

**Causa C-327/19****Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia****Data di deposito:**

19 aprile 2019

**Giudice del rinvio:**

Korkein hallinto-oikeus (Finlandia)

**Data della decisione di rinvio:**

15 aprile 2019

**Ricorrente:**

Nobina Finland Oy

**Altre parti nel procedimento:**

Helsingin seudun liikenne-kuntayhtymä

Oy Pohjolan Kaupunkiliikenne Ab

**Oggetto del procedimento principale**

**Appalto pubblico – Suddivisione di un appalto in lotti – Limitazione del numero dei lotti dell'appalto medesimo attribuibili ad uno stesso offerente – Clausola restrittiva – Invito a presentare offerte – Trasporto a mezzo autobus**

**Oggetto e fondamento giuridico del rinvio pregiudiziale**

L'Helsingin seudun liikenne-kuntayhtymä (Consorzio per i trasporti della regione di Helsinki; in prosieguo: l'«HSL») pubblicava nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 25 agosto 2015, con bando di gara settoriale, una gara d'appalto per servizi di trasporto mediante autobus da aggiudicare mediante procedura aperta.

L'HSL è un ente aggiudicatore che ricade nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (in prosieguo: la «direttiva settoriale del 2004»).

L'appalto per servizi di trasporto a mezzo autobus in questione rientra nella categoria 2 dell'allegato XVII A della direttiva settoriale del 2004, recante «Servizi di trasporto terrestre, inclusi i servizi con furgoni blindati, e servizi di corriere ad esclusione del trasporto di posta». Il valore complessivo previsto dell'appalto, IVA esclusa, ammonta a circa 60 milioni di EUR e supera la soglia stabilita nell'articolo 16 della direttiva settoriale del 2004.

Nella specie, è controverso se l'ente aggiudicatore, in virtù di una clausola dal medesimo impiegata nell'invito a presentare offerte, potesse limitare il numero di lotti oggetto dell'appalto aggiudicabili ad uno stesso offerente (in prosieguo: la «clausola restrittiva»).

L'utilizzo della clausola restrittiva nel bando di gara ha fatto sì che l'oggetto di appalto 210, di cui è causa, venisse aggiudicato alla Oy Pohjolan Kaupunkiliikenne Ab (in prosieguo: la «Pohjolan Kaupunkiliikenne»), che aveva presentato la seconda migliore offerta, anziché alla Nobina Finland Oy (in prosieguo: la «Nobina»), che aveva presentato la migliore offerta.

### **Questioni pregiudiziali**

1) Se le disposizioni della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (direttiva settoriale 2004), ostino ad un'interpretazione secondo cui, laddove possano essere presentate offerte per più lotti o per tutti i lotti di un appalto, un ente aggiudicatore possa limitare, in base ad una clausola utilizzata nell'invito a presentare offerte, il numero di lotti attribuibili ad uno stesso offerente (in prosieguo: la «clausola restrittiva»).

2) In base alla clausola restrittiva applicata nel bando di gara in questione, riguardante servizi di trasporto a mezzo autobus, qualora gli oggetti di appalto aggiudicati ad un offerente superino il numero massimo di veicoli per giornata lavorativa (in prosieguo: «veicoli/giornata») previsto dalla clausola stessa, l'oggetto di appalto, riguardo al quale la differenza di punti tra la migliore offerta e la seconda migliore offerta, moltiplicata per il numero di veicoli di tale oggetto di appalto, risulta essere la più bassa, viene aggiudicato all'offerente che ha presentato la seconda migliore offerta. Per effetto dell'applicazione della clausola restrittiva all'offerente, che ha presentato la migliore offerta per l'oggetto di appalto in questione, viene aggiudicato, in base al bando di gara, un numero complessivo di veicoli/giornata inferiore rispetto all'offerente che ha presentato la seconda migliore offerta per il medesimo oggetto di appalto.

a) Se, nella valutazione dell'ammissibilità della clausola restrittiva, debba essere considerato il risultato concreto cui potrebbe condurre l'applicazione della clausola restrittiva nel bando di gara, oppure se ciò debba essere valutato in astratto e, quindi, se l'applicazione di una clausola restrittiva come quella in esame sia ammissibile o meno ai sensi della direttiva settoriale del 2004.

b) Se, ai fini della valutazione dell'ammissibilità di una clausola restrittiva come quella oggetto del procedimento principale, rilevino le circostanze addotte a giustificazione nell'invito a presentare offerte, riguardanti la salvaguardia della concorrenza nel trasporto mediante autobus di linea nella regione di Helsinki e la riduzione del rischio operativo connesso all'acquisizione di un elevato volume di servizi di trasporto nonché all'assunzione del trasporto su linee modificate per la qualità dei servizi di trasporto.

### **Disposizioni di diritto dell'Unione fatte valere**

Articoli 10, 17 e 55, nonché l'allegato XII della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali

Allegato VII della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi

Articolo 65 e considerando 88 della direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE

Il termine fissato dalla direttiva 2014/25/UE per il suo recepimento nel diritto interno era fissato per il 18 aprile 2016 ma, al momento dell'apertura della procedura di appalto da parte dell'HSL, alla data del 25 agosto 2015, la direttiva non era ancora stata recepita in Finlandia. Sebbene la direttiva non trovi applicazione *ratione temporis* nella presente causa, il Korkein hallinto-oikeus (Corte amministrativa suprema, Finlandia) ritiene utile rinviare alle disposizioni di detta direttiva.

### **Disposizioni nazionali fatte valere**

Articoli 2 e 54 della legge 349/2007 sulle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali

La direttiva 2004/17/CE è stata recepita in Finlandia per mezzo della legge 349/2007.

### **Breve esposizione dei fatti e del procedimento**

- 1 L'invito a presentare offerte riguarda appalti di servizi. La gara è una gara basata sul rapporto prestazioni/costi, nella quale l'impresa di trasporto a mezzo autobus presenta un'offerta per l'esercizio delle linee di un oggetto di appalto secondo gli orari e il tracciato predefiniti dall'ente aggiudicatore.

- 2 L'invito a presentare offerte comprendeva dodici oggetti di appalto, tre dei quali contenevano oggetti di appalto a scelta. Gli oggetti di appalto erano costituiti da una o più linee di autobus nella regione di Helsinki. Secondo l'invito a presentare offerte, il volume dei servizi di trasporto da aggiudicare è di 13,6-14,7 milioni di chilometri di linee all'anno, per i quali occorrono da 198 a 206 autobus per giornata lavorativa. La quota dei servizi di trasporto da aggiudicare ammonta a circa il 15 % dei chilometri appaltati dall'HSL e a circa il 16 % del numero di veicoli dell'HSL. Il numero di veicoli/giornata specificati nei singoli oggetti di appalto dell'invito a presentare offerte, vale a dire il numero di veicoli necessari per il trasporto, per ogni giornata lavorativa, era compreso tra 5 e 39.
- 3 Come emerge dall'invito a presentare offerte, l'appalto per gli oggetti di appalto viene aggiudicato per un periodo di sette anni. Inoltre, gli appalti contengono una clausola di opzione che prevede una possibilità di proroga per un periodo massimo di tre anni.
- 4 Dall'invito a presentare offerte si desume che l'oggetto di appalto 210, il quale, in virtù dell'applicazione della clausola restrittiva, è stato riassegnato dalla Nobina alla Pohjolan Kaupunkiliikenne, comprende tre linee, il cui esercizio richiede 26 veicoli, con i quali vengono percorsi circa 1,87 milioni di chilometri all'anno.
- 5 L'invito a presentare offerte prevedeva la possibilità di presentare offerte per uno o più oggetti di appalto. L'offerta doveva essere sempre formulata per l'intero oggetto dell'appalto medesimo e non era consentita la suddivisione degli oggetti di appalto in lotti. Il criterio di aggiudicazione era rappresentato dalla convenienza economica complessiva, da valutarsi in base ai costi complessivi della fornitura di servizi di trasporto e alle caratteristiche della flotta di autobus di linea quali fattori di qualità.
- 6 La clausola restrittiva introdotta nella tornata di gara che qui rileva conteneva una limitazione del volume massimo di servizi di trasporto che poteva essere aggiudicato, nella tornata di gara, a una stessa impresa offerente ovvero a imprese appartenenti a un medesimo gruppo di imprese o raggruppamento di operatori economici offerente. La clausola restrittiva così recitava:

«Nella presente tornata di gara, a un singolo offerente possono essere aggiudicati oggetti di appalto per l'esercizio di un massimo di 110 linee di autobus. Qualora, sulla base di un confronto tra le offerte presentate per tutti gli oggetti di appalto della presente tornata di gara, un offerente si aggiudicasse oggetti di appalto nei quali il numero di veicoli/giornata indicato nella definizione dell'oggetto dell'appalto risulti complessivamente superiore a 110, viene calcolata per tali oggetti di appalto un differenziale. Il differenziale è dato dal risultato della differenza di punti tra la migliore offerta e la seconda migliore offerta nella valutazione comparativa delle offerte, moltiplicata per il numero di veicoli dell'oggetto di appalto. Gli oggetti di appalto vengono inseriti in una graduatoria sulla base del differenziale. Gli oggetti di appalto con il differenziale più basso sono aggiunti alla seconda migliore offerta nella graduatoria in base alla

differenza, finché il numero totale di veicoli aggiudicati da un offerente non sia pari o inferiore a 110. Tale limitazione deve essere applicata in modo tale da ridurre al minimo l'effetto combinato dei risultati modificati per l'ente aggiudicatore con riguardo alla convenienza economica complessiva dell'appalto».

- 7 L'HSL giustificava la clausola restrittiva sostenendo che il volume totale dei servizi di trasporto da aggiudicare con la tornata di gara in questione sarebbe eccezionalmente elevato. La limitazione sarebbe volta a salvaguardare una situazione concorrenziale nel trasporto a mezzo autobus di linea nella regione di Helsinki e a ridurre il rischio operativo connesso all'acquisizione di un elevato volume di servizi di trasporto nonché all'assunzione del trasporto su linee modificate per la qualità della fornitura di servizi di trasporto. L'ente aggiudicatore riteneva che la limitazione fosse compatibile con gli obiettivi e le procedure della direttiva sugli appalti pubblici del 2014.
- 8 Dalla documentazione relativa alla decisione di aggiudicazione risulta che la Nobina aveva presentato l'offerta migliore per sei oggetti di appalto. Il numero di veicoli degli oggetti di appalto suddetti era 120, ovvero superiore al volume di servizi di trasporto di 110 autobus di linea previsto nella clausola restrittiva. Il numero di autobus di linea di entrambi gli oggetti di appalto aggiudicati alla Pohjolan Kaupunkiliikenne era 72. In base alla clausola restrittiva applicata nell'invito a presentare offerte, relativa a un volume di servizi di trasporto di 110 autobus di linea, l'oggetto di appalto 210 è stato riassegnato dalla Nobina, che aveva presentato la migliore offerta in merito, alla Pohjolan Kaupunkiliikenne, che aveva presentato la seconda migliore offerta. In virtù dell'applicazione della clausola restrittiva, il numero di autobus di linea della Nobina ammonta a 94 e, nel caso della Pohjolan, ammonta a 98.

### **Sintesi delle fasi precedenti del procedimento nonché degli argomenti essenziali delle parti**

#### *Markkinaoikeus (Tribunale delle questioni economiche, Finlandia)*

- 9 Il Markkinaoikeus (Tribunale delle questioni economiche), che si è pronunciato sulla causa in prime cure, ha ritenuto che la clausola restrittiva de qua non dovesse essere considerata discriminatoria, squilibrata o altrimenti contraria alle disposizioni sull'aggiudicazione degli appalti. Il Markkinaoikeus (Tribunale delle questioni economiche) ha respinto il motivo di ricorso proposto dalla Nobina in relazione al riguardante la clausola restrittiva.
- 10 A parere del giudice medesimo, gli obiettivi indicati dall'HSL a giustificazione della clausola restrittiva da esso applicata non potevano essere considerati contrari alle norme sull'aggiudicazione degli appalti. In considerazione di tali obiettivi – come risulterebbe dai lavori preparatori delle direttive sugli appalti pubblici del

2014 –, la partecipazione di un offerente in relazione ai lotti di un appalto potrebbe essere limitata.

- 11 Il Markkinaoikeus (Tribunale delle questioni economiche), con il richiamo ai suddetti lavori preparatori, ha fatto riferimento alla proposta di direttiva sugli appalti pubblici del Consiglio dell'Unione europea 18966/11 MAP 10 MI 686, del 21 febbraio 2012, concernente il complesso 5 relativo alla partecipazione delle piccole e medie imprese all'aggiudicazione di appalti pubblici. Dalla proposta risulta che gli enti aggiudicatori potevano limitare la partecipazione dell'offerente ai lotti di un appalto già prima dell'entrata in vigore della direttiva sugli appalti pubblici del 2014. In base alla proposta, gli enti aggiudicatori potrebbero avere un motivo legittimo per evitare la selezione di un unico offerente per tutti i lotti di un appalto. Un motivo legittimo potrebbe riguardare l'esigenza di assicurare una base più ampia di fornitori al fine di evitare la posizione dominante di un fornitore o di impedire il rafforzamento di un operatore in posizione dominante ovvero concernere aspetti di sicurezza dell'approvvigionamento.
- 12 Nella propria decisione, il Markkinaoikeus (Tribunale delle questioni economiche) ha accertato che la clausola restrittiva contenuta nell'invito a presentare offerte è stata pubblicata e indirizzata a tutti gli offerenti. Non si può ritenere che la clausola restrittiva, avuto riguardo al requisito della convenienza economica complessiva, differisca dalla situazione considerata ammissibile, nella quale un appalto sia suddiviso in lotti e la partecipazione di un singolo offerente a una gara di appalto sia limitata in relazione ai lotti.

*Korkein hallinto-oikeus (Corte amministrativa suprema)*

- 13 Nella propria impugnazione la Nobina ha eccepito che l'applicazione della clausola restrittiva non avrebbe condotto alla scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa.
- 14 la Nobina sostiene che, sulla base delle direttive sugli appalti pubblici del 2004, la suddivisione di un appalto in lotti sarebbe ammissibile soltanto ex ante. L'HSL non avrebbe limitato ex ante il numero di lotti per i quali un offerente avrebbe potuto presentare un'offerta, la limitazione sarebbe invece basata su una riduzione ex post. La limitazione ex ante e l'applicazione ex post della clausola restrittiva non costituirebbero procedure tra loro comparabili dal punto di vista della convenienza economica complessiva.
- 15 In ogni caso, la clausola restrittiva sarebbe contraria ai principi del diritto dell'Unione che disciplinano l'aggiudicazione degli appalti pubblici. Essa violerebbe i principi di proporzionalità, di trasparenza, d'imparzialità e di non discriminazione e sarebbe idonea a falsare la concorrenza.
- 16 La limitazione ex post degli oggetti di appalto aggiudicati avrebbe come conseguenza la presentazione di offerte inutilmente ottimizzate e l'impiego di fondi pubblici in favore della seconda migliore offerta. La clausola non sarebbe

necessaria per salvaguardare la situazione concorrenziale e per ridurre il rischio operativo. Essa non promuoverebbe la situazione concorrenziale nel lungo termine, bensì potrebbe ostacolare la concorrenza e aumentare il livello dei prezzi.

- 17 L'ente aggiudicatore, mediante la clausola restrittiva, interverrebbe sulle condizioni di concorrenza nel mercato. La clausola potrebbe essere applicata in modo imprevedibile e casuale e avere pertanto un effetto sproporzionato sulla posizione finale di un offerente nella procedura di gara. Gli operatori distinti dalla Nobina avrebbero potuto realizzare un aumento della quota di mercato nei servizi di trasporto nella regione di Helsinki, nonostante la clausola restrittiva.
- 18 L'HSL fa valere che per i lotti dell'appalto sarebbero state scelte le offerte economicamente più vantaggiose, tenuto conto della clausola restrittiva, e che l'ente aggiudicatore non avrebbe agito in contrasto con le norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici.
- 19 Le direttive del 2014 avrebbero contenuto disposizioni che consentivano l'applicazione della clausola restrittiva. Esse sarebbero state ispirate al principio di salvaguardia della concorrenza vigente secondo le attuali norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici. Sebbene in precedenti norme giuridiche mancassero disposizioni sulla suddivisione di appalti, tale suddivisione rientrerebbe, anche secondo le disposizioni di legge previgenti, nella discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice.
- 20 In base all'allegato VII A della direttiva sugli appalti pubblici del 2004, ai lavori preparatori citati nella decisione del Markkinaoikeus (Tribunale delle questioni economiche) e al documento di lavoro della Commissione SEC (2008) 2193, del 25 giugno 2008, sarebbe possibile concludere che l'applicazione della clausola restrittiva in questione era consentita in base alla direttiva del 2004.
- 21 In virtù della clausola restrittiva applicata dall'HSL, l'offerente avrebbe potuto presentare un'offerta per tutti i lotti dell'appalto ed essere selezionato per più lotti dell'appalto. Rispetto alla limitazione del numero di lotti offerti, l'offerente ritiene che la clausola restrittiva costituisca l'alternativa meno incisiva.
- 22 Benché le direttive sugli appalti pubblici del 2014 non fossero state recepite a livello nazionale al momento dell'avvio della procedura di appalto, l'HSL sarebbe stato legittimato ad applicare la clausola restrittiva meno incisiva, dal momento che il suo utilizzo non avrebbe violato la legislazione nazionale.
- 23 L'utilizzo di possibilità di concorrenza anche in futuri bandi di gara e la non eccessiva dipendenza dell'ente aggiudicatore dalla sicurezza dell'approvvigionamento garantita da un singolo fornitore potrebbero essere considerati quali obiettivi legittimi realizzabili con la clausola restrittiva. La clausola restrittiva non sarebbe stata applicata in violazione dei principi di aggiudicazione degli appalti pubblici.

**Breve esposizione della motivazione del rinvio pregiudiziale**

- 24 A parere del Korkein hallinto-oikeus (Corte amministrativa suprema), l'appalto in questione rientra nel campo di applicazione della direttiva settoriale del 2004, pertanto è necessario decidere in merito all'ammissibilità della clausola restrittiva in base alle disposizioni della direttiva suddetta. Tuttavia, ai fini della valutazione giuridica della controversia non rileva l'applicabilità della direttiva settoriale del 2004 in alternativa alla direttiva sugli appalti pubblici del 2004, in quanto le norme contenute in tali direttive sono equivalenti riguardo alla questione in esame.
- 25 Il Korkein hallinto-oikeus (Corte amministrativa suprema) ritiene che, nel caso di specie, una pronuncia pregiudiziale sia indispensabile. Occorrerebbe chiarire se la direttiva settoriale del 2004, in una situazione in cui un offerente, in base all'invito a presentare offerte, possa presentare un'offerta per più lotti o per tutti i lotti di un appalto, osti a che l'ente aggiudicatore, sempre in base all'invito a presentare offerte, possa limitare, nella propria decisione di aggiudicazione, il numero di lotti dell'appalto aggiudicabili ad uno stesso offerente.
- 26 Occorre inoltre acclarare la rilevanza, ai fini della valutazione dell'ammissibilità della clausola restrittiva, del fatto che la direttiva settoriale del 2004 non contenga una norma esplicita sulla suddivisione degli appalti in lotti e che il criterio di aggiudicazione, ai sensi della direttiva suddetta, debba essere costituito dall'offerta economicamente più vantaggiosa o dal prezzo più basso.
- 27 Sarebbe poi necessario accertare se, nel valutare l'ammissibilità della clausola restrittiva, possa tenersi conto del risultato concreto cui potrebbe condurre l'applicazione della clausola restrittiva nel bando di gara.
- 28 Secondo il Korkein hallinto-oikeus (Corte amministrativa suprema), nella giurisprudenza della Corte di giustizia non si rinvencono precedenti nei quali sia stata affrontata la questione se, nell'applicazione delle direttive del 2004, possa essere limitato il numero di lotti aggiudicabili a uno stesso offerente.
- 29 Ad avviso del Korkein hallinto-oikeus (Corte amministrativa suprema), dinanzi alla Corte di giustizia non è neppure pendente alcuna domanda di pronuncia pregiudiziale in relazione all'articolo 65, paragrafo 2, della direttiva settoriale del 2014 o alla corrispondente disposizione della direttiva sugli appalti pubblici.
- 30 Le direttive del 2004 non contengono alcuna disposizione esplicita riguardo alla questione se l'ente aggiudicatore possa suddividere l'appalto in lotti e se possa limitare il numero di lotti per i quali può essere presentata un'offerta. Alla luce dell'articolo 17, paragrafo 6, lettera a), e del punto 5, lettera b), dell'allegato XIII, della direttiva settoriale del 2004 e delle disposizioni corrispondenti della direttiva sugli appalti pubblici del 2004, secondo il Korkein hallinto-oikeus (Corte amministrativa suprema), è evidente che una suddivisione dell'appalto di tal genere è consentita.



- 31 La limitazione del numero di lotti dell'appalto per i quali un offerente può presentare un'offerta e la limitazione del numero di lotti dell'appalto aggiudicabili ad uno stesso offerente non sono del tutto comparabili tra loro. Nel primo caso, l'offerente deve scegliere al momento della presentazione dell'offerta per quali lotti l'offerta viene presentata e viene selezionata l'offerta economicamente più vantaggiosa o quella con il prezzo più basso. Nel secondo caso, l'offerente può, se lo desidera, presentare un'offerta per tutti i lotti dell'appalto ma, a causa della clausola restrittiva, per un singolo lotto dell'appalto può essere scelta la seconda offerta economicamente più vantaggiosa o la seconda offerta con il prezzo più basso.
- 32 D'altro canto, la clausola restrittiva da applicare all'offerente soltanto dopo la presentazione delle offerte può risultare più favorevole per l'offerente rispetto a una limitazione ex ante delle offerte, in quanto l'offerente, se lo desidera, può presentare offerte per più lotti o per tutti i lotti dell'appalto e la clausola restrittiva potrebbe anche non trovare affatto applicazione.
- 33 Gli offerenti o l'ente aggiudicatore non sanno in anticipo a quale oggetto di appalto dell'invito a presentare offerte o a quali lotti dell'appalto potrà trovare applicazione la clausola restrittiva. In pratica, la situazione in quanto tale non si discosta da quella di un bando di gara senza clausola restrittiva, poiché l'offerente, anche in tal caso, non sa in anticipo se la sua offerta avrà esito positivo oppure no.
- 34 Secondo l'invito a presentare offerte dell'HSL, dovevano essere presentate offerte per i singoli oggetti di appalto. Tuttavia, come soglia per l'applicazione della clausola restrittiva non è stato utilizzato il numero di oggetti di appalto aggiudicati all'offerente, bensì il numero di autobus di linea per giornata aggiudicati all'offerente. Il Korkein hallinto-oikeus (Corte amministrativa suprema) ritiene che il numero dei veicoli/giornata sia stato definito nella clausola come numero massimo, in quanto i singoli oggetti di appalto del bando di gara sono molti diversi tra loro in termini di volume di servizi di trasporto.
- 35 Laddove si applichi la clausola restrittiva, l'oggetto o gli oggetti di appalto del bando di gara vengono riassegnati in toto al secondo miglior offerente e non solo in relazione ai veicoli/giornata che superano la soglia. All'offerente che ha presentato la seconda migliore offerta viene riassegnato l'oggetto o gli oggetti di appalto, per i quali la differenza di punti tra la migliore offerta e la seconda migliore offerta, moltiplicata per il numero dei veicoli oggetto dell'appalto, è la più bassa. Secondo quanto asserito dall'HSL, la clausola è stata concepita in modo tale da ridurre al minimo gli effetti della sua applicazione sulla convenienza economica complessiva degli appalti.
- 36 Tuttavia, a causa dell'applicazione della clausola restrittiva, nel caso di specie il numero complessivo di veicoli della Nobina impiegati come autobus di linea per giornata è stato ridotto da 120 a 94 veicoli, portandolo così a un valore inferiore rispetto al numero complessivo di veicoli della Pohjolan Kaupunkiliikenne impiegati come autobus di linea per giornata, che è stato aumentato da 72 a 98

veicoli. La riassegnazione dell'oggetto di appalto, dall'offerente che aveva presentato la migliore offerta all'offerente che aveva presentato la seconda migliore offerta, ha comportato che al primo offerente citato, in base al bando di gara, venisse aggiudicato un numero complessivo di autobus di linea per giornata inferiore rispetto all'ultimo offerente citato. Nonostante l'applicazione della clausola restrittiva, la Nobina si è aggiudicata un numero di oggetti di appalto superiore a quello della Pohjolan Kaupunkiliikenne.

- 37 L'applicazione di una clausola restrittiva, come quella in questione, potrebbe condurre – rapportata al caso di specie – ad alterazioni ancora maggiori nel risultato della gara d'appalto e per l'offerente, in virtù della clausola, in determinate circostanze, potrebbe risultare maggiormente vantaggioso posizionarsi come secondo classificato nella comparazione tra le offerte. Ad esempio, se il numero di veicoli/giornata aggiudicati dall'offerente fosse pari a 111 e la differenza più bassa, misurata in termini di numero di veicoli, si riscontrasse nell'oggetto di appalto di maggiore entità, ovvero nell'oggetto di appalto con 39 veicoli, il superamento della soglia fissata per un solo veicolo/giornata comporterebbe la perdita dell'intero oggetto di appalto di 39 veicoli. Poiché, oltre alla differenza di punti tra le offerte, anche il numero di veicoli oggetto dell'appalto incide sulla determinazione dell'oggetto dell'appalto riassegnato al secondo miglior offerente, è peraltro più probabile che un oggetto di appalto di entità maggiore degli altri, riguardo a un elemento diverso dal numero di veicoli, venga riassegnato dall'offerente aggiudicatario a un altro.
- 38 Alla luce dei suesposti rilievi, il Korkein hallinto-oikeus (Corte amministrativa suprema) si è anche interrogato se l'ammissibilità della clausola restrittiva debba essere valutata in astratto e, quindi, se l'utilizzo della clausola nella pubblicazione del bando di gara e nell'invito a presentare offerte sia ammissibile o meno ai sensi della direttiva settoriale del 2004, oppure se, nella valutazione dell'ammissibilità della clausola restrittiva, si possa considerare a quale risultato concreto condurrebbe l'applicazione della clausola restrittiva nel bando di gara. Il Korkein hallinto-oikeus (Corte amministrativa suprema) ritiene che, per ragioni di certezza del diritto e di prevedibilità, risulterebbe in linea di principio problematico se la valutazione dell'ammissibilità giuridica di una clausola restrittiva contenuta nel bando di gara e, pertanto, nota agli offerenti, dovesse avvenire caso per caso sulla base dell'esito dell'invito a presentare offerte.
- 39 Qualora l'applicazione della clausola restrittiva non fosse compatibile con le disposizioni relative ai criteri di aggiudicazione contenute nell'articolo 55, paragrafo 1, della direttiva settoriale del 2004, anche nella direttiva del 2014, che consente espressamente di limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a uno stesso offerente, sarebbe ravvisabile un'analogia incompatibilità.
- 40 Le giustificazioni addotte a sostegno dell'applicabilità della clausola restrittiva nella pubblicazione del bando di gara e nell'invito a presentare offerte sono in linea con i motivi espressi nel considerando 88 della direttiva settoriale del 2014 a fondamento della disciplina contenuta nella direttiva, secondo la quale l'ente

aggiudicatore può limitare il numero di lotti di un appalto che verranno aggiudicati a uno stesso offerente. L'applicazione della clausola restrittiva tutela la salvaguardia della concorrenza. La salvaguardia di una concorrenza effettiva sul mercato favorisce una maggiore convenienza economica complessiva degli appalti dell'ente aggiudicatore, se considerati globalmente nel lungo termine.

DOCUMENTO DI LAVORO