

Causa C-927/19**Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia****Data di deposito:**

18 dicembre 2019

Giudice del rinvio:

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Lituania)

Data della decisione di rinvio:

17 dicembre 2019

Attrice e resistente in cassazione:

«Ecoservice Klaipėda» UAB

Convenuta e ricorrente in cassazione:«Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras» UAB**Oggetto del procedimento principale**

Il procedimento principale verte sull'interpretazione e sull'applicazione delle norme sostanziali che disciplinano: la protezione delle informazioni riservate presentate dai fornitori alle amministrazioni aggiudicatrici durante le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici e di ricorso, la determinazione delle condizioni di gara e la classificazione come false delle informazioni presentate dai fornitori.

Oggetto e fondamento giuridico del rinvio pregiudiziale

Interpretazione delle disposizioni della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007 («direttiva 89/665»), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE («direttiva 2014/24») e della direttiva (UE) 2016/943 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2016, sulla protezione del

know-how riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti («direttiva 2016/943») che riguardano le condizioni di gara e vari aspetti della protezione delle informazioni riservate negli appalti pubblici, nonché delle sentenze della Corte di giustizia del 4 maggio 2017, Esaprojekt (C-387/14) e del 3 ottobre 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18); articolo 267 TFUE, primo comma, lettera b) e terzo comma.

Questioni pregiudiziali

- 1) Se una condizione di gara secondo la quale i fornitori devono dimostrare di realizzare un determinato fatturato medio annuo prestando esclusivamente servizi specifici (gestione dei rifiuti urbani indifferenziati) rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 58, paragrafi 3 o 4, della direttiva 2014/24.
- 2) Se il metodo di valutazione della capacità del fornitore stabilito dalla Corte di giustizia nella sentenza del 4 maggio 2017, Esaprojekt (C-387/14), dipenda dalla risposta alla prima questione.
- 3) Se una condizione di gara secondo la quale i fornitori devono dimostrare che i veicoli necessari per la prestazione dei servizi [di gestione dei rifiuti] sono conformi a specifiche tecniche precise, anche per quanto riguarda le emissioni inquinanti (EURO 5), l'installazione di un trasmettitore GPS, la capacità adeguata, ecc., rientri nell'ambito di applicazione delle seguenti disposizioni della direttiva 2014/24: a) dell'articolo 58, paragrafo 4; b) dell'articolo 42 in combinato disposto con le disposizioni di cui all'allegato VII; c) dell'articolo 70.
- 4) Se l'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, della direttiva 89/665, che stabilisce il principio dell'efficacia delle procedure di ricorso, i paragrafi 3 e 5 del medesimo articolo, l'articolo 21 della direttiva 2014/24 e le disposizioni della direttiva 2016/943, in particolare il considerando 18 e l'articolo 9, paragrafo 2, terzo comma della medesima (congiuntamente o separatamente, ma non limitatamente a esse) debbano essere interpretati nel senso che, laddove sia prevista una procedura precontenziosa obbligatoria di risoluzione delle controversie dalla normativa nazionale in materia di appalti pubblici:
 - a) l'amministrazione aggiudicatrice deve fornire al fornitore che ha avviato la procedura di ricorso tutti i dettagli dell'offerta dell'altro offerente (indipendentemente dalla loro natura riservata), qualora l'oggetto di tale procedura di ricorso sia specificamente la legittimità della valutazione dell'offerta dell'altro fornitore, e il fornitore che ha avviato tale procedura aveva espressamente chiesto all'amministrazione aggiudicatrice, prima dell'avvio della suddetta procedura, di fornirli;

- b) indipendentemente dalla risposta alla questione precedente, l'amministrazione aggiudicatrice, nel rigettare il reclamo presentato dal fornitore in merito alla legittimità della valutazione dell'offerta del suo concorrente, deve in ogni caso fornire una risposta chiara, esaustiva e precisa, a prescindere dal rischio di divulgazione delle informazioni riservate relative all'offerta che le sono state presentate.
- 5) Se l'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, l'articolo 1, paragrafi 3 e 5, e l'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 89/655, l'articolo 21 della direttiva 2014/24 e le disposizioni della direttiva 2016/943, in particolare il considerando 18 della medesima (congiuntamente o separatamente, ma non limitatamente a esse), debbano essere interpretati nel senso che la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di non concedere a un fornitore l'accesso alle informazioni riservate dell'offerta di un altro partecipante alla gara sia una decisione che può essere impugnata separatamente dinanzi a un giudice.
- 6) In caso di risposta affermativa alla questione precedente, se l'articolo 1, paragrafo 5, della direttiva 89/655 debba essere interpretato nel senso che il fornitore deve presentare all'amministrazione aggiudicatrice un reclamo contro tale decisione e, eventualmente, agire in giudizio.
- 7) In caso di risposta affermativa alla questione precedente, se l'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e l'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 89/655 debbano essere interpretati nel senso che, a seconda dell'entità delle informazioni disponibili sul contenuto dell'offerta dell'altro fornitore, il fornitore può agire in giudizio esclusivamente in merito al rifiuto di fornirgli le informazioni, senza contestare separatamente la legittimità di altre decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice.
- 8) Indipendentemente dalle risposte alle questioni che precedono, se l'articolo 9, paragrafo 2, terzo comma, della direttiva 2016/943 debba essere interpretato nel senso che il giudice, al quale il ricorrente chiede di ingiungere all'altra parte della controversia la produzione di prove e di renderle disponibili al ricorrente, deve accogliere tale domanda, indipendentemente dal comportamento dell'amministrazione aggiudicatrice durante la procedura d'appalto o la procedura di ricorso.
- 9) Se l'articolo 9, paragrafo 2, terzo comma, della direttiva 2016/943 debba essere interpretato nel senso che, dopo aver respinto la domanda del ricorrente diretta alla divulgazione di informazioni riservate dell'altra parte della controversia, il giudice dovrebbe valutare d'ufficio la pertinenza dei dati di cui si chiede la divulgazione e gli effetti di tali dati sulla legittimità della procedura d'appalto.
- 10) Se il motivo di esclusione dei fornitori stabilito all'articolo 57, paragrafo 4, lettera h), della direttiva 2014/24, in considerazione della sentenza della

Corte di giustizia del 3 ottobre 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, possa essere applicato in modo tale che, nell'esaminare una controversia tra un fornitore e l'amministrazione aggiudicatrice, il giudice possa decidere d'ufficio, indipendentemente dalla valutazione dell'amministrazione aggiudicatrice, che l'offerente interessato, agendo intenzionalmente o negligenemente, aveva presentato informazioni fuorvianti e in fatto inesatte all'amministrazione aggiudicatrice e che pertanto doveva essere escluso dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto.

- 11) Se l'articolo 57, paragrafo 4, lettera h), della direttiva 2014/24, in combinato disposto con il principio di proporzionalità di cui all'articolo 18, paragrafo 1, di tale direttiva, debba essere interpretato e applicato nel senso che, qualora la normativa nazionale preveda sanzioni aggiuntive (oltre all'esclusione dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto) in caso di presentazione di informazioni false, tali sanzioni possono essere applicate solo sulla base della responsabilità personale, in particolare ove le informazioni inesatte in fatto siano state presentate solo da una parte di coloro che hanno partecipato congiuntamente alla procedura d'appalto pubblico (per esempio, uno tra vari partner).

Disposizioni dell'Unione fatte valere

Articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, articolo 1, paragrafi 3 e 5, e articolo 2, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 89/665

Articolo 18, paragrafo 1, articolo 21, articolo 42 in combinato disposto con l'allegato VII, articolo 57, paragrafo 4, lettera h), articolo 58, paragrafi 3 e 4, e articolo 70 della direttiva 2014/24

Considerando 18 e articolo 9, paragrafo 2, terzo comma, della direttiva 2016/943

Disposizioni nazionali fatte valere

Articolo 1.116 (Segreto commerciale e professionale) del Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas (Codice civile della Repubblica di Lituania; il «Codice civile»)

Paragrafi da 1 a 4 dell'articolo 10 (Accesso pubblico al fascicolo di causa) e paragrafi da 1 a 5 dell'articolo 10¹ (Caratteristiche specifiche della tutela dei segreti commerciali) del Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodeksas (Codice di procedura civile della Repubblica di Lituania; il «Codice di procedura civile»)

Paragrafo 34 dell'articolo 2 (Termini principali utilizzati nella presente legge), paragrafo 1 dell'articolo 17 (Principi fondamentali dell'appalto), paragrafi da 1 a 5 dell'articolo 20 (Riservatezza), paragrafi 1, 3 e 4 dell'articolo 37 (Specifiche tecniche), paragrafi 1 e 3 dell'articolo 45 (Principi generali per la valutazione di

un fornitore e di una richiesta di partecipazione e dell'offerta da esso presentata), paragrafi 4, commi 4) e 5), 5, 7 e 8 dell'articolo 46 (Motivi di esclusione di un fornitore), paragrafi 1, commi da 1) a 3), e 6 dell'articolo 47 (Verifica delle qualifiche di un fornitore), paragrafi 1, commi 1) e 2), 2 e 3 dell'articolo 52 (Omissione volontaria di informazioni o presentazione di informazioni false o mancata presentazione di documentazione), paragrafo 9 dell'articolo 55 (Valutazione e comparazione delle offerte), e paragrafi 3 e 5 dell'articolo 58 (Comunicazione dei risultati della procedura d'appalto) del Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (Legge della Repubblica di Lituania sugli appalti pubblici; la «Legge sugli appalti pubblici»)

Breve illustrazione dei fatti e del procedimento principale

- 1 Il 27 settembre 2018, la convenuta (denominata anche l'«amministrazione aggiudicatrice») ha pubblicato un gara d'appalto internazionale aperta relativa a servizi di raccolta di rifiuti urbani del Comune di Neringa e al loro trasporto presso gli impianti di trattamento della discarica regionale di Klaipėda (la «gara d'appalto»).
- 2 Sono state presentate offerte da parte di tre fornitori: l'attrice «Ecoservice Klaipėda» UAB (denominata anche l'«attrice», l'«offerente A»); l'«Ekonovus» UAB; e il gruppo di operatori economici «Klaipėdos autobusų parkas» UAB, «Parsekas» UAB e «Klaipėdos transportas» UAB, operanti nell'ambito di un accordo di collaborazione (l'«offerente B»).
- 3 Il 29 novembre 2018, l'amministrazione aggiudicatrice ha comunicato ai partecipanti la valutazione delle loro offerte e i risultati finali della gara d'appalto: l'offerente B era risultato il vincitore e l'attrice si era classificata seconda.
- 4 Il 10 dicembre 2018, l'attrice ha presentato un reclamo avanti l'amministrazione aggiudicatrice, contestando i risultati della gara d'appalto e dichiarando che le qualifiche dell'offerente B non erano conformi ai requisiti. Secondo le informazioni a disposizione dell'attrice, la «Parsekas» UAB non poteva avere eseguito contratti relativi alla raccolta e al trasporto di rifiuti urbani non differenziati per un valore di EUR 200 000 (IVA esclusa) negli ultimi tre anni (come richiesto nella parte relativa alle condizioni di gara intitolata «Capacità finanziaria ed economica»), poiché nel contesto di altre gare d'appalto tale società partecipa spesso in attività in collaborazione in veste di capofila, la quale riceve il denaro per la prestazione dei servizi, ma di fatto non svolge attività di gestione di rifiuti urbani indifferenziati. Inoltre, l'attrice ha asserito che l'offerente B non soddisfa neppure i requisiti relativi alla capacità tecnica poiché il veicolo indicato nei documenti presentati dalla «Parsekas» UAB nella procedura di gara non soddisfa vari parametri tecnici obbligatori stabiliti nelle condizioni di gara (specifiche tecniche).
- 5 Il 17 dicembre 2018, esaminato il reclamo dell'attrice, l'amministrazione aggiudicatrice lo ha rigettato in quanto l'offerente B, nel confermare l'osservanza

del requisito relativo ai contratti eseguiti, aveva fornito prova, in conformità alle condizioni di gara, dei contratti stipulati relativi alla gestione di rifiuti urbani non differenziati, il cui valore corrispondeva all'importo richiesto, nonché delle informazioni tecniche relative al veicolo dichiarato.

- 6 Il 27 dicembre 2018, l'attrice ha adito il Klaipėdos apygardos teismas (Tribunale regionale, Lituania).
- 7 Con sentenza del 15 marzo 2019, nel respingere la domanda dell'attrice, tale giudice di primo grado ha statuito che l'offerente B soddisfaceva i requisiti di qualificazione previsti per i fornitori.
- 8 A seguito dell'appello proposto dall'attrice, la Lietuvos apeliacinis teismas (Corte d'appello, Lituania), con sentenza del 30 maggio 2019, ha annullato la sentenza del giudice di primo grado, ha accolto l'appello dell'attrice, ha annullato la decisione della convenuta con la quale veniva stabilita la classifica delle offerte e ha ordinato all'amministrazione aggiudicatrice di ripetere la valutazione delle offerte stesse. Tale giudice ha dichiarato che l'offerente B aveva soddisfatto i requisiti relativi ai contratti eseguiti, ma non aveva dimostrato la sua capacità tecnica poiché non tutti i veicoli dichiarati in un secondo momento erano stati inizialmente inclusi nell'offerta.
- 9 La convenuta ha proposto ricorso in cassazione e l'attrice ha presentato le sue difese.
- 10 Inoltre, nel procedimento principale, l'attrice e la convenuta hanno posizioni contrastanti in merito a quali dettagli dell'offerta vincitrice possano essere resi pubblici e quali costituiscano informazioni riservate, alle quali l'attrice non può avere accesso.
- 11 Il 4 dicembre 2018, l'attrice ha presentato domanda all'amministrazione aggiudicatrice chiedendo di accedere all'offerta dell'offerente B, e il 6 dicembre 2018 ha preso visione dei dettagli non riservati di tale offerta.
- 12 Nel corso del procedimento dinanzi al giudice di primo grado, l'attrice ha chiesto al Tribunale di ordinare alla convenuta la produzione di ulteriore documentazione e di concederle l'accesso a tutte le informazioni contenute nell'offerta dell'offerente B (escluse solo le informazioni commerciali sensibili), nonché di ordinare alla «Parsekas» UAB di fornire i dati sui contratti di gestione dei rifiuti classificati come confidenziali da essa conclusi.
- 13 Dopo aver presentato al giudice la documentazione ulteriore, la convenuta, a sua volta, ha chiesto al giudice medesimo di non concedere all'attrice l'accesso ai dettagli riservati presentati nell'offerta dell'offerente B e di classificarli come materiale riservato del fascicolo di causa.

- 14 Con ordinanza del 30 gennaio 2019, il giudice di primo grado ha accolto la domanda della convenuta e, il 14 febbraio e il 21 febbraio 2019, ha rigettato le domande proposte dall'attrice.
- 15 Il 26 luglio 2019, l'attrice, prima di presentare le proprie difese nell'ambito del ricorso per cassazione, ha chiesto alla Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Corte suprema, Lituania; in prosieguo: la «Corte suprema di Lituania» o anche il «giudice del rinvio») che le fosse consentito l'accesso ai documenti riservati presentati dalla convenuta al giudice di primo grado, ad eccezione delle informazioni commerciali sensibili.

Breve illustrazione della motivazione del rinvio pregiudiziale

- 16 Nel caso di specie, la controversia tra le parti è sorta in relazione alla questione se le qualifiche del raggruppamento di operatori economici dichiarato offerente vincitore siano o meno conformi ai requisiti stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice.
- 17 In linea di principio, il giudice del rinvio dovrebbe pronunciarsi solo sulle questioni sollevate dalla convenuta nel suo ricorso per cassazione, vale a dire sulla conformità della capacità tecnica dell'offerente B. Tuttavia, nel caso di specie, il giudice del rinvio, di propria iniziativa, ha ritenuto di andare oltre l'ambito del ricorso e di pronunciarsi su altri aspetti della controversia tra le parti, non solo basandosi sul motivo della tutela dell'interesse pubblico, ma anche alla luce della situazione specifica che si è verificata nel presente procedimento, in cui all'attrice, in fase precontenziosa e in fase giudiziale, sono state sostanzialmente negate tutte le informazioni alle quali ha richiesto accesso.
- 18 A prescindere dal fatto che la necessità di interpretare il diritto dell'Unione è stata sollevata d'ufficio dal giudice nazionale, che ha deciso di superare l'ambito della controversia tra le parti, la Corte di giustizia è competente a fornire al giudice l'interpretazione richiesta (v., per esempio, sentenze del 5 aprile 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, e del 25 ottobre 2018, Roche Lietuva, C-413/17, EU:C:2018:865).
- 19 Nel presente procedimento, il collegio rinvia alla Corte di giustizia le questioni riguardanti: a) la liceità di determinate condizioni di gara, b) vari aspetti della protezione delle informazioni riservate nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici e c) la valutazione di eventuali dichiarazioni false da parte dell'offerente vincitore e le conseguenze di tali atti.

Legittimità del comportamento dell'amministrazione aggiudicatrice nella valutazione del rispetto da parte dell'offerente B delle qualifiche richieste

- 20 Secondo la giurisprudenza della Corte suprema di Lituania, quando si decidono le controversie tra le amministrazioni aggiudicatrici e i fornitori ciò che conta è, in sostanza, il contenuto di una condizione, non la qualificazione che le è stata

attribuita dall'amministrazione aggiudicatrice. La corretta classificazione delle condizioni relative ai documenti di gara comporterà la corretta applicazione delle disposizioni della Legge sugli appalti pubblici, che copre varie procedure di gara, e quindi un'adeguata risoluzione delle controversie.

(a) contenuto e applicazione del requisito della capacità finanziaria ed economica

- 21 Il requisito della capacità finanziaria ed economica riguardante il fatturato medio annuo dei fornitori derivante dallo svolgimento di attività relative alla gestione di rifiuti urbani indifferenziati, come stabilito nelle condizioni di gara, corrisponde, in sostanza, all'articolo 58, paragrafo 3, della direttiva 2014/24, che prevede la possibilità di esigere che gli operatori economici abbiano un determinato fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto. Tuttavia, il giudice del rinvio ritiene che esso potrebbe altresì corrispondere al requisito delle capacità professionali previsto all'articolo 58, paragrafo 4, di tale direttiva.
- 22 Va sottolineato che dalla formulazione dell'articolo 58, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 (in particolare dal termine «compreso») risulta che il requisito del fatturato medio annuo nel settore di attività oggetto dell'appalto non è applicabile interamente come alternativa, nel senso che laddove sia imposto il requisito del fatturato, in primo luogo dovrebbe essere valutato il fatturato complessivo e, in secondo luogo, si dovrebbe stabilire, a scelta dell'amministrazione aggiudicatrice, un fatturato nel settore di attività specifico. In altre parole, tale interpretazione della formulazione dell'articolo 58, paragrafo 3, della direttiva 2014/24, porta alla conclusione che il fatturato nel settore di attività specifico non può essere stabilito autonomamente, senza che allo stesso tempo venga fissato il requisito del fatturato complessivo.
- 23 Inoltre, non è completamente chiara la portata dell'espressione «settore di attività oggetto dell'appalto». Di fatto, secondo la condizione di gara in oggetto, i fornitori dovevano dimostrare la loro capacità in particolare per quanto riguarda i servizi relativi alla raccolta e al trasporto di rifiuti urbani indifferenziati, in relazione ai quali era stata pubblicata la gara d'appalto, e non per quanto riguarda il settore della gestione dei rifiuti in generale. Il giudice del rinvio è propenso a fornire un'interpretazione più ampia (più astratta) di tale espressione: nella controversia portata alla sua cognizione, l'espressione significherebbe che ai sensi dell'articolo 58, paragrafo 3, della direttiva 2014/24, la convenuta, nel tentativo di imporre specificamente un requisito relativo alla capacità finanziaria, doveva stabilire, in primo luogo, il fatturato annuo complessivo e, in secondo luogo, doveva prevedere allo stesso tempo che una parte di tale fatturato dovesse essere realizzato nel settore dei servizi di gestione dei rifiuti, senza ulteriori precisazioni.
- 24 Le citate questioni relative alla corretta classificazione della condizione di gara, sollevate d'ufficio dalla Corte suprema di Lituania, riguardano non solamente la possibile legittimità di tale requisito di gara, ma anche la sua corretta applicazione. Si osservi che l'attrice ha sostenuto in modo coerente per tutta la durata del

procedimento che alla «Parsekas» UAB, membro dell'offerente B, non era consentito presentare all'amministrazione aggiudicatrice, ai fini della valutazione, in primo luogo, contratti che in parte tale società non aveva eseguito da sola, ma insieme ad altri partner, compresa la stessa attrice, e, in secondo luogo, contratti il cui oggetto non era limitato alla gestione dei rifiuti urbani indifferenziati.

- 25 Contrariamente a quanto statuito dai giudici di merito, il giudice del rinvio ritiene che il semplice fatto che, secondo le condizioni di gara, la capacità finanziaria ed economica dei fornitori doveva essere dimostrata con dichiarazioni in forma libera dei partecipanti non significa che gli altri fornitori non possano metterle in discussione o contestare l'affidabilità dei dati dichiarati.
- 26 Va ricordato che la convenuta, l'offerente B e i giudici di merito hanno interpretato il requisito di qualificazione per i fornitori di cui trattasi nel senso che le condizioni di gara non richiedevano che un operatore economico dimostrasse di avere soddisfatto il requisito inteso quale realizzazione del fatturato unicamente a proprio nome e/o per proprio conto (ovverosia non come capofila) ed esclusivamente in relazione alla gestione di rifiuti urbani indifferenziati in caso di esecuzione di un contratto complesso (una varietà di rifiuti). La Corte suprema di Lituania nutre dubbi in merito al metodo per dimostrare la qualifica in oggetto secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia.
- 27 Nella sentenza del 4 maggio 2017, Esaprojekt (C-387/14, EU:C:2017:338), la Corte di giustizia ha statuito, tra l'altro, che allorché un operatore economico fa affidamento sull'esperienza di un raggruppamento di imprese cui ha partecipato, tale esperienza deve essere valutata in relazione alla concreta partecipazione di tale operatore e, dunque, al suo effettivo contributo all'esercizio dell'attività richiesta a detto raggruppamento nell'ambito di un determinato appalto pubblico; ne consegue che un operatore economico non può far valere, a titolo dell'esperienza richiesta dall'amministrazione aggiudicatrice, le prestazioni di beni o servizi effettuate dagli altri membri di un raggruppamento di imprese al quale non ha effettivamente e direttamente partecipato.
- 28 Va osservato che in tale sentenza la domanda e la risposta a tale questione riguardavano l'articolo 48, paragrafo 2, della direttiva 2004/18 che prevede specificamente il metodo di valutazione del requisito relativo alla capacità professionale.
- 29 Qualora la sopra citata condizione di gara dovesse continuare a essere classificata come un requisito di capacità finanziaria ed economica, per la quale sarebbero di rilievo le citate interpretazioni della Corte di giustizia in merito alla valutazione del rispetto del requisito della capacità professionale, sorgerebbe la questione relativa alla separazione e alla corretta applicazione di tali requisiti di qualificazione.

(b) contenuto e applicazione del requisito della capacità tecnica e professionale

- 30 Il giudice del rinvio esprime inoltre dubbi sulla classificazione del requisito relativo alla capacità tecnica dei fornitori stabilito nelle condizioni di gara, in base al quale i fornitori dovevano dimostrare la loro conformità fornendo veicoli (veicoli per la raccolta dei rifiuti) aventi caratteristiche tecniche adeguate.
- 31 Secondo la giurisprudenza della Corte suprema di Lituania, gli offerenti hanno molta più libertà nel modificare i dati relativi alle qualifiche dei fornitori rispetto alle informazioni relative all'oggetto del contratto, alle sue caratteristiche tecniche, al prezzo offerto, alle obbligazioni contrattuali e così via. Il motivo di tale differenziazione dei diritti dei fornitori di modificare i dati consiste nel fatto che, secondo il giudizio del giudice del rinvio, le qualifiche dei fornitori costituiscono una categoria oggettiva che si riferisce alle circostanze passate o presenti, e che tali qualifiche esistono o non esistono. In base alle norme nazionali attualmente in vigore in materia di appalti pubblici, il diritto dei fornitori di modificare i dati relativi alle qualifiche e i dettagli dell'offerta possiede una misura variabile.
- 32 Una posizione analoga si ritrova peraltro nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Secondo il giudice del rinvio, le norme rigorose, da interpretare restrittivamente, per la modifica dei dettagli di un'offerta, stabilite nella sentenza della Corte di giustizia del 29 marzo 2012, SAG ELV Slovensko e altri (C-599/10, EU:C:2012:191), sono soggette a una determinata eccezione per quanto riguarda la valutazione dei dati relativi alle qualifiche. La Corte di giustizia ha dichiarato, al punto 39 della sentenza del 10 ottobre 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), che un'amministrazione aggiudicatrice può chiedere che i dati di una candidatura siano corretti o completati, su base limitata e specifica, purché tale richiesta riguardi elementi o dati, come il bilancio pubblicato, la cui anteriorità rispetto alla scadenza del termine fissato per presentare candidatura sia oggettivamente verificabile.
- 33 Il giudice del rinvio manifesta inoltre dubbi in ordine alla legittimità del requisito relativo alla capacità tecnica dei fornitori. Sebbene nella sentenza del 10 maggio 2012, Commissione/Paesi Bassi (C-368/10, EU:C:2012:284), la Corte abbia statuito che determinati requisiti possono essere fissati sia come specifica tecnica sia come criterio di aggiudicazione dell'appalto o condizione per l'esecuzione di un appalto, non è completamente chiaro per il giudice del rinvio se tale situazione sia quella del caso di specie.
- 34 Va ricordato che per un lungo periodo la Corte di giustizia ha ritenuto che la valutazione delle qualifiche dei fornitori e della loro offerta fossero disciplinate da requisiti diversi (v. sentenza del 24 gennaio 2008, Lianakis, C-532/06, UE: C:2008:40). Secondo tale giurisprudenza, le qualifiche dei fornitori non potevano essere considerate un criterio di aggiudicazione dell'appalto.
- 35 Tuttavia, nella sua interpretazione delle pertinenti disposizioni della direttiva 2004/18, la Corte di giustizia ha successivamente attenuato in qualche modo tale posizione affermando che le competenze e l'esperienza dei membri del gruppo

incaricati dell'esecuzione di un appalto pubblico possono essere incluse come criteri di aggiudicazione nel bando di gara o nelle specifiche dell'offerta poiché la qualità dell'esecuzione di un appalto pubblico può dipendere in modo determinante dal «valore professionale» delle persone incaricate di eseguirlo, valore costituito dalla loro esperienza professionale e dalla loro formazione (sentenza del 26 marzo 2015, *Ambisig*, C-601/13, EU:C:2015:204).

- 36 La motivazione della decisione in tale causa, come successivamente spiegato dalla Corte di giustizia, consiste nel fatto che l'amministrazione aggiudicatrice in quel caso ha effettuato un vero confronto tra le offerte ricevibili al fine di individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa; l'esperienza della squadra tecnica proposta era una caratteristica intrinseca dell'offerta e non costituiva semplicemente un criterio di valutazione dell'idoneità degli offerenti (sentenza del 1° marzo 2018, *Tirkkonen*, C-9/17, EU:C:2018:142). Alla fine, questa regola di interpretazione giuridica è stata inoltre stabilita all'articolo 67, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2014/24. In ogni caso, oltre alla disposizione eccezionale in oggetto, il quadro normativo prevede ancora un modello di separazione della qualifica e dei criteri di (aggiudicazione) della gara.
- 37 Si deve ritenere che, se le qualifiche dei fornitori non possono normalmente essere utilizzate allo scopo di confrontare le offerte tra loro, allora le disposizioni tecniche dell'oggetto del contratto non dovrebbero essere stabilite come requisiti relativi alle capacità dei fornitori.
- 38 In base delle condizioni di gara, l'amministrazione aggiudicatrice ha richiesto ai fornitori di dimostrare che i loro veicoli da utilizzare per la prestazione di servizi soddisfano determinate specifiche tecniche. Tali disposizioni sono tra l'altro correlate alle pertinenti condizioni stabilite nelle specifiche tecniche. Si deve ritenere che tali requisiti vadano al di là di quanto necessario per verificare la capacità tecnica dei fornitori.
- 39 L'articolo 58, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 prevede, tra l'altro, che le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità. Nel caso di specie, i requisiti tecnici specifici e precisi per i veicoli suggeriscono che ciò che era importante per l'amministrazione aggiudicatrice non era accertare in generale la capacità dei fornitori di eseguire correttamente il contratto relativo ai servizi di gestione dei rifiuti, ma stabilire una modalità specifica di esecuzione del contratto che, tra l'altro, persegue obiettivi ambientali (norma EURO 5), la tracciabilità dell'adempimento degli obblighi contrattuali (attrezzatura GPS) e così via.
- 40 In questo settore, la giurisprudenza della Corte suprema di Lituania varia da caso a caso; non stabilisce regole chiare in relazione a quando un requisito debba essere considerato come una condizione di capacità tecnica e quando sia già una disposizione di specifiche tecniche. Secondo il giudice del rinvio, in linea di principio dovrebbe esserci una correlazione tra la completezza di una condizione

di gara e la classificazione del suo contenuto, vale a dire, più devono essere dimostrati i criteri tecnici (formali) specifici, più il contenuto di tale requisito si allontana dalla capacità tecnica avvicinandosi a specifiche tecniche o condizioni di esecuzione del contratto. Ciò risulta chiaro anche dall'ambito di applicazione e dalla completezza dell'articolo 58, paragrafo 4, e dall'allegato VII, della direttiva 2014/24.

Bilanciamento tra la protezione delle informazioni riservate di un fornitore e l'effettività dei diritti di difesa dell'altro fornitore

- 41 L'attrice ha cercato senza successo, sia nella fase precontenziosa sia nel giudizio, di avere accesso all'offerta dell'offerente B. Questa è una situazione comune, caratteristica della prassi lituana in materia di appalti pubblici, che il giudice del rinvio tenta costantemente di limitare per mezzo della giurisprudenza da esso sviluppata.
- 42 Nel contesto della presente controversia, tuttavia, si deve rilevare che l'amministrazione aggiudicatrice stessa è stata molto attiva nel difendere il diritto dell'offerente B alla protezione delle informazioni riservate.
- 43 Secondo il giudice del rinvio, la principale conseguenza negativa di questa prassi prevalente in Lituania è che la difesa dei diritti dei ricorrenti è in parte non garantita perché essi, come nel caso in questione, dispongono di meno informazioni rispetto alle altre parti della controversia. Inoltre, l'effettività della difesa dei diritti dei ricorrenti si basa essenzialmente sulla decisione del giudice di riconoscere le informazioni pertinenti da loro richieste come riservate (fascicolo non pubblico). Se il giudice non concede al ricorrente accesso alle informazioni richieste, le possibilità di soddisfazione delle sue pretese sono ridotte al minimo, dal momento che i giudici di solito, come nel caso di specie, non estendono d'ufficio la propria cognizione alla conformità dei dati riservati ai requisiti della procedura d'appalto pubblico o alle norme di diritto o alla valutazione dell'affidabilità di tali dati e così via.
- 44 A tale proposito, la Corte suprema di Lituania ha affermato tra l'altro che, in primo luogo, il diritto del fornitore, previsto dall'articolo 20 della Legge sugli appalti pubblici, di proteggere le informazioni specificate separatamente nella sua offerta che non devono essere divulgate riguarda solo i dati che devono essere classificati come segreti commerciali (industriali) ai sensi dell'articolo 1.116, paragrafo 1, del Codice civile; il semplice fatto che in altri casi determinate informazioni relative al fornitore e alle sue attività non siano liberamente accessibili ad altri operatori economici non significa che esse debbano essere protette nelle procedure d'appalto pubblico, se non si qualificano come segreti commerciali. Si noti che le disposizioni dell'articolo 1.116 del Codice civile corrispondono, in sostanza, alle disposizioni della direttiva 2016/943 in materia.
- 45 In secondo luogo, il diritto di accesso di un fornitore all'offerta di un altro fornitore deve essere essenzialmente considerato parte integrante della tutela dei

diritti violati. In base alle norme nazionali che disciplinano gli appalti pubblici, il diritto di accesso del fornitore all'offerta di un altro fornitore costituisce un diritto soggettivo autonomo che viene fatto valere separatamente mediante rimedi giudiziari, senza che il ricorrente debba formalmente, senza disporre di tutti i dati necessari, instaurare un giudizio per contestare i risultati della procedura di gara, chiedendo nel contempo al giudice che venga ingiunto all'amministrazione aggiudicatrice di produrre le prove e che queste vengano messe a disposizione del ricorrente, per eventualmente integrare o specificare di conseguenza le conclusioni della sua domanda.

- 46 Tuttavia, in questo ambito, il giudice del rinvio è incerto sul contenuto specifico degli obblighi delle amministrazioni aggiudicatrici in materia di protezione della riservatezza delle informazioni loro comunicate dai fornitori e sul rapporto fra tali obblighi e il dovere delle amministrazioni aggiudicatrici di garantire l'efficacia della difesa dei diritti degli operatori economici che hanno avviato la procedura di ricorso. Anche se, nella sentenza del 14 febbraio 2008, Varec (C-450/06, EU: C: 2008: 91) – pressoché la sola pronunciata in materia – la Corte di giustizia ha evidenziato la natura fiduciaria (di fiducia) dei rapporti tra i fornitori e l'amministrazione aggiudicatrice, risulta tuttavia chiaro dall'articolo 9, paragrafo 2, terzo comma, della direttiva 2016/943 (articolo 10¹, paragrafo 3, del Codice di procedura civile), adottato successivamente, che in ogni caso le parti in causa non possono disporre di diverse quantità di informazioni, poiché altrimenti verrebbero violati i principi della tutela giurisdizionale effettiva e dell'equo processo.
- 47 Se secondo tale norma il giudice deve garantire al ricorrente il diritto di accesso ai segreti commerciali di una parte in causa, non è chiaro il motivo per cui tale diritto non dovrebbe essere garantito al ricorrente prima dell'instaurazione del giudizio, in particolare poiché potrebbe aiutarlo a decidere se avviare o meno una procedura di ricorso.
- 48 A parte il considerando 18, la direttiva 2016/943 non contiene in sostanza una formulazione specifica dedicata in particolare alle procedure d'appalto pubblico. D'altro canto, è discutibile se la protezione delle informazioni che costituiscono il segreto commerciale degli offerenti debba essere di un livello diverso (superiore) rispetto ai soggetti economici che operano in altri rapporti giuridici. Nemmeno l'articolo 21 della direttiva 2014/24 e le pertinenti disposizioni della direttiva 89/665 chiariscono la questione.
- 49 Il giudice del rinvio ha evidenziato in modo costante che, sebbene le amministrazioni aggiudicatrici non siano organi del procedimento di ricorso, esse, in conseguenza di un sistema precontenzioso obbligatorio di risoluzione delle controversie, hanno ampi poteri di cooperazione con i fornitori (i fornitori attori e convenuti) e in alcuni casi anche l'obbligo – derivante dall'obiettivo di tutelare efficacemente i diritti dei fornitori – di adottare, conformemente alla loro competenza e alle misure a loro disposizione, le azioni necessarie a garantire che i fornitori abbiano la reale capacità di tutelare qualsiasi interesse che possa essere stato violato. Questa giurisprudenza è correlata all'articolo 1, paragrafo 5, della

direttiva 89/665, che prevede che gli Stati membri possano esigere che l'interessato proponga in primo luogo un ricorso presso l'amministrazione aggiudicatrice.

- 50 Poiché il legislatore lituano ha istituito una procedura obbligatoria per il deposito e l'esame dei ricorsi, e il diritto di accesso del fornitore alle offerte di altri offerenti è considerato dai giudici parte integrante della difesa dei loro diritti, un'interpretazione delle summenzionate disposizioni del diritto dell'Unione ai sensi della quale i fornitori potrebbero avere accesso a tali informazioni solo nel corso di procedimenti giudiziari sarebbe incoerente.
- 51 D'altra parte, il giudice del rinvio non è certo delle modalità di attuazione, nel procedimento giudiziario, dell'informazione delle parti in causa prevista dall'articolo 9, paragrafo 2, terzo comma, della direttiva 2016/943: se il diritto di accesso del ricorrente all'offerta vincitrice sia incondizionato; se, in vista della fase precontenziosa, il richiedente non debba in primo luogo rivolgere tale richiesta all'amministrazione aggiudicatrice; se la natura della controversia derivante dai risultati della procedura di appalto sia rilevante per la concessione di tale richiesta; se sia assolutamente necessario il disaccordo tra le parti in merito ai risultati della procedura d'appalto o se sia sufficiente per un solo fornitore esercitare il suo diritto di accesso alle informazioni e, in caso di violazione di tale diritto, se sia in grado di rivolgersi separatamente al giudice, come indicato nella giurisprudenza della Corte suprema di Lituania.
- 52 Va rilevato che, nel caso di specie, l'attrice ha inizialmente richiesto all'amministrazione aggiudicatrice di avere accesso all'offerta dell'offerente B. Avendo ricevuto solo una piccola parte dei documenti, non ha fatto valere tale circostanza e non ha contestato separatamente la decisione dell'autorità aggiudicatrice, ma ha presentato un'istanza al giudice affinché ordinasse alla convenuta la produzione di prove e mettesse queste ultime a disposizione della ricorrente. Tenuto conto dell'andamento della controversia nella fase precontenziosa, non è del tutto chiaro se il giudice di primo grado avrebbe dovuto decidere in merito alla classificazione dei dati dell'offerente B come informazioni riservate. D'altra parte, il giudice di primo grado e la Corte d'appello, non avendo resi noti al richiedente i dati richiesti, non hanno nemmeno espresso chiaramente un punto di vista sul loro contenuto e sulla loro rilevanza.

Presentazione di eventuali false informazioni e poteri del giudice in materia

- 53 Nella presente causa, il giudice del rinvio solleva d'ufficio, tra l'altro, la questione della valutazione ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera h), della direttiva 2014/24, del comportamento dell'offerente B, vale a dire se l'offerente B (alcuni dei suoi membri) non abbia effettivamente fornito informazioni false all'amministrazione aggiudicatrice sulla conformità delle sue capacità ai requisiti imposti. Inoltre, vi è incertezza riguardo agli effetti dell'eventuale comportamento illecito di alcuni partner sugli altri partecipanti alle attività in collaborazione.

- 54 Nella sentenza della Corte di giustizia nella causa Esaprojekt (C-387/14), che riguardava l'interpretazione di una disposizione analoga contenuta nell'articolo 45, paragrafo 2, lettera g), della direttiva 2004/18, si è osservato che, in primo luogo, l'accertamento di una condotta intenzionale da parte dell'operatore economico non può essere considerato un elemento necessario per la sua esclusione dalla partecipazione a un appalto pubblico, essendo sufficiente che lo stesso si sia reso responsabile di una negligenza di una certa gravità che possa avere un'incidenza determinante sulle decisioni di esclusione, di selezione o di aggiudicazione dell'appalto pubblico; in secondo luogo, se le informazioni fornite dall'operatore economico hanno inciso sull'esito della procedura di aggiudicazione dell'appalto, l'operatore che ha presentato negligenza le informazioni pertinenti può essere considerato responsabile di gravi dichiarazioni false ai sensi dell'articolo 45, paragrafo 2, lettera g) della direttiva 2004/18, e tale suo comportamento, pertanto, è idoneo a giustificare la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di escludere tale operatore dall'appalto pubblico in questione.
- 55 Nella sua ultima sentenza al riguardo (sentenza del 3 ottobre 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826), la Corte di giustizia ha sottolineato che l'articolo 57, paragrafo 4, lettera h) della direttiva 2014/24 contempla effettivamente sia un comportamento attivo, come una falsificazione, sia un comportamento omissivo, dato che la comunicazione di false informazioni è, alla stessa stregua della dissimulazione di informazioni vere, suscettibile di avere un'incidenza sulla decisione adottata dall'amministrazione aggiudicatrice.
- 56 Sulla base di tali spiegazioni, le informazioni fornite dalla «Parsekas» UAB sul fatturato ottenuto dai contratti – che sono stati conclusi ed eseguiti insieme ad altri operatori economici che hanno svolto in modo specifico la parte dei servizi di gestione dei rifiuti indifferenziati di cui doveva essere fornita la prova, o che sono stati conclusi ed eseguiti senza partner, ma in questo caso, oltre ai rifiuti indifferenziati, sono stati gestiti anche altri rifiuti (in entrambi i casi i rifiuti indifferenziati rappresentano una proporzione inferiore rispetto a tutti i rifiuti gestiti) – potrebbero corrispondere, in linea di principio, sulla base delle circostanze esaminate dalla Corte di giustizia in Esaprojekt, a informazioni fornite negligenza che hanno inciso sull'esito della procedura di aggiudicazione dell'appalto.
- 57 Non spetta al giudice del rinvio esaminare i fatti. Tuttavia, esso competente a sollevare d'ufficio questioni di diritto anche in merito alla classificazione delle informazioni come false, nonché alla valutazione delle prove svolta dal giudice.
- 58 D'altro canto, la Corte di giustizia, nella sua giurisprudenza in relazione alle disposizioni dell'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24, che prevede i motivi di esclusione, ha iniziato a sottolineare lo speciale rapporto di fiducia reciproca tra l'amministrazione aggiudicatrice e il fornitore interessato (v. sentenza del 3 ottobre 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93,

C-267/18, EU:C:2019:826, punti da 25 a 27 e 37). Il giudice del rinvio ha quindi dei dubbi sul fatto che, nei casi in cui l'amministrazione aggiudicatrice effettui una valutazione diversa, il giudice possa decidere in sua vece che sono state fornite informazioni false e fuorvianti. In tale contesto, si deve rilevare che l'attrice ha chiaramente espresso, sia nel reclamo che nel ricorso, il punto di vista secondo il quale la «Parsekas» UAB avrebbe fornito alla convenuta informazioni fuorvianti; tuttavia, la convenuta ha assunto una posizione diversa e ha ritenuto che le informazioni fornite dimostrassero che l'offerente B possedeva le qualifiche richieste.

- 59 Per quanto riguarda le questioni in oggetto, il giudice del rinvio, tra l'altro, è incerto in merito alle conseguenze che il comportamento degli operatori economici, che hanno fornito eventuali false informazioni, potrebbe potenzialmente avere sui loro partner, con i quali hanno presentato un'offerta congiunta. Ai sensi delle norme nazionali che disciplinano gli appalti pubblici (articoli 46, paragrafo 4, punto 4) e 52 della Legge sugli appalti pubblici), gli operatori economici che hanno presentato informazioni false devono essere inseriti nell'elenco dei fornitori che hanno presentato informazioni false, con conseguenti restrizioni alla partecipazione a gare d'appalto di altre amministrazioni aggiudicatrici per un periodo determinato (un anno). I dubbi del giudice del rinvio sull'affidabilità delle informazioni trasmesse non riguardano tutti i membri (partner) dell'offerente B.
- 60 Ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, della Legge sugli appalti pubblici, l'elenco dei fornitori che hanno presentato informazioni false deve includere i fornitori così definiti dall'articolo 2, paragrafo 36, della Legge sugli appalti pubblici (è definito fornitore l'operatore economico, persona fisica, persona giuridica pubblica o privata, altra organizzazione e i suoi membri o un gruppo formato da tali soggetti, compresa qualsiasi associazione temporanea di soggetti economici, che offre l'esecuzione di lavori o la fornitura di beni o servizi sul mercato). Tuttavia, si deve ritenere che la misura negativa (conseguenza) in oggetto derivante dalle azioni illecite vietate dalla legge comporta in linea di principio la responsabilità personale del soggetto (sanzione). Dovrebbe pertanto essere applicata senza eccezioni solo ai soggetti che partecipano in qualsiasi modo alle procedure di appalto pubblico e che hanno presentato in nome proprio informazioni su se stesse all'autorità aggiudicatrice.
- 61 In questo contesto non è chiaro se le azioni illecite di alcuni partner di un fornitore congiunto poste in essere presentando informazioni false a proposito di loro stessi comportino conseguenze negative solo per loro o per tutti i partner. Quest'ultima posizione potrebbe trovare fondamento sulla comunanza (natura congiunta) di interessi e di responsabilità di tutti i partner. D'altro canto, un tale modello di responsabilità congiunta è discutibile sotto il profilo della proporzionalità se si considera che gli operatori economici iscritti nell'elenco dei fornitori che hanno presentato informazioni false sono esclusi dalla partecipazione alle successive procedure di appalto per un anno.

- 62 È pacifico che sorgano rischi aggiuntivi per gli operatori economici che partecipano congiuntamente a una procedura di appalto pubblico, ivi compresi i rischi connessi alla necessità di escludere alcuni partner o alla loro incapacità di continuare a partecipare alle procedure (per esempio a causa dell'insolvenza) (v. sentenza del 24 maggio 2016, MT Højgaard e Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347); tuttavia, tale rischio e le sue possibili conseguenze negative riguardano solo una specifica procedura d'appalto pubblico e non il divieto di partecipare ad altre procedure di appalto per un periodo determinato.

DOCUMENTO DI LAVORO