostituisce al giudizio del giudice dei provvedimenti d'urgenza».

67. Se così fosse, ci si potrebbe chiedere dove sia allora il problema. un indizio è dato dalla stessa ordinanza del Rechtbank, laddove essa indica che, in caso di criteri divergenti tra il provvedimento d'urgenza e il giudice di merito, «[l]a situazione diventa invero problematica [in quanto] esistono due decisioni giurisdizionali autonome che hanno (o possono avere) effetti diversi per le parti e per i terzi» (punto 4.8), nonché in quanto, al momento della sentenza definitiva, «l'appalto è già stato aggiudicato e probabilmente l'opera è già stata eseguita, pertanto per la Combinatie non resta che la possibilità di un indennizzo» (del pari punto 4.18 in fine).

68. In breve, queste preoccupazioni suggeriscono implicitamente un altro aspetto che potrebbe costituire il limite di una risposta negativa alla terza questione: la direttiva 89/665 non osta al fatto che un giudice dei provvedimenti d'urgenza ordini all'amministrazione aggiudicatrice di adottare una delibera di aggiudicazione che in seguito, in un giudizio di merito, viene dichiarata contraria al diritto comunitario in materia di appalti, purché gli effetti di detto provvedimento d'urgenza possano essere sostituiti dalla nuova situazione derivante dalla decisione di merito.

69. In definitiva, non posso fare a meno di considerare che nei Paesi Bassi, nel periodo intercorrente tra la comunicazione della delibera di aggiudicazione e il contratto, l'unico rimedio efficace per impedire la conclusione del contratto è quello dei provvedimenti d'urgenza, in quanto non è possibile chiedere l'annullamento della delibera di aggiudicazione né prima né dopo l'aggiudicazione dell'appalto, come ha confermato il governo dei Paesi Bassi (34). Per contro, dal punto di vista del diritto dell'Unione, la conclusione del contratto rappresenta il punto cruciale sia temporale che funzionale per quanto riguarda la possibilità di intentare un'azione di annullamento contro la delibera di aggiudicazione, dato che, pur se il diritto dell'Unione non esige che vi sia un rimedio per annullare il contratto dopo che sia concluso, esso tuttavia impone agli Stati membri di concedere al danneggiato, prima di tale momento, la possibilità di chiedere l'annullamento della delibera di aggiudicazione (35).

70. Orbene, il fatto che nei Paesi Bassi la delibera di aggiudicazione sfugga, prima della conclusione del contratto, al controllo – amministrativo o giurisdizionale – di annullamento (36) non risulta, tuttavia particolarmente rilevante nelle circostanze del caso di specie (37).

71. In primo luogo, perché si deve ricordare che la Combinatie ha rinunciato volontariamente all'appello dinanzi al Gerechtshof Leeuwarden e ha preferito promuovere il giudizio di merito per il risarcimento dei danni (38). In secondo luogo, perché, una volta chiesto il risarcimento dei danni, e concluso il contratto (in data 3 dicembre 2007), l'annullamento non era più esigibile ai sensi dell'art. 2, nn. 5 e 6 della direttiva 89/665. Quest'ultima considerazione dimostra, peraltro, l'irrelevanza delle riflessioni svolte dal Rechtbank al punto 4.14 della sua ordinanza, che si basano sulla necessità di annullare la delibera di aggiudicazione prima di poter riconoscere il risarcimento dei danni (39).

72. Orbene, va chiarito che i due argomenti che precedono sono validi, perché, nella fattispecie, e per il modo in cui il Rechtbank formula le sue questioni, non risultano violati i principi di effettività e di equivalenza, limiti fondamentali dell'autonomia processuale degli Stati, sicché il fatto che non sia previsto un ricorso di annullamento non risulta decisivo ai fini della soluzione.

73. In base a tali considerazioni, suggerisco alla Corte di rispondere alla terza questione dichiarando che la direttiva 89/665 non osta ad un'eventuale divergenza di criteri tra il giudice dei provvedimenti d'urgenza e il giudice di merito, purché essa non pregiudichi i risultati prescritti dalla detta direttiva e, in particolare, le tre garanzie previste all'art. 2, n. 1, come interpretate dalla giurisprudenza comunitaria.

C – La determinazione della responsabilità e come essa si traduce in un risarcimento dei danni: risposte alla quarta e alla quinta questione

1. L'incompetenza della Corte ad attribuire la responsabilità nell'ambito della controversia nazionale

74. Con la quarta questione, il Rechtbank chiede alla Corte di precisare chi possa essere dichiarato responsabile per gli eventuali danni causati alla Combinatie, articolando i suoi quesiti con riguardo alla possibilità di dichiarare la responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice – sia nel caso in cui la risposta alla terza questione dichiari la incompatibilità del regime olandese dei provvedimenti d'urgenza con la direttiva 89/665 [quarta questione, sub a)], sia nel caso in cui propenda per la sua compatibilità [quarta questione, sub b)] – e facendo riferimento anche ad altri eventuali responsabili «[q]ualora l'amministrazione aggiudicatrice non possa essere considerata responsabile» [quarta questione, sub d)]. Dal canto suo, la quarta questione, sub c), formula anzitutto una premessa, ossia che «l'amministrazione aggiudicatrice debba risarcire il danno», per poi chiedere chiarimenti in ordine agli eventuali criteri fissati dal diritto dell'Unione per stabilire e quantificare tali danni.

75. La quinta questione viene sollevata come corollario di quelle precedenti, in quanto con essa si chiede «come debba agire il giudice nazionale» quando, in forza delle possibili soluzioni e ai sensi del diritto nazionale, «risulti di fatto impossibile o estremamente difficile giungere ad un'attribuzione pratica di responsabilità».

76. A mio parere, la Corte non può indicare al Rechtbank chi sia il responsabile dei danni eventualmente subiti dalla Combinatie a causa della violazione delle norme in materia di appalti, dato che ciò costituisce il nucleo della controversia da risolvere. Gli stessi motivi in base ai quali ho suggerito di respingere la formulazione della terza questione, fondati sulla competenza del giudice nazionale a valutare i fatti e le circostanze della controversia dinanzi ad esso pendente, militano ora contro la competenza della Corte ad affermare la responsabilità dei vari soggetti intervenuti nell'appalto di lavori di Emmen.

77. Ritengo infatti che spetti unicamente al Rechtbank valutare (40) se sussista una responsabilità e se, in tal caso, detta responsabilità debba essere attribuita alla Provincia, allo Stato – per gli atti del giudice dei provvedimenti d'urgenza – o a un altro soggetto, prendendo in considerazione gli indizi pertinenti: la circostanza che la Provincia non abbia atteso prima di procedere all'aggiudicazione, o non abbia impugnato i provvedimenti d'urgenza, le possibili alternative (se esistenti) all'aggiudicazione alla MFE o, per altro verso, le circostanze che hanno fatto da contorno all'esecuzione provvisoria dell'ordinanza del giudice dei provvedimenti d'urgenza, nonché la rinuncia volontaria della Combinatie all'appello proposto contro tale ordinanza.

78. Inoltre, nei limiti in cui l'azione esercitata nell'ambito della controversia nazionale possa fondarsi sulla violazione del diritto dell'Unione, il suo accoglimento (41) – per quanto rileva nella fattispecie – spetta unicamente allo Stato membro nell'ambito della sua normativa in materia di responsabilità patrimoniale (42).

79. Pertanto, ritengo che la Corte non debba rispondere alla parte della quarta e della quinta questione con cui si chiede di indicare chi debba essere considerato responsabile nella causa principale.

2. I criteri di imputazione e di valutazione del danno

80. Cionondimeno la Corte deve precisare al Rechtbank se il diritto dell'Unione fornisca criteri per la determinazione del danno, l'imputazione dello stesso o, infine, la sua quantificazione.

a) Alcune considerazioni preliminari

81. Occorre precisare, anzitutto, che cosa chieda il Rechtbank quando, al punto c) della quarta

questione, si rivolge alla Corte per sapere se, «[q]ualora l'amministrazione aggiudicatrice debba risarcire il danno», il diritto dell'Unione stabilisca criteri per stabilire e quantificare tali danni.

82. In linea di principio, si potrebbe ritenere che il Rechtbank parta da una risposta affermativa riguardo alla responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice come premessa per la soluzione del punto c).

83. Tuttavia, non è questo l'approccio da seguire, dato che, sebbene il Rechtbank formuli la quarta questione, sub c), in base al presupposto che la responsabilità possa essere imputata alla Provincia, resta il fatto che le sue considerazioni non escludono che tale responsabilità ricada sugli altri soggetti che, in un modo o nell'altro, sono intervenuti nella procedura di gara, sicché si potrebbe ritenere che il giudice del rinvio chieda, in generale, quali siano i criteri forniti dal diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici per la concessione di un risarcimento nell'ambito della responsabilità.

84. Non si deve dimenticare che la corretta determinazione della responsabilità patrimoniale esige che venga accertata la realtà dei danni, in quanto presupposto di qualsiasi altra operazione: in mancanza dei danni non potrebbe essere attivato alcun meccanismo di responsabilità extracontrattuale. In questa fase vengono in primo piano le questioni relative alla determinazione e alla portata dei danni e alla loro quantificazione.

85. Evidentemente, nel caso degli appalti pubblici, tali operazioni risultano molto difficili, dato che, anche ammettendo che siano state violate le disposizioni del diritto dell'Unione, occorre effettuare un autentico calcolo delle probabilità per giungere alla conclusione che, in definitiva, l'offerente escluso (nella specie, la Combinatie) sarebbe risultato aggiudicatario dell'appalto qualora la gara si fosse svolta regolarmente.

86. Orbene, la complessità da me ricordata non è esclusiva di questa specifica fattispecie, bensì è inerente ad un gran numero di ipotesi di responsabilità aquiliana (43), il che obbliga il giudice di merito ad applicare formule astratte basate sugli indizi di cui dispone per poter affermare, con un grado di probabilità prossimo alla certezza, che l'offerente escluso si sarebbe aggiudicato l'appalto se fosse stata rispettata la normativa in materia di appalti.

87. Altro problema da prendere in considerazione è quello relativo alla definizione del contenuto dei danni, che, ai fini del risarcimento, possono variare a seconda che si tenga conto unicamente delle spese oggettive sostenute dall'offerente per partecipare alla gara pubblica (danno emergente), oppure di altri elementi, più difficili da dimostrare, come quello degli utili non conseguiti (lucro cessante) a causa dell'esclusione illegittima.

88. Orbene, ciò premesso, occorre distinguere chiaramente tre ambiti nel contesto della direttiva 89/665:

- il primo è quello dalla stessa direttiva 89/665, che è volta a rafforzare i meccanismi esistenti, sia nazionali che dell'Unione, per garantire l'applicazione effettiva delle direttive in materia di appalti (44), scopo per il quale detta direttiva stabilisce l'obbligo degli Stati membri di garantire che le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici possano essere impugnate efficacemente e il più rapidamente possibile, menzionando espressamente nel suo art. 2, n. 1, lett. c), il risarcimento dei danni alle persone lese da una violazione;
- il secondo è quello delle regole, più specifiche, che disciplinano i diversi procedimenti negli Stati membri. Poiché le disposizioni della direttiva 89/665 rientrano nel mero ravvicinamento delle normative processuali nazionali al fine di assicurare il rispetto della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici, è evidente che spetta agli Stati membri stabilire le formalità e le caratteristiche dei procedimenti intesi a rendere effettivo il disposto dell'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665, elementi procedurali che rimangono al di fuori dell'ambito di applicazione di tale direttiva;
- il terzo è quello degli aspetti di diritto sostanziale che consentono di accertare tale responsabilità e che, ovviamente, esulano anch'essi dall'ambito di applicazione della direttiva 89/665.

b) Sull'applicazione dell'art. 2, n. 7, della direttiva 92/13

89. Questo schema perfettamente definito, in cui il diritto dell'Unione europea non influisce direttamente, bensì attraverso i principi di effettività e di equivalenza, potrebbe ritenersi modificato dalla direttiva 92/13/CEE, se si considerasse che il suo art. 2, n. 7, contiene alcuni criteri volti a determinare il danno e la sua portata.

90. Come si vedrà, non è esattamente così.

91. Si pone il problema se la disposizione in parola possa essere messa in relazione alle condizioni per la determinazione e la definizione della portata dei danni di cui la direttiva 89/665 garantisce il risarcimento: riassumendo, qual è il valore di tale articolo supplementare, che la direttiva 92/13 prevede rispetto alla direttiva 89/665?

92. Finora la Corte non si è pronunciata su tale questione.

93. Nell'art. 2, n. 7, si possono individuare tre elementi: in primo luogo, un certo tipo di danni, ossia quello inerente alle spese sostenute per la preparazione di un'offerta; in secondo luogo, l'elemento della prova, limitatamente alla dimostrazione, da un lato, della sussistenza di una violazione del diritto dell'Unione e, dall'altro, della possibilità concreta di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, nonché, in terzo luogo, la causalità, consistente nel fatto che tale possibilità concreta di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto sia stata compromessa dalla suddetta violazione.

94. Benché gli appalti pubblici dei settori speciali (dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni, disciplinati dalla direttiva 2004/17) (45) differiscano per casistica e natura da quelli riconducibili all'ambito generale (quello della direttiva 2004/18), risulta difficile individuare i motivi che hanno giustificato una disciplina del risarcimento dei danni, come quella ora in esame, solo in relazione ai primi e non per i secondi.

95. Si deve rilevare che queste due direttive sono state modificate dalla direttiva 2007/66 (46) senza che il legislatore dell'Unione inserisse nella direttiva 89/665 – approfittando di tale modifica – una disposizione analoga a quella dell'art. 2, n. 7 della direttiva 92/13, dal che si potrebbe dedurre implicitamente che il legislatore non intendesse introdurre un'analoga disposizione nell'ambito dei danni il cui risarcimento è garantito dalla direttiva 89/665, lasciando intenzionalmente aperta la questione della loro determinazione.

96. Quanto alla portata del danno da risarcire, è evidente che la direttiva 89/665 lascia aperta tale questione, il che, anzitutto, implica che gli Stati membri sono liberi di includere sia il danno emergente che il lucro cessante; tuttavia, è altrettanto certo che neppure la direttiva 92/13 limita l'autonomia di cui godono gli Stati, giacché fornisce soltanto taluni criteri di causalità e probatori al fine di facilitare il rimborso delle spese sostenute da un offerente, ma non dà indicazioni circa la portata del danno o del risarcimento, né sull'imputazione della responsabilità. La norma si limita a stabilire un obbligo di argomentazione in diritto – per il caso in cui venga violato il diritto dell'Unione – e l'obbligo di fornire una prova più o meno completa in ordine alle probabilità di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto (47).

97. Pertanto, a mio parere, nella specie occorre relativizzare l'importanza dell'art. 2, n. 7, della direttiva 92/13. Tuttavia, ritengo che non si comprometterebbero né la certezza del diritto né il rispetto dell'equilibrio istituzionale qualora, a fini ermeneutici, si proiettassero sulla direttiva 89/665 gli aspetti della suddetta disposizione in ordine al nesso di causalità e alla prova in relazione al danno oggettivo costituito dalle spese sostenute per partecipare alla gara d'appalto, senza che ciò leda la libertà – conferita dal diritto dell'Unione agli Stati membri attraverso l'autonomia processuale – di esigere o meno la prova di un nesso causale (48) in relazione ad un certo tipo di danni o alla loro portata, o di prendere in considerazione danni diversi dalle semplici spese, quale, ad esempio, il lucro cessante.

c) La determinazione del danno

98. Pertanto, il punto di riferimento per la quarta questione, sub c), per quanto riguarda la determinazione del danno, andrebbe cercato nel principio di autonomia processuale degli Stati membri, ai quali compete la fissazione dei criteri per la concessione del risarcimento previsto all'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665.

99. In effetti, la direttiva 89/665 non fornisce criteri per la determinazione del danno; tuttavia, l'Unione non deve rimanere del tutto estranea, in quanto si deve sempre pretendere il rispetto dei limiti descritti nelle presenti conclusioni, rappresentati dalle esigenze dei principi di equivalenza e di

effettività, quali garanzie di un adeguato riconoscimento, da parte dei giudici nazionali, del diritto alla tutela effettiva dei diritti conferiti dalle norme dell'Unione.

100. Così, a titolo d'esempio, il criterio dell'effettività ha consentito alla Corte di giustificare la condanna della Repubblica portoghese (49) in ragione del fatto che, nella sua normativa interna, la concessione di un risarcimento per violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali adottate per la trasposizione di tale diritto era subordinata alla prova del dolo o della colpa, condizione che, secondo la Corte, non rispondeva ad un sistema adeguato di tutela giurisdizionale, in quanto rischiava di privare gli offerenti danneggiati del diritto di chiedere un risarcimento, o determinava ritardi nella sua concessione (50).

101. In un diverso contesto, nella sentenza T Mobile Netherlands e a. (51) la Corte ha esaminato la questione se, nell'ambito dell'art. 81, n. 1, CE, e in relazione all'«esame del nesso causale» tra la concertazione ed il comportamento sul mercato delle imprese, il giudice nazionale sia tenuto ad applicare la presunzione dell'esistenza di un nesso di causalità in determinate ipotesi (52) o se possa applicare le regole del diritto nazionale in materia di onere della prova: la Corte ha scelto di far rientrare la presunzione di causalità nell'art. 81 CE, la quale, «di conseguenza, (...) costituisce parte integrante del diritto comunitario applicabile».

102. Quanto affermato nella sentenza T Mobile Netherlands e a., che colloca a livello di diritto dell'Unione (della concorrenza) la configurazione del nesso causale attraverso una presunzione, contrasta con il contenuto della sentenza ERG e a. (53), la quale, riguardo all'obbligo di risarcimento derivante dalla direttiva 2004/35/CE (54), dopo avere affermato che detta direttiva esige la prova del nesso causale (55), consente nondimeno agli Stati membri di creare una presunzione di causalità, che deve tuttavia fondarsi su determinati indizi plausibili indicati dalla medesima sentenza.

103. Come si è visto, certo al di fuori del settore degli appalti pubblici, la causa T Mobile Netherlands conferma la rilevanza del diritto dell'Unione al fine di dimostrare il nesso di causalità, anche se, conformemente al principio dell'autonomia processuale, tale materia dovrebbe essere di competenza degli Stati membri. Non mancano motivi per assumere tale posizione, dato che, nell'ambito della concorrenza, è direttamente implicato l'art. 81 CE, cioè una disposizione di diritto primario (56). Tuttavia, la natura dell'art. 81 CE è profondamente diversa da quella delle disposizioni di una direttiva, sicché, a livello di diritto derivato, la Corte manifesta le proprie riserve (come nella causa ERG e a.) riguardo ad un'incidenza così diretta su un aspetto squisitamente processuale.

104. Tuttavia, in base alla direttiva 89/665, attraverso il criterio dei limiti all'autonomia processuale, la Corte, nelle citate sentenze Commissione/Portogallo, ha concluso per l'inapplicabilità di un criterio nazionale di imputazione della responsabilità, ossia quello consistente nell'esigere la prova del dolo o della colpa, sicché, sotto questo profilo, non vedo motivi che ostino all'estensione di tale idea ad altri criteri nazionali, come, in generale, quelli relativi alla dimostrazione o alla determinazione dei danni.

105. Da quanto esposto, e al fine di rispondere alle parti della quarta e della quinta questione relative ai criteri di determinazione del danno, si può dedurre un principio che costituisce uno specifico riflesso dell'esigenza di effettività del diritto dell'Unione: l'onere di provare i danni, ai sensi dell'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665, non può essere così stringente da rendere difficile la prova fino al punto di pregiudicare l'efficacia di tale disposizione.

d) La portata dei danni

106. 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.

107. 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.

108. Così, dalla sentenza Courage e Crehan (57) emerge che la piena efficacia dell'art. 85 del Trattato (attualmente art. 101 TFUE) esige il risarcimento del danno causato da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza, mentre nella citata sentenza Manfredi e a. la Corte ha dichiarato che, in mancanza di disposizioni di diritto dell'Unione in materia, «spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i criteri che consentono la determinazione dell'entità del risarcimento del danno causato (...), purché siano

rispettati i principi di equivalenza e di effettività» (punto 98).

109. Nella sentenza Manfredi e a. la Corte ha considerato che la domanda di «risarcimento del danno causato da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza» presuppone un «diritto di chiunque», precisando che «le persone che hanno subito un danno devono poter chiedere il risarcimento non solo del danno reale (damnum emergens), ma anche del mancato guadagno (lucrum cessans), nonché il pagamento di interessi» (punto 95).

110. Dato che, in pratica, in caso di violazione del diritto dell'Unione, si deve consentire il risarcimento del danno, non è ammissibile l'esclusione totale, a titolo di danno risarcibile, del lucro cessante (58).

111. Ancora più evidente, a mio parere, è l'esigenza di includere secondo le norme nazionali applicabili, e ai fini di un risarcimento effettivo, gli interessi corrispondenti, dato che, come risulta dalla sentenza Marshall (59), essi costituiscono «una componente essenziale di un indennizzo».

112. Per rispondere alla quarta e alla quinta questione, suggerisco alla Corte di dichiarare che, ai sensi dell'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665, i criteri di determinazione e di individuazione della portata del danno da risarcire, derivante dalla violazione del diritto dell'Unione europea in materia di appalti pubblici, devono essere stabiliti dal diritto nazionale, anche se il principio di effettività del diritto dell'Unione impone che l'onere di provare i danni non sia così gravoso da rendere difficile detta dimostrazione fino al punto di inficiare l'effettività della disposizione citata, che nei danni vengano inclusi i corrispondenti interessi e, infine, che non sia esclusa la possibilità di tenere conto del lucro cessante.

VII – Conclusione

113. Alla luce delle precedenti considerazioni, suggerisco alla Corte di:

- «1) dichiarare irricevibile la prima questione;
- 2) rispondere nei termini seguenti alle altre questioni poste dal Rechtbank:
 - a) sulla seconda questione, che gli artt. 1, nn. 1 e 3, e 2, nn. 1 e 6, della direttiva 89/665, nei limiti in cui non è dimostrato che l'effettività del diritto dell'Unione è messa in pericolo, non ostano ad una normativa nazionale secondo cui per ottenere una decisione d'urgenza è disponibile un unico procedimento, caratterizzato dal fatto di mirare ad ottenere la rapida adozione del provvedimento, dall'insussistenza di un diritto allo scambio di conclusioni tra avvocati, dall'inammissibilità, di regola, di prove diverse dalle prove documentali e dall'inapplicabilità della normativa in materia di prove [(punto a)], e ciò a prescindere dalla circostanza che la decisione giudiziaria con cui vengono adottati i provvedimenti d'urgenza non comporti l'accertamento definitivo dei rapporti giuridici, non faccia parte del procedimento nel quale tali rapporti sono definitivamente accertati [(punto b)] o dalla circostanza che essa vincola solo le parti processuali [(punto c)].
 - b) sulla terza questione, che la direttiva 89/665 non osta ad un'eventuale divergenza di criteri tra il giudice dei provvedimenti d'urgenza e il giudice di merito, purché essa non pregiudichi i risultati prescritti dalla detta direttiva e, in particolare, le tre garanzie previste all'art. 2, n. 1, come interpretate dalla giurisprudenza comunitaria;
 - c) sulla quarta e sulla quinta questione:
 - che la Corte si dichiari incompetente a pronunciarsi su chi debba essere considerato responsabile nella controversia principale;
 - che, ai sensi dell'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665, i criteri di determinazione e di individuazione della portata del danno da risarcire, derivante dalla violazione del diritto dell'Unione europea in materia di appalti pubblici, devono essere stabiliti dal diritto nazionale, anche se il principio di effettività del diritto dell'Unione impone che l'onere di provare i danni non sia così gravoso da rendere difficile detta dimostrazione fino al punto di inficiare l'effettività della disposizione citata; che nei danni vengano inclusi i corrispondenti interessi e, infine, che non sia esclusa la possibilità di tenere conto del lucro cessante».

1 – Lingua originale: lo spagnolo.

2 – GU L 395, pag. 33.

3 – GU L 209, pag. 1.

4 – Ai fini del procedimento amministrativo nazionale, l'appalto veniva identificato come Progetto 1382.

5 – Secondo la Provincia, i principali vizi consistevano nelle modifiche sostanziali – apportate nel corso del procedimento – dei requisiti relativi all'idoneità, all'esperienza e al fatturato degli offerenti. Inoltre, veniva comunicato alla Combinatie che, dopo avere ancora controllato in maniera approfondita l'offerta della MFE, si era concluso che l'appalto non poteva essere aggiudicato a tale impresa, e si ventilava la possibilità di ripetere la procedura di gara.

6 – Punto 4.13 dell'ordinanza 27 novembre 2007.

7 – L'udienza era stata fissata per il 13 febbraio.

8 – Direttiva 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 (GU L 134, pag. 114).

9 – Tale importo, applicabile al momento della pubblicazione del bando di gara, è stato fissato dal regolamento (CE) della Commissione 19 dicembre 2005, n. 2083, che modifica le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio riguardo alle soglie di applicazione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti (GU L 333 pag. 28).

10 – Disposizione redatta conformemente all'art. 41 della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209 pag. 1). Conformemente all'art. 33 della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1), all'art. 36 della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54), e all'art. 82, secondo comma, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114), e secondo le tabelle di concordanza allegate alle citate direttive, i riferimenti alle direttive 71/305/CEE, 77/62/CEE e 92/50/CEE che figurano all'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 s'intendono fatti alla direttiva 2004/18.

11 – Direttiva del Consiglio 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 (GU L 76 pag. 14).

12 – La relazione d’accompagnamento del Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen, een Kaderwet voor de Implementatie van communautaire aanbestedingsregels [legge quadro per l’applicazione delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici; in prosieguo: la «Raamwet») conferma tale impressione giacché afferma che «l’esecuzione della [direttiva 89/665/CEE] non richiede modifiche legislative. (...) I ricorsi che devono essere disponibili per gli interessati in forza della direttiva sono già previsti dall’ordinamento giuridico dei Paesi Bassi».

13 – Così si evince deriva dalla giurisprudenza del Raad van State (Consiglio di Stato).

14 – Tra le altre, la decisione di aggiudicare il contratto ad un determinato offerente.

15 – Secondo quanto risulta dalla Raamwet e dall’art. 8, n. 3, dell’Algemene Wet Bestuursrecht (in prosieguo: il «codice di diritto amministrativo»), non è possibile proporre ricorso dinanzi al giudice (amministrativo) contro preve decisioni adottate da un organo pubblico per preparare un atto giuridico di diritto privato.

16 – Nemmeno in relazione alle decisioni preliminari delle amministrazioni aggiudicatrici, quale la delibera di aggiudicazione.

17 – Secondo le precisazioni fornite dal governo dei Paesi Bassi nelle sue osservazioni, il giudice amministrativo può tuttavia risultare competente qualora ciò sia eccezionalmente previsto da una legge specifica, come avviene nel caso delle concessioni ai sensi della Wet Personenvervoer 2000 [Legge del 2000 sul trasporto di persone].

18 – Sentenze della Corte 4 ottobre 2007, causa C-429/05, Rampion e Godard (Racc. pag. I-8017, punti 23 e 24); 11 dicembre 2008, causa C-387/07, MI.VER e Antonelli (Racc. pag. I-9597, punto 15); 10 settembre 2009, causa C-206/08, Eurawasser (non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 33 e 34), e 19 novembre 2009, causa C-314/08, Filipiak (non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 40-42).

19 – Anzitutto, i punti b) e c) di questa prima questione sono in qualche modo contraddittori, poiché mentre il punto b) fa riferimento al fatto che «il giudice amministrativo si limiti al giudizio e alla decisione sulla delibera di aggiudicazione», il punto c) menziona la circostanza che il codice di diritto amministrativo generale esclude il «ricorso nel caso di decisioni aventi ad oggetto la stipula di un contratto di appalto tra l’amministrazione aggiudicatrice ed uno degli offerenti».

20 – Nei Paesi Bassi il giudice amministrativo non è competente in ordine agli aspetti relativi all’appalto pubblico. Esso controlla unicamente talune concessioni pubbliche, figura questa tipicamente amministrativa, molto diffusa nel settore del demanio pubblico. Tale carattere eccezionale è menzionato anche nella relazione di accompagnamento del codice di diritto amministrativo, come sottolinea il governo olandese, che, per evitare conflitti indesiderabili, si esprime in senso contrario alla ripartizione di competenze fra le due giurisdizioni.

21 – Sentenza 16 dicembre 1981, causa 244/80, Foglia (Racc. pag. 3045, punto 18).

22 – Sentenze 16 dicembre 1976, causa 33/76, Rewe (Racc. pag. 1989, punto 5);

14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck (Racc. pag. I-4599, punto 12); 13 marzo 2007, causa C-432/05, Unibet (Racc. pag. I-2271, punto 39); 7 giugno 2007, cause riunite da C-222/05 a C-225/05, Van der Weerd e a. (Racc. pag. I-4233, punto 28), e 15 aprile 2008, causa C-268/06, Impact (Racc. pag. I-2483, punto 44).

23 – Sentenze Peterbroeck, cit., punto 14, e 3 settembre 2009, causa C-2/08, Fallimento Olimpiclub (Racc. pag. I-7501, punto 27).

24 – Sentenze 15 settembre 1998, causa C-231/96, Edis (Racc. pag. I-4951, punto 36); 1° dicembre 1998, causa C-326/96, Levez (Racc. pag. I-7835, punto 41), e 19 settembre 2006, cause riunite C-392/04 e C-422/04, i-21 Germany e Arcor (Racc. pag. I-8559, punto 62).

25 – Aspetti, questi, sui quali la Corte non può pronunciarsi in astratto.

26 – Art. 2, n. 1, lett. a) (il corsivo è mio). Inoltre, l'art. 2, n. 4, della direttiva 89/665 autorizza lo Stato membro a tenere conto, nel consentire tali provvedimenti, «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». Inoltre, tale paragrafo, pur precisando che «[l]a decisione di non accordare provvedimenti provvisori non reca pregiudizio agli altri diritti rivendicati dalla persona che chiede tali provvedimenti», non stabilisce l'iter processuale con cui essi devono essere assunti.

27 – Ad esempio, nelle sentenze 19 settembre 1996, causa C-236/95, Commissione/Grecia (Racc. pag. I-4459, punto 11), e 15 maggio 2003, causa C-214/00, Commissione/Spagna (Racc. pag. I-4667, punto 98), dalle quali risulta che i provvedimenti provvisori devono poter essere adottati a prescindere da qualsiasi previa azione.

28 – Il corsivo è mio.

29 – Le riformulazioni di tale questione proposte dalla Commissione e dai Paesi Bassi, vale a dire, se sussista una violazione della direttiva 89/665 allorché il giudice dei provvedimenti d'urgenza applica il diritto dell'Unione europea in un modo che, successivamente, il giudice di merito considera errato, sarebbero facili da risolvere, dato che, evidentemente, sulla base della distinzione tra la normativa processuale accessoria contenuta nella direttiva 89/665 – sulle garanzie di ricorso – e la normativa sostanziale sugli appalti pubblici, un provvedimento d'urgenza fondato su un'interpretazione errata del diritto sostanziale applicabile non integra di per sé una violazione della direttiva 89/665.

30 – Sentenze 2 giugno 1994, causa C-30/93, AC ATEL Electronics Vertriebs (Racc. pag. I-2305, punti 16 e 17), e 18 novembre de 1999, causa C-107/98, Teckal (Racc. pag. I-8121, punti 29 e 30).

31 – Per constatare tale «errore di interpretazione» la Corte dovrebbe vagliare elementi che possono essere valutati esclusivamente dal giudice nazionale.

32 – Sentenza 8 febbraio 1990, causa C-320/88, Shipping and Forwarding Enterprise Safe (Racc. pag. I-285, punto 11).

33 – Esistono sistemi processuali, come quello spagnolo, nei quali tali modifiche si producono automaticamente, essendo sufficiente a tal fine la pronuncia di una sentenza passata in giudicato.

34 – Specialmente nelle dichiarazioni (punti 18 e segg.) in risposta ai quesiti formulati dalla Corte. Dopo avere spiegato che l'ordinamento giuridico dei Paesi Bassi distingue tra, da un lato, la delibera – di diritto amministrativo – di aggiudicazione di un appalto e, dall'altro, l'atto di diritto privato con cui viene effettuata tale aggiudicazione – la firma del contratto –, detto governo afferma chiaramente che né la prima né il secondo possono essere impugnati con un ricorso di annullamento.

35 – Sentenza 28 ottobre 1999 causa C-81/98, Alcatel Austria e a. (Racc. pag. I-07671, punti 35, 37, 38 e 43).

36 – Il governo dei Paesi Bassi ha sottolineato nel suo intervento che – come si è già rilevato – il giudice amministrativo non è competente ad annullare la delibera di aggiudicazione dell'appalto, in quanto tale decisione è solo un elemento preliminare dell'atto di diritto privato. Tuttavia, nemmeno il giudice civile può annullare la delibera di aggiudicazione, in quanto emanante da un'amministrazione pubblica. Neppure il giudice civile può pronunciarsi su un eventuale ricorso di annullamento contro la conclusione del contratto (atto disciplinato dal diritto privato): come spiegato al punto 20 dei chiarimenti forniti da detto governo, la giurisprudenza dell'Hoge Raad si oppone a tale controllo e, salvo circostanze particolari, un contratto non può essere impugnato per incompatibilità con la normativa in materia di appalti pubblici, per il fatto che detta normativa non riconosce tale legittimazione a coloro che potrebbero eventualmente denunciare i vizi giuridici del contratto o del procedimento anteriore, vale a dire agli offerenti esclusi, in quanto non sono parti del contratto da punto di vista del diritto privato.

37 – Peraltro, nessuna delle parti ha sollevato tale problema.

38 – Anche se difficilmente avrebbe potuto avere l'effetto di «revocare, confermare o modificare» i provvedimenti d'urgenza, dato che, come si è rilevato, le domande proposte nei due procedimenti avevano oggetto diverso e, inoltre, potevano produrre effetti su parti diverse.

39 – A parere del Rechtbank, il problema descritto non esisterebbe «se la decisione potesse essere impugnata solo in un unico procedimento speciale di gara dinanzi ad un unico giudice e se per la concessione del risarcimento fosse previsto che la decisione impugnata deve prima essere annullata da un organo competente».

40 – A tal fine, esso dovrà tenere conto di tutti gli elementi che caratterizzano la fattispecie che gli è stata sottoposta, «in particolare il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, il carattere intenzionale della violazione, la scusabilità o l'inescusabilità dell'errore di diritto, la posizione adottata eventualmente da un'istituzione comunitaria nonché la mancata osservanza, da parte dell'organo

giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. [267 TFUE]» (sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01, Köbler, Racc. pag. I-10239, punto 55), verificandosi una violazione del diritto dell'Unione sufficientemente qualificata «allorché la decisione di cui trattasi è intervenuta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in questa materia» [sentenze 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, Brasserie du pêcheur e Factortame (Racc. pag. I-1029, punto 57), e Köbler, cit. (punto 56)].

41 – Purché ricorrano le condizioni costantemente richieste dalla Corte: che la disposizione di diritto dell'Unione violata sia preordinata a conferire diritti, che la violazione di tale disposizione sia sufficientemente qualificata e che esista un nesso di causalità diretta fra tale violazione e il danno subito.

42 – Che, a tal fine, non può prevedere per le violazioni del diritto dell'Unione un trattamento meno favorevole di quello previsto per le violazioni della normativa nazionale (principio di equivalenza), né essere congegnata in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento (principio di effettività) [v., per tutte, sentenze Köbler, cit. (punto 58), e 13 marzo 2007, causa C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (Racc. pag. I-2107, punto 123)].

43 – È sufficiente fare riferimento, ad esempio, alle ipotesi di responsabilità per i danni causati nell'ambito delle prestazioni sanitarie ritenute non conformi alla *lex artis*.

44 – Sentenze 4 febbraio 1999, causa C-103/97, Köllensperger e Atzwanger (Racc. pag. I-551, punto 3), e 14 ottobre 2004, causa C-275/03, Commissione/Portogallo (non pubblicata nella Raccolta, punto 28).

45 – Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (*GU L 134, pag. 1*).

46 – Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 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 (*GU L 335, pag. 31*).

47 – Orbene, per quanto riguarda i criteri per la determinazione del danno, la semplicità sottesa all'art. 2, n. 7, è analoga a quella che emerge dalla sentenza della Corte nella citata causa Commissione/Portogallo, in cui, pur in assenza di una pronuncia sull'esistenza di una responsabilità oggettiva, dal punto di vista pratico i criteri per la determinazione del danno sembrano ridursi alla constatazione della violazione del diritto dell'Unione.

48 – In tal senso, sulla base del principio di equivalenza – ancorché nel settore della concorrenza –, la sentenza 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, Manfredi e a. (Racc. pag. I-6619, punto 99), ha precisato che «se un risarcimento danni particolare, come il risarcimento esemplare o punitivo, può essere riconosciuto nell'ambito di azioni nazionali analoghe alle azioni fondate sulle regole comunitarie (...), esso deve poterlo essere anche nell'ambito di queste ultime azioni», consentendo tuttavia «che i giudici nazionali vigilino affinché la tutela dei diritti

garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario non comporti un arricchimento senza causa degli aventi diritto».

49 – Sentenza Commissione/Portogallo, cit.

50 – La sentenza 10 gennaio 2008, causa C-70/06, Commissione/Portogallo (Racc. pag. I-1), seconda in materia, in cui la Corte ha condannato la Repubblica portoghese per non avere adottato i provvedimenti necessari per l'esecuzione della sentenza 14 ottobre 2004, causa C-275/03, cit., ribadisce che la produzione della prova del dolo o della colpa, pur non rendendo impossibili i ricorsi giurisdizionali promossi dai singoli, «produce tuttavia il risultato (...) di rendere tali ricorsi più difficili e più onerosi ed è così di ostacolo alla piena efficacia della politica comunitaria in materia di pubblici appalti» (punto 42).

51 – Sentenza 4 giugno 2009, causa C-8/08 (Racc. pag. I-4529).

52 – In particolare quando le imprese rimangano attive sul mercato e tengano conto delle informazioni scambiate con i concorrenti.

53 – Sentenza 9 marzo 2010, causa C-378/08 (non ancora pubblicata nella Raccolta).

54 – Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale (*GU L 143, pag. 56*).

55 – Tra le attività degli operatori economici e l'inquinamento provocato.

56 – Che peraltro, essendo una disposizione di ordine pubblico, produce effetti diretti per i singoli e deve essere applicata d'ufficio dai giudici nazionali: sentenza T-Mobile Netherlands e a., cit. (punti 44-53).

57 – Sentenza 20 settembre 2001, causa C-453/99 (Racc. pag. I-6297, punto 26).

58 – Sentenze Brasserie du pêcheur e Factortame, cit. (punto 87); 8 marzo 2001, cause riunite C-397/98 e C-410/98, Metallgesellschaft e a. (Racc. pag. I-1727, punto 91), e Manfredi e a. (punto 96).

59 – Sentenza 2 agosto 1993, causa C-271/91 (Racc. pag. I-4367, punto 31), da cui si desume che la necessità di una riparazione effettiva del danno costituisce un'esigenza anche in ambiti diversi da quello della concorrenza, posto che la sentenza Marshall riguardava il danno subito a causa di un licenziamento discriminatorio.