La Corte di Giustizia dell'Unione europea, con sentenza del 30/9/2010 resa nella causa C-314/09, avalla una interpretazione favorevole al danneggiato circa le ipotesi di risarcibilità del danno cagionato dalla pubblica amministrazione per suo agire illegittimo. **LEGGI DI SEGUITO,TRATTA DAL SITO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA, LA SENTENZA EMESSA NELLA CAUSA C-314/09 ...**

SENTENZA DELLA CORTE (Terza Sezione)

30 settembre 2010 (*)

«Direttiva 89/665/CEE – Appalti pubblici – Procedure di ricorso – Ricorso per risarcimento danni – Aggiudicazione illegittima – Norma nazionale sulla responsabilità fondata su una presunzione di colpevolezza dell’amministrazione aggiudicatrice»

Nel procedimento C 314/09,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’art. 234 CE, dall’Oberster Gerichtshof (Austria), con decisione 2 luglio 2009, pervenuta in cancelleria il 7 agosto 2009, nella causa

Stadt Graz

contro

Strabag AG,

Teerag Asdag AG,

Bauunternehmung Granit GesmbH,

con l'intervento di:

Land Steiermark,

LA CORTE (Terza Sezione),

composta dal sig. K. Lenaerts (relatore), presidente di sezione, e dai sigg. E. Juhász, G. Arestis, T. von Danwitz e D. Šváby, giudici,

avvocato generale: sig.ra V. Trstenjak

cancelliere: sig. K. Malacek, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 24 giugno 2010,

considerate le osservazioni presentate:

– per la Stadt Graz, dall'avv. K. Kocher, Rechtsanwalt;

– per la Strabag AG, la Teerag Asdag AG e la Bauunternehmung Granit GesmbH, dall'avv.

W. Mecenovic, Rechtsanwalt;

– per il Land Steiermark, dall'avv. A.R. Lerchbaumer, Rechtsanwalt;

– per il governo austriaco, dal sig. M. Fruhmann, in qualità di agente;

– per la Commissione europea, dai sigg. B. Schima e C. Zadra, in qualità di agenti,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli artt. 1, n. 1, e 2, nn. 1, lett. c), e 7, 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 (GU L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE (GU L 209, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 89/665»).

2 Tale domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia insorta tra la Stadt Graz [Comune di Graz (Austria)], da un lato, e la Strabag AG, la Teerag Asdag AG e la Bauunternehmung Granit GesmbH (in prosieguo, congiuntamente: le «società Strabag e a.»), dall'altro, a seguito dell'affidamento illegittimo di un appalto pubblico da parte del comune suddetto.

Contesto normativo

Il diritto dell'Unione

3 I 'considerando' terzo e sesto della direttiva 89/665 enunciano quanto segue:

«(...) l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria rende necessario un aumento notevole delle garanzie di trasparenza e di non discriminazione e (...) occorre, affinché essa sia seguita da effetti concreti, che esistano mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto;

(...)

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

4 La direttiva suddetta dispone, all'art. 1, n. 1, quanto segue:

«Gli 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, 77/62/CEE e 92/50/CEE, le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e, in particolare, quanto più rapidi possibile, secondo le condizioni previste negli articoli seguenti, in particolare nell'articolo 2, paragrafo 7, qualora violino il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono».

5 L'art. 2, nn. 1 e 5–7, della direttiva 89/665 così dispone:

«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 [la decisione contestata debba essere annullata da un organo avente la competenza necessaria a tal fine].

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.

7. Gli Stati membri fanno sì che le decisioni prese dagli organi responsabili delle procedure di ricorso possano essere attuate in maniera efficace».

Il diritto nazionale

6 Il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici è stato trasposto, nel Land Stiria, dalla legge del 1998 disciplinante l'affidamento degli appalti pubblici (Steiermärkisches Vergabegesetz 1998; in prosieguo: il «StVergG»).

7 L'art. 115, n. 1, del StVergG dispone quanto segue:

«In caso di violazione colpevole della presente legge o dei regolamenti per la sua applicazione, perpetrata da organi del soggetto preposto alla procedura di affidamento, il candidato od offerente pretermesso ha, nei confronti dell'amministrazione appaltante cui è imputabile il comportamento di tali organi, un diritto al risarcimento delle spese connesse alla presentazione dell'offerta e di quelle derivanti dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione. Le domande di risarcimento, incluse quelle relative all'eventuale mancato guadagno, devono essere proposte mediante ricorso dinanzi ai giudici ordinari».

8 L'art. 1298 del codice civile austriaco (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch; in prosieguo: l'«ABGB») così dispone:

«Colui che asserisce di essersi trovato, senza colpa, nell'impossibilità di adempiere all'obbligazione impostagli da un contratto o dalla legge, è tenuto a fornirne la prova. Qualora egli, in virtù di un accordo contrattuale, sia tenuto a rispondere soltanto in caso di colpa grave, è tenuto altresì a dimostrare l'insussistenza di tale presupposto».

9 L'art. 1299 dell'ABGB stabilisce quanto segue:

«Colui che esercita pubblicamente un ufficio, un'arte, una professione o un mestiere, o che

volontariamente e senza necessità si incarica della gestione di un affare la cui realizzazione richieda conoscenze specifiche o una diligenza non comune, fa mostra di reputarsi in possesso della diligenza necessaria e delle conoscenze non comuni richieste; pertanto, è tenuto a rispondere dell'eventuale mancanza delle stesse. Tuttavia, se la sua mancanza di esperienza era nota a colui che gli ha affidato l'incarico o costui avrebbe potuto venirne a conoscenza usando la normale attenzione, anche quest'ultimo incorre in una colpa che può essergli imputata».

I fatti all'origine della causa principale e le questioni pregiudiziali

10 Nel 1998 la Stadt Graz ha indetto una gara d'appalto con procedura aperta a livello dell'Unione europea per la produzione e la fornitura di conglomerato bituminoso a caldo, in conformità delle disposizioni del StVergG. Il bando di gara, pubblicato nella G *azzetta ufficiale delle Comunità europee*
e nella
Grazer Zeitung
, indicava come luogo di esecuzione della prestazione «Graz, Austria» e prevedeva, in una rubrica intitolata «Descrizione sommaria (natura delle prestazioni, caratteristiche generali, scopo dell'opera o della prestazione edilizia)», la fornitura di conglomerato bituminoso a caldo nel corso dell'anno 1999. Il bando precisava inoltre, nella rubrica «Termini per l'esecuzione della prestazione», le seguenti date: «Inizio: 1° marzo 1999; fine: 20 dicembre 1999».

11 Sono state depositate quattordici offerte. La migliore è risultata quella presentata dall'impresa di costruzioni Held & Franck Bau GmbH (in prosieguo: la «HFB»). Secondo le indicazioni contenute nella domanda di pronuncia pregiudiziale, se tale impresa fosse stata esclusa, avrebbe dovuto essere accolta l'offerta congiunta delle società Strabag e a.

12 La HFB aveva accluso alla propria offerta una lettera in cui comunicava, «a titolo integrativo», che il suo nuovo impianto per la miscelazione dell'asfalto, che doveva essere costruito nelle settimane successive nel territorio del Comune di Großwilfersdorf, sarebbe divenuto operativo a partire dal 17 maggio 1999. Le società Strabag e a. ignoravano l'esistenza di tale lettera.

13 In data 5 maggio 1999 le società Strabag e a. hanno proposto dinanzi al Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark (Commissione di controllo sugli appalti pubblici del Land Stiria) un ricorso nel quale hanno fatto valere che la HFB non disponeva, nel Land

Stiria, di impianti per la fabbricazione di conglomerato bituminoso a caldo, ciò che metteva l'impresa suddetta nell'impossibilità tecnica di eseguire l'appalto in questione. Pertanto, a loro avviso, l'offerta di tale impresa doveva essere esclusa.

14 Le società Strabag e a. hanno parallelamente proposto una domanda di provvedimenti provvisori, la quale è stata accolta dal Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark con ordinanza 10 maggio 1999, che ha vietato alla Stadt Graz di procedere all'aggiudicazione dell'appalto in attesa della decisione nel merito.

15 Con decisione in data 10 giugno 1999, il Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark ha integralmente respinto il ricorso delle società Strabag e a. e, in particolare, le domande intese ad ottenere l'apertura di un procedimento di riesame e l'esclusione della HFB dalla gara. Esso ha ritenuto che tale impresa fosse titolare di un'autorizzazione all'esercizio dell'attività di asfaltatore e che la pretesa secondo cui l'impianto di miscelazione di conglomerato a caldo avrebbe dovuto essere già esistente al momento dell'apertura delle offerte fosse sproporzionata rispetto all'oggetto dell'appalto e contraria agli usi correnti del commercio.

16 Il 14 giugno 1999 la Stadt Graz ha aggiudicato l'appalto alla HFB.

17 Con decisione in data 9 ottobre 2002 il Verwaltungsgerichtshof, a seguito di un ricorso proposto dalle società Strabag e a., ha annullato la decisione del Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark a motivo della difformità dell'offerta della HFB rispetto al bando di gara, in quanto, sebbene il periodo fissato per la fornitura della prestazione si estendesse dal 1° marzo al 20 dicembre 1999, l'impresa suddetta aveva potuto disporre del suo nuovo impianto di miscelazione dell'asfalto soltanto a partire dal 17 maggio 1999.

18 L'Unabhängiger Verwaltungssenat für die Steiermark (Consiglio amministrativo indipendente per il Land Stiria), il quale nel 2002 è subentrato nelle competenze prima esercitate dal Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark, ha statuito, con decisione in data 23 aprile 2003, che, a causa di una violazione del StVergG, l'appalto non era stato legittimamente attribuito dalla Stadt Graz.

19 Le società Strabag e a. hanno proposto dinanzi ai giudici ordinari un'azione diretta ad ottenere la condanna della Stadt Graz al pagamento a loro favore della somma di EUR 300 000

a titolo di risarcimento danni. A sostegno della loro azione, esse hanno fatto valere che l'offerta della HFB avrebbe dovuto essere esclusa a motivo di un vizio insanabile e che di conseguenza avrebbe dovuto essere accolta la loro offerta. La Stadt Graz avrebbe agito colpevolmente astenendosi dal constatare l'incompatibilità dell'offerta della HFB con le clausole del bando di gara. La decisione del Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark non sarebbe idonea ad esonerare da responsabilità la Stadt Graz, la quale avrebbe agito a proprio rischio.

20 La Stadt Graz ha fatto valere, per parte sua, che essa era vincolata dalla decisione del Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark e che l'eventuale illegittimità di tale decisione era imputabile al Land Steiermark, cui andava ricondotto l'operato del Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark. Per contro, gli organi del comune suddetto non avrebbero commesso alcuna azione colpevole.

21 Il giudice di prima istanza ha, con una sentenza interlocutoria, dichiarato fondata la domanda di risarcimento delle società Strabag e a., ritenendo che la Stadt Graz avesse agito colpevolmente, omettendo di verificare le offerte e aggiudicando l'appalto alla HFB, malgrado il vizio palesemente inficiante l'offerta di quest'ultima, in pendenza del termine consentito per l'impugnazione contro la decisione del Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark.

22 Tale decisione è stata confermata in appello. Il giudice del gravame ha tuttavia dichiarato che la propria sentenza era impugnabile mediante ricorso per cassazione [«Revision»] ordinario, tenuto conto della mancanza di giurisprudenza dell'Oberster Gerichtshof in merito alla responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice per una condotta colpevole in una situazione caratterizzata, come nel caso di specie, dall'esistenza, alla data dell'aggiudicazione dell'appalto al miglior offerente, di una decisione del Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark di convalida del comportamento tenuto dall'amministrazione stessa.

23 Il giudice d'appello ha ritenuto che, sebbene i giudici ordinari fossero vincolati dalla constatazione di illegittimità contenuta nella decisione 23 aprile 2003 dell'Unabhängiger Verwaltungssenat für die Steiermark e fosse stata accertata l'esistenza di un nesso di causalità tra il comportamento illegittimo della Stadt Graz e il danno subito dalle società Strabag e a., occorreva nondimeno esaminare la questione dell'esistenza di una colpevolezza in capo alla Stadt Graz, derivante dalla sua decisione di attribuire l'appalto alla HFB già in data 14 giugno 1999, senza tener conto del fatto, non preso in esame nella decisione 10 giugno 1999 del Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark, che la lettera di accompagnamento all'offerta di tale impresa indicava che quest'ultima non era in grado di rispettare i termini per l'esecuzione dell'appalto in questione.

24 La Stadt Graz ha proposto, dinanzi all'Oberster Gerichtshof, un ricorso per cassazione avverso la sentenza pronunciata in grado di appello.

25 In primo luogo, il giudice del rinvio nutre dubbi quanto alla conformità dell'art. 115, n. 1, del StVergG alla direttiva 89/665. Riferendosi alle sentenze 14 ottobre 2004, causa C 275/03, Commissione/Portogallo, e 10 gennaio 2008, causa C 70/06, Commissione/Portogallo (Racc. pag. I 1), esso si chiede se debba ritenersi contrastante con tale direttiva qualsiasi normativa nazionale che, in un modo o nell'altro, subordini il diritto dell'offerente al risarcimento del danno all'esistenza di una colpevolezza in capo all'amministrazione aggiudicatrice, o se invece il contrasto sussista soltanto nel caso di una normativa nazionale che addossi sull'offerente suddetto l'onere della prova di tale colpevolezza.

26 Il giudice nazionale sottolinea, a questo proposito, che l'art. 1298 dell'ABGB opera un'inversione di tale onere della prova, in forza della quale la responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice per l'operato dei propri organi si presume. Inoltre, l'amministrazione non potrebbe eccepire la mancanza di proprie capacità individuali, dato che la sua responsabilità corrisponderebbe a quella di un soggetto esperto, ai sensi dell'art. 1299 dell'ABGB. Tuttavia, la Stadt Graz potrebbe validamente assolvere l'onere della prova che le incombe qualora essa fosse stata vincolata, in modo effettivo e pieno, all'osservanza della decisione formalmente definitiva emessa dal Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark.

27 In secondo luogo, supponendo che la direttiva 89/665 non osti ad una normativa nazionale quale quella in questione nella causa principale, il giudice del rinvio – che, al pari del Verwaltungsgerichtshof e del giudice d'appello intervenuti nella presente controversia, nega che l'amministrazione aggiudicatrice sia vincolata da una decisione quale quella emessa il 10 giugno 1999 dal Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark – si chiede se la tesi secondo cui l'amministrazione suddetta non sarebbe stata vincolata da una simile decisione e avrebbe potuto o addirittura dovuto attribuire l'appalto ad un altro offerente non si ponga in contrasto con l'obiettivo, proclamato all'art. 2, n. 7, della citata direttiva, dell'efficace esecuzione delle decisioni adottate dagli organi responsabili delle procedure di ricorso.

28 In terzo luogo, supponendo che tale secondo interrogativo meriti risposta affermativa, il giudice del rinvio rileva come le società Strabag e a. nonché il giudice di appello censurino la Stadt Graz in quanto questa avrebbe attribuito l'appalto alla HFB senza tener conto del fatto – non preso in esame dal Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark nella sua decisione del 10 giugno 1999 – che tale impresa non era in grado, secondo le sue stesse indicazioni, di eseguire

l'appalto in questione entro il termine stabilito dal bando di gara. Sulla scorta di tali premesse, il giudice del rinvio si chiede, alla luce dell'art. 2, n. 7, della direttiva 89/665, se l'amministrazione aggiudicatrice, quand'anche fosse stata vincolata dalla decisione adottata da un organo quale il Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark, avrebbe potuto o addirittura dovuto verificare comunque l'esattezza di tale decisione e/o il carattere esaustivo della valutazione sulla quale questa si fondava.

29 Sulla scorta di tali circostanze, l'Oberster Gerichtshof ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se gli artt. 1, n. 1, e 2, n. 1, lett. c), della direttiva (...) 89/665 (...), ovvero altre disposizioni di tale direttiva, ostino ad una disciplina nazionale in forza della quale il diritto al risarcimento del danno per violazioni della normativa comunitaria sugli appalti pubblici commesse dall'ente appaltante sia subordinato all'esistenza di un comportamento colpevole, anche nel caso in cui tale disciplina venga applicata nel senso di ritenere sussistente in linea di principio una presunzione di colpevolezza dell'ente appaltante per l'operato dei propri organi e di escludere la possibilità per l'ente suddetto di invocare la mancanza di proprie capacità individuali e dunque un difetto di imputabilità soggettiva.

2) In caso di soluzione negativa della prima questione, se l'art. 2, n. 7, della direttiva (...) 89/665 (...) debba essere interpretato nel senso che, in virtù dell'obbligo imposto da tale disposizione di garantire l'efficace attuazione delle decisioni adottate nelle procedure di ricorso, alla decisione di un'autorità di vigilanza sugli appalti pubblici va riconosciuta efficacia vincolante nei confronti di tutti i soggetti partecipanti al procedimento e, dunque, anche dell'ente appaltante.

3) In caso di soluzione affermativa della seconda questione, se, ai sensi dell'art. 2, n. 7, della direttiva (...) 89/665 (...), l'ente appaltante abbia la facoltà, o addirittura l'obbligo, di disattendere una decisione definitiva di un'autorità di vigilanza sugli appalti pubblici e, in caso affermativo, quali siano i relativi presupposti».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima questione

30 Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la direttiva 89/665 debba essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, qualora l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata.

31 A questo proposito, occorre anzitutto rilevare che l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie per garantire l'esistenza di procedure di ricorso efficaci e, in particolare, quanto più rapide possibile contro le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici che abbiano «violato» il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o le norme nazionali di trasposizione di quest'ultimo. Il terzo 'considerando' della citata direttiva sottolinea, per parte sua, la necessità che esistano mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di «violazione» del diritto o delle norme suddetti.

32 Per quanto riguarda, in particolare, il mezzo di ricorso inteso ad ottenere il risarcimento dei danni, l'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665 stabilisce che gli Stati membri fanno sì che i provvedimenti presi ai fini dei ricorsi di cui all'art. 1 della medesima direttiva prevedano i poteri che permettano di accordare tale risarcimento ai soggetti lesi da una violazione.

33 Tuttavia, la direttiva 89/665 stabilisce solamente i requisiti minimi che le procedure di ricorso istituite negli ordinamenti giuridici nazionali devono rispettare al fine di garantire l'osservanza delle prescrizioni del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici (v., in particolare, sentenze 27 febbraio 2003, causa C 327/00, Santex, Racc. pag. I 1877, punto 47, e 19 giugno 2003, causa C 315/01, GAT, Racc. pag. I 6351, punto 45). In mancanza di una disposizione specifica in merito, spetta quindi all'ordinamento giuridico interno di ogni Stato membro determinare le misure necessarie per garantire che le procedure di ricorso consentano effettivamente di accordare un risarcimento ai soggetti lesi da una violazione della normativa sugli appalti pubblici (v., per analogia, sentenza GAT, cit., punto 46).

34 Pertanto, se indubbiamente l'attuazione dell'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665 rientra, in linea di principio, nell'autonomia procedurale degli Stati membri, delimitata dai principi di equivalenza e di effettività, occorre nondimeno verificare se la norma suddetta, interpretata alla luce del contesto e dell'obiettivo generali nei quali si inscrive il mezzo di ricorso inteso al

riconoscimento di un risarcimento, osti a che una disposizione nazionale quale quella in questione nella causa principale subordini, alle condizioni indicate al punto 30 della presente sentenza, la concessione di tale risarcimento al carattere colpevole della violazione della normativa sugli appalti pubblici commessa dall'amministrazione aggiudicatrice.

35 A questo proposito, è importante rilevare, anzitutto, che il tenore letterale degli artt. 1, n. 1, e 2, nn. 1, 5 e 6, nonché del sesto 'considerando' della direttiva 89/665 non indica in alcun modo che la violazione delle norme sugli appalti pubblici atta a far sorgere un diritto al risarcimento a favore del soggetto leso debba presentare caratteristiche particolari, quale quella di essere connessa ad una colpa, comprovata o presunta, dell'amministrazione aggiudicatrice, oppure quella di non ricadere sotto alcuna causa di esonero di responsabilità.

36 Tale analisi risulta corroborata dal contesto e dall'obiettivo generali del mezzo di ricorso inteso al riconoscimento di un risarcimento, previsto dalla direttiva 89/665.

37 Infatti, secondo una costante giurisprudenza, gli Stati membri, pur essendo tenuti a prevedere mezzi di ricorso che consentano di ottenere l'annullamento di una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice contraria alla normativa sugli appalti pubblici, sono legittimati, in vista dell'obiettivo di celerità perseguito dalla direttiva 89/665, a prevedere per questo tipo di ricorsi termini ragionevoli da osservarsi a pena di decadenza, e ciò per evitare che i candidati e gli offerenti possano in qualsiasi momento allegare violazioni della normativa suddetta, obbligando così l'amministrazione aggiudicatrice a riprendere l'intera procedura al fine di rimediare a tali violazioni [v. in tal senso, in particolare, sentenze 12 dicembre 2002, causa C‑470/99, Universale‑Bau e a., Racc. pag. I‑11617, punti 74‑78; Santex, cit., punti 51 e 52; 11 ottobre 2007, causa C‑241/06, Lämmerzahl, Racc. pag. I‑8415, punti 50 e 51, nonché 28 gennaio 2010, causa C‑406/08, Uniplex (UK), non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 38].

38 Inoltre, l'art. 2, n. 6, secondo comma, della direttiva 89/665 riconosce agli Stati membri la facoltà di prevedere che, dopo la conclusione del contratto successiva all'aggiudicazione dell'appalto, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso siano limitati alla concessione di un risarcimento.

39 In tale contesto, il rimedio risarcitorio previsto dall'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665 può costituire, se del caso, un'alternativa procedurale compatibile con il principio di effettività, sotteso all'obiettivo di efficacia dei ricorsi perseguito dalla citata direttiva [v. in tal senso, in particolare, sentenza Uniplex (UK), cit., punto 40], soltanto a condizione che la possibilità di

riconoscere un risarcimento in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici non sia subordinata – così come non lo sono gli altri mezzi di ricorso previsti dal citato art. 2, n. 1 – alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice.

40 Come rilevato dalla Commissione europea, poco importa al riguardo che, a differenza della normativa nazionale esaminata nella citata sentenza 14 ottobre 2004, Commissione/Portogallo, la disciplina in questione nel presente procedimento non faccia gravare sul soggetto leso l'onere della prova dell'esistenza di una colpa dell'amministrazione aggiudicatrice, bensì imponga a quest'ultima di vincere la presunzione di colpevolezza su di essa gravante, limitando i motivi invocabili a tal fine.

41 Infatti, quest'ultima normativa genera anch'essa il rischio che l'offerente pregiudicato da una decisione illegittima di un'amministrazione aggiudicatrice venga comunque privato del diritto di ottenere un risarcimento per il danno causato da tale decisione, nel caso in cui l'amministrazione suddetta riesca a vincere la presunzione di colpevolezza su di essa gravante. Orbene, secondo quanto risulta dalla presente domanda di pronuncia pregiudiziale, e così come confermato dalle discussioni svoltesi all'udienza, una simile eventualità non risulta esclusa nel caso di specie, tenuto conto della possibilità per la Stadt Graz di invocare il carattere scusabile dell'errore di diritto da essa asseritamente commesso, a motivo dell'intervento della decisione 10 giugno 1999 del Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark, che ha rigettato il ricorso delle società Strabag e a.

42 Quanto meno, l'offerente suddetto corre il rischio, in virtù di questa stessa normativa, di ottenere un risarcimento soltanto tardivamente, considerata la lunghezza dei tempi che possono rendersi necessari per un procedimento civile inteso all'accertamento del carattere colpevole della violazione lamentata.

43 Orbene, nell'uno e nell'altro caso, la situazione sarebbe contraria all'obiettivo della direttiva 89/665, enunciato all'art. 1, n. 1, ed al terzo 'considerando' di quest'ultima, consistente nel garantire l'esistenza di mezzi di ricorso efficaci e quanto più rapidi possibile contro le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici in violazione della normativa sugli appalti pubblici.

44 Va poi sottolineato che, anche supponendo che, nel presente caso, la Stadt Graz possa aver ritenuto, nel giugno 1999, di essere obbligata, in considerazione dell'obiettivo di efficacia

inerente allo svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, a dare immediatamente esecuzione alla decisione 10 giugno 1999 del Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark, senza attendere la scadenza del termine previsto per l'impugnazione di tale decisione, resta il fatto che, come evidenziato dalla Commissione all'udienza, l'accertamento della fondatezza di una domanda di risarcimento proposta dall'offerente pretermesso a seguito dell'annullamento di tale decisione da parte di un giudice amministrativo non può, per parte sua, essere subordinato – in contrasto con il tenore, l'economia sistematica e la finalità delle disposizioni della direttiva 89/665 contemplanti il diritto ad ottenere tale risarcimento – ad una valutazione del carattere colpevole del comportamento dell'amministrazione aggiudicatrice chiamata in causa.

45 Tenuto conto delle considerazioni che precedono, occorre risolvere la prima questione dichiarando che la direttiva 89/665 deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata.

Sulla seconda e sulla terza questione

46 Tenuto conto della risposta fornita alla prima questione, non è necessario risolvere le altre due questioni sollevate.

Sulle spese

47 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Terza Sezione) dichiara:

La direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata.

Firme